الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي و البحث العلمي
جامعة الإخوة منتوري قسنطينة
كلية الحقوق

الرضا في العقد الإلكتروني

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص
تخصص عقود و مسؤولية

من إعداد الطالبة :
بن مهدي مبروكة

تحت إشراف الدكتور :
أ. د/ بوعناقة السعيد

أعضاء لجنة المناقشة :

1) أ. د/ بوبندير عبد الرزاق ، أستاذ التعليم العالي ، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ، رئيسًا
2) أ. د/ بوعناقة السعيد، أستاذ التعليم العالي ، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، مشرفا ومقررا
3) أ. د/ بلعابد ســـامـــي ، أستاذ محاضر " أ "، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة ، عضوا

السنة الجامعية : 2017/2016

التشـــــكرات :

أتقدم بالشكر الجزيل والعرفان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور/ بوعناقة السعيد على قبوله الإشراف على هذه المذكرة المتواضعة ، وعلى ما قدمه لي من نصائح و إرشادات قيمة ساعدتني في إتمامها .

كما أتقدم بالشكر إلى أعضاء لجنة المناقشة رئيسا ، مقررا و عضوا على تحملهم عناء قراءتها و تصحيحها .

كما أتقدم بجزيل الشكر إلى جميع الأساتذة الذين علمونا أسس و فنون الغوص في بحور العلم عامة و القانون خاصة فصدق من قال :
" من علمني حرفا صرت له عبدا " .

كما أتقدم بالشكر إلى كل من ساعدني في إنجاز هذه المذكرة .

الإهداء :

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى أغلى ما في الوجود ونبراس الحياة ،
إلى من زرع في نفسي روح التعلم ، إلى من أرشدني لدروب الخير،

إلى من أفنى عمره لأكون كما تمنى ، إلى من زرع في نفسي يقينا يبدد كل شك و إرتياب
إلى أبي العزيز أطال الله في عمره .

إلى من أنارت قلبي ، إلى من قاسمتني أفراحي وآلامي ، إلى من أفنت
شبابها لسعادتي ، إلى من بذلت جهدها لإرضائي ، إلى مهجة الروح و بهجة الحياة ،
إلى أمي الغالية أطال الله في عمرها .

إلى من إخترته أن يكون شريك حياتي في حلوها و مرها ،
إلى زوجي أدامنا الله لبعضنا .

إلى قرة عيني ، إلى من رزقي الله إياه ليكون مشكاة و ضياء لحياتي ،
و إلى من رزقني الله إياها لتكون ينبوعا أروي به ضمئي ،
إلى ولديا فلذات كبدي .

إلى جميع الأهل والأقارب و جميع الزملاء و الزميلات .

مقـــــــدمـــــــة :

يشهد العالم اليوم و بشكل كبير تطورا هائلا و متسارعا في تكنولوجيا عالم الإتصالات ، حتى أصبحت وسائل الإتصال الحديثة و على رأسها الأنترنت وسائل لا يمكن الإستغناء عنها ، فبعد أن كانت الإتصالات تعتمد على التليفون ثم الفاكس و التلكس ظهرت الأنترنت و أصبحت الوسيلة المثلى في الإتصال و نقل المعلومات ، و يرجع ذلك إلى التقدم العلمي الهائل في شبكات الإتصال الرقمية ، و بفضل هذه الشبكات زالت الحدود الجغرافية ، وتـغير الزمان باتجاه الإختصار و الإقتراب بدرجة كبيرة حتى أصبح العالم مجرد قرية صغيرة ، يمكن لأي شخص أن يبرم تصرفا مع آخر في أي مكان من العالم و في لحظات من خلال الحاسب الآلي على نحو عرفت من خلاله العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها و بنيتها القانونية .

و الواقع أن التعاقد عن بعد لا يعتبر حدثا عالميا جديدا ، فمنذ قديم الزمان كانت بعض العقود تتم من خلال الرسائل و بواسطة رسول يحمل معه عرضا أو إيجابا إلى شخص معين يقبله و يرده إلى المرسل بواسطة هذا الرسول ليتم إبرام العقد بينهما ، و لكن هذا الأمر يستغرق وقتا ، قد يعد على الأقل بالأيام أو الأسابيع و ربما بالأشهر بحسب بعد المسافة ، أما الوسيلة الرائجة حاليا و هي التعاقد عبر الأنترنت فتربط ما بين المتعاقدين في جميع أنحاء العالم بثوان معدودة يمكن من خلالها تبادل ألفاظ العرض و القبول ، و الإطلاع على موضوع التعاقد بصـرف النظر عن حدود الدول و الحدود المادية بوجه عام .

و هكذا أتاحت شبكة الأنترنت للأفراد إبرام الصفقات و تنفيذها و هم متباعدين جغرافيا ، ما أدى إلى إنتعاش التجارة و تطورها فظهر نوع جديد من التبادل التجاري يسمـى بالتجارة الإلكترونية و أصبحت السلعة و الخدمة معروضة بطريقة متطورة غير ملموسة ، بحيث يعرض المتعاقدون منتجاتهم المادية أو الفكرية و خدماتهم و يتعاقدون بشأنها بسرعة فائقة في مجلس عقد افتراضي ، و تحول المجتمع من مجتمع مادي إلى مجتمع غير مادي و من مجتمع يقوم على دعائم ورقية إلى مجتمع يقوم على دعائم إلكترونية ، و منحت التجارة الإلكترونية بذلك العديد من المـزايا و من أهمها

تجنيب رجال الأعمال مشقة السفر و توفير لهم الوقت و المال عند ترويجهم لمنتوجاتهم و تمكين المستهلك من التجوال عبر العالم و اقتناء كل ما يريده دون التنقل و أصبح الجميع في سوق افتراضي كبير دائم و غير مادي .

غير أن التطور الإيجابي الذي أحدثته الأنترنت لم ينج من النقائص إذ لا يزال يكتنفه بعض الغموض من نواح متعددة ، و لا سيما من الناحية القانونية ، فهذه الوسيلة لا تعترف بالكثير من المسلمات التقليدية إذ بات من الضروري البحث عن وسائل لمعالجتها و ضبطها في إطارها المشروع ما خلق تحديات أمام النظم القانونية و من أبرزها التعاقد عبر شبكة الأنترنت و قانونية المعاملات الإلكترونية كالتعبير عن الإرادة و تطابقها عن طريق تبادل رسائل البيانات .

و أدى ازدياد معاملات التجارة الإلكترونية التي أصبحت واقعا عمليا فرض نفسه على المؤسسات الدولية و الداخلية المهتمة بتسهيل و توحيد القواعد القانونية التي تطبق على التجارة الإلكترونية في جميع دول العالم إلى الإهتمام بمختلف الجوانب المتعلقة بالتبادل الإلكتروني للمعاملات ، و بعد دراسة مضنية قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في **1996/12/16** ، الحاوي على مجموعة من القواعد و الإرشادات التي تهدف إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملاءمة للتجارة الإلكترونية فهو قانون نموذجي يعتني بتنظيم أحكام التجارة الإلكترونية ليكون نموذجا يحتذى به من قبل بقية التشريعات في تنظيم هذه المسألة من كافة جوانبها و يقوم هذا القانون على مبدأ المعادلة الوظيفية أي التكافؤ من حيث الوظائف بين الكتابة في المحررات الإلكترونية و الكتابة في المحررات الورقية .

كما صدر أيضا قانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الإلكتروني لسنة **2001** ، بهدف الإعتراف بحجيته و بيان شروطه و المتطلبات اللازمة لذلك ، مضمنا دعوة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة للأخذ به سواء بإصدار تشريعات مستقلة أو بإجراء تعديلات على قوانينها الداخلية ، واستجابت له العديد من التنظيمات الدولية و الإقليمية كالإتحاد الأوروبي الذي بادر إلى وضع مشروع قانون نموذجي لدول الإتحاد الأوروبي مستوحيا من دراسة الأمم المتحدة سابقا ، و تلى ذلك العديد من المبادرات إلى أن أصبحت هذه الأطر القانونية للمعاملات الإلكترونية حقيقة و واقعا تشريعيا ، فنجد

من الدول التي حذت حذو قانون اليونسترال : الولايات المتحدة الأمريكية ، فرنسا ، كندا ، انجلترا ، اليابان ، الصين ، أما على المستوى العربي فإن التشريعات التي أقرتها كثير من الدول كالأردن و إمارة دبي لم تكن سوى ترجمة و تقليدا للتشريعات الأجنبية ، و كذلك دولة تونس التي تعد أول دولة عربية صدر فيها قانون للتجارة الإلكترونية عام **2000** ، هذا القانون عرف التجارة الإلكترونية و كذا المبادلات الإلكترونية و لم يورد حصرا أو تعريفا للوسائل الإلكترونية التي يتم عن طريقها التعاقد عن بعد ، ثم تبعتها بعد سنة واحدة المملكة الأردنية بإصدارها قانون المعاملات الإلكترونية ، كما أصدرت في عام **2002** إمارة دبي قانون للتكنولوجيا و التجارة الإلكترونية و الإعلام ، و في نفس السنة أصدرت مملكة البحرين مرسوم قانون بشأن التجارة الإلكترونية في حين يسير المشرع الجزائري بخطى متثاقلة إلى وضع منظومة قانونية تتماشى و الثورة الإلكترونية الجديدة .

إن من أهم التحديات التي فرضتها التجارة الإلكترونية هو ظهور تقنية العقد الإلكتروني الذي يعتبر من أهم الوسائل التي ساعدت على رواجها ، إذ لا مناص من التسليم بأن العقد الإلكتروني يعتبر بمثابة القلب النابض للتجارة الإلكترونية ، حيث يمثل ترجمة قانونية لتلاقي الإرادات بين البائع و مقدم الخدمة من ناحية و المشتري أو المستهلك من ناحية أخرى ، و يقوم هذا العقد مثل العقد التقليدي على الثقة و يتطلب وسطا قانونيا قويا تحيطه العديد من الضمانات التي تعمل على تدارك المخاطر التي تصيب المعاملات المبرمة عن بعد ، و يواكب التطور المتنامي في مجال التجارة الإلكترونية و التي أصبحت حقيقة قائمة لا تقف آفاقها و إمكانياتها عند حد .

و لأن العقد الإلكتروني تعاقد عن بعد ، لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد فإن تبادل الإرادات يتم عن طريق وسيط إلكتروني يطرح سلسلة من الإشكـــــــــــــالات و التساؤلات القانونية حول أهم و أول ركن يقوم عليه العقد ألا و هو ركن الرضا ، الذي أصبح في إطاره يتسم بخصوصيات أثرت على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقد كثيرا ، الأمر الذي أعاق تطبيق القواعد العامة على العقد الإلكتروني .

- ***الإشكالية :***

فيما تتجلـــــــى خصوصية ركن الرضا في العقد الإلكتروني باعتباره حديث النشأة و متميزا ، وهل أن هذه الخصوصية تفرض إعادة النظر في القواعد القانونية التقليدية الخاصة بركن الرضا ، أم أن الوضع يتطلب سن قواعد قانونية خاصة ؟ .

- ***موضوع البحث :***

يتمثل موضوع البحث في " الرضا في العقد الإلكتروني " ، كما يثور التساؤل حول التفاوض الإلكتروني و وسائله و مدى جواز التعبير عن الإرادة و تطابقها باستخدام رسائل البيانات الإلكترونية و عن الإيجاب و القبول الإلكترونيين ، زمانهما و مكانهما و مجلس العقد الإلكتروني .

- ***أهمية الموضوع :***

تبرز أهمية دراسة موضوع " الرضا في العقد الإلكتروني " فيما يلي :

1 – إنتشار التعامل و التعاقد عبر شبكة الأنترنت بين الأفراد في ظل الدعايات و الإعلانات المتطورة التي يطلعون عليها عبر هذه الشبكة ، وحيث أن التعاقد عبر هذه الوسيلة أصبح يزداد يوما بعد يوم و ذلك في شكل عقود دولية بل أصبح أمرا مفروضا على الدول و الأفراد بالنظر لما تحققه من قيمة مادية و اقتصاديـــة و ما توفره من جهد و وقت بدلا من الإنتقال و السفر من بلد إلى آخر و من أهم الهيئات التي تصب إهتمامها على هذه العقود نجد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ، منظمة التجارة العالمية .

2 – غياب النصوص القانونية المنظمة لهذا النوع من التعاقد و التي إن وجدت إلا أنه يعتريها نقص و غموض كبيرين ما يجعل المتعاقدين في حاجة دائمة للرجوع إلى القواعد العامة لنظرية العقد.

3 – الحاجة لوضع وسائل قانونية لحماية هذا النوع من التعاقد و تنظيمه .

4 – أن ركن الرضا هو أول و أهم ركن ينعقد به العقد لما للإرادة من دور وكيان

مستقل في تكوين العقد ، لذا كان من الضروري تسليط الضوء أكثر على هذا الركن في إطار العقد الإلكتروني لما له من خصوصيات قصد إبرازها و تبيانها .

- ***أسباب اختيار الموضوع :***

1- قلة وجود دراسات سابقة للموضوع و إنتشار طريقة التعاقد عبر شبكة الأنترنت

2- الحاجة الملحة لإقامة دراسات قانونية حول الموضوع لمعرفة مدى الاستجابة لمعطيات الحداثة و تكنولوجيا المعلومات في التجارة و المعاملات .

3- معرفة ما تثيره علاقة القانون مع تكنولوجيا المعلومات وهل يتبع القـــــانون التكـنولوجيا و يستجيب بطريقة تبعية أم أنه ينبغي تبني أسلوب مختلف للتقـــارب و ما يستلزم ذلك من إيجاد بيئة تشريعية مناسبة متطورة لتنظيم المعاملات الإلكترونية .

4- نقص الثقافة القانونية لدى المتعاملين في التجارة الإلكترونية خاصة في الدول النامية مما يؤدي إلى تخوف و تردد التجار و المستهلكين على التعامل بهذا النمط من العقود خاصة في ظل الفراغ التشريعي الذي تعاني منه غالبية الدول في مجال المعاملات الإلكترونية .

5- محاولة إثراء المكتبات الجامعية بالدراسات ذات الصلة بالموضوع .

- ***صعوبات البحث:***

1- اتسام البحث بالطبيعة الفنية إذ يتطلب الأمر ضرورة الإلمام بالجوانب القانونية لتقنيات الإتصـال الحديثـة (الأنترنت) .

2- ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في الموضـوع .

3- عدم وجود قانون في الجزائر ينظم التجارة الإلكترونية و على العمـــــــوم المعـاملات الإلكترونية و يحدد المسؤولية في إطـار العقود الإلكترونية .

- ***المناهج المتبعة في تحرير البحث :***

إن البحث في هذا الموضوع يتوقف على إعتماد عدة مناهج علمية ، بداية من المنهج التحليلي عند محاولة إلمامنا بمختلف الجوانب المتعلقة بركن الرضا و كيفية قيامه صحيحا في العقد الإلكتروني ، و المنهج الإستقرائي القائم على تحليل القواعد القانونيـة المنظمة لهذا النوع من العقود ، و المنهج المقارن من خلال عرض و مقارنة و تحليل مختلف التشـريعات و الإتفاقيات و التوجيهات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية و المتعلقة بموضوع البحث .

- ***خطة البحـث :***

سأحاول دراسة الموضوع من خلال فصلين ، بحيث أتناول في الفصل الأول قيام الإرادة الإلكترونية ، باعتبار أن العقد لا يقوم و لا يكون له وجود قانوني إلا بعد تبادل أطرافه التعبير عن إرادتهم المتطابقة ، في حين أخصص الفصل الثاني لدراسة صيغ التعبير عن الإرادة إلكترونيا بالتطرق للإيجاب و القبول الإلكترونيين و كذا مجلس العقد الإلكتروني .

الفصـــــل الأول :

قـــــــيام الإرادة الإلكـترونيـــــــة

لما كان العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين ، كان من اللزوم لقيامه وجود التراضي بين أطرافه ، فالرضا هو الركن الأساسي لوجود العقـــــد و حتى يقوم هذا الركن لابد من أن توجد الإرادة في كل أطرافه ، و ذلك بأن يكون الشخص مدركا لما هو مقبل عليه و بأن تتجه إرادته جديا إلى إحداث أثر قانوني ، إذ لا عبرة بالإرادة في دائرة المجاملات الإجتماعية و لا بالإرادة الهازلة و لا بالإرادة المعلقة على شرط المشيئة و لا بالإرادة الصورية .

و العقد الإلكتروني يستوي مع العقد التقليدي بقيامه على مبدأ الرضائية ، بحيث يلزم لإنعقاده قيام الرضا و بمقتضاه يتبلور مبدأ الحرية التعاقدية و إرادة الإلتزام .

و حتى تكون الإرادة قائمة لابد من التعبير عنها ، و التعبير عنها هو سلوك إيجابي أو سلبي يسمح باستخلاص وجودها بصورة محددة و معلنة للغير .

و إذا كانت القواعد العامة تشترط لإنعقاد العقد وجود إرادة تعاقدية و ضرورة التعبير عنها بأية وسيلة تدل على وجودها ، فإن العقد الإلكتروني يبرم عبر شبكة إلكترونية توصف بأنها لا مادية أي بيئة افتراضية ، و من هنا يثور التساؤل عن كيفية التعبير عن الإرادة إلكترونيا ، و لأن العقد لا يكفي لقيامه أن تكون الإرادة موجودة و قائمة بل ينبغي أن تكون سليمة و صحيحة من العيوب ، فإن التساؤل يثور حول أثر البيئة الإلكترونية على صحة الإرادة و نسبتها إلى مصدرها .

من أجـــل دراسة كل هذا ، سنعمد إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين ، بحيث نتناول في المبحث الأول كيفية التعبير عن الإرادة ، و في المبحث الثاني ندرس سلامـة الإرادة الإلكترونية من العيوب .

المـــــبحث الأول:

التعـــــــبير الإلكترونـــــــي عـــــــــــن الإرادة

لما كانت الإرادة حقيقة نفسية كامنة في نية صاحبها و ضميره ، فإنه يتعين التعبير عنها لتظهر للعالم الخارجي ، لكي يعتد بها القانون إذا تطابقت مع إرادة أخرى .

فالتعبير عن الإرادة هو مظهرها الخارجي ، الذي يتم بإستخدام وسيلة مادية تكشف قصد صاحبها ، و من هنا تكمن أهمية التعبير عن الإرادة بصورة مشروعة و قانونية ، كي لا تثير الوسيلة المستخدمة للتعبير عنها و نقلها الشكوك حول قيام الرضا .

إن ركن الرضا في العقد الإلكتروني يثير العديد من التساؤلات حول مدى إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا و كيفيته ، و هذا ما سنتناوله في المطلب الأول .

أما المطلب الثاني فسنخصصه للحديث عن الإرادة الإلكترونية في مرحلة التفاوض ، هذه المرحلة التي أصبحت المعاملات المدنية و التجارية حاليا في ظـل تطورهـــا و تعقدها لا تستغني عنها ، نظرا لأهميتها البالغة في الوصول إلى إعداد جيد للعـقد ، فكلما كان الإعداد جيدا كلما حقق العقد مصلحة للأطراف و حال دون قيام منازعات مستقبلية بينهم ، لا سيما في إطار العقد الإلكتروني الذي قد ينصب على معاملات تتسم بالتركيب و التعقيد الفني و القانوني لذا فإنه بات من الضروري أن تسبق مرحلة إبرام العقد مرحلة مفاوضات لتفادي المشاكل التي يثيرها هذا النوع من العقود فأصبحت الإرادة في هذه المرحلة لا تقل أهمية عن تلك الصادرة في مرحلة إبرام العقد النهائي .

المطـــــلب الأول :

إمكانـــــية التعبير عن الإرادة إلكترونـــــــيا وكيفيته

يقصد بالإرادة عقد العزم على إبرام العملية القانونية محل التعاقد ويتم التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام وسيلة تدل على وجودها [1] .

و إذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة ، فإن وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني تتعدد و تختلف ، فهو يتم عبر شبكات الإتصال الإلكترونية ، و مما لا شك فيه أن القواعد العامة في معظم التشريعات الحديثة رسخت قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير الشك في رضا المتعاقد بالتصرف ، وذلك تغليبا لمبدأ سلطان الإرادة [2] .

و في غياب التنظيم التشريعي للتعاقد الإلكتروني بدت ضرورة اللجوء إلى الأحكام العامة الواردة في التشريعات الخاصة التي يستفاد منها جواز التعاقد بأي موقف أو مسلك لا يدع مجالا للشك في دلالته على حقيقة المقصود [3] .

لقد دفعت ثورة المعلومات و انتشار استخدام شبكات الإتصال في إبرام الصفـــقات و العقود مشرعي الدول و المنظمات الإقليمية و الدولية إلى إقرار هذا الواقع ، و من ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل إلكترونية ، و ذلك عبر وسيلة التبادل الإلكتروني للبيانات [4] ، لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسين ، نتناول في الفرع الأول جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا ، و الفرع الثاني نخصصه لدراسة وسيلة التعبير عن الإرادة إلكترونيا .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص125 .

(2)- محمـود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، دار الـــــحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005 ، ص 21 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقانة) ، المرجع نفسه ، ص 127 .

(4)- RAYNOUARD(Arnaud) ,Le contrat électronique , Panthéon Assas , Paris , 2002 , p 18 .

الفـــــــرع الأول :

جـــــواز التعبـــــير عـــــن الإرادة إلكـــــــترونيا

الأصل في التعبير عن الإرادة أنه لا يخضع لشكل معين ، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له [1] بشرط أن يكون لها مدلولا يفهمه الطرف الآخـــــــر ، و لهذا فإن كل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانونا للتعبير عنها ، و كما يصح التعبير عن الإرادة بالكتابة و القول أو الإشارة فإنه يصلح بإتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة المتعاقد لدى الأطراف ، إذا كان هذا الموقف كافيا للدلالة عنها دلالة كافية ، و هذا ما ذهبت إليه معظم التشريعات الوضعية بما في ذلك القانون المدني الجزائري [2] ، و هكذا تم تكريس قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل ، و من ثمة إمكانية التعبير عن الإرادة بوسائط إلكترونية .

غير أن الفقه انقسم إلى قسمين حول مدى مشروعية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة ، و من جهة أخرى فإن معظم القوانين إستثنت تطبيق هذه الوسائل على العديد من التصرفات و منها من حصرت هذه الإستثناءات و ضيقت من نطاقها ، و منها من وسعت هذه الإستثناءات إلى درجة كبيرة [3] ، و إذا كان التعبير عن الإرادة إلكترونيا جائزا مع إحترام الإستثناءات فإنه في كل الأحوال يتم بطرق معينة ، و من أجل التوسع أكثر سنقسم هذا الفرع إلى أربع نقاط أساسية كالتالي :

أولا : قاعـــدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل .

سنتطرق إلى قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في الشريعة الإسلامية ثم في القواعد العامة للقانون المدني .

1- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في الشريعة الإسلامية :

يتفق العلماء على صحة التعاقد بالكتابة إذا كان بين غائبين لأن تلك هي الوســـــيلة

---

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات) ، العقد و الإرادة المنفردة ، الطبعة الثانية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004 ، ص 83 .

(2)- أنظر المادة 60 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في 1975/09/20 ، الجريدة الرسمية 78 لسنة 1975 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05 /10 المؤرخ في 2005/06/26 ، الجريدة الرسمية رقم 44 .

(3)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 21 .

المستطاعة لإتمام العقد [1] ، وفقا للقاعدة الفقهية المشهورة أن " **الكتاب كالخطاب** " ، أي أن الكتابة بين الغائبين كالنطق بين الحاضرين ، و الأنترنت ما هي إلا وسيلـــــة لتوصيل الإرادة و هذه الوسيلة معتبرة شرعا لعدم تضمنها محظورا شرعيا و لأنها شبيهة في حقيقة الأمر بالتعاقد عن طريق التليفون ، إلا أنه يزيد عليه أن الكمبيوتر هو الذي يتولى التعبير عن الإرادة بدلا من الإنسان الذي يكون صاحـــــب الإرادة ، و يعتبر بذلك نظاما مختلطا بين التعاقد بين حاضرين و التعاقد بين غائبين [2] .

و يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجـــاب و القبول من طرفي العقد و وصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبـــرة شرعا و فهم كلا الطرفين ما قصده الآخر ، و هذا كله يتحقق في التعاقد بطريق الأنترنت سواء على شبكة الموقع أو عبر البريد الإلكـــتروني أو المحادثة أو المشاهدة ، فيكون التعاقد صحيحا تترتب عليه آثاره المعتبرة شرعا [3] .

و قد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بوسائل الإتصال الحديثة في دورته السادسة و أصدر بذلك القرار رقـم **(613/52)** الذي نص على صحة إجراء العقود بهذه الوسائل و منها الحاسب الآلي ، و بيـن بعض الأحكام المتعلقة به ، و قد قرر مجمع الفقه الإسلامي ما يلي : " إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد و لا يرى أحدهما الآخر ، و لا يسمع كلامـه و كانت وسيلة الإتصال بينهما الكتابات أو الرسالة أو السفارة – الرسول – ، و ينطبق ذلك على البرق و التلكس و الفاكس و شاشات الحـــــاسب الآلي ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله " [4] .

---

(1)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001 ، ص 264 .

(2)– منذر الفضل ، النظرية العامة للإلتزامات ، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية، الجـــزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان، 1992 ، ص 136 .

(3)– فراح مناني ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 ، ص 122.

(4)– فراح مناني ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، المرجع نفسه ، ص122 – 123 .

من هنا يتجلى واضحا أن الفقه الإسلامي اتخذ موقفا واضحا يتماشى مع تطورات العصر بالإعتداد صراحة بوسائل الإتصال الحديثة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقد .

2- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في القواعد العامة :

يمكن التعبير عن الإرادة في القواعد العامة بإستخدام اللفظ ، سواء كانت الألفاظ صادرة مباشرة عن اللسان أو يؤديها اللسان بواسطة المخاطبة التليفونية ، كما يكون التعبير عن الإرادة بواسطة المخاطبة بأي شكل من أشكالها سواء عرفية أو رسمـــية ، و قد تكون خطية أو بالآلة الراقنة ، و قد تكون في شكل رسالة أو تليكس أو تيلغراف ، أو إعلان في الصحف أو معلقات أو منشورات [1] .

و سنتناول دراسة قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في القواعد العامة ، في التشريعات المدنية المقارنة ثم في التشريع المدني الجزائري ، ثم نحدد تطبيق هذه القاعدة في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية .

أ- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات المدنية المقارنة :

لما كانت الوسيلة الإلكترونية تقوم على الجمع بين تقنيات النص عن طريق الكتابة كالبريد الإلكتروني ، أو عن طريق الصوت كغرف المحادثة ، أو هاتف الأنترنت ، أو عن طريق الصورة ، فإنها قادرة على الجمع بين تقنيات النص و الصورة و الصوت ، بصورة أفضل من أية وسيلة اتصال أخرى و بالتالي لا إشكال في تطبيق أحكام القواعد العامة على التعبير عن الإرادة بالوسيلة الإلكترونية [2] .

فالصوت المتبادل هو لفظ يصلح للتعبير عن الإرادة ، كما أن الكتابة الإلكترونية الواردة في خدمات شبكة الأنترنت تعتبر كالكتابة العادية من حيث قدرتها على التعبـير

---

(1)- علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، دون طبعة ، موفم للنشر و التوزيع ، الجزائر ، 2001 ، ص 81 .

(2)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 23 .

عن الإرادة بغض النظر عن قيمتها في الإثبات ، فمن الثابت أن الإثبات بالكتابـــــة يتطلب شروطا أشد مما يتطلبه التعبير عن الإرادة [1] .

إن الصورة الوحيدة التي قد تثير إشكالا هي تلك المتمثلة في الضغط على مفتاح القبول في لوحة مفاتيح الحاسوب أو الضغط بواسطة المؤشر المحرك للقبول في شاشة الحاسوب على الخانة المخصصة للقبول ، فهل تعد وسيلة كافية للتعبير عن الإرادة ؟ فغالبا ما يجد الراغب في التعاقد عبر الأنترنت ، و بالذات عبر مواقع الويب خانة مخصصة لقبول التعاقد تتضمن عبارة تدل على القبول أو الرضا مثل (OK) ، (I Agree) أو (I Accept) فهل يعتبر الضغط بالمؤشر على هذه الخانة كافيا للتعبير عن الإرادة بالموافقة ؟ .

لقد استقر الفقه القانوني على كفاية مثل هذا الإجراء للتعبير عن الإرادة طالما يستطيع صاحب الموقع التجاري أن يفهم منه و بصورة يقينية ، بأن الطرف الآخر قد قبل التعاقد .

إن معظم مشرعي الدول قاموا بذكر وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال لا الحصر، بهدف إفساح المجال أمام أية وسيلة إلكترونية ، أو غيرها يتم اكتشافها مستقبلا ، و تكون قادرة على التعبير عن الإرادة بصورة لا تثير الشك بشأن رضا المتعاقد بالتصرف باعتبارها من الوسائل المقبولة قانونا للتعاقد و التعبير عن الإرادة[2].

أضف إلى ذلك فإن المشرعين لم يولوا أهمية كبيرة في تعريف العقد[3] و وسائل ايصال الإيجاب و القبول بقدر اهتمامهم بمسألة ارتباط الإرادتين و تطابق القبول مع الإيجاب ، و يستنتج من ذلك أن أية وسيلة تؤدي إلى ارتباط الإرادتين و تطابقهما يمكن أن تكون صالحة للتعبير عن الإرادة و يجوز استخدامها قانونا ، سواء كانت إلكترونية أم تقليدية [4].

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ، ص 218 .

(2)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 24 .

(3)- عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم .

(4)- أمجد محمد منصور النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)، دون طبعة ، الدار العالمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2003 ، ص 82 .

ب- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريع المدني الجزائري :

يمكن استخلاص مبدأ سلطان الإرادة في التعاقد من أحكام المادة **60** من القانون المدني الجزائري التي تخول للمتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما ، مما لا يحول دون إمتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية .

كما نصت المادة **64** منه على أنه : " **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل** " .

تفيد عبارة " ... **بأي طريق مماثل** ....." ، أن المشرع فتح المجال للعمل بباقي الوسائل التي تقترب فنيا من الهاتف ، لذا يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة منها الأنترنت كون الإتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفوية و أن البريد الإلكتروني يشبه الفاكس أو المراسلة.

و تنص المادة **60** من القانون المدني في فقرتها الأخيرة على أنه : " **يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا** " ، فيفهم من هذه الفقرة أن أساليب التعبير عن الإرادة مفتوحة ، إذ مجرد قيام أي فرد بعرض موقع دائم و ثابت له على شبكة الأنترنت يعني اتخاذ مسلك و طريق يشير و يعلن فيه إلى الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه ، فشبكة الأنترنت تعرض على مدار الأربع و العشرين ساعة الإعلانات عن البيع و الشراء و تقديم الخدمات [1] .

إن مبدأ " **العقد شريعة المتعاقدين** " المنصوص عليه بموجب المادة **106** من القانون المدني الجزائري يسمح بالتفاوض و إبرام العقود الإلكترونية في ظل التشريعات السارية بناء على المباديء التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف ما لم تتعارض مع النصوص التشريعية الآمرة الموجودة في القانون الجزائري ، و ما لم تتعارض مع النظام العـــــام

---

(1)- فراح مناني ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 133 .

و الآداب العامة [1] .

إن القواعد العامة في معظم التشريعات تسمح باستيعاب الوسيلة الإلكترونية كصورة من صور التعبير عن الإرادة ، سيما أن العقد الإلكتروني عقد عن بعد ، و لا يعتبر البعد ظاهرة جديدة ، أو من الأمور المستحدثة ، بل تضمنته القوانين ، فالتعبير لم يشمل الجوهر ، و لم يتعد الناحية الشكلية ، و لا يمكن أن يكون ذلك سببا في استحداث قواعد جديدة [2] ، إلا أن انتشار استخدام وسائل الإتصال الحديثة و من ضمنها شبكة الأنترنت في القطاع التجاري في معظم دول العالم في العقدين الأخيرين من القرن الماضي و احتياج هذه الوسائل في القطاع التجاري أثار شكوكا عند الأفراد حول مشروعية استخدام هذه الوسائل في إبرام العقود ، لا سيما في غياب النصوص القانونية الصريحة التي تجيز استخدامها ، و لقد بقيت هذه الشكوك تشكل حاجزا يمنع تطور التجارة بالوسائل الإلكترونية و انتشارها في الدول النامية ، لذا بدأ المشرع على المستويين الدولي و الداخلي بسن نصوص تشريعية جديدة بغرض تسهيل إستخدام هذه الوسائل لتطوير التجارة الإلكترونية [3] .

جـ- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية :

اتفق أغلبية الفقهاء على أن إزدياد إستخدام وسائل الإتصال الفوري ، بوصفها طرق تعبير عن الإرادة و تراجع الوسائل التقليدية في هذا المجال ، يستدعي من القوانين الحديثة مسايرة الآفاق الجديدة التي تولدت بفعل إستخدام تكنولوجيا الإتصال ، فالقانون ظاهرة إجتماعية تعبر عـــن إحتياجات المجتمع و تهدف إلى تنظيم و حماية الوسائل القانونية الجديدة [4] .

لقد ظلت المدرسة التحررية الأمريكية بقيادة الباحث **JOHN PERRY BARLO**

---

(1)- فراح مناني ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، المرجع نفسه ، ص 134 .

(2)- صابر راشدي ، المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني ، مجلة المعارف، العدد التاسع ، المركز الجامعي البويرة ، الجزائر ، 2010 ، ص 15 -16 .

(3)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ، ص 26 .

(4)- عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة) ، دون طبعة، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1997 ، ص 60 .

تناشد بضرورة مسايرة القانون للآفاق الجديدة ، و دعت إلى تبني منظومة حديثة تتلاءم و التعامل الإلكتروني الحديث ، و تعتمد هذه المدرسة بالأساس على الحرية المطلقة للمتعاقدين في تكـــوين العقد و تنفيذه ، إذ لا تـــحكمها أية قاعدة قانونية مسبقة ، و كان هذا الرأي مؤيدا في كثير من وصايا المؤتمرات الدولية و مناشدات الباحثين ، كما كان دافعا قويا لسن العديد من التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي [1] .

جـ-1/ قاعدة جواز التعبير عن الارادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الدولي :

أقرت اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع المبرمة في **1980/04/11** صلاحية وسائل الإتصال الفوري في إبرام العقود ، فالمادة **11** منها لا تشترط أن يتم العقد كتابة ، فقد وردت عبارة "... و **غير ذلك من وسائل الإتصال الفوري** ...." ، لتشمل كل ما يمكن أن تأتي به التكنولوجيا من وسائل حديثة للإتصال الفوري [2] .

و لما كانت هذه الإتفاقية تتعلق فقط بتنظيم عقد البيع ، و تخص فقط عقد البيع الدولي دون عقود البيع الوطنية ، بقيت الشكوك حول إستعمال الوسيلة الإلكترونية قائمة إلى أن أصدرت منظمة الأمم المتحدة ، ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المسمى اليونسترال **(UNCITRAL)** بتاريخ **1996/12/16** .

إن أهم ما جاء في قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية هو نصه في الفقرة الأولى من مادته الثانية على أن وسائل الإتصال التي تتم عن طريقها التجارة الإلكترونية مذكورة على سبيل المثال لا الحصر [3] ، و قد رسخ هذا القانون مشروعيـة استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة و تكوين العقود بغض النظر عـــــن

---

(1)- صابر راشدي ، المركز القانوني للكمبيوتر المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 16 .

(2)- عباس العبودس ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 24 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 127 .

الوسيلة المستعملة لذلك .

و على صعيد الإتحاد الأوروبي فقد ورد في التعليمة الخاصة بالتجارة الإلكترونية رقم **2000/31** الصادرة بتاريخ **2000/06/08** في الفقرة الأولى من المادة التاسعة ما يلزم الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإبرام العقود بالوسائل الإلكترونية ، بحيث أن إبرامها بوسائل إلكترونية لا يمس صحتها و لا قابليتها للتنفيذ [1] .

جـ-2 / قاعدة جواز التعبير عن الارادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الداخـلـي :

لقد كانت الولايات المتحدة الأمريكية من الدول السباقة لتشجيع استخدام أسلوب التجارة الإلكترونية في التعاقد ، إذ أصدرت قانون النقل المصرفي بالطرق الإلكترونية عام **1978** و الذي يسمح بإجراء عمليات الإيداع نقدا أو بالشيكات أو النقل المصرفي بالطرق الإلكترونية [2] .

كما أصدرت فرنسا القانون رقم **525/80** المتعلق بإثبات التصرفات القانونية التي تتم عن طريق وسائل الإتصال الفوري ذات المعالجة الآلية سنة **1980** ، ثم قانون الإتصالات السمعية و البصرية سنة **1989** ، و قد بين هذا القانون أن المقصود من إصطلاح الإتصالات عن بعد هو الإصطلاح الذي يشمل كل تعامل و كل إرسال أو استقبال للعلامات و الإشارات و الخطوط المكتوبة و الصور و المعلومات ، مهما كان نوعها ، سواء كانت سلكية ، لا سلكية ، بصرية ، سمعية أو بالأنظمة الأخرى [3] ، و قد سايرت هذا الإتجاه كل من إيطاليا و كندا بسنهما لقانون التجارة الإلكترونية عام **1999** [4] .

---

(1)-THIEFFRY(Patrick) , Commerce électronique ,Droit intenational et européen , Litec , Paris , 2002 ,p 185

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، دون طبعة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ،2008 ، ص 33 .

(3)- FLOUR (Jacques) , AUBERT(Jean-Luc) ,SAVAUX (Eric) , Les obligations , L'acte juridique , Sirey , 2008 , p 102 .

(4)- مدحت عبد الحليم رمضان ، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 ، ص 12 .

و أصدرت فرنسا بعد ذلك القانون رقم **2000/230** في شأن الإثبات و المتعلق بالتوقيع الإلكتروني أين وسعت من تعريف التجارة الإلكترونية و جعلتها تشمل تبادل المعلومات و المعاملات التجارية المتعلقة بالمعدات و المنتجات و كذا الخدمات.

و أصدرت كذلك القانون المؤرخ في**2004/06/21** المتمم بموجب المرسوم المؤرخ في **2005/06/16** الذي ينظم نوعا خاصا من العقود و هي العقود الإلكترونية [1].

أما على الصعيد العربي فرغم أن معظم الدول العربية لم تشرع قانونا لتنظيم المعاملات الإلكترونية إلا أن مجموعة منها حذت حذو القانون النموذجي للتجارة الإلكتروني (اليونسترال) في تناول مسألة التعبير عن الإرادة بإستخدام الوسائل الإلكترونية ، و تعتبر تونس أول دولة عربية أصدرت قانونا خاصا بالتجارة الإلكترونية سنة **2000** تحت رقم **83** ، و الذي تضمن القواعد العامة المنظمة للمبادلات و التجارة الإلكترونية و قد نص هذا القانون على أن العقود الإلكترونية تخضع لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و صحتها و قابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض و أحكام هذا القانون [2].

و قد سن المشرع الأردني قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم **85** لسنة **2001** الذي أجاز بموجبه صراحة استخدام رسالة المعلومات كوسيلة مقبولة للتعبير عن الإرادة [3] .

و قد سايره المشرع الإماراتي في سنه للقانون رقم **2002/02** بشأن المعامـــلات و التجارة الإلكترونية [4] ، و كذا المشرع البحريني بوضعه للقانون رقم **2004/28** ،

---

(1)- THIEFFRY(Patrick) , Commerce éléctronique , Droit intenational et européen , op.cit , p189.

(2)- أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، دون طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 459 .

(3)- أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 446 .

(4)- عبد الرحيم محمود الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت(دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 32 .

إذ عمد إلى وضع معاني العديد من المصطلحات المرتبطة بالتجارة الإلكترونية [1] .

أما المشرع الجزائري فقد تأخر في سن قانون خاص بالمبادلات الإلكترونيـــــــة ، و اكتفى بإدخال بعض التعديلات على القانون المدني سنة **2005** ، مما زاد من حدة التســاؤل حول مدى مشروعية وسائل تقنيات المعلومات للتعبير عن الإرادة في القانون الجزائري ، الشيء الذي جعل الفقه ينقسم إلى قسمين ، أولهما يقر بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة و الثاني يرفض ذلك و لكل مبرراته .

ثانيا : مدى مشروعية الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة .

انقسم الفقه إلى طائفتين فهنالك من قال بمشروعية الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة و هنالك من نادى بالعكس و نتناول ذلك كما يلي :

1- القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة :

يعتقد أصحاب هذا الرأي أنه رغم أن القانون المدني الجزائري يتضمن نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة ، فإن مشروعية التعاقد هذه يمكن إستخلاصها من القواعد العامة في القانون المدني و منها :

1- الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة [2] الذي كرسته المادة **60** من القانون المدني التي تعطي المتعاقدين الحرية الكاملة في إختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما ، و لا مانع من إمتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية .

2- بما أنه أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني و التوقيع الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني ، من خلال نص المادتين **323** مكـــــــرر **1** و **327 /02** ، فالأولى أن تجد لها موقعا في إنعقاد العقد [3] .

3-كذلك نجد نص المادتين **60/** أخيرة و **02/64** ، اللتين فتحتا الباب واسعا

---

(1)- أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 448 .

(2)- علي فيلالي ، الإلتزامات ، النظرية العامة للعقد ، المرجع السابق ، ص 81 .

(3) – برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة الرابعة عشر ، المدرسة العليا للقضاء ، 2006/2003 ، المدرسة العليا للقضاء ، ص 19

أمام إستعمال الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة .

2- القائلون بعدم مشروعية الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة :

خلافا للرأي السابق المؤيد لمشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة ، فإن هذا الإتجاه يرفض الإعتراف بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة و تبريرا لموقفه يقدم الحجج التالية :

1- إن القانون المدني بأحكامه الحالية لا ينص صراحة على استعمال الوسائـــل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة و يجب ألا تفسر نصوصه ، خاصة منها المادة **02/64** المتعلقة بالتعاقد عبر الهاتف أو أية وسيلة مشابهة تفسيرا واسعا يشمل الصور الإلكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة ، فلو أراد المشرع اعتمادها لنص عليها صراحة كما فعلت التشريعات المقارنة الأخرى .

2- إن استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة لا يخلو من المخاطـــر ، كون هذه الوسائل لا تسمح من توثق كل طرف من أطراف العلاقة العقدية و من وجود ، و من صفة الطرف الآخر بمعنى عدم توثق كل طرف من أن من يخاطبه هو الشخص الذي رضي بالتعاقد معه فعلا ، و هذا ناجم عن طبيعة هذه الوسائل التي يتميز التعاقد من خلالها بالإفتراضية و اللامادية ، فلا أحد يضمن لمستخدم شبكة الأنترنت بأن ما وصله من معلومات إنما جاءت من هذا الموقع ، و لا أحد يضمن له أيضا حقيقة الموقع و وجوده على الشبكة ، خاصة إذا ما أخذنا بعين الإعتبار تنامي عمليات اختراق المواقع و إساءة استعمال أسماء الغير في الأنشطة الجرمية [1] .

3- إعتداد القانون المدني في مادته **323** مكرر **1** بالكتابة في الشكل الإلكترونـي في الإثبات لا يعني أنه يقر بها كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين ، فهي خاصة فقط بالإثبات لا غير ، فكتابة بنود عقد على دعامة إلكترونية و حفظ نسخة منه لا يعني بالضرورة أن المشرع قد أعطى المشروعية لهذه الوسائل فـــي

---

(1)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الأنترنت (دراسة مقارنة)، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002، ص 22 .

التعبير عن الإرادة [1] .

رغم قوة حجج الرأي الأول الذي يؤيد قبول القانون المدني بصيغتة الحالية للوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة استنادا للقواعد العامة لإبرام العقود خاصة منها مبدأ الرضائية إلا أنه يبقى عدم الإعتراف الصريح بمشروعية هذا النمط للتعبير عن الإرادة من ناحية ، و عدم تنظيمه بالشكل الكافي من ناحية أخرى ، يتسبب في عدم حماية المتعاقدين حماية كافية من مخاطر التعاقد بهذه الوسائـــــل ،

و لتفادي ذلك حث القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء على الإعتراف الصريح في قوانينها على قبول الوسائل الإلكترونية في التعبير عـــن الإرادة و تنظيمها [2] .

غير أن السؤال الذي يطرح نفسه هو أنه إذا كان التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية جائزا و لو ضمنيا فهل هذه الإجازة مطلقة أم مقيدة بوضع استثناءات ؟.

و هذا ما سنتناوله بالدراسة في النقطة الموالية .

ثالثا: الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا .

أجازت معظم التشريعات التي نظمت مسائل التجارة الإلكترونية و المعاملات الإلكترونية صراحة لأطراف التعامل التعبير عن إرادتهم بإستخدام الوسائل الإلكترونية في حين أن جميع التشريعات أكدت في نفس الوقت على حرية الأطراف في الإتفاق على خلاف ذلك ، بمعنى أنها لم تفرض شكلا معينا للتعبير عن الإرادة إلكترونـــــيا ، و متى إتفق أطراف المعاملة على التعبير عن إرادتهم بالوسائل التقليدية كالبريد العادي أو التليفون كان ذلك ملزما لهم ، فلا يجوز لهم إجراؤها بطريقة إلكترونية ، إضافة إلى أنه يسهل حاليا إيجاد حرية غير مقيدة لا سيما في المجال الإقتصادي [3] ، لذلك فإن إجازة التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية ترد عليه استثناءات نتناولها كما يلي :

---

(1)- برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 20 .

(2)- برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، ، المرجع نفسه ، ص 21 .

(3)-CLAUDE(Lucas de leyssac) , PARLEANI(Gilbert), Droit du Marché , Presses universitaires de france , Paris , 2002 , p 507 .

1- الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا في الشريعة الإسلامية :

اختلفت النظم التشريعية في نظرتها للعقود و الحقوق المالية سواء في كيفية انعقادها أو في شروطها أو أحكامها أو آثارها اختلافا قد يصل إلى حد التباين ، فقد كانت بعض التشريعات الوضعية تشترط الرضائية لإنعقاد العقد ، ثم تطورت بمرور الوقت لتشترط الشكلية .

و مادام الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب و القبول من طرفي العقـــد و وصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعا و فهم كلا الطرفين ما قصده الآخر ، و هذا كله متحقق في التعاقد عن طريق الأنترنت سواء عبر شبكة المواقع أو عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة أو المشاهدة ، فيكون التعبير عن الإرادة جائزا لينتج آثاره القانونية ، و قد بحث مجمع الفقه الإسلامي السابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بآليات الإتصـال الحديث في دورته السادسة و صدر بذلك القرار رقم 06/03/53 ، و الذي نص على صحة إجراء هذه العقود إلا أنه إستثنى بعض العقود لخصوصيتها و هي عقد النكاح و عقد الصرف [1].

أ – عقد النكاح :

بما أنه من شروط عقد النكاح أن يشهد شاهدي عدل على إبرامه حفاظا على حقوق الزوجين و الولد منهما طول الحياة ، بخلاف باقي العقود التي تكون آثارها محصورة في الغالب على جانب معين و بشكل محدود ، فإن هذا النوع من العقود قد استثنى من العقود التي تبرم عبر الأنترنت .

و لكن هناك من يرى أن الطرق الحالية للتعاقد تسمح بحضور و تحكيم الشهادة خاصة إذا كان التعاقد عبر المحادثة أو المشاهدة ، مما يسمح بتحقق ركن الشهـــود ، و هذا ما أخذ به المذهب الحنفي الذي أجاز إنعقاد النكاح بالكتابة و لو كان الزوجان غائبان عن بعضهما و حضر شاهدين عند الكتابة [2] .

---

(1)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق ، ص 266 .

(2)- فراح مناني ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 124 .

ب – عقد الصرف :

عقد الصرف هو بيع النقد بالنقد سواء بجنسه أو بغير جنسه و من شروط صحته التقايض قبل الإفتراق بين المتعاقدين ، فالتصارف عن طريق الوسائل الإلكترونية يختلف حمكه بحسب الطريقة التي تم بها العقد ، فإن تم مباشرة عبر شبكة المواقع أو البريد الإلكتروني المباشر أو المحادثة ، و تم تنفيذ العقد بتحويل المبلغ محل العقد من حساب كل من الطرفين عن طريق الشيك المصرفي أو النقود الإلكترونية أو كارت الفيزا أو الحوالة البنكية المباشرة أو غير ذلك من أشكال الصرف التي تجعل التقايض متحققا في الحال بين الطرفين فإن العقد صحيح [1] لأن التقايض ليس مقصورا على التقايض الحقيقي بين الطرفين مباشرة بل يكون أيضا بالقبض الحكمي ، كالقيد المصرفي في حساب العميل بطريق الحوالة المصرفية أو الأنترنت المصرفي ، و هكذا نستخلص أن صحة عقد الصرف باستعمال الوسائل الإلكترونية يتوقف على توفر شرط التقايض فيه [2] .

2- الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية (قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية) :

إن مسألة البحث في الإستثناءات الواردة في قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية مسألة أولية و مهمة ، بإعتبار أن هذا القانون يهدف إلى مساعدة الدول على تطوير تشريعاتها لتستجيب لحاجيات التجارة الإلكترونية ، كما تسعى إلى توحيد الأحكام و تقارب الحلول للمشاكل الثانوية المتعلقة بهذا النوع من التعامل، فهو إذا يعتبر مهد التشريعات الحديثة في مجال التعاقد الإلكتروني [3] .

و تظهر هذه الإستثناءات من خلال تحديد نطاق تطبيق هذا القانون ، و كذلك من خلال منح هذا القانون للدول بوضع استثناءات تراها مناسبة و هذا ما سنبينه كما يلي:

(1)- شحاتة غريب شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 47 .

(2)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 35 .

(3)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 35 .

أ – نطاق تطبيق قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية :

تنص المادة الأولى **(1)** من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية و التي جاءت تحت عنوان " نطاق التطبيق" : " **يطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات تكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية** " [1] .

يتجلى من خلال هذه المادة أن هذا القانون ضيق من نطاق تطبيقه و جعله يقتصر على التجارة الإلكترونية ، إلا أنه في نفس الوقت وسع من نطاق هذه التجارة لتشمل كل الأنشطة التجارية بدليل عدم إبداء أي تعريف لهذه الأخيرة ضمن المادة الثانية التي خصصها للتعريفات .

و رأت اللجنة الخاصة بصياغة هذا القانون إبقاء التعريف مفتوحا ليشمل كل المستخرجات الإلكترونية الممكنة ، إذ إرتأى خلال إعداد هذا القانون أن استبعاد أي شكل أو واسطة عن طريق تقييد نطاقه يمكن أن يضفي إلى صعوبات عملية ، و أن يتعارض مع الغرض المتوخى منه و هو توفير قواعد محايدة من حيث الوسائط [2] .

ب – حرية الدول في تعديل القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بوضع إستثناءات عليه :

لقد أعطى قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية للدول الراغبة في تبنيه الحرية في توسيع نطاقه ليشمل المعاملات غير التجارية ، كما أعطى لها الحق في وضع إستثاءات تراها مناسبة إلا أنه حذر من جهة أخرى من استغلال هذا الحق لوضع إستثناءات على بعض نصوص هذا القانون لأن ذلك يعتبر خروجا من روح القانون و تجريدا له من مهامه و أهدافه [3] و هذا ما يجرنا إلى تحديد موقف بعض التشريعات المقارنة .

---

(1)– وائـــل أنور بندق ، قانون التجارة الإلكتروني (قواعد الأونيسترال و دليلها التشريعي) ، دون طبعة، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 11 .

(2)– وائل أنور بندق ، قانون التجارة الإلكتروني (قواعد الأونيسترال و دليلها التشريعي) ، المرجع نفسه ، ص 42 .

(3)– وائل أنور بندق ، قانون التجارة الإلكتروني (قواعد الأونيسترال و دليلها التشريعي) ، المرجع نفسه ، ص 45 .

3- الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا في بعض التشريعات المقارنة :

انتهج بعض المشرعين نهج قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونيـــــــــة و أصدروا تشريعات لتنظيم المعاملات الإلكترونية ، فهنالك من تقيد بمضمون هذا القانون وفقا لنطاقه الضيق كمشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري [1] ، و الذي أجاز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية في كافة الأنشطة التجارية دون أية قيود أو استثناءات [2] و هنالك من عدل فيه بوضع استثناءات حسب مجال العقد أو شكله .

أ- الإستثناءات من حيث مجال العقد :

لقد انتهج المشرع الكويتي منهجا مقاربا لقانون اليونسترال في تبنيه مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي ، إذ جاء في المادة الأولى **(1)** منه : " **يطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل مستند إلكتروني مستخدما في أعمال تجارية** " [3] .

يتضح من هذه المادة أن المشرع الكويتي حصر مجال تطبيق القانون الخاص بتنظيم إستعمال الوسائل الإلكترونية على الأعمال التجارية مستثنيا بذلك أي عمل غير تجاري ، و قد بررت المذكرة الإيضاحية لهذا المشروع موقف المشرع بكونه يرمي إلى حماية الشخص العادي من أن يكون محلا لتطبيق أحكام هذا القانون في الوقت الذي لم يصل فيه الوعي و الثقافة عند الناس إلى المستوى المطلوب لمثل هذه المعاملات .

و لقد وسع المشرع الكويتي من نطاق الإستثناءات الواردة في هذا القانون باستثنائه لبعض المعاملات التجارية و هي البيوع العقارية ، و التصرفات الملحقة بها ، والأوراق المالية و التجارية و مستندات الملكية و قد أرجعت المذكرة الإيضاحية للمشروع السبب في ورود هذه الإستثناءات إلى الطبيعة الخاصة بهذه المسائل .

---

(1)- أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، المرجع السابق،358 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، 156 .

(3)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 38 .

موازاة لموقف المشرعين المصري و الكويتي ، و اللذين تبنيا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) بنطاقه الضيق تبنت بعض التشريعات هذا القانون مع توسيع نطاقه ، بحيث لا تقتصر فقط على الأعمال التجارية بل أيضا على الأعمال غير التجارية ، فظهرت تشريعات تحت عنوان (المعاملات الإلكترونية أو المبادلات الإلكترونية) .

و يعتبر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني المؤقت الصادر سنة **2001** تحت رقم **85** أحد التشريعات التي سايرت الإتجاه الموسع لنطاق تطبيق القانون النموذجي ، إذ يطبق على جميع المعاملات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية سواء كانت مدنية أو تجارية [1] .

ب – الإستثناءات من حيث شكل العقد :

يستلزم القانون في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها لإنعقاد العقد إلى جانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد و صحته على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة غير منتج لآثاره القانونية المتوخاة إلا إذا توافرت هذه الشكلية .

و إذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد ، سواء كانت عرفية أو رسمية فإن التساؤل يثور حول مدى إمكانية استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية ، وذلك بالكتابة على دعامات إلكترونية ؟ .

و نظرا لأهمية و خطورة بعض التصرفات ، لا سيما تلك التي تشترط فيها الشكلية كركن أساسي ، فقد رأى مشرعو بعض الدول عدم جواز استعمال قواعد البيانات أو التوثيق الإلكتروني بشأنها و من هذه الدول :كندا ، أمريكا ، إيرلندا الشمالية ، الصين ، إمارة دبي و الأردن [2] .

لقد استثنى المشرع الأردني صراحة في نص المادة السادسة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تحت رقم **85** سنة **2001** جميع العقود و المستندات و الوثائق

---

(1)– أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص422 .

(2)– أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 442– 443 .

الشكلية التي تنظم وفق شكل معين إشترطه القانون ، موردا بعض المعاملات الشكلية المستثناة على سبيل المثال لا الحصر[1] ، مثل : الوصية ، الوقف و التصرف في أموال غير منقولة و عقود إيجارها ، إضافة إلى الوكالات و المعاملات في الأحوال الشخصية ، و الإشعارات المتعلقة بإلغاء وفسخ عقود خدمات المياه و الكهرباء و التأمين الصحي و التأمين على الحياة و لوائح الدعاوى و المرافعات و إشعارات التبليغ القضائية و قرارات المحاكم و التعامل بالأوراق المالية كالسندات والأسهم [2] .

يستخلص من هذه الأمثلة أن مناط الإستثناءات في قانون المعاملات الأردني هو ضرورة التقيد بشكل معين أثناء هذه المعاملات ، و أن عدم مراعاة هذا الشكل يستوجب إعتبار هذه التصرفات غير صحيحة ، كما قرر قانون دبي للمعاملات و التجارة الإلكترونية إستثناء عدة أمور من تطبيق هذا القانون ، مثل المسائل و المعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية ، و سندات ملكية الأموال غير المنقولة و الحقوق الواردة عليها ، و السندات المالية القابلة للتداول مثل الأسهم أو أي سند يتطلب القانون تصديقه أمام موظف الدولة المختص مثل التوكيل العام أو الخاص[3].

لقد كان المشرعون الغربيون هم السباقون لوضع هذه الإستثناءات ، فقد استبعد المشرع الأمريكي بعض التصرفات و الأعمال القانونية كمسائل قانون الأسرة و كذا قرارات و أوامر المحاكم و أوراق و مستندات التفاوض ، في حين اسثنى المشرع الكندي الوصايا ، و المستندات المتعلقة بالعقارات و تسجيلها و السندات المالية [4] .

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة **323** مكرر **1** من القانون المدني الجزائري على أنه :

" **يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط**

---

(1)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 43 .

(2)- بشار محمود دودين – محمد يحي المحاسنة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت وفقا للقانون المدني الأردني بالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006 ، ص 60 .

(3)- أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 373 / و أنظر كذلك : خالد ممدوح إبراهيم ،إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، 154 .

(4)- خالد ممدوح إبراهيم ،إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، 154 .

إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معـــدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها " ، إن هذه المادة و التي تقابلها المادة **1316** من القانون المدني الفرنسي ، جاءتا بمفهوم واسع للكتابة فهو يشمل بجانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الإلكتروني أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية ، و قد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل هل يمكن للكتابة الإلكترونية أن تكون بديلة عن الكتابة التقليدية ؟ و بعبارة أخرى هل يمكن للمفهوم الحديث الموسع للكتابة أن يشمل الكتابة كركن للإنعقاد أو لصحة التصرف أم يبقى قاصرا على الكتابة كوسيلة لإثبات التصرف لا سيما أن هذا التعريف ورد ضمن القواعد المعالجة للإثبات ؟ .

انقسم الفقه الفرنسي في معالجة هذه المسألة إلى فريقين ، يرى الأول أن هذا النص يتسع نطاقه ليشمل أيضا الكتابة المتطلبة كركن لإنعقاد العقد بناء على عمومية تعريف الكتابة بنص المادة **1316** من القانون المدني الفرنسي ، و كذا وحدانية النص الذي تضمن تعريفا لها ، و بذلك يفهم أن الكتابة المقصودة بهذا النص لم تعد قاصرة على الكتابة كدليل إثبات ، و إنما تشمل أيضا الكتابة المتطلبة لصحة التصرف ،و بالتالي يكون هذا التعريف هو الوحيد الذي يمكن الرجوع إليه في كل الحالات التي تثار فيها فكرة الكتابة ، لينتهي هذا الرأي بالقول أن الكتابة فكرة واحدة ، فمادام أن القانون لا يشترط شكلا خاصا لهذه الكتابة كشرط الكتابة بخط اليد ، فإن الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات [1].

و في مقابل هذا الإتجاه ، يرى الفريق الثاني من الفقه أنه ينبغي حصر مجال إعمال هذا التدخل التشريعي فيما ورد بشأنه ، أي يجب أن يقتصر على مجال الإثبات .

و نظرا للخلاف القائم بين فقهاء القانون حول هذه المسألة فإن المشرع الفرنسي تدخل لحسم هذا الخلاف لصالح الرأي الأول بإصداره مرسومين بتاريخ **2005/08/10** الأول يعدل و يتمم المرسوم المتعلق بنظام المحضرين القضائيين ، و الثاني يعدل و يتمم المرسوم المتعلق بالعقود المحررة من قبل الموثقين ، و اللذان دخلا حيز التنفيذ في **2006/02/01** ، و قد سمح هذان القانونان بإمكانية إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لإنعقادها على دعامة إلكترونية على أن يتـم

---

(1)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 45 .

إنشاء نظام لمعالجة إرسال البيانات معتمد من قبل الغرف الوطنية لهذه المهن [1].

و هكذا فإن نفس الإنتقادات الموجهة للنص الفرنسي توجه للنص الجزائري ، ضف إلى ذلك فإن المشرع الجزائري يشترط لإبرام العقود التي تخضع للكتابة أن يشهد إبرامها الضابط العمومي و أن يوقعها و يختمها ، و هذا أمر لا يمكن للكتابة الإلكترونية أن تضمنه ، لذا يمكن القول بعدم صلاحية هذا النص لإعتماده في إبرام العقود التي تشترط فيها الكتابة كركن لإنعقادها .

يتضح مما سبق أن بعض التشريعات أوردت بعض الإستثناءات التي لا تكفي معها المحررات و السجلات الإلكترونية لتحقيق و إستيفاء الشكلية المطلوبة قانونا ، إلا أن البعض يرى أن تلك الإستثناءات لا مبرر لها لأن الكتابة الإلكترونية مسألة أقرتها غالبية التشريعات الحديثة بشأن المعاملات الإلكترونية ، و من ثم فإن إبرام العقود الإلكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود ، بل يجوز إبرام كافة أنواع العقود إلكترونيا و لو كانت عقودا شكلية ، لا سيما مع ظهور مهنة جديدة هي مهنـــة " **الموثق الإلكتروني** " ، و قد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيا أو إعتباريا و تتركز الوظائف الأساسية للموثق الإلكتروني في إثبات مضمون المستندات و العقود الإلكترونية و توثيقها [2] .

رابعا : طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة .

إذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة فإن طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني و نظرا للخصوصية التي يتمتع بها تتعـــــدد و تختلف فقد يتم التعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنت و هذا هو الوضع الشائـــــع و قد يتم عبر وسائل إلكترونية أخرى .

---

(1)- فراح مناني ، العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 72 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ،إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، 156 .

1- التعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنت :

تنقسم هذه الطريقة إلى أربع فئات أساسية نذكرها كما يلي :

أ- التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني (E-mail) :

يقصد بالبريد الإلكتروني إستخدام شبكة الأنترنت في نقل و تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية ، و ينظر عادة إلى البريد الإلكتروني على أنه المكافيء الإلكتروني للبريد العادي ، لذا فإنه في مجال البريد الإلكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي ، لأنه عندما توضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد فإنك تفقد السيطرة عليها و لا تستطيع استردادها ، فكذلك الحال بالنسبة للبريد الإلكتروني ، الذي يسمح بتبادل المراسلات أيا كان حجمها ، و هو خدمة تسمح للمستعملين المؤهلين بحجز و معاينة ونقل مستندات ممغنطة أو رسائل إلكترونية بواسطة أجهزة متصلة بالشبكة ، و له عدة تسميات في اللغات الأجنبية كلها تغطي الوظيفة نفسها [1].

و لكي تتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى أحد الأشخاص فلابد من معرفة عنوانه ، و يتكون عنوان البريد الإلكتروني من ثلاثة أجزاء الأول هو إسم الدخـــــول (Login name) و الثاني علامة @ و الثالث اسم الحقل (Domain name) لذلك الشخص ، و يتسم نظام البريد الإلكتروني بإمكانية إستخدامه في أي نوع من أجهزة الكمبيوتر و يمكن من خلاله نقل و إرسال كافة الأوراق و المستندات و العقود ، و تتم المراسلات بين المتعاملين سواء لإجراء التفاوض أو لإبرام التعاقد ، و تجري عملية التعاقد عبر البريد الإلكتروني بوصول المستندات الإلكترونية بسرعة فائقة بالمقارنة بالوسائل التقليدية [2] .

و إستخدام البريد الإلكتروني لا يقتصر على إرسال و إستقبال الرسائل الإلكترونية المكتوبة فقط بل يتعداها إلى إرسال الملفات و الرسومات و الصور الفوتوغرافية الثابتة

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية ، تخصص قانون الأعمال ، جامعة لخضر باتنة ، الجزائر ، 2015/2014 ، ص 63 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 130 .

و المتحركة و تبادل الحوارات الصوتية بإستخدام برنامج " فوكس وير " ولذلك فإن البريد الإلكتروني يعد أهم الطرق الفنية للتعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنت إذ بواسطة البريد الإلكتروني الخاص بالمستخدم الذي يرغب في التعاقد يتم التعبير عن الإيجاب و القبول بسهولة من خلال لوحة المفاتيح في جهاز الحاسب الآلي [1].

و تتم عملية التعاقد وتبادل الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني و إرسال رسالة إلكترونية إلى من يرغب في التعاقد معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط أو بنود التعاقد و كافة البيانات المتعلقة به ، و يجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني للمكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل ، ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها أو يرسلها كرسالة ملحقة بالبريد الإلكتروني ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني ، حينئذ ترسل الرسالة إلى الحاسوب الخادم لمقدم خدمات البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل إليه الذي يخزن الرسالة في صندوق بريد المرسل إليه ، و لدى قيام المرسل إليه بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني يمكنه قراءة الرسالة و الرد عليها بالموافقة أو الرفض [2] ، و وسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني هي الكتابة و لا تختلف هذه الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة اختلفت ، و كل ما هناك أن التعبير عن الكتابة بطريقة الكمبيوتر كتابة من نوع خاص فهي ليست كتابة على دعائم ورقية و إنما بإستخدام دعائم إلكترونية [3] .

إن طبيعة البريد الإلكتروني في تغير مستمر ، و إن خدمة الدليل و الأمن ليستا مضمونتين ، و مع هذا فإن الأمن و الدليل في تحسن إضافة للبروتوكولات الجديدة ، بذلك يكون للبريد الإلكتروني الدور الإيجابي كوسيلة من وسائل التعاقد التي تتم بسرعة في الإرسال و الإستقبال [4] .

(1)- مندى عبد الله محمود حجازي ، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي و القانون المدني (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010 ، ص 132- 133 .

(2)- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دون ناشر، لبنان ، 2009 ، ص 32 .

(3)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 45 .

(4)- طارق عبد العال حمادة ، التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 764 .

ب- التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني (Web- Site) :

تعتبر هذه الصورة الأهم و الأكثر إستخداما في التعبير عن الإرادة و يقصد بالويب شبكة المعلومات الدولية (World-Wide-Web) و قد يخلط البعض بين مصطلح الموقع (Web) و مصطلح الأنترنت (Intrnet) على إعتقاد أنهما مصطلحين لمعنى واحد ، و لكن الواقع أنهما مصطلحان مختلفان ، فالموقع ليس هو الأنترنت و لكنه وسيلة من ضمن وسائل الإتصال التي تقدم عبر شبكة الأنترنت ، بل إنه هو الوسيلة الأكثر استخداما في الإتصالات عبر الشبكة . و استخدام موقع على الأنترنت يعني إستمرارية هذا الموقع على مدار الساعة و الأيام ، و يتألف الموقع من مجموعة من الصفحات و صفحة رئيسية (Home Page) [1] .

و التعبير عن الإرادة عبر مواقع الويب قد يعبر عنه بالكتابة أو النقر على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح أو بالضغط على الفأرة في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب ، و يمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا باستخدام بعض الإشـــــارات و الرموز التي أصبح متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الأنترنت ، فهنالك مثلا إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة و وجه غاضب تدل على الرفض ، و هــز الرأس عموديا يدل على الموافقة و هزه أفقيا يدل على رفضه ، ويرى البعض أن هذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز كمبيوتر لكنه يعبر عن إرادة الموجب إليه و ليس إرادة الكمبيوتر [2].

إنه بموجب هذه الطريقة يتم عرض المنتجات أو الخدمات لمستعملي الشبكة العالمية من خلال كاتالوجات (قوائم) أو تصوير السلع بطريقة ثلاثية الأبعاد و في بعض الأحيان يكون التصوير مصحوبا بأفلام مصورة تعرض السلعة أثناء التشغيل ببيان عملي لآدائها يحدد المزايا المتعلقة بها و قوائم الأسعار ، بحيث يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية (كإسمه ، عنوانه ، بريده الإلكتروني .....) على الموقع للتعاقد على هذه السلع و الخدمات الموجودة على صفحات الويب ، حيث يختار المستهلك السلعة المنشورة و يضغط على أيقونة الموافقة فيظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي على شروط و بنـــــود

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 131 .

(2)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 47 .

التعاقد كتحديد آلية الدفع ، مكان و كيفية التسليم ، القانون الواجب التطـــــبيق و لا يستطيع مناقشته أو التفاوض بشأنه ، فإذا أراد المستهلك إتمام التعاقد يقوم بالضغط على أيقونة القبول [1] .

و يلاحظ أن مجرد الضغط بالموافقة على المعاملة الخاصة بذلك – الأيقونة – أو ملامسة مؤشر القبول (الفأرة) لا يعني القبول حتما ، إذ قد يحدث ذلك نتيجة خطأ غير مقصود من القابل و لذلك نجد أن معظم الشركات التجارية تزود صفحات الويب (Web–pages) ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة (Double click) الموجود في لوحة المفاتيح ، أو بث رسالة إلكترونية تفيد القبول و الرغبة في إتمام العقد [2] و في صورة أخرى أكثر تقدما ، أخذت مواقع الويب المستخدمة في تبادل السلع و الخدمات تتطلب ضرورة وجود التوقيع الإلكتروني لدى المتعاقد يرتبط بشهادة تصديق إلكتروني معتمدة و سارية صادرة من أحد مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص لهم بهدف التيقن من هوية المتعاقدين عبر شبكة الأنترنت و ضمان عدم تعديل مضمون رسالة البيانات ، كما حرصت أغلب المواقع على الإستفادة من تقنيات التشفير للحد من عمليات الإختراق من قبل المتلصصين و قراصنة الشبكة [3] .

جـ- التعبير عن الإرادة عبر المحادثة (المشاهدة ، التفاعل المباشر عبر الأنترنت (Internet Relay Chat) :

هنالك ما يمسى بغرف المحادثة ، و هي إحدى الخدمات المتاحة على شبكة الأنترنت و التي يمكن من خلالها التخاطب الفوري و المباشر بين مستخدميها ، حيث تتيح هذه الخدمة للأشخاص أن يتبادلوا الحديث فيما بينهـم بصورة متزامنة كلمة بكلمة ، و جملة بجملة مثل أي حديث شخصي معتاد ، و يتم ذلك بإحدى الصور التالية :

---

(1)– بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 65 .

(2)– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 131– 132 .

(3)– بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 65 .

1- التخاطب الكتابي بواسطة برنامج (فري تيل Freetel) ، و الذي يمكـــــــن الأطراف من الإتصال فيما بينهم عن طريق نقل الجمل المكتوبة ، حيث يكتب الشخص ما يريد قوله بواسطة لوحة المفاتيح و الشخص المقابل يرى ما يكتب في اللحظة ذاتها فيرد عليه بالطريقة نفسها بعد إنتهاء الأول من كتابة ما يريد .

2- التخاطب الصوتي عن طريق بعض برامج المكالمات المعروفة مثل برنامـــج (فوكس وير Fox waer) أو برنامج (ويب فون Webphone) حيث يتم تبادل الحوار الصوتي في ذات اللحظة فيبدو الأمر كما لو كان تبادلا للحديث يتم من خلال التليفون العادي [1] .

3- التخاطب الصوتي المرئي ، و هي حالة التعاقد عن طريق المشاهدة ، و يتـــم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائط الإتصال الصوتية و المرئية (عبر مكروفون وكاميرا فيديو مثبت على جهاز كل متخاطب) بما يسمح بأن يشاهد كل متعاقد الطرف الآخر ، فيصبح التعاقد هنا عن طريق التفاعل المباشر بالصوت و الصورة معا دون حضور مادي في نفس المكان ، و يتم التعبير عن الإرادة باللفـــــــــظ و الكتابة أو بالإشارة [2] .

و مما سبق يتضح أن التخاطب من خلال غرف المحادثة قد يكون بالكتابة التفاعلية المباشرة ، و قد يكون باللفظ فقط ، و قد يكون باللفظ و الرؤية معا ، و من ثم فإن التعبير عن الإرادة و إبرام العقود عبر هذه الوسيلة يشبه التعاقد عن طريق التليفون ، بل إن غرف الدردشة أوضح و أحوط في التعبير عن الإرادة من التليفون ، إذ يتبادل الطرفان الحديث فيما بينهما صوتا و صورة و وجها لوجه ، و بذلك تتاح لهما رؤية رد فعل حديث كل منهما على الآخر ، مثل الحزن أو الفرح أو الغضب .....إلخ ، و من ثم يكون التعبير عن الإرادة من خلال غرف الدردشة أدق و أكمل من التعبير عن طريق التليفون [3] .

---

(1)- مندى عبد الله محمود حجازي ، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي و القانون المدني (دراسة مقانة) ، المرجع السابق ، ص 134 .

(2)- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 53 .

(3)- مندى عبد الله محمود حجازي ، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي و القانون المدني (دراسة مقانة) ، المرجع نفسه ، ص 134 -135 .

إن هذه الصورة هي الأقل انتشارا و أهمية في التعاقد عبر الأنترنت ، و من جانبنا نتحفظ على استخدام هذه الوسيلة في التعاقد على الأقل في الوقت الراهن نظرا لأنه لا تتوافر لدى المتعاقدين من خلالها أية أدلة على حدوث التعاقد ، فمن ناحية لا يتم الاحتفاظ بالكتابة الإلكترونية المدونة بين الأطراف كدليل على وجود و مضمون التعاقد ، و من ناحية أخرى لا يوجد أي دليل على حدوث التعاقد في حالة استخدام التعاقـــد الشفوي عبر إستخدام تقنيات المحادثة بالصوت و الصورة ، حيث لا يتمكن مستخدمو الشبكة من حفظ الدليل على حصول التعاقد في أغلب الأحيان ، ولعل التطور التقني المتنامي يفرز وسائل تمكن من الوصول إلى دليل على حصول مثل هذه التعاقدات و مضمونها [1] .

د- التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد (Downloading) :

يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد، نقل أو استقبال أوتنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الأنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي أو موســـــيقى و هو ما يسمى في التجارة الإلكترونية بالتسليم المعنوي ، حيث يمكن إبـــــــرام العقد و تنفيذه على الخط دون حاجة إلى اللجوء إلى العالم الخارجي .

و التعبير الإلكتروني عن الإرادة بواسطة التنزيل عن بعد قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود ، مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينمائي ، أو قطعة موسيقية ، فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الإئتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال ، و يقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الأنترنت [2] .

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 66 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 133 .

2- التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الإلكترونية الأخرى :

نقتصر هنا على ذكر وسيلتين من وسائل التعاقد الإلكتروني ألا وهما : التيلكس و الفاكس .

أ- التعبير عن الإرادة بواسطة التليكس :

يعتبر التيلكس جهازا لإرسال المعلومات بطريقة طباعتها و إرسالها مباشرة ، و عدم وجود فارق زمني بين المرسل و المستقبل ، إلا إذا تم الإرسال ولم يكن هنالك من يرد في نفس الوقت ، و بذلك يقترب من التعاقد عن طريق الأنترنت في أنه يمكن أن يكون فوريا دون حاجة لمرور فاصل زمني بين الإيجاب و القبول ، و يكون التعبير عن الإرادة عبر التليكس بالكتابة دون غيرها من وسائل الإتصال الفوري [1] .

ب- التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس :

الفاكس هو عبارة عن جهاز إستنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل و المستندات المخطوطة باليد و المطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها ، فتظهر المستندات و الرسائل على جهاز فاكس لدى المستقبل ، و يلاحظ هنا الفارق الزمني للرد على المرسل ، و يتميز هذا الجهاز بالسرعة و ضمان وصول الرسائل و المستندات و سهولة الإستعمال [2] .

---

(1)- برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 18.

(2)- برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، المرجع نفسه ، ص 18.

الـــــفرع الثانـــي :

وسيلة التعبـــــير الإلكترونـــــي عن الإرادة

إن العقد الإلكتروني تكمن خصوصيته في وسيلة التعبير عن الإرادة التعاقدية ألا وهي رسالة البيانات الإلكترونية [1].

و يعتبر نظام التبادل الإلكتروني للبيانات موفرا للتكاليف و أسرع في تلبية حاجات الأفراد ، و أصبح من الوضوح بما كان أن التحول إلى النظام الإلكتروني سيوفر شفافية أكبر بكثير لمعاملاتهم ، و لذا يرى البعض أن التحول الجذري سيؤدي إلى أن تلعب المعاملات الإلكترونية دورا عموديا في التجارة الدولية في المستقبل ، حيث لن يكون ثمنا لهذا الدور المحوري إلا إغلاق المحال التجارية ذات الكلفة العالية و فروعها و مخازنها و الإكتفاء بموقع واحد على الأنترنت يتم التسويق و التسوق من خلاله [2].

و نظرا لكل هذه الأهمية يتطلب الأمر دراسة التبادل الإلكتروني للبيانات بإعتبارها إحدى وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة ، لذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى ثلاث نقاط أساسية ، الأولى نتناول فيها التبادل الإلكتروني للبيانات بتحديد ماهيته و أنظمته و النقطة الثانية نخصصها للحديث عن الإعتراف القانوني برسائل البيانات و نأتي في النقطة الثالثة للحديث عن إسناد الرسالة الإلكترونية و الإقرار بإستلامها .

أولا :التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات .

نتطرق إلى تحديد ماهية التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات ثم تحديد أنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات .

1- ماهية التبادل الإلكتروني للبيانات :

لقد عرفت المادة الثانية في فقرتها الأولى **(01/02)** من قانون اليونسترال النموذجي

---

(1)- إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 97 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 89 .

للتجارة الإلكترونية لسنة **1996** رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستـــلامها أوتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو برسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي [1] .

ونصت في فقرتها الثانية بأن تبادل البيانات الإلكترونية هو نقل المعلومات إلكترونيا من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات .

و يعرف جانب من الفقه تبادل البيانات إلكترونيا بأنه مجموعة من القواعد و العمليات المتعارف عليها التي تسمح للعمليات التجارية بأن تتم إلكترونيا ، و وفقا لهذا الرأي تقوم عملية تبادل البيانات إلكترونيا بتحويل المعلومات الخاصة بالأعمال التجارية التي كانت تنتقل بصورة تقليدية على الورق إلى صيغ إلكترونية و بدون تدخل من العنصر البشري .

بينما عرفها جانب آخر من الفقه الأمريكي بأنها عملية تبادل البيانات و المعلومات بين أطراف محددة بطريقة إلكترونية و من خلال الكمبيوتر .

و يستخدم نظام تبادل البيانات إلكترونيا في كثير من العمليات مثل إجراء التفاوض بـــــين الأطراف و إبرام العقود و الإستعلامات و طلبات الشراء و مواعيد الشخـــص و التسليم و بيانات الإنتاج و شهادات المطابقة و دفع الفواتير و خطابات الإعتماد [2] .

2- أنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات :

يتم التبادل الإلكتروني للبيانات بإستخدام طريقتين :

أ- الطريقة الأولى للتبادل الإلكتروني للبيانات :

و فيها يتم التبادل الإلكتروني للبيانات عن طريق شبكة إرسال إلكتروني تسمى شبكة القيمة المضافة و طبقا لهذا النظام يكون هنالك طرف ثالث وسيط يقدم خدمة الإتصال بين طرفي التعاقد ، حيث يكون لكل منهما صندوق بريد إلكتروني على كمبيوتر الشركة التي تمتلك شبكة القيمة المضافة .

---

(1)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، قوانين الأونيسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،2006 ، ص61 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 96 .

ب- الطريقة الثانية للتبادل الإلكتروني للبيانات :

و فيها يتفق الأطراف على إنشاء شبكات خاصة بكل واحد منهم و يتم الإتفاق على صيغ البيانات التي تستخدم في التبادل بينهم ، تتميز هذه الطريقة بأنها بسيطة و سهلة و لكن من عيوبها إمكان حدوث أخطاء في نقل الرسالة [1] .

ثانيا : الإعتراف القانوني برسائل البيانات .

إن الاعتراف برسائل البيانات و حجيتها في الإثبات من الأمور الهامة ، و لما كان الأمر كذلك كان من اللزوم أن تحتوي هذه الرسائل على قدر كبير من الأمان و السرية لكي يطمئن أطراف المعاملة على سلامة هذه الرسالة و عدم تعرضها للتغيير أو التزييف أو التحوير من قبل الغير فظهر ما يسمى بتوثيق الرسالة الإلكترونية عن طريق البصمة الإلكترونية للرسالة ، لذلك سنتحدث في حجية رسائل البيانات ثم في البصمة الإلكترونية لرسائل البيانات .

1- حجية رسائل البيانات في الإثبات :

نتعرض لحجية رسائل البيانات في الإثبات في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة ثم في الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتبادل الإلكتروني للبيانات .

أ- حجية رسائل البيانات في الإثبات في قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية :

إن المقصود من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة عام **1996** هو وضع مجموعة من القواعد القانونية و المباديء لتيسير استخذام التقنيات العصرية في مختلف الظروف لأغراض تدوين المعلومات و البيانات و إرسالهـــــا ، و مع ذلك فهو قانون إطاري مرجعي لا يتضمن جميع القواعد و اللوائح الضروريـــة

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 97- 98 .

لتطبيق هذه التقنيات بل يهدف إلى تقديم مجموعة من القواعد المقبولة دوليا و التي تسمح بإزالة عدد من العقبات القانونية فهو قانون غير ملزم [1] .

و يقوم هذا القانون على مبدأ النظير الوظيفي أو المعادل الوظيفي و يقصد به المساواة بين المحرر الإلكتروني و المحرر الورقي ، و التساوي الوظيفي هنا هو تساو من حيث وظيفة الدليل في الإثبات و بالتالي إتخاذ وظيفة و دور الدليل معيارا للقبول به و تحديد حجيته و مع ذلك فإن إعتماد نهج النظير الوظيفي لا ينبغي أن يفضي إلى فرض معايير أمنية على مستعملي التبادل الإلكتروني للبيانات أشد مما يفرض في حالة المستندات الورقية [2] .

و لقد وضع هذا القانون مبدأ هاما يؤدي إلى الإعتراف القانوني برسائل البيانـــات و المعلومات الإلكترونية و صحتها و قابليتها للتنفيذ و عدم إنكارها لكونها اتخذت شكلا إلكترونيا إعمالا لمبدأ التناظر الوظيفي ، ولذلك نص في المادة الخامسة **(05)** منه على أنه :

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

كما نص هذا القانون أيضا على أن كلا من أطراف المعاملة الإلكترونية لا يستطيع أن ينكر رسالة البيانات لمجرد أنها في شكل إلكتروني إذ نصت المادة الثانية عشر **(12)** منه على أنه :

" **في العلاقة بين منشيء رسالة البيانات و المرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات** " ، و هو ما يعني إعطاء رسالة البيانات نفس الإعتراف القانوني الذي يعطى للمستنـــــد الورقي [3] .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 99 .

(2)- حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، 2000 ، القاهرة ، ص 84 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 104 -105 .

ب- حجية رسائل البيانات في الإثبات في الإتفاقيات الدولية الخاصة بالتبادل الإلكتروني للبيانات :

تعددت الإتفاقيات في مجال الإعتراف بالحجية القانونية لرسائل البيانات و إن إتبعت نهجا مختلفا ، فمثلا نجد الإتفاق النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات نص على الإجراءات و التدابير الأمنية للتحقق من منشيء الرسالة و التحقق من صفتها و ضمان عدم إنكار منشئها ، و ذلك بغرض التحقق من مرسل الرسالة و أن الرسالة الإلكترونية وردت كاملة و لم تحرف كما نص أيضا على أن يقبل الأطراف بأن تعتبر المعاملات قد تمت على الوجه الصحيح إن هي كونت عن طريق رسائل التبادل الإلكتروني للبيانات ، و ترمي جميع إتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات إلى هدف واحد هو إنشاء إطار إتفاقي ملزم لتنظيم العلاقة التعاقدية المتبادلة بين مستخدمي أنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات [1] .

2- البصمة الإلكترونية لرسائل البيانات :

لقد ظهر أسلوب التشفير بغرض منع الغير من الإطلاع على محتويات الرسالة الإلكترونية ، إلا أنه لا يمنع المخربين أو لصوص الأنترنت من العبث بمحتويات الرسالة و بالتالي لا يضمن التشفير سلامة الرسالة و من هنا ظهرت الحاجة إلى وسيلة لحماية محتويات رسائل البيانات الإلكترونية فظهرت البصمة الإلكترونية لضمان سلامة محتوياتها.

و البصمة الإلكترونية هي بصمة رقمية يتم اشتقاقها و الحصول عليها وفقا لحسابات رياضية و خوارزميات معينة تطبق على الرسالة و تسمى هذه العمليات الحسابية دوال أو اقترانات التمويه و ذلك بغرض توليد بصمة و تسمى البيانات الناتجة عن هذه الحسابات البصمة الإلكترونية للرسالة ، و تختلف البصمات الإلكترونية عن بعضها البعض بحسب المفاتيح الخاصة التي أنشأتها و لا يمكن فك شفرتها إلا بإستخدام المفتاح العام [2].

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 105.

(2)- حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت ، المرجع السابق، ص 85 .

و يجب التمييز بين عملية تشفير الرسالة الإلكترونية و عملية تشفير التوقيع الإلكتروني ، صحيح أن كليهما يقوم على عملية حسابية يتم من خلالها تشفير مضمون التوقيع أو الرسالة و لكن هنالك فارق جوهري ، و هو أن تشفير الرسالة الإلكترونية يشملها بأكملها ، في حين أن التشفير في التوقيع الإلكتروني يقتصر فقط على التوقيع دون بقية الرسالة بحيث أن التوقيع الرقمي قد يكون مرتبطا برسالة إلكترونية غير مستقرة [1] .

ثالثا : إرسال الرسالة الإلكترونية ، إسنادها و استقلاليتها ، و الإقرار باستلامها .

نقسم هذه النقطة إلى النقاط التالية :

1- إرسال الرسالة الإلكترونية ، إسنادها و استقلاليتها :

تصدر الرسالة الإلكترونية من جهاز المنشيء لها لترسل إلى جهاز المرسل إليه ، و قد عرف المنشيء لرسالة البيانات بأنه الشخص الذي يقوم بإرسال أو إنشاء رسالة البيانات سواء قد تم على يديه أو نيابة عنه ، و لكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة ، أما المرسل إليه رسالة البينات ، فهو الشخص الذي قصد المنشيء أن يتسلم رسالة البيانات ، و لكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة ، ويراد بمصلح الوسيط فيما يتعلق برسالة بيانات معينة ، الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه [2] و هذا كله نصت عليه المادة الثانية **(02)** في فقراتها ج ، د ، هـ من قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية [3] .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 105-106 .

(2)- إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، المرجع السابق، ص 99 .

(3)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، قوانين الأونيسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 62 .

و نظرا لكون التعاقد الإلكتروني يتم عبر وسائط آلية و خشية من إسناد الإرادة الإلكترونية بطريق الغش أو الإحتيال أو الخطأ إلى شخص لم تصدر عنه هذه الإرادة فإن هنالك حاجة ملحة للتثبت من إسنادها و نسبتها إلى صاحبها و التوثق من مضمونها و فيما يتعلق بإسناد الرسالة الإلكترونية فقد تطرقت إليه المادة الثالثة عشر في فقرتها الأولى **(01/13)** من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ، و التي نصت على أنه : " **تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشيء إذا كان المنشيء هو الذي أصدرها بنفسه** " [1] ، و نستنتج من هذه المادة أن هذا القانون قد وضع مبدأ هاما ألا وهو أن الرسالة طالما كانت مرسلة من المرسل ذاته أو من جهاز تحت سيطرته أومن نائب هذا الشخص فإن تلك الرسالة تعد و كأنها مرسلة من الشخص ذاته إلا أن هذا المبدأ ليس قرينة لا تقبل إثبات العكس بل يمكن إثبات العكس إذا ما استطاع المرسل إثبات أن تلك الرسالة قد أرسلت بطريق الخطأ و عليه تعد تلك الرسالة كأنها لم تكن و ينعدم أي أثر قانوني على إرسالها [2] .

و بين قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الحالات التي يفترض فيها صدور الرسالة الإلكترونية عن المنشيء و الحالات التي يحق فيها لمستلم الرسالة إعتبارها صادرة من المرسل وذلك على النحو التالي :

- أوضحت المادة الثالثة عشر في فقرتها الثانية /أ(**13 /02 / أ**) من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ، أنه في نطاق العلاقة بين المرسل و المرسل إليه تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشيء و ذلك في حالتين هما :

- ***الحالة الأولى :***

تعتبر رسالة البيانات الإلكترونية سواء تضمنت إيجابا أو قبولا ، صادرة من المنشيء إذا قام بها شخص آخر غيره طالما كان لهذا الشخص الذي أرسلها سلطة التصرف بالنيابة عنه ، و يتحقق ذلك في حالة كون هذا الشخص مرسل الرسالة الإلكترونية

(1)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، قوانين الأونيسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 72 .

(2)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، دون سنة ، ص 141-142 .

وكيلا أو نائبا عن صاحب الإرادة .

- ***الحالة الثانية :***

إذا كانت رسالة البيانات قد أرسلت عن طريق وكيل إلكتروني أي من نظام معلومات مبرمج مسبقا على يد المنشيء أو نيابة عنه للعمل آليا [1] .

- يحق للمرسل أن يفترض نسبة الرسالة الإلكترونية إلى المنشيء و أن يتصرف على أساس هذا الإفتراض في حالتين حددهما قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على سبيل الحصر :

- ***الحالة الأولى :***

إذا طبق المرسل إليه تطبيقا سليما إجراء سبق أن وافق عليه المنشيء لهذا الغرض من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشيء .

- ***الحالة الثانية :***

إذا استخدم المرسل طريقة معينة لإثبات أن الرسالة الإلكترونية صادرة عنه فعلا ، ثم يتمكن شخص آخر من الوصول إلى هذه الطريقة ففي هذه الحالة يحق للمرسل إليه أن يعتبر أن هذه الرسالة قد صدرت عن المنشيء و أن يتصرف على هذا الأساس [2]

و مع ذلك فإنه يتعين إستبعاد هذا الإفتراض وعدم تطبيقه في الفرضين التاليين :

- ***الفرض الأول :*** إذا استلم المرسل اليه اشعارا من المنشيء يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه .
- ***الفرض الثاني :*** إذا علم المرسل إليه أو كان بمقدروه أن يعلم أن الرسالة الإلكترونية لم تصدر عن المنشيء ، و ذلك إذا ما بذل العناية المعقولة أو إستخدم أي إجراء متفق عليه بين الطرفين [3] .

و فيما يتعلق باستقلالية رسالة البيانات فقد نصت المادة الثانية عشر في فقرتهـــــا

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 118-119 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 120 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 121 .

السادسة **(06/12)** على أنه : " **يحق للمرسل إليه أن يعامل كل رسالة بيانـــــات يتسلمها على أنها رسالة بيانات مستقلة و أن يتصرف على أساس هذا الإفتراض إلا إذا كانت نسخة ثانية من رسالة بيانات أخرى** " .

أي أن المرسل إليه رسالة البيانات ، يحق له أن يعتبر كل رسالة بيانات هي رسالة مستقلة بذاتها و منفصلة عن باقي ما يتسلمه من رسائل بيانات أخرى و له بالتالي أن يعتبر كل رسالة يتسلمها هي رسالة تتضمن إيجابا صادرا له أو قبولا على إيجاب صدر منه إلا أن القانون قد وضع شرطان في هذا الموضوع :

أولهما: هو أن المرسل إليه لا يكون في استطاعته أن يعتبر رسالة البيانات التي تسلمها إيجابا أو قبولا إذا ما كانت رسالة مكررة أي هي نسخة من رسالة بيانات قد تسلمها من قبل ففي هذه الحالة لا يكون له أن يعتبرها إيجابا أو قبولا .

ثانيهما: أن المرسل إليه ، لا بد أن يكون قد بذل القدر المعقول من العناية أي أنه لابد و أن يكون قد بذل العناية التي يبذلها الشخص العادي و ذلك للتعرف على تلك الرسالة و ما إذا كانت نسخة مكررة من رسالة تسلمها من قبل أو لم يتسلمها [1] .

2- الإقـرار بإستلام الرسالة الإلكترونية :

قد يتفق أطراف التعاقد الإلكتروني سواء في مرحلة التفاوض أو في مرحلة إبرام العقد على توجيه إقرار باستلام الرسالة الإلكترونية ، سواء كانت تتضمن مجرد تبادل إلكتروني للمعلومات أو تتضمن إيجابا أو قبولا ، حتى يكون المنشيء لها على دراية كافية من مصير تلك الرسالة و التصرف على ضوء ذلك .

و في العلاقة بين منشئ الرسالة الإلكترونية و المرسل إليه قد يتم الإتفاق على شرط الإقرار بالإستلام قبل توجيه الرسالة الإلكترونية من المرسل إلى المرسل إليه أو عند توجيهها و قد يكون الإتفاق على الإقرار بالإستلام ضمن الرسالة الإلكترونية المرسلة ، أو في إتفاق خاص مستقل يتفق عليه الطرفان مسبقا ، و الإقرار باستلام رسالة البيانات قد يكون لمجرد علم المنشيء بوصول رسالة إلى المرسل إليه ، و قد يكـــون

---

(1)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 147-148

شرطا لإعمال الرسالة و ترتيب أثرها [1] ، و قد نظمت المادة الرابعة عشر في فقرتها الثانية **(02/14)** من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية مسألة الإقرار باستلام الرسالة الإلكترونية و التي نصت على أنه :

" **إذا لم يكن المنشيء قد إتفق مع المرسل إليه أن يكون الإقرار بالاستلام وفقا لشكل معين أو على أن يتم بطريقة معينة يجوز الإقرار بالإستلام عن طريق :**

- **أي إبلاغ من جانب المرسل إليه سواء أكان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى**
- **أي سلوك من جانب المرسل إليه يكون كافيا لإعلام المنشيء بوقوع إستلامه رسالة البيانات** " [2] .

و إذا حدد منشيء الرسالة الإلكترونية فترة معينة لورود الإقرار بالإستلام فإنه يجب إرسال الإقرار خلال المدة الزمنية المحددة ، أما إذا لم يذكر المرسل وجوب ورود ذلك الإقرار في غضون الوقت المحدد أو المتفق عليه أو في غضون وقت معقول فإن المرسل وطبقا لنص المادة السادسة عشر في فقرتها الرابعة (**04/16**) من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ، إذا لم يرد الإقرار بالإستلام خلال وقت معقول تعامل رسالة البيانات الإلكترونية و كأنها لم ترسل أصلا .

ونصت المادة الرابعة عشر في فقرتها الخامسة (**05/14**) من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية أن المنشيء إذا تلقى إقرارا باستلام الرسالة الإلكترونية من المرسل إليه فإن هذا الإقرار يعتبر قرينة على إستلامها و لكنها تعتبر مجرد قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق القانونية ، كما أوضحت هذه المادة أن هذه القرينة على إستلام الرسالة الإلكترونية لا تمتد إلى مضمون الرسالة أي يعتبر الإقرار بالإستلام مجرد إفادة بأن الرسالة قد وردت فلا يكون له أي أثر قانوني فيما يتعلق بإمكان إبرام عقد إلكتروني فيجب ألا يعتبر إقرار الإستلام قرارا من جانب المرسل إليه بالموافقة على مضمون الرسالة ، و ذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك [3] .

---

(1)– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 122 .

(2)– منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، قوانين الأونيسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 75 .

(3)– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 124 .

المطـــلب الثانـــــي :
الإرادة الإلكـــــترونية فـــي مرحـــلة التـــفاوض

إذا كان التعاقد فيما مضى يتم بطريقة سريعة تتناسب مع طبيعة المعاملات حيث كان أحد الطرفين يتوجه للطرف الآخر بإيجاب بسيط ثم ما يلبث هذا الأخير أن يقبل هذا الإيجاب فينعقد و ينتهي الأمر إلا أن هـــذا الحال قد تغير لأن هذه الطريقة التقليدية لم تـــعد تتناسب إلا مع العقود البسيطة ، أما العقود المركبة أو المعقـــدة و التي أوجدتها الأساليب الحديثة و المتطورة في التعامل فلم تعد تتلاءم معها الآن [1] ، لكونها ترد على عمليات تتسم بالتركيب و التعقيدات الفنية و القانونية و تنطوي على قيمة إقتصادية و مخاطر جسيمة بالنسبة لأطرافها ، لذا بات من الضروري أن تسبق إبرام هذه العقود مرحلة من المفاوضات الشاقة التي تستغرق الكثير من الوقت و الجهد تتطلب التخصص و الدراسات[2] ، لذا كانت هذه المرحلة من أهم المراحل التي يمر بها العقد الإلكتروني ، بل هي أكثرها خطورة على الإطلاق[3] و ينصرف وصف التفاوض الإلكتروني على التفاوض بصدد العقود التي ترد على محل إلكتروني مثل عقود الخدمات و المعلومات الإلكترونية ، و ينصرف الوصف كذلك إلى أداة التفاوض الإلكتروني ، حيث وفرت التكنولوجيا الحديثة وسائل إتصال مباشرة بالغة التقدم بفضل الأقمار الصناعية و الألياف البصرية [4] .

و يعتبر التفاوض مقدمة للإيجاب بحيث يمكن القول بأنه إذا كان الإيجاب يمثل خطوة إلى العقد فإن التفاوض يمثل خطوة إلى الإيجاب [5].

---

(1)- بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق، ص 88 .

(2)- محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 44 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 206 .

(4)- LARROUMET (Christian) ,Droit civil ,Les obligations , Le contrat ,Tome 3, 6 éme édition , Economica , Paris , 2007, p 81 .

(5)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، 32 عبد الخالق ثروت ، القاهرة ،2007 ، ص 94 .

و نظرا لأهمية التفاوض الإلكتروني سندرسه و ذلك بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول نخصصه لدراسة مفهوم التفاوض الإلكتروني و الثاني نكرسه للتطرق لتحديد آثـــــــاره .

الـــــــــفرع الأول :

مفهـــــــوم الـــــــتفاوض الإلكترونـــــــي

نتناول في هذا الفرع تحديد مفهوم للتفاوض الإلكتروني و ذلك في ثلاث نقاط أساسية ، كما يلي :

أولا : ماهية التفاوض الإلكتروني .

نتطرق إلى تحديد ماهية التفاوض الإلكتروني من خلال التعرض لتعريفه ثم أهميته ومراحله و أخيرا صوره .

1- تعريف التفاوض الإلكتروني:

أصبحت عملية التفاوض تقوم على علم له قواعده و أصوله الخاصة ، فلم تعد مجرد عملية مساومة في الأسواق تحكمها و تتغلب عليها الإجتهادات الشخصية لأطراف التفاوض لذا تعددت التعريفات الخاصة به [1] و في هذه النقطة سنتطرق إلى تعريف التفاوض لغة ثم إصطلاحا ثم إلى تعريف التفاوض الإلكتروني .

أ – تعريف التفاوض لغة :

التفاوض كلمة مشتقة من الفعل تفاوض ، يقال فوض له الأمر أي صيره إليـــــــه و جعله الحاكم فيه و فاوضته في أمره أي جاراه و ناقشه فيه ، و تفاوضوا الحديث أي أخذوا فيه ، و تفاوض القوم في الأمر أي تشاور فيه بعضهم بعضا ، و المفاوضة هي المساومة و المشاركة ، و شركة المفاوضة هي الشركة العامة في كل شيء ، و تفاوض الشريكان في المال إذا اشتركا فيه أجمع [2] .

و قد أرصدت للتفاوض عدة تعاريف لغوية من المعاجم اللغوية و الموسوعات التي لا يسعنا تناولها كلها أهمها : " أن التفاوض هو الحوار و المناقشة بين طرفين ، حول موضوع محدد للوصول إلى اتفاق " أو هو : " مرحلة من مراحل الحوار قبل الوصول

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون ، تخصص قانون التعاون الدولي ، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج البويرة ، الجزائر، 2012 ، ص 09 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 95 .

إلى اتفاق " .

كما عرفه البعض بأنه :" محادثات بين طرفين أو أكثر على موضوع معين أو مشكلة قائمة بقصد الوصول إلى إتفاق أو هو : " تبادل الآراء و عرض لوجهات النظر سعيا لحل مشكلة " [1] .

ب- تعريف التفاوض إصطلاحا :

ب -1/ التعريف الفقهي للتفاوض :

تتعد التعريفات الخاصة بالتفاوض فيرى البعض أنه :" تبادل الإقتراحات ، المساومات ، المكاتبات ، التقارير و الدراسات الفنية بل و الإستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق و إلتزامات لطرفيه " .

كما عرفه جانب من الفقه أنه : " هو التحاور و المناقشة و تبادل الأفكار و الآراء و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما " [2] .

ب-2/ التعريف التشريعي للتفاوض :

على الرغم من أهمية التفاوض و ما له من دور في إعداد العقد ، إلا أن القوانين المدنية قد خلت من أي نص خاص ينظم مرحلة ما قبل التعاقد تاركة هذه المهمة للدراسات الفقهية وتقدير القضاء ، ما دفع العديد منهم إزاء هذا الفراغ التشريعي إلى بذل جهود مضنية في محاولة للتغلب على هذا الوضع وسد النقص التشريعي ، و استثناء من هذه السياسة التشريعية المتجاهلة لأهمية مرحلة التفاوض ، فإن هناك بعض القوانين المدنية الحديثة التي أشارت إلى موضوع التفاوض منها ، القانون المدني الإيطالي ، اليوناني و اللبناني [3] .

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 10 .

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 48 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 208-209 .

2- أهمية التفاوض الإلكتروني :

إذا كان للتفاوض أهمية في العقود التقليدية فإن أهميته تعاظمت بخصوص العقود المبرمة عبر الأنترنت ، التي أتاحت القيام به بطرق إلكترونية ، أين أصبح الغرض منه تذليل الصعوبات المتمثلة في التعقيدات القانونية و الفنية التي يتعرض لها طرفي العقد الإلكتروني ، حيث يحد من المخـــاطر الجسيمة التي من الممكن أن تواجه إنعقاد العقد باعتباره سيبرم دون حضور مادي للطرفين ، و عليه تبرز أهمية التفاوض الإلكتروني على النحو التالي :

1- وضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية سليمة ، و التي لن تتحقق إلا بعد مرورها بمفاوضات [1] .

2-إن العقود الإلكترونية تعد من العقود المبرمة عن بعد مما يجعلها تثير القلـــق و الغموض و عدم اليقين بالنسبة للجوانب العمـــلية التعاقدية مثل التأكد من هوية الشخص المتعاقد ، و من طبيعة المحل ، و الضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد ، و طرق الوفاء بالإلتزامات و هذا ما يمكن التأكد منه مبدئيا في مرحلة التفاوض[2].

3- تتسم المفاوضات في العقود الإلكترونية بالسرعة و توفير الزمن و النفقات من خلال تبادل رسائل البيانات بين طرفي المفاوضات [3] .

4- يتم التحديد الدقيق للحقوق و الإلتزامات خلال مرحلة التفاوض ، حيث يعمل طرفي التعاقد على تحديد الإلتزامات و المباديء التي تحكم علاقاتهم التعاقدية بكل دقة و وضوح ، فهذه المرحلة إذا تسمح بالتقدير المسبق للإلتزامات التي يتحملها كل طرف و كذا الحقوق التي يرغبون في الحصول عليها [4] .

---

(1)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص 99 .

(2)- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 44 -45 / و أنظر في ذلك أيضا : إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004 ، ص 80- 81 .

(3)- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2006 ، ص 48 ، أنظر في نفس المعنى : إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص 71 .

(4)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 99 .

كما يمكن للأطراف المتفاوضة الإستعانة بذوي الخبرة لتحديد الحقوق و الإلتـــزامات و ذلك لما تتضمنه هذه المرحلة من جوانب فنية قانونية [1] .

5- تلعب المفاوضات دورا مهما في تفسير العقد من خلال إستنباط المقاصد الحقيقية للمتعاقدين في حالة غموض بعض شروط العقد ، كما أن للمفاوضات دورا مكملا للعقد بإعتبارها ملحقا للعقد ، و ذلك بهدف الإستفادة منها كالإحالة إليها ، مثلا فيما يتعلق بالسعر أومحل البيع أو غيره ، أين تعد المفاوضات جزءا لا يتجزأ من العقـــــد و تصبح الأمور المشار إليها في هذه المرحلة ملزمة [2] .

6- تعتبر المفاوضات إحدى المعايير التي بموجبها نفرق بين العقود الرضائية و عقود الإذعان على المستوى الدولي ، إذ لم يعد من الممكن تبني مفهوم الإذعان المعروف في القانون الداخلي و تطبيقه على العقود الدولية التي تختلف شكلا و مضمونا عن العقود الداخلية [3] .

و لما كان التفاوض يكتسي أهمية بالغة في مجال التعاقد الإلكتروني ، جعلت من البعض يحث على وجوب أن يكون جزءا من العقد المبرم عبر الأنترنت ، و شرطا أساسيا لإبرامه و ليس فقط مجرد مرحلة سابقة تخضع لإجتهادات الأطراف و تقلباتهم[4] .

و عملية التفاوض على أهميتها فإنها ليست بضرورية ، بمعنى أن هناك كثيرا من العقود تتم دون المرور بهذه المرحلة و هي ما تسمى بالعقود الفورية الإنعقاد [5] .

3- مراحل التفاوض الإلكتروني :

يتم التفاوض الإلكتروني عبر ثلاث مراحل أساسية ألا وهي :

أ-مرحلة دراسة الجدوى :

يجري العميل دراسة الجدوى المتعلقة بآداء الخدمة المعلوماتية التي ينوي الحصـــول

(1)- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 45 .

(2)- بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 97 .

(3)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 103 ، و أنظر كذلك : خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 270 .

(4)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 17 .

(5)- سمير دنون ، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2012 ، ص 142 .

عليها و تركز هذه الدراسة على النقاط و الأسس الجوهرية في آداء الخدمة المعلوماتية المنتظرة ، بما فيها تحديد الإحتياجات بدقة و وضوح ، و له أن يستعين بخبير متخصص يقدم له النصح ، و هو يبرز مطالبه الأساسية التي يتم التفاوض بشأنها ، و التي على أساسها يجري التفاوض على إختيار الآلات و الأجهزة و البرامج اللازمة لظروف العمل و إحتياجاته [1] .

ب- مرحلة دفتر الشروط :

بعد الإنتهاء من دراسة الجدوى ينتقل العميل إلى إعداد و تهيئة احتياجاته و شروط التعاقد ، حيث أن هذا التعبير عن الشروط و الإحتياجات يترجم في إطار مستند مخطوط بسيط يتضمن العديد من النقاط الرئيسية المكتوبة التي تتخذ في النهاية صورة قائمة الشروط و تكون وظيفتها توضيح مختلف الشروط و العلاقات التي ينبغي أن تعالج الموضوع بطريقة معلوماتية [2] .

جـ- مرحلة اختيار مقدم الخدمة :

بعدما ينتهي العميل من تحديد احتياجاته ، و إعداد دفتر الشروط ، ينتقل إلى اختيار الجهة التي تقوم بتقديم الخدمة له ، و التي يمكنها أن تؤمن له حاجاته في أفضل الظروف ، و قد تكون هذه الجهة في داخل بلده أو خارجه و ذلك عبر تقنيات الإتصال عن بعد .

فإذا توافر الإعداد الجيد لاحتياجات العميل ، و وضوح دفتر الشروط ، و الإختيار الأفضل لمقدم الخدمة يكون التفاوض قد جرى على أسس واضحة ، من شأنها أن تؤدي إلى إبرام عقد ناجح في حال تلاقي الإرادتين المتعاقدتين [3] .

4- صور التفاوض الإلكتروني :

إن التفاوض عبر شبكة الأنترنت غالبا ما يعبر عنه بمصطلح التفاوض الإلكتروني

---

(1)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 74 .

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 51 .

(3)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص 74

لذا فإن التفاوض يتم بطريقة المحادثة أو بطريقة المشاهدة .

أ- التفاوض بطريق المحادثة :

تتحقق هذه الطريقة بأن يفتح كل من الطرفين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت فينتقل ما يكتبه الطرف الأول إلى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني ، و توفر هذه الطريقة التعاصر الزمني لتبادل المفاوضات بين الطرفين من دول مختلفة عبر البريد الإلكتروني [1] .

ب- التفاوض بطريقة المشاهدة :

يتم عن طريق ربط الجهاز بوسائط الإتصال الصوتية و المرئية مثبتة على جهاز كل متفاوض دون حضور مادي للطرفين في ذات الوقت الذي يتاح لهما فيه تبادل البيانات المكتوبة فورا أو يتم التفاوض بالصورة و الصوت [2] .

ثانيا : خصائص التفاوض الإلكتروني .

يتسم التفاوض الإلكتروني بالخصائص التالية :

1- التفاوض الإلكتروني عقد رضائي :

يجري الإتجاه المعاصر في الفقه إلى التفرقة بين صورتين من صور المفاوضات ، الأولى هي المفاوضات غير المصحوبة بإتفاق تفاوض ، ويقصد بها تلك المفاوضات التي تتم دون أن يكون هنالك إتفاق صريح ينظمها وهي تعتبر مجرد عمل مـــــادي ، و لا تقوم مسؤولية المتفاوض في حالة العدول عنها إلا على أساس المسؤولية التقصيرية إذا اقترن عدوله بخطإ مستقل ألحق ضررا بالطرف الآخر ، و الثانية هي المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض أي تلك المفاوضات التي تتم بناء على إتفاق صريح بين الطرفين ، و في الغالب يكون هذا الإتفاق مكتوبا ، و تعتبر هـــــــــذه

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 51 .

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه، ص 52 .

المفاوضات تصرفا قانونيا لوجود علاقة تعاقدية بين الأطراف ، و من ثمة تكون المسؤولية الناشئة عنها مسؤولية تعاقدية [1] .

2- التفاوض الإلكتروني عقد ملزم للجانبين :

يفرض عقد التفاوض الإلكتروني التزامات على عاتق الطرفين المتعاقدين ، و إن كانت هذه الإلتزامات قد تختلف من عقد لآخر بحسب اتفاق الطرفين و طبيعة و نوع العقد النهائي ، و قد تزيد إلتزامات أحد الأطراف على الآخر ، إلا أنه توجد إلتزامات تشترك فيها كل العقود تقريبا كالإلتزام بالدخول في المفاوضات ، الإلتزام بالإستمرار في المفاوضات بحسن نية و الإلتزام بالإعلام و الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية [2] .

3- التفاوض الإلكتروني عقد تمهيدي :

إن عقد التفاوض الإلكتروني غير مقصود لذاته و إنما الهدف منه هو التمهيد للعقد المقصود من وراء التفاوض ، فهو يعمل على تنظيم المفاوضات بشكل يعبد الطريق لإبرام العقد النهائي ، و إذا كانت القاعدة وفقا لمبدأ سلطان الإرادة ، أنه لا يوجد إلتزام قانوني بالتفاوض لإبرام عقد من العقود ، إلا أن إبرام عقد التفاوض الإلكتروني يقود إلى إلزام طرفيه بالدخول في التفاوض و الإستمرار فيه بحسن نية بهدف إبرام العقد النهائي [3] .

4- التفاوض الإلكتروني عقد مؤقت :

قد يستغرق التفاوض بالنسبة للعقود الهامة و المعقدة فترة طويلة من الوقت و قد تعتيرها الكثير من الصعوبات مما يؤدي إلى عرقلة سير المفاوضات ، لذلك يلجأ الطرفان إلى إبرام عقود محددة المدة تهدف إلى تنظيم التفاوض على العقد النهائي .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 230 .

(2)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، مجلة أهل البيت ، العدد الثامن ، جامعة أهل البيت ، العراق ، ص 59 .

(3)- رجب كريم عبد الله ، التفاوض على العقد ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 65 .

فهو عقد لم يوجد إلا لمدة محددة و هي تلك المدة التي سيستغرقها الطرفين للـــتفاوض عبر شبكة الإتصالات الدولية ، فإذا انتهت المفاوضات بين الأطراف ، سواء بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي أو فشل المفاوضات الإلكترونية ، انتهى عقد التفاوض الإلكتروني ، و لا يبقى له إلا أهمية تفسيرية في الحالة الأولى أما الحالة الثانية فيبـقى أن تتحقق المسؤوليـــة العقدية لأي من أطرافه بسبب الإخلال بالإلتزامات الناشـــئة عنه [1] .

5- التفاوض الإلكتروني عقد إلكتروني :

عقد التفاوض الإلكتروني لا يتم بوسائل التعبير عن الإرادة الإلكترونية الإعتيادية ، و إنما هو من ضمن العقود التي تتم عن بعد ، فيتم إبرام العقد الإلكتروني بدون حضور الطرفين وجها لوجه ، فإبرام العقد بأكمله يتم بوسائل إلكترونية عبر شبكة الأنترنت و في عالم افتراضي [2] .

ثالثا : تمييز التفاوض الإلكتروني عما يشبهه من أوضاع

يتعين علينا تمييز التفاوض الإلكتروني عن العقد الإلكتروني النهائي و عن الوعد بالتعاقد .

1- تمييز التفاوض الإلكتروني عن العقد الإلكتروني النهائي :

إن عقد التفاوض الإلكتروني هو عقد متميز و مستقل عن العقد النهائي المنـــشود ، و إن تشابه العقدان في أن كلاهما من العقود الإلكترونية و يشتركان في نفس الأطراف المتعاقدة إلا أنهما مختلفان فعقد التفاوض الإلكتروني هو عقد مؤقت و ممهد للعقد الإلكتروني النهائي ، و هو لا يرتب أي أثر من آثار العقد النهائي و إنما هو رسم إطار قانوني منظم لمرحلة التفاوض و من ثم فإن الفاصل بين العقدين هو الإيجاب البات للعقد النهائي الذي إن طابقه قبول إنعقد به العقد النهائي و بذلك تنتهي

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 232 .

(2)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 60 .

فترة المفاوضات ، كما أن الإلتزامات التي يرتبها التفاوض الإلكتروني ليست ذاتها التي يرتبها العقد الإلكتروني النهائي [1] .

2- تمييز التفاوض الإلكتروني عن الوعد بالتعاقد الإلكتروني :

الوعد بالتعاقد أو العقد الإبتدائي هو عبارة عن عقد يلتزم به أحد الطرفين أو كليهما بإبرام العقد النهائي إن أبدى الموعود له (أو كلاهما) رغبته في إبرام العقد النهائي خلال المدة المتفق عليها .

إن الوعد بالتعاقد قد يبرم من خلال شبكة الأنترنت بل إنها الميدان الأنسب لإبرام الوعد بالتعاقد و الذي يعود إلى طبيعة الوعد بالتعاقد و التي تتناسب بدرجة كبيرة مع الطبيعة التقنية لشبكة الأنترنت، فالوعد بالتعاقد هو عقد كامل لكنه يمثل مرحلة وسيطة بين الفترة الزمنية التي تفصل ما بين صدور الإيجاب و إبرام العقد النهائي ، و من ذلك يتبين أن كلا العقدين ، عقد التفاوض الإلكتروني و عقد الوعد بالتعاقد الإلكتروني هما عقدين مستقلين بالمعنى القانوني كما أن كلا منهما يمهد و يحضر لعقد نهائي معين ، فضلا على أن كلاهما عقود إلكترونية تتم عبر شبكة الأنترنت و على الرغم من أوجه الشبه تلك إلا أن كل عقد يختلف عن الآخر بعدة وجوه ، فالوعد بالتعاقد الإلكتروني ، سواء كان ملزما لجانب واحـد أو لجانبين لا ينعقد إلا إذا تم الإتفاق على كافة المسائل الجوهرية للعقد النهائي ، أما في التفاوض الإلكتروني فلا يوجد مثل هذا الشرط و إنما يجب الإتفاق على العناصر الجوهرية لمرحلة التفاوض [2].

و في الوعد بالتعاقد الإلكتروني يجب مراعاة الشكل الخاص بالإنعقاد إذا تطلب القانون شكلا لإنعقاد العقد النهائي ، و على العكس من ذلك فإن عقد التفاوض الإلكتروني لا يشترط فيه شكل معين و لوكان العقد النهائي يشترط لإنعقاده شكلا معينا و من ثم يمكن إبرام عقد تفاوض إلكتروني بشأن بيع عقار دون حاجة إلى التسجـــيل

---

(1)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 60 .

(2)- بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق، ص 99 .

فهو ليس تصرفا واردا على عقار وإنما مجرد التفاوض على عقد بيع العقار الذي يجب تسجيله [1] .

و في الوعد بالتعاقد إذا إمتنع الواعد عن إتمام العقد النهائي على الرغم من إبداء الموعود له رغبته بإبرام العقد النهائي ، جاز للمحكمة ، مع توافر الشروط الأخرى وخاصة الشكل ، أن تصدر حكما يجبر الواعد على إتمام العقد النهائي ، و يقوم الحكم متى حاز على قوة الشيء المقضي فيه مقام العقد [2] ، و هذا ما نصت عليه المادة 71 من القانون المدني الجزائري ، و هذا ما لا يمكن القول به في عقد التفاوض الإلكتروني فهو عقد ممهد للعقد النهائي و لكن لا يمكن أن يتحول إلى عقد نهائي ، بل أن من أهم قواعد عقد التفاوض هو عدم إجبار المتعاقد على إبرام العقد النهائي فهو ملزم بالتفاوض و ليس بإبرام العقد النهائي [3] .

---

(1)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 61 – 62 .

(2)- أنظر في تفصيل ذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 241

(3)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 62 .

الفـــــرع الـــــثانـــــي :

آثـــــار التفـــــاوض الإلكترونـــــي

تتضمن مرحلة التفاوض على العقد الإلكتروني مناقشة شروط هذا العقد و تحديد الإحتياجات و المطالب و دراسة جدواه من الناحية الإقتصادية للطرفين بغرض التوصل إلى إتفاق بشأنه ، فإذا توصل الطرفان إلى اتفاق للتفاوض نشأ عن ذلك إلتزام بالتفاوض على العقد على عاتق كل طرف ، و لكن الإلتزام بالدخول في التفاوض ليس هو الإلتزام الوحيد المترتب على إتفاق التفاوض بل هنالك عدة التزامات تقع على عاتق الطرفين .

على أن المفاوضات قد تنتهي بالفشل ، لأن الأطراف لم تتمكن من التوصل إلى إتفاق على كل مسائل العقد التي تعتبر ذات أهمية ، و قد يقطعها أحد الأطراف إذا ما تبين له أن المصلحة المتوقعة من العقد النهائي المنشود غير جدية ، أو قد يتولد عنها خسارة هائلة ، أو لأي سبب آخر ، و هنا تثور مشكلة المسؤولية عن التفاوض ، و لكن تقرير المسؤولية الناشئة عن التفاوض يثير إشكالية الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية و هل هي عقدية أم تقصيرية ؟ فقد ثار خلاف بين الفقه حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي إلتزام في مرحلة المفاوضات [1] .

و لدراسة كل هذا سنتناول الإلتزامات الناشئة في مرحلة التفاوض ثم نحدد طبيعة المسؤولية المترتبة في هذه المرحلة .

أولا : الإلتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض الإلكتروني .

يرتب التفاوض الإلكتروني مجموعة من الإلتزامات على عاتق كل طرف يجب أن يلتزم بها نبينها كما يلي :

1- الإلتزام بالدخول في المفاوضات :

إذا اتفق الطرفان بمقتضى عقد مبدئي على الدخول في التفاوض بغرض التوصل إلى إبرام عقد نهائي فإن ذلك يضع التزامات على عاتق كل طرف بالدخول في عملية التفاوض بالفعل و ذلك بالبدء في مناقشة العقد النهائي المراد التوصل إليه في الميعاد المحدد لذلك ، و من ثم فإن الإلتزام بالتفاوض يجد مصدره المباشر في اتفاق التفاوض

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 236 .

و لا يحق لأي طرف الإمتناع أو التأخير عن الدخول في المفاوضات و إلا أعتبر مسؤولا عما يقع من أضرار للطرف الآخر [1] .

و الغالب أن يتفق الطرفان على موعد لبدء المفاوضات فإذا لم يكن ثمة اتفاق إلتزم كل من الطرفين بالبدء في المفاوضات في مدة معقولة ، و هذا الإلتزام بالتفاوض قد يقع على عاتق الطرفين معا بحيث يكون كل منهما ملتزما ببدء المفاوضات الإلكترونية ، أو قد يقع الإلتزام على أحد الطرفين فيكون ملزما بتوجيه الدعوة لبدء التفاوض إلى الطرف الآخر و تقديم الإقتراحات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه أو عرض الدراسات التي يتم التفاوض على أساسها [2] و من ثم لا يحق لأي طرف إذا كان ملزما بالبدء بالتفاوض في موعد معين أن يمتنع عن البدء بالتفاوض و إلا عد ذلك خطأ يوجب المسؤولية إن سبب ضررا للطرف الآخر [3] .

إن الإلتزام بالدخول في المفاوضات هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس ببذل عنايـــة و تظهر أهمية اعتباره كذلك على مستوى إثبات الخطأ ، عند إثبات أركان المسؤولية ، فالطرف المضرور لا يلتزم بإثبات خطأ الطرف المسؤول و إنما يكفي مجرد التخلف عن بدء المفاوضات في الميعاد المحدد أو خلال المدة المعقولة لتحقق المسؤولية العقدية (إذا تم إفراغ التفاوض في عقد بين الطرفين) ، و لا يعصم المتعاقد من المسؤولية إثبات أنه بذل العناية اللازمة أو أنه لم يرتكب إهمالا ، بل أن ما يدفع المسؤولية هو إثبات السبب الأجنبي الذي منعه من البدء بالتفاوض [4] .

و إذا كان كل طرف ملتزما بالتزام بتحقيق نتيجة و هو الدخول في المفاوضات فإن إلتزامه أثناء التفاوض يعد إلتزاما ببذل عناية ، إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات ، فإذا ارتكب أي طرف فعلا من شأنه أن يؤدي إلى إفشال المفاوضات أو عرقلتها فإنه يعد مخالفا لالتزامه ببذل العناية الذي يفرض عليـــه

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 238 .

(2)- عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي ، دون طبعة ، دون ناشر ، 2005 ، ص 69 .

(3)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 66 .

(4)- محمد إبراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود ، دون طبعة ، معهد الإدارة العامة ، السعوديـــة ، 1995 ، ص 17 -18

أن يتبع المسلك المألوف للشخص المعتاد و الذي يتفق مع مقتضيات حسن النية في تنفيذ الإلتزامات [1] .

و يرتبط بهذا الإلتزام ضرورة تحديد الطريقة التي يتم بها التفاوض إلكترونيا ليتسنى للطرف الملزم بالبدء بالتفاوض (أو للطرفين) ، معرفة كيفية الإتصال إلكترونيا بالطرف الآخر و تنفيذ إلتزامه ببدء المفاوضات في الموعد المتفق عليه [2] .

2- الإلتزام بحسن النية في المفاوضات :

يعتبر الإلتزام بالتفاوض بحسن النية الإلتزام الجوهري في مرحلة المفاوضات التي قد تسبق إبرام العقد الإلكتروني لأن التفاوض لا يستقيم بدونه ، حيث يجب أن يتصف التفاوض بالنزاهة و الصدق و الأمانة و الثقة ، و يعتبر الإلتزام بحسن النية التزاما تبادليا يقع على عاتق أطراف التفاوض ، كما أنه التزام بتحقيق غاية و ليس إلتزاما ببذل عناية [3] ، فكل متفاوض لابد أن يكون حسن النية بالفعل في تفاوضه حتى يوفي بالإلتزامات المفروضة عليه و لا يمكن أن ينفي مسؤوليته إذا تقررت بإثبات أنه بذل العناية الكافية و لم تتحقق النتيجة المرجوة ، و حتى يكون المتفاوض حسن النية في تنفيذ عقد التفاوض يجب أن يمتنع عن إتيان أي سلوك من شأنه إشاعة آمال كاذبة تبعث ثقة زائفة لدى الطرف الآخر في جدية المفاوضات ، و عدم التفاوض لمجرد التسلية أو الدعاية أو إستطلاع السوق دون وجود نية حقيقية في التعاقد [4] .

فإذا كان دخول المتفاوض في عقد التفاوض الإلكتروني عن طريق الموقع الإلكتروني مثلا هو لمجرد التسلية أو حب الإستطلاع و لم توجد لديه نية حقيقيـــــــة و جدية في إبرام العقد النهائي فإنه يكون قد ارتكب خطأ يحقق مسؤوليته العقدية إن سبب ضررا للطرف الآخر و لكن هذا لا يعني التزام المتفاوض في عقد التفاوض الإلكتروني العقد النهائي بل يجب أن يكون حسن النية في تنفيذ عقد التفاوض و أن لا

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 238 .

(2)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 66 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 238 .

(4)- عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي ، المرجع السابق، ص 74 .

يقطع المفاوضات إلا لعذر مشروع [1] .

و بينما تقرر بعض القوانين مراعاة مبدأ حسن النية سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه كالقانون الألماني و الإيطالي و الهولندي ، نجد هنالك قوانين أخرى تقصر مبدأ حسن النية على مرحلة التنفيذ فقط ، كالقانون المدني المصري و الفرنسي [2] ، أما المشرع الجزائري فقد نص على مبدأ حسن النية في نص المادة **01/107** من القانون المدني الجزائري ، و قد أشارت المحكمة العليا في قرار مشهور لها مؤرخ في **1999/10/24** بأنه من المقرر قانونا تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن نية غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها جاز للقاضي تبعا للظروف و بعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الإلتزام المرهق إلى الحد المعقـــــول و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك [3] .

كما توجد بعض التشريعات مثل القانون الإنجليزي لم تتضمن نظمها القانونية إلزام أطراف المفاوضات قبل التعاقدية بمراعاة حسن النية .

و صور الإلتزام بحسن النية في التفاوض الإلكتروني متعددة منها الإستمرار في المفاوضات و احترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض و من أهم الإلتزامات المتفرعة عن هذا الإلتزام هما الإلتزام بالإعلام و الإلتزام بالتعاون [4] .

3- الإلتزام بالإعلام :

على الرغم من قدم وجود الإلتزام بالإعلام في كثير من التنظيمات القانونية سواء القديمة أو الحديثة إلا أن دراسته بتعمق لم تحظ بإهتمام رجال الفقه و القانون لبيان مفهومه و مدلوله و شروطه إلا منذ وقت قريب على إثر التطور الصناعي و التقدم التكنولوجي [5] .

---

(1)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 67 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 239 .

(3)- قرار صادر عن المحكمة العليا الغرفة المدنية ، مؤرخ في 1999/10/24، ملف رقم 19175 ، المجلة القضائية العدد الثاني لسنة 1999، ص 95 ، راجع في ذلك أيضا : بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ،المرجع السابق ، ص 63 .

(4)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 239 .

(5)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، دون طبعة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2008، ص 75 – 76

و الإلتزام بالإعلام هو إلتزام عام يشمل المرحلة السابقة على التعاقد ، و يسمى كذلك بالإلتزام قبل التعاقدي بالإعلام أو الإلتزام بالتبصير أو الإدلاء بالبيانات في مرحلة التفاوض [1] .

و يعرفه بعض الفقه بأنه : " إلتزام سابق على التعاقد ، يتعلق بتعهد أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد البيانات اللازمة لإيجاد رضا سليم و متنور ، و ذلك بسبب ظروف و اعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه ، أو طبيعة محله ، أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يسلم بيانات معينة ، أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع هذه الإعتبارات الإلتزام بالإدلاء بالبيانات [2] ".

كما عرفه بعض الفقه بأنه : " تنبيه و إعلام طالب التعاقد بمعلومات من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر من عناصر التعاقد المزمع حتى يكون الطالب على بينة من أمره بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجاته و هدفه من إبرام العقد " .

و عرفه جانب آخر من الفقه بأنه :" إلتزام قانوني يلتزم فيه المدين بإعلام الدائن في ظروف معينة إعلاما صحيحا و صادقا بكافة المعلومات الجوهرية المتصلة بالعقد المراد إبرامه ، و التي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة ليبني عليها رضاءه بالعقد " [3] .

أما الإلتزام بالإعلام الإلكتروني فيعرفه البعض أنه :" إلتزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب ، و بكل شفافيــة ، و أمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة " [4] .

و أهم ما يميز الإلتزام بالإعلام الإلكتروني كونه التزاما سابقا على نشوء العقـــــــد ،

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 239 .

(2)- عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية)، المجلد (27) (1) ، كلية الحقوق جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، 2013 ، ص 06 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 76 .

(4)- عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 07 .

– و هي مرحلة ميلاد الرضا و تصحيحه– ، أنه ليس إلتزاما عقديا إذ أنه لا يتصور نشوء إلتزام في مرحلة سابقة على وجود مصدره ، كما أنه إلتزام قانوني يجد مجاله في مبدأ حسن النية قبل و أثناء التعاقد ، طالما أنه يتم بكل شفافية و أمانة [1] .

و يختلف الإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي عن غيره من الإلتزامات المشابهة له كالإلتزام التعاقدي بالإعلام الذي يجد مصدره في العقد ، و الإلتزام بالتحذير و الإلتزام بالمشورة [2] .

و يستند الإلتزام بالإعلام إلى أن الحماية التقليدية للإرادة العقدية من خلال نظرية عيوب الإرادة لم تعد كافية نظرا لأن هنالك كثيرا من العقود يحتاج فيها المتفاوض إلى حماية خاصة و فعالة بسبب طبيعة هذه العقود إما لأن أحد أطراف التفاوض مهني محترف و إما لأن المتفاوض الآخر ليس على دراية تامة أو أن خبرته غير كافية بالشيء محل التعاقد أو بسبب حداثة الشيء محل التعاقد و تعقيد استعماله [3] .

إن الحق في الإعلام الإلكتروني أضحى ضرورة عملية تقتضيها طبيعة الحياة المعاصرة ، بالنظر إلى التطور الهائل في وسائل الإتصال الحديثة و انتشارها السريع و المذهل في مختلف مناحي الحياة و الهدف منه تنوير إرادة المستهلك قبل إقدامه على إبرام العقد و هذا ما يجعل هذا الحق يحقق المساواة بين طرفي العقد [4] ، فتقرير الحق في الإعلام بالمعلومات الضرورية لتنوير إرادة المستهلك المتجهة إلى إبرام العقد الإلكتروني يرتبط بجهل هذا المستهلك و عدم خبرته ، فجهل المستهلك هو أحد أهم مبررات هذا الإلتزام ، و هو جهل مشروع [5]، و هكذا فإن أهم أول مبرر للإلتزام بالإعلام هو تحقيق المساواة في العلم بين المتعاقدين .

أما المبرر الثاني و الذي ينجم عن المبرر الأول فهو إعادة التوازن العقدي ، إذ أن الحق في الإعلام له دور هام في حماية رضا المستهلك الذي لا يمكنه بسبب مركزه الضعيف في العقد من الوصول إلى تحديد موضوع التعاقد بوضوح ، و يكون هـــــذا

---

(1)– عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 07 .

(2)– خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 77 .

(3)– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 239 .

(4)– عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 07 .

(5)– عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 08 .

الحق أكثر إلحاحا بالنسبة للعقد الإلكتروني نظرا للغياب المادي للأطراف ، و أصبح هذا الإلتزام يجد أساسه في قانون حماية المستهلك الذي أصبح يشكل نظرية مستقلة يجعل من المستهلك الطرف الضعيف الذي لا يملك الخبرة في مواجهة البائع المحترف ، مما توجب على هذا الأخير إعلامه مسبقا بكل المعلومات الضرورية حتى تتوازن الإرادتين و تتكافآ [1] .

4- الإلتزام بالتعاون :

الإلتزام بالتعاون يفرضه مبدأ حسن النية عند إبرام العقود ، فهو بالتالي التزام مفروض ضمنا دون حاجة للنص عليه صراحة ، و يظل هذا الإلتزام قائما طيلة مرحلة المفاوضات و يلتزم الأطراف في مرحلة التفاوض بالتعاون فيما بينهم ، و هو إلتزام جوهري يقع على عاتق كل طرف ، و بصفة خاصة على المهني أو المحترف الذي يجب عليه توجيه العميل إلى مقدار التناسب بين السلعة أو الخدمة التي يقدمها و مقدار إحتياج العميل لها ، و بيان خصائص و عيوب المنتج أو الخدمة و فحص الآراء و الأفكار التي يقدمها كل متعاقد للآخر و القيام بدراستها و إبداء الرأي فيها أولا بأول في كل مرحلة من مراحل التفاوض ، إذا قام المهني بهذه التوجيهات فقد أدى واجبه بالتعاون اللازم لإبرام العقد ، و لا يندرج التعاون تحت حصر فكل فعل أو تصرف يقوم على التعاون و الثقة المتبادلة يندرج تحت بند التعاون [2] .

5- الإلتزام بالإعتدال و الجدية :

يلتزم كل طرف من أطراف المفاوضة بالجدية و الإعتدال في مرحلة المفاوضات و من صور الجدية قيام الأطراف بمواصلة التفاوض بجدية و اعتدال في تقديم العروض و مناقشة آراء و أفكار المتفاوض الآخر بحيث لا يكون مبالغا فيها مما يهدد بفشل المفاوضات و عدم التشدد و التصلب في الرأي ، و إحترام المعاهدات و الأعـــــراف

---

(1)- عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 08 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 240 - 241 .

السائدة ، و السعي لإنهاء عملية التفاوض في مواعيد مناسبة ، كما يجب الإلتزام بعدم التفاوض مع طرف ثالث ما يسمى حظر إجراء مفاوضات موازية شريطة أن يكون هنالك اتفاق مسبق [1] .

6- الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية :

إن المتفاوض في عقد التفاوض الإلكتروني يطلع الطرف الآخر و بسبب عملية التفاوض على أسراره المهنية الخاصة ، لذا كان من أهم الإلتزامات في مرحلة التفاوض الإلكتروني هو المحافظة على سرية المعلومات التي تحصل عليها المتفاوض خلال فترة التفاوض الإلكتروني .

إن الإلتزام بعدم إفشاء الأسرار هو إلتزام قانوني عام و يمكن أن يرتب على من أخل به المسؤولية التقصيرية ، إلا أن مصدر الإلتزام بعدم إفشاء أو إستغلال الأسرار الإلكترونية هو عقد التفاوض الإلكتروني و من ثم أن مخالفة ذلك الإلتزام يحقق المسؤولية العقدية للمخل [2] ، ويتفرع هذا الإلتزام إلى إلتزامين أساسين هما :

أ- الإمتناع عن إفشاء المعلومات :

على المتفاوض أن يلتزم بصورة كلية بالإمتناع عن إفشاء المعلومات السرية التي إطلع عليها خلال المفاوضات الإلكترونية ، فإن كان التفاوض يجري بشأن بيع شركة مثلا و إطلع المتفاوض على معلومات سرية عن تلك الشركة وجب عليه أن يمتنع تماما عن إفشاء تلك المعلومات أو نقلها إلى الغير سواء أثناء التفاوض أو بعد فشل المفاوضات [3] .

ب- الإمتناع عن إستغلال المعلومات السرية :

و ذلك بأن يلتزم المتفاوض بالإمتناع عن إستغلال المعلومات التي حصل عليها أثناء المفاوضات بدون إذن صاحبها سواء أثناء التفاوض أو بعد فشل المفاوضـــات ،

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 53 .

(2)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 69 .

(3)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 85 .

كإطلاع المتفاوض على برنامج إلكتروني معين أرسل له خلال المفاوضات إلى بريده الإلكتروني ليطلع عليه ضمن صفقة خاصة ببرامجيات الكمبيوتر فليس له أن يستغل هذا البرنامج و ما به من أسرار تقنية خاصة لحسابه بدون إذن المتفاوض الآخر و كذا إذا اطلع على رسوم أو خرائط أو شهادات أو عقود فيجب عليه الإمتناع من التصرف فيها أو أخذ نسخ منها بغية إستغلالها و يلزم ردها كاملة إذا فشلت المفاوضات [1] .

و تحديد ما يعد سريا من تلك المعلومات الإلكترونية من عدمه يتم عن طريق عقد التفاوض الإلكتروني ، فإن تم إغفال ذلك تولى القاضي تحديدها وفقا لكل حالة على حدى و حسب نوع العقد و أهمية تلك المعلومات ، و بالطبع تستبعد المعلومات التي تعرض إلكترونيا أمام جميع الأشخاص عـلى الموقع الإلكتروني فهي ليست سرية وكذا المعلومات عديمة القيمة المادية و المعنوية بالنسبة لأصحابها .

و أخيرا يجب الإشارة إلى أن الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية هو إلتزام بتحقيق غاية فلا يكفي للوفاء بهذا الإلتزام أن يبذل المتفاوض كل ما في وسعه للإمتناع عن إفشاء تلك المعلومات أو إستغلالها و إنما يجب عليه أن يمتنع بالفعل و إلا تحقق الخطأ الذي يوجب المسؤولية العقدية للمتفاوض إذا سبب ذلك ضررا للمتفاوض الآخر في عقد التفاوض الإلكتروني و من ثم وجب عليه التعويض[2].

ثانيا : المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني و طبيعتها .

الأصل أن لكل متفاوض مطلق الحرية في قطع المفاوضات متى رغب في ذلك طبقا لمبدأ حرية التعاقد الذي يتيح لكل طرف حق العدول أو الإنسحاب من التفاوض في أي وقت دون ثمة مسؤولية عليه طالما كان لهذا العدول ما يبرره ، إذ أن الطرف المنسحب من المفاوضات لا يجبر على الإستمرار في التفاوض وصولا إلى إبرام العقد النهائي ، و لكن تلك الحرية يرد عليها قيد هام و هو ألا يصيب الطرف الآخر في عملية التفاوض أي ضرر من جراء الإنسحاب من المفاوضات و من ثم فإن قام أحـد

(1)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 69 .

(2)- عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 69 .

طرفي التفاوض بقطع المفاوضات على نحو تعسفي و بدون سبب مشروع مـــما ترتب على ذلك إلحاق ضرر بالطرف الآخر فإن ذلك يعتبر عملا غير مشروع أو خطـــــأ تقصيريا يرتب المسؤولية على عاتق فاعله إذا أثبت الطرف المضرور أنه ألحق ضررا به [1] .

و فيما يتعلق بتحديد طبيعة هذه المسؤولية فإن الفقه استقر على أن يفرق في هذا الصدد بين صورتين من صور التفاوض ، فإذا كان هذا الأخير مصحوبا باتفاق تفاوض كانت المسؤولية عقدية ، أما إذا لم يكن هنالك اتفاق على التفاوض فإن المسؤولية لا تكون إلا تقصيرية [2] .

(1)– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 242 .

(2)– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 243 .

المبحث الثاني :
سلامة الإرادة الإلكترونية

إن وجود الرضا هو الأساس الأول لقيام العقد ، و لكن وجوده لا يكفي لقيامه بل يلزم أن يجيء صحيحا ، ذلك أن الرضا في العقود بصورة عامة يكون على إتجاهين ، الأول هو وجود الرضا من خلال وجود الإرادة و التعبير عنها ، و الثاني هو وجود الأهلية التي يتطلبها القانون و أن تكون الإرادة بريئة من العيوب التي قد تطرأ عليها فتحد من أثرها .

و الرضا في العقد الإلكتروني يثير العديد من الإشكاليات النابعة من خصوصية كونه يتم بين أطراف متباعدة لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي ، و بإستخدام شبكة الأنترنت ، فإذا كان تأثير هذه الأخيرة قد شمل كيفية التعبير عن الإرادة و وجودها فإن هذا التأثير يتواصل ليشمل سلامتها و صحتها و أهم الصعوبات و التحديات التي يثيرها هي كيفية التأكد من شخصية المتعاقد الآخر ، و صعوبة التحقق من أهلية التعاقد لا سيما أن المعاملات التي تتم عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، لا تعدو أن تكون سوى رحلة رقمية تتم في عالم رقمي عبر فضاء إفتراضي مصطنع لا يعرف غير الأرقام والبيانات .

و لدراسة سلامة الإرادة الإلكترونية من العيوب يلزم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين ، الأول نتناول فيه الأهلية في العقد الإلكتروني و الثاني نخصصه لدراسة عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني .

المطلـــــب الأول :

الأهلـــــية في العـــــقد الإلكترونـــــــي

ينبغي لصحة العقد الإلكتروني أن تتوافر لدى طرفيه الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه ، و يعتبر التحقق من هذا الأمر ميسورا في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين ، أما في العقود الإلكترونية و التي تنعقد عن بعد فيبدو أن الأمر عسير.

و للأهلية في إطار العقد الإلكتروني خصوصية و تنظيما معينا ، و من أجل دراسة الأهلية في العقد الإلكتروني سنقسم هذا المطلب إلى فرعين الأول نتناول فيه النظرية العامة في الأهلية و الفرع الثاني نخصصه لدراسة تنظيم الأهلية في العقد الإلكتروني.

الفـــــرع الأول :

النظريـــــــة العامـــــة فـــي الأهلـــية

تعتبر الأهلية بوجه عام شرطا من شروط صحة التعاقد ، بما لها من صلة بالرضا، و يعتبر القانون أن جميع الأشخاص الطبيعيين ، بعد بلوغهم سن الرشد ، يكونون أهلا للتعاقد ، ما لم يرد نص صريح يمنع عليهم إجراء جميع العقود أو بعضهم ، و الأهلية قسمان أهلية الوجوب و أهلية الممارسة أو الآداء [1] و هذه الأخيرة تتأثر بسن الفرد كما قد تتأثر بعوامل أخرى لذلك سنعمد إلى تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين أساسيتين و ذلك كما يلي :

أولا : مفهوم الأهلية .

لتحديد مفهوم الأهلية سنتطرق إلى تبيان ماهيتها ثم أقسامها .

1- ماهية الأهلية :

الأهلية يقصد بها أحد المعنيين ، الأول قابلية الشخص لتلقي الحقوق و التحمل بالإلتزامات و تسمى بأهلية الوجوب و أساسها الشخصية القانونية ، أما المعنى الثاني فهي قدرة الشخص على إبرام التصرفات القانونية التي تكسبه حقا أو تحمله بإلتزام و تسمى بأهلية الآداء و مناطها هو التمييز ، و أحكامها من النظام العام لأنها تؤثر تأثيرا بالغا في حياة الشخص القانونية و الإجتماعية فإذا إتفق شخص راشد مع آخر على النزول عن أهليته في التصرف في ماله كان هذا التصرف باطلا [2] .

2- أقسام الأهلية :

تنقسم الأهلية إلى قسمين هما :

أ- أهلية الوجوب :

تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا و بالتالي تثبت للشخص أهلية الوجوب طالما ثبتت

---

(1)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 122 .

(2)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 157- 158 .

له الشخصية القانونية [1] ، و أهلية الوجوب بهذا التعريف هي في الواقع الشخصية القانونية منظورا إليها من الناحية القانونية ، فالشخص ينظر إليه القانون من ناحية أنه صالح لأن تكون له حقوق و عليه واجبات ، فكل إنسان شخص قانوني تتوافر فيه أهلية الوجوب وتثبت له هذه الأهلية من وقت ميلاده حيا، بل و قبل ذلك عندما يكون جنينا إلى وقت موته ، بل و بعد ذلك إلى حين تصفية تركته و سداد ديونه ، فإذا إنعدمت أهلية الوجوب إنعدمت الشخصية معها ، و ذلـــك كالجنين يولد ميتا و كالميت بعد سداد ديونه [2] .

و لكن بالرغم من أن أهلية الوجوب تكتسب من جميع الأشخاص إلا أنه و بسبب ظروف و أحوال خاصة ، قد يحرم بعض الأشخاص من بعض الحقوق السياسيـــــة و من الزواج بسبب حالة القصر ، كما أن القانون يحرم بعض الأشخاص المحكوم عليهم جزائيا من بعض الحقوق كعقوبة إضافية ، كالمنع من الإقامة ، كما يحرم القانون بعض الأشخاص كالخبراء و السماسرة و الأوصياء من حق شراء أموال الأشخاص الذين يمثلونهم أو يشرفون عليهم [3] .

ب- أهلية الآداء :

أهلية الأداء هي صلاحية الشخص و قدرته على إستعمال الحقوق المقررة لـــــه ، و هذه الأهلية لا تؤول إلا لمن توفرت لديه أهلية الوجوب ، فأهلية الوجوب لا تفترض أهلية الآداء و العكس صحيح [4] .

و يمكن تقسيم العقود من حيث الأهلية إلى أقسام أربعة :

1- عقود إغتناء و هي عقود يغتني من يباشرها دون أن يدفع عوضا لذلك كالهبة بالنسبة إلى الموهوب له (عقود نافعة نفعا محضا) .

2- عقود إدارة ، و هي عقود ترد على الشيء لإستغلاله كالإيجار بالنسبة للمؤجـــر .

3- عقود تصرف ، و ترد على الشيء للتصرف فيه بعوض كالبيع بالنسبة لكل مـــن

---

(1)- لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار المناهج ، القاهرة ، دون سنة ، ص 82

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 266- 267 .

(3)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 122، 123 .

(4)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص 123 .

البائع و المشتري.

4- عقود تبرع ، و ترد على الشيء للتصرف فيه بغير عوض كالهبة بالنسبة إلى الواهب [1] .

فمن توافرت فيه الأهلية كاملة كان صالحا لمباشرة هذه الأقسام الأربعة من العقود ، و من كان ناقص الأهلية فهو لا يصلح إلا لمباشرة بعض هذه الأقسام ، كالصبي المميز يصلح لمباشرة عقود الإغتناء و عقود الإدارة و لا يصلح وحده لمباشرة عقود التصرف ، و لا يصلح أصلا لمباشرة عقود التبرع ، و قد تكون الأهلية معدومة كما هي حال الصبي غير المميز ، فهو لا يصلح لمباشرة أي قسم من هذه الأقسام الأربعة[2] .

إن أهلية الوجوب لا علاقة لها بصحة الرضا ، بل أن توافر أهلية الآداء في المتعاقد هو الأمر الضروري لإعتبار رضائه بالعقد سليما .

و أهلية الآداء لما كان مناطها التمييز و الإدراك فإنها تتأثر دائما بالسن ، كما قد تتأثر بعوامل أخرى .

ثانيا: أحكام الأهلية .

سنتطرق لأحكام الأهلية وفقا للنقاط التالية :

1- تأثر الأهلية بالسن :

تتدرج أهلية الآداء بتدرج سن الإنسان ، و يمر هذا الأخير بالنسبة لأهلية الآداء بمراحل ثلاثة هي :

أ- مرحلة إنعدام أهلية الآداء :

و هذه المرحلة تبدأ بميلاد الشخص حيا وتنتهي ببلوغه سن التمييز ألا وهو سن الثالثة عشر(13) سنة من العمر طبقا للقانون المدني الجزائري و في هذه المرحلة من

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 268 .

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع نفسه ، ص 268 .

الحياة يكون الصبي فاقدا للتمييز ، فتكون أهلية الآداء لديه منعدمة طبقا للمادة **42** من القانون المدني الجزائري حتى أهلية الإغتناء لا تثبت له مثل قبوله هبة ، و على ذلك إذا صدر منه تصرف ما ، كان تصرفه باطلا .

و الذي يتولى مباشرة التصرفات عن الصغير و يمثله قانونا هو الولي أو الوصـي ، و ذلك ما نصت عليه المادة **81** من القانون رقم **11/84** المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب القانون رقم **10/05** .

ب- مرحلة نقصان أهلية الآداء :

و تبدأ هذه المرحلة من بلوغ سن الثالثة عشر(**13**) سنة من العمر حتى بلوغ سن الرشد و هو سن التاسعة عشر (**19**) سنة من العمر طبقا لنص المادة **40** من القانون المدني الجزائري ، و تثبت له أهلية آداء ناقصة وفقا لنص المادة **43** من القانون المدني الجزائري ، و في هذه المرحلة تثبت للصبي أهلية الإغتناء ، فيبرم التصرفات التـــي تعود عليه بالنفع نفعا محضا ، دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه ، فيقبلها بمفرده ، أما أهلية الإفتقار فمعدومة لديه أصلا ، و بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع و الضرر ، كالبيع و الشراء و الإيجار و الإستئجار ، فله بالنسبة لها أهلية آداء ناقصة فإذا أجراها تقع قابلة للإبطال ، أي صحيحة ، و لكن تكون قابلة للإبطال لمصلحة القاصردون المتعاقد الآخر الراشد[1](المادة **83** من قانون الأسرة الجزائري) .

جـ- مرحلة كمال أهلية الآداء :

و يكون ذلك ببلوغ سن الرشد و هو 19 سنة كاملة (المادة **40** من القانون المدني الجزائري) فببلوغ الصبي هذا السن تكتمل أهليته شريطة أن يكون متمتعا بكامل قواه العقلية فإن هو بلغها مجنونا أو معتوها أو سفيها بقيت حالة قصره و استمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه حسب الأحوال (المادة **44** من القانون المدني الجزائـــــري و كذا المادة **86** من قانون الأسرة الجزائري)[2] .

---

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 159- 160 .

(2)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع نفسه ، ص 160 .

2- تأثر الأهلية بعوامل أخـرى غير السن (عوارض الأهلية) :

عوارض الأهلية هي أمور تدرك البالغ الراشد ، تؤدي إلى إنقاص أهليته أو إعدامها و هي تنقسم إلى قسمين :

أ- العوارض التي تصيب العقل (الجنون و العته) :

الجنون هو إضطراب يلحق العقل فيعدم عند صاحبه الإدراك و التمييز ، أما العته فقد أختلف في تعريفه ، فقيل أنه نوع من الجنون و يتميز أن صاحبه لا يلجأ إلى العنف و قال البعض بأنه لا يعدم الإدراك كلية .

و كل من الجنون و العته (إذا كان يعدم الإدراك كالجنون) عاهة تلحق عقل الإنسان فتعدم فيه الإرداك و التمييز و بالتالي أهلية الآداء و ذلك ما تنص عليه المادة **42** من القانون المدني الجزائري .

ب- العوارض التي تصيب الإنسان في التدبير (السفه و الغفلة) :

السفيه هو الذي يبذر المال على غير مقتضى الدين و العقل ، سواء كان ذلك في وجوه الخير أو الشر ، و السفيه كامل العقل لكن العلة في تدبير أمره لأنه يسرف في إنفاق ماله [1] ، أما الغفلة فهي ضعف الملكات الضابطة في النفس و ترد على حسن الإدارة و التقدير و يترتب على قيامها بالشخص أن يغبن في معاملاته مع الغير [2] .

فإذا تحقق عارض من العوارض كانت التصرفات باطلة بعد صدور الحكم بالحجر أما قبل ذلك فتكون صحيحة مادامت أعراض العارض غير شائعة و غير معروفة من الطرف الآخر فإذا شاعت أو عرفها الطرف الآخر كان التصرف باطلا [3] .

و قد يصاب الإنسان بعاهة في جسمه ، فلا تمس عقله و لا تصيب تدبيره و لذلك يبقى كامل الأهلية ، غير أنه يتعذر عليه بسبب العاهة أو العجز الجسماني التعبيـــر

---

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 162 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 152

(3)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 280 .

عن إرادته تعبيرا صحيحا ، و يخشى عليه من أن يقع في عيب الغلط عند إبرامه التصرفات و لذلك قرر القانون نظام المساعدة المنصوص عليها في نص المادة **80** من القانون المدني الجزائري ، حيث يتم تقريرها للفرد بشرط الجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث ألا وهي : الصم و العمي و البكم ، و أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته ، فإذا أمكن لشخص بالرغم من إجتماع عاهتين لديه أن يتفهم ظروف التصرف الذي يجريه و أن يعبر عما يريده بشأنه فلا يحق إخضاعه لنظام المساعدة و قاضي الموضوع هو الذي يقرر ذلك [1] ، إن إجتماع العاهتين و الحكم على الإنسان بعقوبة سالبة للحرية عقبات تجعل الإنسان كامل أهلية الآداء غير قادر على إبرام التصرفات القانونية و تسمى هاته العقبات بموانع الأهلية تمييزا لها عن عوارض الأهلية إذ لا أثر لها على أهلية الآداء فلا تعدمها و لا تنقصها و إنما تجعل صاحبها غير قادر على إستعمال هذه الأهلية بمفرده ، فإن هو أبرم تصرفات دون المساعد المعين له وقعت قابلة للإبطال لمصلحته .

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 163 .

الـــــفرع الثانـــــــي :

تنظيـــــم الأهلـــــية في العقد الإلكترونـــــي

كون العقد الإلكتروني يجري عن بعد مما لا يسمح من التحقق من شخصية كلا المتعاقدين و لا التثبت من الهوية الحقيقية و الأهلية اللازمة لمباشرة التعاقد الصحيح ، فتثور إشكالية التحقق من أهلية المتعاقد الآخر على الشبكة و التي قد تعرض التعاقد لمخاطر إبرامه مع ناقصي الأهلية كالقصر أو فاقديها بسبب أحد العوارض الأخرى كالجنون و العته و السفه و الغفلة [1] .

فالأهلية هنا نقصد بها أمرين هما : ثبوت صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها ، ثم ثبوت كمال أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون .

إن الأهلية في إطار العقد الإلكتروني تمتاز بأهمية خاصة بسبب الطبيعة التقنيـــة و الإلكترونية للأنترنت خاصة إذا ما علمنا بأنه من السهولة بما كان قيام أي شخص بإنتحال صفة شخص آخر أو سرقة بياناته الإلكترونية ، و إبرام العقود باسمه و نظرا لسهولة إستخدام الأنترنت من ناحية و شيوع إستخدامها من ناحية أخرى ، خاصـــــة و أن إثبات ذلك بالنسبة للطرف الآخر أمر صعب إن لم يكن مستحيلا ، لذا يجب توفير الحماية للطرف حسن النية الذي يعول على الوضع الظاهر و إبرام العقد بعد ذلك [2] .

و سنتناول دراسة تنظيم الأهلية في العقد الإلكتروني في النقاط التالـــية :

أولا : تحديد هوية الشخص المتعاقد في العقد الإلكتروني .

إن التأكد من توفر شرط الأهلية في العقد التقليدي أمر من السهل التحقق منه باعتباره تعاقدا بين حاضرين في مجلس واحد حقيقي ، يتمكن فيه كل طرف من التأكد من هوية و أهلية الطرف الآخر بواسطة الإطلاع على وثائقه الشخصية بالنسبة للشخص الطبيعي و على سجله التجاري بالنسبة للشخص المعنوي [3] .

---

(1)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن ،2007 ، ص 177 .

(2)- بشار محمود دودين – محدبي المحاسنة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 155 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 133 .

و بما أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد عبر تقنيات الإتصال الحديثة فإن المتعاقدين لا يتعرفان على بعضهما البعض إلا عبر هذه التقنيات ، مما يعني أن معرفة المتعاقد الآخر الشخصية تظل بعيدة عن الوضوح و الشفافية ، طالما أنه لا يتحدث مباشرة مع الطرف الآخر في العقد ، و قد لا يفصح عن هويته الحقيقية ، و لا سيما إذا لم يكن غرضه نبيلا ، أو يسعى إلى التهرب من المسؤولية أو إلى القيام بعمليات إحتيالية و سواها ، و لذلك يعتبر تحديد الهوية الحقيقية للمتعاقدين في العقد الإلكتروني مسأله مهمة ، فهذا الأمر جوهري ليس فقط من الناحية العملية ، إذ من غير المتصور أن يقدم شخص ما على التعاقد مع شخص مجهول الهوية ، بل أيضا من الناحية القانونية ، إذ بدونه لا يستقيم العقد قانونا ، غير أن تحديد هوية المتعاقد في العقد الإلكتروني يعد من أهم الصعوبات فهي مرتبطة بمسألة سرية المعلومات المتبادلة [1] .

لذا كان من اللزوم إيجاد آلية إلكترونية تحدد عن طريقها الهوية الإلكترونية بأمـــان و بكل محافظة على السرية ، فلكل جهاز موصل على شبكة الأنترنت عنوانا رقميا ، ينفرد به دون غيره ، كما لو جرى إستعمال أرقام معينة مثلا : (47 ،32 ،51 ، 192) ، و هذا العنوان يعتبر ضروريا لإمكان تبادل المعلومات بين مختلف الأجهزة المتواجدة على الشبكة ، غير أن تعيين الجهاز ذاته لا يعني بالضرورة تعيين شخص مستخدمه ، و لذلك بات من الضروري إيجاد وسيلة تسمح بربط العنوان الرقمي بشخص أو كيان قانوني محدد ، و لتحقيق هذا الغرض يتم اللجوء إلى إفراد إسم إفتراضي جرت العادة على تسميته بإسم المجال أو الدومين [2] .

و يمكن تعريف الهوية الإلكترونية بأنها إسـم حقيقي أو مستعار، يفرد و يخصص على الأنترنت ، و يسمح بتعيين صاحبه و تحديد مكانه الجغرافي أو المادي و يتكون العنوان الإلكتروني من أجزاء ثلاثة :

أولها : (WWW) و هي إختصار للكلمات (World Wide Web) أي شبكة أو شبكات الأنترنت .

---

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص – النوعي – الإلكتروني – البيئي – السياحي ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر، 2000 ، ص 28 .

(2)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 85 .

و ثانيها : الإسم الإلكتروني أو إسم الدومين بالمفهوم الصحيح ، إذ يحدد طبيعـــــــة و مجال (Domaine) نشاط الكيان المعنوي ، و لذلك تسمى بأسماء الدومين النوعية ، و إلى جانب ذلك توجد أسماء دومين إقليمية و كلا النوعان يخضعان إلى نظام مغاير وذلك على النحو التالي :

- بالنسبة إلى الهوية الإلكترونية التي تنتمي إلى نطاق جغرافي محدد ، فإن الجزء الثالث من العنوان يحدد هذا الإنتماء بذكر إختصار إسم الدولة مثلا فرنـــــــسا (Fr) و في هذا الغرض يأخذ العنوان الإلكتروني الشكل الآتي :

- http : // WWW . ific .Fr.

- بالنسبة إلى الهوية الإلكترونية النوعية (Générique) فيتم اللجوء إليهـــــــا لأسباب متعددة ، منها التقيد بنطاق جغرافي معين ، ليأخذ بذلك الكيان الإلكتروني طابعا عالميا ، و في هذه الحالة بدلا من أن يضاف إختصار إسم الدولة يوضع إختصار مصطلح نوعي للدلالة على طبيعة النشاط : مثل Comm ، أي تجاري ، Net أي متعلق بالأنترنت أو طبيعة الكيان ذاته مثل Org أي منظمة فيصبح العنوان كالآتي :

- http // WWW .acocat-net .com .

و ليس من الضروري في هذه الحالة أن يستخدم صاحب الموقع إسمه الشخصي أو التجاري بل يمكنه إستخدام إسم مستعار فمستخدم الأنترنت يتمتع بحرية واسعة في إختيار إسمه الإلكتروني و هنا يصح التساؤل عن مدى صحة العقد الإلكتروني المبرم بين طرفين إستخدم أحدهما أو كلاهما إسما مستعارا [1] .

يبدو أنه ثمة عرفا قد تكون يقضي بأن يتضمن العقد الإلكتروني بعض الشروط الأساسية و منها أسماء المتعاقدين ، كما أن بعض التشريعات تتطلب في العقود المبرمة عن بعد ، ما بين تاجر و مستهلك ، أن تتضمن إسم و عنوان التاجـــــــــر و بالتالي لا يكفي إستعمال الإسم و العنوان الإلكتروني غير أن بعض الشراح يعتبرون أنه ليس من الصواب القول أن شخص مستخدم الأنترنت هو شخص مجهول لأنه حتى يمكنه إستعمال الأنترنت لابد أن يعرف عن نفسه عن طريق إدخال عنوانـــــــه

(1)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 86 .

و كلمة سر ، مستخدما في غالب الأحيان خدمات شركات متخصصة تؤجر له خدمة ربط جهازه على شبكة الأنترنت [1] .

و قد تنبه بعض المشرعين بوجه عام إلى وجوب تحديد هوية المتعاقدين ، بوضع قواعد قانونية تلزم بذلك ، و نجد من ذلك مثلا : نص المادة الرابعة في فقرتها الأولى **(01/04)** من التوجيه الأوروبي رقم **07/97** الصادر في **20** أيار **1997** بشأن التعاقد عن بعد : " **ينبغي على المهني قبل إبرام العقد أن يقوم بإعلام المستهلك بقائمة من البيانات الإلزامية ، التي تضمن تحديد ذاتية مقدم المنتج أو الخدمة** " .

و كذا نص المادة **25** من القانون التونسي رقم **83** لسنة **2000** المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية التي نصت على أنه : " **يجب على البائع في المعاملات التجارية و الإلكترونية ، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة و مفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية : هوية و عنوان و هاتف البائع أو مسدي الخدمة** " [2] .

كما أن التوجيه الأوروبي رقم **31/2000** و الصادر في **08** يناير **2000** بشأن التجارة الإلكترونية قد تطلب أيضا ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية .

و قد حرص أيضا قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام **1996** على ضرورة التأكد من الهوية ، حيث تنص المادة الثالثة عشر **(13)** منه بشأن إسناد رسائل البيانات على ما يلي[3] :

" 1- **تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشيء إذا كان المنشيء هو الذي أرسلها بنفسه .**

2- في العلاقة بين المنشيء و المرسل إليه ، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشيء إذا أرسلت :

(أ) من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشيء فيما يتعلق برسالة البيانات .

---

(1)- أحمد عبد الكريم سلامة ، أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص – النوعي – الإلكتروني – البيئي – السياحي ، المرجع السابق ، ص 29 .

(2)- إلياس ناصيف ، العقود الإلكترونية – العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 90 .

(3)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 156

(ب) من نظام معلومات مبرمج على يد المنشيء أو نيابة عنه للعمل تلقائيا .

3- في العلاقة بين المنشيء و المرسل إليه ، يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشيء و أن يتصرف على أساس هذا الإفتراض إذا :

(أ) طبق المرسل إليه تطبيقا سليما ، من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قـــد صدرت عن المنشيء إجراء سبق أن وافق عليه المنشيء لهذا الغرض .

(ب) كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشيء أو بأي وكيل للمنشيء من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشيء لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا ." [1] .

ثانيا : خصوصية الأهلية في التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة .

يصعب في العقد الإلكتروني التأكد من شخصية المتعاقد الآخر و أهليته ، و ذلك لأنه يتم عن بعد عبر تقنيات الإتصال الحديثة و من دون حضور مادي للمتعاقدين ، فضلا على أن عددا كبيرا من مستخدمي الأنترنت ، هم من المراهقين و صغار السن ، و لا سيما أن بعضهم بوسيلة أخرى قد يستخدم البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع شخص حسن النية ، كما أن شخصا آخر قد يقدم على سبيل اللهـــــــــو و العبث على التعامل عن بعد مع شخص آخر حسن النية ، و إذا أضفنا إلى ذلك أن الأنترنت معرضة للإختراق و التدخل الأجنبي و القرصنة الإلكترونية ، مما يثير صعوبات و مشكلات متعددة يتميز بها التعاقد عبر وسائل الإتصال الحديثة ، و لا سيما الأنترنت [2] .

و يرى جانب من الفقه أنه ينبغي لعلاج هذه المشكلة التوسع في الأخذ بنظرية الوضـع الظاهر " Théorie de l' aparance " ، و ترجيح مصلحة المهنيين المتعامليـــن

(1)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، قوانين الأونيسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 65

(2)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 125 .

بحسن نية [1] فإذا اختلس القاصر بطاقة الإئتمان المصرفية الخاصة بأحد والديـــــه ، و استخدمها في إبرام عقد مع أحد التجار ، فيجوز لهذا التاجر متى كان حسن النية أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة قد توافر به مظهر صاحبها ، ومن ثم مظهر الشخص الراشد ، كما يستطيع هذا التاجر أيضا الرجوع على هذا القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية و بالتالي فإن مصلحة الآباء مراقبة إستعمال أبنائهم القـصر لتقنيات الإتصال فضلا عن الحفاظ على بطاقاتهم المصرفية ، و الرقم السري الخاص بها [2] .

و هنالك من تمسك بمسؤولية متولي الرقابة بإعتبار أن الوالد مسؤول عن أعمال إبنه القاصر و عليه فإن دخول الأبناء بكل حرية إلى المواقع الإلكترونية و التعاقد مع الغير حسن النية يقيم على الأهل مسؤولية مراقبة أبنائهم و تحمل تبعات تصرفاتهم[3] .

و قد ميز القانون الفرنسي بين الأعمال الإعتيادية للقاصر المميز و التي توصف بأنها أعمال حياته اليومية كشراء الكتب أو الألعاب ، إذ أجاز للقاصر القيام بهـــــا ، و بين التصرفات التي لا تدخل ضمن هذه الأعمال و التي تمت بواسطة إئتمان أحد والديه أو توقيعه الإلكتروني ففي هذه الحالة يكون ملزما بهذا العقد كما لو كان هو من أبرمه [4] .

و هكذا فإنه يبدو لنا أنه نظرا للطابع الخاص للعقد الإلكتروني ، فإن ناقص الأهلية متى إتخذ مظهر الشخص البالغ الراشد ، و كان المتعاقد الآخر عبر تقنيات الإتصال غير عالم بهذه الحالة ، فإنه ينبغي حماية هذا المتعاقد إعمالا لنظرية الوضع الظاهر ، و ذلك لتوفير الثقة و الأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الإتصال الحديثة ،و حفاظا على إستقرار التعامل ، و حتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه ، و لم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد ، و هذا الأمر لا غنى عنه فـــــي

---

(1)- D'AUZON (Olivier), Le droit du commerce éléctronique , édition du puits fleuri , Paris , 2005 , p 34 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 153

(3)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 126 .

(4)- D'AUZON (Olivier), Le droit du commerce éléctronique , op cit , p 34 .

مجال العقود الإلكترونية [1] .

ثالثا : وسائل التحقق من الأهلية في العقد الإلكتروني .

تعتبر مسألة التحقق من أهلية المتعاقدين في العقود الإلكترونية مسألة فنية دقيقة ، و تحتاج إلى تكاثف العلماء و المتخصصين ، و فقهاء القانون المهتمين بهذا المجال ، بغية إيجاد تقنيات متطورة تسهم في حل هذه المشكلة ، و بالرغم من أنه لا توجد حتى الآن وسائل تقنية حاسمة في هذا المجال ، إلا أنه توجد وسائل إحتياطية و تحذيرية يمكن إستخدامها [2] نبينها كما يلي :

1- البطاقة الإلكترونية :

هي رقائق إلكترونية ذكية يتم تصنيعها من لدائن بكثافة من السيليكون ، و من وحدات و شرائح فائقة القدرة و التي يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل : الإسم ، السن ، محل الإقامة ، و المصرف المتعامل معه ، و جميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة [3] .

و تعتبر هذه البطاقة بمثابة الحاسوب المتنقل الذي يحتوي على سجل كامل من المعلومات و البيانات الشخصية و هي تتمتع برقم سري [4] .

و هذه البطاقة مزودة بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزييف و التزوير و سوء الإستخدام من جانب الغير في حالة سرقتها ، أو محاولة تقليدها نظرا لنوع اللدائن المستخدمة و الشريط الممغنط ، و الصورة الفوتوغرافية لصاحبها ، و الرقم السري ، و عدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها ، و تستخدم هذه البطاقات على نطاق واسع في الدول الأوروبية ، الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان ، و يمكن إستخدامها كبطاقة تعريف للهوية ، أو كبطاقة إلكترونية تملأ و تفرغ بالنقود [5] .

---

(1)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 156

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 157 .

(3)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 157

(4)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 127 .

(5)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 157 .

و لكن مع كل وسائل الحماية المزودة بها هذه البطاقة ، و الإحتياطات التي يتخذها المتعاملون عبر تقنيات الإتصال الحديثة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقتهم الإلكترونية فإنها لم تكن عصية على أصحاب الدهاء الإلكتروني الذين يتفنون في إبتداع الطرق غير المشروعة لإختراق الإتصالات عبر تقنيات هذه البطاقـــــــــــة و إستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية و الإستيلاء على بيانات المتعاملين و أموالهم عبر هذه التقنيات [1] .

2 – التوقيع الإلكتروني :

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات توثيق العقود و هي التوقيع الخطي مناسبة للمعاملات و المبادلات الإلكترونية ، لذا يرى البعض أنه من الأنسب اللجوء إلى تقنية التوقيع الإلكتروني لتحديد هوية الشخص المتعاقد [2] .

و لكي يحدد التوقيع الإلكتروني وظيفته بتحديد هوية الشخص الموقع ، فإن التشريعات المعاصرة تبنت وسائل التكنولوجيا المتطورة و التي تضفي التوقيع الإلكتروني مواصفات ومقتضيات تضمن تحديد هوية الموقع و إلتزامه بمضمون السند الذي وقع عليه ، و في هذا الصدد يشير جانب من الفقه إلى أن التوقيع الإلكتروني يحقق هذه الوظيفة بفضل السرية التي يتسم بها ، إذ يجعله أكثر أمانا ودقة من التوقيع التقليدي الذي يتم بخط اليد ، حيث يعد استخدام الرقم السري قرينة على صدور التوقيع من المدين ، لأنه الشخص الوحيد الذي يعلم بهذا الرقم ، و يمنع إفشاءه [3] .

و قد تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الإلكتروني ، إذ إهتم البعض ببيان الوسائل التي يتم بها ، بينما إهتم البعض الآخر بالوظائف و الأدوار التي يضطلع بها و أول هذه التعريفات التعريف الوارد في القانون الفيدرالي الأمريكي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في **2000/06/20** ، و الذي ذهب إلى أن :" التوقيع الإلكتروني

---

(1)– إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 128 .

(2)– عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية و متطلبات النظام القانوني لتجاوزها ،الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص 17 .

(3)– أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 300 .

عبارة عن أصوات أو إشارات أو رموز أو أي إجراء آخر يتصل منطقيا بنظام المعالجة لمعلومات إلكترونية ، و يقترن بمتعاقد أو مستند أو محرر، و يستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر " [1] .

و قد عرف القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لعام **2001** ، التوقيع الإلكتروني بأنه :" بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات " ، فالتوقيع الإلكتروني يعرف عامة بكونه :" طريقة إيصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الأنترنت " [2] .

من خلال هذا التعريف يمكن التوصل إلى أهم الخصائص التي يتميز بها التوقيع الإلكتروني و هي :

1- أن التوقيع الإلكتروني لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة أصابع بل يشمل عدة صور غير محصورة ، كالصور ، الحروف ، الأرقام ، الرموز ، الإشارات ، و حتى الأصوات ، شرط أن تكون ذات طابع شخصي [3] .

و قد إهتدى رجال الصناعة إلى أهمية و خطر التوقيع الإلكتروني ، و اكتشفوا عدة أساليب تعتمد على الخصائص الفيزيائية و السلوكية للأفراد منها :

- البصمة الشخصية .
- التوقيع الشخصي .
- طريقة مسح العين البشرية .
- التعرف على الصورة الظلية [4] .

---

(1)- محمد بودالي ، التوقيع الإلكتروني ، إدارة ، المجلد 13 ، العدد الثاني ، 2003 ، المدرسة الوطنية للإدارة ، الجزائر ، ص 54 .

(2)- محمد خالد جمال رستم ، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الإلكتروني في العالم ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص 39 .

(3)- علاء محمد عيد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، دون طبعة ، دار الثقافة ، عمان ، 2005 ، ص 31 .

(4)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، التبادل الإلكتروني للبيانات ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 26- 27 .

2- أن التوقيع الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني من خلال أجهزة الحاسب الآلي .
3- وجوب تدخل طرف ثالث ، و الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف التصرف القانوني ، لضمان سلامة المحرر الإلكتروني من العبث و التحريف و هذا الطرف الثالث يضمن توثيق التوقيع ، و يعمل على تحديد هوية صاحبه ، و قد عهدت هـــذه المهمة في الدول التي نضمت التوقيع الإلكتروني لجهات تسمى " **مقدمي خدمات التصديق أو الترسيم** " ، و هي عبارة عن أشخاص طبيعية أو إعتبارية ترخص لها السلطات المختصة بإعتماد التوقيع الإلكتروني [1] .

3- الإستعانة بجهات التصديق الإلكتروني :

قد يلجأ المتعاقدون عبر وسائل الإتصال الحديثة إلى الإستعانة بوسيط إلكتروني ، يتمثل في طرف ثالث محايد[2] ، يسمى جهات التصديق أو سلطات الإشهار، و تتولى مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الإلكتروني ، و ذلك بالتأكد من هوية الطرفيـــن و أهليتهم القانونية ، ثم إصدار شهادة مصادق عليها تتضمن كافة المعلومات حول أطراف العقد الإلكتروني [3] .

في الواقع يقتضي التصديق الإلكتروني وجود جهتين ، الجهة الأولى هي سلطة إصدار شهادات التوقيع الإلكتروني ، و التي تحتفظ بسلطاتها في مراقبة المفتاح الخاص بصاحب التوقيع ، و جهة ثانية هي السلطة التي تودع لديها مفاتيح الشفرات ، و التي على أساسها يمكن إعادة وضع المفتاح الخاص لحائزه بناء على طلبه في حالة فقدانه أو تلفه [4] .

و قد نظمت هاته الخدمة في العديد من القوانين الصادرة بشأن المعاملات الإلكترونية نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر ، القانون التونسي رقم **83** لسنة **2000** بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية و ذلك بإنشائه" **الوكالة الوطنيـــــــــة**

---

(1)- محمد بودالي ، التوقيع الإلكتروني ، إدارة ، المرجع السابق ، ص 58 .

(2)- HASSVER (Théo) , La signture éléctronique ou la nouvelle frontiére probatoire , Revue de jurisprudence commerciale ,n 6 , 2000 , p199

(3)- PIETT – COUDOL (Thierry), La signature éléctronique , litec , Paris , 2001, p 28 .

(4)- محمد سعيد أحمد إسماعيل ، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية ، دراسة مقارنة ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 ، ص 275 .

للمصادقة الإلكترونية " و ذلك بموجب نص المادة الثامنة **(08)** منه ، و نظم هذا القانون أهداف و إختصاصات هذه الوكالة في المواد من **09** إلى **24** منه .
و كذا القانون الأردني رقم **85** لسنة **2001** بشأن المعاملات الإلكترونية ، حيث تنص المادة الثانية **02** منه على إجراءات التوثيق كما عرف شهادة التوثيق في ذات المادة [1] .

4- الوسائل التحذيرية :

تعتبر هذه الوسائل من أكثر الوسائل إستخداما في الوقت الحاضر ، وهي تمارس عن طريق وضع تحذيرات على الأنترنت ، تنبه إلى عدم الدخول إلى موقع الأنترنت ، إلا من قبل شخص يتمتع بالأهلية القانونية ، و يلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته ، و الإفصاح عن عمره و ذلك من خلال ملأ نموذج معلومات معروض على الأنترنت ، فإذا كان هذا الشخص متمتعا بالأهلية القانونية ، فإنه يستطيع دخول الموقع و إبرام العقود و على العكس من ذلك فهو لا يستطيع الدخول إلى الموقع إذا لم يقم بملأ المعلومات أو إذا اتضح منها عدم أهليته [2] .

كما قد يتم وضع نماذج للعقود على الأنترنت ، تحول صياغتها ، بشكل واضـــــح و ملائم ، دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها ، و تتضمن بنودها نصا صريحا بضرورة توفر الأهلية القانونية الكاملة في المستخدم ، و إلا فإنه لن يبرم العقد [3] .

---

(1)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 159
(2)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 128 .
(3)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص 128 .

المطـــلب الثانـــــي :
عـــــيوب الإرادة في العـــقد الإلكترونـــــي

يقصد بعيوب الإرادة تلك الأمور التي تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد الرضا دون أن تزيله ، فالرضا موجود ، غاية الأمر أن الإرادة لا تجيء سليمة إما لأنها أتت نتيجة وهم كاذب ، و إما لأنها جاءت وليدة الضغط ، و تتمثل عيوب الإرادة التي حصرتها مختلف التشريعات المدنية في أربعة عيوب هي : الغلط ، التدليس ، الإكراه ، الغبن و الإستغلال .

و لا تختلف عيوب الإرادة في النظريات التقليدية في التعبير عن الإرادة في العقود ، عن عيوب الإرادة عند التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الإلكترونية حيث يرى البعض أن عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية لا تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة [1] .

و لذلك سنعمد إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين أساسين الأول نتناول فيه النظرية العامة لعيوب الإرادة و الثاني نخصصه لدراسة خصوصية هذه العيوب في العقد الإلكتروني ، و أثرها عليه .

---

(1)- لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 86 .

الـــــــــــفرع الأول :

النظـــــــــرية العامة لعيـــــــــوب الإرادة

إن نظرية عيوب الإرادة تتصل إتصالا وثيقا بنظرية سلطان الإرادة ، فإرادة الفرد لها المقام الأول في توليد الروابط القانونية و في ترتيب آثارها ، و يجب أن تكون على هدى مختارة ، و إلا فالإرادة المشوبة بعيب من العيوب ليست إرادة صحيحة فلا يكون لها سلطان كامل [1] .

أولا :عيب الغلط .

1- تعريف عيب الغلط :

يعرف الغلط أنه وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته و هو يؤدي إلى وقوع العقد قابلا للإبطال إذا انصب على ماهيته أو على شرط من شروط الإنعقاد أو على مجلس العقد [2].

و الغلط الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة هو الغلط المؤثر و هو حالة وسطى بين الغلط المانع و الغلط غير المؤثر (المغتفر) ، أما الغلط المانع فهو الذي يمس وجود أحد أركان العقد ، أو يمس ماهيته فلا يعيب الإرادة فحسب بل يعدمها أساسا[3] ، و هو على ثلاث أنواع ، الغلط في طبيعة العقد المراد إبرامه ، و الغلط الذي ينصب على ذاتية الشيء محل الإلتزام ، و الغلط الذي ينصب على سبب الإلتزام [4] .

أما الغلط غير المؤثر فهو الذي لا يتعلق بأي صفة جوهرية في العقد و لا يؤثر على إبرامه و لا يجعل من الإرادة ناقصة ، و يكون كذلك في الحالات التي يكون فيها الغلط مانعا ، و ذلك في الحالات التالية ، حالة الغلط في صفة غير أساسية في الشيء محل العقد ، أو الغلط في شخصية المتعاقد إن لم تكن محل إعتبار أساسي في العقد ، و الغلط في القيمة ، و الغلط الباعث [5] .

---

(1)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 289 .

(2)- لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 86 .

(3)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق، ص 183- 184 .

(4)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 166- 167 .

(5)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع نفسه ، ص 185

2- شروط عيب الغلط :

حتى يتم التمسك بعيب الغلط كعيب مفسد للرضا لا بد من توافر شروط ، و الشروط المتفق عليها من قبل معظم التشريعات هي كما يلي :

أ- لابد أن يكون الغلط جوهريا :

أي أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، بمعنى أن يكون على درجة من الجسامـــــة و الأهمية بحيث يمتنع المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط ، و قد يسمى بالغلط الدافع ، و المعيار الذي يعتمد عليه لتقدير جوهرية الغلط هو معيار ذاتي يقوم على تقدير المتعاقد لأمر معين يبلغ في نظره درجة من الأهمية تكفي لأن تجعله يقدم على التعاقد إن وجد و يحجم عن التعاقد إن تخلف ، فالغلط الجوهري قد يقع في صفة الشيء ، أو في شخصية المتعاقد أو في قيمة الشيء أو في الباعث على التعاقد ، أو في أمور تبيح نزاهة المعاملات [1] .

ب- إتصال المتعاقد الآخر بالغلط :

لا يكفي أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري حتى يقوم الغلط ، إنما يجب أن يتصل المتعاقد الآخر بهذا الغلط ، فلا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب إبطال العقد إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه ، و حكمة هذا الشرط هي ضمان استقرار التعامل ، لأن الغلط الفوري يؤدي إلى مفاجأة المتعاقد الآخر بطلب إبطال العقد ، و هو لا علم له بالسبب ، أما إذا كان المتعاقد الآخر شريكا في الغلط أو عالما به أو كان بوسعه أن يعلمه ، فتنتفي المفاجأة [2] .

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 133 .

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 133 – 134 / و أنظر كذلك : محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص من 171 إلى 178 .

جـ- عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية :

لا يجوز التمسك بالغلط على وجه يخالف حسن النية ، فيسقط حق إبطال العقد لعيب الغلط إذا ما أبدى المتعاقد الآخر إستعداده لتنفيذ العقد بالشكل الذي توهمه المتعاقد في العقد [1] .

ثانيا :عيب التدليس .

1- تعريف عيب التدليس :

هو إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة ، عن طريق إستعمال طرق إحتيالية ، بقصد دفعه إلى إبرام العقد ، و يكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسة إذا أثبت المدلس عليه أنه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو بهذه الملابسة و هو نوعان ، الأول إيجابي يتمثل في القيام بوسائل إحتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد ، و الثاني سلبي و هو سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها إحجام المتعاقد الآخر عن إبرام العقد [2]، و للتدليس عنصران ، عنصر مادي وهو إستعمال الطرق الإحتيالية و آخر معنوي هو توافر نية التضليل للوصول إلى غرض غير مشروع و هذا عنصر ذاتي يختلف من شخص إلى آخر.

2- شروط عيب التدليس :

لعيب التدليس شرطان أساسيان هما :

أ- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

فإذا ثبت أن التدليس لم يكن الدافع إلى التعاقد بأن لم تبلغ الحيل المستعملة فيه من الجسامة إلى حد تضليل المتعاقد ، أو وصلت إلى ذلك الحد و لكن الطرف المضلل كان ليرتضي العقد و بنفس الشروط حتى و لو لم يضلل ، لايكون هنا للتدليس أثـــر

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 180 .
(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 139 .

على صحة العقد [1] .

ب- إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر :

يلزم أن تكون الطرق الإحتيالية صادرة من أحد المتعاقدين أو من نائبه أو أن يكون هذا على الأقل عالما بها أو كان من المفروض حتما أن يكون كذلك ، فالتدليس الواقع على أحد المتعاقدين ، من الغير كحالة كون المتعاقد الآخر لا يعلم به و ما كان مفروضا عليه أن يعلمه يقع غـــير مؤثر في العقد ، و لا يخول ضحيته طلب إبطاله ، حتى و لو كان في واقع الأمر قد ضلل به و انخدع و في حالة عدم إتصال المتعاقد الآخر بالتدليس الذي صدر من الغير فللمتعاقد المخدوع الرجوع بالتعويض على هذا الغير [2] .

ثالثا : عيب الإكراه .

1- تعريف عيب الإكراه :

يعرف الإكراه على أنه ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد ، و الإكراه يعيب الإرادة فيجعل رضاء الشخص غير سليم حيث يفقده الحرية و الإختيار .

و الإكراه ليس بذاته هو الذي يفسد الإرادة و يعيب الرضا ، و إنما يفسدها و يعيبها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف و رهبة [3] .

فالإكراه المبطل للرضا يتحقق بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو بإستعمال وسائل ضغط أخرى لا قدرة له على احتمالها ، أو التخلص منها ، و يكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول ما لم يكن ليقبله إختيارا[4] .

---

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 185 .

(2)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع نفسه ، ص 188 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 147 .

(4)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 137 .

2- شروط عيب الإكراه :

كي يعيب الإكراه الإرادة يجب توافر الشروط التالية :

أ- التعاقد تحت سلطان رهبة :

أساس الإكراه أن يتم التعاقد المشوب به ، تحت سطوة رهبة تتولد في نفس المتعاقد بحيث أن إرادته لن تأتي عن حرية إختيار ، و أن تلك الرهبة تصور للطرف المتعرض للإكراه خطرا جسيما محدقا يهدده أو يهدد أحد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، و الرهبة يقصد بها الخشية من الأذى التي تؤثر في رضا المتعاقد بحيث يحمله على إجراء تصرف ما كان ليرغب فيه لولاها .

و يراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه ، و سنه ، و حالته الإجتماعية و الصحية و جميع الظروف الأخرى التي من شأنها أن تؤثر في جسامة الإكراه .

ب- أن تكون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد :

و هذا شرط بديهي و لا صعوبة فيه لأن الإكراه لا يؤثر في العقد إلا على أساس أنه يفسد الرضا و لا يكون كذلك إلا إذا حمل المتعاقد على التعاقد .

جـ- إتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر :

يجب أن يكون الإكراه متصلا بمن يتعاقد مع المكره ، و يعتبر هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد و هي الحالة الغالبة ، كما يكفي أن يكون المتعاقد عالما بالإكراه ، أو كان مفروضا عليه حتما أن يعلم به ، إن وقع من غيره [1] .

---

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 197 - 198 .

رابعا : عيب الإستغلال

1- تعريف عيب الإستغلال :

الإستغلال هو أن يستغل شخص طيشا بينا أو هوى جامحا في آخر لكي يبرم تصرفا يؤدي به إلى غبن فادح ، هذا الأخير الذي يعرف بأنه عدم التعادل بين ما يأخذه المتعاقد و ما يعطيه ، أي أنه الخسارة التي تلحق أحد المتعاقدين [1] ، و بعبارة أخرى هو عدم التعادل بين الآداءات المتقابلة في العقد على وجه يخل التوازن الذي يضعه المتعاقدين موضوع الإعـتبار عند التعاقد بحيث يكون بينهما فرق كبير حسب سعر السوق و يؤدي إلى خسارة بحيث يكون ما يأخذه أحدهما أقل مما يعطيه فهو مغبون [2] ، ولا يعتبر الغبن عيبا من عيوب الإرادة و إنما عيبا يصيب العقد ذاته في حالات معينة ، و يجعل القانون المدني الجزائري بيع العقار بغبن يزيد عن خمس ثمن العقار الفعلي إحدى تلك الحالات بموجب نص المادة 358 منه .

2- شروط عيب الإستغلال:

أ- أن يوجد هنالك تفاوت صارخ بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه ، وهذا يشكل العنصر المادي في الإستغلال أو العنصر الموضوعي .

ب- أن يكون هذا التفاوت نتيجة إستغلال الطيش البين أو الهوى الجامح في الطرف المغبون و هذا هو العنصر النفسي للإستغلال [3] .

---

(1)- محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق، ص 197 - 198

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 137 .

(3)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع نفسه ، ص 204-205 .

الـــــــــفرع الثانـــــــــي :

خصوصية و تطبيقات عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني و أثرها عليه

تحتل عيوب الإرادة مكانة بارزة في إطار العقد الإلكتروني ، فبالإضافة إلى أن طبيعة هذا العقد تقتضي أن يبرم عن بعد بين متعاقدين بعدت بينهما المسافة ، فإن طبيعة تقنيات الإتصال الحديثة بما طرأ عليها من تطور جعلها في غاية الدقـــــــــة و الإتقان ، إلا أنها مع ذلك تتسم بالتعقيد و التركيب ، كما أن المتعاقدين في أغلب الأحيان يكونان غير متكافئين ، حيث يكون أحدهما المنتج أو مقدم الخدمة بما يملكه من ملكات فنية و قانونية و إمكانيات إقتصادية و إحتكار فعلي لبعض المنتجـــات ، و يواجهه متعاقد آخر ضعيف هو المستهلك و الذي لا يملك مثل هذه الإمكانيات[1] .

و بالتالي فإن الحماية القانونية لتعيب الإرادة بعيب من عيوب الرضا ، لم تعد كافية أو فعالة بسبب تضييق المشرع – من ناحية – لشروط الطعن على أساس إبطال العقد رغبة منه في توفير استقرار نسبي للعقود و المعاملات ، و من ناحية أخرى بسبب ظهور طائفة جديدة من العقود التي تتميز بإختلال التوازن في المراكز العقدية بسبب عدم المساواة في العلم أو في القوة الفعلية بين كلا المتعاقدين و يمكن القول بأن الإستعانة بالإلتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد في مجال نظرية عيوب الرضا من الممكن أن يعوض قصور هذه النظرية [2] .

لذلك سنحاول تناول هذا الفرع في نقطتين أساسيتين كما يلي :

أولا : خصوصية و تطبيقات عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني .

تتمتع نظرية عيوب الإرادة بأهمية بالغة بالنسبة للعقد الإلكتروني نظرا لما يستم به من خصوصيات ما يجعله بحاجة إلى مهارات خاصة لإتمامه ، و مما لا شك فيه أن القواعد العامة في عيوب الإرادة تستوعب نظرية عيوب الإرادة في مجال العقد الإلكتروني ، إلا أن البيئة التي ينعقد فيها هذا الأخير تؤثر بدرجات متفاوتة علـــــــى

---

(1)– سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 161

(2)– سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 161 .

القواعد القانونية التقليدية [1] ما يجعل عيوب الإرادة تتميز بخصوصيات متعددة نتناولها كما يلي :

1- خصوصية و تطبيقات عيب الغلط في العقد الإلكتروني :

إن عيب الغلط في التعاقد الإلكتروني أمر متصور الحدوث ، فمثلا قد يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه ، و الذي يقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلا ، و أنه يرغب في التعاقد معه لمهارته و خبرته ، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء ، أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة ، فهنا يمكنه طلب فسخ العقد ، و مثال ذلك أيضا أن يطلب شخص إستئجار سيارة من أحد الشركات العالمية من موقع الويب المحدد لها على الأنترنت ، فتقوم الشركة بإرسال السيارة المطلوبة و معها عقد الملكية على أساس أنه عقد بيع ، فهنا يعد العقد باطلا لإختلاف طبيعة العقدين[2] . و يخرج من نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة ، الغلط المانع ، و الغلط المادي ، أما الغلط الذي نقصده في التعاقد الإلكتروني ، فهو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيبها فقط ، و هنا يثور التساؤل بشأن حالة الغلط في إبلاغ الرسالة الإلكترونية أو في الإعلان عبر شبكة الأنترنت ، ومثال ذلك أن يعرض تاجر في إعلانه أنه يبيع سيارات من نوع معين بمبلغ مائة ألف جنيه (100.000) للسيارة الواحدة و لكن يقع في تحريف في الرسالة الإلكترونية فيظهر الإعلان على موقع الأنترنت بمبلغ عشرة آلاف جنيه (10.000) .

و نرى أن هذا الغلط و إن بدا مجرد غلط مادي و بالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الإرادة حيث طرأ بعد تكوينها ، و من ثم لا يؤثر في تكوين العقد الإلكتروني ، و إنما يلزم تصحيح هذا الغلط المادي فقط ، و لكن في حقيقة الأمر أن هذا الغلط المادي قد رتب غلطا آخر و هو وجود تحريف في نقل الإرادة ، فهنا لا نكون بصدد غلط طرأ بعد تكوين الإرادة و إنما غلط في نقلها على غير مقصدها ، و في هـــــذه

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 139 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 138 .

الحالة فإن العقد الإلكتروني لا ينعقد لعدم تطابق الإرادتين [1] ، و يلاحظ أن هذا الغلط و إن نتج عنه غلط آخر حال دون تطابق عنصري التراضي و إبرام العقد ، إلا أن ذلك لا يمنع من رجوع المستهلك أو التاجر على مقدم الخدمة الإلكترونية بالتعويض إن كان لذلك مقتضى ، و ذلك إذا كان الغلط أو التزيف في نقل الإرادة راجع إلى خطأ منه لعيب في أجهزة الربط التي يستخدمها [2] .

و من أمثلة الغلط في التعاقد الإلكتروني كذلك أن يتم إعلان عبر الويب يشار فيه إلى بيع محتويات منزل أحد الشخصيات العالمية ، و يحدد الإعلان الموجودات بإفرادها و إفرازها ومن ضمن تلك المحتويات إحدى اللوحات الفنية الشهيرة و النادرة التي كان قد رسمها أحد الفنانين العالميين المشهورين و يدخل أحد المستعرضين لهذا الإعلان عبر شبكة الأنترنت للتعاقد على شراء هذه اللوحة باعتبارها من مقتنيات (فلان) و التي يظهر فيما بعد أنها ليست إلا تقليدا للوحة الفنية الأصلية ففي هذه الحالة لا يستطيع الإعتداد بالخطأ و ذلك لأنه لم يدخل للتعاقد على أساس اللوحـــــة و الفنان الذي رسمها و إنما كان الدافع للشراء هو بإعتبارها من مقتنيات الشخصية العالمية [3] .

و من ناحية أخرى فقد يأتي الغلط في شخص المتعاقد ، فكما في المثال السابـــق و حيث يتعاقد المشتري بإعتبار شخص صاحب المنزل (كشخصية عالمية مشهورة) ثم يتبين أنها لم تكن هي ذات الشخصية أو كان هنالك تشابها بالأسماء مثلا ، فيكون الغلط عندئذ معيبا للرضا لأنه وقع في ذات المتعاقد أو في صفته [4] .

و تعتبر صفة عدم الخبرة ، أو عدم الإحتراف في المعاملات الإلكترونية عنصرا جوهريا في قبول إدعاء المتعاقد الوقوع في غلط جوهري ، لا سيما في الأشياء الفنية ذات القيمة المتطورة ، مثل برامج الحاسوب حيث يمكن إعتبار هذه الصفة من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع ، في تقدير مدى توافر الغلط في حق المتـــــعاقد ، و بالتالي قد يصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص ذي خبرة و إحتراف فـــــــي

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 139 .

(2)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 188-189 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع نفسه، ص 139 .

(4)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع نفسه، ص 140 .

الذي تم التعاقد بشأنه ، و كذلك الحال إذا كانت البيانات و المعلومات التي قدمها التاجر أو مقدم الخدمة واضحة و كافية لتفادي الوقوع في الغلط ، و كذلك إذا ثبت تقصير مدعي الغلط ، و ذلك إذا لم يقم بالإستعلام و الإفصاح عن حاجاته و التعاون مع المنتج أو مقدم الخدمة ، و ذلك وصولا لتحقيق الغاية المرجوة من إبرام العقد [1] .

و كثيرا ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتـجات و ذلك بأن يكون العرض غير واضح أو غير مفهوم ، مما يؤدي إلى الوقوع في الغلط بشأن المنتج المعروض عبر تقنيات الإتصال ، إلا أنه قد يصعب إثبات هذا الغلط حيث أن العرض الناقص للمنتج ، و الذي قد يتم عبر صفحة الويب (Web) مثلا قد يتم تغييره أو تعديله في وقت لاحق بوسيلة إلكترونية ، وهذه التقنيات لا تترك أثرا ماديا ملموسا .

غير أنه يمكن التغلب على تلك الصعوبات بأن يتم تسجيل البيانات على دعامة إلكترونية على نحو يتم بموجبه حفظها و إسترجاعها عند الضرورة أو الإستعانة بوسيط إلكتروني معتمد لتوثيق هذه المعاملات الإلكترونية [2] .

2- خصوصية و تطبيقات عيب التدليس في العقد الإلكتروني :

إن للتدليس أهمية كبيرة في إطار العقود الإلكترونية ، حيث أتاح الطرح الجديد لنظام التعاقد الإلكتروني للطرف غير الخبير الذي لا يوفر له الطرف الأكثر خبرة المعلومات الكافية – الحق في أن يتمسك بتعيب إرادته نتيجة لغلط وقع فيه ، أو لتدليس ناجم عن كتمان المتعاقد الآخر للمعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها[3].

و يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال العقود الإلكترونية ، و نظرا لقدرة بعـــــض

---

(1)- RIHM (Isabelle) ,L'érreur dans la declaration de volonté , presses universitaire d'aix Marseille , Marseille , 2006 , p 48 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 164-165 .

(3)- حسن عبد الباسط جميعي ، عقود برامج الحاسب الآلي ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ، ص 130 .

المعتادين على إختراق النظام المعلوماتي للشبكة ، و إساءة إستخدامها ، و غالبا ما يتمثل التدليس في الإعلان الخادع أو الكاذب ، أو الوعد بواسطة رسالة إلكترونية بميزات وهمية و ذلك بقصد دفع المتعاقد الآخر على إبرام العقد [1] .

و من أهم تطبيقات التدليس في التعاقد الإلكتروني ما يلي :

– الدعايات و الإعلانات الإلكترونية الكاذبة و المضللة للمنتجات و الخدمات عبر شبكة الأنترنت [2] ، خاصة أن الإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت تعتبر أحد أهم إفرازات ثورة الإتصالات و المعلومات مما يؤثر في سلوك المستهلك بل قد يحرضه على التعاقد للحصول على منتج أو خدمة لا يحتاج إليهما حقيقة فالغرض هنا أن المتعاقد ضحية التدليس لم يقع بنفسه تلقائيا في الغلط بالإعتماد على وجود صفات بالسلعة المباعة مخالفة للحقيقة ، لكن التاجر هو الذي سعى إلى إيقاع المستهلك في الغلط ، بإظهار السلع في شكل براق ، مما يتوافر معه الخداع و نية التضليل ، كأن يظهر على شبكة الأنترنت صور ملونة و جذابة لمستحضر معروض للبيع على أن له القدرة على إعادة الشعر للرجل الأصلع و أن الدواء يعالج العقم أو ضعف الخصوبة لراغب الإنجاب خلال مدة أسبوع غير أن ذلك مخالف للحقيقة [3] .

– الكذب بنشر معلومات غير صحيحة فالأصل أن الكذب وحده لا يكفي لتكوين عنصر الحيلة في التدليس ، كامتداح التاجر بضاعته إلى حد الكذب مادام ذلك مألوف في التعامل و على العكس إذا خرج عن المألوف في التعامل ، لذلك يدخل في مجال التدليس الكذب في الإعلانات و الدعايات الإلكترونية أو الخدمات إذا كان مؤثرا في إرادة المدلس عليه و دافعا إلى التعاقد ، و في هذا الصدد نجد أن القضاء الفرنسي الذي توسع في مفهوم التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي تتيح له حسن اختيار البرنامج و التعاقد في ضوء إرادة واعية و مبصرة [4] ، و ذلك لأن المستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع ، كما في التعاقد

(1)– سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص 168 .

(2)– أحمد السعيد الزرقد ، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي و المقارن ، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة التاسعة عشر ، العدد الرابع ، الكويت ، سبتمبر 1995 ، ص 221 .

(3)– بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 135 .

(4)– حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 131 .

التقليدي و إنما يعاين الشيء من خلال شاشة الكمبيوتر ، و لذلك يرى البعض أنه في حالة عقد البيع الإلكتروني إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق إستخدام الحـــيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد للغش ، فالغش يفسد كل التصرفات [1] .

– يعتبر السكوت تدليسا كقاعدة عامة ، و لا يقتصر على حالات العقود بين المهنيين و المستهلكين ككتمان بيانات هامة عن المنتج المعروض على شبكة الأنترنت ، أو إخفاء بعض البيانات الضرورية له كستر حقيقة مركز الشركة بشأن عقد استشارة تجارية على شبكة الأنترنت طالبة القرض البنكي و أنها شركة متعسرة في السوق عن الوفاء بديونها و أنها شهرت إفلاسها أو أسهمها تتجه إلى معدل الإنخفاض في قيمتها مما أدى إلى قبول البنك المستشير منها قرضا كبيرا [2] .

و لا يشترط لكي يكون الكتمان العمدي تدليسا أن يتعلق بكتمان معلومات كاملة فحسب بل أيضا حبس أي جزء من المعلومة الكاملة يعتبر تدليسا ، و لذلك فإنه مثلا في حالة بيع الدواء عبر الأنترنت عن طريق الصيدلية الإلكترونية ، إذا لم يقم الصيدلي بذكر أحد البيانات الهامة الخاصة بالعقار الطبي ، كأن لا يذكر موانع الإستعمال ، أو لا يحدد التاريخ الذي تنتهي فيه صلاحية الدواء للإستعمال ، فإنه يكون قد حبس جزءا من المعلومة مما يعتبر معه تدليسا [3] .

– إستعمال العلامة التجارية لشخص آخر ، و تعمد نشر بيانات و معلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع و خدمات بقصد ترويجها ، أو إستخدام اسم دومين غير مملوك له [4] .

– من أشهر طرق الغش و التدليس المستخدمة عبر الأنترنت إنشاء موقع وهمي على الأنترنت لا وجود له على الإطلاق و هو أمر متصور الوقوع في المعاملات الإلكترونية ، فيمكن لبعض البنوك الإلكترونية التي لا وجود لها في الواقع ، و التـــي يقتصر وجودها على العالم الإفتراضي الإلكتروني على الأنترنت ، التغرير ببعـــض

(1)– خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 134 .

(2)– حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 131 .

(3)– خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع نفسه، ص 135 .

(4)– خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع نفسه ، ص 136 .

العملاء الذين يقومون بإيداع أموالهم لدى هذا المصرف الوهمي نتيجة الإعلانات المغرية التي نشرها على الأنترنت ثم يستولي على هذه الأموال و يهرب دون أن يقوم بردها لأصحابها [1] .

إن الطبيعة غير المادية للمعلومات و البيانات التي يتم نقلها عبر تقنيات الإتصال الحديثة تطرح العديد من المشكلات بشأن إثبات التدليس الذي وقع عبر هذه التقنيات لا سيما و أن مرتكب أفعال التدليس غالبا ما يعمد إلى إخفاء تلك العمليات التدليسية ، و إزالة آثارها بأساليب تقنية ، بحيث يعجز ضحية هذا التدليس عن إكتشافه أو إثباته ، فالتدليس عادة ما يتم إخفاؤه عن طريق التلاعب بالبيانات و المعطيات التي يحتويها الجهاز المستخدم أو البرامج المعلوماتية ذاتها ، و هذه التعديلات لا تترك أثرا ماديا ملموسا ، و ذلك على خلاف تلك التي تتم بصورة مادية و خاصة على المستـــــندات الورقية ، حيث يسهل كشفها ، بالإضافة إلى أنه يسهل عبر هذه التقنيات محو الدليل أو تدميره في ثوان معدودات ، كما أنه يمكن إرتكاب هذه الأفعال عن بعد في دولة أخرى ، و بالتالي يصعب إجراء التفتيش أو الحصول على المعلومات في داخل دولة أجنبية حيث أن هذا الإجراء يتعارض مع سيادة هذه الدولة الأخيرة [2] .

و يمكن الحد من هذه الظاهرة أي ظاهرة الغش و التدليس في التعاقد عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق ، فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحة و نسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها ، بل التأكد من جدية هذه الإرادة و بعدها عن وسائل الغش و التدليس [3] .

و يكون ذلك عن طريق تعقب هذه الجهات للمواقع الإلكترونية للتحري عنها و عن جديتها و مصداقيتها في التعامل فإذا تبين لها عدم توافر الثقة و الأمان في أحد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عـــــدم

---

(1)- حازم الصمادي ، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ،2003 ، ص 57 .

(2)- جميل عبد الباقي الصغير ، أدلة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار ، الحاسبات الآلية ، البصمة الوراثية) ، دون طبعة ، دار الفكر العربي ، مصر ، 2001 ، ص 113 .

(3)- أحمد السعيد الزرقد ، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي و المقارن ، المرجع السابق ، ص 226 .

مصداقية الموقع أو أن الموقع وهمي لا وجود له [1] .

3- خصوصية و تطبيقات عيب الإكراه في العقد الإلكتروني :

إن الإكراه مستبعد في التعاقد الإلكتروني أو على الأقل غير متصور و ذلك للأسباب التالية :

- **السبب الأول :**

بعد المسافة بين المتعاقدين ، إذ يكون وجودهما على شبكة الأنترنت إفتراضيا لا حقيقيا ، فلا يجمعهما مكان واحد حتى يمارس أحدهما على الآخر وسائل الضـــــغط و التهديد ، و بث الرعب و الخوف في نفسه دافعا إياه إلى التعاقد تحت وطأة هذا التهديد [2] .

- **السبب الثاني :**

إن استعمال البرنامج الإلكتروني للتعاقد على موقع من المواقع من شبكة الأنترنت مرهون بفعل المتعاقد الآخر بدخوله على الموقع أو فتحه لجهاز الحاسب الآلـــــي، و ليس مرهونا بفعل الإكراه أو فعل المكره أو المرهب [3] .

و غالبا ما يتم عرض المنتجات عبر شاشة التلفزيون أو الأنترنت ، و ما قد يصاحب ذلك من إظهار و تزيين للمنتج ، إلا أن المشاهد أو المستخدم يمكنه تغيير المحطة التي تبث الإعلان ، أو تغيير الموقع الإلكتروني على الأنترنت ، أو أن يغلق الجهاز ، و بالتالي فإن المبادرة ترجع دائما إلى المشاهد أو المستخدم ، حيث يجب عليه لكي يعبر عن إرادته بالقبول ، أن يقوم ببعض الأعمال المادية ، و التي بدونها لا يمكن إبرام العقد مثل الإتصال برقم الهاتف ، أو موقع الأنترنت ، و الوفاء بالثمن ، و الذي قد يتم عن طريق بطاقة الإئتمان المصرفية ، و بالتالي فلا يمكن القول بأن هنالك خطرا حالا يهدده في ماله أو في نفسه ، لا سيما أن التعاقد يتم عن بعد [4] .

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 142

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 138، و أنظر كذلك :خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المســتهلك الإلكتروني ، المرجع نفسه، ص 150 .

(3)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 180

(4)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 173- 174 .

إلا أنه من المتصور وقوع الإكراه في مجال العقد الإلكتروني ، بسبب التبعية الإقتصادية حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الإقتصادي ، وبالتالي يمكن تصوره بصدد توريد المنتج أو احتكاره لإنتاج وبيع قطع غيار بشروط مجحفة حيث يضطر المتعاقد إلى التعاقد تحت الرهبة التي تنبعث في نفسه بسبب تهديد مصالحه ، و بالتالي لا يكون أمامه بديل سوى قبول التعاقد [1] .

4- خصوصية و تطبيقات عيب الإستغلال في العقد الإلكتروني :

الأصل أن الغبن لا يؤثر في العقد الإلكتروني إلا في بعض الإستثناءات التي نص عليها المشرع ، لأن الغبن عيب استثنائي في العقود على سبيل الحصر ، كما في عقد قسمة المال الشائع ، أو بيع عقار القاصر [2] ، و يترتب على ذلك أنه إذا جاء الغبن نتيجة أحد عيوب الرضا ، فإنه لا يطعن في العقد تأسيسا عليه ، و إنما تأسيسا على العيب الذي جاء نتيجة له ، و لذلك فمثلا إذا قام غبن البائع نتيجة وقوعه في غلط في قيمة المبيع أو في صفة جوهرية له ، يجوز طلب إبطال العقد تأسيسا على الغلط إذا توافرت شروط التمسك به و ليس تأسيسا على مجرد الغبن .

و من التشريعات التي إهتمت بحماية المستهلك في هذا الصدد ، القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية حيث نص في مادته الخمسون (50) أنه :

" **يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للإلتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بيـــــن 1000 و 20.000 دينار ، و ذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل و الخداع المعتمدة ، .... إلخ** " [3] .

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 138.

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 134.

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 141 .

ثانيا : أثر عيوب الإرادة على العقد الإلكتروني .

إن الأثر المترتب على تعيب إرادة أحد المتعاقدين بأحد العيوب هو وقوع العقد قابلا للإبطال و كذا إعطاء الحق للمطالبة بالتعويض إن كان له مقتضى و ذلك إن تبين وقوع المتعاقد في العيب نتيجة أعمال غير مشروعة صادرة عن المتعاقد الآخر .

و من المعروف أن التعاقد الإلكتروني لا يختلف عن التعاقد التقليدي سوى في الوسيلة التي ينعقد من خلالها و من ثم فإنه يسري عليه ما يسري على التعاقد التقليدي [1] .

و قد يكون الأثر جزاءا جزائيا ، و لعل أبرز مثال عن ذلك يتحقق في عيب التدليس ، فمثلا شهدت السنوات الأخيرة في فرنسا إنتشارا كبيرا لإستخدام الطرق الإحتيالية ، و خاصة فيما يتعلق بالبطاقات المصرفية و سوء الإئتمان بصورة أصبحت تهدد التجارة الإلكترونية ، و هو الأمر الذي حذا بالمشرع الفرنسي لإصدار القانون رقم **2001-1062** بتاريخ **2001/11/15** و المتعلق بأمن و حماية حامل البطاقة المصرفية ، وفقا لنص المادة **132** من هذا القانون يتم إعفاء حامل البطاقة المصرفية من أية مسؤولية في حالة الوفاء الذي يتم غشا عن بعد من الغير ، دون إستخدام البطاقة إستخداما ماديا ، و كذا في حالة الوفاء الذي يتم بتقليد البطاقة أو تزويرها ، كما غلظ هذا القانون العقوبات المقررة لجرائم الإحتيال و التزوير و التزييف ، و لا سيما تلك المتعلقة بالبطاقات المصرفية [2] .

و بالتالي لم يعد الجزاء المقرر للغش و التدليس مدنيا ، بل امتد على المستوى الجنائي أيضا ، و هو توسع مبرر ، ذلك أن للجزاء الجنائي خاصية وقائية ليست للجزاء المدني ، فالتهديد بالعقوبة يحض المهنيين على عدم الخداع أصلا ، و هاته الوقائية يزيد من تفعيلها ما للإدارة من سلطـــة الرقابة على مدى إلتزام المهنيين بتلك القواعد [3] .

و من التشريعات العربية التي اهتمت بحماية المستهلك في هذا الصدد ، القانـــــون

---

(1)- مندى عبد الله محمود حجازي ، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي و القانون المدني (دراسة مقانة) ، المرجع السابق ، ص 216 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 140 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 141 .

التونسي للمعاملات الإلكترونية و ذلك من خلال نص المادة الخمسون **(50)** منه ، بحيث يتضح من خلالها أن المشرع التونسي حاول حماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني على أساس أن دفع المستهلك للتعاقد و استغلال عدم مقدرته على تمييز تعهداته التي يلتزم بها ينطوي على غبن ، و يلاحظ هنا أن الغبن كعيب من عيوب الإرادة يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال ، إلا أن المشرع التونسي قد رتب جزاء جنائيا نظرا لأن الطرف الآخر استخدم طرقا و وسائل احتيالية خدع بها المستهلك مما دفعه إلى التعاقد [1] .

(1)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 169

رأينا من خلال الفصل الأول أن الإرادة بإعتبارها مكونة للرضا ليس لها أي قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها ، فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لإنعقاده بإتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود .

و وصلنا إلى أنه يصح التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الإتصال الإلكترونية و خاصة عبر شبكة الأنترنت و عليه فإن الرضا في العقد الإلكتروني يتحقق عندما يتم تبادل رسائل البيانات الإلكترونية .

و لأن الرضا لا يقوم بمجرد التعبير عن الإرادة بل يتعين أن تكون هذه الإرادة صحيحة من العيوب التي تشوبها عادة ، بينا من خلال هذا الفصل كيف تقوم الإرادة الإلكترونية سليمة ، فتطرقنا للأهلية و عيوب الإرادة و بينا تأثير البيئة الإلكترونية عليها فأبرزنا خصوصيتها في العقد الإلكتروني ، و وجدنا أن نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقاتها و على درجات متفاوتة في العقد الإلكتروني مقارنة بتطبيقاتها في العقد التقليدي المبرم في العالم المادي ، و أن ذلك لا يعني التقليل من أهمية هذه النظرية في البيئة الإلكترونية ، بل أن هذه النظرية تحتفظ بأهميتها شأنها في ذلك شأن بقية القواعد العامة الراسخة في النظام القانوني للعقد ، و أن إختلاف الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد لا تغير من الطبيعة الجوهرية للعقد و القواعد التي تقوم عليها في العالمين المادي و الإفتراضي ، و لكن ما هو جدير بالإهتمام هو أنه و في البيئة الإلكترونية تكون الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة مفضلا على العلاج و ذلك نتيجة للطبيعة العالمية لشبكة الأنترنت و ما تتطلبها من ثقافة لإستخدامها يجعل المستهلك واعيا لما يقدم عليه من تصرفات قانونية .

و لما كان التراضي هو تطابق إرادتين ألا وهما الإيجاب و القبول فإننا نخصص الفصل الثاني لدراسة صيغ الإرادة الإلكترونية و مجلس العقد الإلكتروني .

الفصـــــل الثانـــــــي :
صـــــيغ الإرادة الإلكترونيـــــة و مجلـس العقــد الإلكترونـــي

تقضي القواعد العامة في القانون المدني على أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل شخصان التعبير عن إرادتين متطابقتين قانونا ، و المقصود من ذلك أن يصدر من شخص إيجاب بإبرام عقد معين فيصدر من الشخص الآخر تعبير مطابق له يدعى القبول ، و لما كان العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية فإنه و بالضرورة سيخضع لمبدأ سلطان الإرادة من توافق الإيجاب و القبول [1] ، غير أنه يختلف عنها كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده ، حيث يكون كل طرف في مكان مختلف عن مكان الآخر و يفصل بينهما بعد جغرافي ، أي أنه في حالة التعاقد الإلكتروني ليس الطرفان حاضران في مجلس العقد و إنما يجمعهما مجلس عقد حكمي [2] .

و لقد أشار الفقيه و العلامة الألماني " **سافيني** " إلى أن : " التعاقد بين غائبين هو من أهم المشاكل القانونية " ، إذ قرر أنه : " تتولد بصدد التعاقد ما بين الغائبين شكوك خاصة و صعوبات ما ، لا تظهر بالنسبة للصور الأخرى للتعبير عن الإرادة " ، كما تنبأ بذلك العلامة" **أهرينج** " حيث يقول في هذا الصدد : " إن إبرام العقود ما بين الغائبين ينطوي على خطر خاص بالنسبة لمن يوجه إليه العرض "، و المقصود هنا هو الطرف القابل و هو المستهلك غالبا ، و إن كان الحال كذلك في التعاقد بين غائبين فإن الأمر يزداد صعوبة و تعقيدا في التعاقد الإلكتروني و خصوصا فيما يتعلق بمجلس التعاقد الإلكتروني [3] .

إن كل ذلك جعل كلا من الإيجاب و القبول و مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني يتميزون بخصوصيات عديدة ، أثرت كذلك على تحديد زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني .

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 45 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص 244 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 245 .

لذلك سنعمد إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين الأول نتناول فيه صيغ التعبير عن الإرادة الإلكترونية و ذلك بالتعرض للإيجاب و القبول و الثاني نخصصه للبحث في مجلس العقد الإلكتروني .

المبـــــــحث الأول :

صـــــــيغ الإرادة الإلكـــــــــترونية

يعتبر التراضي عموما ، تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني ، و يستوجب ذلك وجود ثلاث مسائل قانونية ، أولها صدور إيجاب من أحد الطرفين يعرض رغبته و عزمه على التعاقد و الثاني هو صدور قبول من الطرف الآخر لهذا العـــــــرض ، و ثالثهما هو ارتباط القبول بالإيجاب ، و بذلك تتحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين المكونة للعقد ، و العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت لا تخرج عن هذه القاعدة إلا أن الإيجاب و القبول يتم التعبير عنهما و إرتباطهما بوسائل إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية .

تعد مسألة الإيجاب و القبول من أدق مسائل العقد لذا حظيت بتنظيم واسع في العالم المادي ، إلا أنها لم تظفر بتنظيم واف في القوانين المنظمة للمعاملات و التجارة الإلكترونية ، إذ لم تتناول هذه التشريعات أحكاما تفصيلية بخصوصها ، و لهذا سندرس في المطلب الأول الإيجاب الإلكتروني لنأتي في المطلب الثاني وندرس القبول الإلكتروني .

المـــــــطلب الأول :

الإيجـــــــاب الإلكتـــــــــــروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود ، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد أو بالأحرى نحو إبرام العقد ، ولكي يتم العقد ينبغي أن يكون هنالك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو آخرين ، بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول لهذا العرض [1] .

و لكي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا يجب أن يكون قد استقر عليه نهائيا من طرف الموجب ، إضافة إلى توفر نية إبرام العقد و أن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه .

و لأن شبكة الأنترنت تتميز بكثرة العروض التي تقدم من خلالها الخدمات و السلع المختلفة ، فقد تطرح عليها بعض العروض الموجه لجمهور مستخدمي الشبكة مما يجعل الشخص الذي ينوي إبرام العقد حائرا أمام هذه العروض ، فيما إذا كانت تشكل إيجابا أم لا ، لذا كان لزاما علينا أن نتطرق إلى تحديد مفهوم الإيجاب الإلكترونـــــي ، و نبين فيما بعد أهم الخصوصيات التي يتمتع بها في البيئة الإلكترونية ، و لذلك سنعمد إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين ، الأول نتناول فيه مفهوم الإيجاب الإلكتروني و الثاني ندرس فيه الخصائص و الشروط الواجب توافرها فيه .

---

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، مصادر الإلتزام ، التصرف القانوني ، العقد و الإرادة المنفردة ، المرجع السابق ، ص 108 .

الفـــــرع الأول :

مـــــفهوم الإيـــــجاب الإلكتـــــروني

سنحاول من خلال هذا الفرع إعطاء مفهوم للإيجاب الإلكتروني و ذلك من خلال النقاط التالية :

أولا : ماهية الإيجاب الإلكتروني .

لا يخرج تعريف الإيجاب في العقد الإلكتروني عن تعريفه في العقد التقليدي إلا من حيث مراعاته لخصوصية العقد الإلكتروني في الإنعقاد عن بعد ، لذلك سنتعرض إلى تعريف الإيجاب بوجه عام ثم تعريف الإيجاب الإلكتروني .

1- تعريف الإيجاب بوجه عام :

لم تتعرض معظم القوانين المدنية إلى تحديد مفهوم الإيجاب التقليدي بل تركت ذلك للفقه و القضاء .

و يعرف الإيجاب بصورة عامة أنه : " عرض جازم و كامل للتعاقد وفقا لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو للكافة " [1] .

كما عرفه جانب من الفقه أنه :" تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد يعرضه شخص على آخر ، مضمونه إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة " [2] .

و قد يكون باللفظ أو الكتابة أو إتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على الإيجاب و يتعين في الإيجاب أن يكون جازما ، أي تعبير عن إرادة صحيحة و عازمة نهائيا على إبرام العقد إذا ما صادف قبولا .

و بالتالي فإنه لا يعد إيجابا مجرد الدعوة إلى التفاوض ، أو الإعلان ، حتى و لو تضمن كافة العناصر الرئيسية للعقد [3] .

---

(1)- فيصل سعد الغريب ، التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات ، دون طبعة ، المنظـــمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، 2005 ، ص 173.

(2)- قارة مولود ، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية ، الملتقى الدولي حول التوجه التعاقدي للتصرفات القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 24/23 أفريل 2006 .

(3)- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية ، القانون الواجب التطبيق ، المنازعات العقدية و غير العقدية) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص 42 .

كما وضعت اتفاقية فيانا لعام **1980** بشأن البيع الدولي في المادة **01/14** معيارا لتحديد الإيجاب ، فنصت على أنه " **يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين ، و كان محددا بشكل كاف ، و تبين منه إتجاه إرادة الموجب إلى الإلتزام به في حالة القبول ، و يكون العرض محددا بشكل كاف إذا عين البضائع و تضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية و الثمن ، أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها .**

و لا يعتبر العرض الذي يوجه لشخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة للإيجاب ، ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض قد أبان بوضوح عن إتجاه إرادته إلى خلاف ذلك " [1] .

2- تعريف الإيجاب الإلكتروني :

مثلما لم تتعرض القوانين المدنية لتعريف الإيجاب التقليدي ، فإننا نجد أيضا معظم القوانين المهتمة بموضوع التجارة و المعاملات و العقود الإلكترونية لم تتضمن هي الأخرى تعريفا محددا للإيجاب الإلكتروني ما عدا القلة القليلة منها ، و أمام هذا الفراغ التشريعي نجد أن الفقه لم يدخر جهدا في ذلك ، لذلك سنتطرق إلى التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني ثم الفقهي له .

أ- التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني:

أورد التوجيه الأوروبي رقم **07/97** المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد ، نصا يفيد بأن الإيجاب هو :" **كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان** " [2] .

كما أجاز قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة لسنة **1996** إستخدام رسائل البيانات لإبداء الإيجاب ، حيث تنص المادة **11** منه : " **في سياق تكوين العقود ، و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز إستخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبول العرض ، و عند إستخدام رسالة البيانات**

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 44-45 .

(2)- فيصـــل سعد الغريب ، التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات ، المرجع السابق، ص 174.

في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد إستخدام رسالة بيانات لذلك الغرض " [1] .

أما بالنسبة لبعض التشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية ، فنجـدها لم تتضمن تعريفا للإيجاب الإلكتروني على الرغم من تأكيدها على جواز التعبير عنه بالوسائل الإلكترونية فنجد المادة الأولى**(01)** من القانون التونسي رقم **83** لسنة **2000** بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية تنص على أنه : " **يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عـن الإرادة و مفهومها القانوني ، و صحتها و قابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض و أحكام هذا القانون** " [2] .

ب- التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني :

يتضح مما سبق أن الإيجاب الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد ، حيث يتم من خلال شبكة دولية للإتصالات بوسيلة مسموعة و مرئية ، ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة و لذلك فإن وصف الإيجاب بالإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أنه تم عبر شبكة اتصالات ، فلفظ إلكتروني إذا ما أضيف للإيجاب فلا ينال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقا للنظريات التقليدية في الإلتزامات [3] .

ثانيا : تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشبهه من أوضاع .

قد ينتج عن المرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني الكثير من صور التعبير عن الإرادة ، منها ما يعتبر دعوة إلى التفاوض و منها ما يعتبر إيجابا ينعقد به العقد بمجرد قبوله ، و من هنا يظهر أن التمييز بين العرض الإلكتروني بصفته إيجابـــــا و غيره من صور العروض الإلكترونية الأخرى يصبح ضرورة و أمرا ملحا ، لذلك سنقوم بالتمييز بين الإيجاب الإلكتروني و كل من الدعوة إلى التفاوض ، العـــروض

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 46 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 104

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 248 – 249 .

الموجه للجمهور عبر الأنترنت ، و الإعلان .

1- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد :

تبدو أهمية التمييز بين الإيجاب و الدعوة إلى التفاوض في كون هذه الأخيرة تدل على أن الأمر مازال في مرحلة التفاوض على العقد و من ثم فإن الأطراف غير ملزمين بإبرام العقد أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض و الدخول في مرحلة إبرام العقد [1] .

و يقصد بالدعوة إلى التعاقد ، العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره و شروطه أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة و يتضمن جميع عناصر العقد الأساسية ، و يصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الأنترنت بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة أم مجرد دعوة للتفاوض و التعاقد ، و ذلك أنه إذا أعتبر إيجابا و صادفه قبول مطابق فإن العقد الإلكتروني يتم ، أما إذا أعتبر مجرد دعوة للتفاوض فإن العقد لا ينعقد و هو ما يثير التساؤل حول معيار التفرقة بين الإيجاب الإلكتروني و الدعوة للتفاوض [2] ، فيذهب جانب من الفقه أن الفرق بين الإيجاب و الدعوة إلى التفاوض هو فارق وظيفي ، فوظيفة الدعوة إلى التفاوض هي مجرد الإعلان عن الرغبة في التعاقد بقصد الكشف عن من تكون لديه رغبة في التعاقد ، بينما يهدف الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من وجه إليه عن قبوله [3] .

بينما يرى البعض الآخر أن الفرق هو وجود النية الجازمة في التعاقد ، فيجب لكي يعد عرض ما إيجابا أن يخرج هذا العرض من دائرة الدعوة إلى التفاوض ليدخل في إطار الإيجاب ، أي أن الأصل هو إعتبار أي عرض يهدف إلى التعاقد هو دعوة إلى التفاوض ما لم يثبت إعتباره إيجابا ، و هو يكون كذلك إذا اتصف بصفة مميزة ، و هي كونه يعبر عن رغبة أكيدة ونية جازمة في التعاقد [4] .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 51 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص 257 .

(3)- لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 86 .

(4)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 74 .

2- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن العروض الموجه للجمهور عبر الأنترنت :

لقد اختلف الفقهاء في تحديد الفاصل بين الإيجاب و الإعلان ، و ذلك على النحو التالي :

- الرأي الأول :

يرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعتبر إيجابا ، و إنما هو مجرد دعوة للتعاقد ، و ذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب ، فضلا عما يحمله هذا النوع من الإعلان من ضغط معنوي على المستهلك ، و تحريضا له على شراء سلع غير ضرورية .

- الرأي الثاني :

يرى جانب آخر من الفقه أن الإعلان الموجه عبر تقنيات الإتصال الحديثة عن بعد يعتبر إيجابا موجها للجمهور طالما أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ، كأن يتضمن تحديد السلعة و الخدمة تحديدا تاما نافيا للجهالة و أن يحدد الثمن ، أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك ، فإنه يعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد حيث أن ذلك يتفق مع مفهوم الإيجاب [1] .

3- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعاية و الإعلان :

تعرف الدعاية أنها كل شكل من أشكال الإتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي يهدف إلى الترويج لتوريد سلع و خدمات من بينها العقارات و الحقوق و الإلتزامات .

أما الإعلان فهي مجموعة الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطاته التجارية أو الصناعية و التي يهدف من خلالها الترويج لمنتجاته أو خدماته[2] .

و من خلال هذين التعريفين يتبين أنه قد يمكن القول بوصف العرض الإلكتروني الجاري عبر الأنترنت بأنه من قبيل الدعاية التي ترمي إلى مجرد إعلام الزبائـــــــن

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 77 .

(2)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 128

بخصائص السلع أو الخدمات دون تقديم لعناصر الإلتزام اللازمة لإنشاء العقد ، كما قد يوصف بأنه نشاط ترويجي للسلع أو الخدمات يرمي فقط إلى جلب أو لفت انتباه المستهلكين حول عرض معين [1] .

و يمكن من خلال مواقع الويب عرض المنتجات و بيان أسعارها بدقة ، بل يمكن أن ترفق هذه العروض بصور حركية أو ذات أبعاد ثلاثية لهذه المنتوجات فيقترب عرضها في هذه الحالة من المشاهدة الحقيقية لها ، و السؤال المطروح هو ما التكييف القانوني لعرض المنتوجات مع بيان أسعارها على مواقع الويب ، هل تعتبر إيجابا أو مجرد إعلان أم دعوة إلى التعاقد ؟ .

إن القاعدة العامة هي أن كل إيجاب عبارة عن إعلان يهدف إلى استقطاب من وجه لهم [2] .

و لقد ألقى الخلاف حول مسألة عرض المنتجات مع بيان أسعارها في المتاجر العادية ضلاله على موقف الفقه من مسألة عرض المنتجات على مواقع الويب مع بيان أسعارها و قد ظهر هنالك موقفان [3] ، أحدهما يرى أن الإعلان لا يعتبر إيجابا و الآخر يرى صعوبة التفرقة بينهما .

- ***الإعلان لا يعتبر إيجابا في المجال الإلكتروني :***

يرى أصحاب هذا الرأي أن الإعلان لا يعتبر إيجابا ، و إنما مجرد دعوة للتعاقد ، و ذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب ، فضلا عما يحمله هذا النوع من الإعلان من ضغط معنوي على المستهلك ، و تحريض له على شراء سلع غير ضرورية [4] .

كما يرى هذا الإتجاه أن عرض المنتوجات في جميع الأحوال لا يعتبر إيجابا حتى و إن ذكرت الأسعار و حددت المواصفات ، و يعتبر أصحاب هذا الرأي أن ضغط

---

(1)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 128

(2)- VERBIEST (Thibault) , La protection juridique du cyber – consommateur , Litec, Paris , 2002 , P 59 .

(3)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع نفسه ، ص 126

(4)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 105

الشخص على المؤشر الخاص بالمنتج المعروض على صفحة الموقع يعتبر إيجابا موجها منه إلى أصحاب الموقع ، فيجوز لهذا الأخير قبوله أو رفضه [1] .

- ***صعوبة التفرقة بين الإيجاب و الإعلان في المجال الإلكتروني :***

موازاة مع الرأي السابق ظهر رأي أكثر موضوعية ، يرفض أن يرقى وصف شامل على كافة العروض الموجه للجمهور إلى مرتبة الإيجاب ، و يرى أن التفرقة بين الإيجاب و الإعلان قد تصح بالنسبة للعقود التي تبرم بالوسائل التقليدية ، إلا أنها تصعب في التعاقد الإلكتروني خاصة إذا ما تضمن الإعلان كافة العناصر الضرورية للعقد [2] .

و لقد اختلف أصحاب هذا الرأي في تحديد محور الإرتكاز في إعتبار العرض الموجه للجمهور إيجابا ، فهنالك من اعتمد على تحديد الثمن من عدمه ، فإن حدد السعر عد إيجابا و إذا لم يحدد عد دعوة للتعاقد ، في حين اعتبر البعض الآخر كل عرض موجه للجمهور إيجابا بالمعنى الصريح مادام مضمونه محددا تحديدا نافيا للجهالة بما فيه تحديد السعر و العناصر الأساسية للتعاقد أي أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة و نهائية للتعاقد و يكون خاليا من كل غموض و محددا بشكل كاف [3] .

و هنالك من يرى أن الفيصل في التفرقة بين الإيجاب و الإعلان هو صياغة الإعلان نفسه و مدى إعتبار الألفاظ المستخدمة إيجابا أم مجرد دعوة للتعاقد ، و هذه المسألة مسألة موضوعية يحسمها قاضي الموضوع بدراسة مدى توفر أركان العقـــــد و نية الموجب لإبرام العقد [4] ، و النية يستدل عليها من وجود ما يفيد إلتزام الشخص بإبرام العقد ، كأن يتضمن منح الزبون الحق في إرسال رد عبر شكبة الويب يبين رغبته في التعاقد بناء على العناصر الواردة في الإعلان [5] .

---

(1)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 129 .

(2)- POULET(Olivier) , Savoir négocier ses contrats ,Elmas, Paris, 2007, p 65 .

(3)- POULET(Olivier), Savoir négocier ses contrats ,op cit , p 65 .

(4)- BEACHERD (Jean), L' offre dans le commerce électronique , Le contrat électronique au cœur du commerce électronique ,Université de poitiers , 2005 , p 38 .

(5)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 129

ثالثا :أنواع الإيجاب الإلكتروني .

إن الإيجاب الإلكتروني عبر الأنترنت لا يأتي ضمن تصور واحد ، و ذلك انسجاما مع تعدد أشكال تبادل البيانات عبر الشبكة ، فهنالك العرض العام المباشر عبر صفحات الويب ، و هنالك العرض الخاص عبر البريد الإلكتروني الذي يمكن من تبادل البيانات الخاصة و التي قد تكون حاملة للإيجاب أو القبول ، الأمر الذي نستطيع معه القول بأن هنالك نوعان من الإيجاب ، الإيجاب العام و الإيجاب الخاص[1] ، نتطرق إليهما كما يلي :

1- الإيجاب الإلكتروني العام :

غالبا ما يعرض التاجر سلعه و خدماته على صفحات الويب دون تحديد لفئة معينة من الأشخاص ، فيكون إيجابه في هذه الحالة جماعيا أو عاما ، أو كما يقول البعض أن الإيجاب الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الأنترنت في هذا الفرض لا يكون موجها لجمهور معين ، و لكنه موجه للجمهور العالمي [2] .

و يواجه هذا النوع من الإيجاب مشكلتين :

- **مشكلة نفاد المخزون لدى التاجر :**

فقد يصادف الإيجاب الإلكتروني العام قبولا من مستخدمي شبكة الأنترنت إلى حد ينفد معه مخزون التاجر من أجل تجنب ذلك ، فإن بعض العقود المتداولة عبر شبكة الأنترنت قد تشير إلى الإلتزامات في حالة نفاد المخزون كأن يلتزم الموجب بتوفير منتجات بديلة لتلك النافدة بصفة و جودة مماثلة أو أعلى منها [3] .

و الإيجاب الإلكتروني العام يقترن بطبيعته بتحفظات سواء كانت هذه التحفظات صريحة أو ضمنية ، بيد أن هذه التحفظات على نوعين ، أولهما تلك التحفظات التي لا تمنع من إنعقاد العقد الإلكتروني طالما كانت تحفظات ثانوية ، بمعنى أنه إذا لم تمس التحفظات المذكورة العناصر الجوهرية للعقد الإلكتروني فإن التوافق بين الإيجاب و القبول يكون قد تم ، و من ثم ينعقد العقد الإلكتروني بالوصف الذي ورد به التحفظ

---

(1)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 130

(2)- خليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، مكتبة السنهوري ، ريم للنشر و التوزيع ، لبنان ، 2011 ، الطبعة الأولى ، ص 69 .

(3)- خليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، المرجع نفسه، ص 69 .

، أما النوع الآخر من التحفظات فهي تلك التي تمنع من انعقاد العقد الإلكتروني ، و ذلك لعدم توافق الإيجاب و القبول متى مست التحفظات المشار إليها العناصر الجوهرية للعقد الإلكتروني ، و على ذلك فإن تحفظ التاجر في إيجابه الإلكتروني العام بأنه يلتزم في الحدود المعتادة للمخزون يعد تحفظا مانعا من انعقاد العقد و ذلك في كل حالة يصادف فيها الإيجاب الإلكتروني العام قبولا من مستخدمي الشبكة يتجاوز مخزون التاجر ، و يتحرى القاضي ذلك من خلال ظروف العقد الإلكتروني و ملابساته [1] .

- ***مشكلة النطاق الإقليمي للإيجاب الإلكتروني العام :***

لما كانت شبكة الأنترنت هي شبكة دولية تعمل بفضل البنية التحتية للإتصال عن بعد بوسيلة سمعية مرئية ، فإن الإيجاب الإلكتروني العام لا يتقيد بنطاق إقليمي معين ، و لهذا قد يتم إدراج شرط في الإيجاب الإلكتروني يحدد فيه النطاق الإقليمي الذي يكون الإيجاب الإلكتروني صالحا فيه لإحداث الأثر القانوني [2] .

2- الإيجاب الإلكتروني الخاص :

قد يوجه الموجب إيجابه الإلكتروني في التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، إلى شخص أو أشخاص معينين أو إلى فئة معينة من الأشخاص ، و ذلك ضمانا ليسارهم أو اعتقادا منه أنهم يهتمون بسلعه و خدماته دون سواهم من الجمهور ، فيحرر إليهم عبر البريد الإلكتروني رسالة إلكترونية تمثل إيجابا إلكترونيا خاصا و عندما يفتح هؤلاء الأشخاص صناديق رسائلهم الإلكترونية فإنهم يكونون قد علموا بالإيجاب الإلكتروني، و منذ هذه اللحظة تبدأ فاعلية هذا النوع من الإيجاب فيكون للموجب له حرية قبوله برسالة إلكترونية من جانبه [3] ، و هكذا تسمح تقنية البريد الإلكتروني بالعلم بسهولة بالعروض التعاقدية عبر شبكة الأنترنت ، كما تسمح بتحقيق الشروط التي تتطلبها القوانين المدنية في الإيجاب دون صعوبة كبيرة ، و من ثم يجب أن تحرر الرسالة

---

(1)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص 71- 72 .

(2)- خليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق، ص 61 .

(3)- خليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، المرجع نفسه ، ص 68 .

الإلكترونية على النحو الذي يجعلها إيجابا ، و هو أمر لن يتحقق إلا إذا تضمنت العناصر الجوهرية التي سيتم الإلتزام بها في التعاقد [1] .

رابعا : التحفظ في الإيجاب الإلكتروني .

رأينا أنه في إطار الإيجاب الإلكتروني العام قد يتم تضمينه بتحفظات ، هذه الأخيرة غالبا ما نراها ظاهرة في العروض عبر صفحات الويب كعبارة (حتى نفاد المخزون) أو (دون الإلتزام) أو غيرها من العبارات التي قد يعمد عارضو البضائع أو الخدمات إلى تضمينها في عروضهم كوسائل إحتياطية تخفف من إلتزاماتهم التعاقدية [2] .

و حول هذا التحفظ و فيما إذا كان يتعارض مع كون الإيجاب جازما ، فقد إختلفت الآراء الفقهية حول ذلك ، فظهر رأيان :

1- الرأي القائل بأن الإيجاب المقترن بتحفظ هو مجرد دعوة للتعاقد :

فيرى أصحاب هذا الرأي أن الصيغة الجازمة للإيجاب تستبعد بالضرورة عدم وجود أي تحفظ صريح أو ضمني فيه ، فالتحفظ يتعارض مع فكرة الإيجاب و شروطـــــه ، و بذلك يصبح الإيجاب المقترن بتحفظ مجرد دعوة للتعاقد [3] ، فيرى أصحاب هذا الإتجاه أن ليس كل عرض عبر الأنترنت يمكن اعتباره إيجابا فقد يحتمل تكييفا أبسط من الإيجاب (كالدعوة إلى التعاقد أو كنشاط ترويجي أو مجرد دعاية) [4].

2- الرأي القائل بأن الإيجاب المقترن بتحفظ هو إيجاب عام :

يرى هذا الرأي أن الإيجاب المتضمن تحفظا لا يسلب صفته و إنما يحدد نطاقه فمثلا إذا تضمن الايجاب الشرط التالي : " حتى نفاد المخزون " فمعنى ذلك أن نطاق الإيجاب و مفعوله ينتهي بانتهاء المخزون ، و قد انتقد هذا الرأي على أساس أنه إن كان صائبا فيما يخص التحفظ عن نفاد الكمية إلا أنه يبقى غير مقبول في حالة ورود عبارات تحفظ تمنع إبرام العقد بمجرد صدور قبول مطابق من الطرف الآخر بل يجعله

---

(1)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 72 .

(2)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 122

(3)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع نفسه، ص 74 .

(4)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع نفسه ، ص 123

متوقفا على تحقق مضمون التحفظ [1] .

خامسا : حالات خاصة للإيجاب الإلكتروني .

ثمة بعض الحالات الخاصة للإيجاب الإلكتروني نبينها كما يلي :

1- حالة الإيجاب الإلكتروني الخاطيء :

و هنا يثور التساؤل عن المسؤولية عن الخطأ أو التحريف في إبلاغ الإيجاب في حالة وقوع غلط أو غموض أو عدم وضوح ، مثال ذلك أن يقرر الموجب مثلا أن سلعة معينة عليها تخفيض معين ، و لكن يظهر على موقع الأنترنت بأن التخفيضات على جميع أنواع السلع المعروضة و ليس على السلعة التي يريد الموجب إجراء تخفيض بشأنها فقط ، و يكون الموجب له قد قبل هذا العرض و تم إرساله فعلا للموجب [2].

إذا كان مقدم الخدمة الإلكترونية هو ذاته الموجب فلا تثور مشكلة ، و يكون هو المسؤول عن كل خطإ أو تحريف في الرسالة الإلكترونية ، أما إذا كان مقدم خدمة الأنترنت هو شخص آخر غير الموجب فهنا تثور مشكلة مدى قيام مسؤولية مقدم الخدمة و حدود هذه المسؤولية [3] .

و لتفادي تلك المشكلة نص التوجيه الأوروبي رقم **07/97** الخاص بحماية المستهلك على إلتزام الموجب ببيان الخطوات التي يجب إتباعها من أجل إنشاء تعاقد إلكتروني ملزم ، وتحديد الخطوات التي يلتزم المستهلك بإتباعها من أجل الحصول على الخدمة أو السلعة ، مثل الضغط على زر الموافقة أولا بما يفيد قراءة شروط التعاقد و الموافقة عليها ثم كتابة رقم بطاقة الإئتمان الخاصة بالمستهلك و المستخدمة في الدفع في الخانة المخصصة لذلك على صفحة الويب و غير ذلك من الخطوات ، فإذا لم يتبع الموجب له هذه الخطوات المحددة سلفا فلا يكون الموجب ملزما بإبرام هذا العقد [4] .

---

(1)- POULET(Olivier), Savoir négocier ses contrats ,op cit , p 68 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص 254 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 47 .

(4)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 254 .

2- حالة الإيجاب الإلكتروني و السلع غير المتعاقد عليها :

يثور التساؤل عن الطبيعة القانونية لحالة إرسال سلع أومنتجات للمستهلك بدون أن يطلبها و مرفقا بها تعليمات بإمكانية إبقاء هذه السلعة عنده إن شاء مع دفع مبلغ معين أو إعادتها مرة أخرى .

فقد يرغب العميل في مجرد الإستعلام عن نوع معين من البضائع أو الخدمات المعروضة على شبكة الأنترنت أو مجرد البدء في التفاوض بشأن إبرام عقد معـــــين و لكنه يفاجأ أن التاجر أو المهني قد أرسل إليه هذه المنتجات دون أن يطلبها على الإطلاق ، الأمر الذي يثير مشكلة إعتبار مثل هذا الإرسال إيجابا أو مجرد دعوة للتعاقد أو التفاوض و ما هو تصرف المستهلك إتجاه تلك المنتجات [1].

وفقا للقانون المدني الفرنسي فإن إرسال المهني أو المحترف السلعة لعميل لم يطلبها يعتبر من قبيل الإيجاب شريطة أن تكون الظروف المحيطة بعملية الإرسال تدل على ذلك ، كما قرر هذا القانون نوعين من العقوبات التي تفرض فيما يخص عملية إرسال البضائع للمستهلك دون طلبها ، النوع الأول في القانون المدني يقرر بأنه يحق للمستهلك الإحتفاظ بالبضاعة دون أن يكون ملزما بدفع ثمنها ، و النوع الثاني في القانون الجنائي الذي يقرر عقوبة جنائية .

أما قانون المعاملات الإلكتروني التونسي لعام **2000** فقد نص في الفصل **(26)** على أنه يحظر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب دفع لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك الإلكتروني ، و أضاف أنه في حالة تسليم منتج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية لا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعره أو نفقات الشحن و التسليم [2] .

و يتضح من كل ذلك أنه في حالة البضائع و الخدمات المعروضة عبر شبكة الأنترنت و التي أرسلت للمستهلك دون أن يطلبها على الإطلاق ، أي لم يتم التعاقد بشأنها مع المستهلك ، فإنه يجب لتحديد عما إذا كان مثل هذا الإرسال يعتبر إيجابا أم مجرد دعوة للتفاوض ، أن يعتد بالظروف المحيطة بعملية الإرسال ، و عما إذا كانـــت

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (المرجع السابق)، المرجع السابق، ص 255 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 49 – 50 .

هنالك معاملات سابقة بين الطرفين من عدمه [1] .

سادسا: النطاق الزماني و المكاني للإيجاب الإلكتروني .

إذا كان التعاقد عبر الأنترنت يصنف بأنه تعاقد عن بعد ، و الذي يتم فيه تبادل الإرادات من خلال رسائل البيانات عبر الشبكة الإلكترونية التي ألغت حدود الزمـــان و المكان و التي يتحقق بهما صفة التفاعلية و الإستمرارية و توفر إمكانية الرجـــوع و المشاهدة و الحفظ و التخزين ، فإن مسألة المدى أو النطاق الزماني و المكاني للإيجاب تبرز أهميتها في تحديد بدء و إنتهاء الإلتزامات المترتبة عليها ، لا سيما أيضا أن الإيجاب قد يأتي ضمن العرض الإلكتروني المبثوث عبر شبكة الأنترنـــت ، و هو الأمر الذي لا يعقل معه بأن يبقى العرض ساريا إلى الأبد ، و لا يعقل أن يكون صالحا في كل مكان ، فليس العرض الإلكتروني صالحا لكل مكان و زمـــان و ليس الإيجاب عابرا حدود الزمان و المكان دائما [2] .

و سنتطرق إلى تحديد النطاق الزماني و المكاني للإيجاب الإلكتروني كما يلي :

1- النطاق الزماني للإيجاب الإلكتروني :

إن القواعد العامة في تحديد النطاق الزماني للإيجاب الإلكتروني تقضي بالتمييز بين حالتين :

- الحالة الأولى :

هي حالة عدم تحديد الموجب أجلا أو ميعادا للقبول ، فإن له الحق في العدول عن إيجابه في أي وقت شاء طالما لم يرتبط به القبول ، و عليه فإن الإيجاب في مثل هذه الحالة يكون غير ملزم للموجب قبل إقتران القبول به ، و هذا الحكم جاء ليتوافق مع مبدأ سلطان الإرادة ، فطالما أن القبول لم يصدر بعد فلا يوجد إتفاق إرادتين ، و إن تم إعطاء الحق للموجب بالعدول عن إيجابه ، إلا أن ذلك لا يمنع من مساءلته عن الضرر الذي يسببه للغير إذا تعسف في إستعمال حقه في العدول ، و ذلك علـــــى

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق، ص 50 .

(2)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 134

أساس المسؤولية التقصيرية [1] .

- ***الحالة الثانية :***

و هي حالة ما إذا قام الموجب بتحديد ميعاد لصدور القبول ، فإنه يبقى ملتزما بإيجابه خلال هذه المدة ، و الإيجاب هنا يعتبر قائما و ملزما ، فإذا ما انقضت هذه المدة دون صدور القبول ممن وجه إليه الإيجاب ، فلا يلزم الموجب بالبقاء على إيجابه ، أضف إلى ذلك أن الموجب لا يلزم بالبقاء على إيجابه إذا ما رفض الموجب له الإيجاب ، و يعتبر رفضا للإيجاب ، التعديل فيه من قبل من وجه إليه [2] .

و لكن ما مدى تطبيق هذه القواعد على الإيجاب الصادر في التعاقد عبر الأنترنت ؟

إن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف من حيث مدى إلزامه عن الإيجاب التقليدي ، فإذا كان الإيجاب عاما أي صادرا عبر صفحات الويب ، فإنه إذا ما عين الموجب فترة صلاحية لهذا الإيجاب صراحة ، كالقول بأن العرض سار حتى تاريخ كذا أو لمدة أسبوع مثلا فإن الإيجاب يبقى ساريا و يبقى الموجب ملتزما بإيجابه طوال هذه الفترة ، أما إن لم يعين الموجب ميعادا لإيجابه فإنه لا يبقى ملتزما بإيجابه إلا مادام العرض قائما على الشاشة ، فإذا ما اختفى العرض عن الصفحة التي كان معروضا عليها فإن ذلك يعد قرينة على إنتهاء الإيجاب ، و إذا ما قام العميل بالطلب على السلعة بعد ذلك فإن طلبه هنا يعتبر إيجابا يحتاج إلى قبول من الموجب [3] .

أما إذا كان الإيجاب خاصا أي موجها عبر البريد الإلكتروني، فإنه إذا ما حملت الرسالة الإلكترونية الإيجاب و كان قد عين فيها ميعادا ، فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه حتى إنقضاء هذا الميعاد ، أما إذا لم يكن عين هذا الميعاد فيجوز العدول عن الإيجاب سواء قبل إتصاله بعلم الموجب له أو بعد ذلك ، فإذا ما قام الموجب بإخطار الموجب له بالرجوع عن إيجابه قبل أن يصل الإيجاب إلى علمه بأية وسيلة كان ذلك صحيحا ،و ذلك لأن الموجب له لن يتأثر طالما أنه لم يعلم أصلا بالإيجاب

---

(1)- سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الرابع ، الطبعة الرابعة ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1987 ، ص 175 .

(2)- خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2013، ص 60 .

(3)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 136

، أما بعد علمه بالإيجاب فيجوز للموجب العدول عن إيجابه و ذلك قبل أن يلاقي قبولا من الموجب له ، مع الأخذ بعين الإعتبار عدم التعسف في استعمال هذا الحق من قبل الموجب ، كما تجدر الإشارة إلى أنه إذا ما استلم صاحب البريد الإلكتروني أكثر من رسالة تحمل ذات العرض من موجب واحد ، فإن الموجب له لا يجوز له أن يتمسك إلا بآخر رسالة عرض تحمل إيجابا قانونيا مكتملا [1] .

2- النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني :

فيما يخص النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني ، فالأصل أن التعاقد عبر شبكة الأنترنت لا يعترف بالحدود التي تفصل بين الدول .

و القاعدة أن نشاط الموجب يفترض في مكان العرض ، و حيث أن مكان العرض عبر الأنترنت غير محدد ، فقد يكون مصدر العرض في فرنسا و يتلقاه مستهلك في الجزائر ، و عليه فإن واقع العروض عبر الأنترنت غالبا ما يقتصر على بلدان معينة و محددة ، حيث يأتي فيها صراحة على أن العرض سار في المكان الفلاني أو الدولة الفلانية ، و هذا ما يسمى بنطاق التغطية أي النطاق الذي يغطيه الإيجاب ، و عليه فإن الموجب في مثل هذه الحالات لا يلتزم بالإجابة إلا في حدود المكان المحدد من قبله ، و إذا ما صادف قبولا صادرا من أماكن غير تلك المحددة صراحة ، فإن هذا القبول يعتبر عديما و لا يعتد به كقبول ، و إنما يعتبر إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول ، و على أي حال ، فمن الواجب أن يولي الشرط الذي يحدد النطاق المكاني للإيجاب قدرا كافيا من الأهمية ، فرغم أنه يضيق من نطاق عمل التاجر من الناحية الإقتصادية إلا أنه قد يحقق له من الناحية القانونية نوعا من الأمان ، إذ أنه لن يلتزم بإبرام عقود في نطاق جغرافي و قانوني لا يطمئن له [2] .

---

(1)- خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 61 .

(2)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص 76 .

سابعا : إنقضاء الإيجاب الإلكتروني .

يبقى الإيجاب منتجا لآثاره طالما أنه من وجه إليه حر في أن ينشيء العقود بالقبول لهذا العرض و مع ذلك فإن قدرة القابل في إتمام التعاقد يمكن أن تنتهي و ذلك بإنقضاء الإيجاب الذي يكون في الأحوال التالية :

1- إنتهاء الوقت المحدد للإيجاب الإلكتروني :

الإيجاب لا يمنح قوة دائمة للقبول ، و العروض تنتهي بمرور وقت معقول حيث تتفاوت تلك الفترة ، و يعتمد ذلك على الظروف المختلفة للصفقات الإلكترونية فالعروض تنتهي بشكل سريع في الأسواق المتقلبة (مثل البضائع التي تعتمد على المخزون ، و العملات) ، و كذلك عندما ينفض مجلس العقد ، فمثلا تقديم المساعدة للإستثمارات التي تتم على الخط (On – line) في الأسواق العالمية تخضع لقواعد المشورة الآنية ، حيث أن التأخير غير مطلوب في تنفيذ هذه المعاملات ، و العرض يمكن أن ينتهي في المفاوضات السابقة على التعاقد الإلكتروني إذا أوقف الأطراف الإتصال حتى لبضع دقائق [1] .

2- إلغاء الإيجاب الإلكتروني :

إن الموجب عادة قد يسحب الإيجاب بفعل الإلغاء في أي وقت قبل القبول ، و يتم الإلغاء بشكل مباشر عندما يعلن الموجب للجمهور العدول عن الإيجاب ، و يمكن أن يكون بطريقة غير مباشرة و يدل عليه عندما يتسلم من وجه إليه الإيجاب رسالة تفيد بأن المال المعروض للبيع قد بيع إلى شخص آخر ، و في بعض الأحيان قد يعطي الموجب للجمهور وعدا بعدم الإلغاء ، و تدعى بالعروض الغير القابلة للنقض ، و هي مفيدة لأن من وجه إليه الإيجاب قد يقوم بصرف المال و الوقت في دراسة العرض دون الخوف من التراجع عن إبرام العقد خلال فترة الإيجاب [2] .

---

(1)- محمد سعيد أحمد إسماعيل ، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 190 .

(2)- محمد سعيد أحمد إسماعيل ، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية ، المرجع نفسه، ص 191 .

3- رفض الإيجاب الإلكتروني :

متلقي الإيجاب يمكنه أن يرفض العرض بإهماله ، أو بالرد عليه بالرفض، و المثال على ذلك في الرسائل الإلكترونية المرسلة إلى البريد الإلكتروني للأشخاص بدون طلب مسبق ، و يستطيع المستهلك إبداء عدم رغبته في تلقي هذه الرسائل بطريقتين ، الأولى أن يعلم الشركة المرسلة للبريد الإلكتروني بأنها رسائل غير مرغوب فيـــــــها، و الثانية أن يعلم الموقع الإلكتروني المشترك بخدمة البريد الإلكتروني بأن هذه الرسائل غير مرغوب فيها فلا يرسلها ثانية .

و تجدر الإشارة إلى أنه ليس كل رد من قبل متلقي الإيجاب الإلكتروني يعتبر رفضا صريحا ، لذلك فإن عناية ضرورية يجب أن تبذل للتمييز بين الأمرين، و المثال بأنه لا يعتبر رفضا لمتلقي الإيجاب أن يطلب معلومات إضافية ، أو أن يسأل الموجب تغيير بعض التعابير [1].

4- موت أحد طرفي العقد :

موت أي طرف سواء كان الموجب أو من وجه إليه الإيجاب ، و كذلك تلف مادة محل العقد ، و أيضا صدور قانون جديد يجعل من الإيجاب غير قانوني أو يمنع هذا النوع من التعاقد [2] .

---

(1)- محمد سعيد أحمد إسماعيل ، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 194 .

(2)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 70 .

الفـــــرع الثانـــــــــي :

خصائــص الإيجاب الإلكترونـــــي و الشروط الواجب توافرها فيه

يتميز الإيجاب الإلكتروني بمجموعة من الخصائص التي تقتضي الخروج عما هو مستقر عليه في القواعد العامة ، كما يشترط في الإيجاب الإلكتروني شروط عامة كما هو الحال في الإيجاب التقليدي بأن يكون باتا ، جازما و محددا ، و نظرا للخصوصية التي يتمتع بها الإيجاب الإلكتروني فإن ذلك أثر بدوره على الشروط التي ينبغي توافرها فيه ، و سنقسم هذا الفرع إلى نقطتين أساسيتين ، نتناول في الأولى خصائص الإيجاب الإلكتروني و في الثانية شروطه .

أولا : خصائـص الإيجاب الإلكتروني .

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي ، غير أن إبرام العقد بواسطة شبكة عالمية مفتوحة للإتصالات ، جعلت من الإيجاب يتميز ببعض الخصائص المتصلة أساسا بطبيعة الوسيلة المستعملة ، نبينها كما يلي :

1- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني :

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني ، و هو ما يطلق عليه مقدم خدمة الأنترنت ، فالإيجاب الإلكتروني يتم من خلال الشبكة و باستخدام وسيلة مسموعة مرئية تسمح بالإستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوت أو أية وسيلة أخرى للإيضاح البياني للسلع و الخدمات ، الأمر الذي لا يثير أي مشكلة ، إذ يكفي أن يحترم الإيجاب مقتضيات الشفافية و الوضوح من جهة ، و من جهة أخرى ينبغي أن تعبر الوسائل التقنية المستخدمة في معالجة صور المنتجات تعبيرا أمينا و واضحا عن المنتج أو الخدمة بحيث يمكن من خلال تلك الصورة العلم بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد علما كافيا نافيا للجهالة ، الشرط الذي تسمح بتحقيقه في الوقت الحالي تقنية الصور ثلاثية الأبعاد (D3)[1] دون أية صعوبة و ليس هنالك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الأنترنت فهنالك آخرون يشاركون في تقديم تـــــلك

---

(1)- محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2004 ، ص 55 .

الخدمة ، إذ يتدخلون في الإتصال و يساهم كل منهم بدوره في إتمامها ، منها عامل الإتصالات و مورد المعلومة [1] .

و يقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية ، رغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن إستمرارا معينا ، بحيث أن الموجب له دائما أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكاتالوج أو الإعلان الموجود في الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني ، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون بوقتية الرسالة المعروضة عبر شاشة التلفزيون فمدة البث عبر التلفزيون تكون محدودة و تتميز بالسرعة و بإختصار المعلومات ، أي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز بالإختصار و سرعة الزوال [2] .

إن شبكة الأنترنت مكنت من عرض الإيجاب بطرق إلكترونية مختلفة نوضحها كما يلي :

أ- الإيجاب الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني :

يحقق الإيجاب الذي يتم بواسطة البريد الإلكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين ، و ذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخصص إيجابه لأشخاص يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور[3] ، كما يمكن أن يكون الإيجاب عبر البريد الإلكتروني موجها إلى عدد غير محدد من الأشخاص و في هذه الحالة يعتبره البعض عند الشك دعوة إلى التفاوض و ليس إيجابا [4] .

---

(1)- محمد عبد الظاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد ، دون طبعة ، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر ، لبنان ، 2002، ص 18 .

(2)- محمود سيد عبد المعطي خيال ، التعاقد عن طريق التلفزيون ، دون طبعة ، مطبعة النسر الذهبي ، مصر ، 2000 ، ص 53 .

(3)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 70 / أنظر كذلك : بشار محمود دودين – محمد يحي المحاسنة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت و وفقا للقانون المدني الأردني بالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني ، المرجع السابق ، ص 128 .

(4)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص 72 / و كذلك : محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2004 ، 91 .

تمكن تقنية البريد الإلكتروني من الإتصال الفوري المتزامن بين المتعاقدين ، و ذلك عن طريق الكتابة مما يجعله مجلس تعاقد حقيقي ، تسري عليه القواعد العامة للتعاقد فيما بين حاضرين فتتوفر بذلك سهولة العلم بالعروض التعاقدية [1] .

ب- الإيجاب الإلكتروني عبر مواقع شبكة الأنترنت :

تعتبر هذه الصورة الأكثر انتشارا ، حيث يتم عرض الإيجاب على الموقع الخاص بالتاجر مالك السلعة أو الخدمة ، الذي يوضح كل ما يتعلق بمحل العقد ، و تحقيقا لهذا يقوم الموجب بعرض سلعته عن طريق صورة ثلاثية الأبعاد[2] و التي يجب أن تكون واضحة و صادقة و معبرة بشكل حقيقي عن السلعة كونها تمثل جزءا لا يتجزأ من الإيجاب ، فالمتعاقد الآخر يعتمد عليها لتحديد قراره بإبرام العقد من عدمه [3] .

و لا يختلف الإيجاب عبر مواقع الشبكة كثيرا عن ذلك الذي يصدر عبر الصحف أو التلفاز ، مما يجعله إيجابا مستمرا على مدار الساعة لأنه في العادة لا يكون مقيدا بزمن معين بل مقيدا بنفاد الكمية [4] .

ج- الإيجاب الإلكتروني عبر المشاهدة أو المحادثة عبر الأنترنت :

يستطيع المتعامل عبر الأنترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة و أن يتحدث معه و ذلك عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين ، فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف أو تلفزيون مرئي [5]، و في هذه الحالة قد يصدر من أحد الأطراف إيجاب يصادفه قبول من الطرف الآخر و ينعقد العقد بناء على تلاقـــــــي

---

(1)- حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، تخصص قانون أعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، الجزائر ، 2009 ، ص 150 .

(2)- عز الدين محمد بسام شهدين ، الرضا في العقود الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحقوق ، سوريا ، 2000 ، ص33 .

(3)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 82 .

(4)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص 83 .

(5)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع نفسه ، ص 84 .

الإيجاب بالقبول ، و هنا نكون بصدد مجلس عقد إفتراضي يقترب كثيرا من مجلس العقد الحقيقي ، و هو ما يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين حاضرين تطبق على هذا النوع من التعبير عن الإيجاب سيما الزمان و يبقى الإختلاف حول المكان [1] .

2- الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا :

يتم الإيجاب الإلكتروني بإستخدام الوسائط الإلكترونية ، وعبر شبكة دولية للإتصالات و المعلومات لذلك ، فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية و الجغرافيـــــة ، و يكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الأنترنت من الإنفتاح و العالمية و رغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة ، بحيث يكون له نطاق جغرافـــــي و مكاني معين ، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات و الخدمات على منطقة جـــغرافية معينة ، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا و من ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود ، أو تسليم منتجات أو آداء خدمات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا [2] .

3- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد :

نظرا لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد و من ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة .

و لما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد ، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد ، و التي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود و الواجبات التي يلتزم بها إتجاه المستهلك الإلكتروني و التي منها ، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر و عنوانه و المركز الرئيسي لـــه ، و عنوان البريد الإلكتروني ، و الخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة ،

---

(1)- أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الأنترنت (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 74 .

(2)- لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 73 .

و أوصافها ، و أثمانها ، و وسائل الدفع أو السداد و طريقة التسليم ، و خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد ، و إعادة إخطار المستهلك و خدمة ما بعد البيـــــع و مدة الضمان [1] .

ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني .

يشترط في الإيجاب الإلكتروني كما هو الحال في الإيجاب التقليدي ، أن يكون جازما و محددا و باتا ، و لا رجعة فيه ، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد إقتران القبول به ، كما ينبغي أن يسبق صدور الإيجاب الإلكتروني مرحلة تفاوضية و هي من المراحل ذات الأهمية البالغة و التي تستوجب حماية قانونية للمستهلك ، و تبصير إرادته بما يعرض عليه ، فالمفاوضات لا تعد إيجابا ، فمن حق المستهلك أن يتم تبصيره بالمعلومات الجوهرية و الأساسية [2] ، لذلك فإن الأمر يتعلق أساسا بالإلتزام بالإعلام قبل التعاقدي الذي يقع على عاتق المهني الموجب إتجاه عملائه من المستهلكين ، و يرتبط هذا الإلتزام بالإطار العام للعقد المقترح و بالعناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه الأمر الذي سنوضحه في النقطتين التاليتين :

1- شرط إلتزام الموجب قبل التعاقدي بالإعلام المتعلق بالإطار العام للعقد الإلكتروني :

من أجل إبراز الإطار العام للعقد الإلكتروني ينبغي أن يراعي الإيجاب الإلكتروني شرطين أساسيين ، الأول مؤداه أن يشترط القانون ضرورة صياغة الإيجاب بلغة المستهلك ، و الثاني مفاده أن يتضمن الإيجاب كافة المعلومات التي تفيد في تحديد هوية الموجب .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 252 .

(2)- لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 69 .

أ- شرط وجوب إستعمال اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني في بعض القوانين :

تشترط بعض القوانين إستعمال اللغة الوطنية للتعبير عن الإيجاب ، و مثال ذلك القانون الفرنسي رقم 94/345 الخاص باللغة الفرنسية و المسمى بقانون (توبون) الصادر بتاريخ **04** أوت **1994** و الذي نجده نص في مادته الثانية **(02)** على أنه من الضروري إستعمال اللغة الفرنسية في : " **الوصف ، الإيجاب و التقديم ، طريقة التشغيل أو الإستعمال ، وصف مجال الضمان الخاص بالمنتج أو الخدمة و كذلك في الفواتير و الإيصالات** " و في " **كل إعلان مكتوب ، شفهي أو سمعي مرئي** " ، و أن عدم احترام هذا الإلتزام يترتب عليه توقيع الجزاء القانوني [1] .

و نظرا لأن الإيجاب عبر الأنترنت يتم عبر شبكة إتصال عالمية يكون دولـــــيا ، و حتى لا تكون اللغة الوطنية قيدا على التعاملات التي تبرم عبر الأنترنت ، أصدر رئيس الوزراء الفرنسي منشورا في **1996/03/19** يجيز أن تكـون اللغة الفرنسية المستخدمة في كتابة البيانات على الشاشات مصحوبة بترجمة بلغة أجنبية أخرى ، على الرغم من إشتراطه إستخدام اللغة الفرنسية في كتابة تلك البيانات [2] .

غير أنه من الصعب الإلتزام على شبكة مفتوحة بإستعمال اللغة الوطنية فقط نظرا للطابع العالمي للشبكة ما يمكن أن يلقي صدى على الحلول التقنية التي أفرزت تقنيات تسمح للمستهلك بأن يختار في صفحة الإستقبال بموقع الويب اللغة التي يرغب في التعامل بها ، و لا شك أن الإيجاب الإلكتروني الذي يمكن أن تساعد التقنيات المستخدمة في الوقت الراهن على تقديمه بلغات عدة ، و مـــــن بينها لغة المستهلك ، يحقق فائدة كبيرة للموجب تتمثل في حسن إدراكه لذلك الإيجاب و خاصة المواقع ذات الصبغة الإنتشارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة ، و توفر ترجمة فورية كاملة لكل محتويات الموقع ، و بالتالي هي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها و تجذبهم

---

(1)- إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، المرجع السابق، ص 131 .

(2)- محسن عبد الحميد البيه ، النظرية العامة للإلتزامات ، المصادر الإرادية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، مكتب الحبلاء الجديدة بالمنصورة ، مصر ، 2004 ، ص 293 .

بذلك و تتعاطى معهم بلغاتهم المحلية [1] .

ب- شرط ضرورة أن يتضمن الإيجاب العناصر المؤدية لتحديد هوية صاحبه :

يعد تحديد مصدر كل إيجاب على الأنترنت من أكبر الصعوبات التي تواجهها الشبكة ، نظرا لأن تحديد هوية صاحبه يتيح إنشاء بيئة آمنة و محل ثقة للمعامـــلات و يساهم لحد كبير في تنظيم العملية التعاقدية ، أو القاضي المختص بنظر النزاع المحتمل حدوثه ، إلى جانب ذلك و مراعاة لهذه المتطلبات و من منطلق الحرص على الشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية مع المستهلكين ، فإنه يقع على عاتق بائعي المنتجات أو مقدمي الخدمات إلتزاما بتحديد هويتهم على الشبكة بحيث ينبغي أن يبين الإيجاب الصادر منهم العناصر اللازمة التي تكفل تحديد تلك الهوية [2] .

ففي مصر مثلا يتطلب قانون حماية المستهلك رقم **67** لسنة **2006** ضرورة تحديد شخصية المهني حيث نصت المادة الرابعة **(4)** منه على أنه : " **على المورد أن يضع على جميع المراسلات ، المستندات و المحررات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك ، بما في ذلك المحررات و المستندات الإلكترونية ، البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته ، كإسمه ، لقبه ، عنوانه ، موطنه المختار إن كان أجنبيا و أرقام هواتفه ، و إذا كان المورد شخصا اعتباريا فيتعين ذكر إسم الكيان ، عنوان المركز الرئيسي للمنشأة ، أرقام هواتفها ، عنوان الفرع في حالة صدور التعامل معه ، رقم السجل التجاري للمورد ، العلامة التجارية إن وجدت و رقم الملف الضريبي** " [3] .

---

(1)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق، ص 133

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 71 .

(3)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 71 .

2- شرط إلتزام الموجب بإعلام المستهلك بالعناصر الأساسية للعقد الإلكتروني :

يقع على عاتق المهني قبل تكوين العقد إلتزام بتزويد المستهلك الذي يوجه إليه الإيجاب بكل العناصر الأساسية للعقد ، و التي يمكن تصنيفها إلى ثلاثة **(3)** أصناف هي :

أ- المعلومات المتعلقة بالسلع أو الخدمات المقترحة :

يقصد بها الخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل إلى علم المستهلك قبل إعلان قبوله بالعقد الإلكتروني ، ما يلزم معه وصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة ، غير أن الواقع العملي ينبيء بأن وصف المنتجات أو الخدمات الذي يتم في العروض الصادرة عن المواقع التجارية عبر الأنترنت قد يتسم بالإيجاز و عدم الدقة ، لذا ينبغي في تقديرنا أن تكون صورة المنتج معبرة عنه بأمانة و ألا تحتوي على عناصر من شأنها تضليل المستهلك ، أو تعلن عن خصائص للمنتج ليس لها وجود في الحقيقة [1] .

ب- المعلومات المتعلقة بكيفية تنفيذ العقد و بشروطه الخاصة :

بالنسبة للمعلومات الخاصة بطرق تنفيذ العقد ينبغي على المهني أن يحدد في وقت سابق على إبرام العقد ، موعد تسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة و مصاريف التسليم إن وجدت ، و طرق الوفاء و الوسائل المتاحة للتسليم أو التنفيذ ، كما يلتزم المهني بإعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بحق المستهلك في العدول ، فيما عدا الحالات التي يكون فيها الحق مستبعدا وفقا للقانون .

أما بالنسبة للمعلومات المتعلقة بما قد يتضمنه العقد من شروط خاصة ، فنلاحظ أن المهني يلتزم بأن يحيط المستهلك علما بجميع الشروط العامة و الخاصة بالعقد ، كذلك ينبغي أن يضع تحت تصرف كل صاحب شأن نسخة من الإتفاق على نحـــــو

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 72 .

يسمح له بحفظها أو نسخها [1] .

جـ- المعلومات الخاصة بثمن المنتج أو مقابل الخدمة :

يتعين على المهني أن يشير بأية وسيلة قبل إبرام العقد ، إلى سعر أي منتج أو خدمة معروضة عن بعد بطريقة محددة لا لبس فيها ، و عما إذا كان الثمن متضمنا الضرائب و نفقات التسليم أم لا [2] .

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 73 .

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 73 .

المطـــــلب الثانـــــي :

القـــــــبول الإلكترونـــــــــــي

إن القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادرة من من وجه إليه الإيجاب ، و يجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي أن يصدر منجزا بلا قيد أو شرط [1] .

فالقبول هو التعبير اللاحق للإيجاب الذي يتضمن الموافقة على شروط الموجـــب ، و يشترط أن تتوافر فيه الشروط العامة للإرادة ، و أن يصدر في وقت ما يزال فيه الإيجاب قائما ، و أن يطابقه مطابقة تامة [2] ، فالعقد لا يتم إلا بإكتمال الرضـــــا ، و الرضا لا يكتمل إلا بإتفاق إرادتين و القبول كالإيجاب يجب أن يكون مرتبطا بوجود الإرادة و إتجاهها إلى إحداث أثر قانوني [3] .

و كما أن للإيجاب الإلكتروني خصوصياته المتأتية من خصوصية التعاقد عبر الأنترنت و أنه يتم عن بعد فإن للقبول الإلكتروني خصوصياته و أحكامه أيضا [4] ، و لأن العقد الإلكتروني يكون في الغالب من عقود الإستهلاك فإن القبول الإلكتروني يكون غير نهائي و من ثم فإن العقد غير لازم للمستهلك ، لذلك فإن حق العدول عن القبول في التعاقد الإلكتروني من الأمور المتداولة .

إنه و من أجل تسليط الضوء أكثر على القبول الإلكتروني سنعمد إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الأول نفرده للحديث عن مفهوم القبول الإلكتروني و الثاني نخصصه لدراسة خصائصه و الشروط الواجب توافرها فيه .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 62 .

(2)- خليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 73 .

(3)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 96 .

(4)- عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الأنترنت ، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2010 ، 174 .

الفـــــــرع الأول:

مفـــــهوم القبول الإلكترونـــــــي

سنعمد إلى تقسيم هذا الفرع إلى ستة **(6)** نقاط أساسية نتناولها كما يلي :

أولا : ماهية القبول الإلكتروني .

سنتطرق أولا إلى تحديد و إعطاء تعريف للقبول بوجه عام ثم إلى تحديد تعريف للقبول الإلكتروني .

1- تعريف القبول بوجه عام :

يقصد بالقبول كقاعدة عامة ، موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها دون تعديل ، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب و الإيجاب لا يزال قائما ، و يرى البعض بأن قبول العرض يعني إعلان القابل الموافقة بدون شروط على كل تعابير ذلك العرض وفقا للإتفاق [1] .

و يرى رأي في الفقه الحديث بأن القبول ما هو إلا " **نعم** " تتم دون قيد أو شرط استجابة لدعوة الموجب ، فالقابل يجب أن يوافق على المضمون الكامل لعرض الموجب دون أن يحذف منه أو يضيف إليه و عليه يجب أن يكون تعبيرا عـــن الإرادة و أن تكون هذه الإرادة حقيقية و أكيدة و بعبارة أخرى أن تكون هذه الإرادة جدية في التعاقد تتميز عن إرادة التفاوض ، أو إرادة الدخول في المفاوضات اللتان لا يمكن التعويل على أي منها عند تكوين العقد فإبرام عقد يتطلب وجود إرادات بالتعاقـــــــد ، و ليس مجرد إرادات بالتفاوض .

كما يعرف القبول بأنه : " التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب ، أو هو التعبير البات عن الإرادة و يصدر ممن وجه إليه الإيجاب " [2] .

---

(1)- محمد سعيد أحمد إسماعيل ، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 197 .

(2)- خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 70 .

2- تعريف القبول الإلكتروني :

يمكن أن يتم التعبير عن القبول عن بعد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، و بالتالي فإن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي سوى في أنه يتم عن بعد عبر تلك التقنيات ، و لذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي ، بيد أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به ، و التي ترجع أساسا إلى كونه يتم عبر وسائط و دعائم إلكترونية [1] .

إن قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية الصادر عن الأمم المتحدة سنة **1996** لم يورد أي تعريف للقبول في المعاملات الإلكترونية إنما ترك هذه المسألة للقوانين الوطنية ، و اكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب و القبول عبر رسائل المعلومات في المادة **11** منه و على هذا النهج سار المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بنصه في المادة **13** منه على أنه تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي و بالتالي فإن القبول وفقا للتشريع الأردني يمكن أن يتم عبر شبكات الأنترنت من خلال رسالة المعلومات ، و هذه الأخيرة عبارة عن المعلومات التي يتم إنشاؤها ، إرسالها ، تسليمها و تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني .

أما في تونس و نظرا لخصوصية القبول في العقود الإلكترونية ، نجد بأن المشرع التونسي أفرد بابا خاصا بالوثيقة و الإمضاء الإلكترونيين ، و تعيين جهات للتأكد من صحة القبول و الشخص القابل لتأكيد فاعلية هذا القبول ، و ذلك في الفصل الثاني من التشريع التونسي رقم **83** لسنة **2000** الخاص بالمبادلات الإلكترونية [2] .

و خلاصة القول أن قوانين المعاملات الإلكترونية العربية قد تعرضت للقبول الإلكتروني ، و لم تحدد له شكلا معينا ، لكنها نصت في بعض المواد على بعـــض

---

(1)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 121

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 79 / راجع في ذلك أيضا : خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 71إلى 74 / و : شـحاتة غريب محمد شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 96 إلى 101 /و : خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 63 .

الإجراءات التي يمكن أن تتم إتفاقا حتى ينتج القبول أثره القانوني [1] .

ثانيا : طرق التعبير عن القبول الإلكتروني (صور القبول الإلكتروني) .

بإعتبار القبول تعبيرا عن الرضا فإنه يخضع لمبدأ الرضائية الذي يحرر إبرام العقود من الشكلية ، و تطبيقا لهذا المبدأ على القبول الإلكتروني فإنه لا يشترط شكل في القبول الإلكتروني سواء تم بالتعبير الصريح أو الضمني ، و سنبحث في هذه النقطة كما يلي :

1- التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني :

يكون التعبير عن القبول صريحا إذا كان المظهر الذي إتخذه مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس ، فالتعبير الصريح قد يكون بالكلام أو الكتابة و أيضا بالإشارة المتداولة عرفا ، و بإتخاذ أي موقف آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود [2] ، و في العقود الإلكترونية يتم التعبير الصريح عن القبول بإستخدام التقنيات الأساسية المتوفرة على شبكة الأنترنت ، و المتمثلة أساسا فيما يلي :

أ- القبول عن طريق البريد الإلكتروني :

يحق للموجه إليه الإيجاب أن يستخدم البريد الإلكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس الطريقة كما يمكنه أن يجيب برسالة إلكترونية على عرض متاح على موقع يزوره على شبكة الويب [3] ، و ليس هنالك أي شك في أن إرسال مثل هذه الرسالة يعد قبولا صريحا للإيجاب [4]، و يمكن اعتباره دليلا على إبـــــــرام

---

(1)- شحاتة غريب شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 102

(2)- بشار عصمت سميح سكري ، العقود الإلكترونية ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بيروت العربية ، لبنان ، 2008 ، ص 85 / راجع في ذلك أيضا :عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 175 و ما يليها .

(3)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 145 /و : محمد إبراهيم أبو الهيجاء ،عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية ، القانون الواجب التطبيق ، المنازعات العقدية و غير العقدية) ، المرجع السابق ، ص 48 .

(4)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 144 .

العقد بشرط أن يكون في الإمكان تحديد الشخص الذي صدر عنه ، و أن يتم فقط إرسال الرسالة في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها و عدم تعرضها للتعديل [1]، و إن كان بعض الفقه يفرق في حجية القبول عن طريق البريد الإلكتروني كدليل إثبات كامل تختلف حسب ما إذا كان هذا البريد الإلكتروني عاديا أم ممهورا بتوقيع إلكتروني [2] .

ب- القبول عن طريق النقر على زر القبول أو على الفأرة :

يمكن أن يتم القبول عن طريق الضغط على زر القبول الموجود بلوح مفاتيح جهاز الكمبيوتر[3]، أو بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول في العقود المبرمة عبر الويب ، و تستعمل هذه الطريقة في العادة لقبول الإيجاب الذي يكون قد وجه عن طريق صفحات الأنترنت ، و قد يشترطه الموجب في إيجابه و أن يتم إجراء القبول عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول و الموجودة على الشاشة [4] ، و غالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد ، و حتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ ، فالنقر مرتان دليل على موافقة القابل على إبرام العقد [5] .

و في حالات أخرى قد يشترط الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول ، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل ، مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه ، أو بكتابة بعض البيانات المتعلقة به ، مثلا رقم بطاقة إئتمانه ، و القصد من هذه الإجراءات هو تأكيد القبول و جعله في صورة أكثر فاعلية

---

(1)- نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، الجزء الأول ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص 230 .

(2)- عبد الهادي فوزي العوضي ، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009 ، ص 77 .

(3)- عادل حسن علي ، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية ، دون طبعة ، مكتبة زهراء الشرق ، مصر ، 2007 ، ص 34 .

(4)- أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، مصر ، دون طبعة ، 2002 ، ص 206 .

(5)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 127

تمنح القابل فرصة للتروي و التدبر و التأكد من رغبته في القبول و إبرام العقد [1] .

و الملاحظ في هذه الصورة أن الفقه الفرنسي قد سار بإتجاه تأكيد القبول للتعبير عن الرغبة الجادة المؤكدة ، و يشترط أن يكون القبول واضحا ، محددا و حاسما ، لذلك يصح أن يتم التعبير عن القبول بلمستين (أي النقر المضاعف أو المـــــزدوج) و ليس بلمسة واحدة تأكيدا لتصميم من وجه إليه الإيجاب على قبوله ، و هو ما اشترطته بعض القوانين و بعض الفقه [2] .

جـ- القبول عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الأنترنت :

في هذه التقنية يكون التعبير عن القبول صريحا في أبلغ صوره ، نتيجة لكون الأطراف المتعاقدة تستطيع أن تسمع و ترى بعضها البعض في بث فوري مباشر، فالمتعاقدين من خلال تقنية الصوت و الصورة بإمكانهم إجراء المناقشـــــــــــات و المفاوضات فيما بينهم [3] ، و بإمكانهم أيضا التعبير عن إرادتهم بالإيجاب و القبول سواء كان ذلك من خلال القبول أي بالألفاظ المباشرة ، أو من خلال الإشارة المتداولة عرفا ، مثل تحريك الرأس عموديا للدلالة على القبول أو أفقيا للدلالة على الرفض [4] .

2- التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني :

يكون التعبير عن القبول ضمنيا إذا كان المظهر الذي إتخذه ليس في ذاته موضوعا للكشف عن القبول ، لكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذا القبول[5] ، كالبدء في تنفيذ العقد ، أما التعبير الضمني عن القبول في العقد الإلكتروني فمن الممكن أن نجد له تطبيقات على شبكة الأنترنت ، و مثال ذلك قيام القابل بتحميل برامج إلكترونية أو عروض تجريبية مجانية على جهازه الشخصي ، حيث أن هنـــالك

---

(1)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، رسالة ماجستار، كلية الدراسات العليا بجامعة النجاح الوطنية بنابلس ، فلسطين ، 2008 ، ص 104 .

(2)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 85 .

(3)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 104 .

(4)- بشار عصمت سميح سكري ، العقود الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 93 .

(5)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 175 .

العديد من شركات البرامج الإلكترونية تتيح للزبائن المحتملين تجربة إصداراتها من البرامج لفترة محدودة و من ثم تنتهي صلاحية هذه البرامج مثل برنامج مضاد الفيروسات (MCAFEE) فإن قام القابل بتحميل البرنامج على جهازه من دون أن يكتب أو يتلفظ بالقبول ، هو من باب الفعل الدال على الرضا [1] ، أي هو تعبير ضمني بالقبول ، كما يعد البدء في تنفيذ العقد الذي اقترحه الموجب كدفع الثمن للبائع عن طريق إعطائه رقم البطاقة السري من قبل القبول الضمني [2] .

و لقد اختلف موقف الفقه بين مؤيد و معارض لجواز التعبير الضمني عن القبول في العقود الإلكترونية فهنالك من يرى بأن قيام الموجـب له بأي تصرف أو عمل يفيد بقبوله للإيجاب يعتبر قبولا ضمنيا ، بينما يذهب جانب آخر في الفقه إلى أن التعبير عن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحا ، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة و برامج إلكترونية تعمل آليا و هذه الأجهزة لا يمكن استخلاص أو استخراج إرادة المتعاقد [3] .

ثالثا : دلالة السكوت في التعاقد الإلكتروني و تأكيد القبول الإلكتروني .

رأينا فيما سبق أنه يجب التعبير عن الإرادة ، و هذا التعبير قد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا ، و يثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن إعتباره وسيلة للتعبير عن الإرادة في إطار العقد الإلكتروني كما رأينا أن من طرق التعبير عن الإرادة عبر شبكة الأنترنت يعبر عنه بواسطة مفاتيح و أزرار ، فإن التساؤل يثور عن مدى كفاية الضغط على زر الموافقة كدليل للقبول، و من هنا ظهرت فكرة تأكيد القبول الإلكتروني و لذلك سندرس هذه النقطة كما يلي :

1- دلالة السكوت في التعاقد الإلكتروني :

إن السكوت هو موقف سلبي بحيث لا يمكن التعبير به عن الإيجاب ، فالإيجاب

---

(1)- بشار عصمت سميح سكري ، العقود الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 94 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 343 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 344 .

هو العرض الذي يتقدم به أحد المتعاقدين للآخر تاركا له أمر قبوله أو رفضه و هو أول مرحلة من مرحلتي العقد ، إذ أن العرض يتضمن بيانا واضحا لطبيعة الصفقة المراد إبرامها و شروطها و السكوت لا يمكن أن يكون وسيلة لهذا البيان ، لذا يثور التساؤل بالنسبة للقبول ، فإذا وجه شخص لآخر إيجابا بإبرام عقد معين ، فلم يرد عليه الآخر لا بالقول و لا بالكتابة و لا بالإشارة و لم يفعل ما يفيد موافقته على قبول الإيجاب أو رفضه بل سكت فهل يفسر هذا السكوت بأنه قبول أو بأنه رفض ؟ .

إن السكوت ليس تعبيرا ضمنيا عن الإرادة لأن الإرادة الضمنية تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها أما السكوت فهو العدم [1] .

و تقضي القواعد العامة بأن مجرد السكوت لا يعتبر قبولا للإيجاب ، لأن التعبير عن الإرادة يجب أن يتم بعمل إيجابي ، أما السكوت فلا يتجاوز الحدود السلبية ، و لا يفيد بالتالي القبول ، إذ لا يمكن كشف خفايا الفكر الذي يبقى داخليا في ذات الإنسان ، و جهالة حقيقة فكرة الشخص الداخلية تكفي للشك في وضوح موقف من يوجه إليه الإيجاب ، و متى قام الشك في أمر ما تعذر تفسير حقيقة الإرادة ، و هذا الموقف يفيد عادة الرفض و ليس القبول [2] .

و يعبر فقهاء الشريعة الإسلامية عن هذه القاعدة بقولهم **(لا ينسب لساكت قول)**[3] و معنى ذلك أنه لا ينسب إلى الساكت إرادة ، لا بقبول الإيجاب ، و لا برفضه ، فإذا عرض شخص على آخر أن يشتري منه شيئا أو يستأجره فسكت ، فالعقد لا ينعقد ، لأن الأمر متعلق بمجرد إيجاب لم يقترن به قبول [4] .

و بالرغم من أن المبدأ العام يقضي بأن السكوت لا يصلح تعبيرا عـــــن الإرادة ، و من ثم لا يعتبر قبولا ، إلا أن هذا المبدأ ترد عليه إستثناءات إذ يصلح السكوت تعبيرا عن الإرادة في معرض القبول و ذلك في حالتين [5] :

(1)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 86 .

(2)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق ، ص 102 .

(3)- أحمد طاهري ، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة) ، مذكرة ماجستار ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، جامعة الجزائر الجزائر،1998 ، ص 21 .

(4)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع نفسه ، ص 87 .

(5)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع نفسه ، ص 87 .

أ- حالة إقرار القانون :

المقصود بالقانون هو كل قاعدة ملزمة يقرها نص تشريعي أو عرف و من أمثلة النصوص التشريعية على اعتبار السكوت قبولا ما ذهبت إليه المادة **01/355** من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالبيع على شرط التجربة .

و كذلك يقضي العرف التجاري أنه في حالة إرسال البنك كشف حساب جاري لعميل لديه ، فسكت العميل و لم يعترض أعتبر سكوته قبولا بصحة الحساب [1] .

ب- حالة السكوت الملابس :

السكوت الملابس هو ذلك السكوت الذي تعاصره و ترافقه ظروف معينة يؤخذ منها أن الموجب و هو الذي صدر منه الإيجاب لا يتوقع الرد بالقبول و لكن يتوقع وصول الرد في حالة الرفض فقط ، و هذا الإستثناء تتضمنه القاعدة الفقهية بأن **(السكوت في معرض الحاجة بيان)** .

فالسكوت الملابس هو إقتران السكوت بظروف و ملابسات ترجح أنه قبول لإيجاب ، و قاضي الموضوع يستخلص ذلك من الظروف و الملابسات التي سبقت صدور الإيجاب و التي عاصرته ، و من طبيعة العقد [2] .

و لقد أشار القانون المدني الجزائري إلى السكوت الملابس في بعض صوره في نص المادة **68** منه و التي يستخلص منها أن السكوت يعد قبولا في الحالات التالية :

1- حالة ما إذا وجد تعامل سابق بين المتعاقدين ، و مثال ذلك أنه إذا ما انتهى عقد إيجار مبرم لمدة معينة و عرض المستأجر على المؤجر التجديد ، فسكت المؤجر ، أمكن تفسير سكوته على أنه قبول للتجديد بنفس الشروط .

2- حالة ما إذا كان العرف و العادات قد جرت على أن الموجب له يعتبر قابلا إذا لم يرد بالرفض في وقت مناسب أو كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يقضي بذلك ، و مثال ذلك إرسال تاجر بضاعة لمن يطلبها ، و يضيف في كشف حسابها شروطا جديدة سكت المشتري عنها ، و لم يبادر في رفضها .

---

(1)- أحمد طاهري ، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص 23 .

(2)- محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري ، النظرية العامة للإلتزامات ، المرجع السابق ، ص 88-89 .

3- إذا كان الإيجاب يتمخض عن مصلحة خالصة للموجب له ، و مثال ذلك عرض الهبة على الموهوب له فسكت فإن سكوته يعد قبولا [1] .

و السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يمكن تطبيق السكوت الملابس في إطار التعاقد الإلكتروني ؟

في هذا السياق ، ثمة جدالا فقهيا بين الفقهاء حول هذه المسألة ، فهنالك من يرى صلاحية السكوت الملابس للتعبير عن القبول الإلكتروني و هنالك من يرى عكس ذلك و هنالك من ينادي بالأخذ به و لكن بحذر . وسنوضح ذلك كما يلي :

ب-1/ السكوت الملابس صالح للتعبير عن القبول الإلكتروني :

يرى جانب من الفقه أن سكوت أحد المتعاقدين مع وجود تعامل سابق بينهما عبر تقنيات الإتصال الحديثة يعتبر قبولا شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي فإستعمال الوسائل الحديثة لا يعتبر عائقا لتطبيق القواعد العامة [2] ، فلا يوجد ما يبرر إستبعاد تطبيق القواعد العامة بل يجب تشجيع مثل هذا النوع من العقود و عدم الوقوف عثرة أمام تطورها [3] .

ب-2/ السكوت الملابس غير صالح للتعبير عن القبول الإلكتروني:

يرى جانب آخر من الفقه أن السكوت و لو كان ملابسا لا يصلح للتعبير عن القبول الإلكتروني أي لا يمكن تطبيق الإستثناءات المذكورة سابقا على القبول الإلكتروني نظرا لحداثة التعاقد بالوسائل الحديثة فلا دور للعرف في تنظيم هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مستوى تكوين عرف بمفهومه و عنصريه المادي و المعنوي ، و فيما يتعلق بحالة ما إذا كان الإيجاب يتمخض لمنفعة من وجه إليه فإن هذا الأمر غير معتاد و غير مألوف على شبكة الأنترنت [4] .

---

(1)- أحمد طاهري ، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق، ص 24-25 .

(2)- إلياس بن ساسي ، التعاقد الإلكتروني و المسائل القانونية المتعلقة به ، مجلة الباحث ، العدد الثاني ، كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية ، جامعة ورقلة ،2003 ، ص 62 .

(3)- حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 173 .

(4)- شحاتة غريب شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 110 .

ب-3/ الأخذ بالسكوت الملابس بحذر :

يرى جانب من الفقه أنه يجب التعامل بحذر مع الإستثناءات المذكورة في القانون التقليدي في مجال العقود الإلكترونية على الأقل في الوقت الحالي مادام أن العرف لا يلعب دورا فعليا و فعالا في مثل هذه العقود ، كما أن حالة تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه الإيجاب هي فرضية غير مألوفة في العقود الإلكترونية ، أما عن حالة التعامل السابق بين المتعاقدين فهي الحالة الأكثر شيوعا في مثل هذه التعاملات [1] ، لذا ينبغي إستنتاج القبول من مجرد التعامل السابق بين الطرفين بل لا بد أن يقترن ذلك بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل ، كما لو وجد إتفاق سابق بين الطرفين على ذلك سواء إتفاقا صريحا أو ضمنيا [2] ، بحيث لا يثير أدنى شك على إتجاه الإرادة إلى إحداث ذلك [3] .

نخلص من خلال هذه الآراء إلى جواز إعتبار السكوت الملابس قبولا أو رفضا للتعاقد بحسب الأحوال فإن خلت كل التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية سواء العربية أو الأجنبية من الإشارة إلى إعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول فإن مسألة إستخلاص القبول من عدمه موضوعية تدخل في السلطة التقديرية لقاضي الموضوع و لا رقابة عليه من طرف محكمة النقض [4] .

2- تأكيد القبول الإلكتروني :

لا تثير مسألة الإرادة أية مشكلة قانونية متى ما كان معبرا عنها بالكتابة ، إنما المشكلة تثور في حالة غياب الدليل الكتابي التقليدي كما هو الحال في التعبيرات الإرادية التي تتم عبر وسائل الإتصال الحديثة و منها الأنترنت ، إذ يثور الشك في إمكانية عد مجرد ملامسة (أيقونة) القبول أو الضغط على زر الموافقة كافيا بمفرده للتعبير عن القبول [5] .

(1)- محمد حسن رفاعي العطار ، البيع عبر شبكة الأنترنت (دراسة مقانة)، دون طبعة ، الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 78 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 125

(3)- بشار محمود دودين ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت ، المرجع السابق، ص 88 .

(4)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 271 .

(5)- عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، 186 .

من الناحية النظرية لا يوجد مانع من تنفيذ القبول بمجرد ملامسة أيقونة القبول أو الضغط عليها [1] ، لكن ذلك لن يكون حاسما أو قاطعا بالنظر لعدم إمكانية القطع أو الجزم بشخص من ضغط على أيقونة الموافقة على شبكة الأنترنت ، و هذا سيؤدي إلى مشاكل ، أو لإمكانية الإدعاء بأن الضغط على زر القبول كان على سبيل الخطأ ليس إلا ، أو أن اللمسة حدثت عفويا لا بقصد ترتيب آثار قانونية ، أو أن الضغط على الزر قاصدا أمرا آخر يقصده مستعمل الشبكة غير القبول بالتعاقد و هكذا [2] .

لذلك استقر الرأي أخيرا على عدم الإعتداد بالقبول المعبر عنه بواسطة شبكة الأنترنت الدولية ، إلا في حالة تأكيد القابل له ليدل بشكل قاطع و أكيد على قبوله العقد ، و هنالك أمثلة يمكن أن تعد وسائل لتأكيد القبول منها :

1- أن يعبر عن القبول بلمستين على زر الموافقة بدلا من واحدة ، تأكيدا لتصميم من وجه إليه الإيجاب على القبول .

2- أن تتضمن عبارات التعاقد وسائل قبول نهائي لتجنب أخطاء اليد في أثناء العمل على الحاسوب مثل السؤال (هل تؤكد القبول ؟) ، و الإجابة عن ذلك بـ: (نعم) أو بـ : (لا) .

3- أن يحرر المشتري الشراء بوثيقة خاصة تسمى (**وثيقة الأمر بالشراء**) ، التي يتوجب على المستهلك أو العميل تحريرها على الشاشة إذ يتأكد سلوكه الإيجابي بهذا الشأن و هو القبول بالتعاقد أو تأكيد الأمر بالشراء بشكل يزيد معه الجواب بالموافقة إلى موقع البائع الإلكتروني [3] .

و انطلاقا من هذه الأهمية لتأكيد القبول ، يبرز التساؤل عن القيمة القانونية للتأكيد ، لأن القبول إما أن يعد قانونا قد تم قبل صدور التأكيد و من ثم فليس للتأكيد قيمة قانونية تذكر ، أو أن القبول لا يعد قائما إلا بصدور التأكيد و من ثم فإن التأكيد يعد هو القبول بعينه و ليس شيئا مستقلا عنه [4] .

الحقيقة أن الفقه الحديث انقسم بشأن قيمة التأكيد القانونية إلى رأيين :

---

(1)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 84 .

(2)- خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 70 .

(3)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع نفسه ، ص 84 .

(4)- عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، 188 .

- ***الرأي الأول :*** يذهب إلى أن مجرد لمس أيقونة القبول أو الضغط عليها لا يعد قبولا لوحده ، لذلك يشترط التأكيد ، مادام احتمال الضغط أو اللمس على سبيل الخطأ قائما و ممكنا [1] .

- ***الرأي الثاني :*** يميز بين ثلاثة فروض تستند إلى طبيعة البرنامج المعلوماتي المستخدم في الحاسوب المرتبط بشبكة الأنترنت ، و من هذه الفروض ما يأتي :

1- الفرض الأول : إذا كان البرنامج لا يسمح بإنعقاد العقد إلا بعد صدور التأكيد ، فإن العقد لن يتم إلا بصدور هذا التأكيد .

2- الفرض الثاني : إذا كان البرنامج المعلوماتي يسمح بإنعقاد العقد من دون اشتراط التأكيد فإن العقد هنا يعد منعقدا بمجرد الضغط على أيقونة القبول .

3- الفرض الثالث : إذا كان البرنامج المعلوماتي يشترط التأكيد لكن من دون أن يمنع إنعقاد العقد بلا هذا التأكيد ، فيعد العقد منعقدا بمجرد الضغط على أيقونة القبول[2] .

و الرأي الذي نرجحه هو ما ذهب إليه بعض الفقهاء من أن العقد ينعقد بمجرد الضغط على أيقونة القبول ، حتى في حالة اشتراط تأكيد القبول بإجراء لاحق ، لأنه و ببساطة لا يمكن أن يرد التأكيد إلا على قبول قائم فعلا ، و لا تعدو أهمية التأكيد ، حتى في حالة اشتراطه على الإشارة إلى عزم المشتري أو المتعاقد عموما على التعاقد ، و قطعا سيسهل الطعن أمام القابل فيما لو طعن مستقبلا بأن قبوله إنما كان على سبيل الخطأ [3] .

---

(1)- أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 86 .

(2)- عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، 86 .

(3)- محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 90 .

رابعا : حق العدول عن القبول الإلكتروني .

يتفق غالبية الفقه على أن عدم توافر الخبرة الكافية لدى المستهلك الإلكتروني ، و عدم إمكانية معاينة المنتوج و العلم بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد أسباب كافية لتقرير حق المستهلك في العدول عن القبول الإلكتروني ، وهو مسلك التوجيه الأوروبي الذي يقر بأحقية المستهلك في العدول عن السلعة أو الخدمة التي قبلها دون ضرورة إبداء الأسباب و المبررات التي دفعت به إلى ذلك ، و دون أن يتعرض إلى أي جزاء [1] ، و سنتطرق إلى حق العدول عن القبول الإلكتروني من خلال النقاط التالية :

1- المقصود بحق العدول عن القبول الإلكتروني و مبرراته :

نتناول تعريفا لحق العدول عن القبول الإلكتروني ، ثم نبين مبرراته .

أ- تعريف الحق في العدول عن القبول الإلكتروني :

تباينت التعريفات عند الفقه حول حق العدول أو خيار الرجوع ، كما يفضل البعض تسميته ، و لكنهم اتفقوا على الأقل على آثاره ، لأن هذا الحق يبين قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الإختيار بين إتمامه أو الرجوع عنه ، فيعرفه البعض بأنه :

" سلطة أحد المتعاقدين بنقض العقد أو التحلل منه ، دون توقف ذلك على إرادة الطرف الآخر " .

و يعرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه بمثابة : " الإعلان عن إرادة مضادة ، يلتزم من خلالها المتعاقد بالرجوع عن إرادته و سحبها ، و إعتبارها كأن لم تكن و ذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل " [2] .

يظهر من هذه التعاريف أن الحق في العدول مقرر لكلا المتعاقدين ، لكن في حالتنا هذه مقرر فقط لمصلحة المستهلك ، و ينتج آثاره مباشرة ، بإعتبار أن العقد الذي تم الإتفاق عليه و إبرامه سيصبح في حكم العدم [3] .

---

(1)- عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 13 .

(2)- عبد الباقي عمر محمد ، الحماية العقدية للمستهلك ، الطبعة الثانية ، دار منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2008 ، ص 768 .

(3)- عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 14 .

ب- مبررات الحق في العدول عن القبول الإلكتروني :

لا يرتبط الحق في العـدول بحماية المستهلك الإلكتروني أو المستهلك المتعاقد عن بعد فقط ، بل يرتبط وجوده بكل تشريع يهدف إلى حماية المستهلك لكن إختلاف طبيعة العقد الإلكتروني يجعل الحق في العدول أكثر من ضرورة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فهو طرف ضعيف في مواجهة الطرف المحترف [1] .

فالحق في العدول يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك و تنقيته مما قد يعلق به من عوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم ، و يكون ذلك من خلال إعطائه مهلة إضافية للتروي و التدبر في أمر العقد الذي أبرمه تفاديا للأخطار التي قد تلحق به ، خاصة ما تتميز به المعاملات الحالية من دعاية و إغراء في المجال الإلكتروني بالذات ، كما يساعد هذا الحق على التحقق من الإخلال بالإلتزامات التعاقدية ، إذا أحسن المستهلك بأن رضاءه غير مكتمل ، فإنه سيلجأ إلى المماطلة في تنفيذ إلتزاماته[2] .

و من أهم الخصائص التي يتميز بها هذا الحق أنه لا يرد إلا على عقد لازم كالبيـــع و الإيجار دون العقود غير اللازمة بطبيعتها و أنه من الحقوق التي مصدرها محدد إما القانون أو الإتفاق و يتقرر بالإرادة المنفردة للمستهلك دون حاجة للـــجوء إلى القضاء ، و دون إشتراط موافقـــــة الطرف الآخر ، كما أنه حق مؤقت أي محدد المدة حفاظا على إستقرار مراكز الأطراف في العقد [3] .

2- حق العدول عن القبول الإلكتروني و مبدأ القوة الملزمة للعقد :

بموجب القوة الملزمة للعقد فإن أيا من طرفيه لا يستطيع أن يرجع عنه ، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول و قام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما لا رجعة فيه ، و لكن نظرا لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعـــــــة أو

---

(1)- عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 14 .

(2)- عبد الباقي عمر محمد ، المرجع السابق ، ص 764 .

(3)- سلطاني آمنة ، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد ، مداخلة تم إلقاؤها في الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية و الإقتصادية بالمركز الجامعي بالوادي تحت عنوان " حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي " يومي 13-14 أفريل 2008 .

الإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول ، و من ثـم تعليق إتمام العقد على صدور الإرادة الواعية المستنيرة للعميل ، و ذلك حتى لا يستفيد مورد السلعة و الخدمة من قصر الوقت المتاح للمستهلك للنظر في العقد المعروض عليه ليحصل منه على التوقيع بصرف النظر عن إحتمالات إعتراض المستهلك على بعض البنود في وقت لاحق على التوقيع ، حيث لا فائدة من إعتراضه [1] .

و هذا يعني تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد إنعقاده بالإرادة المنفردة ، و هو ما يعد مخالفا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، و لذلك فإن الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليه صراحة إما في إتفاق الطرفين أو في القانون ، و لقد أقرت العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح ، و تختلف هذه الفترة من قانون لآخر بإعتبار أن المستهلك في التعاقد عن بعد لا يرى المنتج أو السلعة فقد يتسلم منتجا لا يتفق و المواصفات المتعاقد عليها ، و من ثم يحق له إرجاع هذا المنتج خلال فترة معينة و هي فترة السماح ، هذه الأخيرة حددتها المادة **26/121** من تقنين الإستهلاك الفرنسي بسبعة **(07)** أيام تبدأ من تاريخ تسلم السلعة [2] .

كما نص القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية في المادة **29** على أنه لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في مدة عشرة **(10)** أيام عمل ، تبدأ بالنسبة للمنتجات من تاريخ تسلمها و بالنسبة للخدمات من تاريخ إبرام العقد [3] .

و تجدر الإشارة إلى أن حق العدول عن القبول الإلكتروني ليس مطلقا فهنالك بعض العقود التي لا يحق للمستهلك أن يعدل عن قبوله فيها ، مثل عقود توريد التسجيلات السمعية البصرية و برامج الكمبيوتر و عقود توريد السلع المصنعة بمواصفات حددها المستهلك أو العقود الخاصة بتوريد السلع سريعة التلف [4] .

---

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 272 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 272 – 273 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ،(دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 276 .

(4)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 64 .

الفـــــرع الثانـــــي:

خصائـــص القبول الإلكتروني و الشروط الواجب توافرها فـــيه

إن القبول الإلكتروني لا يختلف عن القبول التقليدي سوى أنه يتم عن بعد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، لذا فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد العامة التي تنظم القبول التقليدي غير أنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به و التي ترجع إلى أنه يتم عبر دعائم إلكترونية ، و تظهر هذه القواعد الخاصة سواء فيما يتعلق بخصائصه أو الشروط الواجب توافرها فيه ، و من أجل دراسة كل هذا سنقسم هذا الفرع إلى نقطتين أساسيتين كما يلي :

أولا: خصائص القبول الإلكتروني :

يمكن حصر خصائص القبول الإلكتروني فيما يلي :

أ- القبول الإلكتروني عادة لا ينعقد به العقد إلا إذا كان مصحوبا بتأكيد له " كالنقر المزدوج " على مفاتيح القبول أو " ملأ استمارة البيانات " على الموقع الإلكتروني أو لزم هذا القبول بالنسبة لكل عنصر من عناصر العقد المبرم على شبكة الأنترنت ، ما يطلق عليه بصورة أو شكل القبول الإلكتروني و وسيلته في إثارة بعض الغموض بشأن صدور القبول السابق من عدمه [1] .

ب- أن ينص أحيانا المشرع أو تتفق إرادة المتعاقدين على أن وصول القبول للموجب لا يكفي بذاته لإفتراض عـــلمه بالقـــبول أو إنعقاد العقد ما لم يصدر من الموجب إقرار بإستلامه لمـــثل هذا القبول ، يرسل عادة برسالة إلكترونية ، و خلال الأجل المعقول ، مما يجيز للقابل إذا لم يتلق مثل هذا الإقرار الإلكتروني حق تجاهل العقـــد و الرجوع بالتعويض على الموجب له [2] .

ثانيا: الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني :

لا يكفي التعبير عن القبول الإلكتروني لكي ينعقد العقد فلا بد أن يستجمع هذا القبول بعض الشروط كي ينتج أثره ، و بالرغم من الخصائص التي يتميز بها القبـــول

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 80 .

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 80 .

الإلكتروني إلا أنه يظل خاضعا للشروط التي تتطلبها القواعد العامة في القبول التقليدي ، و نبين هذه الشروط كما يلي مع تبيان أثر البيئة الإلكترونية عليها .

1- صدور القبول الإلكتروني و الإيجاب الإلكتروني لا يزال قائما :

يجب أن يصدر القبول الإلكتروني في لحظة يكون الإيجاب الإلكتروني ما زال قائما فيها ، أي في المدة التي حددها الموجب لإيجابه في حالة وجود مثل هذه المدة أو في مدة معقولة في حال ما لم يحدد [1] فلا أثر للقبول إلا إذا صدر أثناء قيام الإيجاب[2] ، و يظل الإيجاب قائما من خلال شبكة الأنترنت في أوجه عديدة منها :

- عندما يحدد موعد للقبول فيجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد ، و تأخره يعتبر مسوغا لإهماله .

- كذلك في حالة عرض الموجب إيجابه من خلال خدمات شبكة الأنترنت كالبريد الإلكتروني أو غرف المحادثة فإن القبول يجب أن يصدر بصورة مباشرة أو أثناء المحادثة و قبل إكمالها ، فإذا تمت المحادثة دون قبول الإيجاب ينتهي الإيجاب و لا قيمة للقبول الذي صدر بعد ذلك [3] .

2- مطابقة القبول الإلكتروني للإيجاب الإلكتروني :

لا يكفي أن يصدر القبول و الإيجاب قائما بل يجب أيضا أن يكون مطابقا له بكل عناصره و شروطه فلا يكون القبول مطابقا للإيجاب إذا انصب على جزء مما تضمنه الإيجاب دون باقيه أو إذا انطوى القبول على تعديل مضمون الإيجاب ، و إلا لم يكن قبولا مطابقا و لم ينعقد به العقد ، ولا يقصد بالمطابقة هنا المطابقة بالألفاظ و الصيغ و إنما يقصد بها المطابقة في الموضوع أي صدور القبول بالموافقة على كل المسائل الجوهرية و ما يعد من المسائل التفصيلية الثانوية [4] .

---

(1)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 97 .

(2)- عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الإلتزام ، العقد ، المرجع السابق ، ص 89 .

(3)- خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 79- 80 .

(4)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 81 .

3- أن يكون القبول الإلكتروني جازما و باتا :

يشترط في القبول أن يصدر حاسما و جازما أي أن تتجه فيه إرادة القابل إلى الإلتزام بالعقد ، فالقبول هو تعبير عن الإرادة تماما كالإيجاب ، و عليه يجب أن تكون هذه الإرادة جازمة متجهة إلى تكوين العقد و الإلتزام به [1] .

إن اشتراط صدور القبول باتا لا يتعارض مع ما للمستهلك من حق في العدول عن قبوله ، مادام هذا الأخير قرر لحمايته .

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 63 .

المـــــــبحث الثانـــــــي:

مجلـــس العقد الإلكتروني و ظرفـــــي تلاقي الإرادتين إلكتـــــرونيا

إن مجلس العقد مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد الذي يتم إثر مفاوضات تجري بين الطرفين من أجل الإتفاق على بنود العقد ، تتوج في النهاية بتطابق الإيجـــــــاب و القبول ، فننتقل إلى مرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه و يستفاد من ذلك أن مجلس العقد يعد الحلقة الأخيرة في سلسلة الفترة السابقة على التعاقد و مرحلة قيام العقد فعلا ، ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد و بدونها لا ينعقد لكن إذا كان من الممكن الإستغناء عن مرحلة المفاوضات فلا يمكن و لا يجوز الإستغناء عن مجلس العقد [1] .

و يعتبر العقد منعقدا في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب ، بإعتبار أن إلتقاء الإرادتين هو الذي يخلق العقد ، و هو الذي يحدد وقت تحقق الرابطة القانونية ، غير أن الإشكال يطرح في العقد الإلكتروني بإعتباره عقدا مبرما عن بعد ، فالبعد المادي لطرفيه و وسيلة إبرامه قد ألغيا كل المفاهيم المرتكزة على عنصر التحديد المكاني ، مما أثار خلافا فقهيا حول الطبيعة القانونية لهذا العقد ، الذي أثر على ماهية مجلس العقد الإلكتروني .

إن تحديد ماهية مجلس العقد الإلكتروني يؤدي إلى حل العديد من الإشكالات القانونية التي يثيرها ظرفي تلاقي الإرادتين و هما الزمان و المكان .

و لأجل دراسة كل هذا ، سنعمد إلى تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين أساسيين ، بحيث نخصص الأول لتحديد مفهوم لمجلس العقد الإلكتروني و نعرج في الثاني لدراسة ظرفي تلاقي الإرادتين إلكترونيا .

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 87 .

المـــــطلب الأول:

مفـــــهوم مجلس العقـــد الإلكترونـــــي

إن العقد يتم بمجرد تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين لإحداث آثار قانونيـــــة ، و نظرا للخصوصيات التي يتسم بها التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة ، فإن ذلك أثر على مفهوم مجلس العقد .

و من أجل دراسة مفهوم العقد الإلكتروني نقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين ، الأول نتناول فيه ماهية مجلس العقد الإلكتروني و الثاني نخصصه لتبيان صور مجلس العقد و الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني .

الفـــــــرع الأول:

ماهـــــية مجلس العقـد الإلكترونـــي

قصد تحديد ماهية مجلس العقد الإلكتروني ، يتعين علينا التطرق لنقطتين ، الأولى نتناول فيها تعريف مجلس العقد بما في ذلك مجلس العقد الإلكتروني ، و الثانية نعالج فيها عناصر مجلس العقد و مدى توافرها في العقد الإلكتروني.

أولا : تعريف مجلس العقد .

إن تنوع أساليب التعاقد وطبيعة العقود تجعل الأمر صعبا في وضع تعاريف جامعة و مانعة لجوانب العقد و يزداد الأمر صعوبة و تعقيدا إذا كانت الفكرة محل التعريف هي مجلس العقد خاصة في شكله الإلكتروني ، و سنحاول إعطاء تعريف لمجلس العقد الإلكتروني و تبيان عناصره و ذلك كما يلي :

1- التعريف اللغوي لمجلس العقد :

المجلس في اللغة بكسر اللام هو موضع أو مكان الجلوس ، و يطلق لفظ المجلس على كل موضع يقعد فيه الإنسان ، و المجلس مشتق من فعل جلس و منه اشتقت كلمة الجلسة ، و الجلسة هي الجلوس و هي حصة من الوقت ، تجلس فيها جماعة للنظر في شأن من الشؤون ، قد تكون مغلقة إذا اقتصرت على أعضائها و مفتوحة إذا شهدها معهم غيرهم [1] .

2- التعريف الفقهي لمجلس العقد :

لقد تعددت المحاولات التي تناولت تعريف مجلس العقد فيعرفه فريق من الفقه بأنه : " الحالة التي ينشغل فيها المتبايعان بالبيع بما تستلزمه من المكان و الزمان و ظروف الإنشغال بالتعاقد" ، و يلاحظ على هذا التعريف أنه قد جاء في سياق مجلس عقد البيع إلا أنه يصلح لتعريف مجلس العقد بصفة عامة ، كما يتميز بإبراز عنصري الزمان و المكان ، و يؤكد أيضا على ضرورة إنشغال المتعاقدين بأمور التعاقد طالمـــا

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 87 .

بقي مجلس العقد قائما ، و يتسع هذا التعريف ليشمل مجلس العقد الحقيقي و الحكمي ، و بالتالي يصلح في إطار العقد التقليدي و الإلكتروني و يبين دور ظروف الإنشغال بالتعاقد التي قد ترتبط بالإشتراك بطبيعة الوسائل المستخدمة في إبراز العقد و تبادل الإرادة بين طرفي العقد ، و يرى بعض الفقه أن هذا التعريف ليس واضحا أو متناسقا و يعيب عليه إستخذام لفظ " الحالة " ، الذي من شأنه جعل مجلس العقد وحدة معنوية ما يعد محلا للنقد [1] .

و يعرفة جانب آخر من الفقه أنه : " مكان و زمان التعاقد الذي يبدأ بالإنشغال البات بالصيغة و ينقضي بإنتهاء الإنشغال بالتعاقد " ، إن هذا التعريف يمتاز بأنه جاء عام و مشتمل على عنصري مجلس العقد ألا وهما العنصرين المكاني و الزماني ، كما يبين هذا التعريف أن مجلس العقد يعد إحدى الفترات التي تسبق التعاقد ، لذلك فإن أشخاص المجلس يطلق عليهم المتعاقدين لا العاقدين ، لأن العقد لا ينعقد إلا في نهاية مجلسه ، كما يحدد هذا التعريف النطاق الزماني للمجلس من حيث بدايته التي تنطلق مع بدء الإنشغال بصيغة العقد و نهايته التي ترتبط إما بإبرام العقد فعلا أو إنتهاء الإنشغال بأمور التعاقد [2] .

و هنالك من الفقه من يعرف مجلس العقد بأنه : " الإطار الزماني و المكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما و الذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد و يتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب و القبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة "، إن هذا التعريف يحرص على شمول و بيان عدة أمور مهمة في مجلس العقد ألا و هي:

1- تجنب الإيجاز المخل و الإسهاب الممل من خلال سرد أمور تستفاد ضمنا وتستخلص من السياق .

2- التأكيد على عنصري مجلس العقد الحقيقي و الحكمي سواء أكان التعاقد بالوسائل التقليدية أو المستحدثة .

3- تحديد بداية و نهاية المجلس حيث يستفاد أن مجلس العقد يبدأ بأمور التعاقـــــد

---

(1)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق ، ص 65 .

(2)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع نفسه، ص 128 .

(الإيجاب و القبول) ، و ينفض إما بالإبرام أو الإعراض [1] .

3- التعريف التشريعي لمجلس العقد:

نورد فيما يتعلق بتعريف مجلس العقد التشريعي نص المادة **64** من القانون المدني الجزائري و التي 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 ، و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل** ".

4- تعريف مجلس العقد الإلكتروني :

لا يمكن إعطاء تعريف جامع و شامل لمجلس العقد الإلكتروني نظرا لإختلاف الفقهاء في تحديد طبيعته تبعا لمدى توافر العنصر المادي و الزماني فيه و ذلك ما سنتطرق إليه في النقطة الموالية .

ثانيا : عناصر مجلس العقد .

يتكون مجلس العقد من عنصرين أحدهما مادي و هو العنصر المكاني و الثاني معنوي و هو العنصر الزماني ، و سنوضح فيما يلي عنصري مجلس العقد و مدى توافرها بشأن مجلس العقد الإلكتروني .

1- العنصر المادي لمجلس العقد الإلكتروني (العنصر المكاني):

إن مجلس العقد هو الإطار الزماني و المكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما لحظة إبرام العقد و يمثل العنصر المكاني أحد عنصري مجلس العقد[2] و تتجلى أهميته في التعاقد بين حاضرين حيث يلتقيان فعليا في مكان واحد يجمعهما طول الفترة

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 87 .

(2)- يزيد أنيس نصير ، الإيجاب و القبول في القانون المدني ، القوة اللازمة للإيجاب ، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون ، العدد الأول ، الجامعة الأردنية ، عمان ، 2003 ، ص 114 .

اللازمة لإبرام العقد ، و قد يكون المكان الذي يبرم فيه العقد أي العنصر المادي للمجلس ، مكانا مفتوحا أو مغلقا ، كما يمكن أن يكون حيزا ثابتا لمكتب أحد المحامين أو منــزل أحد الطرفين أو متحركا كإبرام العقد على متن باخرة متحركة [1] ، و سنتطرق للعنصر المادي لمجلس العقد من خلال تحديد مقصوده ثم تبيان مدى توافره في العقد في مجلس العقد الإلكتروني .

أ- المقصود بالعنصر المادي (المكاني) لمجلس العقد :

هو ذلك الحيز الثابت أو المتحرك الذي يجمع المتعاقدين فعليا أو إفتراضيا أثناء إنشغالهما بالتعاقد [2].

و الجدير بالذكر أن مكان المجلس الذي يجتمع فيه الطرفين يجب أن يسمح لكل منهما أن يرى الآخر و يسمعه بوضوح ، و إلا فلا يستطيع كل طرف أن يصدر قراره عن بينة و بالتالي تنتفي حمكة مجلس العقد أصلا ، بمعنى آخر فإن مفهوم مجلس العقد يستلزم أن يتم تبادل الإيجاب و القبول بشكل شفوي و مباشر ، الأمر الذي يعني أن كل طرف يسمع كلام الآخر و يدرك ما يتلفظ به ، فمجلس العقد يستدعي فهم الموجب إليه للإيجاب الموجه له و إدراكه و كذا فهم الموجب للقبول ، و إدراكه حيث يكون لكل منهما الإستفسار من الآخر عن أي أمر غامض في الإيجـــــــاب و القبول ، ففي الإيجاب و القبول بين حاضرين يعد وقت إكتمال التعبير عن الإرادة هو وقت فهمه و إدراكه و ليس وقت سماعه [3].

ب- مدى توافر العنصر المادي (المكاني) في مجلس العقد الإلكتروني :

يتوقف وجود العنصر المكاني بالمفهوم الضيق على وصف مجلس العقد بكونه حقيقيا أو حكميا ، و لما كان التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد فإنه يعد تعاقدا بيـــــن

---

(1)- أشرف عبد الرزاق ويح ، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين العربية) ، الجزء الأول، العدد 33 ، مجلة روح القوانين ، 2004 ، ص 33 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 145

(3)- وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، 1998 ، ص 102

غائبين من حيث المكان إذ لا يلتقي الطرفان فعليا في حيز مكاني واحد ، على أن بعض صور التعاقد الإلكتروني قد تتيح لكل طرف أن يرى الآخر ويحاوره و يسمعه بوضوح و يفهم كلامه بيسر ، لعل ذلك ما جعل البعض من الفقه [1] يذهب إلى أنه إعتراف في إزالة الحواجز الجغرافية و جعل العالم قرية صغيرة ، يتواصل من في شرقها تمام التواصل مع من في غربها ، كما لو كان يتواجد معه فعليا في ذات الغرفة ، و يتيح لكل منهما أن يحاور و يفاوض الآخر بشأن كافة تفاصيل التعاقد ، ما يفترض أنهما التقيا إلكترونيا ليلتقيا افتراضيا في ذات المكان المتمثل في الفضاء الإلكتروني و ينتهي هذا الفقه إلى أنه في حالة التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت يصبح من المتاح نقل الكتابة و الصوت و الصورة معا بحيث ينعدم الفاصل الزمني بين إعلان إرادة الطرف الأول (الموجب) و علم الطرف الثاني (القابل) به و العكس ، و يعد التعاقد الذي يبرم بهذه الآلية تعاقدا بين حاضرين حضورا مفترضا من حيث المكان .

الواقع أن التفسير على إطلاقة يمكن أن يؤدي بنا إلى نتائج عملية غير التي يريدها الفقه نفسه فلا شك أنه في حالة عدم إتفاق الطرفين على مكان إبرام العقد سيتم إعمال الأحكام القانونية الخاصة بالتعاقد بين غائبين لحل هذه المشكلة و سنعتد عندئذ بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول مع الأخذ بالإعتبار أن وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به [2] .

2- العنصر المعنوي لمجلس العقد الإلكتروني (العنصر الزماني):

يعد العنصر المعنوي جوهر مجلس العقد فهو الذي يعمل على تحقيق حكمته ويبرر سبب وجود نظرية مجلس العقد ، و هي كسب بعض الوقت للتفكير و التروي قبل إعلان الإرادة و العدول عنها بعد إعلانها متى توافرت شروط الإعتداد بهذا العدول ، و سنقوم بتحديد المقصود من هذا العنصر ثم مدى توافره في التعاقد الإلكتروني .

---

(1)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 152

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 87 .

أ- المقصود بالعنصر المعنوي (الزماني) لمجلس العقد :

يمكن تعريف هذا العنصر بأنه الفترة الزمنية التي يظل المتعاقدين منشغلان فيها بأمور العقد المراد إبرامه [1] ، و تتمثل هذه الفترة في تلك المدة الواقعة بين صدور الإيجاب و العلم بالقبول و يتعين وجود هذا العنصر سواء كان المجلس حقيقيا أو حكميا أو كان التعاقد تقليديا أو إلكترونيا فقد أصبح المقصود بإتحاد مجلس العقد تعاصر إنشغال الطرفين بإبرام العقد حتى و لو كان التعاقد يتم عن بعد من خلال الوسائط الإلكترونية أو غيرها من وسائل الإتصال المباشر ، و بالتالي فإن إتحاد مجلس العقد هو بصفة أساسية إتحاد الزمان الذي يكون الطرفين خلاله منشغلين بأمور التعاقد ، فإن التعاقد الإلكتروني يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان لكون الكتابة بين الغائبين من خلال الشبكة تماثل التعبير باللفظ في التعاقد بين الحاضرين **(الكتاب كالخطاب)** [2] .

ب- مدى توافر العنصر المعنوي(الزماني) في مجلس العقد الإلكتروني :

إنه فيما يخص تحديد الفترة الزمانية لمجلس العقد الإلكتروني التي تعد بداية تحقق العنصر المعنوي فإن الأمر يختلف وفقا لأسلوب و طريقة التعاقد ، فإذا كان التعاقد يتم مباشرة من خلال الموقع الإلكتروني (Web) سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود (OK) أو عن طريق التنزيل عن بعد (Downloade) فإن النطاق الزماني لمجلس العقد يبدأ من لحظة دخول الموجب إلى الموقع الإلكتروني الذي صدر منه الإيجاب و يستمر العنصر الزماني طول فترة المناقشات و المفاوضات حتى يخرج القابل أو الموجب من الموقع أو يعدل إيجابه رغم بقائه على الموقع ، و إذا كان التعاقد يتم من خلال الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر البريد الإلكتروني (E-mail) ، أو بواسطة الكتابة المتبادلة بين الطرفين فإن مجلس العقد الإلكتروني يبدأ منذ لحظة صدور الإيجاب و يستمر لحين خروج أحد الطرفين أو

---

(1)- أشرف عبد الرزاق ويح ، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين العربية) ، المرجع السابق ، ص 33 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 362 .

كليهما من الموقع ، أما إذا كان التعاقد غير مباشر (غير لحظي) فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة إطلاع القابل على المعروض عليه سواء كان منتجا أو خدمة و يستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت و إلا رجع في ذلك إلى الأعراف و إن كنا نرى أنه ونظرا لحداثة التعاقد الإلكتروني لا توجد حتى الآن أعراف يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن ، أما في حالة التعاقد عن طريق المحادثة و المشاهدة فإن مجلس العقد يبتديء من حيث صدور الإيجاب و يستمر حتى الإنتهاء من المحادثة [1] .

(1)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، المرجع السابق ، ص 363-364 .

الـــــفرع الثانـــــــي:

صـــــــور مجلس العقد و تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكترونـــــي

قد يكون مجلس العقد حقيقيا حيث يتم التعاقد بين حاضرين معا وجها لوجه ليلتقي الطرفان فعـــليا و يجمعهما حيز مكاني محدد ، و قد يكون حكميا حيث يكون أحد المتعاقدين غائبا عن مكان مجلس العقد أو تفصله عن الآخر مسافة لا تتيح له رؤيته و الإلتقاء به بدنيا بشكل فعلي ، و مع انتشار التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الحديثة سواء في المعاملات الداخلية أو الخارجية فإن ذلك طرح تساؤلا حول حقيقة التعاقد عن طريق هذه الوسائل هل أنه يأخذ صورة التعاقد بين حاضرين أم يأخذ صورة التعاقد بين غائبين ، و من أجل التطرق لكل هذا سنقوم بتقسيم هذا الفرع إلى نقطتين الأولى نتناول فيها صور مجلس العقد و الثانية نتعرض فيها لطبيعة مجلس العقد الإلكتروني .

أولا : صور مجلس العقد .

يتخذ مجلس العقد إحدى الصورتين إما صورة مجلس العقد الحقيقي أو مجلس العقد الحكمي .

1- مجلس العقد الحقيقي (التعاقد بين حاضرين) :

الأصـل أنه عند إبرام العقد يجب أن يلتقي الموجب و الموجب له أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما ، بشكل مباشر يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقـــــــد و الإتفاق على بنوده و توقيع مستنداته العقدية و سنعمد إلى تحديد المقصود من مجلس العقد الحقيقي ، ثم تبيان شروطه .

أ- المقصود بمجلس العقد الحقيقي :

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه : " ذلك المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضورا يقينيا معا " ، و يعرفه البعض بأنه :" المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يضلا على إتصال مباشر يسمع أحدهما الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل " [1] .

---

(1)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق، ص 239 .

ب- شروط مجلس العقد الحقيقي :

لكي نكون بصدد مجلس العقد الحقيقي يلزم توافر عدة شروط حيث تعد بمثابة ضمانات لتحقق الإتصال الفعال بين الإيجاب و القبول بما يؤدي لإنعقاد العقد على النحو المقصود قانونا تتمثل هذه الشروط فيما يلي :

1- حضور كلا المتعاقدين حضورا حقيقيا وجها لوجه ، فيجب أن يكون النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي يسمح لهما بتبادل الإيجاب و القبول ، و تبيح لكل منهما أن يرى الآخر و يسمعه بوضوح و يسر فالسماع و العلم بإرادة الطرف الآخر هما أساس الإتصال بين الإرادتين و يمكن من تحقيق الموافقة بينهما [1] .

2- صدور الإيجاب و العلم به في وقت واحد ألا و هو وقت مجلس العقد ، و هذا لا يعني لزوم فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره فلا يوجد ما يمنع من إنقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب و العلم به و الرد عليه ، و مثال ذلك أن يكون الإيجاب قد صدر بلغة غير التي يفهمها الموجب له فيحتاج الأمر لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن التعاقد و هو على بينة من أمره [2] .

و خلاصة القول ، أنه سواء صدر القبول فور صدور الإيجاب أو كان بينهما فاصل أو فارق أثناء قيام مجلس العقد ، يمكننا القول بأن الإيجاب قد صدر و تم العلم به في وقت واحد هو " وقت إنعقاد المجلس " لعل هذا ما يحقق مقولة أن ساعة مجلس العقد تعد وحدة زمنية واحدة ، فتأخر العلم بالإيجاب عن صدوره بعض الوقت يكونان كأنهما في وقت واحد و بالتالي لا يمنع إنعقاد العقد طالما ظل المجلس منعقدا [3] .

الواقع أن إعمال الشرطين السابقين هو ما يساعدنا على تحديد مجال مجلس العقد الحقيقي بحيث يخرج عنه حال وجود كل متعاقد في مكان مغاير لحظة الإبرام و حال

---

(1)- حسن محمد بودي ، التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، مجلة روح القوانين ، الجزء الأول ، العدد 37 ، 2006 ، ص 181 .

(2)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق، ص 239 .

(3)- محمد نجيب عوضين ، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني) ، مجلة القانون و الإقتصاد للبحوث القانونية و الإقتصادية ، العدد 75 ، كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2005 ، ص 99 .

مرور مدة طويلة بين صدور الإيجاب أو القبول و العلم بهما من طرف المعني [1] .

2- مجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين) :

خلافا لمجلس العقد الحقيقي فإنه و بصدد مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها القول بالوجود الفعلي لمجلس العقد ، كما أنه قد يفصل أحد المتعاقدين عن الآخر مئات الأميال عندئذ تثور فكرة مجلس العقد الحكمي كمقابل لفكرة مجلس العقد الحقيقي ، ما يحقق مرونة نظرية مجلس العقد من حيث أنهما تشمل العقد الإلكتروني و غيره من صور التعاقد بوسائل الإتصال سواء التقليدية منها أو الحديثة ، فالمعروف أنه يتم اللجوء إلى هذه الوسائل في التعاقد بغية التغلب على بعد المسافات التي تفصل كل طرف عن آخر بحيث لا تمثل عائقا في سبيل إبرام العقد ، و الواقع أن الأخذ بفكرة مجلس العقد الحكمي هو الذي يرفع الحرج عن المتعاقدين و ييسر عليهم و يحقق مصالحهم ، فإغفال تلك الفكرة يعني تضييق نطاق مجلس العقد و بالتالي تقليص نظرية العقد بصفة عامة[2] ، و سنقوم بتعريف مجلس العقد الحكمي ثم تبيان شروطه .

أ- المقصود بمجلس العقد الحكمي :

يقصد بمجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين) ذلك التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد ، كالكتاب ، الرسول ، و غيرهما [3] .

و يعرف كذلك بأنه : " ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه " ، و بعبارة أخرى هذا المجلس هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ، و يتم التعبير عن الإرادة بصدده بالكتابة أو الرسول أو الإتصال عبر شبكـــــة

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 94 .

(2)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق، ص 252 .

(3)- محمد نجيب عوضين ، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني) ، المرجع السابق، ص 184 .

الإتصالات الحديثة [1] .

ب- شروط مجلس العقد الحكمي :

يتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظرية مجلس العقد الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة ،على أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث المكان و زمان صدور الإيجاب و الوصول إلى علم الموجب له و العكس و سنبين هذه الخصوصية من خلال الشروط الواجب توافرها فيه :

1- لا بد من وجود الإيجاب و القبول و توافر وسيلة نقلهما لعلم الطرف الآخر و مفاد ذلك أنه لابد من صدور الإيجاب و القبول وفقا للقانون ، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه ، بمكان وصول الإيجاب فوسيلة نقل الإيجاب لعلم الموجب له أو العكس هي التي تؤدي إلى التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد ، و بدون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة و بدون هذه الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين و بالتالي لا يمكن انعقاد العقد و لا يخفى علينا أن كل متعاقد حين يعبر عن إرادته فإنه يقصد وصولها لعلم الطرف الآخر و يكون منتظرا للرد الأخير بغية إتمام العقد [2] .

2- أن يظل المتعاقدين منشغلان بالتعاقد ، يعني ذلك أن الموجب يجب أن يظل على إيجابه بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدوله أو إعراضه عنه ، كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتما بأمر التعاقد بحيث لم يشغله عنه شاغل آخر ، على ذلك فإنه إذا إتصل جزائري بتونسي عن طريق الأنترنت و عرض عليه أن يبيعه منزلا بالجزائر العاصمة فبدأ هذا الأخير يسأل عن مساحة المنزل و ثمنه ثم إنحرف بالحديث على أحوال الجزائريين و مشكلة الأسعار و الإنتخابات السياسية ..... إلخ ، فإن العقد لا ينعقد لأن أحد الطرفين انشغل عن مواصلة الإهتمام بأمر التعاقد و بالتالي لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمي [3] ، و يرتبط بما سبق أيضا ضرورة أن يصدر القبول خـــــلال

---

(1)- محمد نجيب عوضين ، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني) ، المرجع السابق، ص 185 .

(2)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق، ص 252 .

(3)- محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، مصر ، 2006 ، ص 104 .

المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما ، فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة فلا مشكلة أما إذا لم يحددها فإن القاضي يتمتع بسلطة تقديرية في تقديرها تحت ضوء ظروف التعاقد و طبيعة العقد و أهمية محله [1] .

ثانيا : طبيعة مجلس العقد الإلكتروني .

لقد تعددت الإتجاهات الفقهية المحددة لطبيعة مجلس العقد الإلكتروني فهنالك من يعتبره تعاقدا بين حاضرين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي ، و هنالك من يراه تعاقدا بين غائبين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي ، و يتوسطهما رأي ثالث يرى بأنه مجلس عقد مختلط يجمع بين خصائص السابقين .

ففي الأول تزول الفترة الزمانية بين صدور القبول و العلم به ، فيعلم الموجب بالقبول في وقت صدوره ، أما في الثاني فإن هنالك فترة زمنية ملحوظة تفصل بين وقت صدور القبول و علم الموجب به ، إلا أن أغلبية الفقهاء يرى أن معيار الزمن ليس مانعا وجامعا ، بل ينبغي أن تجتمع ثلاث عناصر متمثلة في الزمان و المكـــــــان و الإنشغال بشؤون العقد [2] ، و سنتطرق تبعا لذلك لكل رأي مع تحديد مضمونـــــه و النقد الموجه له .

1- الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين (مجلس عقد حقيقي):

نتناول تحديد مضمون هذا الإتجاه ثم النقد الموجه له و ذلك كما يلي:

أ- مضمون الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين (مجلس عقد حقيقي):

يرى أصحاب هذا الإتجاه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و المكان حيث يكون الطرفين على اتصال مباشر فيما بينهما ، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبين فإنه لا يفصل ما بين صدور القبول و العلم به فاصل زمنـي

---

(1)- محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الإلكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق، ص 104 .

(2)- فراح مناني ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، المرجع السابق ، ص 99 .

على الرغم من تباعد الأجساد فجميع لوازم التعاقد متوفرة في الحال و على ذلك فإن تلاشي الحدود الجغرافية التقليدية على إثر استخدام وسائل الإتصال الحديثة كالأنترنت في التعاقد جعل الطرفين يلتقيان في مجلس العقد افتراضيا لا حقيقيا ، و لا يمكن القول عندئذ أن أحدهما قد إنتقل حكميا لمكان آخر و ذلك لأن أطراف العقد يكونون على اتصال دائم عبر شبكة الأنترنت و قد يتم ذلك بالكتابة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج (فري تيل Free tell) أو برنامج الحوار (Chat) ، و قد يكونان بالصوت كما هو الحال بالنسبة لبرنامج (Foxwire) ، و قد يكون بالصوت و الصورة و الكتابة و ذلك إذا كان الكمبيوتر مزودا بكاميرا و ميكروفون ، الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني الذي يكون تبعا لذلك تعاقدا بين حاضرين حضورا مفترضا من حيث الزمان و المكان [1] ، فهذا الرأي يعبر عن وجهة نظره بإتحاد الوحدة الزمانية لمجلس العقد ، و بذلك فمجلس العقد هو زمن الإتصال عبر الأنترنت فيبدأ ببدء الإتصال و ينفض بانتهائه .

ب-النقد الموجه للإتجاه القائل بأن مجلس العقد تعاقد بين حاضرين :

يفترض هذا الرأي أن لمجلس العقد ركنا واحدا هو الزمان ، و ينظر إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمانية فقط و قد سبق و أن رأينا أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما المكان و الزمان ، فالركن المكاني يعتبر عنصرا ماديا للمجلس و الركن الزماني هو العنصر المعنوي و لكل منهما شروط و أحكام فإن قصر المجلس على أحدهما دون الآخر يترتب عليه خلل في ضبط الكثير من الأمور [2] .

---

(1)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 97 .

(2)- جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق، ص 282 .

2- الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين (مجلس عقد حكمي) :

نتناول تحديد مضمون هذا الإتجاه ثم النقد الموجه له و ذلك كما يلي:

أ- مضمون الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين (مجلس عقد حكمي) :

يرى هذا الإتجاه أن مجلس العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان و المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون ، و لا يختلف عنهما إلا في الوسيلة التي يتم بها و التي أصبحت إلكترونية [1] ، و يرى هذا الإتجاه أن العقد الإلكتروني يعد تعاقدا بين غائبين نظرا لعدم صدور الإيجاب و القبول في نفس اللحظة ، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول و صدوره بالإضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين ، كما يرجح بعض الفقه اعتباره كذلك على أساس أن العقد الإلكتروني يجعل من المستهلك يستفيد من حق الرجوع و العدول عن القبول[2] .

ب- النقد الموجه للإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين :

إن هذا الرأي قد تجاهل حقيقة هامة ، و هي أن التعاقد الإلكتروني قد يتم لحظيا ، أي يكون هنالك تعاصر بين الإيجاب و القبول ، حيث يكون كل من المتعاقدين على اتصال مباشر بالآخر سواء بالكتابة أو الصوت أو الصورة ، كما هو الشأن في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني و باستخدام ميكروفون و كاميرا و فيديو ، ففي هذه الحالة فإن عنصر الزمان يتلاشى إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة الإلكترونية جزء من الثانية مما يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين [3] .

---

(1)- إبراهيم رفعت الجمال ، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة (دراسة فقهية مقارنة)، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 112 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 288 .

(3)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 96 - 97 .

3- الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد مختلط :

نتناول تحديد مضمون هذا الإتجاه ثم النقد الموجه له و ذلك كما يلي:

أ- مضمون الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد مختلط :

يرى هذا الإتجاه أن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان و ذلك لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول و علم الموجب به ، لأنه يتم بوسيلة سمعية بصرية عبر شبكة الأنترنت مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي يشبه في ذلك التعاقد بالتليفون من ناحية العلم الفوري و يأخذ نفس حكمه أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان[1]، و فكرة الفروق الزمنية تفرضها عملية التعاقد بين غائبين غير المتوافرة بالنسبة للعقد الإلكتروني ، لا يعني أن من وجهت إليه الرسالة قد علم بها لحظة وصولها ، فقد يكون الكمبيوتر المرسل إليه مغلقا في هذا الوقت و قد لا يكون هو متسلم الرسالة الإلكترونية فقد يتسلمها أحد مقدمي خدمات الأنترنت التي يبلغها له فيما بعد ، ففي كلتا الحالتين يكون هنالك فاصل زمني بين إرسال القبول و علم من وجهت إليه بمحتواها [2] .

و يعتبر كذلك تعاقدا بين غائبين من حيث المكان لكون طرفي العقد الإلكتروني قد يتواجدان في دول مختلفة و يتم تنفيذ الإلتزامات إلكترونيا [3] .

ب- النقد الموجه للإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد مختلط :

إن الأخذ بفكرة أن العقد الإلكتروني يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان يؤدي إلى تجزئة مجلس العقد ، و هو أمر يتعذر الأخذ به لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان و استمرارية زمنية متصلة و هذا الرأي

---

(1)- يزيد أنس نصير ، الإيجاب و القبول في القانون المدني ، القوة اللازمة للإيجاب ، المرجع السابق ، ص 114 .

(2)- أحمد شرف الدين ، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد و إثباته) ، دون طبعة ، كلية الحقوق بجامعة عيش شمس بمصر ، دون سنة ، ص 155 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 289 .

يؤدي إلى تجزئة هـذه الوحدة الزمانية و المكانية [1] ، فضلا على أن هذا الرأي يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي و مجلس العقد الحكمي ، كما أنه ليس هنالك مجلس عقد مختلط (حكمي و حقيقي) فالمجلس إما أن يكون حقيقيا أو حكميا ، و فكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه (الركن المـــادي و المعنوي) ، حيث يطبق على زمان المجلس أحكام العقد الحقيقي في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي [2] .

بعد عرض كل هذه الآراء المتناقضة حول الطبيعة القانونية لمجلس العقد المبرم عبر وسائل الإتصال الحديثة فإنه يمكن استنتاج الوصف الأكثر ملائمة لهذا النوع من التعاقد من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد و بالتحديد وسيلة القبول ، إذ لاشك أنه ثمة فارق جوهري بين القبول الصادر عن طريق البريد الإلكتروني و القبول في شكل الضغط على زر الموافقة أو غرف المحادثة أو الوسائل المرئية ، ففي جميع هذه الحالات يكون الإتصال بين مقدم العرض و المتلقي له اتصالا لحظيا ، إلا أنه استثناء لا يتحقق الإتصال اللحظي في حالة استعمال البريد الإلكتروني لعدم وصول القبول لوجود عائق ما كغلق جهاز الكمبيوتر من طرف الموجب أو حدوث عطب في الشبكة ..... إلخ [3]، و عليه ينبغي التفرقة بين حالتين في حالة الإتصال عن طريق البريد الإلكتروني :

– ***الحالة الأولى :*** إن كان الإتصال فوريا أي لا وجود لفاصل زمني نكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان .

– ***الحالة الثانية :*** إن كان التعاقد غير لحظي ، فإننا نكون بصدد تعاقد بين غائبين زمانا و مكانا و يكون التعاقد الإلكتروني بين حاضرين زمانا و مكانا إلا في حالة التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانا و مكانا ، إن كل هذا يثير مشكلـــة

---

(1)– أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 23 .

(2)– جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، المرجع السابق، ص 297 .

(3)– خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 372 .

تحديد زمان و مكان تلاقي الإرادة إلكترونيا و هذه المسألة تثير أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق و وقت نفاذ العقد ، و بيان تاريخ الإستحقاق و الإلتزام .....إلخ [1] .

(1)- إلياس ناصيف ، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن ، المرجع السابق، ص 135 .

المطلب الثاني:

الظرف الزماني و المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا

إن مسألة تحديد زمان و مكان انعقاد العقد لا يثير أية إشكالية في التعاقد بين حاضرين ، إذ يقترن القبول بالإيجاب في لحظة و مكان تواجدهما ، و لكن تظهر الصعوبة أكثر في التعاقد بين غائبين ، و ذلك لوجود فاصل زمني بين صدور القبول و علم الموجب به ، كما أن العقد الإلكتروني يتم عادة بين أطراف لا يجمعهم مكان واحد ، فإن ذلك يجعله يدخل ضمن وصف التعاقد بين غائبين من حيث المكان دائما ، و لكن بفضل الخدمات المتنوعة و المتعددة التي تتيحها الأنترنت قد يتوفر للطرفين المتعاقدين عبر الشبكة إمكانية إبرام العقد بشكل آن دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول الإلكتروني و علم الموجب به ، لذلك يمكن أن يوصف التعاقد عبر شبكة الأنترنت بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و في حالات أخرى قد لا يتحقق هذا التزامن ، مما يوصف معه أن التعاقد تعاقد بين غائبين ، لذلك سنبحث مسألة زمان و مكان تلاقي الإرادتين كل في فرع مستقل .

الفـــــــــرع الأول:

الظـــــرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونـــــــيا

حظيت مسألة تحديد زمان إنعقاد العقد بشكل عام بإهتمام كبير من الفقـــــــــــــه و التشريعات ، و ذلك لأهمية النتائج المترتبة على تحديد هذه المسألة ، أهمها معرفة أهلية المتعاقدين لحظة انعقاد العقد ، و تحديد نقطة بداية آثار العقد ، و من خلالها أيضا يتحدد القانون الواجب التطبيق و هو القانون الساري وقت انعقاد العقد [1] .

و نظرا للأهمية التي حظيت بها مسألة زمان إنعقاد العقد ، نجد أن الحلول المقترحة لمعالجتها قد تعددت ، فالفقه قد اقترح أربع نظريات لحل هذه المسألة ، لكن أثبتت قصورها في عالم الأنترنت ، و بدا من الضروري إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني كما اختلفت الحلول القانونية لحل هذه المسألة ، تبعا لكل ذلك سنقوم بدراسة مضمون هذا الفرع من خلال النقاط التالية :

أولا : قصور النظريات التقليدية المحددة للظرف الزماني لتلاقي الإرادتين في التطبيق على التعاقد الإلكتروني .

تبنى الفقة عدة نظريات يتحدد بموجبها وقت انعقاد العقد ، و تستند هذه النظريات على لحظة اقتران القبول بالإيجاب ، و لكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان القبول أو تصديره أو العلم به و سنبين كل هذا على النحو التالي :

1- نظرية إعلان القبول :

نتناول تحديد مضمون هذه النظرية ثم مدى تطبيقها على العقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها و ذلك كما يلي:

أ-مضمون نظرية إعلان القبول :

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول و قبل أن يصل إلى علم الموجب [2] ، فلا أهمية لعلم الموجب بالقبول أو عدم علمه ، فالقبول وفقا لهذه النظرية تعبير إرادي غير واجب الإتصال يكفي مجرد إعلانه من صاحبه دون الحاجة لوصول ذلك للموجب ، فهذه النظرية تسعى لتحقيق مصلحة القابل حيث يمنع علـــــى

---

(1)- نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 ، ص 58 .

(2)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 65 .

الموجب بعد هذه اللحظة العدول عن الإيجاب [1] .

ب- تطبيق نظرية إعلان القبول في التعاقد الإلكتروني:

إنه في إطار التعاقد الإلكتروني يكفي أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد إلكتروني تتضمن إيجابا و يقول قبلت دون أن يقوم بأي تصرف بإرسال رسالة إلى الموجب ليعلمه بالقبول و يستوي أيضا وفقا لهذه النظرية أن يقرأ الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة تتضمن إيجابا و يعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل ردا للطرف الآخر [2].

و هكذا فإن العقد الإلكتروني ينعقد من حيث الزمان في اللحظة التي يعلن فيها القبول ، و هي اللحظة التي ينتهي فيها القابل من تحرير رسالة إلكترونية تتضمن القبول دون تصديرها و يضيف البعض أنه يمكن إعلان القبول الإلكتروني عن طريق قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة حيث تظهر كلمة موافق (OK / Accept) ، على أن القابل هنا قد لا يضغط على المفتاح الخارجي بالإرسال بل بالضغط على مفتاح التوقف (Stop) الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكتروني حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل و سيبقى ذلك في مرحلة إعلان القبول [3] .

جـ-النقد الموجه لنظرية إعلان القبول :

يعاب على هذه النظرية خروجها عن القواعد العامة التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا من وقت العلم به ، فالقبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة فإنه لا يحدث أثره بمجرد إعلانه و إنما من وقت العلم به [4] ، أضف إلى ذلك أن هـــــذه

---

(1)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 136 / و أنظر كذلك : شحاتة غريب محمد شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 120 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 372 .

(3)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 101 .

(4)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 101 .

النظرية تجاهلت إرادة الموجب ، فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكـن محدد المدة ، و لم يرتبط به القبول فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه ، حتى لو كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله ، كذلك تجعل هذه النظرية من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده ، حيث يكون بإمكانه أن يعلن قبوله و لا يرسله ، و يتراجع عنه متى شاء دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك ، سيما أن البيئة الإلكترونية افتراضية لا ترتكز على أية مرتكزات مادية كالأنترنت [1] .

كما أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي من الناحية العملية إلى زيادة و تعقيد المشاكل الخاصة بإثبات التعاقد عبر الأنترنت و التي تعد من أهم المشاكل القانونية الناجمة عن استخدام الأنترنت في إبرام العقود ، حيث غالبا ما يلجأ القابل إلى إنكار صدور القبول منه فيعد الموجب تحت رحمة و سلطان القابل إن شاء تمسك بهذا القبول و إن شاء أنكر ، دون أن يتمكن أحد من التثبت من حقيقة قيام العقد ، مما يزعج إستقرار التعامل فالقبول عندئذ لا يكون له وجود في إطار التعاقد الإلكتروني إلا على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالموجب له ، و من ثم يتعذر على الموجب إثبات أن القابل قد كتب رسالة بيانات تتضمن قبولا في الوقت الذي يبقى القبول في صندوق البريد الإلكتروني دون أن يتم إرساله فعلا إلى الموجب ، هذا من جهة و من جهة أخرى لا يمكن إعتبار الرسالة قرينة على علم الموجب بها ، فالأخذ بهذه النظرية لا يستقيم مع واقع المعاملات الإلكترونية [2] .

2- نظرية تصدير القبول :

نتناول تحديد مضمون هذه النظرية ثم مدى تطبيقها على العقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها و ذلك كما يلي:

أ- مضمون نظرية تصدير القبول:

وفقا لهذه النظرية فإن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول من جانب القابل إنما بتصدير القبول أي بإرساله فعلا ، بحيث يكون نهائيا لا رجعة فيه ، فلا يستطيع القابل استرداده أو العدول عنه ، و هكذا فإنه لا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبولـه

(1)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 158 ،/ أنظر في ذلك أيضا : محمد فواز المطالقة ،الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 124 .

(2)- بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 101 .

بل يشترط حصول واقعة مادية هي تصدير القبول إلى الموجب أي خروج القبول من يد صاحبه [1] .

ب- تطبيق نظرية تصدير القبول في التعاقد الإلكتروني :

وفقا لهذه النظرية ينعقد العقد الإلكتروني عندما يكتب القابل رسالة بريد إلكترونية تتضمن قبوله و يضغط على زر الإرسال فتخرج هذه الرسالة عن سيطرته ، و لا يعود بإمكانه التراجع عن القبول ، فيصبح قبوله باتا ، و تطبيقا لذلك أيضا ينعقد العقد عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر (الموجب) في خدمة غرف المحادثة ، و ذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول (Enter) في لوحة مفاتيح الحاسوب ، أو عندما يضغط القابل بالمؤشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على مواقع الويب (Web sites) ، لأن الضغط عليها هنا يعتبر إرسالا للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب [2] .

جـ- النقد الموجه لنظرية تصدير القبول:

يؤخذ على هذه النظرية بأن تصدير القبول ما هو في حقيقة الأمر إلا واقعة مادية ليست لها أية قيمة قانونية و لا تكفي لتوافق الإرادتين الذي يعد جوهر انعقاد العقد[3] ، كما يعاب عليها أيضا أن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات المرسلة إليه ، أو لمورد خدمة الإتصال لأنه من الممكن أن يتعرض نظام المعلومات التابع للشخص المعني إلى خلل أو عيب يحول دون استقبال الرسالة [4] ، كما يرى البعض بأن هذه النظرية لا تتلاءم مع العقود الإلكترونية باعتبارها تتضمن وقتا بين التعبير عن القبول و استلامه من قبل الموجب

---

(1)- إلياس ناصيف ، العقود الإلكترونية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن) ، المرجع السابق، ص 112 ، / أنظر كذلك : سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 137 .

(2)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 166 .

(3)- حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 211 .

(4)- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 71 / و أنظر كذلك : لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني، المرجع السابق ، ص 129 .

، في حين أن التراضي في العقود الإلكترونية يتميز بالسرعة التي ألغت الفوارق الزمنية ، بحيث يكفي أن يضغط الشخص على الزر ليصل قبوله إلى الموجب في ثوان و هو ما يجعل هذه النظرية لا تتلاءم مع العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت [1] .

3- نظرية تسليم القبول (نظرية وصول القبول) :

نتناول تحديد مضمون هذه النظرية ثم مدى تطبيقها على العقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها و ذلك كما يلي:

أ- مضمون نظرية تسليم القبول:

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب جواب الطرف القابل حيث أن استلام القبول يجعل منه نهائيا إذ تنتفي إمكانية استرداده ، و يستوي علم الموجب بالقبول من عدم علمه إذ أن وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على العلم به [2] .

ب- تطبيق نظرية تسليم القبول في التعاقد الإلكتروني :

بمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد الإلكتروني لحظة دخول الرسالة الإلكترونية في صندوق البريد الإلكتروني سواء قرأت هذه الرسالة أم لم تقرأ ، فالعبرة بتسلم القبـــــول و ليس العلم به [3] .

و يختلف الأمر وفقا لما إذا كان الموجب (المرسل إليه) قد حدد نظاما معينا للمعلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية من عدمه ، فإذا كان قد حدد نظاما للمعلومات يتم بموجبه إستلام القبول أو الرسالة الإلكترونية التي تشتمل عليه ، فإن العقد الإلكتروني يتم في اللحظة التي يتلقى فيها الموجب الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول و تتحدد لحظة إتمام التعاقد الإلكتروني في هذا الفرض بوقت دخول الرسالة الإلكترونية السالف ذكرها ، في نظام المعلومات الذي حدده الموجب ، و على ذلك فإنه إذا تم إرسال القبول عن طريق البريد الإلكتروني فإن العقد يتم لحظة وصول القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب ، و هو أمر يسهل إثباته من جانب الطرفين .

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 67 -68 .

(2)- إلياس ناصيف ، العقود الإلكترونية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن) ، المرجع السابق، ص 112 / و أنظر كذلك : محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 71 .

(3)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 159

و تجدر الإشارة إلى أن العقد يبرم في هذه الحالة حتى لو لم يطلع الموجب على محتويات بريده الإلكتروني بحيث يعلم فعليا بالقبول الذي أدرج به [1] .

جـ- النقد الموجه لنظرية تسليم القبول :

إن هذه النظرية تتأرجح بين النظريتين السابقتين ، فهي تأخذ بنظرية التصدير متأنية حتى يصل القبول إلى الموجب ، و تأخذ بنظرية العلم متعجلة إذ تجعل وصول القبول قرينة على العلم به ، فهي تعتبر القبول مجرد واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية فالعبرة بعلم الموجب بالقبول [2] .

4- نظرية العلم بالقبول :

نتناول تحديد مضمون هذه النظرية ثم مدى تطبيقها على العقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها و ذلك كما يلي:

أ- مضمون نظرية العلم بالقبول :

وفقا لهذه النظرية ينعقد العقد في الوقت الذي يعلم به الموجب فعلا بالقبول [3] .

ب- تطبيق نظرية العلم بالقبول في التعاقد الإلكتروني :

تطبيقا لمضمون النظرية على التعاقد الإلكتروني ، فإن لحظة إنعقاد العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول ، و تتجسد عندما يفتح الموجب صندوق البريد الإلكتروني و يقرأ الرسالة التي تتضمن القبول ، أو يطلع على موقعه على شبكة الويب فيعلم عندها بأن هنالك قبولا قد أرسل إليه وفقا للعقد النموذجي الذي أعده المرسل (الموجب) ابتداء [4] .

---

(1)- إبراهيم الدسوقي أبو الليل ،الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية (دراسة الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الإتصال الحديثة – التراسل الإلكتروني) ، دون طبعة ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003 ، ص 118 .

(2)- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 71 .

(3)- محمد إبراهيم أبو الهيجاء ،عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية ، القانون الواجب التطبيق ، المنازعات العقدية و غير العقدية) ، المرجع السابق ، ص 53 .

(4)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 68- 69 .

جـ- النقد الموجه لنظرية العلم بالقبول :

يؤخذ على هذه النظرية البطء في سير المعاملات ، و الأخذ بها بالشكل المطلق تجعل القابل تحت رحمة الموجب لأن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يصعب على القابل إثباته [1] .

لكن تطور البرمجيات المستمر و المتسارع أتاح إمكانية معرفة ما إذا كان البريد الإلكتروني الذي أرسل إلى شخص ما قد تم العلم به ، فبرنامج " **مايكروسفت أوتاوك** " يوفر هذه الميزة ، حيث يظهر عند مرسل البريد الإلكتروني تقرير في اللحظة التي يفتح فيها الشخص الذي استلم البريد الإلكتروني الرسالة يبين هذا التقرير الساعـــــة و التاريخ الذين تم فيهما فتح الرسالة مع إمكانية طباعته على الورق ، و بذلك يسهل إثبات علم الموجب بالقبول [2] .

ثانيا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .

ثبت الدور الفعال لمبدأ سلطان الإرادة في ظل العقود التقليدية و تم تكريسه في معظم الأنظمة القانونيـة التي نظمت المسألة ، فأقرت للأطراف كامل الحرية في تحديد زمان انعقاد العـقد كأصل ، و أما في حالة عدم وجود مثل هذا الإتفاق فإنه يأخذ بالحل الوارد في النصوص القانونية ، و العقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية ، تعتد بمبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد العقد .

و يتم اتفاق الطرفين المتعاقدين المحدد لزمان انعقاد العقد الإلكتروني عادة من خلال ما يسمى باتفاقيات التبادل الإلكتروني للبيانات ، و يعد هذا النوع من الإتفاق الحل الأمثل لتفادي اختلاف و تباين الحلول الواردة سواء في الفقه ، أو التشريع [3] .

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 69 .

(2)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 129 .

(3)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع نفسه ، ص 70 .

ثالثا : موقف بعض الإتفاقيات و القوانين من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .

لم يقتصر الخلاف في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني فحسب بل تباينت مواقف القوانين الوطنية و حتى الدولية في هذه المسألة و سنبين ذلك كما يلي :

1- موقف بعض الإتفاقيات من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

سنقصر دراستنا بشأن الإتفاقيات الدولية و الإقليمية على اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع و من ثم سنعرض موقف أهم الاتفاقيات الأوروبية المتناولة للمسألة .

أ-موقف إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع :

جاءت هذه الإتفاقية لتنظيم البيع الدولي بغض النظر عن الوسيلة التي أبرم من خلالها ، فقد أجازت هذه الإتفاقية إبرام هذه العقود بأي وسيلة ، و بالتالي فإن أحكامها تطبق على عقود البيع الدولية مهما كانت وسيلة إبرامها تقليدية أم إلكترونية [1] .

و قد تطرقت الإتفاقية في المادة **23** منها إلى تحديد وقت انعقاد العقد ، و التي أقرت أن العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره ، دون توضيح أكثر أو تحديد دقيق أو فعلي يوضح ماهية هذه اللحظة ، كما أضافت المادة **02/18** منها أنه لا ينعقد العقد إلا بعد أن يصل القبول إلى الموجب في المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود هذا الشرط [2] .

و تضيف المادة **24** أن العقد ينعقد عندما يتسلم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر عما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم [3] .

---

(1)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 137 / و أنظر كذلك : إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، المرجع السابق، ص 143 .

(2)- حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 217 / و أنظر كذلك : أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 95 .

(3)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 137 .

و تطبيقا لذلك ، إذا أبرم عقد بيع دولي عبر الأنترنت بين دولتين منضمتين إلى الإتفاقية أو بين أفراد تلك الدولتين من خلال تبادل رسائل بريد إلكتروني ، فإن العقد يعتبر قد انعقد في اللحظة التي تصل فيها إلى صندوق بريد الموجب رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبولا للإيجاب بحيث تكون هذه الرسالة جاهزة لمعالجتها [1] .

ب- موقف الإتفاقيات الأوروبية من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

نص الإتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات على أنه :" **يعتبر العقد الذي يتم بإستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت و المكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا للعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض** " [2] ، و هذا ما يعني أخذه بنظرية وصول القبول كما أقر العقد الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات ، نظرية الوصول فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد حيث نص في مادته الثالثة في فقرتها الثالثة **3/3** على أنه :" **تعد لحظة و مكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات ، اللحظة و المكان اللذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب** " [3] .

و كذا أقر التوجيه الأوروبي رقم **2000/31** الصادر بتاريخ **2000/06/08** بذات الإتجاه عندما نص على أنه : " **يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل ، بقبوله** " ، و قد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكتروني و بذلك لم يكتف التوجيه بانعقاد العقد بلحظة استلام القبول من القابـــــل ، و إنما باستلام تأكيد مزود الخدمة بصحة القبول ، محاولا بذلك تحقيق الأمان القانوني

---

(1)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 173 .

(2)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 381 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 381 / و أنظر كذلك : إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، المرجع السابق، ص 143 .

عبر الشبكة [1] .

2- موقف بعض القوانين من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

سنتطرق إلى موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية من هذه المسألة ثم موقف بعض التشريعات .

أ- موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

لم يتطرق القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في كافة نصوصه إلى بحث مسألة زمان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية ، إنما اقتصر بحثه على مسألة زمان ارسال رسائل البيانات ، و ذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإرادات التعاقدية [2] ، و قد نظم هذا القانون هذه المسألة في نص المادة **15** منـــــه و التي جاءت تحت عنوان :" **زمان و مكان إرسال و استلام رسائل البيانات** " و التي تبين من خلالها أن هذا القانون رسخ مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف فترك لهم ابتداء الإتفاق على زمان الإرسال و الإستلام و يكون اتفاقهم ملزما ، أما في حالة عدم وجود إتفاق مسبق بين الأطراف على تحديد هذه المسألة فتعد لحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تدخل فيها إلى نظام معلومات لا تخضع لسيطرة المنشيء ، أو من أرسلها نيابة عنه ، فلا يعود بإمكانه استرجاعها أو تعديلها أما وقت تسليم رسالة البيانات فقد حددته المادة **02/15** من قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية و التي نصت على أنه :

" **ما لم يتفق المنشيء و المرسل إليه على غير ذلك ، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي :**

(أ) إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض إستلام رسائل البيانات يقع الإستلام :

1- وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين .

---

(1)- لما عبد الله صادق سلهب ،مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 138 .

(2)- عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت) دراسة تحليلية ، المرجع السابق ، ص 163

2- وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه و لكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه .

(ب) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات ، يقع الإستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه ." [1] .

و يلاحظ على هذا النص أيضا أنه لم يتطرق إلى مسألة وقت انعقاد العقد ، و إنما اقتصر على تحديد لحظة استلام رسائل البيانات و حدد لذلك فرضان ، الأول أن يقوم المرسل إليه بتحديد نظام معلومات محدد لإستقبال رسائل البيانات الواردة إليه ، و هنا تعتبر رسالة البيانات قد أستلمت من قبل المرسل إليه وقت دخولها إلى نظام المعلومات المحدد حتى و لو لم يطلع عليها المرسل إليه [2]، أما الفرض الثاني ، فهو ألا يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستقبال رسائل البيانات ، فعندها تعتبر رسالة البيانات قد أستلمت في وقت دخولها إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه [3] .

ب- موقف بعض القوانين الداخلية من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

اختلفت و تباينت مواقف مشرعي الدول إتجاه تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني ، فنجد المشرع الجزائري قد تبنى نظرية العلم بالقبول من خلال نص المادة **67** من القانون المدني الجزائري .

أما المشرع الفرنسي فقد ساير ظهور المعاملات الإلكترونية من خلال تعديل المادة **05/1369** من القانون المدني الفرنسي و التي تقر بأن العقد المبرم عبر الطرق الإلكترونية لا يكون صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب (القابل) ، أي تبنى نظرية جديدة و هي " **نظرية تأكيد القبول** " [4] .

و قد تبنى المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم **85** لسنـــــة

---

(1)- منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، قوانين الأونيسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية ، المرجع السابق، ص 78 .

(2)- لما عبد الله صادق سلهب ،مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 139 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 385 – 386 .

(4)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع نفسه ، ص 383 .

2001 ، نفس الأحكام التي وردت في قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونـية ، فلم يتطرق إلى مسألة زمان انعقاد العقود الإلكترونية ، و إنما بحث مسألة زمان إرسال و تسلم رسائل المعلومات في نص المادة **17** منه ، و قد سار على نفس النهج القانون الإمراتي رقم **2** لسنة **2002** بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونيـــــــــة ، و القانون البحريني بشأن التجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ **2002/09/14** ، و قد كرست كل هذه القوانين مبدأ سلطان الإرادة فتركت للمتعاقدين (الموجب و القابل) حرية الإتفاق على زمان انعقاد العقد الإلكتروني ، ليكون اتفاقهما في هذه الحالة ملزما ، أما في حال غياب مثل هذا الإتفاق فتأتي الأحكام الواردة في القانون المطبق على العقد لسد هذا النقص [1] .

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 77 – 78 .

الـــــــفرع الثاني:

الظـــــرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكتـــــرونيا

لقد حظيت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد هي الأخرى اهتماما كبيرا فقهـــــــــيا و تشريعيا ، و ذلك لأهمية النتائج المترتبة على تحديده ، و تعاظمت هذه الأهمية في ظل التعاقد الإلكتروني الذي غير المفاهيم التقليدية و أوجد مفاهيم حديثة لم يكن لها عهد من قبل مثل فكرة التباعد المكاني و التعاصر الزماني ، و تظهر أهمية تحديد مكان انعقاد العقد في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني و كذا تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات التي يثيرها العقد ، لذلك سنقوم بدراسة هذا الفرع من خلال النقاط التالية :

أولا : قصور النظريات التقليدية في تحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .

تبنى الفقه في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني نظريتين الأولى تعتد بمكان إقامة الموجب و الثانية تعتد بمكان إقامة القابل ، و لكل من النظريتين مجموعة من الحجج يستند عليها في تبرير وجهة نظره ، و سنبين مضمون كل نظرية و مدى تطبيقها على التعاقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها .

1- نظرية محل إقامة الموجب :

نتناول تحديد مضمون هذه النظرية ثم مدى تطبيقها على العقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها و ذلك كما يلي:

أ- مضمون نظرية محل إقامة الموجب :

يذهب أنصار نظرية العلم بالقبول إلى أن مكان العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول [1] .

ب- تطبيق نظرية محل إقامة الموجب في التعاقد الإلكتروني :

يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلـــك ، و بذلك تعد لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة إبرام العقد الإلكتروني ، و مكـــان

---

(1)- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 72 .

إقامة الموجب هو مكان إبرام العقد الإلكتروني [1] .

ج-النقد الموجه لنظرية محل إقامة الموجب :

يعاب على هذه النظرية أن العقود الإلكترونية التي تبرم عن طريق الأنترنت غالبا ما تتم بين طرفين أحدهما تاجر مهني يتخذ في أغلب الصور شركات تجارية كبــرى ، و الثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية ، لذلك فإن اعتبار مكان إقامة الموجب هو مكان إنعقاد العقد يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحصول على حقوقه ، لأنه إذا أراد رفع دعوى على الموجب فيجب أن يرفعها في محل إقامته و الذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم فيها [2] .

كما يصعب على القابل (المستهلك) أن يتعرف في بعض الأحيان على محل إقامة الموجب الحقيقي ، إذ أن مجرد استخدام الموجب إسم النطاق أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين ، لا ينشيء قرينة على تواجد مكان عمله في ذلك البلد ، و لا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل الموجب ، فقد نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات تستعرض بعض المنتجات و الخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها محل بالمعنى المعروف ، كما أنه يمكن عرض سلع لتوزيعها في مناطق معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق [3] .

2- نظرية محل إقامة القابل :

نتناول تحديد مضمون هذه النظرية ثم مدى تطبيقها على العقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها و ذلك كما يلي:

أ- مضمون نظرية محل إقامة القابل :

يرى أنصار هذه النظرية بأن مكان إنعقاد العقد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (أي المكان الذي يصدر فيه القبول) ، عند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره ، يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منـــــه

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 79 .

(2)- إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، المرجع السابق، ص 149 .

(3)- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 390 .

المبادرة التعاقدية [1] .

ب- تطبيق نظرية محل إقامة القابل في التعاقد الإلكتروني :

تطبيقا على العقد الإلكتروني فإن المكان الذي يعد فيه منعقدا هو المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني ، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله ، فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول و هو مكان القابل [2] .

جـ- النقد الموجه لنظرية محل إقامة القابل :

إن هذه النظرية تتفق مع متطلبات المعاملات الإلكترونية ، إلا أن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الأنترنت يتم بين طرفين أحدهما تاجر و الثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية ، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام الدولة التي يقيم فيها ، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الإستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني الذي يعد مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية [3] .

ثانيا : ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .

إن إعمال مبدأ سلطان الإرادة هو الحل الأمثل لتحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا ، ذلك لأن الإختلاف حول مسألة زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني يعد عقبة في ازدهار المعاملات الإلكترونية و إعطاء الحرية للأطـــــراف

---

(1)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 133 .

(2)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع نفسه ، ص 133 .

(3)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 81 .

المتعاقدة لتحديد مكان انعقاد العقد هي قاعدة كان لها دور كبير في العقود التقليديـة و التي تعاظم دورها في العقود الإلكترونية التي تواجه فراغا تشريعيا كبيرا [1] .

ثالثا : موقف بعض الإتفاقيات و القوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .

لقد أدى التعارض بين النظريات التقليدية و محاولة تطبيقها على التعاقد الإلكتروني إلى قصور استدعى ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني ، و سنبين فيما يلي موقف بعض القوانين من هذه المسألة .

1- موقف بعض الإتفاقيات من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .

تبنت إتفاقية فيانا للبيع الدولي للبضائع نظرية تسليم القبول للموجب بالنسبة لمسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا ، حيث نصت المادة **24** منها على أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان ، و حسب هذا النص فإن مكان انعقاد العقد هو مكان تسليم القبول للموجب ، أو المكان الذي تم فيه تسليمه رسالة القبول ، أو مكان عمل الموجب إذا تسلم رسالة القبول هنالك أو عنوان البريد للموجب ، أو مكان سكنه المعتاد إذا تسلم القبول في مكان سكنه بسبب عدم وجود مكان عمل أو عنوان بريدي له [2] .

في حين أقرت اتفاقية روما الصادرة في **1980/06/19** الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية ، في مادتها الثالثة **(03)** مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم العقد ، و في حالة سكوت الأطراف يطبق قانون الدولة التي يتصل بها العقد بروابط أكثر وثوقا ، وتضمنت المادة الرابعة **(04)** منها المقصود بالقانون الأوثق صلة بالروابط العقدية ناصة على أنه : " **يفترض أنه للعقد الرابط الأكثر وثوقا مع الدولة التي يوجد فيها لحظة إبرام العقد محل الإقامة المعتـــــــاد**

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 81 .

(2)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 173 – 174 / أنظر كذلك : إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، المرجع السابق، ص 151 .

للشخص الذي عليه القيام بالآداء المميز " [1] .

بينما تركت التوجيهات الأوروبية مسألة الإتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد لحرية الدول لتحديدها في قوانينها الداخلية ، التي عادة ما تترك المسألة لحرية الأطـــــراف و في حال غياب اتفاقهما الصريح تتم الإستعانة بالحلول الموجودة في النظرية العامة للعقود في مجال التعاقد بين غائبين ، خاصة و أن العقد الإلكتروني من بينها [2] .

نص الإتفاق الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبينات على أنه : " **يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت و في المكان الذي تصل فيه الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض** " ، و هذا يعني أنه اعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان وصول رسالة القبول لنظام كمبيوتر الموجب ، كما أخذ بنفس الإتجاه العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات في مادته الثالثة **(03/03)** [3] .

2- موقف بعض القوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

سنتطرق من خلال هذه النقطة إلى تحديد موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا ثم إلى موقف بعض التشريعات .

أ- موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية من الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

لم يتطرق قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى بحث مسألة مكان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية ، و إنما اقتصر بحثه على مسألة مكان إرسال رسائل البيانات و مكان تسلمها ، و ذلك لأهميتهما باعتبار أن هذه الوسائل هي التـــي

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 83 .

(2)- حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، المرجع السابق، ص 222 .

(3)- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 142 .

تحمل الإرادات التعاقدية و قد حددت المادة الخامسة عشر في فقرتها الرابعة **(04/15)** منه مسألة مكان إرسال وتسليم رسالة البيانات ، حيث جاء فيها ما يلي :

" **ما لم يتفق المنشيء أو المرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشيء ، و يعتبر أنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه و لأغراض هذه الفقرة :**

-إذا كان للمنشيء أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة .

-إذا لم يكن للمنشيء أو المرسل إليه مقر عمل ، يشار من ثمة إلى محل إقامته المعتادة " .

فوفقا لهذا النص تكون مسألة تحديد مكان إرسال رسالة البيانات و مكان تسلمها إبتداء بيد المتعاقدين ، فإذا اتفقا على المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت منه ، و المكان الذي يعتبر أنها قد سلمت فيه فإن اتفاقهما ملزم [1] .

أما إذا كان للمنشيء أو المرسل إليه أكثر من محل واحد فإن العبرة في تحديد مكان إرسال و تسليم رسالة البيانات ، هي المكان الذي يوجد فيه المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية [2] و بطبيعة الحال فإن مسألة المقر الأكثر صلة بالمعاملة هي مسألة موضوع ، لذلك لم يضع قانون اليونسترال النموذجي أي مؤشرات لتحديدها ، فيختص قاضي الموضوع بتحديد المقر الأكثر صلة بالمعاملات عن طريق المؤشرات التي يراها مناسبة [3] .

فإذا لم يكن بالإمكان تحديد المقر الأكثر صلة لعدم وجود ما يرجح ذلك ، أو لعدم ارتباط المعاملة بأي مقر فيؤخذ في هذه الحالة بالمكان الذي يوجد فيه مقر العمل الرئيسي للمنشيء بالنسبة لمكان إرسال الرسالة ، و المرسل إليه بالنسبة لمكان تسلم الرسالة ، أما إذا لم يكن لدى كل من المنشيء أو المرسل إليه أو كليهما مقر عمـــــل

---

(1)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 181 .

(2)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع نفسه ، ص 182 .

(3)- فيصل محمد كمال عبد العزيز ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية، مصر ، 2008 ، ص 288 .

يؤخذ بمحل الإقامة المعتاد للمنشيء أو المرسل إليه [1] .

ب- موقف بعض القوانين الداخلية من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا :

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في نص المادة **67** من القانون المدني الجزائري و اعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان علم الموجب بالقبول ، إلا أن هذا النص ليس آمرا إنما هو نص مكمل لإرادة الطرفين ، ففي حال عدم وجود اتفاق مسبق لأطراف التعاقد لتحديد مكان إبرام العقد أعتبر مكان علم الموجب بالقبول هو مكان انعقاد العقد [2] .

أما المشرع الأردني فلم يتطرق في قانون المعاملات الإلكتروني المؤقت رقم **85** لسنة **2001** لمسألة مكان إبرام العقود الإلكترونية ، و إنما بحث في مسألة مكان إرسال و تسلم رسائل المعلومات ، حيث نظمها المشرع الأردني في نص المادة **18** من هذا القانون و التي نصت على أنه :

" **تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشـــيء و أنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، و إذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقر عمله ، ما لم يكن منشيء الرسالة أو المرسل إليه قد إتفقا على غير ذلك .**

و إذا كان للمنشيء أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله ، فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال و التسليم ، و عند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال و التسليم " [3] .

كما أخذ المشرع الأردني بمقر العمل سواء للمنشيء أو المرسل إليه كمعيار لتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات ، و لم يأخذ بمعيار مكان وجود نظام معالجة المعلومات ، و هو المنحى السليم الذي ينسجم مع العقود الإلكترونية ، إلا أنه لم يحدد

---

(1)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع السابق ، ص 85 .

(2)- عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، المرجع نفسه ، ص 86 .

(3)- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 74 / و أنظر كذلك : إلياس ناصيف ، العقود الإلكترونية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن) ، المرجع السابق، ص 391 .

مكان إبرام العقود عبر الأنترنت من خلال النص السابق ، و عليه لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون الأردني ، إذ يرى المشرع الأردني ابتداء أن المسألة متروكة لاتفاق المتعاقدين فإذا وجد اتفاق أخذ به ، و إذا لم يوجد مثل هذا الإتفاق فإن المشرع الأردني حسم المسألة بتبنيه نظرية إعلان القبول ، و يعتبر أن العقد قد انعقد في مكان إعلان القابل لقبوله أي محل إقامة القابل [1] .

أما المشرع التونسي فقد أقر في قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي بأن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان عنوان البائع و ذلك في نص المـــــــادة **28** و التي نصت على أنه :

" **ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع و في تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة و موجهة للمستهلك ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك** " [2] .

---

(1)- محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، المرجع السابق ، ص 184/ و أنظر كذلك : لما عبد الله صادق سلهب ،مجلس العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 144 .

(2)- سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة) ، المرجع السابق ، ص 142

رأينا من خلال هذا الفصل أن مجلس العقد هو الحالة التي ينشغل فيها المتعاقدان بالعقد و الغرض منه هو منح المتعاقدين فترة للتدبر و التروي في أمر التعاقد طيلة مجلس العقد الذي يبدأ بالإنشغال البات بالصيغة (الإيجاب) فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه ، كما يثبت لمن وجه إليه الإيجاب خيار القبول أو الرفض طالما لم ينقض المجلس ، كما أن لمجلس العقد أهمية للعقد تتمثل في تحديد مكان و زمان العقد الذي يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة و كذا القانون الواجب التطبيق في حالة قيام نزاع ، و يتنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي و حكمي ، يفرق بينهما عنصر الزمان و المكان إلا أن إجماع الفقه على أن معيار التزامن هو ضابط التمييز بينهما و بالتالي يقوم على ركنين المادي و هو المكان و المعنوي و هو الزمان ، كما يشترط لتكوين مجلس العقد الإلكتروني شرطان ، أولهما هو حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورا افتراضيا ، و ثانيهما بدء الإنشغال بالصيغة أي الإيجاب ، أما بشأن الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني فرأينا أنه تعاقد بين حاضرين زمانـــــا و غائبين مكانا إلا في التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانا و مكانـــــا ، و تثير هذه المسألة أهمية كبيرة تتعلق بوقت نفاد العقد و القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة بحل النزاع .

و رأينا كذلك من خلال هذا الفصل تضارب الآراء الفقهية و اختلاف النظم التشريعية في تحديد الظرفين الزماني و المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا ، و توصلنا إلى أن أنجع و أمثل حل لهذا الخلاف و الإختلاف هو ترك ذلك لحرية إرادة المتعاقدين تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة ، إلا أنه من الضروري فيما يتعلق بمسألة تحديد زمان و مكان إنعقاد العقد الإلكتروني التأكيد مجددا على ضرورة توحيد هـــــذه الآراء و القوانين ، بسبب الطابع العالمي لشبكة الأنترنت لأن هذا الإختلاف من شأنه منع إزدهار المعاملات الإلكترونية و تطورها .

خاتـــــــــمة :

تسمح القواعد العامة في معظم التشريعات باستيعاب التعبير عن الإرادة عبر وسيط إلكتروني كصورة من صور التعبير عن الإرادة ، رغم عدم تضمنها نصوصا تشريعية صريحة تجيز هذه الوسيلة ، إلا أن الإنتشار المذهل لاستخدام هذه الوسيلة في معظم دول العالم زاد من حدة المخاوف حول مشروعية استخدامها في غياب نص قانوني صريح يجيزها .

و لقد اجتهد الفقه و القضاء في الدول المتقدمة ولعبا دورا بارزا و هاما في إيجاد منافذ قانونية لإجازة التعبير عن الإرادة عبر وسيط إلكتروني لمواكبة التطور التكنولوجي ، و عدم إعاقة التجارة الإلكترونية ، إلا أن التخوف من استعمال هذه الوسيلة في الدول النامية ظل حاجزا يمنع تطور هذا النوع من التجارة في هذه الدول ، بإعتبار أن دور المباديء القضائية فيها لا يتعدى تفسير و تطبيق أحكام التشريع .

و نادى الفقهاء بضرورة مواكبة القانون للآفاق الجديدة المتولدة عن استخدام تكنولوجيا الإتصال ، فأقرت المنظمات الإقليمية و العالمية هذا الواقع ، و من ثم أجازت صراحة التعبير عن الإرادة عبر وسائط إلكترونية ، مما جعل معظم الدول المتقدمة تحذو حذوها ، و تقر صراحة في تشريعاتها الداخلية بإجازة هذا النوع من التعامل .

و بقيت الدول النامية بعيدة عن مواكبة هذه التطورات ، باستثناء بعض الدول العربية التي شرعت قوانين خاصة تجيز و تنظم المعاملات الإلكترونية ، بينما بقي موقف المشرع الجزائري غامضا ، رغم إدخاله تعديلا على القانون المدني سنة 2005 ، يتضمن إعترافه بالكتابة الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني كأدلة إثبات قانونية ، إلا أنه لم يجز صراحة التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الإلكتروني ، و هذا ما أثار خلافا في وسط المحللين القانونيين، بين معارض و مؤيد لمشروعية هذه الوسيلة في القانون الجزائري .

إنه و بغض النظر عن التعديل الذي جاء به المشرع الجزائري ، فإنه يمكن الرجوع إلى القواعد العامة ، و الإستفادة من مرونة نصوصها التي لم تتضمن ما يمنع استعمال هذه الوسيلة ، إضافة إلى تدوينها بشكل يسمح بإستيعاب هذه الأخيـــــــرة و إعطائها المشروعية ، إلا أن المعاملات و العمليات التي أوجدتها الأساليب الحديثة تتسم بالتركيب و التعقيدات الفنية و القانونية ، و تنطوي على قيمة إقتصادية كبيرة ، مما ينجم عنها مخاطر جسيمة تمس مصالح أطراف التعاقد ، لذا بات من الضروري أن يتدخل المشرع للإفصاح عن موقفه الصريح بشأن إجازة هذا النوع من التعامل .

و لما كانت طبيعة العقد الإلكتروني تقتضي أن يبرم عن بعد بين متعاقدين يعتبران في أغلب الأحيان غير متكافئين ، أحدهما المنتج أو المهني ذو الخبرة و الإمكانيات الإقتصادية و الثاني طرف ضعيف ، لا يملك مثل هذه الإمكانيات وهو المستهلك ، ظهرت العديد من العقبات في هذا النوع من التعاقد أهمها :

- مشكلة اللغة باعتبار أن العقد الإلكتروني دوليا في الغالب ، ما جعل الدول المتمسكة باستعمال لغتها في التعاقد تتراجع عن هذا الموقف ، و تعدل قوانينها الداخلية حتى لا تكون اللغة عائقا في تقدم التجارة الإلكترونية .
- صعوبة التأكد من شخصية المتعاقد و هويته و أهليته ، لذا أصبح من الضروري التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر لتوفير حماية أكبر للمهني حسن النية ، مع ضرورة إنشاء جهات للتحقق من هوية طرفي العقد ، كجهة التوثيق الإلكتروني و جهة المصادقات الإلكترونية ، و هذا ما يؤكد أن مجرد الإعتراف بالإمضاء الإلكتروني كوسيلة إثبات غير كاف لتنظيم هذا النوع من المعاملات .
- عدم كفاية نظرية عيوب الإرادة لحماية المستهلك فرغم أن المشرع الجزائري أولى حماية خاصة للمستهلك ، إلا أن الحماية تبقى غير كافية في المجال الإلكتروني ، لذا يتعين توفير نوع خاص من الحماية للمستهلك ، مما يجعل من نظرية عيوب الإرادة في القواعد العامة غير كافية لضمان هذه الحماية ، فينبغي على المشرع الجزائري أن يقتدي بمشرعي الدول المتقدمة في توسيع نطاق هذه النظرية لتشمل الطعن بإبطال العقد بناء على الإخلال بالإلتزام قبل

التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد ، و هذا ما يبين أهمية مرحلة المفاوضات في المجال الإلكتروني ، و ضرورة الإهتمام بهذه المرحلـــــــــــة و تنظيمها .

- ضرورة تحديد مضمون الإيجاب الإلكتروني ، إذ لم تعد حرية المهني في تحديد مضمون الإيجاب مطلقة ، بل أصبحت مؤطرة بشكل يمنح حماية أكبر للمستهلك و ذلك بإلزام المهني بإيراد المسائل الجوهرية في التعاقد ، و هي مسائل تختلف عن تلك المتعارف عليها في القواعد العامة ، لذا عمدت التشريعات الحديثة إلى تحديد هذه المسائل لإزالة الغموض و الشكوك .
- أثار الضغط على أيقونة القبول للتعبير عن القبول إلكترونيا جدلا و خلافا كبيرا حول مشروعية هذه الطريقة ، مما أدى إلى ظهور جانب من الفقه يدعو لضرورة وضع قواعد خاصة في هذا المجال لعدم كفاية القواعد العامة ، كالأخذ بقاعدة الضغط المزدوج التي إهتدى إليها المشرع الفرنسي ، و هو المشرع الوحيد الذي نظم هذه الطريقة في حين يبقى الغموض سائدا في باقي الدول .
- اتفق أغلبية فقهاء العصر الحديث على أن التعبير عن الإرادة في المجال الإلكتروني لا يكون إلا صريحا ، و بذلك لم يجيزوا التعبير عن القبول ضمنيا و هذا مخالف للقواعد العامة ، و قد أثار هذا الموقف خلافا فقهيا حول الأخذ بالسكوت الملابس كقبول في المجال الإلكتروني بين مجيز لاعتباره كذلك لتشجيع المعاملات الإلكترونية ، و بين رافض لذلك على أساس عدم جواز تطبيق الإستثناءات الواردة في القواعد العامة ، نظرا لحداثة هذه الآلية في المعاملات ، و عدم إستقرار قواعد العرف فيها .

لذا وجب الأخذ بالإستثناءات الواردة في القواعد العامة بحذر ، إذ لا يكفي أن يكون هنالك تعامل سابق بين الطرفين ، بل يجب أن يقترن كذلك بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على القبول ، كأن يكون هنالك إتفاق سابق صريح أو ضمني ، مما يدعو إلى وضع قواعد خاصة بالمعاملات الإلكترونية في هذه المسألة .

- صعوبة تحديد الظرفين الزماني و المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .

يتبين من كل ماسبق أنه بالرغم من إستيعاب القواعد العامة للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية ، إلا أنها تبقى غير ملائمة و غير كافية لتنظيم و تأطير المعاملات الإلكترونية بسبب الخصوصيات و التعقيدات التي تتسم بها ، لذا فإنه بات من اللازم على المشرع الجزائري توفير البيئة المناسبة للمعاملات الإلكترونيـــــــــة ، و الإسراع في إصدار قانون ينظم المعاملات الإلكترونية مهتديا في ذلك بالمشرعين السباقين له في ذلك علاوة على إنشاء الجهات المختصة في منع الغش و القرصنـــــة و التحايل .

قائمة المراجع :

أولا : الكتب

1- الكتب باللغة العربية :

1/ إبراهيم الدسوقي أبو الليل ،الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية (دراسة الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الإتصال الحديثة – التراسل الإلكتروني) ، دون طبعة ، مجلس النشر العلمي ، الكويت ، 2003 .

2/ إبراهيـــم رفعت الجمال ، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة (دراسة فقهية مقارنة)، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2005 .

3/ أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الأنترنت (دراسة مقارنة)، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، 2002 .

4/ أحمد شرف الدين ، عقود التجارة الإلكترونية (تكوين العقد و إثباته) ، دون طبعة ، كلية الحقوق بجامعة عيش شمس بمصر ، دون سنة .

5/ أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص (النوعي – الإلكتروني – البيئي – السياحي) ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر، 2000.

6/ أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003.

7/ أسامة أحمد بدر ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني ،(دراسة مقارنة)، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، دون سنة.

8/ أمجد محمد منصور ، النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام) ، دون طبعة ، الدار العالمية الدولية و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2003 .

9 / أمير فرج يوسف ، عالمية التجارة الإلكترونية و عقودها و أساليب مكافحة الغش التجاري و الإلكتروني ، دون طبعة ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2009

10 / إلياس ناصيف ، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2004.

11 / إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية) ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2008.

12/ بشار محمود دودين – محمد يحي المحاسنة ، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت وفقا للقانون المدني الأردني و بالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الإسكندرية ، 2009 .

13/ تامر محمد سليمان الدمياطي ، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دون ناشر ، لبنان ، 2009 .

14/ جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، مجلس العقد في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2001 .

15/ جميل عبد الباقي الصغير ، أدلة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة (أجهزة الرادار ، الحاسبات الآلية ، البصمة الوراثية) ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، 2001 .

16/ حسن عبد الباسط جميعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

17/ حسن عبد الباسط جميعي ،عقود برامج الحاسب الآلي ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 .

18/ حازم الطمادي ، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان الأردن ، 2003 .

19/ خالد صبري الجنابي ، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار قنديل للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2013 .

20/ خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 .

21/ خالد ممدوح إبراهيم ، أمن المستهلك الإلكتروني، دون طبعة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2008 .

22/ خالد ممدوح إبراهيم ، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2008 .

23/ خليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الأنترنت ، الطبعة الأولى ، مكتبة السنهوري ، ريم للنشر و التوزيع ، لبنان ، 2011 .

24/ رجب كريم عبد الله ، التفاوض على العقد ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

25/ سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية 32 عبد الخالق ثروت ، القاهرة ، 2007 .

26/ سمير دنون ، العقود الإلكترونية في إطار تنظيم التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، لبنان ، 2012 .

27/ سليمان مرقس ، الوافي في شرح القانون المدني ، المجلد الرابع ، الطبعة الرابعة ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، 1987 .

28 / شحاتة غريب شلقامي ، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 .

29/ طارق عبد العال حمادة ، التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، الدار الجامعية ، الإسكندرية ، 2002 .

30 / عادل حسن علي ، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية ، دون طبعة ، مكتبة زهراء الشرق ، مصر ، 2007 .

31 / عباس العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 1997 .

32 / عباس العبودي ، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية و متطلبات النظام القانوني لتجاوزها ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان ، 2010 .

33 / عبد الباقي عمر محمد ، الحماية العقدية للمستهلك ، الطبعة الثانية ، دار منشأة المعارف بالإسكندرية ، مصر ، 2008 .

34 / عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الأنترنت ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 .

35 / عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الإلتزام ، العقد)، الجزء الأول ، الطبعة الثالثة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 .

36 / عبد العزيز المرسي حمود ، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدي ، دون طبعة ، دون ناشر ، 2005 .

37 / عبد الهادي فوزي العوضي ، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2009 .

38 / علاء محمد عيد نصيرات ، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات ، دون طبعة ، دار الثقافة ، عمان ، 2005 .

39 / علي فيلالي ، الإلتزامات (النظرية العامة للعقد) ، دون طبعة ، موفم للنشر التوزيع ، الجزائر ، 2001 .

40 / عمر خالد الزريقات ، عقود التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الأنترنت ، دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2007 .

41 / فراح مناني ، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، دون طبعة ، دار الهدى ، الجزائر ، 2009 .

42 / فيصل سعد الغريب ، التوقيع الإلكتروني و حجيته في الإثبات ، دون طبعة ، المنظمة العربية للتنمية الإدارية ، القاهرة ، 2005 .

43 / فيصل محمد كمال ، عبد العزيز ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2008 .

44 / لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار المناهج ، القاهرة ، دون سنة .

45 / محمد إبراهيم أبو الهيجاء ، عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية ، القانون الواجب التطبيق ، المنازعات العقدية و غير العقدية) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 .

46 / محمد إبراهيم الدسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود ، دون طبعة ، معهد الإدارة العامة ، السعودية ، 1995 .

47/ محمد أمين الرومي ، التعاقد عبر الانترنت ، دون طبعة ، دار المطبوعات الجامعية ، مصر ، 2004 .

48 / محمد حسن الرفاعي العطار ، البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 .

49/ محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الدولية و الإلكترونية و حماية المستهلك ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر ، 2006 .

50 / محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، دون طبعة ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية ، مصر ، 2006 .

51/ محمد خالد جمال رستم ، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الإلكتروني في العالم ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 .

52/ محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الأنترنت ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، مصر ، 2004 .

53 / محمد سعيد احمد إسماعيل ، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2009 .

54/ محمد صبري السعدي ، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للإلتزامات ، العقد و الإرادة المنفردة)، الطبعة الثانية ، دار الهدى ، الجزائر ، 2004

55 / محمد فواز المطالقة ، الوجيز في العقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2006 .

56 / محمد عبد الطاهر حسين ، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد ، دون طبعة ، المؤسسة الفنية للطباعة و النشر ، لبنان ، 2002 .

57/ محسن عبد الحميد البيه ، النظرية العامة للإلتزامات (المصادر الإرادية)، الجزء الأول ، الطبعة الأولى ، مكتب الحبلاء الجديدة بالمنصورة ، مصر ، 2004 .

58 / محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في التعاقد عبر الأنترنت ، دون طبعة ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005 .

59/ محمود سيد عبد المعطي خيال ، التعاقد عن طريق التلفزيون ، دون طبعة ، مطبعة النسر الذهبي ، مصر ، 2000 .

60 / مدحت عبد الحليم رمضان ، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2001 .

61 / مندى عبد الله محمود حجازي ، التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت و إثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي و القانون المدني (دراسة مقارنة)، دون طبعة ، دار المناهج للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010 .

62 / منذر الفضل ، النظرية العامة للإلتزامات دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين المدنية الوضعية ، الجزء الأول ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 1992 .

63 / منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، قوانين اليونسترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 .

64 / منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، دون سنة .

65 / منير محمد الجنبيهي – ممدوح محمد الجنبيهي ، التبادل الإلكتروني للبيانات ، دون طبعة ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2006 .

66 / نزيه محمد الصادق المهدي ، النظرية العامة للإلتزام (مصادر الإلتزام) ، الجزء الأول ، دون طبعة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 .

67 / نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دون طبعة ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2005 .

68/ وائل أنور بندق ، قانون التجارة الإلكتروني (قواعد الأونيسترال و دليلها التشريعي) ، دون طبعة ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2009 .

69 / وحيد الدين سوار ، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة ، عمان ، 1998 .

2- الكتب باللغة الفرنسية :

1/ D' AUZON (Olivier) , Le droit du commerce éléctronique , édition du puits fleuri , Paris , 2005.

2/ FLOUR (Jacques) , AUBERT(Jean-Luc) ,(Eric) SAVAUX , Les obligations , L'acte juridique , Sirey , 2008.

3/ LARROUMET (Christian) ,Droit civil ,Les obligations , Le contrat ,Tome 3, 6 éme édition , Economica , Paris , 2007.

4/ PIETT – COUDOL (Thierry) , La signature éléctronique , litec , Paris , 2001 .

5/ POULET (Olivier) , Savoir négocier ses contrats ,Elmas, Paris, 2007,

6/ RAYNOUARD(Arnaud) ,Le contrat électronique , Panthéon Assas , Paris , 2002 .

7/ RIHM (Isabelle) , L'érreur dans la declaration de volonté , presses universitaire d' Aix Marseille , Marseille , 2006 .

8/ VERBIEST (Thibault) , La protection juridique du cyber – consommateur , Litec, Paris , 2002 .

9/THIEFFRY(Patrick) ,Commerce éléctronique , Droit internationale et européen , litec , Paris , 2001 .

10/ CLAUDE (Lucas de Lyssac) , PARLEANI (Gillbert), Droit du marché , Presse universitaires de France , Paris , 2002 .

ثانيا : الرسائل و المذكرات :

1 / بشار عصمت سميح سكري ، العقود الإلكترونية ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة بيروت العربية ، لبنان ، 2008 .

2 / بلقاسم حامدي ، إبرام العقد الإلكتروني ، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم في العلوم القانونية ، تخصص قانون الأعمال ، جامعة الحاج لخضر باتنة ، الجزائر ، 2015/2014 .

3 / حمودي ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت ، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم ، تخص قانون الأعمال ، كلية الحقوق ، جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2009 .

4 / أحمد طاهري ، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة) ، مذكرة ماجستار ، كلية الحقوق جامعة الجزائر بن عكنون ، الجزائر ، 1998 .

5 / عتيق حنان ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة ماجستار في القانون ، تخصص قانون التعاون الدولي ، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج ، البويرة ، 2012 .

6 / عز الدين محمد بسام شهدين ، الرضا في العقود الإلكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستار في القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الحقوق ، سوريا ، 2000 .

7 / لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، رسالة ماجستار، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية بنابلس ، فلسطين ، 2008 .

8 / برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الدفعة 14 ، المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2003/ 2006 .

ثالثا : المقالات :

1 – المقالات باللغة العربية :

1/ عقيل فاضل محمد الدهان – منقذ عبد الرضا الفردان ، " الإطار القانوني لعقد التفاوض الإلكتروني " ، مجلة أهل البيت ، جامعة أهل البيت ، العدد الثامن ، دون سنة ، العراق .

2/ صابر راشدي ، " المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني "، معارف ، المركز الجامعي البويرة ، العدد التاسع ، 2010 ، ص ص 9 – 28 .

3 / محمد بودالي ، " التوقيع الإلكتروني " ، إدارة ، المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد السادس و العشرون ، المجلد 13 ، الجزائر ، 2003 ، ص ص 49 – 64 .

2 – المقالات باللغة الفرنسية :

1/BEACHERD(Jean), " L' offre dans le commerce électronique " , Le contrat éléctronique au cœur du commerce éléctronique ,Université de poitiers , 2005 ,pp 35-47 .

2/ HASSIER (Théo), " La signture éléctronique ou la nouvelle frontiére probatoire " , Revue de jurisprudence commerciale , n 6 , 2000 , pp 193-199 .

رابعا :المجلات و الملتقيات :

1 / أحمد السعيد الزرقد ، الحماية القانونية من الخداع الإعلاني في القانون الكويتي و المقارن ، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الرابع ، الكويت ، سبتمبر ، 1995 .

2/ أشرف عبد الرزاق ويح ، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي و القوانين العربية) ، مجلة روح القوانين ، الجزء الأول ، العدد 33 ، 2004 .

3 / إلياس بن ساسي ،التعاقد الإلكتروني و المسائل القانونية المتعلقة به ، مجلة الباحث ، العدد الثاني ، كلية الحقوق و العلوم الإقتصادية ، جامعة ورقلة ، الجزائر ، 2003 .

4 / حسن محمود بودي، التعاقد عبر الأنترنت (دراسة مقارنة) ، مجلة روح القوانين ، الجزء الأول ، العدد 37 ، 2006 .

5 / عبد الرحمان خلفي ، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري (دراسة مقارنة) ، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) ، المجلد (1/27) ، كلية الحقوق ، جامعة عبد الرحمان ميرة بجاية ، الجزائر ، 2013 .

6 / محمد نجيب عوضين ، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي و القانون المدني) ، مجلة القانون و الاقتصاد للبحوث القانونية

و الإقتصادية ، العدد 37 ، كلية الحقوق القاهرة ، 2006 .

7 / يزيد أنيس نصير ، الإيجاب و القبول في القانون المدني الأردني المقارن (القوة اللازمة للإيجاب) ، مجلة الدراسات علوم الشريعة و القانون ، العدد الأول ، الجامعة الأردنية ، عمان ، 2013 .

8 / سلطاني آمنة ، حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد ، مداخلة تم إلقاؤها في الملتقى الوطني المنعقد بمعهد العلوم القانونية و الإقتصادية ، المركز الجامعي بالوادي تحت عنوان " حماية المستهلك في ظل الإنفتاح الإقتصادي " يومي 14/13 أفريل 2008 .

9 / قارة مولود ، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية ، مداخلة تم إلقاؤها في الملتقى الوطني حول التوجه التعاقدي للتصرفات القانونية ، كلية الحقوق ، جامعة تلمسان ، 24/23 أفريل 2006 .

خامسا :النصوص القانونية :

أ/ – القوانين المحلية :

1/ الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني الجزائري المؤرخ في 1975/09/26 الجريدة الرسمية رقم 78 لسنة 1975 المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 2005/06/20 الجريدة الرسمية رقم 44 .

2/ القانون رقم 11/84 المؤرخ في 1984/02/09 المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل و المتمم بموجب الأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 الجريدة الرسمية رقم 15 .

ب/ – القوانين الأجنبية:

1/ القانون التونسي رقم 83 المؤرخ في 2000/08/09 بشأن المعاملات الإلكترونية.

2/ القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية .

3/ القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات و التجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 2002/02/12 .

4/ القانون المصري لحماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 .

5/ القانون الفرنسي رقم 1062/2001 المؤرخ في 2001/11/15 المتعـــلق بأمن و حماية حامل البطاقة المصرفية .

6/ قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996/09/16 مع المادة 05 مكرر الإضافية بصيغتها المعتمدة سنة 1998.

7/ التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 المؤرخ في 2000/06/08 الصادر عن البرلمان و المجلس الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية .

8/ التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المؤرخ في 1997/05/20 الصادر عن البرلمان و المجلس الأوروبي بشأن حماية المستهلكين في التعاقد عن بعد .

جـ/ – الإتفاقيات الدولية:

1/ إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع الموقعة في فيانا بتاريخ 1980/04/11 .

2/ إتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية .

الفهـــــــــرس	الصفحة
مقدمـــــة	01
الفصل الأول: قيام الإرادة الإلكترونية .	07
المبحث الأول : التعبير الإلكتروني عن الإرادة .	08
المطلب الأول : إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا و كيفيته .	09
الفرع الأول : جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيا .	10
أولا : قاعدة جوزا التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل .	10
1- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في الشريعة الإسلامية .	10
2- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في القواعد العامة .	12
أ- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات المدنية المقارنة .	12
ب- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريع المدني الجزائري .	14
جـ - قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية .	15
جـ- 1/ قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية على الصعيد الدولي .	16
جـ- 2/ قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية على الصعيد الداخلي .	17
ثانيا : مدى مشروعية الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة .	19
1- القائلون بمشروعية الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة .	19
2- القائلون بعدم مشروعية الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة .	20
ثالثا : الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا .	21
1- الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا في الشريعة الإسلامية .	22
أ- عقد النكاح .	22
ب- عقد الصرف .	23

2- الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية (قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية) .	23
أ- نطاق تطبيق قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية .	24
ب- حرية الدول في تعديل قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية بوضع استثناءات عليه .	24
3- الإستثناءات الواردة على إمكانية التعبير عن الإرادة إلكترونيا في بعض التشريعات المقارنة .	25
أ- الاستثناءات من حيث مجال العقد .	25
ب- الاستثناءات من حيث شكل العقد .	26
رابعا : طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة .	29
1- التعبير عن الإرادة بواسطة شبكة الانترنت .	30
أ- التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الالكتروني .	30
ب- التعبير عن الإرادة بواسطة الموقع الالكتروني .	32
جـ- التعبير عن الإرادة عبر المحادثة .	33
د- التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد .	35
2- التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الإلكترونية الأخرى .	36
أ- التعبير عن الإرادة بواسطة التلكس .	36
ب- التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس .	36
الفرع الثاني : وسيلة التعبير الإلكتروني عن الإرادة .	37
أولا : التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات .	37
1- ماهية التبادل الإلكتروني للبيانات .	37
2- أنظمة التبادل الإلكتروني للبيانات .	38
أ- الطريقة الأولى للتبادل الإلكتروني للبيانات .	38
ب- الطريقة الثانية للتبادل الإلكتروني للبيانات .	39
ثانيا : الإعتراف القانوني برسائل البيانات .	39
1- حجية رسائل البيانات في الإثبات .	39
أ- حجية رسائل البيانات في الإثبات في قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية .	39

ب- حجية رسائل البيانات في الإثبات في الاتفاقيات الدولية الخاصة بالتبادل الإلكتروني للبيانات .	41
2- البصمة الإلكترونية لرسائل البيانات .	41
ثالثا : إرسال الرسالة الإلكترونية ، إسنادها و استقلاليتها ، و الإقرار باستلامها .	42
1- إرسال الرسالة الإلكترونية ، إسنادها و استقلاليتها .	42
2- الإقرار باستلام الرسالة الإلكترونية .	45
المطلب الثاني : الإرادة الإلكترونية في مرحلة التفاوض .	47
الفرع الأول : مفهوم التفاوض الإلكتروني .	49
أولا : ماهية التفاوض الإلكتروني .	49
1- تعريف التفاوض الإلكتروني .	49
أ- تعريف التفاوض لغة .	49
ب- تعريف التفاوض إصطلاحا .	50
ب-1/ التعريف الفقهي للتفاوض .	50
ب-2/ التعريف التشريعي للتفاوض .	50
2- أهمية التفاوض الإلكتروني .	51
3- مراحل التفاوض الإلكتروني .	52
أ- مرحلة دراسة الجدوى .	52
ب- مرحلة دفتر الشروط .	53
جـ- مرحلة إختيار مقدم الخدمة .	53
4- صور التفاوض الإلكتروني .	53
أ- التفاوض بطريق المحادثة .	54
ب- التفاوض بطريق المشاهدة	54
ثانيا : خصائص التفاوض الإلكتروني .	54
1- التفاوض الإلكتروني عقد رضائي.	54
2- التفاوض الإلكتروني عقد ملزم للجانبين .	55
3- التفاوض الإلكتروني عقد تمهيدي .	55
4- التفاوض الإلكتروني عقد مؤقت .	55
5- التفاوض الإلكتروني عقد إلكتروني .	56

ثالثا : تمييز التفاوض الإلكتروني عما يشبهه من أوضاع .	56
1- تمييز التفاوض الإلكتروني عن العقد الإلكتروني النهائي .	56
2- تمييز التفاوض الإلكتروني عن الوعد بالتعاقد الإلكتروني .	57
الفرع الثاني : آثار التفاوض الإلكتروني .	59
أولا : الإلتزامات المفروضة في مرحلة التفاوض الإلكتروني .	59
1- الإلتزام بالدخول في المفاوضات .	59
2- الإلتزام بحسن النية في المفاوضات .	61
3- الإلتزام بالإعلام .	62
4- الإلتزام بالتعاون .	65
5- الإلتزام بالإعتدال و الجدية .	65
6- الإلتزام بالمحافظة على سرية المعلومات الإلكترونية .	66
أ- الإمتناع عن إفشاء المعلومات .	66
ب- الإمتناع عن إستغلال المعلومات السرية .	66
ثانيا : المسؤولية المترتبة في مرحلة التفاوض الإلكتروني و طبيعتها .	67
المبحث الثاني : سلامة الإرادة الالكترونية .	69
المطلب الأول : الأهلية في العقد الالكتروني .	70
الفرع الأول : النظرية العامة في الأهلية .	71
أولا : مفهوم الأهلية .	71
1- ماهية الأهلية .	71
2- أقسام الأهلية .	71
أ- أهلية الوجوب .	71
ب- أهلية الآداء .	72
ثانيا : أحكام الأهلية .	73
1- تأثر الأهلية بالسن .	73
أ- مرحلة إنعدام أهلية الآداء .	73
ب- مرحلة نقصان أهلية الآداء.	74
جـ- مرحلة كمال أهلية الآداء .	74
2- تأثر الأهلية بعوامل أخرى غير السن (عوارض الأهلية) .	75
أ- العوارض التي تصيب العقل (الجنون و العته) .	75

ب – العوارض التي تصيب الإنسان في التدبير (السفه و الغفلة) .	75
الفرع الثاني : تنظيم الأهلية في العقد الإلكتروني .	77
أولا : تحديد هوية الشخص المتعاقد في العقد الإلكتروني .	77
ثانيا : خصوصية الأهلية في التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة .	81
ثالثا : وسائل التحقق من الأهلية في العقد الإلكتروني .	83
1- البطاقة الإلكترونية .	83
2- التوقيع الإلكتروني.	84
3- الإستعانة بجهات التصديق الإلكتروني .	86
4- الوسائل التحذيرية .	87
المطلب الثاني : عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني	88
الفرع الأول : النظرية العامة لعيوب الإرادة .	89
أولا : عيب الغلط .	89
1- تعريف عيب الغلط .	89
2- شروط عيب الغلط .	90
أ- لابد أن يكون الغلط جوهريا .	90
ب- إتصال المتعاقد الآخر بالغلط .	90
جـ- عدم التمسك بالغلط على نحو يتعارض مع حسن النية .	91
ثانيا : عيب التدليس .	91
1- تعريف عيب التدليس .	91
2-شروط عيب التدليس .	91
أ- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.	91
ب- إتصال التدليس بالمتعاقد الآخر.	92
ثالثا : عيب الإكراه .	92
1- تعريف عيب الإكراه .	92
2- شروط عيب الإكراه .	93
أ- التعاقد تحت سلطان رهبة .	93
ب- أن تكون الرهبة هي الدافع إلى التعاقد .	93
جـ – إتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر .	93
رابعا : عيب الإستغلال .	94

1- تعريف عيب الإستغلال .	94
2- شروط عيب الإستغلال .	94
الفرع الثاني : خصوصية و تطبيقات عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني و أثرها عليه .	95
أولا : خصوصية و تطبيقات عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني .	95
1- خصوصية و تطبيقات عيب الغلط في العقد الإلكتروني .	96
2- خصوصية و تطبيقات عيب التدليس في العقد الإلكتروني .	98
3- خصوصية و تطبيقات عيب الإكراه في العقد الإلكتروني .	102
4- خصوصية و تطبيقات عيب الإستغلال في العقد الإلكتروني .	103
ثانيا : أثر عيوب الإرادة على العقد الإلكتروني .	104
الفصل الثاني : صيغ الإرادة الإلكترونية و مجلس العقد الإلكتروني .	107
المبحث الأول : صيغ الإرادة الإلكترونية .	109
المطلب الأول : الإيجاب الإلكتروني .	110
الفرع الأول : مفهوم الإيجاب الإلكتروني .	111
أولا : ماهية الإيجاب الإلكتروني.	111
1- تعريف الإيجاب بوجه عام .	111
2- تعريف الإيجاب الإلكتروني .	112
أ- التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني .	112
ب- التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني .	113
ثانيا : تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشبهه من أوضاع .	113
1- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد .	114
2- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن العروض الموجه للجمهور عبر الأنترنت	115
3- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعاية و الإعلان .	115
ثالثا : أنواع الإيجاب الإلكتروني .	118
1- الإيجاب الإلكتروني العام .	118
2- الإيجاب الإلكتروني الخاص .	119
رابعا : التحفظ في الإيجاب الإلكتروني .	120
1- الرأي القائل بأن الإيجاب المقترن بتحفظ هو مجرد دعوة للتعاقد .	120
2- الرأي القائل بأن الإيجاب المقترن بتحفظ هو إيجاب عام .	120

خامسا : حالات خاصة للإيجاب الإلكتروني .	121
1- حالة الإيجاب الإلكتروني الخاطيء .	121
2- حالة الإيجاب الإلكتروني و السلع غير المتعاقد عليها .	122
سادسا : النطاق الزماني و المكاني للإيجاب الإلكتروني .	123
1- النطاق الزماني للإيجاب الإلكتروني .	123
2- النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني .	125
سابعا : إنقضاء الإيجاب الإلكتروني .	126
1- إنتهاء الوقت المحدد للإيجاب الإلكتروني .	126
2- إلغاء الإيجاب الإلكتروني .	126
3- رفض الإيجاب الإلكتروني .	127
4- موت أحد طرفي العقد .	127
الفرع الثاني : خصائص الإيجاب الإلكتروني و الشروط الواجب توافرها فيه	128
أولا : خصائص الإيجاب الإلكتروني .	128
1- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني .	128
أ- الإيجاب الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني .	129
ب- الإيجاب الإلكتروني عبر مواقع شبكة الأنترنت	130
جـ - الإيجاب الإلكتروني عبر المشاهدة أو المحادثة .	130
2- الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا .	131
3- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد .	131
ثانيا : الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني .	132
1- شرط إلتزام الموجب قبل التعاقدي بالإعلام المتعلق بالإطار العام للعد الإلكتروني .	132
أ- شرط وجوب إستعمال اللغة الوطنية في الإيجاب الإلكتروني في بعض القوانين .	133
ب-شرط ضرورة أن يتضمن الإيجاب العناصر المؤدية لتحديد هوية صاحبه	134
2- شرط إلتزام الموجب بإعلام المستهلك بالعناصر الأساسية للعقد الإلكتروني .	135
أ- المعلومات المتعلقة بالسلع أو الخدمات المقترحة .	135
ب- المعلومات المتعلقة بكيفية تنفيذ العقد و بشروطه الخاصة .	135

جـ- المعلومات المتعلقة بثمن المنتج أو مقابل الخدمة .	136
المطلب الثاني : القبول الإلكتروني .	137
الفرع الأول : مفهوم القبول الإلكتروني .	138
أولا : ماهية القبول الإلكتروني .	138
1- تعريف القبول بوجه عام .	138
2- تعريف القبول الإلكتروني .	139
ثانيا : طرق التعبير عن القبول الإلكتروني (صور القبول الإلكتروني) .	140
1- التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني .	140
أ- القبول عن طريق البريد الإلكتروني .	140
ب- القبول عن طريق النقر على زر القبول أو على الفأرة .	141
جـ- القبول عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الأنترنت .	142
2- التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني .	142
ثالثا : دلالة السكوت في التعاقد الإلكتروني و تأكيد القبول الإلكتروني .	143
1- دلالة السكوت في التعاقد الإلكتروني .	143
أ- حالة إقرار القانون .	145
ب- حالة السكوت الملابس .	145
ب-1/ السكوت الملابس صالح للتعبير عن القبول الإلكتروني .	146
ب-2/ السكوت الملابس غير صالح للتعبير عن القبول الإلكتروني .	146
ب-3/ الأخذ بالسكوت الملابس بحذر .	147
2- تأكيد القبول الإلكتروني .	147
رابعا: حق العدول عن القبول الإلكتروني .	150
1- المقصود بحق العدول عن القبول الإلكتروني و مبرراته .	150
أ- تعريف الحق في العدول عن القبول الإلكتروني .	151
ب- مبررات الحق في العدول عن القبول الإلكتروني .	151
2- حق العدول عن القبول الإلكتروني و مبدأ القوة الملزمة للعقد .	151
الفرع الثاني : خصائص القبول الإلكتروني و الشروط الواجب توافرها فيه .	153
أولا : خصائص القبول الإلكتروني .	153
ثانيا : الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني .	153
1- صدور القبول الإلكتروني و الإيجاب الإلكتروني لا يزال قائما .	154

2- مطابقة القبول الإلكتروني للإيجاب الإلكتروني .	154
3- أن يكون القبول الإلكتروني جازما و باتا .	155
المبحث الثاني : مجلس العقد الإلكتروني و ظرفي تلاقي الإرادتين إلكترونيا	156
المطلب الأول : مفهوم مجلس العقد الالكتروني .	157
الفرع الأول : ماهية مجلس العقد الإلكتروني .	158
أولا : تعريف مجلس العقد .	158
1- التعريف اللغوي لمجلس العقد .	158
2- التعريف الفقهي لمجلس العقد .	158
3- التعريف التشريعي لمجلس العقد .	160
4- تعريف مجلس العقد الالكتروني .	160
ثانيا : عناصر مجلس العقد .	160
1- العنصر المادي لمجلس العقد الإلكتروني (العنصر المكاني).	160
أ- المقصود بالعنصر المادي (المكاني) لمجلس العقد .	161
ب- مدى توافر العنصر المادي (المكاني) في مجلس العقد الإلكتروني .	161
2- العنصر المعنوي لمجلس العقد الإلكتروني (العنصر الزماني) .	162
أ- المقصود بالعنصر المعنوي (الزماني) لمجلس العقد .	163
ب- مدى توافر العنصر المعنوي (الزماني) في مجلس العقد الإلكتروني .	163
الفرع الثاني : صور مجلس العقد و تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني.	165
أولا : صور مجلس العقد .	165
1- مجلس العقد الحقيقي (التعاقد بين حاضرين) .	165
أ- المقصود بمجلس العقد الحقيقي .	165
ب- شروط مجلس العقد الحقيقي .	166
2- مجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين) .	167
أ- المقصود بمجلس العقد الحكمي .	167
ب- شروط مجلس العقد الحكمي .	168
ثانيا : طبيعة مجلس العقد الإلكتروني .	169
1- الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين .	169
أ – مضمون الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين	169
ب- النقدالموجه للإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين	170

حاضرين .	
2- الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين .	171
أ – مضمون الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين .	171
ب- النقد الموجه للإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين .	171
3- الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد مختلط .	172
أ – مضمون الإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد مختلط	172
ب- النقد الموجه للإتجاه القائل بأن مجلس العقد الإلكتروني مجلس عقد مختلط .	172
المطلب الثاني : الظرف الزماني و المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	175
الفرع الأول : الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا.	176
أولا : قصور النظريات التقليدية المحددة للظرف الزماني لتلاقي الإرادتين في التطبيق على التعاقد الإلكتروني .	176
1- نظرية إعلان القبول .	176
أ- مضمون نظرية إعلان القبول .	176
ب – تطبيق نظرية إعلان القبول في التعاقد الإلكتروني .	177
جـ – النقد الموجه لنظرية إعلان القبول .	177
2- نظرية تصدير القبول .	178
أ- مضمون نظرية تصدير القبول .	178
ب- تطبيق نظرية تصدير القبول في التعاقد الإلكتروني .	179
جـ – النقد الموجه لنظرية تصدير القبول .	179
3- نظرية تسليم القبول (نظرية وصول القبول) .	180
أ- مضمون نظرية تسليم القبول .	180
ب – تطبيق نظرية تسليم القبول في التعاقد الإلكتروني .	180
جـ – النقد الموجه لنظرية تسليم القبول .	181
4- نظرية العلم بالقبول .	181
أ- مضمون نظرية العلم بالقبول .	181
ب – تطبيق نظرية العلم بالقبول في التعاقد الإلكتروني .	181
جـ – النقد الموجه لنظرية العلم بالقبول .	182

ثانيا : ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	182
ثالثا : موقف بعض الإتفاقيات و القوانين من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	183
1- موقف بعض الإتفاقيات من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	183
أ- موقف إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع .	183
ب- موقف الإتفاقيات الأوروبية من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	184
2- موقف بعض القوانين من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	185
أ- موقف قانون اليونسترال النموذجي من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	185
ب- موقف بعض القوانين الداخلية من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	186
الفرع الثاني : الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	188
أولا : قصور النظريات التقليدية المحددة للظرف المكاني لتلاقي الإرادتين في التطبيق على التعاقد الإلكتروني .	188
1- نظرية محل إقامة الموجب .	188
أ- مضمون نظرية محل إقامة الموجب .	188
ب- تطبيق نظرية محل إقامة الموجب في التعاقد الإلكتروني .	188
جـ – النقد الموجه لنظرية محل إقامة الموجب .	189
2- نظرية محل إقامة القابل .	189
أ- مضمون نظرية محل إقامة القابل .	189
ب- تطبيق نظرية محل إقامة القابل في التعاقد الإلكتروني .	190
جـ – النقد الموجه لنظرية محل إقامة القابل .	190
ثانيا : ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	190
ثالثا : موقف بعض الإتفاقيات و القوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي	191

الإرادتين إلكترونيا .	
1- موقف بعض الإتفاقيات من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	191
2- موقف بعض القوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	192
أ- موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية من الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	192
ب- موقف بعض القوانين الداخلي من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا .	194
خاتمة	197
قائمة المراجع	201

الملخص :

إن التطبيقات العملية للعقد الإلكتروني و إنتشاره على نطاق واسع دفع العديد من دول العالم إلى إصدار تشريعات عالجت بها أحكام هذا العقد و ما يمتاز به من خصوصية ، و قد كان أول قانون في هذا الخصوص هو قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أصدرته الأمم المتحدة عام 1996 و الذي كان الأساس لأغلب التشريعات التي أصدرتها الدول العربية .

و قد تبين لنا عدم كفاية القواعد القانونية العامة المنصوص عليها في التقنينات المدنية لمعالجة هذا النوع من العقود ، كما تبين لنا عدم وجود تنظيم قانوني في الجزائر ينظم أحكامه ، سوى مادة بسيطة ألا وهي المادة 323 مكرر و ما يليها من القانون رقم 10/05 المعدل للتقنين المدني الجزائري ، لذا يتعين على المشرع الجزائري التدخل في هذا المجال قصد إصدار تشريع يعالج بموجبه العقود الإلكترونية كونها أصبحت من العقود المتداولة على الساحة العالمية مستنيرا في ذلك بتجارب مشرعي باقي الدول ، و أن يولي إهتماما بالغا بأول و أهم ركن يقوم عليه العقد ألا و هو ركن الرضا بإعتبار أن هذا الأخير يبلور مبدأ الحرية العقدية و إرادة الإلتزام ، و أنه في إطار العقد الإلكتروني يثير الكثير من اللبس و الغموض خاصة فيما يتعلق بتحديد هوية المتعاقدين ، و تحديد المعالم القانونية له في البيئة الإلكترونية على نحو يوفر الأمان لهم خاصة فئة المستهلك بإعتباره أضعف طرف في العقد .

الكلمات المفتاحية : العقود الإلكترونية ، التجارة الإلكترونية ، الرضا ، وسائل الإتصال الحديثة .

Résumé :

Les utilisations pratiques du contrat éléctronique et sa large diffusion à travers le monde ont poussé plusieurs pays a en déterminer les régles en légiférant dans ce domaine particulier .

A ce titre , La loi type UNCITRAL sur le commerce éléctronique adopteé par les Nations Unies en 1996 a été un modèle d'inspiration pour la plupart des législations arabes.

Il nous semble que les régles juridiques générales prévues dans les différents codes civils sont insuffisantes pour régire ce type de contrat , il nous semble aussi que l'intervention du législateur algérien est indispensable pour traiter ce sujet en l'absence de toute disposition dans le code civil algérien à l'exception de l'article n^0 323 bis de la loi n^0 05 /10 modifiant le code civil.

En effet les contrats élèctroniques sont de plus en plus utiliser à l'échelle mondiale et le législateur devait leur accorder plus d'importance en s'inspirant des éxpériences des autres pays , particulièrement en ce qui concerne l'élément constitutif le plus important du contrat , à savoir le consentement qui incarne le principe de la libérté contractuelle et la volonté de s'obliger .

Cependant , l'usage du contrat éléctronique souléve plusieurs difficultés et confusions notament quant à l'identité des contractants et la détérmination des repéres juridiques dans l'environnement éléctronique et cela n'est que de nature à rassurer le consommateur considéré comme la partie faible du contrat .

Les mots clés : les contrats éléctronique , le commerce éléctronique , le consentemt , les moyens modernes de comunnication .

Abstrat :

The use of electronic practical contrat and its large diffusion all along the word has pushed many countries to determin and desing the rules legiferance in that particular domain .

At that title , the law in type UNCITRAL on electronic commerce adopted by the united states in 1996 has been example of impiration forthe majority of arabic legislations .

It seems to us that the judiciary general rules existing in the different civilian codes are insuffitiant for directing that type of contract .

Its seems to us also that the intervention of the algerain legislator is inivitable for studying in that subject , in the inixistance of all disposition in the algerian civil code , exeptionally the artical number 323 repeated .

In fact , the electronic contrats are more and more used on the national field and the legislators may give them more importance thanks to the experiences of other countries , partcularly the constitutive element wishe is satisfaction wich includes the princple of contractual liberty and the will of being obliged .

Finally , the use of electronic contrat engenders many difficulties and confusions , expecially when speaking of the contractor's identity and the determination of juditrary characters in the electronic environement and that is not in the state of assuring the consomator concidered as the weak part of the contrat .

The key words : the electronic contrat , electronic commerce , the satisfaction , modern meas of communication .