الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة د.مولاي الطاهر سعيدة

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

تخصص: القانون الاقتصادي

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون الاقتصادي

النظام القانوني لمجلس العقد الالكتروني "دراسة مقارنة"

من إعداد الطالبة:

*** بهيليل فوزية**

تحت إشراف الدكتور:

*** * طيطوس فتحي ****

لجنة المناقشة:

- **الأستاذ:** .....هني عبد اللطيف..... **رئيسا**
- **الدكتور:** .....طيطوس فتحي.....**مشرفا ومقررا**
- **الدكتور:** .....بوزيان بوشنتوف..... **عضوا مناقشا**
- **الأستاذ**.....رويسات عبد الحميد..... **عضوا مناقشا**

الموسم الجامعي 2015/2014

شكـــــر وتقديـــــــــــــــر

دائما هي سطور الشكر والثناء تكون في غاية الصعوبة عند الصياغة ربما لأنها تشعرني دوما بقصورها وعدم إيفائها حق من أهديه هذه الأسطر واليوم تقف أمامي الصعوبة ذاتها وأنا أحاول صياغة كلمات الشكر والتقدير للأستاذ الدكتور "طيطوس فتحي" قبل أن يكون أستاذي كان لي نعم الأخ ونعم الأستاذ، الذي تولى مهمة الإشراف على مذكرتي هذه وأولني الرعاية والاهتمام في إشرافها حتى تم إخراجها بهذه الصورة، وقدم لي العون ومد لي يد المساعدة وزودني بالمعلومات اللازمة لإتمام هذا البحث وله جزيل الشكر والتقدير وأخص التقدير والشكر للأستاذ الدكتور "بن أحمد الحاج" رئيس التخصص والذي كان نعم الأستاذ وقدم لي المساعدات والتسهيلات فله مني كل الشكر والتقدير وجزيل الشكر والتقدير إلى من وقفت معي ونورت دربي بنصائحها ومدت لي يد المساعدة ولم تبخل عليا بأية مساعدة إلى الأستاذة "سحنون فاطمة الزهراء" وجزيل الشكر والامتنان إلى كل من ساعدني من قريب أو بعيد على إنجاز هذا العمل وفي تضليل ما وجهته من صعوبات وكل الشكر والعرفان إلى أساتذة وموظفي كلية الحقوق والعلوم السياسية بجامعة سعيدة – الدكتور مولاي الطاهر –

كلمـــــــــــــــــــــــة

حياتنا كالورود
فيها من الجمال ما يسعدنا
وفيها من الشوك ما يؤلمنا
ما كان لك سيأتيك رغم ضعفك
وما ليس لك لن تناله بقوتك
تعلم الأمس عبرة
ولا تركز على سلبيات ما حصل فيه
يومك الجديد هو طريقك
للمستقبل المشرق

بسم الله الرحمن الرحيم

✐☞◆☾⬧♐ ⌘☠▫◘♎⬊ ⬧⬧ ⌺⌨❑✡◷⌺⬧⬀⌛←❁ ☎✃❑⬈♐◎☞⬧♎)
✿💣☼❒🕮 ⌺⌨❑☼⦰◗ ☎ ✐☞❑✡⧫☞⇳☺❋◘⧫⬉ ☞⧫✌ ⬝⬧⦰◗
(⮈⌧⌘⮋ ⓿⚐⑩⬿▤❑⧫⬂💻☞✃ ⬉☹⬈⦰◘⌺➔⬂♐◎☞✃

صدق الله العظيم

سورة البقرة الآية 32

مقدمـــــــــة

من بين إفرازات عصر المعلومات الذي نعيشه الآن، التطور الكبير الذي تشهده أنظمة المعلومات (الكمبيوتر) Informatique والاتصالات Télécommunication وقد أدى دمج هذين النظامين إلى ظهور ما يسمى بشبكات الاتصالات أو المعلومات العالمية، وأبرزها شبكة الانترنت، وأهم استخدام لهذه الوسائل الحديثة للاتصالات هو عملية نقل وتبادل المعلومات الكترونيا échange de données informatisées، من دون اللجوء إلى العالم الحقيقي أو الهادي، وقد تم استغلال ذلك كأداة للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود وإجراء مختلف المعاملات التجارية، بين أشخاص متواجدين في أماكن متباعدة، ولم يقتصر على ذلك بل امتد حتى تنفيذ هذه العمليات، وهذا النمط الجديد من أنماط التعاقد والتجارة هو الذي اصطلح على تسمية فيما بعد بالعقود الالكترونية أو التجارة الالكترونية.

يعتبر العقد الالكتروني، الذي هو أهم وسيلة من وسائل التجارة الالكترونية إذ يتميز هذا العقد بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات الاتصالات العالمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، كما أنه غالبا ما يكون محررا على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية.

والمعلوم أن العقد لا ينعقد إلا بتطابق الإيجاب والقبول من خلال مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي الذي يعد بمثابة البوتقة التي تنحصر فيها إرادة طرفي العقد لكي يولد هذا الأخير، وعلى ذلك فإن مجلس العقد يمثل الإطار المكاني والزماني لالتقاء وتطابق الإرادتين، وذلك حال كون الإيجاب نافذا لم يتم الرجوع عنه أو انتهت المدة التي يكون ملزما خلالها، ويقتضي تطابق الإيجاب والقبول أن يتم التعبير عنهما بإحدى وسائل التعبير عن الإرادة بوسيلة تقليدية أو الكترونية، ويعني ذلك أن شبكة الانترنت وغيرها من وسائل الاتصال لا تعد وسائل جديدة للتعبير عن الإرادة بل هي لا تعدو أن تكون وسائل لتوصيل الإرادة من طرف إلى آخر حال إبرام العقد.

وقد ارتبطت تلك الوسائل الالكترونية بميلاد شبكة الانترنت وغيرها من وسائل وشبكات الاتصال، وظهور ما يسمى بالمعاملات الالكترونية أو عقود التجارة الالكترونية[1] ومن هنا بدأ اهتمام الفقه والتشريع بالعقد الالكتروني الذي صار مألوفا في حياتنا اليومية بل والأكثر انتشارا في المستقبل بالتوازي مع التطور في وسائل الاتصالات.

ومما سبق بتداولنا أهمية فكرة مجلس العقد عموما وفي إطار التعاقد الالكتروني بصفة خاصة دون ذلك لوجود الطرفين في أماكن مختلفة لحظة إبرام العقد، وعلى الرغم من أهمية نظرية مجلس العقد، إلا أنه بعض القوانين في الدول العربية لم توليها الاهتمام اللائق سيما وأن أهميتها تزداد يوما بعد يوم نتيجة تنامي اللجوء للوسائل التقنية الحديثة في إتمام المعاملات المدنية.

وتؤيد بعض الدراسات على رأسهم الدكتور مصطفى أحمد أبو عمرو[2] الدكتور أسامة عبد العليم الشيخ[3] والدكتور جابر عبد الهادي سالم الشافعي[4] بأن التعاقد عن بعد يطرح مسألة في غاية الأهمية ألا وهي مفهوم "مجلس العقد" في ضوء هذا الطرح الجديد للتعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، والتي تتم بصورة فائقة السرعة وقد تنبأ الفقه[5] منذ زمن بعيد بالصعوبات الناشئة عن التعاقد بين غائبين والتي يعد العقد الالكتروني أحد أهم تطبيقاتها.

وإدراكا لأهمية هذا الموضوع بضرورة إسهام الفقه في إجلاء غموضه فقد وقع الاختيار على فكرة مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت (الالكتروني) لتكون محور تلك الدراسة الموجزة، وهذا الموضوع جديد كونه وليد التطور، فلم يخص مجالات معينة وإنما ليشمل المجال القانوني فأصبح يمس عديد الموضوعات القانونية.

وقد اقتضت طبيعة هذه الدراسة للوصول إلى النتائج الموجودة منها أن يكون المنهج الذي تم اتباعه جامعا بين المنهج التاريخي لتحديد المفاهيم التي تنطوي عليها الدراسة

[1] - يفضل بعض الفقه مصطلح المعاملات الالكترونية على مصطلح التجارة الالكترونية، أنظر على سبيل المثال أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2002، ص112.

[2] - من مؤلفاته: د. مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2011.

[3] - من مؤلفاته: د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانوني الوظيفي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008.

[4] - من مؤلفاته: د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه والقانون الوصفي، دار الجامعة الجديد الإسكندرية 2001.

[5] - من أنصار هذا الاتجاه، أنظر على سبيل المثال، د. صلاح الدين ذكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، رسالة دكتورته، حقوق القاهرة، 1972.

والمنهج التحليلي لتحليل النصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع والمنهج المقارن، فهو اللجوء إلى بحث موضوع (مجلس العقد الالكتروني) وكيفية معالجته في عدد من القوانين المختلفة، مع بيان ما يجري عليه العمل في العقود النموذجية والاتفاقيات الدولية ذات الصلة بموضوع الدراسة.

تتلخص صعوبات البحث في موضوع مجلس العقد الالكتروني بما يأتي:

1. صعوبة الاستقرار على خطة البحث لتكون متناسقة ومقبولة، وذلك بسبب خصوصية الموضوع المبحوث التي تستوجب التركيز في الدراسة على نقاط بعينها، عند بحث موضوع مجلس العقود والمرور على نقاط أخرى بشكل موجز، بالقدر الذي تتصل فيه خصوصية عقد الالكتروني وتستقل فيه أيضا من حكم القواعد العامة، وعدم التطرق إلى نقاط أخرى مطلقا، ليس لها خصوصية تميزها من حكم القواعد العامة المشبعة بحثا في مجلس العقد التقليدي، وهذه الصعوبة استوجبت أن تكون خطة البحث بالطريقة التي هي عليها الآن.

2. إن مجلس العقد أحد الموضوعات القانون المدني لكن تعلقت الدراسة بمجلس العقد الالكتروني أوجب الخوض في أكثر من فرع من فروع القانون، كالقانون التجاري، وقواعد القانون الدولي الخاص هذا فضلا عن اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني داخلي لدول مختلفة، مع اللجوء باستمرار إلى الاتفاقيات الدولية والقواعد النموذجية المتعلقة بالموضوع.

3. صعوبة ضيق الوقت بموضوع بهذا الحجم وهاته الأهمية إضافة إلى موضوع البحث يعتبر من المواضيع الجديدة وذلك راجع لقلة الدراسات والبحوث الوطنية في هذا التخصص، وقلة المراجع المتخصصة وإن وجدت فهي تكرارا لما سبق تناوله خصوصا المراجع الجزائرية، وهذا لعدم تنظيم المشرع الجزائري قانونا خاصا بالمعاملات الالكترونية.

لقد تضاعفت أهمية هذا الموضوع مع نمو ظاهرة التجارة الالكترونية وتزايد اللجوء للتعاقد الالكتروني من خلال شبكات رقمية أو شبكات الاتصال وعلى رأسها شبكة الانترنت

وهذا ما أوجب التساؤل: ما هي أحكام انعقاد العقد الالكتروني، وهل يعتبر تعاقدا بين غائبين أو حاضرين؟

هل مجلس العقد الالكتروني هو نفسه مجلس العقد التقليدي، وما الذي يميزه عن مجلس العقد الحقيقي والحكمي؟

هل يتم إعمال فكرة المجلس الحكمي إلا في حالة التعاقد بين غائبين؟

لقد اقتضت المنهجية المتقدمة تقسيم البحث على مقدمة ومبحث تمهيدي وفصلين، تضمنت المقدمة بعد الفقرة التعريفية العامة، موضوع البحث ثم أهمية موضوع البحث، ثم الدراسات السابقة للبحث، ثم أسباب اختيار الموضوع، ثم منهجية البحث، ثم صعوبات البحث، ثم الإشكالية وخطة البحث.

وقد خصص المبحث التمهيدي بمفهوم العقد الالكتروني، فتم من خلاله تعريف العقد الالكتروني في طريقة انعقاده، ثم التعرف على خصائص العقد الالكتروني، ثم تمييز العقد الالكتروني عن العقود المشابهة له.

وقد خصص الفصل الأول لمجلس العقد الالكتروني وهذا بتعريف مجلس العقد وبيان طبيعته وخصائصه وصوره وخصوصيته في إطار التعاقد عبر الانترنت، وقد تم بيان من خلال المبحث الأول من الفصل الأول لمفهوم مجلس العقد وحكمته، إذ تم في هذا الفصل تعريف مجلس العقد ضمن المطلب الأول، ثم دليل وجود نظرية مجلس العقد في الفرع الأول، ثم المقصود بمجلس العقد في الفرع الثاني، ثم تمييز مجلس العقد عن المرحلة السابقة عليه في الفرع الثالث.

وخصص المطلب الثاني من المبحث الأول لحكمة مجلس العقد الالكتروني في فرعين لبيان حماية مجلس العقد للمتعاقدين والغير، أما الفرع الثاني فتناول حماية مجلس العقد للتعاقد ذاته.

أما المطلب الثالث فقد خصص لأنواع مجلس العقد الالكتروني في ثلاثة فروع لبيان مجلس العقد الحقيقي في الفرع الأول، أما الفرع الثاني مجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين)، أما الفرع الثالث فتناول الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني.

أما المبحث الثاني من الفصل الأول فتضمن زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، إذ تم بيان وقت إبرام العقد الالكتروني في المطلب الأول، ثم بيان اتجاهات فقهية في تحديد وقت انعقاد العقد الالكتروني في الفرع الأول، ثم بيان النظريات التي تنحاز للموجب له في الفرع الثاني، ثم بيان النظريات التي تنحاز للموجب في الفرع الثالث.

أما المطلب الثاني من المبحث الثاني فقد خصص لمكان إبرام العقد الالكتروني فتضمن الفرع الأول موقف التشريعات العربية لتحديد مكان إبرام العقد الالكتروني، ثم موقف تشريعات المعاملات الالكترونية من تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني في الفرع الثاني، ثم الفرع الثالث تضمن القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني في التشريع الجزائري.

أما الفصل الثاني فقد خصص لأثار مجلس العقد الالكتروني في مبحثين، تناول المبحث الأول الإيجاب الالكتروني، إذ تم بيان مفهوم الإيجاب الالكتروني في المطلب الأول، ثم تعريف الإيجاب الالكتروني في الفرع الأول، ثم صور الإيجاب الالكتروني في الفرع الثاني، ثم بيان خصائص الإيجاب الالكتروني في الفرع الثالث.

أما المطلب الثاني من المبحث الأول فتناول الشروط التعاقدية للإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد، فتناول الفرع الأول المعلومات العامة للإيجاب الالكتروني، ثم الشروط التعاقدية في الفرع الثاني، ثم الإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد في الفرع الثالث.

أما المطلب الثالث من المبحث الأول فخصص لحرية الموجب في العدول عن الإيجاب، فتناول الفرع الأول حكمة منح الموجب الحق في الرجوع عن الإيجاب، ثم تعريف خيار العدول وشروطه في الفرع الثاني.

أما المبحث الثاني من الفصل الثاني فقد خصص للقبول الالكتروني في ثلاثة مطالب، تناول المطلب الأول مفهوم القبول الالكتروني وطرق التعبير عنه، فخصص الفرع الأول لتعريف القبول الالكتروني وخصائصه، ثم طرق التعبير عن القبول الالكتروني في الفرع الثاني، ثم تناول الفرع الثالث صلاحية السكوت للتعبير الالكتروني عن القبول.

أما المطلب الثاني من المبحث الثاني فتناول حرية الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه، فتم بيان تعريف خيار القبول وحكمته في الفرع الأول، ثم بيان موقف التشريعات من خيار القبول في الفرع الثاني، ثم شروط مباشرة خيار القبول في الفرع الثالث.

أما المطلب الثالث فتناول اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الالكتروني في فرعين، تناول الفرع الأول التوافق على المسائل الجوهرية ثم تناول الفرع الثاني عدم تطابق صيغ الإيجاب والقبول الالكتروني.

وقد ختم البحث بخاتمة تناولت أهم النتائج التي توصل إليها الباحث، ثم فهرست لمصادر البحث ومراجعه.

المبحث التمهيدي

تمهيد للعقد الالكتروني

من المقرر أن العقد بصفة عامة يتمثل في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وأن العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يعرف في علم القانون في الدول الأنجلو أمريكية the lawofthe contrat، وأن العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائيا أو شكليا أو عينيا وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزما لجانبين أو ملزما لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا فوريا أو عقدا مستمرا وإما أن يكون عقدا محددا أو عقدا احتماليا.[1]

إن العقد الالكتروني، في الواقع، لا يخرج في بنائه وتركيبه وأنواعه ومضمونة هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع المشرع تنظيما خاصا له.[2]

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني

ليس هناك تعريف موحد للعقد الالكتروني، لاسيما لو أخذنا بعين الاعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه في الفقه (الفرع الأول) ثم تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في (الفرع الثاني) وأخيرا نشير إلى بعض التعاريف الواردة في المواثيق الدولية في (الفرع الثالث)

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الالكتروني فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن" العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت"،[3] والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الالكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التيلكس والفاكس و المنيتيل في فرنسا.

ومن هذه التعاريف أيضا القائل بأن العقد الالكتروني هو: "كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل".[4] ويلاحظ من هذا التعريف انه اشترط وسيلة مسموعة مرئية لكي

[1] - عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 2000، ص 230.

[2] - خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص50.

[3] - عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي 2002، ص47.

[4] - خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة 2002، ص123.

يعتبر العقد الكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الالكترونية بدون استعمال الوسائل المرئية مثل التعاقد عبر البريد الالكتروني الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر عقدا الكترونيا.

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الالكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد الكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الالكترونية حتى إتمامه معتبرا أنه :" كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[1]

الفرع الثاني: التعريف الوارد في القوانين المقارنة

في غياب تعريف للعقد الالكتروني في القانون الجزائري ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال، فقد عرفت المادة 8/20 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني العقد الالكتروني على أنه:"الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية،كليا أو جزئيا". وقد عرفه قانون إمارة دبي رقم 1 لسنة 2000 بأنه:" التصرف القانوني الذي يتم إبرامه وتنفيذه بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية".[2]

وعرف قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي المبادلات الالكترونية في مادته الثانية على أنها :"المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية، وعرف التجارة الالكترونية بأنها العمليات التجارية التي تتم عبر مبادلات الالكترونية".[3]

أما في فرنسا فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة أين عرفت التجارة الالكترونية بأنها:" مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض وبين المشروعات والأفراد وبين المشروعات والإدارة".[4]

فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى وعلاقة المشروعات بالأفراد، وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلتها تشمل كل الوسائل الرقمية.

الفرع الثالث: التعريف الوارد في المواثيق الدولية

[1] - عبد الفتاح بيرمي حجازي، المرجع السابق، ص49.
[2] - مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011، ص27.
[3] - المرجع نفسه، ص28.
[4] - مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص. 29.

تقتصر في هذه النقطة على التطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية، كونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال، ثم التعريف الذي جاءت به المواثيق الأوربية.

أولا: التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية UNCIRTALأو[1] CNUDCI في المادة 2-ب بتعريف "بتبادل البيانات الالكترونية (L'échange de données informatisées) حيث نصت بأنه:"يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب أخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الالكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فان العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2-أ و 2-ب وهي:

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر أخر وفقا لنظام عرض موحد
- نقل الرسائل الالكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.
- النقل بالطريق الالكتروني للنصوص باستخدام الانترنت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتيلكس والفاكس.

وواضح مما سبق أن الانترنت حسب هذا القانون، ليست الوسيلة الوحيدة لتمام عملية التعاقد والتجارة الالكترونية، بل شاركها وسائل أخرى مثل جهازي التيلكس والفاكس.

ويرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الالكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الالكتروني لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أن هذا القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود فبالإضافة على شبكة الانترنت هناك وسيلة الفاكس والتيلكس.

[1] - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996 يتكون هذا القانون م 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين ، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد 1 إلى 10، أما الباب الثاني فيتكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع و المستندات في المادتين 16 و17 منه، ويلحق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية.
ويتضمن هذا القانون نوعين من القواعد قواعد آمرة تتعلق بالتطبيق العام للقانون، وأخرى تكميلية لا تطبق على المستخدمين إلا في حالة عدم وجود اتفاق يخالفها.
11:24 يوم 18فبراير 2015 على الساعة www.uncitral.orgمن أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له راجع:

ثانيا: التعريف الوارد في الوثائق الأوربية

نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد:"كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في نفس النص بأنها:" كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي المورد والمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه". فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الالكترونية.

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بأنه عقد مبرم بوسيلة الكترونية، ويتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين مكانا كما يغلب عليه الطابع التجاري وهي الخصائص التي سوف يتم التطرق إليها فيما يلي:

الفرع الأول: العقد الالكتروني هو عقد مبرم بوسيلة الكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الالكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة الكترونية فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصال المختلفة (السلكية واللاسلكية)[1] ويمكن عرض أهمها فيما يلي:

1- <u>التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة:</u>

هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة نسبيا، والتي تستخدم في إبرام العقود ومنها:

- المينيتل minitel: يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود وهو جهاز قريب الشبه بجهاز كمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف.[2]

[1] - برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء لسنة 2006، ص9.

[2] - ظهر هذا الجهاز في فرنسا في منتصف الثمانينات وكان ظهور خدماته نتيجة تعاون الهيئة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية (التابعة لوزارة البرق و البريد و الهاتف وبين متعهدي الخدمات).

- التيلكس: هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها.[1]

- الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل مستوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز الفاكس أخر لدى المستقبل، ويلاحظ أنه هناك فارق زمني للرد على المرسل.[2]

- الهاتف المرئي: لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الاتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور.[3]

2- التعاقد عن طريق شبكة الانترنت:

تعرف الانترنت بأنها:" شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم".[4]

وقد بدأ استخدام هذه شبكة الانترنت في المعاملات التجارية سنة 1992 عندما ظهرت (world wide web)، أين كانت هذه المعاملات تجري في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد الالكتروني، إلا أن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع والخدمات من خلال شبكة المواقع web.

ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الالكتروني عبر الانترنت أهمها:

-الكمبيوتر: هو أوسع الأجهزة انتشارا و استخداما في التعاقد عبر الانترنت، ويعرف بأنه: "جهاز الكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا لتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين، وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها "

- التجهيزات الذكية :intelligent équipements، هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تكمن من عملية الدخول على الانترنت وتبادل عمليات الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، إذ تستطيع هذه

[1]- أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة2002، ص.ص. 49 و 50.
- المرجع نفسه، ص50. .[2]
[3]- محمد الأمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004، ص17.
- أسامة أبو الحسن مجاهد التعاقد عبر الانترنت، الكتب القانونية، مصر، الطبعة 2002، ص.ص. 5 و [4]6.

الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية الكترونيا عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها بإرسال أمر شراء الكترونيا إلى إحدى المتاجر الافتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنت فتتم العملية دون تدخل بشري.[1]

- الهاتف المحمول: ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الانترنت وتعرف بخاصية wap وقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الالكترونية بصفة عامة إلى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول أو التجارة الخلوية،يرمز لها اختصارا ب m-commerce.[2]

الفرع الثاني: العقد الالكتروني هو عقد مبرم عن بعد: (عابر للحدود)

بالنظر إلى آلية تلاقي الإيجاب والقبول ومكان تواجد الطرفين لحظة إبرام العقد نجد أن العقد الالكتروني ينتمي لطائفة التعاقد عن بعد،فلا يجتمع الموجب والقابل في مجلس عقد حقيقي إذ لا يلتقيان هما أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما التقاء جسديا فعليا، والواقع أن هذه السمة من سمات هذا العقد وإن كانت تؤدي لتسيير إبرام العقود ونمو النشاط التجاري وتنامي أعداد التصرفات القانونية إلا أنها تثير العديد من المشكلات القانونية لعل أهمها عدم قدرة كل طرف على التأكد من شخصية الطرف الأخر، وجديته في التعاقد وأهميته لإبرامه،[3] وسلامة إرادته من العيوب الواردة بالقانون.

وفضلا عن ذلك فإن هذه الخاصية من خصائص العقد الالكتروني من شأنها إثارة التساؤل حول زمان ومكان إبرامه رغم الأهمية القصوى لتحديد هذه النقاط بسبب أثارها القانونية الجوهرية،إذ يترتب على ذلك تحديد المحكمة المختصة بنظر ما قد ينشب بين الطرفين من منازعات مرتبطة بالعقد وكذلك تحديد القانون الذي تسري أحكامه على مثل هذه المنازعات، وتجدر الإشارة إلى أن العقد الالكتروني وإن كان ينتمي لطائفة التعاقد عن بعد إلا انه يظل متميزا عن غيره من العقود التي تشملها تلك الطائفة.

---

[1] - يطلق على هذه المعاملات اسم المعاملات الإلكترونية المؤتمتة ويقصد بها تلك المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات الكترونية والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي كما هو الحال بالنسبة لإنشاء وتنفيذ العقود المادية، بحيث تتم عن طريق برنامج آلي أو نظام الحساب الآلي يسمى بالوسيط الإلكتروني.

[2] - تدخل التجارة الخلوية ضمن مفهوم الأعمال الخلوية اللاسلكية التي هي عبارة عن توظيف وسائط الاتصال اللاسلكية – الهاتف الخلوي بشكل خاص – في الأنشطة التجارية المختلفة بين مؤسسات الأعمال والزبائن وبين مؤسسات الأعمال فيما بينها بالاعتماد أساسا على تبادل البيانات بالوسائل الخلوية و يعتبر الهاتف أهم وسيلة لاسلكية في إبرام العقود في الوقت الحاضر إذ يتيح هذا الأخير نقل وتبادل البيانات و دخول مختلف المواقع التجارية على شبكة الانترنت بفضل بروتوكولات اتصالية ملائمة مثل wap وبلوتوث Bluetooth

[3] -.مصطفى أحمد أبو عمرو، نفس المرجع، ص.ص. 35، 36.

ويرتبط بكون العقد الالكتروني يتم عن بعد أنه عقد عابر للحدود حيث يؤدي للتغلب على المشكلات الناجمة عن الحدود الجغرافية التي تعوق أحيانا كثيرا حركة تداول المنتجات والخدمات والأموال، وعلى ذلك فإن هذا العقد من حيث نطاقه الجغرافي الذي قد يكون دوليا أو وطنيا داخليا.

الفرع الثالث: يغلب على العقد الالكتروني الطابع التجاري

قد يتم التعاقد الالكتروني بين المنتج والموزع أو بين الموزع والمستهلك، وقد يكون العقد الالكتروني بيعا أو إيجارا أو رهنا أو كفالة أو قرضا ..... وعلى ذلك فإن هذا العقد يكون بحسب غرضه أو محله أو أطرافه عقدا تجاريا أو مدنيا. ويسبغ بعض الفقه على هذا العقد الصفة التجارية متى أن هذا الفقه يطلق عليه تسمية عقد التجارة الالكترونية [1] على اعتبار غلبة الطابع التجاري على العقود الالكترونية فضلا عن كونها الأداة الرئيسية لأنشطة التجارة الالكترونية. وخلاصة مما سبق أن العقد الالكتروني قد يكون مدنيا أو تجاريا أو إداريا إلا أن أغلب العقود الالكترونية تتسم بالصبغة التجارية على الأقل من ناحية البائع أو المورد أو الموزع للسلعة أو الخدمة المتداولة بواسطة العقد الالكتروني.

المطلب الثالث: تميز العقد الالكتروني عن العقود المشابهة

إذا كان العقد الالكتروني يتقاطع مع غيره من العقود في بعض النواحي،فإن يظل متميزا عنها ويبقى كذلك مستقلا بأحكامه الخاصة التي تتلاءم مع سماته،وسنوضح ذلك من خلال الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التميز من حيث أسلوب التعاقد

[1] - محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص19.

يتفق العقد الالكتروني مع العقود التقليدية من نواحي عديدة ولكنه يختلف عنها في وسيلة إبرامه وهو ما يجعله منفردا ببعض الأحكام الخاصة به سيما في الدول التي حدثت قانونها المدني بإضافة بعض الأحكام الخاصة بهذا النمط التعاقدي الحديث كفرنسا، أو في الدول التي سنت تشريعات مستقلة لتنظيم المعاملات الالكترونية كالإمارات العربية وتونس والأردن وعمان.

أولا: العقد الالكتروني والعقد التقليدي

لاشك في ضرورة توافر أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب من أجل صحته، فهذه العناصر لا مناص من توافرها في كل عقد، وعلى ذلك فلا بد في كافة الأحوال من توافر الرضا الصحيح وتطابق الإيجاب والقبول وأن يكون محل العقد وسببه قد استوفيا الشروط القانونية اللازمة.[1]

وبجانب ذلك فإنه يجب توافر أهمية التعاقد من جانب الطرفين وفقا لطبيعة العقد وفقا لما إذا كان من أعمال التصرف أو من أعمال الإدارة.

على أن خصوصية العقد الالكتروني تتجلى في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للأخر أو التفاوض بشأن بنود العقد، ففي العقد التقليدي وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي يستطيع كل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف ويتعرف على مدى جديته في التعاقد.

كما يتيح التعاقد التقليدي أيضا التعرف على محل التعاقد بسهولة بينما قد لا تتوافر هذه الإمكانية بذات الدرجة في التعاقد الالكتروني، ومن حيث مجلس العقد كمعيار للتمييز، فإن العقد التقليدي يتم عادة من خلال مجلس العقد الحقيقي الذي يتلاقى فيه الطرفان جسديا في مكان واحد يجمعهما أثناء التفاوض وتطابق الإيجاب مع القبول بحيث يتم ذلك في ذات الزمان والمكان،ولا يصدق هذا الأمر بشأن العقد الالكتروني الذي يعد من العقود بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان.[2]

ثانيا: العقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التليفون أو الفاكس

قد يتبادل طرفا العقد التعبير عن الإرادة من خلال الاتصال الهاتفي أو بإرسال رسالة عبر الفاكس، وسواء تم التعاقد بهذه الوسيلة أو تلك فان العقد المبرم بإحداها يتفق مع العقد الالكتروني إذا هي جميعا عقود تبرم بين غائبين من حيث المكان على الأقل.

---

[1] - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية ، للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص 72.

[2] - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق، ص45.

على أن العقد الالكتروني يظل متميزا عن التعاقد بالتليفون أو بالفاكس من نواحي عديدة فهو يختلف عن التعاقد بالتليفون من حيث أن الإرادة يتم تبادلها شفويا حال إبرام التعاقد بواسطة التليفون، بينما في حالة العقد الالكتروني قد يتفاعل الموجب مع الموجب له بالصوت والصورة أو بالكتابة من خلال الصفحات الويب web أو عبر البريد الالكتروني Email. ففي حال التعاقد بواسطة الهاتف قد يتطلب الأمر تأكيدا كتابيا على التعاقد من أجل إثبات العقد حال نشوء نزاع بصدد أحد بنوده، وحين يتعلق الأمر بالتعاقد الالكتروني عبر الانترنت، فإن المشروع سواء في مصر أو فرنسا بحجية كلا من المحرر أو التوقيع الالكتروني، وهو ما يجعل إثبات هذا التعاقد أمرا ميسورا.[1]

- أما فيما يتعلق بالفارق بين العقد الالكتروني ونظيره الذي يتم بواسطة جهاز الفاكس، فإن ذلك يتمثل في أن الفاكس هو مجرد وسيلة لتبادل المستندات أو المحررات الخاصة بالتعاقد في شكل ورقي. ويعني ذلك أن الوجود المادي للمحرر التقليدي يتحقق حال التعاقد بواسطة الفاكس أما فيما يخص التعاقد الالكتروني فإن التفاوض وإبرام العقد وتبادل المحررات الخاصة به يتم الكترونيا، بحيث تتخذ المستندات العقدية وما يرد عليها من توقيعات الشكل الالكتروني.[2]

ثالثا: العقد الالكتروني والتعاقد بواسطة التليفزيون أو الوسائل المماثلة

يتفق العقد الالكتروني مع التعاقد بواسطة التليفزيون أو الوسائل المشابهة من حيث أن الإيجاب فيهما يكون غالبا موجها للجمهور الذي يرغب في التعاقد بشأن إحدى السلع أو الخدمات. على أنهما يتميزان من حيث أن مدة العرض وأسلوب التعاقد تختلف بشأن كلا منهما ففي التعاقد بواسطة التليفزيون قد تكون مدة عرض الإيجاب هي عدة ثواني وهي مدة الإعلان التجاري الخاص بالسلعة أو الخدمة محل الإيجاب.فإذا أراد المتعاقد التعرف على تفاصيل التعاقد أو رغب في إبرام العقد فإن عليه الاتصال بالموجب أو الانتقال لمقر عمله أو أحد فروعه. أما في حالة التعاقد الالكتروني فإن الموجب له يستطيع أن يتعرف على كافة معلومات التعاقد وبنوده من خلال الموقع التجاري الالكتروني للموجب. كما يمكنه التفاوض وإبرام العقد بل وتنفيذه أحيانا

[1] - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص21.

[2] - فاروق الأباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2003 ، ص44.

الكترونيا دون حاجة للاتصال التليفوني أو الانتقال الفعلي المادي لمقر تجارة الموجب أو لمواطنه.[1]

ومن ناحية أخرى فإن العقد الالكتروني يتميز عن التعاقد بواسطة التليفزيون أو ما شابهه من وسائل، من حيث أن الأول يتيح التفاعل والتفاوض مباشرة بين طرفي العقد. كما يمكن أيضا تنفيذه الكترونيا إذا كان محله يسمح بذلك. وفضلا عن ذلك فإن الوفاء في التعاقد الالكتروني يمكن أيضا أن يتم من خلال وسائل الدفع الالكترونية[2] كبطاقات الائتمان أو التحويل أو القيد المصرفي الالكتروني أو غير ذلك من الوسائل المماثلة.

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من عقود البيئة الالكترونية

يعد العقد الكتروني أهم آليات التجارة الالكترونية غير أنها تتضمن صورا أخرى من العقود تستقل في أحكامها عن العقد الالكتروني بالمفهوم الذي انتهينا إليه. وبعبارة أخرى فإن البيئة الرقمية قد أفرزت –وما تزال- عقودا عديدة تختلف بجانب العقد الالكتروني ومن ذلك عقود الخدمات أو المعلومات الالكترونية. فمثل هذه العقود تتميز عن العقد الالكتروني وإن كانت تلزم أحيانا لتسيير إبرامه أو تنفيذه.[3]

وهكذا تبين أن عقود البيئة الالكترونية تعد لازمة بداءة للتمكن من إبرام أو إثبات **أو** تنفيذ العقد الالكتروني.كما ترتبط مثل هذه العقود به أيضا ارتباط لزوم في بعض الأحيان كعقد الإعلان الالكتروني الذي يلزم لترويج السلع والخدمات، والذي يلزم لحث الجمهور على إبرام العقد الالكتروني الذي يرد عليها. وسوف نعرض بإيجاز شديد فيما يلي لأوجه التمييز بين العقد الالكتروني وهذه العقود وذلك فيما يلي:

أولا: العقد الالكتروني وعقد إنشاء المتجر الالكتروني:[4]

يتعلق عقد إنشاء المتجر الالكتروني[5] بإنشاء ذلك المتجر والذي يحتاج لترخيص باستخدام برنامج متخصص يسمح للتاجر بمباشرة أعمال التجارة الالكترونية وذلك نظير مقابل مالي محدد يؤديه طالب إنشاء المتجر.[6] ويفرض هذا العقد على طرفيه أيضا التزاما باحترام القوانين ذات

---

[1] - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص47.

[2] - نقس المرجع ، ص48.

[3] - محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص26.

[4] - إن البعض يطلق على هذا العقد اسم عقد المشاركة لكونه يتيح للمتجر الافتراضي الذي ينشأ بموجبه لصالح أحد المنتجين أو الموزعين أو الموردين أن يصبح مشاركا في المركز التجاري الإلكتروني الشامل الذي يضم تحت لوائه العديد من المتاجر الإلكترونية تحت عنوان واحد.

[5] - يمكن تعريف المتجر الإلكتروني بأنه خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الانترنت المتاحة بكافة المتعاملين والتي تسمح للتجار بعرض منتجاتهم أو خدماتهم للتعاقد من خلالها

[6] - مثال ذلك المتجر الإلكتروني الذي افتتحته شركة IBM Europe. في 1997/10/15

الصلة. كما يلزم التوفيق بين مصالح صاحب المتجر ومصالح أصحاب المتاجر الالكترونية الأخرى التي تعمل تحت ذات العنوان. ويعد عقد إنشاء المتجر الالكتروني من عقود المعلومات التي تندرج ضمن عقود المقاولة.

ويتضح مما تقدم أن عقد إنشاء المتجر الافتراضي أو الالكتروني هو أحد الخطوات اللازمة لإبرام أو تنفيذ العقد الالكتروني، وعلى ذلك فإن كلا العقدين يستقل عن الأخر ولا يختلط به أو يعد مرادفا له.[1]

ثانيا: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت

يعد الدخول إلى شبكة الانترنت أكثر عقود التجارة الالكترونية شيوعا. ويعتبر هذا العقد أيضا خطوة مبدئية لازمة لإبرام أو تنفيذ العقد الالكتروني، ومن ناحية أخرى فان عقد الدخول إلى الشبكة يمثل أحد عقود الإذعان، إذ يتم وفق لبنود معدة سلفا، ولا يجوز للعميل مناقشة بنوده، فإما أن يقبلها جميعا أو يرفضها بأكملها، وهكذا فإن مورد الخدمة باعتباره الطرف الأقوى يفرض إرادته على العميل الذي يعد الطرف الأضعف من الناحية القانونية والاقتصادية بل و المهنية.[2] إن عقد الدخول إلى الشبكة يفرض على عاتق مقدم الخدمة التزاما بتحقيق نتيجة تتمثل في تمكين العمل من الحصول على الخدمة محل التعاقد كما يلزم هذا العقد المورد أيضا بعدم الدخول إلى مواقع تقدم مواد غير مشروعة.[3]

وخلاصة القول أن عقد الدخول إلى الشبكة وإن كان يتفق مع العقد الالكتروني من حيث كونهما من عقود التجارة الالكترونية، إلا أن الأول يظل متميزا ومستقلا عن الثاني بل وقد يمثل آلية لازمة لإبرامه أو تنفيذه.

[1] - محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص31.
[2] - نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004 ، ص15.
[3] - محمد حسين منصور، مرجع سابق ، ص26.

الفصـــــــل الأول

مجلس العقد الالكتروني

حظيت نظرية مجلس العقد بعناية فائقة من جانب الفقه الإسلامي بينما لم تصادف هذه النظرية ذات الاهتمام من ناحية فقه القانون المدني العربي، فمجلس العقد إذا هو فكرة إسلامية أصلية تؤكد على سبق الفقه الإسلامي ومرونة قواعد الشريعة الإسلامية وشمولها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.[1]

- وقد تبنت التشريعات العربية هذه النظرية أخذا عن الفقه الإسلامي وإن كانت لم تعالجها بالتفصيل اللازم خاصة فيما يتعلق بالتعاقد الالكتروني، ويلزم التنويه إلى أن نظرية مجلس العقد تجد مجال تطبيقها في إطار العقود التي تقتضي تطابق إرادتين هما الإيجاب والقبول.

- ويعني ذلك أن هذه النظرية لا تنطبق بشأن التصرفات التي تتم بالإرادة المنفردة[2] كالإبراء والوصية.

ويتفق هذا المنطق مع ما ذهبت إليه التشريعات العربية،[3] وكذلك القانون المدني الفرنسي فالعقد وفقا لهذه التشريعات يتمثل في ارتباط وتطابق الإيجاب الصادر عن الموجب بالقبول الصادر عن الموجب له وذلك من خلال مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي،[4] وإذا كان مجلس يعد خطوة أو مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد الذي قد يتم على أثر مفاوضات تجري بين الطرفين من أجل الاتفاق على بنود العقد تتوج في النهاية بتطابق الإيجاب والقبول فننتقل لمرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه بعد ذلك، ويستفاد من ذلك أن مجلس العقد يعد الحلقة الأخيرة في سلسلة الفترة السابقة على التعاقد كما يمثل في الوقت ذاته المرحلة الوسطى بين المرحلة السابقة على التعاقد ومرحلة قيام العقد فعلا، ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد.

وعلى ذلك فإنه إذا كان الممكن الاستغناء عن مرحلة المفاوضات، فإنه لا يمكن بل ولا يتصور الاستغناء عن مجلس العقد إذ بدونه لا تقوم للعقد قائمة، ولبيان مفهوم المجلس سوف يقسم هذا الفصل إلى المبحثين التالين:

- **المبحث الأول:** مفهوم مجلس العقد وحكمته.
- **المبحث الثاني:** زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني.

[1] - جابر عبد الهادي سالم الشافعي مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية 2001 ص9.
[2] - نفس المرجع السابق ، ص11.
[3] - أشار إليه القانون المدني الأردني في المادتين 87 و 95 ، و القانون المدني الكويتي في المادة 40.
[4] - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص54.

- **المبحث الأول:** مفهوم مجلس العقد وحكمته.

لاشك أن أدق ما يصادف الفقه هو وضع تعريف جامع ومانع لفكرة قانونية ما، ولاشك أن الأمر يزداد صعوبة ودقة وتعقيدا إذا كانت الفكرة محل التعريف هي "مجلس العقد" خاصة في شكله الالكتروني، ولعل مصدر الدقة والصعوبة يكمن في تنوع أساليب التعاقد وطبيعة العقود.

- ويضاف لذلك هذا التزايد المستمر لاستخدام الوسائل الحديثة في إبرام العقود وأهمها شبكة الانترنت.
- وعلى ذلك فإن المبحث سينقسم إلى ثلاثة مطالب:
- **المطلب الأول:** تعريف مجلس العقد.
- **المطلب الثاني:** حكمة مجلس العقد الالكتروني.
- **المطلب الثالث:** أنواع مجلس العقد الالكتروني.

المطلب الأول: تعريف مجلس العقد.

بجدر بنا قبل أن يتم تعريف مجلس العقد أن يبين الدليل على وجود تلك الفكرة أيضا، ولما كان مجلس فكرة مستمدة من الفقه الإسلامي فإننا سنبحث عن دليل وجوده في القران الكريم والسنة النبوية الشريفة وكذلك من خلال نصوص القانون المدني.

وعليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: دليل وجود نظرية مجلس العقد

- تؤكد العديد من الآيات القرآنية على وجود نظرية مجلس العقد لقوله تعالى: "وإن كنتم على سفر ولم تجدوا كتابا فرهان مقبوضة".[1]

- وكما هو موضح من الآية الكريمة فإن وجود الكاتب وتحرير المستند العقدي أو قبض الرهن كلها أمور تستلزم وجود مجلس العقد أصلا.

ويضاف إلى الدليل السابق قوله تعالى:" ☎✂📠❒←⑨🕭🕮⇳⅄❒🕮◆❒ 🖹 ".[2]

فالآية الكريمة تحث على الإشهاد على التعاقد وهذا مالا يتصور إلا من خلال مجلس العقد.[3]

- وقد بينت السنة النبوية المطهرة أيضا ضرورة نظرية مجلس العقد، ومن ذلك قوله صلى الله عليه وسلم:" المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا أن تكون صفقة خيار ولا يحل له أن يفارق صاحبه خشية أن يستقيله " وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم:" لا يتفرق البيعان إلا عن رضا" ويستفاد من هذا الحديث الشريف أن المتعاقدان لا يفترقان من مجلس العقد إلا عن رضا، فالتفرق يعني منطقيا سبق وجود المجلس الذي كان يجمعهما[4]

- أخذت التشريعات العربية هذه النظرية عن الفقه الإسلامي وحرصت علة النص عليها وإن كان ذلك من خلال نصوص محدودة لا تكفي لتفصيل أحكام هذه النظرية ومثال ذلك المادة 94 من القانون المدني المصري وكذلك المادة 97 من القانون المدني الأردني التي تنص على أن:" المتعاقدين بالخيار إلى آخر المجلس، فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الأعراض يبطل المجلس ولا عبرة و للقبول الواقع بعد ذلك".[5]

---

1 - الآية 283 من سورة البقرة.

2 - الآية 282 من سورة البقرة.

3 - ومن الآيات الكريمة التي تؤكد على ضرورة مجلس العقد الآية 29 من سورة النساء حيث يقول الله تعالى : " يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم " وتدل هذه الآية الكريمة على أهمية مجلس العقد لأن التراضي لا يكون إلا من خلال هذا المجلس.

4 - جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص.220.

5 - مصطفى أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص. 73.

- وفي ذات السياق فإن المادة 47 من القانون المدني الكويتي تنص على انه " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد من غير أن يتضمن ميعادا للقبول كان لكل من المتعاقدين الخيار على صاحبه إلى انقضاء هذا المجلس، وإذا انقضى مجلس العقد دون أن يصدر القبول أعتبر الإيجاب مرفوضا"

- أما المشرع الجزائري فنص في المادة64 من القانون المدني على انه:" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل.غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، وإذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".

- وهكذا نرى أن اصطلاح مجلس العقد قد ورد صراحة في العديد من التشريعات العربية.[1]

الفرع الثاني: المقصود بمجلس العقود

يعرف البعض مجلس العقد بأنه: "اجتماع المتعاقدين في زمان محدد ومكان محدد بقصد الاتفاق على عقد"[2]، والواقع أن هذا التعريف وإن كان يمتاز بالتركيز وببيان عناصر مجلس العقد إلا انه يصدق فقط على مجلس العقد الحقيقي ولا يمتد ليشمل مجلس العقد الحكمي الذي يعبر عن الفقه التشريعي بالتعاقد بين غائبين. ويعني ذلك عدم شمول هذا التعريف لمجلس العقد الالكتروني الذي ينتمي وفقا للأغلبية الساحقة للفقه لطائفة التعاقد بين غائبين على الأقل من حيث المكان.

ويذهب جانب أخر من الفقه إلى أن مجلس العقد هو: "المكان الذي يضم المتعاقدين وليس الملحوظ فيه المعنى المادي للمكان بل الملحوظ فيه هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدان مشغولين بالتعاقد دون أن يصرفهما عن ذلك شاغل أخر".[3]

- وفي نظر البعض الأخر من الفقه فإن مجلس العقد يقصد به: " الفترة التي يقع فيها تلاقي الطرفين بعقد العقد"[1]. ويتميز هذا التعريف بأمرين: أولهما الإيجاز غير المخل وثانيهما

[1] - ومثال ذلك المادة 94 و المادة 97 من القانون المدني الأردني و المادة 47 من القانون المدني الكويتي و المادة 137 من قانون المحاولات المدنية الإماراتي.

[2] - مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص.75.

[3] - خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص. 284.

إبراز أهمية العنصر الزماني لمجلس العقد الذي يعد العنصر الجوهري للمجلس سواء كان حقيقيا أو حكميا.

على أن التعريف المذكور لم يبرز العنصر المكاني الذي يعد أحد عناصر مجلس العقد الحقيقي والذي يعد المعيار المميز بين صورتيه وهما: المجلس الحقيقي والمجلس الحكمي.

ويعرف فريق من الفقه أيضا مجلس العقد بأنه:" الحالة التي ينشغل فيها المتبايعان بالبيع بما تستلزمه من المكان والزمان وظروف الانشغال بالتعاقد"[2] وإذا كان هذا التعريف قد جاء في سياق مجلس عقد البيع إلا أنه يصلح لتعريف مجلس العقد بصفة عام.

- ويتميز هذا التعريف بإبراز عنصر الزمان وكذلك عنصر المكان، كما أنه يؤكد أيضا على ضرورة انشغال المتعاقدين بأمور التعاقد طالما بقي مجلس العقد قائما، ويتسع هذا التعريف ليشمل مجلس العقد الحقيقي والحكمي وبالتالي فإنه يصلح في إطار مجلس العقد التقليدي أو الالكتروني خاصة وأنه يبين دور ظروف الانشغال بالتعاقد التي قد ترتبط- بلا شك- بطبيعة الوسائل المستخدمة في إبرام العقد وتبادل الإرادة بين طرفي العقد[3].

- ويرى بعض الفقه أن هذا التعريف ليس واضحا أو متناسقا، كما يعيب عليه استخدام لفظ"الحالة" في سياق التعريف والذي من شأنه أن يجعل مجلس العقد وحدة معنوية وهو ما يعد محلا للنقد.[4]

- ويعرف جانب من الفقه مجلس العقد أيضا بأنه "مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقضي بانتهاء الانشغال بالتعاقد".[5]

- ويبرر أنصار هذا التعريف صياغته هذه بأنها جاءت عامة ومشتملة على عنصري المجلس وهما العنصر المكاني والعنصر الزماني، ويبين هذا التعريف أيضا أن مجلس العقد يعد إحدى الفترات التي تسبق التعاقد ولذلك فإن أشخاص المجلس يطلق عليهما المتعاقدين لا العاقدين لأن العقد لا ينعقد إلا في نهاية مجلسه، كما يحدد هذا التعريف النطاق الزمني للمجلس من حيث بدايته التي تنطلق مع بدء الانشغال بصيغة العقد ونهايته التي ترتبط إما بإبرام العقد فعلا أو بانتهاء الانشغال بأمر التعاقد.[6]

---

[1] - مصطفى أبو عمرو المرجع السابق ، ص77.
[2] - المرجع نفسه ، ص. 77.
[3] - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص.97.
[4] - جابر عبد الهادي الشافعي، المرجع السابق، ص. 96.
[5] - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 78.
[6] - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 128.

- إذن مجلس العقد يتمثل في "الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد ويتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة". ويحرص هذا التعريف على شمول وبيان عدة أمور لعل أهمها:

1- تجنب الإيجاز المخل أو الإسهاب الممل: من خلال سرد أمور تستفاد ضمنا وتستخلص بيسر من سياقه.

2- التأكيد على عنصري جلس العقد: وهما العنصر الزماني والعنصر المكاني، وقد قدمنا الأول على الثاني للأهمية، حيث العنصر الزماني وحده في حالة مجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين)[1]

3- شمول التعريف لمجلس العقد الحقيقي والحكمي وكذلك التعاقد بالوسائل التقليدية أو المستحدثة كالتعاقد الالكتروني.[2]

4- شمول التعريف لما قد يستجد من وسائل النقل الإرادة وتبادل الإيجاب والقبول حيث حرصنا على استخدام عبارة " الوسائل التقليدية أو المستحدثة": وفضلا عن ذلك فإن هذا التعريف يحدد بداية ونهاية المجلس حيث يستفاد منه ضمنا أن المجلس يبدأ بمجرد الانشغال بأمور التعاقد والذي يفترض وجود الإيجاب المستوفى لشرائطه والقبول المطابق له وينقضي المجلس إما بإبرام العقد أو الإعراض عن التعاقد من خلال زوال حالة الانشغال بالتعاقد.[3]

الفرع الثالث: تمييز مجلس العقد عن المرحلة السابقة عليه.

بعد أن فرغنا من تعريف مجلس العقد، نستطيع الآن أن نميزه على الفترات السابقة عليها كفترة الترويج والدعوة للتعاقد والمفاوضات، ولعل أهم تلك الفترات التي قد تتشابك مع مجلس العقد وتعد الأقرب إليه زمنيا هي فترة المفاوضات[4].

- والواقع أن فترة المفوضات ليست من ضرورات التعاقد بصورة مطلقة، إذ يتصور إبرام العقود دون المرور بها. على أن العقود التي ترد على محل ذا قيمة معتبرة أو ترد على شيء تقني يحتاج لتفكير وبحث متأني، ولذا فإن مرحلة المفاوضات تجد عندئذ مجالها وتطبيقها،

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص284.
[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 69.
[3]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 69.
[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 206.

ويمكن تعريفها بأنها فترة تعديل مطالب أو شروط كل طرف كمقدار الثمن أو آليات الوفاء به....وتتمخض هذه الفترة عن الشروط النهائية التي تتخذ شكل الإيجاب الذي ينعقد به العقد إذا صادفه قبول مطابق له[1].

- وعلى ذلك فإن النهاية الناجحة للمفاوضات تكمن في الوصول إلى الإيجاب اللازم لإبرام العقد، وهكذا تبين أن مجلس العقد يبدأ حيث تنتهي زمنيا و موضوعيا فترة المفاوضات، فهو بذلك يعقبها ولا يتعاصر معها.

- أما بداية مجلس العقد يكون عقب انتهاء فترة المفاوضات على أن الأمر يختلف وفقا لطبيعة مجلس العقد، فإذا كنا بصدد مجلس العقد الحقيقي فإن المجلس يبدأ في رأي البعض من لحظة صدور الإيجاب[2] بينما يرى البعض الأخر أن المجلس لا يبدأ إلا لحظة العلم بالإيجاب. والواقع أن الرأي الأول هو الأولى بالإتباع، إذ أنه سواء كان التعاقد يتم في مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي الذي يكون فيه الاتصال بين طرفين مباشرا كما في التعاقد عبر الهاتف أو الانترنت، فإن المعول عليه في هذا الصدد هو لحظة صدور الإيجاب.

- فالإيجاب في الحالتين يصل فورا لعلم الموجب له وإلا إذا كان هذا الأخير منشغلا بأمور تصرفه عن التعاقد، ففي الحالة الأخيرة لا يكون هناك وجود لمجلس العقد بعد، بل قد لا يبدأ المجلس مطلقا إذا ظل الموجب له منصرفا عن التعاقد لا منشغلا به.[3]

- فالمعروف أن مجلس العقد لا يتحقق إلا بالتقاء وتطابق الإيجاب والقبول بشكل متعاصر يعقب انشغال كلا من الطرفين بالتعاقد واتجاه إرادتيهما لإبرام العقد.

- وفيما يخص حالة التعاقد بين الغائبين كما في التعاقد الالكتروني فإن مجلس العقد يبدأ منذ لحظة وصول الإيجاب للموجب له، وعلى ذلك فلا عبرة عندئذ بلحظة صدور الإيجاب[4] ويبرر ذلك بأن الربط بين العلم اليقيني بالإيجاب ولحظة بدء مجلس يعد خلطا واضحا بين شروط تكوين مجلس العقد وشروط صحته[5]. فوصول الإيجاب للموجب له تقليديا أو الكترونيا لا يعني بالضرورة فورية العلم به، فقد يصل الإيجاب للموجب له الذي لم يفتح بريده الالكتروني إلا بعد عدة أيام فوجد إيجابا تضمنته رسالة الكترونية حررت بغير اللغة التي يفهمها وهو ما يستغرق

[1]- نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق، ص. 27.
[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 71.
[3]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 233.
[4] - المرجع نفسه، ص. 233.
[5]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 72.

بعض الوقت لترجمتها وفهم مضمونها حتى يستطيع اتخاذ القرار المحقق لمصلحته وفقا للحكمة التي من أجلها وجدت نظرية مجلس العقد. وحسما لما قد يثور من نزاع فإن الأجدر يجب الأخذ بالمنهج الذي يقرر بدء مجلس العقد منذ لحظة وصول الإيجاب وليس العلم به[1] وهو ما يتبعه المشرع المصري.

المطلب الثاني: حكمة مجلس العقد الالكتروني وأنواعه.

-تعمل نظرية مجلس العقد على تحقيق مصلحة المتعاقدين والغير كما تؤدي لحماية العقد ذاته حيث تضمن استقراره وبالتالي استقرار التعاملات القانونية وهذا ما سيتم توضيحه كالأتي:

الفرع الأول: حماية مجلس العقد للمتعاقدين والغير

- لاشك أن الأخذ بنظرية مجلس العقد من شأنه صيانة مصالح المتعاقدين وكذلك الحفاظ على مصالح الغير[2].

- وفيما يتعلق بحماية مصالح المتعاقدين فإن ذلك أمر واضح سواء بالنسبة للموجب أو القابل، فمن حيث حماية فكرة مجلس العقد لمصالح الموجب، فأن مجلس العقد يتيح له العدول عن الإيجاب أو الرجوع فيه وذلك متى وجد بعد التفكير والتدبر أن مصلحته تقتضي الرجوع عن هذا الإيجاب متى توافرت شروط خيار العدول[3].

ويظل هذا الخيار قائما طالما لم يصدر القبول المطابق لهذا الإيجاب بعد، وفضلا عن ذلك فإنه حتى ولو انعقد العقد ولازال المتعاقدان بمجلس العقد فإن الفقه الإسلامي يمنحهما عدة خيارات كخيار الرجوع عن الإيجاب وخيار القبول وكذلك خيار المجلس وفقا للفقه الإسلامي[4].

ومن ناحية أخرى فإن مجلس العقد هو الذي يجعل الإيجاب مرتبطا بإطار زمني يجب أن يصدر القبول خلاله سواء كان هذا الإطار الزمني محدد صراحة من جانب الموجب كحالة الإيجاب الملزم المقترن بمدة محددة، أو كان هذا الإطار محدد ضمنا كحالة الإيجاب غير المقترن بمدة معينة، ومن جماع ما تقدم نتبين أنه بإعمال نظرية مجلس العقد ووضع ضوابطها الدقيقة نحقق مصلحة الموجب وندفع عنه الضرر[5].

[1]- المرجع نفسه، ص. 73.
[2]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 235.
[3]- المرجع نفسه، ص. 236.
[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 274.
[5]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.61.

- أم من حيث حماية الموجب له من خلال نظرية مجلس العقد فإن ذلك يتبين من حيث كونه يمنحه فترة كافية للتفكير واتخاذ القرار المناسب بشأن التعاقد والانتهاء لإبرام العقد من عدمه. وبمعنى أخر فإنه بدون الأخذ بفكرة مجلس العقد لن يتيسر للموجب له الحصول على وقت للتفكير قبل اتخاذ قرار التعاقد[1].

- وفضلا عن ذلك فإن أغلبية الفقه الإسلامي يعترف بخيار المجلس الذي يتيح للموجب أو القابل الرجوع عن التعاقد حتى بعد انعقاد العقد طالما بقى مجلس العقد قائما[2].

الفرع الثاني: حماية مجلس العقد للتعاقد ذاته.

فضلا عن تحقيق نظرية مجلس العقد لمصلحة الطرفين والغير فإنها تحمي أيضا مصلحة العقد ذاته إذ تؤدي لاستقرار المعاملات، ويتحقق ذلك من خلال تحديد مكان إبرام العقد وزمانه وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاعات التي قد تنشأ عن العقد، ومن ناحية أخرى فإن نظرية مجلس العقد هي التي تضمن عدم انقضاء فترة طويلة بين صدور الإيجاب والتعبير عن القبول وارتباطهما[3]، فبدون هذه النظرية سيظل الإيجاب معلقا لفترة طويلة ولا تستقر المعاملات، أو يجبر القابل على التعبير عن إرادته فورا دون تفكير أو مراجعة لقراراته التعاقدية. وعلى ذلك فإنه بدون تطبيق النظرية لا يكون ممكنا تطابق الإيجاب والقبول وبالتالي يصبح من المستحيل إبرام العقد[4].

وفضلا عما سبق فإنه عندما يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بالألفاظ فإنه يخشى مع تباعد الفترة الزمنية المنصرمة بين الإيجاب والقبول أن يحدث تحريف أو تعديل لمضمونها أو يثور الشك بشأن مدلول عبارات كلا منهما[5].

المطلب الثالث: أنواع مجلس العقد الالكتروني.

حين يكون التعاقد بين حاضرين، حيث يلتقي الطرفان فعليا، ويجمعهما حيز مكاني محدد، يتيح لكلاهما رؤية الأخر وسماعه وفهم كلامه بوضوح، فإن الإيجاب والقبول يصلان لمن يوجها

[1]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، ص. 218.
[2]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، ص. 218.
[3]- المرجع نفسه، ص. 219.
[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 284.
[5]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 217.

إليه بشكل فوري. فلا تنقضي فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة والعلم بها من جانب من وجهت إليه، وعندئذ نكون بصدد ما اصطلح على تسمية "مجلس العقد الحقيقي"[1]

أما إذا كانت هناك فترة زمنية تمر بين صدور الإيجاب أو القبول ووصول أيهما لعلم من وجه إليه أو كان كل طرف تفصله عن الأخر مسافة لا تتيح له رؤيته والالتقاء به بدنيا بشكل فعلي فإننا نكون عندئذ بصدد ما يطلق عليه الفقه التعاقد بين غائبين(من حيث الزمان والمكان) أو "مجلس العقد الحكمي" وهذا ما سوف يتم بيانه فيما يلي:

الفرع الأول: مجلس العقد الحقيقي

ينصرف الذهن عادة حيث يطلق مصطلح مجلس العقد إلى مجلس العقد الحقيقي الذي يعد الصورة التقليدية للتعاقد، فالأصل أنه عند إبرام العقد يجب أن يلتقي الموجب والموجب له، أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما، بشكل مباشر يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقد والاتفاق على بنوده وتوقيع مستنداته العقدية، وسيتم إلقاء الضوء بإيجاز على مفهوم مجلس العقد الحقيقي ومقوماته وبيان مدى إمكانية اعتبار مجلس العقد الالكتروني من قبيل هذه الصورة[2].

1- **المقصود بمجلس العقد الحقيقي:** يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه ذلك" المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضران فيه حضورا يقينيا معا"[3]. ويعرفه البعض أيضا بأنه" المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يظلا على اتصال مباشر بحيث يسمع احدهما كلام الأخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل"[4]

2- **شروط مجلس العقد الحقيقي:** لكي نكون بصدد مجلس العقد الحقيقي فإنه يلزم توافر عدة عناصر أو شروط، وتعد هذه العناصر في ذات الوقت بمثابة ضمانات التحقق الاتصال الفعال بين الإيجاب والقبول بما يؤدي لانعقاد العقد على النحو المقصود قانونا- ولعل أهم هذه العناصر أو الشروط تتمثل فيما يلي:

أ- الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس: حتى يبدأ مجلس العقد الحقيقي فإنه يتعين تواجد كلا من الطرفين فعليا (بدنيا) في مكان انعقاد ذلك المجلس. ويستوي في ذلك أن يحضر الطرفان لمقر المجلس معا في وقت واحد أن يحضر أحدهما قبل الأخر. إذ يتعين

[1]- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص. 21.
[2]- أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 22.
[3]- المرجع نفسه، ص. 22.
[4]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 82.

التمييز بين وقت حضور الطرفين ووقت بدء مجلس العقد فعلا. ولكي يكون حضور الطرفين فعليا في مجلس العقد ذا جدوى فإنه يجب أن يكون النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي يسمح لهما بتبادل الإيجاب والقبول بوضوح وبيسر، وبمعنى أخر فإن المدى المكاني للمجلس يجب أن يتيح لكلا منهما أن يرى الأخر ويسمعه بدون ثمة عوائق. وبيان ذلك أن هدف وجدوى اجتماع المتعاقدين في مكان واحد هو أن يرى كل طرف نظيره ويسمعه ويفهم ما يصور عنه من تعبير عن الإرادة، فالسماع والعلم بإرادة الطرف الأخر "هما أساس الاتصال بين إرادتين ويمكن من تحقق الموافقة بينهما"[1].

وعلى آية حال فإنه عند الخلاف يستعين القاضي بالعرف السائد من أجل تحديد النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي الذي يسمح باتحاده على النحو الذي حدده القانون.

ب- أن يتم العلم بالإيجاب لحظة صدوره: يستفاد من مفهوم وطبيعة مجلس العقد الحقيقي أن صدور الإيجاب وعلم الموجب له يتحققان في ذات المكان ونفس الزمان بحكم وجود العاقدين معا. على أن هذا لا يعني لزوم فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره. فلا يوجد ما يمنع من انقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب والعلم به والرد عليه، ومثال ذلك أن يكون الإيجاب قد صدر بلغة غير التي يفهمها الموجب له فيحتاج الأمر عندئذ لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف ليصدر قراره بشأن التعاقد وهو على بينة من أمره[2].

وخلاصة القول أنه سواء صدر القبول فور صدور الإيجاب أو انصرمت بينهما فترة وجيزة أثناء قيام مجلس العقد فإنه يمكن القول بأن الإيجاب قد صدر وتم العلم به في وقت واحد هو "وقت انعقاد المجلس" ولعل هذا هو ما يحقق مقولة أن ساعات مجلس العقد تعد ساعة أو وحدة زمنية واحدة. وعلى هذا فإن مرور بعض الوقت بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم به لا يمنع انعقاد العقد طالما ظل المجلس منعقدا.[3]

والواقع أن إعمال الشرطين السابقين هو ما يساعدنا على تحديد مجال مجلس العقد الحقيقي بحيث يخرج عنه حالة وجود كل متعاقد في مكان غير الذي يوجد به الآخر لحظة إبرام العقد

[1]- جدير بالذكر أن جانبا من الفقه الإسلامي لا يشترط بالسماع المعتبر، أن يرى كل طرف الآخر، فالمعول عليه هو أن يكون صوت الآخر وكلامه واضح لا لبس فيه حتى ولو كان يتحدث خلف الستار، كما لو كانت امرأة لا تختلط بالرجال وتعبر عن إرادتها بشأن إبرام عقد ما، على أن بعض الأحناف يستلزمون أنم يرى كل طرف نظيره، بحيث لا يكفي أن يسمع كلامه بوضوح، وبغير ذلك لا يتحقق إتحاد مجلس العقد الذي يلزم لانعقاده

[2] - خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص. 31.

[3]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 240.

وكذلك حال مرور مدة طويلة بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم بهما من الطرف جانب المعني.[1]

ويرى بعض الفقه أنه يخرج عن نطاق مجلس العقد الحقيقي أيضا حالة ارتباط الإيجاب بميعاد معين للقبول على اعتبار أن ذلك هو ما يتفق مع نص المادة 1/94 من القانون المدني المصري[2] والمواد المناظرة في التشريعات العربية. على أن هناك جانب من الفقه الذي ينهي إلى أن فكرة مجلس العقد متحققة في القانون المصري حتى في حالة عدم فورية القبول.

ودليل ذلك أن الرأي الأول لا يمارى في أن المادة 94/1 سالفة الذكر يمنح الموجب خيار العدول كما يعطي الموجب له خيار القبول[3]. والواقع أن الصعوبة تدق في حالة كون المدة الملزمة للإيجاب تمتد لها بعد انقضاء مجلس العقد ومثال ذلك أن يجتمع الطرفان يوم 2009/10/1 ويصدر الإيجاب ويقترن بمدة يمكن أن يصدر خلالها القبول بحيث تنتهي المدة يوم 2009/10/6 فعندئذ تكون العبرة بالمدة وليس بالمجلس الذي تقررت فيه، ويعني ذلك أن مجلس العقد يتحقق يوم 2009/10/06 وينعقد فيه العقد في حالتين، إذا جاء القبول مطابقا للإيجاب أو عدل فيه الموجب له فصار إيجابا جديد قبله الموجب في ذات المجلس[4].

الفرع الثاني: مجلس العقد الحكمي"التعاقد بين غائبين"

خلافا لمجلس العقد الحقيقي فأنه بصدد مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها القول بالاتحاد الفعلي لمجلس العقد. كما أنه قد يفصل أحد المتعاقدين عن الأخر مئات الأميال و عندئذ تثور فكرة مجلس العقد الحكمي كمقابل لفكرة مجلس العقد الحقيقي وهو كما يحقق مرونة نظرية مجلس العقد ويضمن شمولها[5]. وتأتي أهمية هذه الصورة من صور مجلس العقد من حيث أنها تشتمل العقد الالكتروني الذي هو محور الدراسة وكذلك غيره من صور التعاقد بوسائل الاتصال سواء التقليدي منها أو الحديثة،

[1]- أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 24.
[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 85.
[3]- إبراهيم الدوسقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 110.
[4]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 78.
[5]- هناك من يفضل استخدام مجلس العقد الحكمي أو المفترض على اصطلاح التعاقد بين غائبين، فالأول أصدق دلالة وأكثر شمولا كما أن مصطلح التعاقد بين غائبين يثير الخلط في الذهن حيث يتساءل البعض كيف يتم إبرام العقد، وقد يعتقد البعض أيضا أنه يقصد بالغائبين المعنى المأخوذ به في مجال مواعن الأهلية كمن غاب وانقطعت أخباره أو من غاب في ظروف يغلب عليها الهلاك، كما أن مجلس العقد الحكمي يعد المقابل لمجلس العقد الحقيقي، وبذلك تكتمل نظرية مجلس العقد ويمتد نطاقها ليتضمن كافة صور التعاقد بما فيها التعاقد الالكتروني.

فالمعروف أنه يتم اللجوء لهذه الوسائل في التعاقد بغية التغلب على بعد المسافات التي تفصل كل طرف عن الأخر بحيث لا تمثل عائقا في سبيل إبرام العقد[1].

والواقع أن الأخذ بفكرة مجلس العقد الحكمي هو الذي يرفع الحرج عن المتعاقدين وييسر عليهم ويحقق مصالحهم."فإغفال تلك الفكرة يعني تضييق نطاق مجلس العقد وبالتالي تقليص نطاق نظرية العقد بصفة عامة"[2].

وجرى بالإشارة أن بعض الفقه يرى أن المشرع المصري لم يعرف فكرة مجلس العقد الحكمي وإن كان قد نظم التعاقد بين غائبين[3]، وهو ما يطرح التساؤل حول مفهوم كلا منهما: فهل يتم إعمال فكرة المجلس الحكمي إلا في حالة التعاقد بين غائبين؟

وعلى أية حال سوف يتم الإجابة على هذا التساؤل فيما يلي:

1- تعريف مجلس العقد:

يقصد بمجلس العقد الحكمي أو التعاقد بين غائبين بأنه " التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد بغض النظر عن وسيلة التعاقد، الكتاب والرسول وغيرهما"[4].

ويعرف جانب أخر هذا النوع من المجلس بأنه "ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه" وبعبارة أخرى فإن هذا المجلس هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ويتم التعبير عن الإرادة بصدده بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكات الاتصال الحديثة، وسوف يتم التعرض فيما يلي لشروط مجلس العقد الحكمي ثم تطبيقها على العقد الالكتروني لبيان طبيعة مجلسه وتحديد ما إذا كان حقيقيا أو حكميا، فهناك من يرى أن فقه القانون المدني لم يعرف فكرة مجلس العقد الحكمي بالمعنى الذي فهمها به الفقه الإسلامي[5].

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية – القاهرة – 2006، ص. 130.
[2]- أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 23.
[3]- يقصد بهذه الصورة من صور التعاقد أنم يكون أحد الطرفين – الموجب مثلا – حاضرا في مكان والموجب له غائبا عن هذا المكان أو يكون الموجب له حاضرا عند وصول الإيجاب والموجب غائبا عن هذا المجلس.
[4]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 89.
[5]- أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 24.

ويضيف هذا البعض أن اهتمام فقه القانون المدني ينحصر في بيان وقت انعقاد العقد بين الغائبين عند صدور القبول، وعليه يجب التمييز بين إغفال القانون المدني لفكرة مجلس العقد الحكمي وبين عدم اهتمامه بها اهتماما كافيا ولائقا بأهميتها[1].

- ومثال ذلك نص المادة 1/97 ق.م.م هي خير دليل على ذلك حيث نصت على أن التعاقد ما بين الغائبين يتم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ولا جدال في أن هذا النص من العمومية والمرونة بما يجعله قابلا للتطبيق في مجال التعاقد الالكتروني[2].

- كما نص المشرع الجزائري في المادة 67 من ق.م.ج على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي لغير ذلك،ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول[3]"

2- وهكذا يتضح أن المشرع المصري، وغيره من التشريعات العربية[4] قد عرفوا نظرية مجلس العقد بنوعيه الحقيقي والحكمي (التعاقد بين غائبين) ولا يعني عدم استعمال المشرع لهذا المصطلح جهله به حيث يستخدم مرادفا له. والمعروف أن العبرة بالمقاصد والمعاني وليس بالألفاظ والمعاني، ويضاف لما سبق أن حكمة مجلس العقد وجوهره لا يتعارضان مع التعاقد بين غائبين.

3- شروط مجلس العقد الحكمي:

يتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظيره الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة ومن ثم أن يتوافر الإيجاب والقبول وتطابقهما، على أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الإيجاب ومكان زمان وصوله إلى علم الموجب له والعكس[5].

وسوف تبين تلك الخصوصية التي تميز هذا النوع من نوع مجلس العقد من خلال الشروط التالية:

أ- وجود الإيجاب أو القبول وتوافر وسيلة نقلهما لعلم الطرف الأخر:

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 90.
[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 131.
[3]- علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة الجزائر 1997، ص. 34.
[4]- أنظر على سبيل المثال المادة 77 منن القانون المدني القطري، والمادة 98 من القانون المدني السوري والتي تطابق المادة 1/97 من المدني المصري، والمادة 49 من القانون المدني الكويتي.
[5]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 91.

ومفاد ذلك أنه لا بد من صدور الإيجاب أو القبول وفقا للقانون، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الإيجاب.إذ يستعاض عن ذلك بوسائل الاتصال وأهمها الانترنت في حالة التعاقد الالكتروني. فوسيلة نقل الإيجاب لعلم الموجب له أو العكس هي التي تؤدي – كما قلنا سابقا- للتغلب على التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد. فبدون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة وبدون الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين وبالتالي لا يمكن انعقاد العقد[1].ولا يخفي على الفطنة أن كل متعاقد حين يعبر عن إرادته فإنه يقصد وصولها لعلم الطرف الأخر ويكون منتظرا لرد الأخير بغية إتمام التعاقد[2]، ويستلزم ذلك أيضا أن يكون وصول التعبير عن الإرادة والعلم به ممن وجه هذا التعبير إليه في وقت واحد.

ب- **أن يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد:** ويعني ذلك أن الموجب يجب أن يظل على إيجابه بحيث لا يصدر عنه ما يفيد عدوله أو إعراضه عنه. كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتما بأمر التعاقد بحيث لم يشغله عنه شاغل أخر، وعلى ذلك فإذا اتصل مصري بعماني عن طريق الانترنت وعرض عليه أن يبيعه منزلا بالقاهرة فبدأ الأخير يسأل عن مساحة المنزل وثمنه ثم انحرف بالحديث إلى أحوال المصريين ومشكلة الرغيف وانهيارات جبل المقطم فوق رؤوس سكان الدويقة ..... فإن العقد لا ينعقد لأن أحد الطرفين انشغل عن مواصلة الاهتمام بأمر التعاقد وبالتالي لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمي[3]. ويرتبط بما سبق أيضا ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما، فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة فلا مشكلة أما إذا لم يحدد الموجب تلك المدة التي يلتزم خلالها بالإيجاب فإن القاضي – بما يتمتع به من سلطة تقديرية- يتولى أمر تحديدها في ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهمية محله[4].

وعلى ذلك فإذا أرسل الموجب رسالة –عبر البريد الالكتروني- Email- للموجب له تتضمن إيجابا محددا وباتا وساريا لمدة أسبوع فإن القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة، فإذا صدر ذلك القبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد لأن هذا القبول المتأخر لا يعدو عندئذ أن

[1]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 252.
[2]- يؤكد الفقه الإسلامي على هذا الشرط لمزيد من التفاصيل، أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص. 34.
[3]- يجدر التمييز بين انصراف أحد المتعاقدين عن التعاقد بانشغاله بأمر آخر وبين انشغال الرسول عن أمور التعاقد بعد أن أبلغ الرسالة التي حملها الموجب إياها، فانصراف الرسول لا يؤثر على الإيجاب طالما نقله لعلم الموجب له.
[4]- أحمد مصطفى أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 93.

يكون مجرد إيجاب جديد يحتاج هو ذاته للقبول، وكذلك الشأن لو صدر القبول خلال المدة ولكنه لم يكن مطابقا للإيجاب[1].

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني:

ألقى تنوع أساليب التعاقد عبر الانترنت بظلاله على موقف الفقه من طبيعة مجلس العقد الالكتروني، فقد يتم التعاقد عبر الرسائل الالكترونية المرسلة عبر البريد الالكتروني Email، وهذه قد لا يعلم بمضمونها المرسل إليه لحظة صدورها، كما قد يتم التعاقد من خلال الاتصال المباشر المسموع أو المقروء والمرئي وذلك من خلال تزويد جهاز الحاسب الآلي لدى الطرفين بكاميرا تجعل كل طرف يرى الأخر ويسمعه في ذات الوقت ومثال ذلك برنامج" Messenger" الذي يسمح لكل منهما في حالة- تثبيت كاميرا بالجهازين- أن يرى ويسمع الطرف الأخر في ذات الوقت.

ويمكن أيضا لكل منهما عندئذ أن يرى على شاشة جهازه ما يكتبه الطرف الأخر في الوقت نفسه[2]، فهل نكون عندئذ بصدد تعاقد بين حاضرين أم تعاقدا بين غائبين[3]؟ وهل الغياب هنا يكون من حيث المكان أم الزمان أو هما معا؟

للإجابة على هذه التساؤلات يرى بعض الفقه[4] أن التعاقد الالكتروني بصفة عامة يعد تعاقد بين حاضرين من حيث المكان والزمان حيث يتم من خلال شبكة الانترنت بما يمكن الطرفيين من أن يرى كلا منهما الأخر ويسمعه في أن واحد، وتبرير ذلك أنه" وإن تباعدت الأجساد فجميع لوازمها متوفرة في الحال فبمجرد صدور الصيغة يعلم كل طرف بعبارة الأخر، ولا مجال عندئذ لهذا التكييف المختلط[5] المجانس للواقع العملي".

وعلى ذلك فإن تلاشى الحدود الجغرافية التقليدية على اثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة كالانترنت في التعاقد، جعل الطرفين يلتقيان افتراضيا، ويمكن القول عندئذ بأن أحدهما قد انتقل حكميا لمكان الأخر فيصير التعاقد عندئذ " تعاقدا بين حاضرين حضورا مفترضا من حيث الزمان والمكان"[6]. وقد بالغ بعض الفقه في انحيازه لهذا الرأي بقوله أن التعاقد عبر البريد الالكتروني يأخذ ذات الحكم الخاص بالتعاقد عبر الانترنت عن طريق التفاعل المباشر الذي يتيح

[1]- إبراهيم الدوسقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 115.
[2]- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص. 24.
[3]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 144.
[4]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 94.
[5]- يقصد بذلك اعتبار التعاقد بين غائبين من حيث المكان وبين حاضرين من حيث الزمان.
[6]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 146.

لكل طرف رؤية نظيره وسماعه في ذات الوقت. وبمعنى أخر فإن هذا الفقه يساوي بين الحالتين ويجعل من مجلس التعاقد فيهما حقيقيا لا حكميا. فهو يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان[1]. وعلى عكس الرأي الأول فإن البعض يرى أن التعاقد الالكتروني يعد تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان والمكان سواء تم التعاقد عبر الانترنت بواسطة الكتابة[2] أو الحوار الصوتي[3] أو بالصوت والصورة معا في حالة وجود كاميرا تتيح الطرفين ذلك.ففي كافة الفروض السابقة نكون بصدد التعاقد بين غائبين قياسا على التعاقد بالكتابة أو الرسول أو الهاتف أو مشابه ذلك[4].

على جانبا أخر من الفقه يميز بين حالات أو أساليب التعاقد الالكتروني وذلك وفقا للفروض التالية[5]:

الفرض الأول: إذا كان التعاقد عبر الانترنت يتيح لكل طرف أن يسمع ويرى الأخر في ذات الوقت فإنه يعتبره من قبيل مجلس العقد الحقيقي أي أنه تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان.

الفرض الثاني: إذا كان التعاقد عبر الإنترنت يتيح نقل الصوت فقط بين الموجب والموجب له، وهذا الفرض يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان بينما يعد من قبيل التعاقد بين غائبين من حيث المكان وذلك قياسا على التعاقد بواسطة التليفون.

الفرض الثالث: التعاقد عبر البريد الالكتروني[6] بحيث يتم تبادل الرسائل بصورة فورية بحيث لا تنقضي فترة زمنية بين إرسال الرسالة الالكترونية ووصولها وعلم الموجب له بها أو مرور فترة وجيزة لا تذكر بينهما فإننا نكون بصدد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان، بينما يكون تعاقدا بين غائبين من حيث المكان. على أنه إذا كان التعاقد عبر البريد الالكتروني يتم بحيث تنقضي فترة معتبرة من الزمن بين الإيجاب والقبول بحيث لا يتم الرد من جانب الموجب

[1] - أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص. 28.
[2] - ويتم ذلك من خلال برنامج يسمى "فري تيل"
[3] - ويمكن أن يتم ذلك بواسطة برنامج "فوكس وير"
[4] - جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص. 297.
[5] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص. 148.
[6] - جدير بالذكر أن التعاقد عبر البريد الالكتروني E.MAIL يتطلب أن يكون لدى كل طرف جهاز حاسب آلي متصل بشبكة الانترنت وأن يكون لكل منهما موقع الكتروني يتلقى ويرسل الرسائل الالكترونية من خلاله. ويتم كتابة الرسالة التي تشتمل على الإيجاب أو القبول واتباع خطوات معينة لارسال الرسالة أو فتح البريد الالكتروني e.mail وفي حالة تمام الإرسال ووصول الإيجاب للموجب له يخبر الجهاز بأن الرسالة قد تم إرسالها بنجاح وإذا كان هناك عائق حال دون وصولها فإن الجهاز يبين ذلك من خلال رسالة تظهر على الشاشة توضح إخفاق الإرسال ليعيد المحاولة من جديد، وعادة ما يفتح المهتم بأمر التعاقد جهاز الحاسب الخاص به ويفتح بريده الالكتروني يوميا فيتعرف على عدد الرسائل التي وصلت إليه والمواقع التي أرسلت منها ويمكن عندئذ فتح كل رسالة الكترونية على حدة للتعرف على مضمونها بالتفصيل للرد عليها أو الإحاطة علما بمضمونها.

له بشكل فوري على الرسالة الالكترونية المتضمنة للإيجاب، فإننا نكون بصدد التعاقد بين غائبين من حيث الزمان و المكان[1] .

وهناك جانب يؤيد رأي الفقه الذي يذهب إلى أن التعاقد الالكتروني يتم من خلال مجلس العقد الحكمي حيث يعد من قبيل التعاقد بين الغائبين من حيث المكان والحاضرين من حيث الزمان. ومن حيث كونه تعاقدا بين حاضرين فذلك مرجعه لانعدام الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب أو القبول والعلم به من جانب من يوجه إليه[2]، أما من حيث المكان فإننا نكون بصدد تعاقدا بين غائبين حيث لا يلتقي المتعاقدان فعليا تحت سقف واحد يجمعهما أثناء فترة الانشغال بالتعاقد[3].

المبحث الثاني: زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني

إن أطراف العقد الالكتروني يباعد بينهم المكان،وبالتالي قد يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب من الموجب واتصاله بعلم من وجه إليه، وبالمثل بالنسبة للقبول فانه قد تمر فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجه إليه الإيجاب وعلم الموجب بهذا القبول وبالتالي يصعب تحديد وقت ومكان إرسال واستقبال رسالة البيانات الالكترونية[4].

كما أن مكان وزمان إبرام العقد الالكتروني في بعض الأحيان يختلف بوجهة نظر الموجب عن وجهة نظر القابل، فمثلا نجد أن العقد الالكتروني الذي تم توقيعه في اليابان يوم 7 يناير يصادف في نفس الوقت يوم 6 يناير في لوس أنجلوس[5].

وتعد مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد من أهم وأدق المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الالكتروني عبر شبكات الاتصال، لا سيما وأن قانون التجارة الالكترونية النموذجي لسنة 1996 والتوجيه الأوروبي بشأن التجارة الالكترونية الصادر سنة 2000 لم يحدد لخطة ومكان إبرام العقد تحديدا صريحا، مما قد يؤدي إلى اختلاف الدول في تبني مفهوم موحد لتحديد وقت ومكان إبرام العقد[6].

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 147..

[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 98.

[3] - جدير بالذكر أن معظم التشريعات العربية تأخذ بهذا الاتجاه. أنظر المادة 102 من القانون المدني الأردني والمادة 78 من القانون المدني القطري والتي تنص على أنه "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة (كالانترنت)، كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان".وفي نفس المعنى المادة 50 وتكملها المادة 49 من القانون المدني الكويتي.

[4]- طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، لبنان، الطبعة الأولى، 2000، ص. 38.

[5]- خالد الممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 294.

[6]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 110.

وتبدو أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة، فتحديد زمان إبرام العقد يترتب عليه ما يلي:

- إن القول بانعقاده في لحظة معينة يمنع على أي من طرفي نقضه أو التحلل منه
- حق الموجب في العدول عن إيجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول.
- سريان المواعيد من وقت تمام العقد، حسب ما تقضي به المادة 2/90 ق.م.ج والتي تقضي بأنه: "يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة"
- سقوط الإيجاب في بعض الحالات بالوفاة أو فقدان الأهلية، فإذا توفى الموجب أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد يسقط الإيجاب، أما إذا تم العقد قبل ذلك يكون صحيحا[1].
- استحقاق المشتري الانتفاع بالشيء وإيراده وكذلك تحمل تكاليفه من يوم تطابق الإرادتين أي انعقاد العقد طبقا للمادة 383 ق.م.ج.
- وتظهر أهميته أيضا بالنظر إلى ما يشترط في ممارسة الدعاوى كالدعوى البوليصية، التي يشترط فيها أن يكون تاريخ العقد الذي يطعن فيه الدائن قد صدر من مدينه لاحقا على الحق الثابت له في ذمة المدين[2].

ويترتب على تحديد مكان إبرام العقد تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالفصل في النزاع في حالة حدوثه[3].

وسوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: وقت إبرام العقد الالكتروني.

المطلب الثاني: مكان إبرام العقد الالكتروني.

[1]- برني ندير، العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، ص. 30.
[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. ص. 103 و 104
[3]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 294.

المطلب الأول: وقت إبرام العقد الالكتروني

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

وتكمن صعوبة تحديد وقت إبرام العقد الالكتروني نتيجة لصعوبة تحديد زمان وصول القبول والإيجاب إلى الطرف الأخر، ذلك أنه عندما يتم نقل التعبير عن الإرادة الكترونيا عن طريق الضغط على أزرار لوحة المفاتيح جهاز الكمبيوتر فإن هذه الإرادة الالكترونية تنقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات الكترونية تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى المرسل إليه، ويصعب تحديد تاريخ وصول الومضات الالكترونية إلى الطرف الأخر[2].

وهذا ما يتطلب ضرورة إيجاد وسائل حديثة تسمح بتحديد تواريخ وصول التعبير الالكتروني عن إرادة طرفي المتعاقدين على نحو يقيني وموثوق به، وإذا كانت القاعدة العامة أن تحديد المكان يتبع تحديد زمان انعقاد العقد، فإن الأمر يختلف في التعاقد الالكتروني إذ يختلف مكان العقد عن تحديد زمان انعقاد العقد، فإن الأمر يختلف في التعاقد الالكتروني إذ يختلف مكان العقد عن تحديد زمانه، فمثلا لو أن شركة في الولايات المتحدة الأمريكية أرسلت إيجابا عن طريق شبكة الانترنت إلى شركة أخرى في مصر تعرض عليها بيع أجهزة كمبيوتر مثلا وبثمن معين وذكر أن هذا العرض قائم خلال أسبوع من تاريخ وصول الرسالة الالكترونية إليه، وعند

[1]- فاروق محمد الأباصيري، المرجع السابق، ص. 58.
[2]- طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص. 40

وصول الإيجاب إليها أجابت الشركة المصرية بالرد برسالة الكترونية بالموافقة، فوصلت تلك الرسالة إلى الشركة الأمريكية وعلمت بالموافقة[1].

وهنا يثور التساؤل: متى ينعقد العقد ؟ هل هو وقت إعلان التعبير عن إرادة القبول من الشركة المصرية أم هو وقت علم الشركة الأمريكية بقبول القابل؟

وسيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين على النحو التالي:

الفرع الأول: النظريات التي تنحاز للموجب له.

الفرع الثاني: النظريات التي تنحاز لصالح الموجب.

الفرع الأول: النظريات التي تنحاز للموجب له

إن مصلحة الموجب له تقتضي القول بتمام العقد فور إعلان القبول أو تصديره، فذلك هو ما يضمن استقرار التعاقد وحرمان الموجب من العدول عن إيجابه منذ هذه اللحظة، وعلى ذلك فقد عولت بعض النظريات الفقهية على التصرف الذي يصدر عن الموجب له (القابل) سواء كان مجرد إعلان القبول أو مجرد تصديره من خلال شبكة الانترنت أو شبكة معلومات أو اتصالات أو عبر البريد الالكتروني[2].

أولا: نظرية إعلان القبول système de déclaration

سيتم التعرض لأحكام هذه النظرية من خلال النقاط التالية:

1- مضمون النظرية: يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن الارتباط بين الإيجاب والقبول ومن ثم تمام العقد يكون في اللحظة التي يعلن فيها الموجب له قبوله المطابق للإيجاب، ولما كان كلا من طرفي العقد يكون في مكان مختلف عن الأخر، فانه يبين لنا كيف أن هذه النظرية تسعى لتحقيق مصلحة القابل حيث يمتنع على الموجب بعد هذه اللحظة العدول عن الإيجاب لتمام التعاقد[3].

2- **أساس النظرية:** يستند أنصار هذه النظرية إلى أن العقد كما هو معرف قانونا هو تطابق أو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين، وهذا التطابق أو التوافق يتم فعليا لحظة إعلان القبول[4] ، كما يضيف أنصار هذه النظرية أنها تتوافق مع مقتضيات التجارة التي تقوم على

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 295.

[2]- إيمان مؤمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص.137.

[3]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 136.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 296.

فكرتي السرعة والائتمان، ومن ثم فإن التاجر القابل يستطيع أن يعتبر العقد منعقدا لحظة إعلان قبوله المطابق للإيجاب ويكون له إذا أن يتعامل على محل التعاقد بمجرد إعلان القبول.

3- **آليات إعمال النظرية في إطار العقد الالكتروني:** يتمثل وقت إعلان القبول الالكتروني في اللحظة التي ينتهي فيها الموجب له من إنشاء الرسالة الالكترونية أو تحريرها والتي تتحقق بالضغط على إيقونة القبول التي تظهر على الشاشة حيث تظهر كلمة موافق، على أن القابل هنا قد لا يضغط على المفتاح الخاص بالإرسال بل يضغط على مفتاح التوقف الكائن أعلى صفحة البريد الالكتروني للقابل[1].

4- **تقييم النظرية:** رغم وجاهة المنطق الذي ينطلق منه فكر هذه النظرية إلا أنه يؤخذ عليها ما يلي:

أ- تعارض هذه النظرية مع ما ذهبت إليه العديد من التشريعات العربية من حيث أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره من وقت صدوره وإنما من وقت العلم به[2] ، ولما كان القبول إرادة فانه لا ينتج أثره وهو انعقاد العقد إلا منذ لحظة علم الموجب به[3].

ب- أن من شأن الأخذ بهذه النظرية نشوء صعوبات تتعلق بإثبات الموجب لإعلان القبول ومضمونه، وهو ما يجعله تحت رحمة الموجب له، فالقبول عندئذ لا يكون له وجود في إطار التعاقد الالكتروني إلا على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالموجب له، ومن ثم يتعذر عملا تمكن الموجب من إثبات إعلان القبول وعدم إرساله حيث لا توجد الرسالة الالكترونية التي تتضمنه في حوزته، ولا شك أن هذا من شأنه عدم استقرار المعاملات عموما والمعاملات الالكترونية بصفة خاصة[4].

ت- يضاف لما سبق أن هذه النظرية تخفل وجود العقود الشكلية التي لا يكفي لتمامها مجرد تطابق الإرادتين بل يلزم فضلا عن ذلك استيفاء شكل قانوني معين كالكتابة.

5- **موقف التشريعات من هذه النظرية:** تأخذ بعض التشريعات العربية بهذه النظرية ومن ذلك ق.م.أ الذي اعتنق نهج المذهب الحنفي[5] ولذلك يجري نص المادة 101 من هذا القانون على

---

[1]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 235.

[2]- أنظر نص المادة 97 من القانون المدني المصري.

[3] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 137.

[4] - مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 115.

[5]- جدير بالذكر أن المذهب الحنفي يأخذ بنظرية إعلان القبول حيث يكفي لإتمام التعاقد تعبير الموجب له عن إرادته بالقبول بصرف النظر عن علم الموجب بالقبول من عدمه.

أنه :" إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعد التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك."

ويستفاد من هذا النص أن العقد يتم في المكان الذي يوجد به القابل والزمان الذي أعلن فيه القابل عن إرادته بالقبول، ووفقا لهذا النص أيضا فانه يجوز للطرفين أو للمشرع الأخذ بمذهب أخر وهو ما يعني إمكانية اختلاف مكان وزمان العقد من حالة لأخرى وفقا لما إذا كان الأطراف سيلتزمون بهذا النص أو يتفقون على خلافه، أو بحسب ما إذا كان المشرع سيتبع ذلك كقاعدة عامة أم سيخص بعض العقود بحكم خاص فيما يتعلق بمكان وزمان إبرام العقد[1].

ويرى جانب من الفقه الأردني – وبحق – أن المشرع الأردني فقد جانبه الصواب الذي اعتنق مذهب إعلان القبول، فإتباع الفقه الحنفي في هذا الصدد هو أمر لا يراعي اختلاف ظروف التعاقد وقت أخذ المذهب الحنفي بهذه النظرية وظروف التعاقد حاليا الذي يتم بوسائل اتصال حديثة وعلى رأسها الانترنت، فهذه الوسائل لم تكن معروفة أو متاحة فيما مضى ولو كانت تحت بصر فقهاء المذهب الحنفي في حينه فربما تغير وجه الرأي لديهم، وبجانب ذلك فإن الأخذ بهذه النظرية، كما أشرنا سابقا، يثير صعوبات عملية كثيرة فيما يخص إثبات وجود القبول وإعلانه من جانب الموجب له[2].

وجدير بالذكر أيضا كلا من القانون المدني السوري[3]، وقانون الموجبات والعقود اللبناني[4] قد أخذ بنظرية إعلان القبول وذلك لارتباط هذه الدول بعلاقات مالية وتعاقدات متشابكة وهو ما يبرر توحيد أحكام العقود فيها جميعا.

وبجانب التشريعات السابقة فإن قانون الالتزامات و العقود المغربي قد تبنى أيضا هذه النظرية حيث نص الفصل 24 منه على أن "يكون العقد الحاصل بالمراسلة تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله".

والعقد الحاصل بواسطة رسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب للوسيط بأن يقبله، وفي ذات المعنى جاء نص المادة 28 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية بأنه :"يتم التعاقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول والتعاقد بواسطة

[1]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص. 449.

[2]- أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص. 37.

[3]- المادة 98 من القانون المدني السوري التي تنص على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان وافي الزمان الذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك".

[4]- راجع في ذلك المادة 184 التي تنص على أنه: "إذا كانت المساومات جارية بالمراسلة أو بواسطة رسول بين غائبين، فالعقد يعد منشأ في الوقت وفي المكان الذين صدر فيهما القبول ممن وجه إليه العرض" ويستفاد من هذا النص أن القانون اللبناني وإن كان قد اعتنق مذهب إعلان القبول إلا أنه لم يفعل كنظرية الأردني والسوري حين سمحا للأطراف أو المشرع الاتفاق على خلافها.

رسول أو غيره تم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول"[1]

ثانيا : نظرية تصدير القبول : Système d'expédition

على غرار ما تم عرضه بشأن النظرية السابقة فإنه سوف يبين أحكام نظرية "تصدير القبول" من خلال إيضاح مضمونها وأساسها وتقييمها وموقف التشريعات منها وذلك كله على النحو التالي:

1- **مضمون النظرية :** تخطو هذه النظرية خطوة أبعد من سابقتها حيث لا تكتفي بمجرد إعلان الموجب له القبول، بل يلزم فضلا عن ذلك أن يقوم هذا الأخير بإرسال الرسائل الالكترونية بحيث يصبح القبول باتا ونهائيا ولا يمكنه إنكار صدوره أو التعديل في مضمونه أو الرجوع عنه[2]، ووفقا لفقه هذه النظرية فإن العقد يتم لحظة تصدير الموجب للقبول بحيث يخرج عن سيطرته ويتجه نحو الموجب، وعلى ذلك فإنه بجانب إعلان القبول فإنه يلزم القيام بفعل مادي ايجابي وهو إرسال القبول إلى الموجب وخروجه من سيطرة الموجب له[3].

2- **أساس النظرية :** يستند أنصار هذه إلى أن عملية تصدير القبول تؤدي لخروجه من سيطرة الموجب له وتفوت عليه مكنة استرداده والرجوع عنه، وهو ما يعني صيرورته نهائيا وباتا.

3- **آليات إعمال النظرية في إطار التعاقد الإلكتروني:** يتم التعاقد الإلكتروني وفقا لهذه النظرية عن طريق النقر من جانب الموجب له على الأيقونة أو المفتاح الخاص بإرسال القبول للموجب، ويتم التعاقد الإلكتروني لحظة النقر على مفتاح إرسال الرسالة الإلكترونية[4]، وخروجها عن سيطرة الموجب له.

4- **تقييم النظرية :** رغم الإضافة التي أتت بها هذه النظرية عن سابقتها إلا أن أوجه النقد التي وجهت للأخيرة تصدق بشأن الأولى أيضا، ومن هذه الانتقادات :

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 118.
[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 137.
[3]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 297.
[4]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 236.

أ)- أن تصدير القبول لا يمثل سوى واقعة مادية ولا يتمتع بثمة قيمة قانونية، وعلى ذلك فإن تصدير القبول شأنه شأن إعلان القبول لا يكفي لانعقاد العقد[1].

ب)- أن تصدير القبول لا يحول دون استرداد القابل له أو على الأقل الإسراع بإبلاغ الموجب بالرجوع عن القبول وذلك قبل وصول القبول أو لحظة وصوله فلا ينعقد العقد عندئذ رغم تصدير القبول وفقا لهذه النظرية[2]، وبالتالي فأن هذه النظرية وإن حاولت التغلب على مشكلة إثبات الموجب لوجود القبول، فإنها لم تتغلب على إشكالية استرداد الموجب له لقبوله أو الإعلان عن العدول عنه قبل وصوله.

جـ)- أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي لفقد الموجب لحقه في الرجوع عن الإيجاب منذ لحظة تصدير القبول رغم عدم علمه به[3].

د)- وفي إطار التعاقد الإلكتروني يمكن أن يؤدي الأخذ بهذه النظرية لصعوبات عملية حيث من المتصور تصدير الموجب له للرسالة الإلكترونية ولكن لأسباب تقنية أو فنية تظل الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول حبيسة البريد الإلكتروني للقابل، وبهذا تظل عمليا في رحاب نظرية إعلان القبول رغم أن المفترض في التعاقد الإلكتروني أن تصدير القبول يعني وصوله للموجب حيث تختفي الفترة الزمنية بين التصدير والوصول[4].

5- موقف التشريعات من هذه النظرية

لم يأخذ بهذه النظرية أيا من التشريعات العربية[5] أو حتى القانون المدني الفرنسي وإن كانت محكمة النقض الفرنسية قد اعتنقتها في بعض أحكامها[6]، مع العلم بأن القضاء الفرنسي ظل مترددا بشأن الأخذ بأي من النظريات المتعلقة بتحديد لحظة إبرام العقد بين غائبين[7] حيث أخذ بنظرية العلم بالقبول أحيانا وبنظرية إعلان القبول في حالات أخرى.

ولعل سبب هذا التردد[8] في أحكام القضاء الفرنسي مرده أن محكمة النقض الفرنسية قد قضت بأن مسألة إبرام العقد تندرج ضمن مسائل الواقع وليس القانون ومن ثم تتمتع محكمة الموضوع بشأنها بسلطة تقديرية، وبغض النظر عن وجهة البعض فيما ذهبت إليه المحكمة،

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 121.
[2]- عبد الرزاق الصنهوري، المرجع السابق، ص. 309.
[3]- منير محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 48.
[4]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 236.
[5]- جدير بالذكر أن مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري (المادة 02) يأخذ بهذه النظرية.
[6]- أنظر على سبيل المثال حكم الدائرة التجارية الصادر في 1981/01/07
Cass. Com, 07 janvier 1981: Bull. civ, IV, N. 14,P. 11.
[7]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 237.
[8]- مصطفى أنحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 123.

فهناك من يرى الخلط والتردد يجد سببه في صمت المشرع الفرنسي - على غير عادته- في مسألة جوهرية كهذه خاصة وأن بعض نصوص ق.م.ف توحي في ظاهرها بالأخذ بنظرية العلم بالقبول، ومن ذلك المادة 932 الخاصة بقبول الهبة وكذلك المادة 1980 بشأن قبول الوكالة التي يوحى ظاهرها بالأخذ بنظرية إعلان القبول[1].

أما التشريعات الأنجلو أمريكية كالقانون الإنجليزي وكذلك مدونة العقود الأمريكية فإنها تتبنى نظرية تصدير القبول[2] أو ما يعرف في المادة 23/ب من هذه المدونة بنظرية صندوق البريد[3]، على أنه وفقا للمادة سالفة الذكر فإن هذه النظرية لا تجد مجالا للتطبيق في حالة الإيجاب الملزم الذي حدد له الموجب فترة معينة، وذلك شريطة أن يكون الموجب له قد قدم نظيرا لإلزامية الإيجاب حيث نكون عندئذ بصدد نظرية وصول القبول، وبالتالي ينعقد العقد عندئذ لحظة وصول القبول للموجب وليس لحظة تصديره من جانب الموجب له.

الفرع الثاني : النظريات التي تنحاز لصالح الموجب

سوف يتم التعرض من خلال الفرع الثاني للنظريات المقابلة التي تولي وجهها صوب الموجب لتراعي مصالحه وهي كالتالي:

أولا : نظرية استلام القبول (نظرية وصول القبول) : Système de réception

وسيتم التعرض لجوانب هذه النظرية فيما يلي :

1- **مضمون النظرية :** يتمثل مضمون هذه النظرية في أن العقد ينعقد فور وصول القبول للموجب، وهكذا يبدو لنا أن هذه النظرية تذهب لما هو أبعد من مجرد إعلان القبول أو حتى تصديره إذ يلزم فضلا عن ذلك وصول القبول لحوزة الموجب وخروجه نهائيا من سيطرة القابل، بحيث لا يمكنه استرداده.ويستوي أن يعلم الموجب بالقبول من عدمه، فالعبرة هي باستلامه له[4].

2- **أساس النظرية :** يستند أنصار هذه النظرية للمبررات التالية :

أ)- أن استلام الموجب للقبول يؤدي لجعله نهائيا بحيث لا يستطيع القابل استرداده.

[1]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 237.
[2]- ولا عبرة في هذه الحالة بعلم الموجب بالقبول.
[3]- طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص. 42.
[4]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 138.

ب)- أن وصول القبول إلى الموجب يعد بمثابة قرينة على علمه به وبما تضمنه، وهذا ما يتفق مع ما أخذت به المادة 97 من ق.م.م في عجزها[1].

جـ)- أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي لتوزيع المخاطر بين طرفي العقد على نحو يحقق العدالة، فالموجب له يتحمل تبعة تأخر وصول القبول للموجب، كما يتحمل الأخير مخاطر عدم العلم بالقبول رغم استلامه له[2].

3- آليات إعمال النظرية في إطار العقد الإلكتروني

وفقا لهذه النظرية ينعقد العقد الإلكتروني لحظة دخول الرسالة الإلكترونية في صندوق البريد الإلكتروني Email الخاص بالموجب بصرف النظر عن علمه بمضمونه من عدمه[3].

ويختلف 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 استلامه للقبول أو الرسالة الالكترونية التي تشتمل عليه، فإن العقد الإلكتروني يتم في اللحظة لتي يتلقى فيها الموجب الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، وتتحدد لحظة إتمام التعاقد الإلكتروني في هذا الفرض بوقت دخول الرسالة الإلكترونية السالف ذكرها في نظام المعلومات الذي حدده الموجب[4].

وعلى ذلك فإنه تم إرسال القبول عن طريق البريد الإلكتروني فإن العقد يتم لحظة وصول القبول للبريد الإلكتروني للموجب، وهو أمر يسهل إثباته من جانب الطرفين، وتجدر الإشارة إلى أن العقد يبرم في هذه الحالة حتى ولو كان لم يطلع الموجب على محتويات بريده الإلكتروني بحيث يعلم فعليا بالقبول الذي أُدرِج به[5].

وإذا تم إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول عبر نظام معلومات آخر خاص بالموجب ولكنه ليس هو ذات النظام المعلوماتي الذي حدده الأخير لتلقي القبول الإلكتروني كما في حالة وجود وسيط إلكتروني بينهما يتولى تسلم الرسالة من الموجب له وتوصيلها أو نقلها إلكترونيا أيضا للموجب فإن العقد يتم في هذا الفرض في اللحظة التي يستخرج فيها الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول.على أن الموجب قد لا يحدد أصلا ثمة نظام معلوماتي لتلقي

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 298.
[2]- مصطفى أنحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 126.
[3]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 237.
[4]- إبراهيم الدوسقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 117.
[5]- المرجع نفسه، ص. 118.

القبول الإلكتروني وعندئذ فإن العقد الإلكتروني يتم لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المشتملة على القبول في نظام معلوماتي يخص الموجب، ويعد ذلك إعمالا لنظرية استلام القبول والذي قرينة على العلم به، خاصة وأنه في مجال التعاقد الإلكتروني بواسطة البريد الإلكتروني Email فإنه يسهل تحديد لحظة هذا الاستلام بدقة[1].

والملاحظ هنا إلى أن لحظة إرسال القبول هي غالبا ذات اللحظة التي يتسلم فيها الموجب، كما أنه لا عبرة في هذا الغرض بعلم الموجب بالقبول فعليا من عدمه.

ونظرا لأهمية تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني فإن الأطراف أو المشرع قد يتطلبوا اتخاذ إجراء أو القيام بعمل معين يؤكد على أن وصول الرسالة كالإقرار باستلام الرسالة الإلكترونية المشتملة على القبول أو الإيجاب الإلكتروني وقد يعلق الطرفان إبرام أو إتمام التعاقد على وصول ذلك الإقرار بالاستلام وقد حرصت بعض التشريعات العربية التي تنظم المعاملات الإلكترونية على استلام ذلك الإجراء ومن ذلك نص المادة 16 من القانون الأردني وكذلك المادة 16 من قانون إمارة دبي والقانون البحريني في المادة 14[2].

4- **تقييم النظرية :** الواقع أن النقد الموجه للنظريتين السابقتين يصدق في بعض جوانبه في حق نظرية استلام القبول أيضا، فلا يكفي استلام القبول أيضا لانعقاد العقد وذلك بأن واقعة الاستلام لا تعدو أن تكون محض واقعة مادية بلا قيمة قانونية، فالعبرة هي بعلم الموجب بالقبول[3].

ويذهب بعض الفقه إلى أن مذهب استلام القبول هو الأولى بالإتباع في شأن مجلس العقد الإلكتروني إذ يتحقق العلم بالقبول بمجرد استلامه والذي يفترض معه العلم به فور استلامه[4].

5- **موقف التشريعات من النظرية :** اعتنقت بعض التشريعات مذهب استلام القبول ومن ذلك القانون المدني الفرنسي بعد تعديله بموجب قانون تدعيم الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم 575-2004 والصادر في 2004/06/21 ، وقد تم إضافة الأحكام الخاصة بالعقود الإلكترونية والتي تبنت نظرية استلام القبول كأساس لتحديد لحظة انعقاد العقد وكذلك لتحديد مكان إتمام التعاقد الإلكتروني، ويبدو ذلك من خلال نص المادة 1369-5/3 والذي يقرر أن الطلب أو التوصية

[1]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 140.
[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 129.
[3]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 236.
[4]- إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص. 140.

وتأكيد القبول والإقرار بالاستلام يعتبروا قد وصلوا في اللحظة التي يستطيع فيها المرسل إليه (الموجب) أن يطلع عليه[1].

وتجدر الإشارة إلى أن هذا النص قد جاء على مدى من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر في 2000/01/08 حيث تنص المادة 1/11 من هذا التوجيه على أن "الطلب والإقرار بالاستلام يعتبروا قد تم استلامهم في اللحظة التي يستطيع الأطراف التي وجهت إليهم الإطلاع عليه"

وخلاصة ما سبق أنه وفق ق.م.ف فإن العقد الإلكتروني يعد منعقدا في اللحظة التي يستلم فيها الموجب القبول بصرف النظر عن علمه به فعليا من عدمه[2].

وعلى ذلك فإن العبرة هي بوصول القبول الإلكتروني لصندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب حتى ولو لم يتصل علمه بمحتوى الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول فعلا[3].

وقد تبنى قانون الأونيسترال الخاص بالتجارة الإلكترونية ذات النهج من خلال مادته الخامسة.

ثانيا : نظرية العلم بالقبول Système d'information

تمثل نظرية العلم بالقبول إحدى النظريات التي تسعى لتحقيق حماية فعالة للموجب. وتركز هذه النظرية على إرادة الأخير وتمنحه مهلة أبعد لممارسة خيار العدول عن إيجابه[4]، وسيتم التعرض لأحكام هذه النظرية على النحو التالي:

1- **مضمون النظرية :** وفقا لنظرية العلم بالقبول فإن العقد لا يتم إلا في اللحظة التي يعلم فيها الموجب فعليا بالقبول وعلى ذلك فإن العبرة لا تكون بلحظة استلام الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول ولكن بلحظة العلم الفعلي والحقيقي بمضمونها من جانب الموجب. ويعد ذلك مكمن تميزها عن نظرية استلام القبول والملاحظ أن أنصار نظرية العلم بالقبول قد حاولوا التخفيف من انحيازها اتجاه الموجب بحيث يعتبر استلام القبول قرينة بسيطة على العلم به، وعلى ذلك فإن عبء إثبات عدم العلم بالقبول رغم استلامه يقع على كاهل الموجب[5].

[1]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 237.
[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 141.
[3]- إبراهيم الدوسقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 119.
[4]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.132.
[5]- إبراهيم الدوسقي أبو الليل، المرجع السابق، ص. 120.

2- **أساس النظرية :** يستند أنصار هذه النظرية بنص المادة 97 من ق.م.م والنصوص القانونية المقابلة في التشريعات العربية والتي تفيد أن القبول باعتباره إرادة لا ينتج أثره القانوني وهو انعقاد العقد إلا في لحظة علم الموجب به، إذ في هذه اللحظة فقط يمكن القول بتوافق الإرادتين[1].

وجدير بالذكر أن غالبية الفقه يميل للأخذ بهذه النظرية لسلامة أساسها القانوني[2]. ويرى البعض أن هذه النظرية هي التي تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية وتضفى عليها الثقة والاستقرار في التعامل خاصة وأن العقود الإلكترونية في أشد الحاجة لذلك حتى تستقر وتتنامى[3].

3- **آليات إعمال النظرية في إطار العقد الإلكتروني :** تتوقف آلية العلم بالقبول الإلكتروني على أسلوب التعاقد عبر الانترنت، فإذا كان الاتصال والتفاعل مباشرا بين الموجب والموجب له عبر الخط فإن العلم اليقيني بالقبول يتحقق فورا وأثناء التفاعل المباشر بين المتعاقدين حيث لا تنقضي ثمة فترة بين صدور القبول والعلم به[4].

أما إذا كان التعاقد من خلال البريد الإلكتروني Email فإن لحظة العلم الحقيقي بالقبول الإلكتروني يتحقق في لحظة فتح الموجب لصندوق البريد الإلكتروني الخاص به، ومطالعته للرسالة الإلكترونية المشتملة على القبول[5]. على أن الأمر ليس بهذه البساطة في إطار العقد الإلكتروني فالأمر ليس بتلك البساطة التي تبدو ظاهريا، حيث توجد عدة لحظات متشابكة في هذا الصدد، فهل سيتم العقد لحظة فتح الموجب لجهاز الحاسب الآلي الخاص به أم اللحظة التي يشرع فيها في الإبحار عبر الشبكة أو يتم في تلك اللحظة التي يفتح فيها بريده الإلكتروني ويطلع على مضمون الرسالة الإلكترونية....

العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي ويبرم عن بعد، فإنه يفترض أحيانا انتماء كل طرف من أطرافه لدولة ونظام قانوني مختلف.حيث أن بعض الدول تأخذ بمذهب إعلان القبول كالأردن ولبنان وسوريا بينما تتبع دول أخرى نظرية استلام القبول كفرنسا، في حين تعتنق تشريعات دول أخرى مذهب العلم بالقبول، وهكذا يتضح أن إشكالية تنازع وتداخل القوانين تبقى قائمة في نطاق العقد الإلكتروني وتحتاج لحل حاسم وعادل[6].

[1]- عبد الرزاق الصنهوري، المرجع السابق، ص. 293.
[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 141.
[3]- المرجع نفسته، ص. 143.
[4]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 134.
[5]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 237.
[6]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 135.

ولاشك أن أفضل الحلول هنا تتمثل في توحيد قواعد العقد الإلكتروني على المستوى الدولي أو على الأقل على مستوى التكتلات الاقتصادية كالإتحاد الأوروبي أو السوق العربية المشتركة، ولحين الوصول لهذا التوحيد فإن اتفاق الأطراف على تحديد لحظة العقد يظل هو الحل المتاح حاليا كما يمكن أن يتم إيجاد هذا الحل من خلال العقود الإلكترونية النموذجية[1].

وإذا كانت اتفاقية فينا لسنة 1980 والخاصة بالبيع الدولي للبضائع قد تغلبت على تلك الصعوبة بشأن العقود الإلكترونية التي تبرم بين أطراف تنتمي للدول التي دفعت على الاتفاقية وعددها 45 دولة فقط، فإن الإشكالية تظل قائمة بشأن العقود الإلكترونية الدولية التي يكون أطرافها أو أحدهم منتميا لدولة لا تسري بشأنها تلك الاتفاقية[2].

4- **موقف التشريعات من النظرية :** حظيت النظرية الماثلة بقبول العديد من التشريعات العربية وعلى رأسها ق.م.ف، وقد أورد هذا الأخير نصان متكاملان في هذا الشأن[3] وهما نص المادة 91 والتي تقرر أنه "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقيم الدليل على عكس ذلك".

وقد جاء نص المادة 97 استكمالا للسياق المنطقي ذاته والذي اتبعه المشرع حيث يجري على أنه "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول"

ويستفاد من النصين السابقين أن المشرع المصري قد تبنى نظرية العلم بالقبول ثم أصبغ عليها بعض المرونة بما يحقق التوازن بين مصالح الطرفين، كما يفسح المجال أيضا أمام اتفاق الأطراف أو النصوص الجماعية التي توحد أحكام التعاقد الإلكتروني بين الدول، أو تلك الوطنية التي تأتي استجابة لهذا الهدف، وبيان ذلك أن عجز المادة 91 وكذلك الفقرة الثانية من المادة 97 يقرران قرينة لصالح القابل مؤداها، أن استلام الموجب للقبول يعد قرينة على العلم به، وبهذا يتم حفظ التوازن بين مصالح الموجب والقابل[4].

---

[1]- سهلى زهدور، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات والمسؤولية المدنية المتولدة عنه في التشريع الجزائري، مجلة الراشدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة معسكر – الجزائر، العدد 5، ماي 2014، ص. 208.

[2]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. ص. 237 و 238.

[3]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 137.

[4]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 238.

أما عجز الفقرة الأولى من المادة 97 فقد أجاز اتفاق الأطراف على انعقاد العقد في زمان ومكان غير وقت ومكان العلم بالقبول، كما أجاز المشرع أيضا تحديد مكان وتوقيت آخرين لانعقاد العقد بخلاف ما جاء به صدر هذه الفقرة[1].

وقد سار على نهج المشرع المصري أيضا عدة قوانين عربية كالقانون المدني الكويتي والذي نص في المادة 49 على أنه "إذا حصل الإيجاب بالمراسلة يعتبر أنه قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب.ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون أو العرف بخلافه"[2].

ويستفاد من هذا النص أنه يفسح المجال للعرف فضلا عن الاتفاق ونص القانون لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد خلافا للحظة ومكان علم الموجب بالقبول[3].

وقد سار ق.م.ج على ذات النهج أيضا حيث يجري نص المادة 61 منه على أن " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ويتضح من هذا النص أنه يحدد فقط لحظة انعقاد العقد، فلم يتعرض النص لمكان الانعقاد خلافا للقانون المدني المصري ونظيره الكويتي.

فالمشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني والتي تنص على أنه "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول"[4].

وهذا يقتضي أن يطلع الموجب على الرسالة المتضمنة للقبول، ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق أو توافق الإرادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، فالأخذ بهذه النظرية يؤجل الآثار المترتبة على القبول مما يوفر فرصا إضافية للموجب له للتراجع عن قبوله، ويعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات العلم بالقبول خاصة بالنسبة للتعاقدات التي تتم بالوسائل الإلكترونية[5].

---

[1]- يقابل هذا النص نظيره نص المادة 142 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة والتي ينص على أنه: "يعتبر التعاقد ما بين غائبين تم في مكان وزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 138.

[3]- محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، الأردن 2000، ص. 63.

[4]- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل إليه فيهما هذا القبول ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

[5]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص. 106.

وتطبيقا لهذه النظرية بشأن العقود المبرمة بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، يمكن القول بأن العقد ينعقد في هذه الحالة في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بفتح صندوق بريده الإلكتروني، والإطلاع على رسالة القابل، أي تحققه من قبول الأخير بالإيجاب المعروض عليه، أو في حالة وصول الرسالة إلى جهاز الفاكس المرسل إليه والإطلاع عليها من قبل الموجب في حالة التعاقد عبر الفاكس[1].

إن تكريس نظرية العلم بالقبول من طرف المشرع جعل البعض من الفقه يعتقد أن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين حكما أو بين غائبين ليس له أي تأثير من الناحية العملية على مكان وزمان انعقاد العقد طالما أن المشرع اعتمد على مذهب العلم بالقبول.

لكن هناك من يخالف هذا الرأي[2] كون القاعدة التي جاءت بها المادة 67 من ق.م.ج قرينة بسيطة يمكن للموجب أن يثبت أنه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق، كما أن لهذه القاعدة صبغة تكميلية، الأمر الذي يسمح للمتعاقدين أن يتفقا على مخالفتها، كأن يتفقا على أن يتم العقد وقت صدور القبول مثلا.

وقد جاء القانون المدني القطري أيضا موافقا لنظيره المصري بشأن تحديد لحظة انعقاد العقد، فقد تبنى هذا القانون نظرية العلم بالقبول من خلال نص المادة 77 الذي يجري على أنه :"يعتبر التعاقد بالمراسلة قد تم في الزمان والمكان اللذين يتصل فيهما القبول بعلم الموجب، مل لم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون أو العرف بخلافه".

والواقع أنه رغم أن مجلة الالتزامات والعقود التونسية قد تنحت صوب نظرية إعلان إلا أن القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية قد انتهج نظرية العلم بالقبول، ويستفاد ذلك من نص المادة 28 من هذا القانون الذي يقرر أنه "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"

---

[1]- القانون النموذجي بشان التجارة الإلكترونية (الأونيسترال) فقد نظم مسألة تحديد زمن وصول الرسالة الإلكترونية في المادة 15 منه التي تنص: 1.مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام المعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ وسيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ،2- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي: أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام المعلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام: - وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين أو – وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس النظام الذي تم تعيينه.
ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه.
3- تنطبق الفقرة 2 ولو كان المكان لذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات قد استلمت فيه بموجب الفقرة 4...."
ويجب عدم الخلط في هذا الصدد بين تحديد زمان ومكان انعقاد العقد وعملية تحديد زمان ومكان وصول الرسالة الإلكترونية، فالمسألة الأولى هي مسألة قانونية تتعلق بعملية تبادل التراضي بشقيه، الإيجاب والقبول، والمسألة الثانية فنية لا تأثير لها من الناحية القانونية المتعلقة بزمان ومكان الانعقاد القانوني للعقد

[2]- علي فيلالي، المرجع السابق، ص 106.

وقد أخذ بذات النظرية أيضا التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 بشأن التجارة الإلكترونية الذي يستلزم لانعقاد العقد الإلكتروني استلام التعبير عن الإرادة والعلم به"[1].

وبعد أن تم التعرض للنظريات الخاصة بتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني أو التقليدي الذي يبرم بين غائبين من خلال مجلس العقد الحكمي، فإنه يجدر التنويه إلى أن بعض التشريعات قد أخذت بنظريات مختلطة في محاولة لتعظيم الاستفادة من خلال دمج أكثر من نظرية وهو ما سيتم توضيحه فيما يلي :

مزايا الجمع بن أكثر من نظرية لتلافي أوجه القصور وتعظيم أوجه التمييز لكل منهما :

ومن التشريعات التي تبنت هذا النهج قانون الالتزامات السويسري، حيث تقرر المادة 1/15 منه أن "العقد ينعقد في اللحظة التي يتم فيها تصدير القبول، وذلك شريطة أن يتسلمه الموجب".

والواقع أن هذا التفسير لا يحقق ثمة فائدة في إطار التعاقد الإلكتروني، خاصة في الحالات التي يتم فيها التعاقد على الخط إذ لا يوجد فاصلا ومنيا بين لحظتي تصدير القبول واستلامه من جانب الموجب، ولعل ذلك هو ما هدف بعض التشريعات للجمع بين نظريتي تصدير القبول والعلم به.

ومن تلك التشريعات نجد القانون المدني الهندي، حيث تقرر مادته الرابعة أن العقد ينعقد بالنسبة للموجب له منذ لحظة تصدير القبول.

في حين لا ينعقد بالنسبة للموجب إلا من لحظة علمه به، على أنه يجوز للقابل الرجوع عن قبوله بشرط أن يصل أمر الرجوع لعلم الموجب قبل وصول القبول ذاته لعلمه[2].

المطلب الثاني : مكان إبرام العقد الإلكتروني.

بعد أن تم التعرض للنظريات الخاصة بتحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني وموقف التشريعات المختلفة من تحديد لحظة الانعقاد، فإنه يبقى ضروريا أن يتم بيان مكان انعقاد العقد الإلكتروني أيضا، فلا يخفى على الفطنة ما لتحديد هذا المكان بدقة من آثار قانونية بالغة الأهمية، وبيان ذلك أنه يترتب على تحديد هذا المكان التعرف على المحكمة التي تختص بنظر ما قد ينشأ عن هذا العقد من منازعات خاصة بمناسبة تفسيره أو تنفيذه أو إنهائه ، ولا شك أن تحديد ذلك

[1] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص. 142.

[2] - جدير بالذكر أن بعض الفقه المصري يؤيد تلك الازدواجية في لحظة إبرام العقد الالكتروني.

المكان يتوقف على موقف الفقه والقضاء والتشريع من طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، فالأخذ بأنه تعاقدا بين حاضرين، حين يتحقق الالتقاء الحكمي بين المتعاقدين، يعني أن المكان الذي يجمع الطرفين حال انعقاد العقد هو القضاء الافتراضي.

والواقع أن هذا الرأي لم يحظى بالقبول، إذ يرى أغلب الفقه وبحق ان العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.وعلى ذلك فإنه يظل من الضروري تحديد مكان انعقاد العقد نظرا لاختلاف المكان الذي يوجد فيه كل طرف لحظة إبرامه. وترجع صعوبة الأمر إلى أن الحل يختلف من نظرية لأخرى في حالة غياب الاتفاق أو النص التشريعي الذي يحسم تلك القضية الهامة[1].

وسيتم المحاولة فيما يلي إلقاء الضوء على الحلول التي تبناها المشرع في بعض الدول وذلك من خلال الفروع التالية:

الفرع الأول : موقف التشريعات العربية من تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني.

الفرع الثاني : موقف التشريعات المعاملات الإلكترونية من تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني.

الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية في التشريع الجزائري.

الفرع الأول : موقف التشريعات العربية

ينقسم الرأي حول مكان انعقاد العقد إلى اتجاهين سيتم توضيحهما على النحو التالي :

الاتجاه الأول : الإبرام في مكان إعلان القبول:

يتبنى القانون السوري واللبناني والأردني هذا الاتجاه[2]، ووفقا لهذه القوانين فإن مكان انعقاد العقد يتحدد بلحظة إعلان القبول، ومن ثم يكون ذلك المكان هو مكان وجود الموجب له عند إعلانه عن قبول التعاقد، وينطبق هذا الحل في تلك الدول سواء بصدد العقد بمفهومه التقليدي أو في ثوبه الإلكتروني.

الاتجاه الثاني : الإبرام في مكان العلم بالقبول:

[1]- فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص. 59.

[2]- راجع المادة 101 من القانون المدني الأردني، وأنظر كذلك المادة 98 من القانون المدني السوري، والمادة 184 من قانون الموجبات والعقود اللبناني.

تتبنى بعض التشريعات وعلى رأسها القانون المدني المصري[1]، فكرة تمام العقد في مكان علم الموجب بالقبول باعتباره المكان الذي شهد تطابق الإرادتين ومن ثم إبرام العقد على أنه باستلام الموجب للقبول، فإنه يفترض علمه به ما لم يثبت العكس، وعلى ذلك فإنه إذا اختلف مكان استلام القبول عن مكان العلم به، فإن الأمر يتوقف عندئذ على مسلك الموجب وما إذا كان سيسلم بقرينة العلم بالقبول عند استلامه أم سينجح في إثبات العكس.

وفي الواقع أن هذا الحل كما بينت الأعمال التحضيرية للقانون المدني المصري يحقق مصلحة الموجب على اعتبار أنه هو الذي يبتدئ التعاقد ويحدد نطاقه ومضمونه وشروطه وبذلك فلا غرابة أن يراعي المشرع مصالحه بشأن تحديد مكان انعقاد العقد.

ويستفاد مما سبق أنه إذا لم يتفق الطرفان أو ينص المشرع على تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فإنه يتم تحديد ذلك المكان وفقا لما فيه صالح الموجب، وهو ما يقتضي اعتبار العقد منعقدا في مكان وجود الموجب لحظة استلام القبول أو العلم به[2].

أما المشرع الجزائري فقد نص في المادة 67 من القانون المدني على أنه :" يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم الموجب فيهما بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول".

إن هذا النص وضع قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك.

إن تطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل الوثائق والخطابات المكتوبة يبدو سهلا نظرا للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين، في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير الكثير من التساؤلات كون محاولة تركيز هذا العقد في دولة معينة أمرا صعب التحقيق نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الانترنت بوصفها متصلة بجميع

[1]- راجع في ذلك المادتين 91، 97 من القانون المدني المصري، ومن هذا الاتجاه أيضا القانون المدني الكويتي المادة 49، والمادة 142 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 144.

الدول في آن واحد من جهة، وعن الطبيعة غير المادية لهذه الوسيلة في التعاقد لاحتوائها على عدد هائل من المواقع الافتراضية من جهة أخرى[1].

بالإضافة إلى عدم اتفاق هذه النظرية مع جميع صور القبول، لأن القبول قد لا يتم صراحة وإنما يستنتج من سلوكيات الموجه إليه الإيجاب، وذلك في حالة السكوت الملابس الذي يمكن أن يعتبر قبولا في العقود الإلكترونية، كما لو قام الموجه إليه الإيجاب بالأعمال التي تنفذ العقد مباشرة دون إعلان لإرادته في هذا الشأن، ومن هنا لا يتحقق اتصال القبول بإرادة الموجب.

فقد يصدر الإيجاب من محل إقامة الموجب أو من حيث توجد مشروعاته التي بها نظامه المعلوماتي الذي من خلاله يقيم اتصالاته وتعاقداته، كما يمكن أن تصدر من أي مكان به وسيلة الاتصال[2].

والواقع أن إعمال هذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني يقتضي التمييز بين حالتين وهما :

الحالة الأولى : إبرام العقد من خلال التفاعل المباشر عبر الخط.

وفي هذه الحالة ينعقد العقد في مكان وجود الموجب حيث لا يوجد فاصلا زمنيا بين صدور القبول والعلم به، وعلى ذلك أن العقد في هذه الحالة يعد من قبيل التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان[3].

الحالة الثانية : إبرام العقد من خلال البريد الإلكتروني.

وعندئذ فإن مكان إبرام العقد هو المكان الذي يتواجد فيه الموجب لحظة علمه بمضمون الرسالة الإلكترونية التي تشتمل على القبول، ويأخذ ذات الحكم أيضا أن يتم التعاقد عبر الويب حيث يكون مكان تمام التعاقد هو ذلك المكان الذي يوجد به الموجب لحظة إطلاعه على الرسالة أو الموقع المتضمن للقبول الإلكتروني[4].

ويذهب بعض الفقه إلى أنه من الصعب تطبيق نظرية العلم بالقبول بشأن التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، ويرى هذا الجانب أن نظرية استلام القبول تكون أكثر عدالة في مجال التعاقد الإلكتروني.

---

[1]- برني نذير، العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 14 ، الفترة التكوينية 2003 – 2006، ص. 33.

[2]- فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص. 62.

[3]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. ص. 144 و 145.

[4]- المرجع نفسه، ص. 145.

ويتفق هذا التفسير في نظرهم مع ما جاء بعجز المادة 97/2 من ق.م.م التي أقامت قرينة العلم بالقبول بمجرد استلامه، ويؤكد هذا الجانب على أن " نظرية تسليم القبول ستكون الأكثر تطبيقا من الناحية العملية على أساس الفقرة الثانية من المادة 97 من ق.م.م والتي افترضت أن الموجب قد علم بالقبول في المكان الذي وصل في إليه، وعليه إثبات العكس وهو أمر صعب من الناحية العملية، وبالتالي سيكون مكان انعقاد العقد هو مكان وصول القبول إلا إذا اثبت الموجب العكس وأنه علم بالقبول في مكان آخر"[1].

والواقع أن هذا الرأي فضلا عن غموضه واستناده لصعوبات عملية عوضا عن الأسس القانونية السليمة، فإنه لم يقدم جديدا عما تبناه القانون المدني المصري، ونعني نظرية العلم بالقبول فقد خفف المشرع من آثارها بتبني قرينة العلم به بمجرد استلامه ما لم يثبت الموجب العكس.

ولا شك أن إثبات الاستلام والعلم بالقبول في حالة التعاقد الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني خاصة يكون سهلا، فالمعلوم أن تقنية الانترنت تسمح بالتعرف على لحظة وصول الرسالة الإلكترونية لصندوق خطاب الموجب ولحظة اتصاله بها وعلمه بها.

ويستند هذا الرأي أيضا لتبني المشرع الفرنسي لمذهب استلام القبول، وقد حاول بعض أنصار هذا الاتجاه التوفيق بين هذا المذهب ومذهب العلم بالقبول الذي يتبناه المشرع المصري.على أن السؤال الآتي يظل قائما، كيف نطبق نظرية استلام القبول إذا كان المكان الذي يتم فيه الاستلام يختلف تماما عن المكان الذي يتم فيه العلم؟ ومثال ذلك أن يكون البريد الإلكتروني للموجب يعمل على وحدة خدمة كائنة في دولة ما، وكان الموجب موجودا في دولة أخرى حيث علم فيها بالقبول فعليا، فالأخذ بنظرية استلام القبول في هذه الحالة يعني أن العقد يتم في الدولة التي توجد بها وحدة الخدمة.بينما يترتب على تبني نظرية العلم بالقبول اعتبار العقد مبرما في الدولة التي علم فيها الموجب بالقبول، وهذا ما يراه البعض أن هذا هو الحل الأقرب للعدالة[2].

الفرع الثاني : موقف تشريعات المعاملات الإلكترونية.

يحرص الإتحاد الأوروبي على إصدار توجيهات خاصة بالتجارة الإلكترونية تستعين بها دول الإتحاد حال سنها تشريعات تنظيم المعاملات الإلكترونية، ولعل أهم هذه التوجيهات ذلك

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. ص. 145 و 146.
[2]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. ص. 146 و 147.

الصادر سنة 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، وقد حرصت الأمم المتحدة أيضا على وضع قانون نموذجي تهتدي به الدول الأعضاء عند سنها لتشريعات في هذا الصدد.

وسيتم المحاولة فيما يلي إلقاء بعض الضوء على موقف التشريعات المعنية بتنظيم المعاملات الإلكترونية من تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني الذي يبرم عبر الانترنت[1].

أولا: موقف قانون الأونيسترال النموذجي.

يستفاد من نص المادة 4/15 من هذا القانون أن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو ذلك الذي يوجد به مقر عمل من يرسل إليه القبول، ويفيد نص الفقرة الرابعة من المادة 15 من هذا القانون أن مكان إرسال الرسالة يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، والمعلوم أنه وفقا للفقرة الأولى من ذات المادة أن رسالة البيانات تعد مستلمة في الوقت الذي تدخل فيه نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، وعلى ذلك فإن وقت تسلم القبول هو لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المشتملة عليه في النظام المعلوماتي الخاص بالموجب أو في بريده الإلكتروني[2]. وجدير بالذكر أن ق.م.ف يأخذ بذلك الاتجاه، ويبين ذلك من خلال نص المادة 2/1369.

على أن هذا الحكم الذي تبناه قانون الأونيسترال وتبعته في ذلك العديد من التشريعات الوطنية يثير صعوبة عملية أيضا.فقد يوجد المكان الذي يتم فيه استلام القبول في دولة مغايرة لتلك التي يتم فيها العلم به.

فالسؤال الذي يطرح نفسه عندئذ يدور حول أي دولة منهما ستعد مكان إبرام العقد؟

وفضلا عن ذلك فإن الموجب قد يكون لديه أكثر من مقر للعمل، فما هو المقر الذي سنعتد به كمكان لإبرام العقد الإلكتروني إذا لم يكن الطرفان قد سبق لهما تحديده.ووفقا لقانون الأونيسترال فإنه عند تعدد مقر عمل الموجب فإنه يتم الاعتداد بالمقر الذي يرتبط بالعقد الإلكتروني المبرم، فإذا لم نتمكن من تحديد هذا المقر تكون العبرة بمقر العمل الرئيسي للموجب، وعند عدم وجود مقر عمل للموجب تكون العبرة بمحله المعتاد، وعندما يكون الموجب شخصا معنويا يكون مقره هو المقر الرئيسي أو المكان الذي تأسس فيه[3].

---

[1]- المرجع نفسه، ص. 147.

[2]- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2006، ص. 168.

[3]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص. 149.

وتثور الصعوبة أيضا في حالة وجود هذه الخدمة الخاصة بالبريد الإلكتروني في دولة وكون الموجب ذاته وقت العلم بالقبول في دولة أخرى، وقد انقسم الفقه في هذا الصدد إلى الاتجاهين التاليين:

الاتجاه الأول : يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العبرة هي بمكان وجود الموجب وليس بمكان تواجد وحدة الخدمة، ويؤسس هذا الجانب رأيه على نص المادة 19 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية[1] والتي تقرر أن مكان الشركة التي تؤدي خدمات الانترنت هو المكان الذي تمارس فيه نشاطها وليس المكان الذي توجد به وحدة الخدمة.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه أن الأخذ به هو الذي يكفل به الاستقرار القانوني للمعاملات الإلكترونية، كما يضمن احترام توقعات المتعاقدين فالموجب له يعلم مكان الموجب غير أنه قد لا يعلم مكان وجود وحدة الخدمة التي يعمل عليها أو من خلال موقعه أو بريده الإلكتروني، وفضلا عن ذلك فإن موقع نظم المعلومات قد يتغير دون أن يعلم الطرفان بذلك، ولعل ذلك كله يبرر الاعتداد بمكان وجود الموجب وليس مكان وجود وحدة الخدمة[2].

الاتجاه الثاني : على عكس الاتجاه السابق يرى جانب من الفقه[3] أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو ذلك المكان الذي توجد به وحدة الخدمة دون النظر لمكان وجود الموجب له لحظة علمه بالقبول، ويستند أنصار هذا الرأي إلى أن مكان وجود وحدة الخدمة هو الذي يتم فيه تطابق الإيجاب مع القبول.

ومن جانبها فإن التشريعات العربية المعنية بالمعاملات الإلكترونية قد تبنت ذات النهج الذي أخذت به المادة 15 من قانون الأونيسترال، ويجري نص المادة 18 من التشريع الأردني في هذا الصدد على أنه :"أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقر لعمله ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

[1]- المرجع نفسه، ص. 150.
[2]- بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص. 168.
[3]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 309.

ب- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسليم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم"[1].

والجدير بالذكر أن التشريعات العربية سالفة الذكر قد سمحت للأطراف بتحديد مكان إرسال أو استلام الرسالة الإلكترونية المشتملة على الإيجاب والقبول، فالأحكام الواردة بهذه التشريعات مكملة أو مفسرة بحيث يكون مرده الأمر أصلا لإرادة الطرفين.

الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية في التشريع الجزائري

نصت المادة 18 المعدلة من ق.م.ج على أنه :"يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه.

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع قد بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاثة ضوابط، أحدها أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين، وآخران احتياطيان وهما قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد[2].

واشترط في قانون الإرادة أن تكون له صلة حقيقية للمتعاقدين أو بالعقد، فلم يترك بالتالي لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما، والسبب في هذا التقدير القانوني هو ضرورة إقامة توازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من ناحية، وضرورة خضوع هذه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني، منعا للغش وحماية للطرف الضعيف في العقد، الذي يكون عادة المستهلك، وبذلك تتفق آراء الفقهاء مع رغبة المشرع في حمايته، خاصة في العقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية[3].

[1]- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2010، ص. 214.
[2]- أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، ط 2002، ص. 302.
[3]- عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 168.

واختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم من طرف المتعاقدين على شبكة الويب web كما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بالبريد الإلكتروني بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى، ومن ثمة فإن مشاكل قانون الإرادة المتعارف عليها في العقود التقليدية تطرح نفسها هنا أيضا بما يتفق مع طبيعة شبكة الانترنت، فالعلاقة التي اشترطتها المادة 18 من القانون المدني بين قانون الإرادة والعقد قد تتمثل في مكان إبرام العقد أو في مكان تنفيذه، ولكن هذين المعيارين لا يعبران في جميع الأحوال عن علاقة جدية بالعقد في التعاقد الذي يبرم من خلال الانترنت، الذي يفترض اتصال العقد بجميع الدول نظرا لاتصال الانترنت بها في آن واحد نتيجة انفتاح هذه الشبكة على العالم كله، فالانترنت نفسه هو وسيط غير مادي يتم فيه إبرام العقد من دون أن يكون مركزا في إقليم دولة معينة، لأنه فضاء إلكتروني مستقل غير خاضع لدولة بعينها، بحيث يمكن القول بتطبيق قانونها، كما أن مكان تنفيذ العقد لا يخلو من الصعوبة خاصة بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفذ على شبكة الانترنت دون حاجة للرجوع إلى الفضاء المادي الخارجي، ومن هنا لا يوجد إقليم دولة معينة يتم فيه تنفيذ العقد، بل هم إزاء بيئة غير مادية يتم تنفيذ العقد من خلالها، وهذا ما دفع الفقه[1] إلى التساؤل عما إذا كانت الانترنت منطقة بلا قانون، مشبهين إياها بالمحيط الذي ليس له حدود ولا مناطق جغرافية ولا تملكه دولة بعينها، فمستعمل الانترنت يتجول في فضاء وطني وفضاء دولي في آن واحد، إذ يستطيع زيارة مواقع في كل أنحاء العالم لا تخضع لسيادة أي دولة.

ويرى جانب من الفقه[2] عكس ذلك إذ يعتقد أن شبكة الانترنت منطقة خاضعة لعدد هائل من القوانين والأنظمة القضائية، وذلك لتعذر خضوعها لقانون واحد، ذلك أن القانون لم يكن غائبا أبدا عن الشبكات ولا يمكن أن يغيب عنها، ووجود القانون الذي ينظم الانترنت هو أمر بديهي، وذلك طالما انه يوجد أفراد خلف الأدوات يجب أن يتفق سلوكهم عبر الشبكة مع القانون.

وينفي رأي ثالث بشدة مشكلة الفراغ القانوني بالنسبة لشبكة الانترنت ضاربا أمثلة للعديد من التشريعات التي يمكن أن تخضع إليها في فرنسا، والأجهزة الحكومية التي يمكن أن تتدخل بشأن الانترنت، وهي ذات الأجهزة المنوط بها تنفيذ هذه التشريعات، وهو ما ذهب إليه مجلس الدولة الفرنسي[3].

[1] - أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. ص. 20 و 21.
[2]- عبد الفتاح بيومي، حجازي، المرجع السابق، ص. 171.
[3]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 309.

ومن الأمثلة التي أعطاها الفقه لارتباط العقد بقانون دولة معينة، العقود الإلكترونية التي يتم فيها عرض السلعة أو الخدمة عن طريق البريد الإلكتروني، فالعرض يتم استقباله في دولة من وجه إليه، متى كان هذا الأخير قد دخل إلى موقع البريد المعلن به عرض السلعة أو الخدمة، ويتصور حصول هذا الفرض حيث يقوم مورد السلعة أو الخدمة بإرسال رسالة إلكترونية ذات طبيعة دعائية لذات البلد الموجه إليه الإيجاب، أو يصمم صفحة إعلانية توجه تحديد إلى البلد الذي يقيم فيه من وجه إليه الإيجاب إذا كان الموجب قد قام بالأعمال الضرورية واللازمة لإبرام العقد في هذه الدولة[1]، كأن يسجل طلبة على شبكة الانترنت أو يقبل إيجاب البائع عن طريق البريد الإلكتروني، ففي هذا المثال تعد أفعال القبول الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب ذات علاقة بقانون الدولة محل إقامته العادية، وبالتالي يمكن اتفاق المتعاقدين على تطبيقه.

لكن رغم ارتباط قانون الإرادة بدولة محددة تبقى الإشكالية تطرح حول مدى صحة هذا الشرط على ضوء حقيقة مفادها أن المستخدم قد لا يكون قد قرأ شروط العقد وعليه فإنه بالتأكيد لم يناقشه، وربما يقع هذا العقد وفق بعض النظم القانونية ضمن مفهوم عقد إذعان إضافة إلى أن هناك العديد من النظم القانونية لا تتضمن حتى الآن تشريعات منظمة لمسائل تقنية المعلومات مما يزيد الصعوبة حول قانون الإرادة والاختصاص القضائي[2].

مما يجعل القاضي السلطة الوحيدة التي تبت في مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص، في حالة غياب الارتباط بين قانون الإرادة والعقد، وذلك باللجوء إلى الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو موطنهما المشترك[3]

[1]- برني ندير، العقد الالكتروني على ضوء القانون الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء الجزائر، قضاء قالمة، ص. 35.

[2] - غوتي ابتسام، العقد الإلكتروني الدولي بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سعيدة، 2013-2014، ص. 64.

[3] - تجدر الإشارة في هذا الصدد بأن المنهج التقليدي لتنازع القوانين لم يعد ينسجم مع المعاملات التي تتم عبر الانترنت في طبيعة غير مادية وعالمية، فأغلب العلاقات العقدية التي تبرم بواسطة الانترنت هي علاقات تجمع بين أطراف تختلف جنسياتهم وأماكن إقامتهم وتتعلق أيضا بمواقع لا يعلم مكانها ولا مكان الجهة التي تديرها، ولا موقع الخادم الخاص بها، مما يجعل من الصعب حصر هذه العلاقة في إقليم دولة معينة ومنطقة جغرافية محددة، الشيء الذي جعل فكرة الحدود الجغرافية تزول، ولم تعد الدولة قادرة على صد أو رفض ما يبث إليها من وراء الحدود، الأمر الذي أدى إلى إفلات هذه العلاقات من الخضوع إلى منهج الإسناد ومن يقود إليه من تطبيق القوانين الوطنية.
الشيء الذي أدى بالفقه إلى القول بالزامية البحث عن قواعد موضوعية تحكم المجتمع الجديد الذي نشأ بفضل شبكة الانترنت، حيث بدأت الجهود تبذل في هذا الإطار من قبل منظمات عالمية وإقليمية لإيجاد حلول لهذه المشاكل بالبحث عن القانون ذو طبيعة عالمية بعيدا عن القانون الدولي الخاص، من جهة ومحاولة إيجاد وسائل جديدة فعالة لفض المنازعات التجارية الإلكترونية، خاصة ما تعلق منها بالقانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي، نذكر منها التحكيم، الوساطة، المفاوضات، لتتجاوز بذلك المشاكل التي قد تطرحها القوانين الوطنية في هذا المجال، خاصة منها القوانين التي لم تنظم المعاملات الإلكترونية من جهة أخرى. ويشار في الأخير إلى أن أحدث تطور علمي في حقل فض المنازعات وهو العمل على حل المنازعات المتصلة بتقنية المعلومات والانترنت بشكل إلكتروني وعلى شبكة الانترنت نفسها ضمن ما يعرف بالتسوية الإلكترونية أو المحاكم الإلكترونية.

الفصـــــــل الثانـي

أثار مجلس العقد الالكتروني

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، ويلزم لتوافر الرضاء بالعقد، حتى ولو كان الكترونيا، أن توجد الإرادة في كل طرفيه وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه.

ويشترط أن تكون إرادة جادة غير هازلة و حقيقية غير صورية، بيد أن القانون لا يهتم بها طالما بقيت في مكمنها تخالج النفس والنية، فلا بد إذن لكي يتوافر الرضاء بأمرها أن تحرج الإرادة التي قصدته من نفس صاحبها إلى العالم الخارجي الملموس، ويكون ذلك عن طريق المظاهر المادية الدالة عليها من كلام أو كتابة أو إشارة أو غيرها.[1]

ويثير التعاقد الالكتروني العديد من التحديات للنظم القانونية القائمة، ذلك أن العلاقات التجارية التقليدية قامت منذ فجر النشاط التجاري على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد وعلى أساس التزام البائع مثلا بتسليم البيع بشكل مادي وضمن نشاط ايجابي خارجي ملموس، وأن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن إما نقدا أو من خلال الأوراق المالية التجارية أو الشيكات.[2]

لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى العقد الالكتروني فرغم أنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد أخر من حيث توافر الإيجاب والقبول والمحل والسبب والثمن وجميع شروط تحديد المسؤولية المتعلقة بالمتعاقدين، لكنه يختلف عن غيره من العقود حال كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده حيث يكون كل طرف في مكان مختلف عن مكان الآخر ويفصل بينهما بعد جغرافي، أي أنه في حالة التعاقد الالكتروني ليس الطرفان حاضرين في مجلس العقد وإنما يجمعهما مجلس عقد حكمي.

ويتميز الإيجاب الالكتروني عن التقليدي في أنه يتم باستخدام وسيط الكتروني ومن خلال شبكة الانترنت، وهذه الميزة جعلته يتمتع بخصوصية تثير جملة من المشكلات النوعية بسبب خطورة الآثار المترتبة عليه، إذا أن مجرد النقر click على الفأرة بقبول مطابق يعني موافقة القابل على إبرام العقد الالكتروني.[3]

وهذه الخصوصية التي يتميز بها الإيجاب الالكتروني قد أصابت القبول أيضا حيث أصبح يتم في بيئة الكترونية، فقد أصبح مجرد الضغط على زر القبول الموجود على لوحة المفاتيح

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص244.

[2]. محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت دراسة مقارنة رسالة ماجستير ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2009 ، ص127.

[3]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 244 و 245.

entrée أو الضغط على خانة القبول accepté الموجود على شاشة الكمبيوتر، يعني موافقة العميل وقبوله بشروط العقد، وهو ما يتطلب تحديد الإطار القانوني لهذا الإيجاب والقبول الالكتروني وخصوصية كل منهما.

ومن ثم سوف يتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين التاليين:

المبحث الأول: الإيجاب الالكتروني.

المبحث الثاني: القبول الالكتروني.

المبحث الأول: الإيجاب الالكتروني

يعتبر الإيجاب هو الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، ومنها العقد الالكتروني فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على أخر بعد أن يكون قد استقر نهائيا عليه.

والتعبير عن الإرادة حتى يكون إيجابا يجب أن يكون جازما وكاملا وباتا، وأن يعبر عن إرادة واضحة في معنى إبرام العقد، وأن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، وهو ما يعني أن الشخص إذا لم يكن يقصد إبرام العقد فإن التعبير عن الإرادة لا يعتبر إيجابا، وهو ما يثير مشكلة التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض.[1]

ومما تقدم فإن التعرض لمسألة الإيجاب لا يقتضي بحثه بمعناه التقليدي تفصيلا وإنما بحث أوجه الخصوصية للإيجاب في مجال البيئة الالكترونية وهذا ما سوف يتم تناوله في هذا المبحث والذي سوف يتم تقسيمه إلى ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الالكتروني.

المطلب الثاني: الشروط التعاقدية للإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد.

المطلب الثالث: حرية الموجب في العدول عن الإيجاب.

المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الالكتروني:

بداية الأمر أن الإيجاب يعرف بصورة عامة بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به- على وجه الجزم- عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول،[2] وحينئذ يكون التعبير عن الإرادة [3] إيجابا متى توفر الشرطان الآتيان:

- أن يكون التعبير دقيقا ومحددا.
- أن يكون باتا.

---

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص246.

[2] علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص91.

[3]. قد يعرف الإيجاب بأنه التعبير عن الإرادة الصادر من شخص معين والذي يتضمن عرضا لشخص آخر للتعاقد معه و الإيجاب كتعبير عن الإرادة يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الإرادة ، فقد يكون صريحا و قد يكون ضمنيا ، و قد يكون بعد ذلك شفويا أو كتابيا أو يتم بالإشارة أو يفهم من ظروف الحال ، و بعبارة أخرى التعبير عن الإيجاب إما أن يكون صريحا أو ضمنيا و المهم هنا أن يكون دالا على الرضاء النهائي بالتعاقد بخصوص الأمر الذي يعرضه الموجب على غيره.

و يصدر الإيجاب على نحو يتمثل بأحد فرضين اثنين ، فإما أن يكون معلقا ، و إما أن يكون باتا ، فبالنسبة للإيجاب المعلق نقول أنه قد يسبق صدور الإيجاب في كثير من عقود لاسيما العامة منها الدخول في مراحل تتفاوت درجاتها و لكنها لا تصل إلى مستوى الإيجاب ، فقد تبدأ عملية التعاقد بمجرد اقتراح من أحد الطرفين يريد خلاله استطلاع رأي الطرف الآخر و يقف على مدى استعداده ، فإذا ظهرت لهذا الأخير رغبة في التعاقد دخل معه الطرف الأول (الموجب) في مرحلة مفاوضات قد تطول أو تقصر يخرج بعدها الطرفان باتفاق على كل المسائل الجوهرية مصحوب بتحفظات صريحة أو ضمنية ، ففي هذه الحالة يسمى الاتفاق بالإيجاب المعلق بحيث يستطيع الموجب أن يعدل عنه في أي وقت شاء ، على أن لا يقترن ذلك العدول بأي خطأ يسبب ضررا للطرف الآخر وإلا ألزم بتعويضه على أساس المسؤولية التقصيرية.

وكما تم ذكره سابقا في أن العقد المبرم عبر شبكة الانترنت ينعقد غالبا في إطار التجارة الالكترونية، لذا فإنه يندرج من الناحية التشريعية في إطار العقود المبرمة عن بعد- من حيث المكان- وعلى ذلك فإن تعريف الإيجاب في العقد المبرم عبر شبكة الانترنت يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في العقود التقليدية بشكل عام والعقود المبرمة عن بعد على وجه الدقة وعليه سيقسم هذا المطلب إلى ثلاث فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الالكتروني

الفرع الثاني: صور الإيجاب الالكتروني.

الفرع الثالث: خصائص الإيجاب الالكتروني.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الالكتروني L'offre électronique

يمكن أن يتم التعبير عن الإيجاب عبر تقنيات الاتصال الحديثة، فهو قد يتم عبر الهاتف، أو الفاكس، أو التيلكس، أو البث الإذاعي، أو التلفزيوني، أو المينيتل، أو عبر الانترنت وذلك باستخدام البريد الالكتروني أو الموقع التجاري.[1]

وتنص المادة 1/11 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية CNUDCI والصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 على أنه: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"[2].

وقد تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن العاملات الالكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي على ما يلي:"تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل الي شخص واحد أو أشخاص محددين ماداموا معرفين على نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة الكترونيا بوجه عام ما لم يشير إلى غير ذلك.[3]

[1]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص103.
[2]. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ، ص248.
[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص104.

وقد عرف التوجيه الأوروبي رقم 97-7 الصادر في 20 مايو 1997، الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه:"كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان."[1]

أما القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية، فتنص المادة الأولى منه على أنه:" يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني، وصحتها، وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون."

و في القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية، تنص المادة 13 منه على أنه : " لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب و القبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية."[2]

وفي القانون البحريني الصادر في 14 سبتمبر 2002 بشأن التجارة الالكترونية تنص المادة العاشرة منه على أنه:" في سياق إبرام العقد يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الالكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك."[3]

ويرى جانب من الفقه أن "الإيجاب في العقد الالكتروني" هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة.[4]

يشترط في الإيجاب الالكتروني، كما هو الحال في الإيجاب التقليدي، أن يكون جازما ومحددا وباتا لا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، أما إذا احتفظ الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعتبر هذا إيجابا بل مجرد دعوة إلى التعاقد.

ويسقط الإيجاب لأسباب معينة وهي إذا كان معلقا على شرط وتخلف الشرط، أو بانقضاء المدة المحددة- بالنسبة للإيجاب الملزم- ولم يقترن به قبول، أو رفضه الشخص الذي وجه إليه، ويعتبر رفضا للإيجاب الالكتروني أن يقوم الموجه إليه الإيجاب بإغلاق جهاز الكمبيوتر طواعية

[1]. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص67.
[2]. محمود عبد الرحيم الشريفات ، المرجع السابق ، ص130.
[3]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 249.
[4]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 105.

واختيارا، أو بالانتقال إلى موقع جديد غير موقع الموجب، أو بإرسال رسالة الكترونية تفيد الرفض في حالة التعاقد بواسطة البريد الالكتروني.[1]

ومما سبق فإن الإيجاب في التعاقد الالكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كافة العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة،[2] ولذلك فهو لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه.

الفرع الثاني : صور الإيجاب الالكتروني.

نجد أن صور الإيجاب عبر شبكة الانترنت إما أن يكون إيجابا عبر البريد الالكتروني، وإما إيجابا على صفحات الويب وإما إيجابا عن طريق المحادثة والمشاهدة.

أولا- الإيجاب عبر البريد الالكتروني E-mail

ا-الإيجاب عبر البريد الالكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بنيه وبين القبول

ويكون في هذه الحالة موجها غالبا من شخص إلى آخر تحديدا فنكون أمام حالة تنطبق مع حالة الإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد العادي، فيكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة، وبذلك يكون الإيجاب قائما غير ملزم إلا إذا تضمن إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة ويمكن استخلاص هذه الفترة من طبيعة هذا الإيجاب والعرف، وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني[3]، فإذا كان إيجابا غير ملزم فانه يمكن أن يتم به العقد متى كان باتا وجازما، كما يمكن أن يسقط في حالة رفضه عبر البريد الالكتروني أو التعديل فيه أو تكراره، أو انقضاء المدة في حالة ما إذا كان ملزما، كما يمكن الرجوع عنه بنفس الوسيلة أو عبر اتصال هاتفي مثلا.

ب- الإيجاب عبر البريد الالكتروني في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة.

في هذه الحالة يقترب الإيجاب كثيرا بالإيجاب عبر التلكس، الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه وقبوله، حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب، وهنا نكون أقرب الى مجلس العقد، ولا نخرج من القاعدة الواردة في المادة 64 من القانون المدني التي تقضي بأن:" إذا صدر

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 248.
[2]. محمد حسين منصور ، المرجع السابق ، ص 67.
[3]. تنص المادة (63) من ق.م.ج على أنه : " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل ."

الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا...."، ويكون تحلل الموجب من إيجابه في هذه الحالة أي فعل أو قول يدل على الاعتراض الذي يبطل الإيجاب، ويمكن أن نتصور هنا أنه أثناء تبادل الإيجاب عبر البريد الالكتروني يقوم الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشارة الى أنه انتقل الى موقع غير موقع الموجب فيكون الموجب له قد قام بفعل قد دل على الاعتراض فأبطل الإيجاب.[1]

ثانيا: الإيجاب عبر شبكة المواقع web

الإيجاب عبر شبكة المواقع لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات التليفزيونية المخصصة يعرض السلع وتوصيلها الى المنازل[2] ويتميز بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة والأغلب أن يكون موجها الى الجمهور عامة بالإعلان والإشهار لبيع السلع وتقديم الخدمات المتوفرة، وعادة ما يكون هذا الإيجاب محددا بزمن، أو معلق على شرط عدم نفاذ السلعة، وهذا الشرط راجع لطبيعة هذا الإيجاب في حد ذاته (كونه موجه الى الجمهور وخاصة منهم المتواجدين على شبكة الانترنت)، لذلك فإن احتمال نفاذ هذه السلعة أمر وارد بالنظر الى كثرة عدد الأفراد الموجه إليهم هذا الإيجاب بما قد تسبب بورود طلبات على السلعة أو الخدمة التي تعرضها بما يفوق قدرة المنتج أو البائع على توريد السلعة مهما كان مقدور مخزونها لديه، مما قد يتطلب منه العمل أكثر ولمدة زمنية قد تطول من أجل الوفاء بإيجابه[3]، ويكون الإيجاب عبر شبكة الويب معلق على شرط عدم تغيير الأسعار في أحيان أخرى، إذ يحتفظ الموجب بحقه في تعديل هذا الثمن تبعا لتغيير الأسعار في السوق والبورصة.

ويطرح الإيجاب عبر شبكة المواقع مسألة التكييف القانوني للإعلان عبر شبكة ألـweb، إذ يرى جانب من الفقه إن هذه الإعلانات هي بمثابة دعوى للتعاقد و ليس إيجابا حتى ولو كان الإعلان يحتوي على كل الشروط الجوهرية للعقد، إلا إذا تعلق الأمر بالإعلان عن السلع أو الخدمة يعتد فيه بشخص المتعاقد فنكون في حالة إيجاب.

---

[1]. علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص91.

[2]. أحمد خالد العجولي ، المرجع السابق ، ص73.

[3]. و لذلك حرصت العقود المتداولة في العمل على تنظيم مسألة تنظيم نفاذ المخزون فنصت الشروط العامة للمركز التجاري Infonieعلى بعض الالتزامات في حالة عدم توافر السلعة فورد بها : " أننا ملتزمون في الحالة التي لا تتوفر فيها بعض القطع أن نقدم لكم قطعا بديلا تتوفر بها ذات المميزات و الصفات و بجودة مماثلة أو بجودة أعلى ، و بسعر مساوي أو أكثر أو بأن نرد لكم ما دفعتموه ، و على أية حال ، فسوف نوافيكم برسالة إلكترونية توضح ما إذا كانت السلعة متوفرة ، فلا تنسوا مراجعة بريدكم الإلكتروني بانتظام ."

كما واجه عقد apple store هذه المسألة فورد به بأنه : " إذا لم نتمكن من تلبية طلبك خلال 30 يوما من تاريخ الدفع ، فسوف نخطرك بذلك و يكون لك حينئذ الخيار في العدول عن طلبك و استرداد ما دفعته ، فإذا اخترت أن يظل طلبك ساريا ، يجوز لك كلما مرت 10 أيام العدول عن الطلب و استرداد ما دفعته. "

كما حرصت الفقرة 5 عن البند 4 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار و المستهلكين الصادر عن غرفة التجارة و الصناعة لباريس بالنص على ضرورة مدى توفر السلعة أو الخدمة.

ويستند هذا الرأي على اشتراط المواقع على شبكة الانترنت تأكيد الزبون قبوله للعقد عن طريق الضغط مرتين أو أكثر على الزر الخاص بالموافقة، المتواجد على لوحة المفاتيح، وذلك للتأكد من أن موافقة الزبون على العقد لم يأتي عن طريق الخطأ.

في حين يرى جانب من الفقه، أن الإعلانات عن السلع والخدمات عبر الانترنت هي إيجاب غير ملزم، أي دعوى للتعاقد، إلا إذا نص الإعلان ذاته على خلاف ذلك.[1]

وهناك من يؤيد الرأي الأول فيما ذهب إليه، في تكييف الإعلان على شبكة الانترنت على أن له مقومات الإيجاب إذا تضمن المسائل الجوهرية في التعاقد، وعدم تعرض التعبير بما ينفي نية الارتباط بالتعاقد، إذ أن توجيه الإيجاب للجمهور لا يؤثر على تكييف الإعلان بأنه إيجاب، طالما أنه يحتمل أن يصدر قبولا عن أي شخص فينعقد العقد، باستثناء العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد معه محل اعتبار، مما يقتضي حتما تحفظا ضمنيا ينال بموجبه من قطعية الإيجاب، ومثال ذلك الإعلان عن تأجير محلات سكنية أو البحث عن مستخدمين، ففي مثل هذه الحالات يحتفظ من صدر منه التعبير لنفسه بحق الموافقة على من يتقدم إليه بناء على الدعوى التي وجهها.[2]

ثالثا: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة.

يستطيع المتعامل على شبكة الانترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه، وذلك عن طريق كاميرا توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين،فيتحول الكمبيوتر الى هاتف تقليدي أو هاتف مرئي، فنكون في هذه الحالة أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد présence virtuelle simultanée، أو ما يسمى بمجلس عقد افتراضي، يقترب جدا من المجلس الحقيقي، فيكون الإيجاب صادر مباشرة بالكلام أو بالكتابة أو بالمشاهدة، وينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين زمانا المنصوص عليها في المادة 64 من ق.م.ج، فيكون الإيجاب غير ملزم ما لم يحصل القبول فورا، وللموجب حينئذ الحق في العدول، فإذا عدل الموجب عن إيجابه، يسقط الإيجاب ولا يتم العقد إطلاقا، وإذا صدر القبول بعد ذلك فلا يعتد به وإنما يعتبر إيجابا جديدا.

---

[1]. و هو ما أخذ به قانون أونيسترال في إحدى مواده : " تمثل رسالة البيانات إيجابا إذا تضمن إيجابا مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين مادامو معروفين على نحو كاف ، و كانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ، و لا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك. "

[2]. أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص 74.

أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن الإيجاب لا يسقط، لكنه يصبح غير ملزم، وهو ما يسمى بالإيجاب القائم وغير الملزم، وفي هذه الحالة فإن صدور قبول قبل انفضاض مجلس العقد يؤدي الى انعقاد العقد.[1]

الفرع الثالث: خصائص الإيجاب الالكتروني.

يخضع الإيجاب الالكتروني لذات القواعد الهامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة عالمية المعلومات والاتصالات:

أ-**الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد:** نظرا لأن العقد الالكتروني ينتمي الى طائفة العقود عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الالكتروني ينتمي الى تلك الطائفة.

ولما كان الإيجاب الالكتروني إيجابا عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها اتجاه المستهلك الالكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه والمركز الرئيسي له، وعنوان البريد الالكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة وأوصافها، وأثمانها ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد وإعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان.[2] وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم7/97 في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد، والمرسوم الفرنسي رقم2001/741 الصادر في 23 أوت 2001.

ب-**الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسيط الالكتروني:** يتطلب الإيجاب الالكتروني وجود وسيط الكتروني هو مقدم خدمة الانترنت (internet service provider (ISP، فهو يتم من خلال شبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت. وجدير بالذكر أن هناك آخرين يشاركون في تقديم تلك الخدمة،إذا أن هناك أشخاص عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ ومورد المعلومات.[3]

[1]. أحمد خالد العجولي ، المرجع السابق ، ص74.
[2]. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق ، ص 89.
[3]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 252.

ويقترب الإيجاب في التعاقد الالكتروني من الإيجاب عن طريق التلفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الالكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرار معينا، بحيث أن الموجب له يستطيع دائما أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الالكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الالكتروني، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون بوقتية الرسالة المعروضة عبر شاشة التلفزيون، فمدة البث عبر التلفزيون تكون محدودة وتتميز بالسرعة وباختصار المعلومات[1]، أي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز بالاختصار وسرعة الزوال.

ج- الإيجاب الالكتروني في الغالب إيجابا دوليا: يتم الإيجاب الالكتروني باستخدام وسائط الكترونية، وعبر شبكة دولية الاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الالكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية.

ورغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الالكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقتصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، مثال ذلك ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الانترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول (الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية)[2]، وأيضا ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا و كوريا الشمالية[3]، أي أن الإيجاب الالكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا.

وقد أجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد.

المطلب الثاني: الشروط التعاقدية للإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد.

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 253.
[2]. بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص133.
[3]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص253.

ينتج عن المرحلة السابقة على التعاقد الالكتروني الكثير من صور التعبير عن الإرادة منها ما يعتبر الدعوة الى التفاوض، ومنها ما يعتبر إيجابا تاما ما ينعقد به العقد بمجرد قبوله أي أن الدعوة الى التفاوض والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة.[1]

كما توجد بعض الشروط التعاقدية التي يلتزم مقدم المنتج أو الخدمة بإعلام المستهلك بها قبل إبرام العقد[2]، وقد تناولت هذه الشروط المواد (1/114 و 1/111 و 18/121) من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمادة الرابعة من التوجيه الأوروبي رقم 97-8 بشأن البيع عن بعد، والمادة العاشرة من التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 بشأن التجارة الالكترونية، والمادة (25) من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية.

الفرع الأول: المعلومات العامةl information générale

يشترط في الإيجاب الالكتروني أن يكون واضحا وجازما دون عيب أو شائبة، وذلك بأن يقدم بأسلوب الكتروني مفهوم، وبعيدا عن أي غموض، وأن يحترم قواعد الإعلان المحددة قانونا، وذلك بأن تعبر صورة الشيء المعروض تعبيرا أمينا وصادقا عن هذا الشيء[3]، ولكي يتحقق ذلك فإنه ينبغي على الموجب أن يزود العميل ببعض المعلومات العامة الضرورية، وذلك بشفافية ووضوح ومن هذه المعلومات ما يلي:

أولا: تحديد هوية الأطراف المتعاقدة: نظرا لأن الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال، فإن الكثير من مستخدمي تقنيات الاتصال الحديثة قد لا يفحصون عن هويتهم، خاصة إذا كان غرضهم غير نبيل، أو خجلا من تصرف مشين يقومون به، ويرغبون في التهرب من المسؤولية عنه، وهذا يتطلب ضرورة إجراء التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة – بصورة فنية دقيقة- بما يحقق الأمان والثقة في المعاملات المتبادلة الكترونيا، ويجنب الأطراف أي شكل من أشكال الخداع.

ووفقا لنص المادة 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي فإنه ينبغي: في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد، يلتزم المهني بأن يوضح المستهلك: اسم مشروعه، أو أرقام

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 258.

[2]. الالتزام بالإدلاء بالمعلومات و البيانات العقدية هو : " التزام عام سابق على التعاقد يتحدد محله في قيام المدين به بإخطار الطرف الآخر الدائن به بكافة البيانات المتعلقة بالعقد المراد إبرامه سواء من ناحية شروطه أم أوصاف الشيء محله أم مدى سعة التعهدات المتبادلة الناشئة عنه .... و يقصد به بصفة عامة إيجاد رضاء سليم و حر و واع لدى الطرف الآخر."

[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص108.

هواتفه، وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفا عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب[1]." وبالتالي يلتزم مقدم المنتج أو الخدمة في أن يكون إيجابه كاملا، وأن يتضمن عدد من البيانات، التي تسمح بتحديد هويته وعلى النمط ذاته يلتزم المستهلك بأن يرشد مقدم المنتج أو الخدمة، عن: اسمه، وعناصر تحديد هويته المادية والالكترونية"physiques et électroniques"

ووفقا لنص المادة 1/4 من التوجيه الأوروبي رقم 7/97، والصادر في 20 ماي 1997 بشأن البيع عن بعد، فإنه ينبغي على المهني قبل إبرام العقد أن يقوم بإعلام المستهلك بقائمة من البيانات الإلزامية، والتي تضمن تحديد ذاتية مقدم المنتج أو الخدمة.[2]

كما أن التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 8 جانفي 2000 بشأن التجارة الالكترونية قد تطلب –أيضا- أن يوضح البائع لعميله: اسم شركته، وعنوانه الجغرافي، وعناصر تحديد هويته.[3]

وفي القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية، تنص المادة(25) منه على أنه : " يجب على البائع في المعاملات التجارية والالكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة- قبل إبرام العقد المعلومات: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات.... الخ."[4]

ثانيا: حماية المعطيات الشخصية.

في إطار المعلومات العامة ينبغي على مقدم المنتج أو الخدمة أن يوضح للمستهلك: سياسته ومهارته بصدد المعطيات الشخصية، وذلك حتى يوفر للمستهلك الأمان والثقة في حالة الإفصاح عن بعض المعطيات الشخصية الخاصة به بصدد المعاملة المطلوبة، وبحيث لا يتمكن أحد من الإطلاع عليها إلا الأطراف المعنية المسموح لها بذلك.

كما ينبغي على مقدم المنتج أو الخدمة- أيضا- أن يؤكد للمستهلك احترامه لأحكام قانون المعلومات والحريات الفرنسي رقم 17/78 والصادر في 6 يناير 1978[5]، وكذا أحكام التوجيه

---

[1]. أنظر: l'article 121 al.18 du code de la consommation prévoit que : « dans tout offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de services qui est faite a distance a un consommateur ; le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise ; ses coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de son siège ; si elle est différente ; elle de l'établissement responsable de l'offre ».

[2]. محمود عبد الرحيم الشريفات ، المرجع السابق ، ص 128.

[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 108.

[4]. محمود عبد الرحيم الشريفات ، المرجع السابق ، ص 129.

[5]. يتكون هذا القانون من سبعة فصول : جاء الفصل الأول منه في خمس مواد ، ووفقا لنص المادة الأولى منه فإن المعلوماتية يجب أن تكون في خدمة كل مواطن ، و لا ينبغي أن تلحق ضررا بهوية الإنسان أو بحقوقه أو حياته الخاصة ، و لا بحرياته الفردية ، أو العامة ، ووفقا لنص المادة الثانية فإنه لا يجوز أن يؤسس أي قرار قضائي – يحتوي على تقييم لسلوك إنسان – على معالجة آلية للمعلومات تقدم تحديدا لشخصية أو ملامح ذلك الإنسان و تنص المادة الثالثة

الأوروبي رقم 46/95 والصادر في 24 أكتوبر 1995[1]، لا سيما تلك الخاصة بأمن وحماية المعطيات، ويقع على عاتق مقدم المنتج أو الخدمة أن يوفر التقنيات والوسائل اللازمة لأمن وحماية المعطيات الخاصة بالعملاء، وحمايتها عن الإطلاع أو التجسس عليها أو إفشائها[2]، وقد غلظ المشرع الفرنسي العقوبات بشأن الجرائم التي تمثل تعديا على المعطيات الشخصية للمستهلك، فعلى سبيل المثال يعاقب على اختلاس البطاقة المصرفية الخاصة بالعميل بالسجن خمس سنوات وغرامة مالية قدرها 2000000 فرنك.[3]

ثالثا: تحديد المسؤولية

تعتبر للمعلومات العامة فائدة كبيرة في إعلام[4] " المستهلك بتحديد المسؤولية في حالة الإضرار بحقوق الآخرين، أو في حالة المساس بالمعطيات سواء الشخصية، أو الإضرار بالحياة الخاصة، وأيضا في حالة الغش ألمعلوماتي[5].

الفرع الثاني: الشروط التعاقدية les conditions contractuelles

يلاحظ أنه توجد قواعد تتعلق بشكل الإيجاب، و أخرى تتعلق بمضمون الإيجاب، وذلك على النحو التالي:

أولا شكل الإيجاب:

على أن لكل شخص الحق في أن يتعرف و يعترض على المعلومات و على الأسس المستخدمة في المعالجة الآلية للمعلومات ، و التي يمكن أن يسأل عن نتائجها بينما تناولت المادتان الرابعة و الخامسة بيان مفهوم المعلومة الاسمية ، و المعالجة الآلية لتلك المعلومة في ضوء أحكام هذا القانون. أما الفصل الثاني فقد نظم تشكيل و مهام " اللجنة الوطنية للمعلوماتية و الحريات ، و تضمن الفصل الثالث شروط معالجة المعلومات الاسمية آليا ، و تناول الفصل الرابع صور تنظيم هذه المعلومات و تضمن الفصل الخامس حق الاطلاع على هذه المعلومات كما تضمن أيضا العقوبات المقررة لمخالفة أحكام هذا القانون ، في حين تضمن الفصل السادس بعض الأحكام العامة المتنوعة.

[1]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 109.

[2]. من هذه الوسائل الفنية استخدام تقنية التشفير و الترميز ، وتقنيات الحوائط النارية لحماية نظم المعلومات و استخدام بعض برامج التي تمنع التصنت و التجسس ، أو تمنع الولوج لنظام ألمعلوماتي إلا لبعض المرخص لهم بذلك.

[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 110.

[4]. الإعلام بصفة عامة هو : عملية اتصال جماهيري يستهدف توجيه الجماهير المتباينة في أي مجتمع ، و رفع مستواهم الثقافي ، و توثيق الصلات الاجتماعية فيما بينهم و الترفيه عنهم و إبلاغ وجهة نظرهم حيال قضاياهم الشخصية أو قضايا مجتمعاتهم و الإعلام له مجالات عديدة منها : الإعلام السياسي و الاقتصادي و، الاجتماعي ، و الزراعي ، و التربوي ، و التجاري ، كما أن له وسائله العديدة التي من أهمها الصحافة و المطبوعات و الإذاعة و التلفزيون ، و الانترنت ، و يختلف الإعلام عن الإعلان الذي يعتبر أحد الأساليب و طرق الإعلام.
و تنص المادة الثانية من قانون منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا و التجارة الإلكترونية و الإعلام رقم 1 لسنة 2000 و الصادر في الإمارات العربية المتحدة بتاريخ 31 يناير 2000 ، على أنه يقصد بالإعلام : " الوسائل البشرية و التقنية المتاحة لنقل و توزيع المعلومات المقروءة و الرقمية و المسموعة و المرئية لجهات محددة أو غير محددة و تشمل دون حصر : البث التلفزيوني الأرضي و الفضائي و الراديو و الإنتاج التلفزيوني أو المسموع أو المقروء "

[5]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 110.

1- ينبغي على مقدم المنتج أو الخدمة أن يقوم بّإعلام المستهلك عن المنتج أو الخدمة بالتفصيل وبوسائل مناسبة وفعالة، وبأسلوب واضح ومفهوم وسهل القراءة، وبعيد عن أي غموض.[1]

2- يجب أن يتم الإيجاب بأسلوب مكتوب، يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه على دعامة الكترونية، أو أية دعامة أخرى مستديمة، بحيث يمكن استرجاعها مرة أخرى عند الضرورة.[2]

3- لغة الإيجاب: تعتبر اللغة وعاء الفكر، ولها أهمية بالغة في إطار العقود الالكترونية، وذلك نظرا لأن الإيجاب الموجه عبر تقنيات الاتصال الحديثة يعتبر إيجابا دوليا. ومن ثم فهو إيجاب عابر للحدود، كما أن نظام المعلومات يعتمد اعتمادا كبيرا على اللغة الانجليزية، والتي عادة ما توضع بها البرامج المعلوماتية، توجه بها التعليمات إلى أجهزة الحاسوب المتصلة بالانترنت، والتي تحفظها في ذاكرة الحاسوب، وأنه كثيرا ما يتم توزيع هذه البرامج، ولا سيما في الأسواق العربية مصحوبة بنماذج عقود نمطية محررة بلغة أجنبية، "وقد لا يعرفها المستخدم أو يصعب عليه فهمها، خصوصا مع ما تحتويه من مصطلحات فنية وقانونية جديدة وغريبة حتى على من يتقن هذه اللغات الأجنبية".[3]

ويثور التساؤل عن اللغة الواجب استخدامها في الإيجاب؟

في جمهورية مصر العربية: توجد نصوص قانونية توجب استخدام اللغة العربية، و يأتي على رأس هذه النصوص المادة الثانية من الدستور، والمعدلة بقرار مجلس الشعب بجلسته المنعقدة بتاريخ 30 أبريل 1980، والتي تنص على أن " الإسلام دين الدولة، واللغة العربية لغتها الرسمية، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع".[4]

ووفقا للقانون رقم 62 لسنة 1942 بشأن استخدام اللغة العربية في علاقات الأفراد والهيئات بالحكومة ومصالحها، والمعدل بالقانون رقم 134 لسنة 1946، فإنه يجب أن يحرر باللغة العربية جميع ما يقدم لتلك الجهات من المخاطبات والعطاء وغيرها من المحررات، وما يلحق بها من الوثائق، ويترتب على عدم مراعاة هذا الحكم اعتبار تلك المحررات كأن لم تكن.

---

[1]. محمود عبد الرحيم الشريفات ، المرجع السابق ، ص 129.
[2]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 249.
[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 112.
[4]. نفس المرجع ، ص 112.

كما أن هناك العديد من القرارات الوزارية التي توجب أن يتم الإعلان عن السلع والمنتجات باللغة العربية، ومنها: المادة(19) من القرار الوزاري رقم 180 لسنة 1950[1]، والمادة الأولى من قرار وزير التجارة والصناعة رقم 259 لسنة 1950، والمادة الثانية من قرار وزير التموين رقم 139 لسنة 1952.

وتنص المادة(19) من قانون السلطة القضائية رقم 46 لسنة 1982 على أن:" لغة المحاكم هي اللغة العربية " وبالتالي يجب تقديم أي مستند- لكي تقيم المحكمة عليه قضائها- أن ترفق به ترجمة الى اللغة العربية.

كما أنه طبقا لنص المادة(30) من قانون العمل المصري رقم 137 لسنة 1981 فإنه : " يجب أن يكون عقد العمل ثابتا بالكتابة ومحررا باللغة العربية....." وكذلك المادة (82) منه المتعلقة بعقد العمل الجماعي.[2]

وفي فرنسا: تنص المادة الأولى من القانون رقم 1349/75 والصادر بتاريخ 31 ديسمبر 1975 على أن:" في عرض وتوزيع السلع والخدمات أو الدعاية المتعلقة بها أو التعاقد عليها سواء بشكل مكتوب أو شفوي- وفي شأن بيان طرق تشغيل أو استخدام هذه السلع أو الخدمات وشروط التعاقد والضمانات المرتبطة بذلك التعاقد، وفي شأن تحرير الإيصالات والفواتير، فإن استخدام اللغة الفرنسية يكون أمرا إلزاميا، وفي سياق الوثائق المحررة باللغة الفرنسية فإنه يحظر استخدام أية لغة أجنبية أو مصطلح أجنبي طالما وجد بديل لهذا المصطلح باللغة الفرنسية.[3]

وقد أثار هذا القانون حفيظة بعض المشروعات التجارية في الدول الأخرى الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، حيث أنه لا ينبغي أن تشكل اللغة المستخدمة عقبة في سبيل التعاقد عبر الحدود.

كما توجد في فرنسا رابطة تسمى الرابطة العامة لمستعملي اللغة الفرنسية " association général de usager de langue française" ويرمز لها بالمختصر (AGULE)، وهي تهدف الى توحيد مستعملي اللغة الفرنسية في الدفاع عن تراثهم المشترك، وتقوم برفع دعاوى قضائية أمام المحاكم الفرنسية ضد الأشخاص الذين يستخدمون لغة أجنبية أخرى غير الفرنسية

[1]. يلاحظ على هذه المادة في فقرتها الأولى أنها - و إن كانت تشترط استخدام اللغة العربية - إلا أنها أجازت الترجمة لإحدى اللغات الأجنبية ، حيث تنص على أنه : " يكون الإعلان بكتابة سعر السلعة أو المادة مع إيضاح صنفها و نوعها ، و ذلك بشكل واضح غير قابل للشك ، و باللغة العربية ، و يجوز أن يكون البيان مصحوبا بالترجمة له بإحدى اللغات الأجنبية..."

[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 113.

[3]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 254.

في التعاقد، وهو الأمر الذي تعرض لنقد شديد أيضا، لأن ذلك من شأنه أن يضع عقبات حاسمة تحول دون تقدم التجارة الالكترونية وعدم مواكبة التطور في هذا المجال الحيوي المهم.[1]

وبتاريخ 4 أوت 1994 صدر القانون الفرنسي المسمى بقانون "Toubon"وطبقا لنص المادتين: الثانية والرابعة منه، فإنه يجب استخدام اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب الصادر في الإقليم الفرنسي مع إمكانية ترجمتها للغة أجنبية أخرى.[2]

وفي التوجيه الأوروبي، الصادر في 21.....1992 قد تضمن بأنه لا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقا أمام العقود العابرة للحدود ، فإذا ما استجاب المستهلك الفرنسي لإعلان في صحيفة صادرة باللغة الإنجليزية ، أو برنامج للبيع في التلفزيون باللغة الألمانية فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية.[3]

كما أقر أيضا المشرع الجزائري في دستور 1996 في الباب الأول المبادئ العامة التي تحكم المجتمع الجزائري من الفصل الأول الجزائر في المادة الثالثة التي تنص على أن:" اللغة العربية هي اللغة الوطنية والرسمية "

ثانيا مضمون الإيجاب: ينبغي أن يتضمن الإيجاب الالكتروني المعلومات والعناصر الآتية:

1- **وصف المنتج أو الخدمة:** يجب أن يتضمن الإيجاب الالكتروني وصفا دقيقا للمنتج أو الخدمة [4]، وذلك بتحديد: الاسم، والكمية، والنوع، وأن يكون ذلك مقرونا بالصور والرسوم الملونة والتي تعرض صفات المنتج بدقة ووضوح، وبأسلوب صادق وأمين وعلى نحو يتجنب الإعلانات الخادعة.

2- **الثمن le prix:** يجب أن يتضمن الإيجاب الالكتروني بيان الثمن بوضوح، وبيانا عما إذا كان يشمل أسعار النقل، والرسوم الجمركية من عدمه، وبيان وسيلة الدفع، وكذا بيانا تفصيليا عن العنوان الذي ينبغي أن يتم الوفاء فيه، ويلاحظ أنه غالبا ما يتم الوفاء بالثمن-في العقود

[1]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 113 و 114.
[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 114.
[3]. أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص 85.
[4]. أنظر: المادة 1/14 عن اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع ، و المادة (25) من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الإلكترونية .

الالكترونية عن بعد- باستخدام وسائل الوفاء الالكتروني مثل: بطاقات الوفاء والائتمان المصرفية.[1]

3- **المنطقة الجغرافية:** إن الإيجاب الالكتروني غالبا ما يكون إيجابا عابرا للحدود، وموجها للجمهور في أنحاء العالم، إلا أن ذلك قد يصطدم بصعوبات في بعض الأماكن من العالم، والتي يصعب الوصول إليها، أو التي سيكون الوصول إليها مكلفا، ولا يتفق مع قيمة الشيء محل العقد المراد إبرامه.

كما أن الموجب قد يعمل على تقليل مخاطر مخالفة لقوانين الأجنبية والمحلية،والتي قد تحظر بعض أنواع المعاملات، ولذلك يقوم الموجب بالتأكد من أن العقد المراد إبرامه لا يخالف القانون المحلي ولا القانون الأجنبي الخاص بالطرف الأخر، وذلك لكي يحدد الأماكن الجغرافية التي يمكن أن يغطيها الإيجاب الصادر منه دون أن يتعرض لهذه الصعوبات.[2]

4- **مدة سريان مفعول الإيجاب**: للإيجاب الالكتروني قوة ملزمة، حيث يلتزم الموجب بأن يحدد في إيجابه مدة معينة، ويلتزم الموجب بالإبقاء على الإيجاب خلال هذه المدة، وفي حالة عدم تحديد مدة الإيجاب، فإن الموجب يلتزم-أيضا- بالبقاء على هذا الإيجاب المدة المعقولة، والتي تسمح باتصاله بعلم العميل، وبالتالي فإن الموجب لا يكون حرا في الرجوع عن الإيجاب الالكتروني الصادر منه، لأن القول بغير ذلك من شأنه أن يهدد استقرار التعامل، حيث أن الموجه إليه الإيجاب لن يتمكن من الاطمئنان على بقاء الإيجاب، لأنه يمكن للموجب الالكتروني الرجوع عن الإيجاب وذلك بإسقاطه من فوق شاشته أو موقعه الالكتروني، وبالتالي فإن الموجب يكون مسؤولا في حالة العدول المفاجئ عن الإيجاب.[3]

وقد أكدت المادة(93) من القانون المدني المصري القوة الملزمة للإيجاب حيث تنص على أنه:"1- إذا عين ميعاد القبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.2- وقد يستخلص هذا الميعاد من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة."[4]

الفرع الثالث: الإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد

[1]. أنظر: نبيل محمد أحمد صبيح ، بعض الجوانب القانونية لبطاقات الوفاء و الائتمان المصرفية ، مجلة الحقوق ، جامعة الكويت ، العدد الأول ، السنة السابعة و العشرون ، مارس 2003 ، ص. ص. 267 و 268.

[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 116.

[3]. بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص 133.

[4]. يقابلها المادة (98) من القانون المدني الأردني ، و المادة (139) من القانون المدني الإماراتي ، و المادة 2/41 من القانون المدني الكويتي.

تبدو أهمية التفرقة بين الإيجاب last shot والدعوة إلى التفاوض في كون الأخيرة تدل على أن الأمر مازال في مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد.

يقصد بالدعوة إلى التعاقد، العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية.[1]

ويصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الانترنت بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة، أم مجرد دعوة للتفاوض والتعاقد، ذلك أنه إذا اعتبر إيجابا وصادفه قبول مطابق فإن العقد الالكتروني يتم، أما إذا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض فإن العقد لا ينعقد، وهو ما يثير التساؤل حول معيار التفرقة بين الإيجاب الالكتروني والتفاوض.[2]

يذهب جانب من الفقه إلى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض هو فارق وظيفي فوظيفة الثانية مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما يرمي الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله،كذلك إذا كان التعبير الصادر من طرف إلى أخر مجرد دعوة إلى التفاوض، لا تتوافر فيها مقومات الإيجاب فإن الاستجابة لهذه الدعوة لا تمثل قبولا ينعقد به العقد وإنما تمثل قبولا للتفاوض عليه.[3]

بينما يرى البعض أن الفارق 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 اعتبار أي عرض يهدف إلى التعاقد هو دعوة للتفاوض ما لم يثبت اعتباره إيجابا، وهو يكون كذلك إذا اتصف بصفة مميزة، وهي كونه عن رغبة أكيدة ونية جازمة في التعاقد.

ووفقا لهذا الرأي فإن الإيجاب يفيد الجزم والبث بنية صاحبة في التعاقد، بينما الدعوة للتفاوض مجرد عرض يتضمن فحسب إرادة أولية ترغب في التفاوض على العقد، ويستخلص قاضي الموضوع هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف المتعلقة بالدعوى.[4]

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 257.
[2]. بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص 90.
[3]. عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص 153.
[4]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 258.

بينما يذهب غالبية الفقه[1] إلى أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، فعندما تنتهي المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد، يقوم أحدهما بتوجيه إيجابا للطرف الأخر، فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد.

ويفرق البعض بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، فهما ليسا مصطلحين متماثلين، بل أنهما مختلفان ولكل منهما مفهوم وهدف مستقل عن الأخر، ففي الدعوة الى التفاوض تتجه إرادة صاحبها الى الدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة، بينما في الدعوة الى التعاقد invitation to treat تتجه إرادة صاحبها الى عدم التفاوض على العقد نهائيا، ولكنه يهدف الى دعوة الناس فحسب الى التعاقد معه في الحال دون تفاوض، ومثال الدعوة الى التعاقد، الإعلان الذي تنشره شركة التليفونات عن فتح باب الاشتراك في خدمة التليفون الدولي: فمثل هذا الإعلان لا يعتبر دعوة إلى التفاوض لأن شركة التليفونات لا تقبل مطلقا التفاوض على شروطها.[2]

ويقر الفقه والقضاء الفرنسي التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد ، وتعتبر عملية تفسير العروض الأولية مسألة من اختصاص محكمة الموضوع ولا تخضع للرقابة محكمة النقض، ويسترشد القانون الفرنسي ببعض المعايير في حالة العرض الذي يكتنفه الغموض، ومنها أنه كلما كان العرض مفصلا وواضحا كلما كان احتمال اعتباره إيجابا أكبر، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما استخدم الموجب عبارات يوسع فيها من حريته ولا تشير الى أي التزام قبله.[3]

ويفرق القانون الانجليزي بين الإيجاب والدعوة الى التفاوض، والمعيار في ذلك هو أسلوب صياغة العرض والعبارات المستخدمة، فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها أحد الأطراف أي أثر قانوني بين أطرافها بقدر ما تعبر عن مجرد ارتباط أخلاقي فيما بينهم، وقد تعتبر هذه العبارات إيجابا كلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة.[4]

أما القانون الأمريكي فأساس التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد هو معيار القطعية حيث يعتبر أنه إذا استوفى العرض المقدم شرط القطعية فإنه يعد إيجابا، في حين يصبح الأمر مجرد دعوة للتعاقد إذا لم يتمتع بهذه الصفة، وفي الحالات التي لا يتبين فيها ما إذا كان العرض المقدم

[1]. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص 262 ، بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص91 ، سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 118.
[2]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 258.
[3]. عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص156.
[4]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص259.

قاطعا أم لا، يتم الاسترشاد ببعض الاعتبارات مثل التفاصيل الواردة في العرض وأسلوب الصياغة المستخدم فيه، والمعاملات السابقة، وهو ما عبرت عنه المادة 1/204 من القسم الثاني من القانون التجاري الموحد حين نصت على أنه:" ينعقد عقد البيع في كل حالة يظهر فيها وجود اتفاق، بما في ذلك التصرف الذي يقوم به الأطراف والذي يعد اعترافا بوجود مثل هذا العقد."[1]

وقد أقر القانون المدني الألماني أيضا التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد استنادا الى مدى تناول العرض للعناصر الأساسية المتعلقة بالمعاملة، حيث يعتبر العرض المقدم إيجابا إذا احتوى على العناصر الأساسية الخاصة بالمعاملة، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما افتقر إلى هذه العناصر.[2]

وبناءا على ذلك فإنه إذا كانت عناصر عقد البيع مثلا هي البيع والثمن فإن التعبير عن الإرادة الذي يتضمن تحديدهما هو الذي يكون إيجابا بالبيع، وكل تعبير عن الرغبة في البيع عبر شبكة الانترنت دون تحديد هذه العناصر، لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالبيع.

المطلب الثالث: حرية الموجب في العدول عن الإيجاب

لبيان ما إذا كان للموجب الرجوع عن الإيجاب بعد صدوره من عدمه، فإنه سوف يتم إلقاء الضوء على شروط العدول عن الإيجاب وأثار هذا العدول، ولبلوغ تلك الأهداف فإنه سوف يتم تقسيم هذا المطلب للفرعين التاليين:

الفرع الأول: حكمة منح الموجب الحق في الرجوع عن الإيجاب

الفرع الثاني: تعريف خيار العدول وشروطه

الفرع الأول: حكمة منح الموجب الحق في الرجوع عن الإيجاب

القاعدة أن العقد لا ينعقد إلا بتطابق الإيجاب والقبول ووصول هذا الأخير لعلم الموجب، وعلى ذلك فإنه يجوز للموجب، متى توافرت شروط معينة، أن يعدل عن الإيجاب إذا تبين له بعد التفكير و التروي أن التعاقد وفقا للإيجاب الصادر عنه سيلحق به ضررا، وقد عرفت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية هذا الحق أو الخيار، وفي هذا الصدد تكون اتفاقية فينا بشأن البيع

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص209.
[2]. عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص157.

الدولي[1] للبضائع قد ميزت بين العدول عن الإيجاب وقبل وصوله لعلم الموجب له وأطلقت عليه اصطلاح " سحب الإيجاب"، بينما تطلق الاتفاقية على عدول الموجب عن الإيجاب عند اتصاله بعلم الموجب له وقبل القبول، اصطلاح " الرجوع عن الإيجاب".

ومن جانبه، فإن قانون الالتزامات والعقود المغربي قد أقر بحق الموجب في الرجوع في الإيجاب وقد جرى نص الفصل26 من هذا القانون على أنه" يجوز الرجوع في الإيجاب مادام العقد لم يتم بالقبول أو الشروع في تنفيذه من الطرف الآخر."[2]

وفي ذات السياق تنص المادة 136 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على أنه:" المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى أخر المجلس ويبطل الإيجاب إذا رجع الموجب عنه بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قبول أو فعل يدل على الإعراض ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك".[3]

فخيار الموجب إذا هو الرجوع في الإيجاب البات الذي اتصل بعلم المتعاقد الأخر ولم يلحقه قبول بعد.[4]

ويمكن تبرير هذا الخيار على أساس أن الإيجاب هو تعبير عن الإرادة المنفردة للموجب والأصل أن هذا التصرف لا يلزم صاحبه، إذ يحق له العدول عنه طالما أن ذلك لم يمثل اعتداء على حقوق الآخرين.[5]

والواقع أن خيار الموجب لا يجب أن يؤسس على ذلك، فالأصل أن الإيجاب ملزما للموجب ولا يجوز له العدول عنه إلا بمبرر مقبول، وقد يكون اعتبار الإيجاب غير ملزم في بعض الحالات راجعا لتمتع الموجب بخيار العدول وليس العكس.

وواقع الحال أن حكمة تقرير خيار الموجب تتمثل في حاجته لفرصة التروي قبل إتمام التعاقد بما يدفع عنه الضرر ويجلب له المصلحة، وفضلا عن ذلك فإن ظروف التعاقد قد تتغير في الفترة اللاحقة على صدور الإيجاب وقبل صدور القبول، فعندئذ يكون من العدل السماح للموجب بالعدول عن إيجابه، ويعد هذا الرجوع أيضا استجابة للتطورات أو التغيرات الحديثة.

---

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 161.
[2]. محمود عبد الرحيم الشريفات ، المرجع السابق ، ص 140.
[3]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص.ص. 161 و 162.
[4]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 309.
[5].مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 162.

وينطبق هذا التفسير مع علة وجود فكرة العقد أصلا، فالعقود شرعت لتحقيق حاجات الناس ومطالبهم ومصالحهم ودفع المشقة والضرر عنهم[1]، ويبرر البعض هذا الخيار واستنادا لاعتبارات السياسية والاقتصادية كتغيير الأسعار المفاجئ فور صدور الإيجاب مما يؤدي للإجحاف بحقوق الموجب إذا أجبر على إتمام العقد، ففي مثل هذه الحالة تأبى العدالة إجبار الموجب على البقاء على إيجابه حيث أنه صدر في ظروف مختلفة، فضلا عن أن القبول لم يصدر ويقترن به بعد، ومن الاعتبارات السياسية التي تؤخذ في الاعتبار أيضا، نشوب حرب بين دولة الموجب والموجب له أو قطع علاقتهما مما يترتب عليه صعوبة بل استحالة تنفيذ العقد. ففي مثل هذا الغرض يكون من الأجدى للموجب الرجوع في إيجابه.[2]

ومما سبق يتضح أن يتمتع بخيار الرجوع في الإيجاب سواء كان بصدد مجلس العقد الحقيقي كما في التعاقد التقليدي أو مجلس العقد الالكتروني.

وعلى ذلك فإنه إذا انقطع الاتصال بين الموجب والموجب له عبر الانترنت أو البريد الالكتروني قبل صدور القبول ووصول العلم الموجب، فإن لهذا الأخير أن يرجع في إيجابه متى توافرت الشروط اللازمة لذلك.[3]

الفرع الثاني: تعريف خيار العدول وشروطه

أولا: تعريف خيار الموجب: يقصد بخيار العدول عن الإيجاب أو الرجوع فيه ذلك الخيار الذي" يتيح لمن صدر الإيجاب منه في مجلس العقد الرجوع عن إيجابه الذي اتصل بعلم من وجه إليه، أو البقاء على الإيجاب دون رجوع لو أراد".[4]

كما يعرف البعض هذا الخيار أيضا بأنه عدول الموجب عن إيجابه المتضمن رغبته الباتة في إبرام العقد.[5] ويستفاد من هذا التعريف أن خيار الموجب هو إرادة مضادة لما تضمنه الإيجاب الذي استجمع كافة مقوماته وشرائطه.[6]

يذهب البعض أيضا إلى أن خيار الموجب هو الرجوع عن الإيجاب الذي اتصل بعلم من وجه إليه ولكنه لم يقترن به قبول[7]، ومفاد هذا التعريف أنه يجب لثبوت هذا الخيار أن يكون

[1].جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 236.
[2]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 163.
[3]. أسامة عبد الحليم الشيخ ، المرجع السابق، ص 294.
[4]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 164.
[5]. عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص 165.
[6]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق ، ص 164 و 165.
[7]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 307.

الإيجاب قد وصل لعلم الموجب له، أما في حالة وصول الإيجاب لعلم من وجه إليه فإنه سيكون بصدد سحب الإيجاب وليس العدول عنه.[1]

ثانيا: شروط خيار العدول عن الإيجاب: لا شك أن الاعتراف للموجب بهذا الخيار لا يعني أن نفتح له الباب على مصراعيه للنقص من تعهداته أو الرجوع في اتفاقاته بلا قيد أو شرط....

ويعني ذلك أن هذا الخيار هو محض استثناء على الأصل، ومن ثم يجب عدم التوسع في إقراره للموجب، وعلى أية حال، فإنه يلزم لاستفادة الموجب من هذا الخيار توافر الشروط التالية:

الشرط الأول: ألا يكون الإيجاب قد اقترن به القبول: يقصد بهذا الشرط ألا يكون الإيجاب ملزما أو مقترنا بمدة معينة، إذ لا يجوز للموجب الرجوع في إيجابه في هذه الحالة، وفي حالة التعاقد الالكتروني باعتباره تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان خاصة في حالة التعاقد عبر الويب أو على الخط المباشر، فإن الموجب يستطيع الرجوع في إيجابه قبل صدور القبول ما لم يكن قد ألزم نفسه بالبقاء على الإيجاب لفترة من الزمن[2] ويستفاد من هذا الشرط نص المادة 1/93 من القانون المدني المصري[3]، والتي يجري نصها على أنه: "1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد.2- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

كما نص أيضا المشرع الجزائري في القانون المدني في نص المادة 63 على أنه:" إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

وجدير بالذكر أنه في حالة كون الإيجاب ملزما بسبب اقترانه بمدة محددة صراحة أو ضمنا قضت هذه المدة دون أن يقترن به القبول، فإن الإيجاب يسقط في هذه الحالة حتى ولو لم يرجع فيه الموجب، كما يسقط الإيجاب في هذه الحالة أيضا إذا رفض الموجب له القبول خلال المدة التي يكون خلالها ملزما.

---

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 165.

[2]. أسامة عبد السميع الشيخ ، المرجع السابق ، ص 297.

[3]. في نفس المعنى المادة 139 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي ، الفصلين 29 ، 30 من قانون الالتزامات و العقود المغربي ، و يجري نص الفصل 29 من هذا القانون على أن " من تقدم بإيجاب بعد تحديد أجل للقبول بقي ملتزما اتجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل ، و يتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد ." أما الفصل 30 فإنه ينص على أن " من تقدم بإيجابه عن طريق المراسلة من غير أن يحدد أجلا بقي ملتزما به إلى الوقت المناسب لوصول رد المرسل إليه داخل أجل معقول ، ما لم يظهر بوضوح من الإيجاب عكس ذلك.

و إذا صدر التصريح بالقبول في الوقت المناسب و لكنه لم يصل إلى الموجب إلا بعد انصرام الأجل الذي يكفي عادة لوصوله إليه ، فإن الموجب لا يكون ملتزما مع حفظ حق الطرف الآخر في طلب التعويض من المسؤول قانونا." و من جانبها تنص المادة 98 من القانون الأردني على أنه : " إذا عين ميعاد للقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. "

ويستفاد مما سبق أن انقضاء المهلة المحددة للقبول دون أن يقترن به قبول، فإن الإيجاب " لا يصبح غير لازم فحسب بعد أن فقد ما توافر له من الالتزام، بل يسقط سقوطا تاما. وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب، فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائما إلا خلال المدة المحددة مادام قد لجأ إلى التحديد، هذا ما لم يتبين العكس، بأن بائت نية الموجب في أن يظل إيجابه قائما بعد انقضاء المهلة زوال قوته الملزمة، فيظل الإيجاب قائما غير ملزم أخذا بما قصده.[1]

ومن جانبه فإن القانون المدني الفرنسي[2] متأثر بالمادة 1/9 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية ، يقرر أن المهني أو الموجب يظل ملزما بإيجابه الذي يتيحه عبر الانترنت طالما أنه يسمح لمن وجه إليهم الإيجاب بالإطلاع عليه[3].

ويتم الرجوع في الإيجاب الالكتروني من خلال سحبه من موقع عرضه على الانترنت أو إرسال رسالة أخرى على البريد الالكتروني للموجب له تفيد العدول.

الشرط الثاني: علم الموجب له بالرجوع في الإيجاب

لكي يرتب خيار الموجب أثره القانوني، فإنه يلزم حال ممارسته إحاطة الموجب علما بقرار الموجب، ويستفاد هذا الشرط من نص المادة91 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه " ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك."[4]

أما المشرع الجزائري فنص في المادة 61 من ق.م على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

ولما كان العدول عن الإيجاب تعبير عن الإرادة، لا يرتب أثاره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه قبل أن يكون القبول ذاته قد وصل إلى علم الموجب.

ومفاد ذلك أن خيار الموجب يندرج ضمن الخيارات المؤقتة التي يلزم مباشرتها خلال مدة محددة حتى تنتج أثرها وتحقق هدفها[5]، وضمان استقرار المعاملات في إطار التعاقد الالكتروني،

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 168.
[2]. أنظر المادة 1-4-1369 من القانون المدني الفرنسي.
[3]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 168.
[4]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 320.
[5]. أسامة عبد السميع الشيخ ، المرجع السابق ، ص 29.

فإن البعض يرى أنه يلزم أن نفرض على الموجب أن يحدد بدقة الوقت اللازم لصدور القبول، أي الوقت الذي يظل خلاله الإيجاب ملزما للموجب[1].

والواقع أن هذا الخيار لا يثير صعوبات في حال مجلس العقد الحقيقي والذي يجمع المتعاقدين فعليا في مكان واحد. فوصول التعبير عن العدول عن الإيجاب لعلم الموجب له يكون أمرا ميسورا ومباشرا على أن الصعوبة تدق بشأن علم الموجب له بالرجوع في حالة التعاقد بين غائبين كما في حالة التعاقد الالكتروني، ولعل هذا هو ما دفع البعض لعدم اشتراط علم الموجب له بالعدول.

وتجدر الإشارة إلى أن هذا الشرط يتفق مع القواعد العامة في القانون، فالمعلوم أن اقتران الإيجاب بالقبول يؤدي لانعقاد العقد، ومن ثم لانقضاء مجلس العقد. وعلى ذلك فإذا أراد الموجب الرجوع في الإيجاب، فإن ذلك لا يكون له محل إذ لا يبقى أمامه الفسخ أو البطلان إن كان لأيهما مقتضى.[2]

وجرى بالبيان أن نطاق خيار الموجب في الفقه الإسلامي أوسع منه في مجال القانون المدني، فيجوز ووفقا للأول أن يمارس الموجب خياره في العدول سواء كان الإيجاب قد اقترن بقبول مطابق من عدمه، سواء كنا بصدد مجلس العقد الحقيقي أو الحكمي. أما القانون المدني فإنه لا يسمح للموجب بممارسة هذا الخيار إلا إذا كان القبول لم يقترن بالإيجاب الذي يرغب الموجب في الرجوع فيه.[3] على انه يجب-في هذا الصدد-عدم الخلط بين خيار الموجب وخيار المجلس، حيث أن الرجوع بعد اقتران الإيجاب بالقبول يعد تطبيقا لخيار المجلس وليس لخيار الموجب.

ثالثا: النطاق الشخصي لخيار الموجب: إذا توافرت شروط خيار الموجب، فإن من حق هذا الأخير أن يستفيد منه، على أن التساؤل الذي يطرح نفسه هو هل ينتقل خيار الموجب للغير من عدمه؟ والواقع أن الفقه[4] قد انقسم في هذا الشأن إلى عدة اتجاهات، سوف يتم التعرض لها بإيجاز على النحو التالي:

الاتجاه الأول: اقتصار خيار العدول على شخص الموجب:

[1]. خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 251.
[2]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 170.
[3]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 364.
[4]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص171 .

يذهب أنصار هذا الاتجاه[1] إلى أن الموجب فقط هو الذي يتمتع بحق الرجوع في الإيجاب متى توافرت شروط ذلك، ويعني ذلك أن هذا الخيار لا ينتقل إلى الغير، ومن ثم فإنه إذا توفى الموجب أو فقد أهليته بعد صدور الإيجاب وقبل علمه بالقبول، فإنه لا يجوز لغيره[2] ممارسة هذا الخيار.

ويؤسس هذا الجانب رأيه على وفاة الموجب أو فقد أهليته يعد مانع من وصول القبول لعلمه، ولما كان العقد لا ينعقد إلا بعلم الموجب بالقبول، فإن وفاة الموجب أو فقد أهليته يؤدي لعدم إمكان انعقاد العقد، ومن ثم لا نكون بحاجة للجوء للعدول عن الإيجاب أو الرجوع فيه من جانب الغير.

وعلى ذاك فإنه لا حاجة للقول بانتقال خيار الموجب للغير[3]. ويبرر الفقه الإسلامي عدم انتقال خيار الموجب للغير في هذه الحالة لسقوط الإيجاب، وهو يعني أنه لا يكون هناك محل للرجوع عنه. وبجانب ذلك فإن وفاة الموجب أو فقد أهليته يؤدي لانقضاء مجلس العقد ومن ثم زوال خياراته ومنها خيار الموجب.[4]

الاتجاه الثاني: انتقال خيار الموجب للغير: خلافا للاتجاه السابق، يرى بعض الفقه[5] أن خيار الموجب ينتقل إلى الغير في حالة وفاة الموجب أو فقد لأهليته ما لم تكن طبيعة العقد أو اتفاق الطرفان يحول دون ذلك، ويؤسس هذا الفقه رأيه على أنه إذا كانت وفاة الموجب أو فقد أهليته يترتب عليهما عدم علم الموجب بالقبول، فإن الغير يحل محل الموجب في العلم به، ويضيف أنصار هذا الرأي أن القاعدة المستقرة هي أن التعبير عن الإرادة ينفصل عن صاحبه بمجرد صدوره عنه. وعلى ذلك فإن وفاة الموجب أو فقدان أهليته لا يحولان دون استكمال أثار هذا التعبير (الإيجاب) في مواجهة من يحل محل الموجب.

وخلاصة ذلك أنه لا يوجد ما يمنع من انتقال خيار الموجب للغير متى توافرت الشروط اللازمة بذلك.[6]

ويستند أنصار هذا الرأي أيضا لنص المادة 92 من القانون المدني المصري والتي تنص على أنه "إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن

---

[1]. عبد الرزاق السنهوري ، المرجع السابق ، ص188 .
[2]. جدير بالذكر أنه يقصد بالغير هنا أي شخص خلاف الموجب سواء كان هذا الشخص من الخلف العام أو الخاص، أو كان ممثلا قانونيا للموجب.
[3]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 172.
[4]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 368 و 367.
[5]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 172.
[6]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 268.

ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل"

وفي ذات السياق أيضا ينص الفصل 31 من قانون الالتزامات والعقود المغربي على أنه" موت الموجب أو نقص أهليته، إذا طرأ بعد إرسال إيجابه لا يحول دون إتمام العقد إذا كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".[1]

ويؤسس بعض أنصار هذا الاتجاه انتقال خيار الموجب للغير على فكرة "وقف مجلس العقد" ويقصد بذلك أنه بوفاة الموجب أو فقده لأهليته يتعطل سريان مجلس العقد لمدة معينة بسبب هذا السبب الطارئ، ويستأنف مجلس العقد سريانه فور زوال هذا السبب الذي لا يؤدي لانقضاء مجلس العقد بل لمجرد وقفة لحين زوال السبب، وعلى ذلك فإن وفاة الموجب أو فقد أهليته لا يحولان دون ترتيب المجلس لأثاره في مواجهة الغير، ومن ثم يكون انتقال خيار الموجب إليه أمرا مقبولا ومبررا.[2]

ويضيف أنصار هذا الرأي أيضا أن الإيجاب كتعبير عن الإرادة ينتقل للغير (الوارث أو النائب) بالحالة التي كان عليها لحظة وفاة الموجب أو فقد أهليته وطالما أن هذا الأخير كان يمكنه في هذه اللحظة العدول عن الإيجاب، فإن هذا الحق في العدول ينتقل إلى الغير.[3]

الاتجاه الثالث: التمييز بين مجلس العقد الحقيقي والحكمي:

إلى جانب الاتجاهين سالفي الذكر فإن هناك اتجاها في الفقه[4] يرى أنه يجب من أجل الإجابة على التساؤل الخاص بمدى انتقال خيار الموجب للغير أن نفرق بين الفرضيين التاليين:

الفرض الأول: أن يكون التعاقد قد تم من خلال مجلس العقد الحقيقي: وعندئذ ينتقل خيار الموجب للغير متى كان حاضرا لهذا المجلس، ففي هذه الحالة ينتقل الإيجاب للغير مقترنا بالخيار ما لم تقضي طبيعة العقد أو يقرر الطرفان غير ذلك، وبمفهوم المخالفة، فإن خيار الموجب لا ينتقل للغير الذي لم يحضر مجلس العقد الحقيقي حيث ينقضي المجلس بوفاة الموجب أو فقد أهليته.

الفرض الثاني: أن يكون التعاقد من خلال مجلس العقد الحكمي: وفي هذا الفرض فإن التعبير عن الإيجاب ينفصل عن الموجب فور صدوره ومن ثم يجوز انتقال خيار الرجوع في

[1]. في ذات المعنى المادة 62 من القانون المدني الجزائري التي يتطابق نصها مع المادة 92 من القانون المدني المصري.
[2]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 174.
[3]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 270.
[4]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي ، المرجع السابق ، ص 369 و 370.

الإيجاب للغير متى توافرت شروطه، والواقع أن هذا الحل لا يلحق ضررا بالموجب له حيث يفترض أن الموجب لو بقي حيا أو كامل الأهلية كان سيمارس هذا الخيار.

وفضلا عن ذلك فإنه في العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي لا يكون للإيجاب دوى حيث يترتب على وفاة الموجب أو فقد أهليته سقوط الإيجاب أو على الأقل رفضه من جانب الموجب له ومن ثم فإن القول بانتقال خيار الموجب للغير لن يضر الموجب له في شيء إذ أنه هو شخصيا سوف يمارس خياره في قبول الإيجاب أو رفضه.

رابعا: أثار ممارسة خيار الموجب: يترتب على ممارسة الموجب لخياره في الرجوع في الإيجاب سقوط هذا الأخير، وهو ما يحول دون انعقاد العقد، إذ سيرد القبول بعد سقوط الإيجاب،وعندئذ سيعد ذلك القبول بمثابة إيجاب جديد لا يكفي لتمام العقد[1]. وإذا التزم الموجب بالشروط القانونية اللازمة لممارسة خياره ولم يرتكب ثمة فعل مما يعد تعسفا في استعمال حقه في العدول، فإنه لا يجوز الرجوع عليه بالتعويض حتى ولو ترتب على عدوله عن الإيجاب أو رجوعه فيه ضرر للطرف الأخر، وبعبارة أخرى، فإنه إذا تعسف الموجب في استعمال خياره بحيث ترتب على ذلك ضررا لحق الموجب له جاز لهذا الأخير المطالبة بالتعويض استنادا لأحكام المسؤولية المدنية أو التعسف في استعمال الحق.

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق ، ص 176.

المبحث الثاني: القبول الالكتروني

لا يكفي لإبرام العقود وجود الإيجاب وحده، فلابد أن تقابله إرادة عقدية أخرى ، تتضمن قبولا لهذا الإيجاب والعقود الالكترونية التي تبرم عبر الانترنت لا تختلف عن العقود التقليدية من هذه الناحية، ولكن هل يمكن القول إن المفهوم التقليدي للقبول قد تغير مع استخدام شبكة الانترنت؟

وعليه سوف يتم تقسيم هذا المبحث إلى 3 مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: مفهوم القبول الالكتروني و طرق التعبير عنه.

المطلب الثاني: حرية الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه.

المطلب الثالث: اختلاف صيغ الإيجاب و القبول الالكتروني.

المطلب الأول: مفهوم القبول الالكتروني و طرق التعبير عنه

يعرف القبول بأنه الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له[1] أو هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب.[2]

و القبول هو العنصر الثاني في العقد حتى ينتج القبول أثرا في انعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب ي كل جوانبه ، وإلا فإن العقد لا ينعقد ، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا و ليس قبولا إلا في حالة الاتفاق الجزئي الذي نصت عليه المادة 69[3] من القانون المدني الجزائري و الذي يكون منشأ للعقد إذا توافرت شروطه.

[1]. علي فيلالي، المرجع السابق، ص، 74.

[2]. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص،96.

[3]. تنص المادة 69 من القانون المدني الجزائري." لا يتم العقد في المزيدات إلا برسم المزاد، ويسقط المزاد بمزاد أعلى ولو كان باطلا"

و عالجت في نفس الوقت المادة 68 [1]من القانون المدني الجزائري مسألة مدى اعتبار السكوت قبولا و هي المسائل التي سوف يتم تناولها في هذا المطلب ، و عليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى 3 فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف القبول الالكتروني وخصائصه

أولا: تعريف القبول الالكتروني l'acceptation électronique

الواقع أن القبول الالكتروني لا يختلف في مضمونه عن القبول التقليدي[2]، كل ما في الأمر أن التعبير عنه يتم من خلال وسيط الكتروني، كما أنه نظرا لكون العقد الالكتروني يتسم بالطابع الدولي ويتم إبرامه عن بعد فإنه يلزم اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الموجب له، لذلك يلزم تأكيد القبول الالكتروني وجعله يصدر على مرحلتين[3] للتيقن من صدوره عن إرادة واعية ورغبة فعلا في إبرام العقد[4].

وتنص المادة (11) من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية"CNUDCI" والصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 على أنه يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته، أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لهذا الغرض.

كما أنه وفقا لنص المادة 1/13 من هذا القانون تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه، ويفترض في بعض الحالات إسناد هذه الإرادة للمتعاقد إذا ما توافرت ظروف معينة منها: قيام المرسل إليه بتطبيق نظام معلوماتي، أو إجراء تصديق سبق أن وافق عليه المرسل بقصد التأكد من صدور رسالة البيانات عن هذا الأخير.[5]

---

[1].تنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري:" إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.
ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

[2]. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، المرجع السابق ص.69.

[3]. أنظر في ذلك نص المادة 6 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية.

[4]. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق،ص.ص. 93-94.

[5]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق ص.ص. 121-122.

ووفقا للعقد النموذجي في شأن المعاملات الالكترونية، والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي السابق، فإنه يعتبر القبول الالكتروني قد تم إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد.

وفي القانون المدني الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية تنص المادة (13) على أنه:" تعتبر الرسالة الالكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد"

أما المشرع الإماراتي، فقد نظم قبول التعامل الالكتروني بموجب أحكام المادة السادسة من القانون رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية حيث تنص على أنه:

1- "ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل الكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الايجابي".[1]

وفي مملكة البحرين، نصت المادة العاشرة من القانون البحريني الصادر في 14 سبتمبر 2002 بشأن التجارة الالكترونية على أنه:" يجوز التعبير عن إرادة القبول بالوسائل الالكترونية".[2]

ثانيا: خصائص القبول الالكتروني:

لكي ينتج القبول أثره ويؤدي لانعقاد العقد يجب توافر الشروط التالية:

1- أن يصدر القبول والإيجاب قائما: يتطلب هذا الشرط أن يصدر القبول عن إرادة حرة صحيحة وذلك في الفترة التي يكون الإيجاب لازال قائما ومنتجا لأثره خلالها.[3]

وعليه إذا صدر القبول بعد سقوط الإيجاب أو العدول عنه، فإن هذا القبول يعد إيجابا جديدا يحتاج لقبوله من أجل انعقاد العقد.

وفيما يتعلق بالتعاقد الالكتروني، فإن القبول يجب أن يصدر خلال المدة التي حددها الموجب للبقاء على إيجابه،و ذلك إذا كان التعاقد يتم من خلال الويب أو من خلال الموقع الالكتروني الذي يتاح الإيجاب من خلاله،أما إذا كان التعاقد الالكتروني يتم من خلال البريد

[1]. محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص، 143
[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص، 122.
[3]. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص.ص. 104- 105.

الالكتروني فان التعاقد عندئذ يكون بين غائبين ومن تم يظل الإيجاب قائما خلال الفترة اللازمة لوصوله للموجب له وعلمه به ورده عليه،فإذا تم التعبير عن القبول خلال تلك المدة انعقد العقد.[1]

إذا كان من الممكن صدور القبول متأخرا و تاليا على سقوط الإيجاب في حالة التعاقد من خلال البريد الالكتروني أو من خلال التفاعل المباشر،فانه لا يتصور صدور القبول بعد سقوط الإيجاب في حالة التعاقد من خلال الويبweb و يرجع ذلك إلى انه في الغرض الأخير يكون الموجب قد أزال الإيجاب ذاته من على الشبكة من خلال إنهاء إتاحة الصفحة التي تتضمن الإيجاب.ففي هذا الغرض تتخلف الأيقونة التي يمكن من خلالها التعبير عن القبول أو تأكيده. وفي هذه الحالة لا يمكن للموجب له قبول الإيجاب إذ لن يكون له عندئذ وجود.[2]

2- مطابقة القبول للإيجاب: لا يكفي أن يصدر القبول و الإيجاب قائما،بل يجب أيضا أن يكون مطابقا له،فالمعلوم أن القبول الذي يجري بعض التعديل على الإيجاب يعد في ذاته إيجابا جديدا لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول مطابق.و نظرا لخصوصية بعض صور التعاقد الالكتروني،فإن الصعوبة قد تدق بشأن مدى توافر شرط التطابق من عدمه و يثور هذا التساؤل بشأن كون التعاقد يتم بتقنية النصوص المخفية التي تتيح للموجب له الإطلاع على كل النصوص ذات الصلة بالإيجاب المتاح عبر الويب و الخاصة بالشروط التفصيلية للعقد.[3]

و يرى بعض الفقه[4] أنه لا توجد ثمة مشكلة في حالة استخدام هذه التقنية في إبرام العقد الالكتروني و ينتهي هذا الجانب إلى أن القبول يكون مطابقا للإيجاب في هذه الحالة طالما كان في مقدور الموجب له التعرف على أن هناك نصوصا مخفية و إمكانية وصوله إليها.

و خلافا لهذا الرأي يذهب بعض الفقه[5] إلى انه لا يجوز اللجوء إلى تقنية النصوص المخفية في مجال الإيجاب الإلكتروني،و ينتهي هذا الفقه إلى ضرورة إتاحة الإيجاب من خلال صفحة واحدة على الويب،و ذلك ليتسنى للموجب له التعرف على كافة الشروط للإيجاب حتى يكون قبوله مطابقا له فيتم التعاقد.

[1]. محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص، 106.
[2]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص.ص. 182-183.
[3]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص، 183.
[4]. محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص، 151.
[5]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص، 183.

و يؤيد بعض الفقه المصري[1] هذا الرأي الأخير على اعتبار أن الموجب له قد لا ينتبه إلى وجود مثل هذه النصوص المخفية مما يؤدي إلى عدم علمه بكل الشروط الواردة في الإيجاب،خاصة إذا كان الموجب لا يحيط بقواعد استخدام شبكة الانترنت.

و جدير بالذكر أن التطابق بين الإيجاب و القبول يجب أن يكون بشأن الشروط الجوهرية للعقد،فإذا لم تتطابق الإرادتين بشأن بعض المسائل الثانوية،فإن هذا لا يحول كقاعدة دون إبرام العقد.[2]

و على أية حال فإنه في التعاقد عبر الويب،لا يتصور أن يكون القبول غير مطابق للإيجاب لأن كافة البنود الجوهرية و الثانوية في العقد تكون متاحة للموجب له الذي لا يمكنه أن يرفضها بالكامل أو يقبلها جميعا.

على أنه يمكن للموجب له تعديل في إيجاب في حالة إبرام العقد الالكتروني من خلال الرسائل الالكترونية عبر البريد الالكتروني أو من خلال التعاقد المباشر باستخدام الكاميرا الرقمية.

و في هذه الحالة لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابقا تماما للإيجاب.[3]

أما من حيث الصور التي يمكن أن يتخذها القبول في إطار التعاقد الالكتروني،فانه يمكن أن يتم بشكل مباشر عبر الانترنيت خلال التفاعل المباشر،و يتم القبول عندئذ شفاهة بين المتعاقدين أثناء قيام مجلس العقد الحكمي،و يتم التعبير عن الإرادة في هذه الحالة باستخدام الكاميرا الرقمية التي تمكن كلا منهما من رؤية و سماع الأخر في ذات الوقت.[4]

و يمكن أن يتم التعبير عن القبول من خلال البريد الالكتروني من خلال الرسائل الالكترونية التي يرسلها الموجب للقابل بما يفيد رغبته الجازمة في إبرام العقد المقترح.

و قد يتم التعبير عن القبول أيضا من خلال صفحات الويب أو الموقع الالكتروني للموجب له و عندئذ يجب أن يتم القبول على مرحلتين double clic حماية لما يصدر عنه القبول.[5]

الفرع الثاني: طرق التعبير عن القبول الالكتروني

[1]. من أنصار هذا الاتجاه، أنظر على سبيل المثال، سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية المجلة الكبرى، 2008،ص، 186.

[2]. محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص، 153.

[3].محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص، 106.

[4]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق،ص، 185.

[5]. محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص، 155.

تكون طرق القبول في العقود التي تبرم بالوسائل الالكترونية بنفس طرق الإيجاب المذكورة سابقا، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم بواسطة التيلكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الالكتروني بالكتابة، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في وسيلتها.

وتكون صور التعبير عن القبول في العقود التي تبرم بواسطة المشاهدة والمحادثة عبر الانترنت باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفا، وهذا لا يمنع أن يتم القبول بطريق الكتروني غير الطريق الذي صدر الإيجاب بواسطته، كأن يصدر الإيجاب بواسطة البريد الالكتروني فيكون القبول بواسطة الفاكس أو العكس.[1]

1- التعبير عن القبول على شبكة الويب:web: يثور المشكل خاصة بالنسبة إلى التعبير عن القبول في العقود التي تبرم عن طريق شبكة المواقع أو الويب"web" وبصفة خاصة مسألة مدى اعتبار ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة"القبول" أي "accepter" أو الضغط عليها مرة واحدة كافية للتعبير عن القبول تعبيرا صحيحا ومعتد به قانونا؟ أي الحقيقة، انقسم الفقه حول هذه المسألة إلى قسمين إذ يرى جانب منه أنه لا يوجد ما يحول من الناحية القانونية دون ذلك في كل الأحوال مادام الموجه له الإيجاب الخيار في الخروج من الموقع ورفض التعاقد، في حين يرى الجانب الأخر من الفقه أنه يجب لقبول هذا التعبير أن يثبت الموجب بأن موقعه قد أتاح الفرصة للمستخدم لقراءة شروط هذا العقد.[2]

إلا أن القضاء الفرنسي لم يقتنع بصحة هذا القبول بواسطة اللمس أو الضغط clic على أيقونة القبول إلا إذا كان حاسما.

وذلك بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة القبول نهائيا من أجل تجنب أخطاء اليد erreurs de manipulation أثناء العمل على الجهاز، مثل هل تؤكد القبول؟

والإجابة على ذلك بنعم أو بلا، بحيث يتم التعبير عن القبول بلمستين double clic، وليس بلمسة واحدة تأكيد التصميم من وجه الإيجاب إليه على قبوله، ويطلق الفقه على هذه اللمسة "باللمسة الأخيرة للقبول، clic final d'acceptation، وبذلك يمكن القول بأن التعبير عن القبول

[1]. وقد يتم القبول بغير وسيلة الكترونية أصلا كأن يتم بواسطة المراسلة التقليدية رغم أن الإيجاب كان بوسيلة الكترونية، فنكون أمام حالة ما يسمى بالعقد المبرم جزئيا بوسيلة الكترونية.

[2]. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق،ص، 84.

قد تم عبر مرحلتين، وهو نمط جديد في التعبير عن القبول، ظهر مع ظهور العقود الالكترونية ، وتكمن ايجابياته في تمكين المتعاقد من التفكير جيدا قبل تأكيد قبوله.[1]

كما هناك أيضا العديد من التقنيات التي تسمح بتأكيد رغبة المتعاقد في القبول، ومن ذلك وجود بطاقة الطلبات أو ما يسمى بوثيقة الأمر بالشراء bon de commande يتعين على الموجه إليه الإيجاب تحريرها على الشاشة وهو بذلك يؤكد سلوكه الايجابي هذا الشأن أو تأكيد الأمر بالشراء confirmation de la commande، عن طريق إرساله من طرف الموجه إليه الإيجاب إلى موقع الموجب.[2]

لكن الفقه أثار جدية مسألة القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول، فإما أن يكون القبول قد تم قبل التأكيد، فلا تكون له قيمة قانونية، وإما القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد، فيكون هذا التأكيد هو القبول بعينه، بحيث لا تبدو الحاجة لمعاملته كشيء أخر بجوار القبول، ويرى الأستاذ أسامة أبو الحسن مجاهد أن الإجابة على هذا التساؤل نستخلص من خلال تفاصيل البرنامج ألمعلوماتي الذي يتم التعاقد من خلاله، والذي يخرج عن فرضيات ثلاثة:

الأولى: إذا كان هذا البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد بحيث لن يترتب على صدور القبول مجرد من التأكيد أي أثر في هذه الحالة نستطيع الجزم بأن القبول لا يتم إلا بعد صدور التأكيد.

الثانية: إذا كان البرنامج يسمح بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق، وهنا لا مفر من القول بأن القبول قد صدر بمجرد لمس أيقونة القبول.

الثالثة: وفي حالة وسط، بأن يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد ولكن لا يمنع من انعقاد العقد بدونه، وهنا يمكن القول بأن اللمسة هي قرينة على الانعقاد ولكنها قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنه يمكن للموجب له أن يثبت أن هذه اللمسة صدرت منه خطأ فيعتبر عدم صدور التأكيد منه دليلا على أنه لم يقصد قبول التعاقد.[3]

---

[1]. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق،ص، 85.

[2]. قد اشترطت عدة قوانين إرسال وثيقة الأمر بالشراء من قبل المتعاقد لتأكيده عن القبول ومنها التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الالكترونية في مادته1/11 التي اشترطت إرسال إشعار بالوصول يحتوي على جميع المعلومات الواردة في العقد عبر الجهات الموثقية باستعمال الطريق الالكتروني ومن ذلك أيضا ما ورد بالبند 7 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بشأن القبول من ضرورة وجوب تأكيد الأمر بالشراء كما ورد بالتعليق على ذات البند،" أن القبول وتأكيد الأمر بالشراء يجب أن يتحقق بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة بحيث تتضمن هذه الأوامر صراحة ارتباط المستهلك على وجه جازم".

[3]. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص، 86.

2- التعبير عن القبول في المعاملات الالكترونية(المؤتمتة): المعاملات الالكترونية (المؤتمتة) هي تلك المعاملات التي لا تقبل التدخل البشري فيها، إنما تتم عن طريق برامج الكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة معينة وهذه البرامج مزودة بمعلومات محددة، بما هو مسند إليها بمجرد تلقي الأمر بذلك، ومثال ذلك قيام أحد الأشخاص بمخاطبة أخر عن طريق شبكة web من أجل شراء عدد معين من السيارات من أحد المعارض وكان هذا المعرض يتعامل عن طريق حاسوب إلي بحيث يرد على الزبائن بمجرد تلقي الطلب الخاص بنوع السيارة فيذكر السعر واللون وكيفية الاستلام، وفي حالة تحديد الزبون لطلبه، يقوم البرنامج بمخاطبته بقبول الشراء وإبرام عقد البيع، ومثاله أيضا رغبة أحد الأشخاص في حجز تذكرة سفر لدى إحدى شركات الطيران، فما عليه إلا أن يدخل إلى موقع الشركة على شبكة الانترنت ويطالع مواعيد الرحلات والأماكن الشاغرة، بحيث يطلب حجز مقعد في رحلة يحددها هو، ويطلب منه سداد القيمة، وبمجرد تمام تحويل القيمة عن طريق عملية الدفع الالكتروني تظهر له عبارة ok وبمجرد الضغط عليها يستطيع الحصول على صورة من تذكرة السفر عن طريق الحاسوب الشخصي الخاص به.[1]

يتضح من خلال هذين المثالين أن التعبير عن القبول تم عن طريق الحاسوب الآلي المزود بمعلومات محددة وبرامج خاصة قادرة على انجاز المعاملة بمجرد أن يطلب منها ذلك دون تدخل بشري، وبذلك يترتب على هذا القبول كافة الآثار القانونية المترتبة على القبول الصادر عن الأفراد بالطريقة التقليدية- دون تدخل وسائط الكترونية- إذ يكون التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا لأثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر للشخص الطبيعي في عملية إبرام العقد.

إن مرد ذلك يرجع إلى أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الواجب عليه الإيجاب هو الذي يمتلك النظام الالكتروني الذي تم من خلاله التعبير عن القبول من جهة وأنه هو الذي قام ببرمجة هذا النظام بشكل جعله يرسل الرسائل المعبرة عن قبول ذلك الشخص بحسب إرادته.[2]

---

[1]. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص، 232.

[2]. يأخذ التعاقد عن طريق الوسائل الالكترونية المؤتمتة شكلين:

1- تعاقد بين وسيط الالكتروني وشخص طبيعي وذلك بالأصالة عن نفسه أو بوصفة الممثل القانوني لأحد الأشخاص الاعتبارية العامة.

2- تعاقد ما بين وسيط الكتروني مؤتمت، ووسيط الكتروني مؤتمت أخر وواضح أن كليهما منسوب إلى شخص طبيعي أو اعتباري يتملك ذلك النظام.

إلا أن الفقه يرى بأن سريان هذا التصرف في حق الموجب يفترض إثبات علمه بأن القبول صدر عن طريق النظام الالكتروني المؤتمت أو يفترض أنه كان يجب عليه أن يعلم بأن العقد أو المعاملة سوف تبرم بهذه الوسيلة.[1]

2- **مدى اعتبار التحميل عن بعد تعبيرا عن القبولTéléchargement:** يثور التساؤل حول اعتبار التحميل عن بعدTéléchargement [2]لأحد برامج الكمبيوتر صورة من صور القبول بحيث يترتب به انعقاد العقد، ومثاله العملي عرض إحدى لشركات على مستعمل الانترنت أن يتعاقد على الخط (أي على الشبكة نفسها) على أحد برامجها وتنبهه في نفس الوقت أنه إذا ضغط على أيقونة accepter فإنه يعد قابلا لشروط استعمال البرنامج، ومن ضمن هذه الشروط أنه يجوز للشركة أن تعدل شروط العقد في أي وقت بناء على مجرد إخطار Notification، يحدث أثره فورا، مع ملاحظة أن الإخطار يجوز أن يتم على نفس البرنامج فهل ضغط مستعمل الإنترنت على أيقونة القبول من طرف المستعمل يعني أنه عبر على نحو صحيح عن قبوله شروط استعمال هذه الخدمة والتعديلات اللاحقة لها والتي سوف تكون نافذة في حقه؟ ففي مثل هذه الحالات يكون الضغط على أيقونة القبول وسيلة قانونية للتعبير عن القبول إذا اتضح منها إرادته الجازمة في التعاقد، أما مسألة عدم علمه المسبق ببعض الشروط العقدية فينبغي أن تواجه وفقا لما استقر عليه الأمر بشأن هذه المشكلة بصفة عامة.[3]

الفرع الثالث: صلاحية السكوت للتعبير الالكتروني عن القبول

تنص المادة 68 ق.م.ج على أنه :"إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

---

[1]. أنظر قانون CNUDCI المادة 13 فقرة 02 ب: غي العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشأ إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.

[2]. يقصد بهذا المصطلح نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الكمبيوتر الخاص بالزبون عن طريق شبكة الانترنت بحيث يحصل الزبون على هذا البرنامج أو هذه المعلومات دون حاجة إلى استعمال الوسيلة لوضع البرنامج على جهاز كمبيوتر عن طريق القرص المرن DISQUETTE أو القرص المضغوط COMPACTE DISQUE وواضح أن هذه الصورة تمثل الصورة المثلي لإبرام العقد (عقد بيع البرامج والمعلومات) وتنفيذه على الشبكة دون اللجوء إلى العالم الحقيقي خارج الشبكة.

[3]. ويسمى هذا النوع من التعاقد باتفاقيات الرخص التي ترافق البرامج، وهي على شكلين، الأول، رخص تظهر على الشاشة أثناء عملية تنزيل البرنامج على الجهاز، وعادة لا يقرأها المستخدم، بل يكتفي بمجرد الضغط(أنا أقبل g'accepte)، وهي العقد الالكتروني الذي يجد وجوده في واجهة أي برنامج ويسبق عملية التنزيل (installation)، أما الصورة الثانية هي التي يطلق عليها اسم رخصة فض العبوة التي تكون مع حزمة البرامج المعروضة للبيع في محلات بيع البرمجيات وتظهر عادة تحت الغلاف البلاستيكي على الحزمة غالبا ما تبدأ بعبارة (بمجرد فض هذه العبوة، فإنك توافق على الشروط الواردة في الرخصة).

ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

وتعد هذه الحالة استثنائية بخصوص التعبير عن الإرادة، فالأصل هو أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا، ولا يعتبر الساكت معبرا عن إرادته إلا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه كما ّأشارت إلى ذلك المادة المذكورة، وسوف يتم التطرق فيما يلي مدى ملائمة مختلف الحالات التي يكون فيها السكوت تعبيرا عن القبول في العقود التي تبرم بالوسائل الالكترونية فيما يلي:[1]

1- العرف: في وقتنا هذا لا يمكن للعرف أن يلعب دورا فعليا في التعاقد عبر الانترنت، وذلك نظرا لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد.

2-مصلحة من وجه إليه الإيجاب: إذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فهي حالة تتضمن عملا من أعمال التبرع دون أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو تصرف غير مألوف على الانترنت كون أغلب العقود التي تبرم بهذا الشكل هي عقود تجارية.

3- التعامل السابق: أما التعامل السابق بين المتعاقدين هي الحالة التي تصادفنا كثيرا في التعاقد عبر الانترنت، ومثالها اعتياد الزبون على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية، سواء بالبريد الالكتروني أو عن طريق صفحات الويب، وهنا يمكن القول بأن هذه الحالة تعد من الحالات النموذجية للتعاقد السابق، وبالتالي يعد هنا السكوت في الرد قبولا.

لكن ورغم وجود العلاقة السابقة بين الطرفين لا يمكن اعتبار سكوت من وجه إليه الإيجاب بواسطة رسالة الكترونية متضمنة عدم الرد خلال مدة زمنية معينة بمثابة قبول، بل يجب أن يقترن بهذا السكوت وهذا التعامل السابق ظرف أخر يرجح دلالة السكوت على قبول الزبون للتعاقد.[2]

المطلب الثاني: حرية الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه

لا شك أن بيان أحكام خيار الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه يقتضي بداية تعريف خيار القبول و بيان حكمة خيار القبول،كما يستلزم أيضا بيان شروط مباشرته و كذلك تحديد

[1]. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص، 86.
[2]. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق،ص، 87.

نطاقه الشخصي و أثار مباشرته،و سيتم المحاولة من خلال المطلب التالي بيان تلك المحاور وعليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو التالي:

الفرع الأول: تعريف خيار القبول و حكمته

أولا: تعريف خيار القبول

لا ينشأ خيار قبول الموجب له الخاص بقبول الإيجاب أو رفضه إلا بعد صدور الإيجاب ووصوله لعلمه، و يعني ذلك أن هذا الخيار يبدأ بداية مجلس العقد و ينتهي كذلك بنهايته،و قد تم الذكر سابقا أنه يلزم لبقاء هذا الخيار أن يظل الإيجاب قائما.

و مما سبق يمكن استخلاص العناصر اللازمة لتعريف خيار القبول،ومن ذلك تعريفه بأنه حق من وجه إليه الإيجاب في الاختيار بين قبوله أو رفضه بعد العلم به أثناء مجلس العقد.[1]

و يعرف البعض هذا الخيار أيضا بأنه "حق من وجه إليه الإيجاب في الموافقة على إبرام العقد أو رفضه"[2] ويؤخذ على التعريف أنه يطلق على خيار القبول وصف الحق،فضلا عن أنه لم يبين نطاق الخيار زمنيا أو مكانيا،و لم يوضح كذلك شروط ممارسته.[3]

و يذهب البعض أيضا إلى أن خيار القبول هو"مكنة بمقتضاها يعطي للموجه إليه الإيجاب محله يجوز له خلالها أن يقبل الإيجاب أو يرفضه المجلس".[4]

ومن جانبه يرى الأستاذ أحمد أبو عمرو أن التعريف الأفضل لخيار القبول هو أنه "التعبير عن إرادة الموجب له، بوسيلة تقليدية أو إلكترونية بشأن رغبته في إتمام التعاقد من عدمه و ذلك أثناء قيام مجلس العقد".

و قد حاول الأستاذ مصطفى أحمد أبو عمرو من خلال هذا التعريف التأكيد على أن خيار القبول هو تعبير عن الإرادة، ومن ثم يجب أن يستوفي شروط التعبير عن الإرادة على نحو صحيح و حيث يصدر عن إرادة حرة مستنيرة و من شخص يتمتع بالأهلية.

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق،ص، 186.
[2]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق،ص،394.
[3]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص، 187.
[4]. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص، 394.

و بجانب ذلك فإن التعريف يشمل التعاقد التقليدي بجانب التعاقد الإلكتروني،كما يبرز نطاق هذا الخيار و يوضح مضمونه المتمثل في قبول الإيجاب من عدمه،ومن ثم إتمام التعاقد في الحالة الأولى أو رفضه فيسقط الإيجاب و في الحالتين ينتهي مجلس العقد.

ثانيا: حكمة خيار القبول

تكمن علة تقرير الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه في منحه مهلة كافية للتفكير في أمر الإقدام على التعاقد أو الإحجام عنه بعد بحث الأمر من كافة الوجوه، و ذلك قبل الإعلان عن موقفه النهائي من التعاقد قبولا أو رفضا[1]، و لاشك أن حرمان الموجب له من هذا الخيار يعني إجباره على قبول التعاقد اعتمادا على إرادة واحدة هي إرادة الموجب.

و لا غرور أن هذا الموقف يتعارض مع مبدأ سلطان الإرادة و مع كون العقد لا يتم إلا بتطابق إرادتين و ليس إرادة واحدة، [2]وواقع الأمر أن منح الموجب له هذا الخيار يدفع عنه الضرر، إذ يمكنه من إصدار قراره التعاقدي عن بينة و دراية،فقد يرفض صفقة رابحة بسبب عدم تدبره و حسن دراسته للموقف التعاقدي،أو يقبل التعاقد دون تفكير كاف فيلحق به الضرر أيضا.

فخيار القبول إذا هو وسيلة أو فرصة أخيرة لتمكين الموجب له من الموازنة بين نتائج قبول الإيجاب أو رفضه بعد حساب مغانم التعاقد و مغارمه.[3]

ومفاد ذلك أن إعمال الخيارات من شأنه أن يجعل القانون في مرحلة التطبيق أكثر واقعية و إنسانية.[4]و الواقع أن الاعتراف للموجب له بخيار قبول الإيجاب أو رفضه يحقق مصلحة طرفي العقد فضلا عن مصالح الغير و استقرار المعاملات،و بيان ذلك أن رفض الموجب له للإيجاب أقل ضررا لطرفي العقد من إجباره عن إتمام العقد ثم يستمر في المماطلة في تنفيذه و يسرف في المنازعات المرتبطة بالوفاء بالتزاماته عن هذا العقد.

وبعبارة أخرى، فإن عدم إتاحة الفرصة للموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه يغلق أمامه سبل التخلص من عبء التعاقد إلا من خلال المطالبة بالفسخ أو الإبطال وهو ما يلحق بالطرفين

[1]. مصطفى أبو عمرو، المرجع السابق السابق،ص، 188.
[2]. أسامة عبد السميع الشيخ، المرجع السابق،ص، 299.
[3].جابر سالم عبد الهادي الشافعي، المرجع السابق،ص، 403.
[4]. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق،ص، 266.

ضررا أشد من ذلك الذي قد ينشأ عن ممارسة الموجب له لخيار القبول،وعلى فرض أن هناك ضرر سينتج في الحالتين،فإنه إعمالا لقاعدة أن الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف يؤدي لقبول منح الموجب له هذا الخيار.[1]

الفرع الثاني:موقف التشريعات من خيار القبول:

سيتم المحاولة فيما يلي بيان موقف القانون المصري و التشريعات العربية من إقرار خيار القبول من عدمه'و ذلك على النحو التالي:

سيبين من خلال هذا الفرع موقف القانون المصري و التشريعات العربية الأخرى من تمتع الموجب له بحرية قبول الإيجاب أو رفضه، كما سيتم التعرض أيضا لشروط أو ضوابط تمتع الموجب له بهذا الخيار وذلك كما يلي:

أولا:موقف القانون المدني المصري:

كانت المادة 136 من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري[2] تنص على أنه:

"يجوز لمن وجه إليه الإيجاب أن يرفضه ما لم يكن قد دعا إليه، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يرفض التعاقد إلا إذا استند إلى أسباب مشروعة".على أن لجنة المراجعة قد حذفت هذا النص على اعتبار أنه مجرد ترديد القواعد العامة.و بجانب ذلك،فإن المادة 133 من المشروع التمهيدي للقانون كانت تحدد أسباب سقوط الإيجاب على نحو يستفاد منه وجود خيار للموجب له.و قد قررت لجنة المراجعة أيضا حذف هذه المادة و الاكتفاء بترك تحديد أسباب سقوط الإيجاب لاجتهاد الفقه بحسب ظروف كل حالة على حده،وعلى نحو يضمن مرونة التشريع.

أما القانون المدني المصري [3] الحالي فقد أكد على تبني خيار القبول من خلال نص المادة 2/94 و التي يجري نصها على أنه: "ومع ذلك يتم العقد،و لو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان القبول قد صدر قبل أن ينقضي مجلس العقد"

و يستفاد من هذا النص أن القبول لا يلزم أن يصدر فور العلم بالإيجاب بل يستطيع الموجب له أن يتأنى ليقرر قبول الإيجاب من عدمه طالما ظل الإيجاب ساريا وبقي مجلس العقد قائما.

[1]. محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق،ص، 129.
[2]. أسامة عبد السميع الشيخ، المرجع السابق ،ص، 302.
[3]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص، 191.

ثانيا: موقف التشريعات العربية الأخرى

أقرت معظم التشريعات العربية خيار القبول سواء بنصوص صريحة أو ضمنية،ومن ذلك ما قررته المادة 136 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[1] التي أكدت على أن المتعاقدان يتمتعان بالخيار في الفترة التي تعقب صدور الإيجاب و حتى نهاية مجلس العقد.

وفي ذات السياق جاء نص المادة 1/43 من القانون المدني الكويتي[2] مؤكدا على حق الموجب له في خيار القبول إذ يجري نص هذه المادة على أن:"

1- للموجب له خيار القبول.

2- ويلزم لانعقاد العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب..."

ويستخلص الأستاذ مصطفى أحمد أبو عمرو من هذا النص على أن الموجب له يستفيد من خيار القبول و أن تعبيره عن إرادته لا يعدو أن يكون أحد الفروض التالية:إما أن يأتي الرد بالموافقة على الإيجاب دون تعديل هذا الأخير و عندئذ ينعقد العقد و ينقضي المجلس.

و قد يوافق الموجب له على الإيجاب من حيث المبدأ ولكن يجرى عليه بعض التعديلات التي تحيله لإيجاب جديد يحتاج للقبول من جانب الطرف الأخر.

و أخيرا قد يسكت الموجب له، وفي هذه الحالة لا يعد السكوت قبولا إلا إذا تمخض الإيجاب عن منفعته أو كانت هناك تعاملات سابقة بين الطرفين تفي لاستخلاص هذا القبول.[3]

وقد أكدت المادة 75 من القانون المدني القطري على ذات الحكم أيضا[4].ومن جانبه فإن مشروع قانون المبادلات و التجارة الالكترونية الفلسطيني لعام 2003 يؤكد على حق الموجب له في خيار القبول حيث يجري نص المادة 52 منه على أنه"يجب على البائع، قبل إبرام العقد،تمكين

---

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص، 191.

[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق ،ص، 145.

[3]. في ذات الصدد المادة2/98 من القانون المدني المصري، المادة 99 من القانون المدني السوري، المادة 73 من القانون المدني القطري، المادة 68 من القانون المدني الجزائري.

[4]. في ذات السياق أيضا أنظر المادة 96 من القانون المدني الأردني، المادة 95 من القانون المدني السوري، المادة 64 من القانون الجزائري. ويجري نص المادة 96 من القانون المدني الأردني على أنه " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، من غير أن يتضمن ميعاد القبول، كان الطرفان بالخيار إلى أخر المجلس، وإذا رجع الموجب أو انفض المجلس دون أن يصدر القبول، اعتبر الإيجاب مرفوضا"

المستهلك (المتعاقد الأخر) من المراجعة النهائية بجميع اختياراته وتمكينه من إقرار البيع أو تغييره حسب إرادته و كذلك الإطلاع على شهادة المصادقة الالكترونية المتعلقة بتوقيعه".[1]

و ينفرد قانون الالتزامات و العقود المغربي[2] بحكم خاص في هذا الصدد.إذ قرر حرمان الموجب له من خيار القبول حال كونه حاضرا في مجلس العقد ويتلقى إيجاب غير ملزم للموجب لمدة معينة.

و يستفاد هذا الحكم من نص الفصل 23 الذي يقرر أن "الإيجاب الموجه لشخص حاضرا،من غير تحديد ميعاد يعتبر كأن لم يكن إذا لم يقبل على الفور من الطرف الأخر.ويسري هذا الحكم على الإيجاب المقدم عن طريق التلفزيون".

وهكذا فإن حرمان الموجب له من الخيار واشتراط فورية القبول يستلزم توافر الشرطين التاليين:

الشرط الأول: أن يكون الموجب له حاضرا في مجلس العقد و يأخذ ذات الحكم كون التعاقد الإلكتروني يتم بشكل مباشر عبر الخط أو الويب أو كأن يتم عبر البريد الإلكتروني من خلال تبادل التعبير عن الإرادة بين الطرفين يتواجدان أمام أجهزة الحاسب في ذات الوقت.

الشرط الثاني: ألا يكون الموجب قد حدد مهلة للقبول، وبمعنى أخر يجب ألا يكون الموجب قد ألزم نفسه بالبقاء على الإيجاب خلال مدة معينة.

وقد أكدت مبادئ يونيد روا للعقود التجارية الدولية على حق الموجب له في أن يقبل الإيجاب أو يرفضه.

فالمادة2-1-10 من هذه المبادئ تنص على أنه"يجوز سحب القبول إذا وصل السحب إلى الموجب قبل، أو في نفس الوقت الذي كان مفترضا أن ينتج فيه القبول أثره"[3].

كما أكدت المادة 2-1-5 من ذات المبادئ على ذلك حين نصت على أنه"يسقط الإيجاب عند وصول الرفض إلى الموجب".[4]

---

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص، 193.

[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص، 145.

[3]. النص الأصلي لهذه المادة فإنه يجري على النحو التالي:" An acceptance May be withdrawn if the with drawal reaches the offeror effective.be fore the same time as the accepance would have become"

[4]. يجري هذا النص على أنه: ".An offer terninated when a rejection reaches the offeror"

الفرع الثالث: شروط مباشرة خيار القبول

يلزم لمباشرة الموجب له خيار القبول بداية أن يكون متمتعا بالأهلية اللازمة وأن يكون تعبيره عن هذا الخيار صادرا عن إرادة حرة مستنيرة.

وفضلا عن ذلك فإنه يجب أن يتوافر الشرطين التاليين:

الشرط الأول: أن يكون الموجب له قد علم بالإيجاب: لا يستطيع الموجب له أن يباشر خياره إلا إذا كان قد علم فعلا بالإيجاب. ويتم ذلك في التعاقد الالكتروني إذا كان يتعامل مباشرة مع الموجب على الخط أو يطلع على صفحة الويب التي تتضمن كما يتم ذلك أيضا إذا كان قد اطلع على الرسالة الالكترونية بما يؤدي لعلمه بالإيجاب ومضمونه.

وتنص المادة 2-1-8 من مبادئ يونيدروا بشأن العقود التجارية الدولية على أنه " يبدأ حساب المدة المحددة للقبول بواسطة الموجب من لحظة تصدير الإيجاب. ويعتبر التاريخ المحدد في الإيجاب هو تاريخ التصدير ما لم تدل الظروف على غير ذلك"[1]

والواقع أن هذا الشرط يتفق مع كون التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت وصوله لعلم من وجه إليه.

الشرط الثاني: أن يكون الإيجاب ساريا و أن يظل مجلس العقد قائما

ومفاد هذا الشرط أن الموجب له يستطيع مباشرة خياره خلال فترة زمنية محددة، تبدأ منذ علمه بالإيجاب وتمتد طوال الفترة التي يكون الإيجاب فيها ساريا سواء كان الإيجاب مقترنا بمدة محددة أو استخلصت هذه المدة من ظروف التعاقد. وبعبارة أخرى، فإنه لا يعقل أن يباشر الموجب له خيار القبول قبل العلم بالإيجاب، كما لا يجوز له ذلك أيضا بعد سقوط الإيجاب لأي سبب من الأسباب التي تؤدي لذلك. ويلزم أيضا أن يكون مجلس العقد قائما بحيث لا ينقضي لأي سبب كان.[2]

وفي إطار التعاقد الالكتروني فإن الموجب له أن يعدل عن القبول بعد صدوره بشرط أن يصل أمر هذا العدول إلى الموجب معاصر أو سابقا لعلمه بالقبول. فالمعلوم أن علم الموجب بالقبول يؤدي لانعقاد العقد وانقضاء المجلس وعندها لا يكون هناك محلا للخيار محل الدراسة.

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق،ص، 195.
[2]. أسامة عبد السميع الشيخ، المرجع السابق،ص، 372.

وعلى ذلك فإنه إذا كان التعاقد يتم عبر صفحات الويب أو مباشرة على الخط، فإن الموجب يعلم بالقبول في ذات اللحظة التي يصدر فيها، وعندئذ لا مجال للعدول عنه حيث ينعقد العقد في ذات اللحظة التي يتم فيها التعبير عن القبول.

أما إذا كان التعاقد يتم من خلال البريد الإلكتروني وكان الموجب له قد أرسل القبول من خلال رسالة إلكترونية نحو البريد الإلكتروني للموجب الذي لم يكن أمام جهاز الحاسب الخاص به في ذات الوقت، ثم أراد الموجب له أن يعدل القبول فإن عليه أن يخطر الموجب بذلك هاتفيا أو ببرقية أو برسالة إلكترونية تصل متعاصرة مع فتحه أو دخوله إلى البريد الإلكتروني الخاص به بحيث يعلم بالقبول وبالعدول عنه في ذات الوقت على الأقل.

الشرط الثالث : ألا يكون الموجب له هو الداعي للتعاقد:

الأصل هو حرية الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه على أن هذه الحرية مقيدة بعدم التعسف بحيث يجب أن يستند رفضه للتعاقد لأسباب معقولة تبرره.ولا شك أن التعسف يتحقق إذا كان الموجب له هو الذي حث الموجب على إبرام العقد ثم رفض الإيجاب بعد ذلك دون الاستناد لسبب مقبول.[1]

أما إذا كان الموجب هو الداعي للتعاقد بحيث بادر بإرسال الإيجاب عبر البريد الإلكتروني للموجب له أو أتاح الإيجاب عبر موقعه الإلكتروني على شبكة الانترنت، فإن للموجب له عندئذ قبول الإيجاب أو رفضه دون البحث في أسباب الرفض.

وقد بين قانون الموجبات والعقود اللبناني[2] حكم هذه الحالة من خلال نص المادة 181 والتي تؤكد على أن من يوجه إليه الإيجاب يكون في الأساس حرا في الرفض ولا يتحمل أي تبعة نتيجة هذا الرفض. أما إذا كان هو الداعي للتعاقد فإنه لا يستطيع أن يرفض التعاقد إلا إذا أسس هذا الرفض على أسباب جديرة بالقبول وإلا كان متعسفا ومتحملا لنتيجة هذا التعسف، ومن ذلك إلزامه بتعويض الطرف الآخر.

وتطبيقا لذلك فإنه إذا قام أحد المتاجر الإلكترونية بإرسال عدد من الرسائل الإلكترونية للعملاء عبر بريدهم الإلكتروني أو أتاح إعلانا عبر موقعه الإلكتروني يحث الجمهور فيه على التعاقد معه بشأن سلعة أو خدمة معينة، وعندما استجاب له الجمهور وأرسل العديد من الردود

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق،ص، 197.
[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص، 144.

التي تمثل إيجابا من جانبهم يرفض الموجب له التعاقد معهم بغير مبرر مشروع، فإنه يعد متعسفا ويحق للموجب عندئذ أن يطالبه بالتعويض عما قد يلحقه من ضرر جراء هذا الرفض.[1]

وغنى عن البيان أن الأحكام التي تطبق على الإيجاب والقبول في التعاقد التقليدي هي ذاتها المطبقة على الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، ومن ذلك الأحكام الخاصة بخيار القبول، فالفارق بين صورتي التعاقد يكمن فقط في الوسيلة التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني والتي تتمثل في الوسائط الإلكترونية التي تتيح للطرفين التعاقد عن بعد، غير أن النطاق الزماني لمباشرة خيار القبول في التعاقد الإلكتروني يكون أضيق في حالة التعاقد الإلكتروني الذي يتم بشكل فوري عبر الخط أو صفحات الويب حيث يتم التعاقد بمجرد صدور القبول الذي يصل لعلم الموجب في ذات اللحظة التي يصدر فيها.[2]

وعلى ذلك يبقى الاحتمال الوحيد لمباشرة هذا الخيار في ذلك الفرض الذي يتم فيه التعاقد عبر المواقع الإلكترونية أو مباشرة على الخط، وكان الإيجاب مقترنا بمدة يظل خلالها ملزما ففي هذه الحالة تكون هذه المدة بمثابة مهلة للتفكير تتقرر لصالح الموجب له، وكذلك الأمر في حالة كون التعاقد يتم عبر البريد الإلكتروني وكان هناك فترة زمنية تنقضي بين إرسال الرسالة الإلكترونية التي تشتمل على القبول وبين العلم بها أو الإطلاع عليها. وقد أكدت المادة 5 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لعام 2003 على ذات المعنى حيث يجري نصها على أنه : "ينطبق على العقود الإلكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون"[3]

ويلزم التمييز بين "خيار القبول" و"تأكيد القبول"[4] في العقد الإلكتروني فالأخير يتم بعد انعقاد العقد وفي مرحلة تنفيذه [5] ويعني ذلك أن تأكيد القبول يتم حال تنفيذ عقد قام صحيحا وانفض مجلسه منذ علم الموجب بالقبول.على أن هناك حالات يلجأ فيها الموجب إلى مطالبة الموجب له بتأكيد القبول الإلكتروني قبل انعقاد العقد بأية وسيلة ممكنة، بحيث لا ينعقد العقد

[1]. أسامة عبد السميع الشيخ، المرجع السابق،ص،301.
[2]. مصطفى أحمد أبو عمرو ، المرجع السابق،ص،199.
[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص،146.
[4]. جدير بالذكر أن بعض الفقه الفرنسي يرى أن عدم تأكيد القبول يمثل سببا لبطلان العقد بطلان مطلق وليس مجرد تعيبا لإرادة الموجب له.
[5]. أسامة عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص، 301.

الإلكتروني إلا حال إعادة التأكيد على القبول[1]. ويتميز خيار القبول عن سحب القبول الذي يعني تمكين القابل من نقض العقد بعد تمام انعقاده.[2]

المطلب الثالث : اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني.

لكي يصدر القبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل تطابقهما في شأن المسائل الجوهرية والرئيسية وعدم اختلافهما في شان المسائل التفصيلية، وهو ما يثير مسألة غاية في الأهمية وهي اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الالكتروني، وعليه سوف يتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين كما يلي :

الفرع الأول : التوافق على المسائل الجوهرية

إذا كان الأصل أنه يجب لكي يبرم العقد أن يكون القبول مطابقا للإيجاب وهو ما يعني أن الاتفاق على بعض شروط العقد لا تكفي من حيث الأصل لإتمام التعاقد بل يجب أن يتم الاتفاق على جميع مسائل وشروط العقد.

ولكن استثناءا من ذلك قررت المادة 95 من القانون المدني المصري[3] "أن الاتفاق على الشروط الجوهرية يكفي لانعقاد العقد حتى ولو وجدت مسائل تفصيلية تركت دون اتفاق عليها ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.[4]

ويتضح من ذلك أنه يلزم لإعمال حكم هذه المادة توافر ثلاثة شروط هي :

أولا: أن يتم الاتفاق على جميع المسائل والشروط الجوهرية في العقد.

ثانيا : أن يحتفظ الطرفان بمسائل تفصيلية يؤجلان الاتفاق عليها فيما بعد.

ثالثا : ألا يكون انعقاد العقد معلقا على المسائل المؤجلة بينهما.[5]

و تؤدي التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية دورا مهما في مرحلة إبرام العقد، إذ عند الاتفاق تمثل المسائل الجوهرية المقومات التي لابد من وجودها لقيام العقد، فتخلف أي مسألة منها يحول دون ميلاده، فلا يرتب الآثار المقصودة، ويجد الأطراف أنفسهم في إطار علاقة قانونية لم تكتمل ولا تعد في نظر القانون عقدا.[6]

---

[1]. مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص، 200.201

[2]. أسامة عبد السميع الشيخ، المرجع السابق، ص،302.

[3]. اقتبس المشرع المصري حكم المادة 95 مدني من المادة 2 من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة 61 من القانون البولوني، وعلى العكس من هذا الاتجاه مسار القانون المدني الألماني حيث نص في المادة 154 منه على اشتراط الاتفاق على جميع شروط العقد الجوهرية منها والتفصيلية حتى يتم العقد.

[4]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص، 143.

[5]. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.ص. 78.77.

[6]. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق،ص، 278.

ويقصد بالمسائل الجوهرية في العقد، وعلى ما قضت به محكمة النقض، أركان العقد وشروطه التي يرى المتعاقدان وجوب الاتفاق عليها والتي ما كان ليتم العقد الموعود به بدونها.

و يعتبر من المسائل الجوهرية التي يجب توافرها لانعقاد العقد الأركان الثلاثة اللازمة لقيامه، وهي التراضي و المحل و السبب، و لذلك لا يعتبر العرض الصادر عبر شبكة الإنترنيت من شخص لأخر لإبرام عقد من العقود إيجابا بالتعاقد ما لم يتضمن تحديد المسائل الجوهرية، فإذا لم يتضمن هذا العرض الإلكتروني تحديد طبيعة العقد و شروطه الجوهرية و أركانه الثلاثة فإنه يعد مجرد دعوة إلى التفاوض يختلف حكمها عن حكم الإيجاب بالتعاقد.[1]

أما المسائل الثانوية فيمكن التمييز بينها و بين المسائل الجوهرية عن طريق معيارين:

الموضوعي و الشخصي،و يقصد بالمعيار الموضوعي ضرورة توافر الاتفاق على الأركان الثلاثة اللازمة قانونا لانعقاد العقد وهي التراضي و المحل و السبب،بالإضافة إلى الأركان المحددة لكل عقد من العقود المسماة،و التي تحدد ماهية العقد و تميزه عن غيره من العقود وهو ما عبرت عنه المادة (1/14) من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع من أنه"يعتبر العرض محددا تحديدا كافيا عندما يحدد البضائع ، و يبين الثمن صراحة أو ضمنا، أو يقدم إيضاحات تمكن من تحديده".

أما المعيار الشخصي الذي يفرق بين المسائل الجوهرية و الثانوية فهو الإرادة المشتركة للمتعاقدين التي يتم الكشف عنها بجميع الطرق،و منها المعاملات السابقة و الظروف المحيطة بإبرام العقد.

و بناءا على ذلك فإذا عرض الأطراف لعناصر العقد الجوهرية فقط دون بيان المسائل التفصيلية فإنه يعتبر إيجابا حتى و لو لم يتضمن كافة شروط هذا العقد و من ثم فإن العقد يتم، و يكون الرجوع، في شأن المسائل الثانوية،للعرف و القواعد التشريعية المكملة المنصوص عليها في التنظيم القانوني الخاص بالعقد إن كان من العقود المسماة، و للقواعد المنظمة للنظرية العامة الالتزام إن كان من العقود الغير مسماة.[2]

ومن ثم فإن إبرام العقد الإلكتروني وفق نص المادة 95 من القانون المدني المصري يتطلب الاتفاق على المسائل الجوهرية فقط دون المسائل التفصيلية، ما لم يوجد نص أو اتفاق مخالف.

[1]. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق،ص، 279.
[2]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص، 143.

و تحديد العناصر الجوهرية للعقد يختلف بحسب ما إذا كان العقد من العقود المسماة أم من غير المسماة، فبالنسبة للعقود المسماة فإن العناصر الجوهرية يتم استخلاصها من القواعد العامة و التنظيم التشريعي للعقود و من الظروف التي تحيط بإبرامه.[1]

أما بالنسبة للعقود غير المسماة فإن تحديد العناصر الجوهرية يترك السلطة التقديرية للقاضي، فإذا تبين له حدوث اتفاق بشأن هذه العناصر في العلاقة التي يفحصها،فإنه يصدر حكمه مثبتا انعقاد العقد،و هذا الحكم يكون كاشفا عن وجوده و ليس منشأ له، ذلك أن القاضي في تحديده للعناصر الجوهرية للعقد، إنما يتحرى الإرادة المشتركة للمتعاقدين للوقوف على حقيقة الغرض الذي يبتغيانه، فهذا التحديد إذن ليس تحكميا،و إنما يستخلصه القاضي من المفاوضات و الخطابات المتبادلة "خطابات النوايا" و مشروعات الاتفاقات الغير ملزمة و اتفاقات المبادئ و غيرها[2]، و طبيعة التعامل و العرف التجاري و مقتضيات العدالة، فبعد دراسة هذه الرسائل و المستندات و إعطائها التكييف القانوني السليم يقرر القاضي ما إذا كان هناك عقد قد انعقد أم لا.

وقيام القاضي باستكمال العقد[3] لا يعد متصورا إلا إذا كان قد انتهى إلى اعتبار أن العقد قد أبرم،لأنه إذا لم يكن قد انعقد فلا يوجد أي مبرر لتدخله، فالمتعاقدان مازالا في مرحلة التفاوض، ومن ثم يجب أن يترك لهما أمر تنظيم هذه المسائل التفصيلية المعلقة.

الفرع الثاني:عدم تطابق صيغ الإيجاب و القبول الالكتروني the Battle of the forms:

لا يبرم التعاقد الالكتروني فقط عبر صفحات الويب، بل يتم أيضا عن طريق البريد الالكتروني و في هذه الحالة الأخيرة قد تثور مشكلة عدم تطابق الإيجاب و القبول، أو بمعنى أخر اختلاف صيغ التعاقد الالكتروني "Battle of the Forms" ، حيث يقوم التاجر مثلا بإرسال رسالة عبر البريد الالكتروني تتضمن إيجابا، و في هذه الرسالة إلى أنه ملحق بها مرفقات attachement، و هذه المرفقات عبارة عن صيغة معدة سلفا لشروط و بنود التعاقد، فيقوم الطرف الموجب إليه بقبول هذا العرض و يرسل رسالة إلكترونية بالموافقة على الإيجاب و لكن

[1]. محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق ،ص،145.
[2]. أنظر: ياسر أحمد كامل الصيرفي، دور القاضي في تكوين العقد، دار النهضة العربية، 2000،ص،15.
[3]. قيام القاضي بإكمال العقد ليس بالأمر الغريب، فقد منحه المشرع هذه السلطة بموجب نص المادة 2/148 من القانون المدني المصري، ولم يقل أحد من الفقه أن القاضي عندما يمارس هذه السلطة إنما يساهم في تكوين العقد، لأنه لا يمارس هذه السلطة إلا في مرحلة لاحقة على إبرام العقد وتحديدا في مرحلة إنتاج العقد لأثاره، فقيام القاضي بإكمال العقد مسألة تتعلق بآثار العقد وليس بتكوينه.- أنظر: ياسر أحمد كامل لصيرفي، المرجع السابق ،ص، 27.

وفق شروطه هو الملحقة برسالته، و المعدة سلفا أيضا، والتي قد يكون بها شروط وبنود ومصطلحات تختلف عن شروط الصيغة المرسلة من الموجب.[1]

وتظهر هذه المشكلة أيضا بوضوح في حالة التعاقد بواسطة العقود النموذجية المعدة سلفا،الموضوعة على مواقع الويب، و بصفة خاصة بين منشأة تجارية و أخرى، حيث يتعذر إدخال تعديل على العرض المقدم من كل متعاقد، فنجد أن كل منشأة تقرر القبول وفق الشروط المبنية في ملحق الرسالة الإلكترونية كأن تشترط إحدى المنشات الإحالة بشأن بنود العقد إلى أحد العقود النمطية الدولية،مثال ذلك أن يشترط الطرف الأول في حالة تصدير معدات و ماكينات، الإحالة بشأن بنود العقد إلى العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات الصادر عن اللجنة الاقتصادية الأوروبية سنة 1957، فيقبل الطرف الأخر، و لكن يشترط الإحالة إلى العقد النموذجي الصادر عن مجلس المساعدات الاقتصادية المتبادلة لدول أوروبا الشرقية (الكوميكون) سنة 1968 أو أن يشترط الطرف الأول الإحالة في تفسير العقد إلى القواعد الدولية لتفسير المصطلحات التجارية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية بباريس سنة 1953 الأنكوتيرمز INCOTERMS بينما يشترط الطرف الأخر الإحالة في التفسير إلى مبادئ العقود الدولية الصادرة عن معهد توحيد القانون الخاص بروما سنة 1994 اليوندروا UNIDROIT .[2]

وفي هذه الحالة يثور التساؤل هل يكون العقد الإلكتروني قد ابرم بين الطرفين أم أن القبول الذي يحتوي على شروط مغايرة لشروط الإيجاب يعتبر إيجابا مضادا Counter-offer وبسبب هذه المشكلة أنه غالبا لا يهتم الطرفان بملحقات الرسالة الالكترونية ومن ثم لا يقوم القابل أو الموجب بقراءة ما تتضمنه من شروط و بنود للتعاقد، أو أن ينكر أحد الطرفين حجية ملحقات الرسالة على أساس أن العبرة بالرسالة الإلكترونية الأصلية فقط.

ولحل هذه المشكلة يقوم الموجب، التاجر غالبا، ببيان على أن القابل-المستهلك في الغالب- أن يوافق على شروط التعاقد وفق الصيغة المعدة سلفا و الملحقة بالرسالة الالكترونية المتضمنة الإيجاب أو رفضها بحالتها take it or leave it basis [3]

[1]. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ،ص، 280.
[2]. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق ،ص،281.
[3]. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص،144.

وقد تنبه واضعو القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لتلك المشكلة فقاموا بإضافة المادة الخامسة مكرر إلى نصوص القانون[1]، حيث نصت على الاعتراف القانوني بالمعلومات التي ترد في ملحق رسالة البيانات الالكترونية و المشار إليها في الرسالة الأصلية.

إن العبرة في تحديد إبرام العقد الالكتروني من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه ملحق الرسالة من شروط و بنود، فإذا كانت الشروط ثانوية كشرط مكان التسليم أو طريقة السداد، أبرم العقد، ما لم يتضح أن المتعاقدين قد اشترطا بأن العقد لا ينعقد إلا باتفاق على المسائل الثانوية، كاشتراط الدفع عبر بطاقات الائتمان أو بواسطة النقود الالكترونية، فعندها ترتفع المسائل الثانوية إلى مرتبة المسائل الجوهرية من حيث اعتبارها أساسا لإبرام العقد.[2]

الأمر الذي يعني أنه إذا كانت المسائل التفصيلية و الموجودة بملحق الرسالة الالكترونية لم يتعرض لها الطرفان، سواء عن عمد أو إهمال و اقتصر فقط على مناقشة المسائل الجوهرية وتراضيا بشأنها فإن العقد يعتبر قد ابرم إعمالا للقواعد العامة، ما لم يتفق على خلاف ذلك، وهنا يقوم القاضي بإكمال العقد وفقا لما تقضي به القواعد القانونية المكملة عملا بنص المادة 2/148 من القانون المدني المصري،[3] أما إذا كانت الشروط جوهرية فإن العقد لا يبرم ويعتبر القبول الصادر هو بمثابة إيجاب جديد موجه إلى الموجب يلزمه قبول لإبرام العقد.

[1]. نصت المادة الخامسة مكرر من القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر سنة 1996 والتي أضيفت واعتمدت في يونيه 1998 على أنه " لا ينكر المفعول القانوني المعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها لا ترد في رسالة البيانات التي تفيد بأنها تنشئ ذلك المفعول القانوني، بل هي مشارا إليها مجرد إشارة في رسالة البيانات."

[2]. تأكيدا لذلك حكم مثلا في عقد بيع كمية من السمك المدخن، بأن إرسال المشتري، بعد الاتفاق على جميع العناصر الجوهرية للبيع، رسالة للبائع بطريق التلكس، بأنه يعد طريقة الوفاء بالثمن أساسية لتحديد رضائه النهائي بالعقد، يترتب عليه عدم انعقاد البيع.

[3]. تقضي المادة 2/148 من القانون المدني المصري على أنه" لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول أيضا ماهو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام."

الخاتمـــــــــــة

بعد أن فرغنا، بحمد الله وعونه، من دراستنا الماثلة، يمكننا التأكيد على أن التنظيم القانوني لنظرية العقد عامة وللعقد الالكتروني بصفة خاصة يحتل مكانة بارزة في البناء القانوني لنظرية الالتزام، كما تحظى هذه النظرية باهتمام الفقه والتشريع الغربي والعربي على حد سواء، وقد توصلنا لأهم النتائج هي كالآتي:

لقد حاولنا من خلال هذه الدراسة الإسهام، بجهد متواضع في إلقاء الضوء على أحكام مجلس العقد في إطار تعاقد الالكتروني عبر الانترنت، وذلك من تقسيم البحث إلى فصلين سبقهما مبحث تمهيدي بينا من خلاله مفهوم العقد الالكتروني وخصائصه التي تنعكس بالضرورة على التنظيم القانوني الخاص به.

* وقد انتهينا إلى تعريف العقد الالكتروني بأنه "العقد الذي يتم إبرامه أو تنفيذه من خلال وسيط الكتروني". وقد ألمحنا إلى أن العقد الالكتروني قد يكون مدنيا أو تجاريا، بل إنه لا يوجد ما يمنع من إبرام العقود الإدارية ذاتها الكترونيا، فإصباغ الصفة الالكترونية على العقد لا ترتبط بمضمونه أو بطبيعته بل بوسيلة إبرامه أو تنفيذه، أو في مرحلتي الإبرام والتنفيذ.

* وقد ميزنا العقد الالكتروني عن غيره من العقود المشابهة له استنادا إلى الخصائص المميزة له والتي تلقى بظلالها على طبيعة وأحكام فكرة مجلس العقد الالكتروني، وعلى القانون الواجب التطبيق بشأن ما قد ينشأ بمناسبة إبرامه أو تنفيذه من منازعات.

* إن أهم خصائص العقد الالكتروني هي انعقاده عن بعد، إذ يتم تبادل التعبير الإرادي عبر وسائل اتصال عصرية، مع غياب الطرفين عن الحضور المادي في مكان واحد، فنكون أمام مجلس عقد حكمي لا حقيقي.

* إنه عقد إذعان بالمعنى الدقيق من حيث تفسير بنوده لمصلحة المستهلك بوصفه طرفا ضعيفا مذعنا في العلاقة التعاقدية المنعقدة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وأنه يمكن أن يكون عقدا تجاريا متى تم بين مهنيين بقصد إشباع حاجات مهنية تجارية، ويمكن أن يكون مدنيا متى تم بين مستهلكين، أو حتى بين المهنيين لكن بقص إشباع حاجات شخصية

غير تجارية، ويمكن أن يكون مختلطا أي مدنيا بالنسبة للمستهلك وتجاريا بالنسبة للتاجر متى تم بين مستهلك ومهني محترف.

* أنه عقد دولي سواء كان وطنيا من جميع الجوانب، أو دوليا في جانب أو عدة جوانب منه – وهو الغالب الأعم – إذ لا إمكانية في تطبيق المعايير التقليدية في القانون الدولي الخاص حتى نعده عقدا داخليا أو وطنيا.

* إن وجود فكرة مجلس العقد تحقق مصلحة الطرفين والغير، ثم عرفنا مجلس العقد بأنه "الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكا، والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد بالوسائل التقليدية أو الالكترونية". وقد قصدنا أن يكون هذا التعريف شاملا لعناصر المجلس وصوره، فضلا عن بيان هدفه أو مضمونه المتمثل في الانشغال بالتعاقد.

* ينقضي المجلس بمجرد انشغالهما بأمور أخرى أو الانتهاء من التعاقد بتطابق الإرادتين، وعلم الموجب بالقبول المطابق لإيجابه.

* لقد ميزنا من خلال دراستنا بين مجلس العقد وما يسبقه أو يعقبه من مراحل أخرى حيث وجدناه يمثل حلقة الوصل، التي لا غنى عنها، بين مرحلة المفاوضات ومرحلة إبرام وتنفيذ العقد، وقد بينا أنه وإن كان من الممكن الاستغناء عن مرحلة التفاوض، فإنه لا غنى بالعقد مطلقا عن مرحلة مجلس العقد الذي يعد الوسيلة الوحيدة لتحقيق التبادل وتطابق الإرادتين، الأمر الذي لا مفر منه لقيام العقد أصلا.

* إن حكمة وجود مجلس العقد تتمثل في منح طرفي العقد فرصة للتفكير المتأني ودراسة الأمر من كافة وجوهه بحيث يأتي قرار كل طرف معبرا عن حقيقة موقفه ومحققا لمصالحه، كما يهدف مجلس العقد أيضا لتمكين كل طرف من التعرف على شخصية وأهلية الطرف بما يضمن استقرار المعاملات وعدالتها وصحتها.

* وتعرضنا من خلال هذه الدراسة لطبيعة مجلس العقد الالكتروني من خلال دراستنا للاتجاهات الفقهية والتشريعية التي حاولنا بيان هذه الطبيعة، وقد بينا أن النقاش قد احتدم وأن الآراء قد تشعبت في هذا الصدد، حيث اعتبره البعض تعاقدا بين غائبين، وذهب

البعض الآخر إلى أنه يعد تعاقدا بين حاضرين، وقد ذهب جانب آخر إلى اعتباره تعاقدا بين غائبين ذو طبيعة خاصة، وقد انتهينا إلى أن المجلس يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.

* إذا أتينا إلى طرق التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية، فإنها لا تخرج عن الاحتمالات الثلاثة فإما أن يكون هذا التعبير بالكتابة، وإما أن يكون بالإشارة، وإما أن يكون بالكلام، بالنظر إلى الوسيلة المستعملة في التعاقد.

* يفضل استعمال لغة أجنبية إلى جانب اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة عبر الأجهزة الحديثة لئلا تكون اللغة عائقا أمام التعاقد عبر الانترنت.

* المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني واستنتجنا أنه توجد حالات تخضع لأحكام التعاقد بين الحاضرين حكما، وحالات أخرى لا يمكن تكييف العقد إلا باعتباره بين غائبين، وبالتالي تطبيق القواعد المنظمة لكل حالة.

* يمكن القول في هذا الصدد، أن العقد الالكتروني وضع نموذجا جديدا لمجلس العقد ذلك أنه يمكن أن يكون افتراضيا، وذلك إذا تم التعاقد بتكنولوجيا المحادثة والمشاهدة المباشرة عبر الانترنت.

* أما فيما يخص تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني، فاستنتج أن هناك صعوبة كبيرة في تحديده بسبب الطبيعة اللامادية والعالمية لوسيلة إبرام العقد الالكتروني، والتي تجعل من الصعوبة بمكان تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة في نظره، أي أن قواعد القانون الدولي الخاص عاجزة على مواكبة هذه الطبيعة.

* القبول بصورة عامة هو التعبير الإرادي الصادر ممن وجه إليه الإيجاب المتضمن رضاه بالتعاقد وفقا لما ورد في الإيجاب من شروط، وإن القبول عبر شبكة الانترنت يمكن أن يتم بأي سلوك لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على موافقة من وجه الإيجاب إليه، على ما ورد في ذلك الإيجاب إذ يدخل ضمن هذا المفهوم الطرق والأساليب الجديدة جميعها

التي أتاحتها وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة واعتماد السلوك المطلوب في إنتاج الأثر القانوني.

* وبالنسبة للقبول الالكتروني، فإننا توصلنا إلى أنه يجب تأكيد الموجه إليه الإيجاب لقبوله وذلك عن طريق ضغط على أيقونة القبول مرتين أو إرساله وثيقة الأمر بالشراء إلى الموجب وذلك لتفادي الشك في التعبير عن إرادة الموجه إليه الإيجاب وأخطاء اليد، أما مسألة الحالة الاستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولا، لاحظنا أنه لا يمكن التمسك لا بالعرف ولا بالمصلحة المحضة لمن وجه إليه الإيجاب لتأسيس السكوت الملابس، بينما يمكن ذلك إذا تعلق الأمر بوجود المعاملة السابقة.

قائمـــــــــــــة

المصادر والمراجع

قائمة المراجع

المصادر:

1- القرآن الكريم

2- السنة النبوية الشريفة

المراجع:

أولا: الكتب العامة

1- د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومه، ط .2002

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

3- د. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، عقد البيع، الجزء الرابع، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، .2001

4- د. عبد الرازق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، .2000

5- د. علي فيلالي، الالتزامات النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة الجزائر .1997

6- د. محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد، المؤسسة الفنية للطباعة والنشر، الأردن .2000

7- د. نبيل إبراهيم سعد ، النظرية العامة للالتزام ، مصادر الالتزام ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2004.

ثانيا: الكتب المتخصصة

1- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية ، للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، .2003

2- د. أسامة أبو الحسن مجاهد التعاقد عبر الانترنت، الكتب القانونية، مصر، الطبعة 2002.

3- د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الالكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

4- د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، .2008

5- د. خالد ممدوح ابراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، .2006

6- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة) دار النهضة العربية – القاهرة – .2006

7- د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، لبنان، الطبعة الأولى، 2000.
8- د. عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان، 2010.
9- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية دراسة مقارنة، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي 2002.
10- د. فاروق الأباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية ، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2003.
11- أ. محمد الأمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.
12- د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.
13- د. محمد منير الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
14- د. مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2011.

النصوص القانونية:

1. النصوص الوطنية:

- الأوامر:

* الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتعلق بالقانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005، الجريدة الرسمية، عدد 44 بتاريخ 26 جوان 2005.

2. النصوص الدولية:

* القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948، المنشور بالوقائع المصرية، العدد 108، المعدل بتاريخ 29 جويلية 1948.
* القانون المدني السوري لسنة 1949.
* القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976، الجريدة الرسمية، عدد 2254 بتاريخ 01 أوت 1976.
* القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980
* قانون المعاملات المدنية الاتحادي للإمارات العربية المتحدة رقم 05 لسنة 1985.
* قانون رقم 80-525 المؤرخ في 12 جويلية 1980 المتعلق بالقانون المدني الفرنسي المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 2000/230 المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني الصادر بتاريخ 13 مارس 2000.

* قانون مبادلات التجارة الالكترونية التونسي، المؤرخ في 09 أوت 2000، الرائد الرسمي الجمهورية التونسية، بتاريخ 11 أوت 2000.
* قانون المعاملات الالكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2000، الجريدة الرسمية عدد 3024 بتاريخ 31 ديسمبر 2001.
* القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الالكترونية والصادر في 12 فبراير 2002.
* قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في 14 سبتمبر .2002

3. الوثائق الدولية:

* اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي، الصادرة في 11 أفريل 1980.
* قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر في 12 جوان 1996.
* التوجيه الأوروبي رقم 07-97 المتعلق بالتعاقد عن بعد، الصادر في 20 ماي 1997.

المجلات:

1- سهلى زهدور، حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات والمسؤولية المدنية المتولدة عنه في التشريع الجزائري، مجلة الراشدية، كلية الحقوق والعلوم السياسية – جامعة معسكر – الجزائر، العدد 5، ماي 2014.

المذكرات ورسائل الماجستير:

1- أ. أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، المكتبة القانونية، عمان، الأردن، طبعة.2002

2- **أ.** بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، رسالة ماجستير، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن .2006

3- برني ندير، العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، الدفعة 14 ، الفترة التكوينية 2003 – 2006

4- غوتي ابتسام، العقد الإلكتروني الدولي بين أحكام القانون الوطني ومتطلبات التدويل، مذكرة لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون اقتصادي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، سعيدة، 2013-.2014

5- أ. محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت دراسة مقارنة رسالة ماجستير ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن ، 2009.

الفهـــــــــــرس

الفهرس

مقدمة.....أ

المبحث التمهيدي: تمهيد للعقد الالكتروني

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني 1

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني 1

الفرع الثاني: التعريف الوارد في القوانين المقارنة..... 2

الفرع الثالث: التعريف الوارد في المواثيق الدولية 3

أولا: التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية 3

ثانيا: التعريف الوارد في الوثائق الأوربية 4

المطلب الثاني: خصائص العقد الالكتروني..... 5

الفرع الأول: العقد الالكتروني هو عقد مبرم بوسيلة الكترونية 5

1- التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة..... 5

2- التعاقد عن طريق شبكة الانترنت.....6

الفرع الثاني: العقد الالكتروني هو عقد مبرم عن بعد..... 7

الفرع الثالث: يغلب على العقد الالكتروني الطابع التجاري 8

المطلب الثالث: تميز العقد الالكتروني عن العقود المشابهة..... 8

الفرع الأول: التميز من حيث أسلوب التعاقد 9

أولا: العقد الالكتروني والعقد التقليدي..... 9

ثانيا: العقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التليفون أو الفاكس 10

ثالثا: العقد الالكتروني والتعاقد بواسطة التليفزيون أو الوسائل المماثلة.....11

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من عقود البيئة الالكترونية.....12

أولا: العقد الالكتروني وعقد إنشاء المتجر الالكتروني 12

ثانيا: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت 13

الفصل الأول: مجلس العقد الالكتروني

المبحث الأول: مفهوم مجلس العقد وحكمته. 16

المطلب الأول: تعريف مجلس العقد 17

الفرع الأول: دليل وجود نظرية مجلس العقد 17

الفرع الثاني: المقصود بمجلس العقود 18

الفرع الثالث: تمييز مجلس العقد عن المرحلة السابقة عليه 21

المطلب الثاني: حكمة مجلس العقد الالكتروني وأنواعه 22

الفرع الأول: حماية مجلس العقد للمتعاقدين والغير 23

الفرع الثاني: حماية مجلس العقد للتعاقد ذاته 24

المطلب الثالث: أنواع مجلس العقد الالكتروني 24

الفرع الأول: مجلس العقد الحقيقي 25

-1 المقصود بمجلس العقد الحقيقي 25

-2 شروط مجلس العقد الحقيقي 25

الفرع الثاني: مجلس العقد الحكمي"التعاقد بين غائبين" 27

-1 تعريف مجلس العقد 28

-2 شروط مجلس العقد الحكمي 29

الفرع الثالث: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني 31

المبحث الثاني: زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني 34

المطلب الأول: وقت إبرام العقد الالكتروني 36

الفرع الأول: النظريات التي تنحاز للموجب له 37

أولا: نظرية إعلان القبول 37

-1 مضمون النظرية.....37
-2 أساس النظرية.....37
-3 آليات إعمال النظرية في إطار العقد الالكتروني.....37
-4 تقييم النظرية.....38
-5 موقف التشريعات من هذه النظرية.....38
ثانيا : نظرية تصدير القبول.....40
-1 مضمون النظرية.....40
-2 أساس النظرية.....40
-3 آليات إعمال النظرية في إطار التعاقد الإلكتروني.....40
-4 تقييم النظرية.....41
الفرع الثاني : النظريات التي تنحاز لصالح الموجب.....42
أولا : نظرية استلام القبول (نظرية وصول القبول).....43
-1 مضمون النظرية.....43
-2 أساس النظرية.....43
آليات إعمال النظرية في إطار العقد الإلكتروني.....43
-3 تقييم النظرية.....45
-4 موقف التشريعات من النظرية.....45
ثانيا : نظرية العلم بالقبول.....46
-1 مضمون النظرية.....46
-2 أساس النظرية.....46
-3 آليات إعمال النظرية في إطار العقد الإلكتروني.....47

4- موقف التشريعات من النظرية 48
مزايا الجمع بن أكثر من نظرية لتلافي أوجه القصور وتعظيم أوجه التمييز لكل منهما 52
المطلب الثاني : مكان إبرام العقد الإلكتروني 52
الفرع الأول : موقف التشريعات العربية 53
الاتجاه الأول : الإبرام في مكان إعلان القبول 53
الاتجاه الثاني : الإبرام في مكان العلم بالقبول 54
الفرع الثاني : موقف تشريعات المعاملات الإلكترونية 57
أولا: موقف قانون الأونيسترال النموذجي 57
الفرع الثالث : القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية في التشريع الجزائري.....60

الفصل الثاني: آثار مجلس العقد الالكتروني

المبحث الأول: الإيجاب الالكتروني.....67
المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الالكتروني.....67
الفرع الأول: تعريف الإيجاب الالكتروني.....68
الفرع الثاني : صور الإيجاب الالكتروني.....70
أولا- الإيجاب عبر البريد الالكتروني.....70
ثانيا: الإيجاب عبر شبكة المواقع 71
ثالثا: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة المباشرة 73
الفرع الثالث: خصائص الإيجاب الالكتروني.....73
المطلب الثاني: الشروط التعاقدية للإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد.....75
الفرع الأول: المعلومات العامة.....75

أولا: تحديد هوية الأطراف المتعاقدة..... 76
ثانيا: حماية المعطيات الشخصية..... 77
ثالثا: تحديد المسؤولية..... 78
الفرع الثاني: الشروط التعاقدية..... 78
أولا شكل الإيجاب..... 78
ثانيا مضمون الإيجاب..... 81
الفرع الثالث: الإيجاب الالكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد..... 82
المطلب الثالث: حرية الموجب في العدول عن الإيجاب..... 85
الفرع الأول: حكمة منح الموجب الحق في الرجوع عن الإيجاب..... 85
الفرع الثاني: تعريف خيار العدول وشروطه..... 87
أولا: تعريف خيار الموجب..... 87
ثانيا: شروط خيار العدول عن الإيجاب..... 88
ثالثا: النطاق الشخصي لخيار الموجب..... 90
رابعا: أثار ممارسة خيار الموجب..... 93
المبحث الثاني: القبول الالكتروني..... 94
المطلب الأول: مفهوم القبول الالكتروني و طرق التعبير عنه..... 94
الفرع الأول: تعريف القبول الالكتروني وخصائصه..... 95
أولا: تعريف القبول الالكتروني..... 95
ثانيا: خصائص القبول الالكتروني..... 96
الفرع الثاني: طرق التعبير عن القبول الالكتروني..... 98
الفرع الثالث: صلاحية السكوت للتعبير الالكتروني عن القبول..... 102

المطلب الثاني: حرية الموجب له في قبول الإيجاب أو رفضه..... 103
الفرع الأول: تعريف خيار القبول و حكمته..... 104
أولا: تعريف خيار القبول..... 104
ثانيا: حكمة خيار القبول..... 105
الفرع الثاني:موقف التشريعات من خيار القبول..... 106
أولا:موقف القانون المدني المصري..... 106
ثانيا: موقف التشريعات العربية الأخرى..... 107
الفرع الثالث: شروط مباشرة خيار القبول..... 109
المطلب الثالث : اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني..... 112
الفرع الأول : التوافق على المسائل الجوهرية..... 112
الفرع الثاني:عدم تطابق صيغ الإيجاب و القبول الالكتروني..... 115
خاتمــة.....ز