جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية-

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنت

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في **الحقوق**

تخصص القانون الخاص الشامل

من إعداد الطالبتين:

إبقديدن سليمة

حمداش وردة

تحت إشراف الدكتور:

بهلولي فاتح

أعضاء لجنة المناقشة:

الأستاذة سعدون كريمة---------- رئيسة

الأستاذ بهلولي فاتح ، أستاذ محاضر قسم ب ،جامعة بجابة ---------- مشرفا ومقررا

الأستاذة لحضيري وردة----------ممتحنة

تاريخ المناقشة: 2017/09/17

{قُلِ اللهمَّ مالِكَ الْمُلْكِ تُؤْتِي الْمُلْكَ مَنْ تَشاءُ وَتَنْزِعُ الْمُلْكَ مِمَّنْ تَشاءُ وَتُعِزُّ مَنْ تَشاءُ وَتُذِلُّ مَنْ تَشاءُ بِيَدِكَ الْخَيْرُ إنك عَلى كُلِّ شَيْءٍ قَدِيرٌ (26) تُولِجُ اللَّيْلَ فِي النَّهارِ وَتُولِجُ النَّهارَ فِي اللَّيْلِ وَتُخْرِجُ الْحَيَّ مِنَ الْمَيِّتِ وَتُخْرِجُ الْمَيِّتَ مِنَ الْحَيِّ وَتَرْزُقُ مَنْ تَشاءُ بِغَيْرِ حِسابٍ (27)}

سورة آل عمران

الاية26-27

كلمة الشكر

الشكر لله العلي العظيم الذي لا إله سواه الذي بفضله وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع

الشكر والتقدير إلى أستاذي الفاضل الدكتور بهلولي فاتح الذي قبل الإشراف على هذه المذكرة، أسأل الله أن يجزيه كل الخير ويديم عليه الصحة والعافية.

نتقدم بالشكر والإمتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بمناقشة هذه المذكرة وإفادتهم بملاحظاتهم القيمة، ولهم منا تحية خاصة وخالصة.

وأخيراً فإن الشكر موصول لكل من مد يد العون والمساعدة من قريب أو من بعيد في إتمام هذا الجهد المتواضع.

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

روح والدي الذي توفاه الله قبل أن يراني على ما كان أن يراني عليه، رحمه الله وأسكنه فسيح جناته وإلى من غرست في صدري حب العلم والعطاء والعلو والهمة وتحدي الذات للوصول إلى المبتغى

أمي الغالية

إلى من ينتشي الفؤاد للقائهم أملا..... أخواتي ليلى، كريمة، حليمة، سهيلة.

وإخوتي أرزقي وزوجته وأبنائه بالخصوص مارية و أخي جمال، إلى من ساندني وقدم لي الدعم من قريب ومن بعيد وبالخصوص حبيبة، غانية، ذهبية.

إبقديدن سليمة

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى:

روح أبي الحنون رحمه الله وإلى أمي الغالية، أتمنى لها الصحة والعافية التي كانت سندا لي في الحياة.

إلى إخوتي محمود، عبد الرزاق، عبد الغاني، موراد، يحيى وإلى أسرهم الكريمة.

إلى أختاي فتيحة، كهينة وأسرتهما الفاضلة.

وإلى عائلتي الثانية زوجي الغالي نسيم وعائلته نبيل وميرة وأولادهم، سامية،عز الدين، توفيق

وإلى كل أصدقائي الأعزاء، سميرة، روزة، فتيحة، وسام، حبيبة، صبرينة، حنان، جيدة، هدى، ذهبية وإلى كل من ساعدني من قريب أو من بعيد لإنجاز هذا العمل.

شكرا للجميع.

حمداش وردة

قائمة المختصرات

باللغة العربية

ق. م .ج : القانون المدني الجزائري

ق. ت إ: القانون التجارة الالكترونية

ج . ر: جريدة رسمية

د. س. ن : دون سنة النشر

د. ط : دون طبعة

ص: صفحة

ص. ص: من صفحة... إلى الصفحة

مقدمة

لقد تخطت البشرية عبر تطورها الحضاري مرحلة الثورة الصناعية التي أحدثت تطورات مذهلة في مجتمعات إنسانية لم تقتصر على الجوانب الاقتصادية وحدها، وإنما امتدت إلى مجال العلاقات الاجتماعية والسياسية، تشهد منذ العقد الماضي إرهاصات « ثورة تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات » أو « الثورة المعلوماتية» أو « الثورة الرقمية» التي واكبها تطور في مجال وسائل الاتصال و تقنياتها المختلفة، وأحدثت زخما فكريا و معنويا غير مسبوق[1].

فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على التليفون و الفاكس و التلكس، ظهرت شبكة الانترنت سنة 1969 بالولايات المتحدة الأمريكية، وسرعان ما أصبحت الوسيلة المثلى للاتصالات ونقل وتبادل البيانات ويرجع ذلك إلى التقدم العلمي الهائل لشبكات الاتصال الرقمية التي أزالت الحدود الجغرافية، فأصبح العالم مجرد قرية صغيرة فربطت بين الشعوب المتباعدة[2].

وعلى ذلك فقد غيرت الانترنت عالم التجارة وما شملته من تعاقدات، ولم يقتصر دوره على تبادل المعلومات و البيانات، بل أصبح سوقا تجاريا كبيرا لتبادل جميع المنتجات والخدمات على اختلاف أنواعها وأشكالها.

وإثر هذا الواقع التقني الهائل كان لزاما على فقهاء القانون مناقشة ودراسة هذه العقود حتى يتم تكييفها تكيفا قانونيا سليم، ثم يأتي الدور بعد ذلك على المشرع لكي يقوم بتقنين وتنظيم هذه العقود الالكترونية[3].

ولأن التجارة عامة و التجارة الدولية خاصة تعد من أهم الأنشطة الإنسانية، فإنه من الطبيعي أن تبذل الجهود الكبيرة من أجل تنظيم هذا النمط الحديث من التجارة ونعني بها التجارة الالكترونية وذلك

1- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت « دراسة مقارنة»، الطبعة الاولى، د.ب.ن، 2009، ص.1.

2- لزهر بن سعيد، النظام القانوني للعقود التجارة الالكترونية، دار هومة، الجزائر 2012، ص 7.

3- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الالكترونية « دراسة مقارنة »، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص3.

من أجل وضع الأحكام العامة التي تنظم فيها هذا النوع من التجارة التي تتعرض إلى العديد من المخاطر، من قبل فرضه للمعلومات[4].

ولقد تباينت الاتجاهات في تحديد تعريف التجارة الالكترونية بين التعريف المحدد الذي يصفها أنها مجموعة من التبادلات التجارية عن طريق الشراء عبر شبكة الاتصالات وبين التعريف الموسع الذي يرى أن " التجارة الالكترونية تشمل كل استخدام تجاري لشبكات، بما فيها قيام الشركات بعرض منتجاتها على الخط".

وعرفتها منظمة التجارة العالمية بأنها مجموعة متكاملة من عمليات عقد الصفقات وتأسيس الروابط التجارية وتوزيع وتسويق وبيع المنتجات بوسائل الكترونية.

أما القانون النموذجي للأمم المتحدة « الاونيسترال» فلم يتضمن تعريف للتجارة الالكترونية حيث اكتفى المشرع الدولي بتعريف « تبادل المعلومات الالكترونية» الذي تشمل التجارة الالكترونية وورد هذا التعريف أنه « النقل الالكتروني بين جهازي كومبيوتر للبيانات باستخدام نظام متفق عليه لإعداد المعلومات».

والواقع يؤيد المعنى الموسع لمفهوم التجارة الالكترونية ، لأن ما يتم من تجارة الكترونية بين المشروعات بعضها بعض يؤيده تزايد نسبة التجارة بين الشركات متعددة الجنسيات وشبكة توابعها وفروعها في إجمالي التجارة الدولية[5].

بالفعل قد تم اعتماد هذا القانون بما هو مقرر في نصوصه القانونية من طرف معظم الدول الغربية اسبانيا، أمريكا... والدول العربية الأردن، البحرين، تونس، مصر، فلسطين... وفي نظرنا أهم ما يميز التجارة الالكترونية عن التجارة التقليدية هو الوسيلة التي تمر بها وعن طريقها، حيث

4- عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الالكتروني، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق،جامعة عين الشمس، قسم القانون المدني، القاهرة، 2009،ص 4.

5- إسماعيل عبد قطاف، العقود الالكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2005-2006 ، ص ص .5_6.

تتم من خلال بيئة الكترونية تستخدم فيها أحدث وسائل الاتصال وهي شبكة الانترنت، أين يظهر الاتجاه إلى الامتناع عن التعامل بالمستندات الورقية، والأخذ بنظام تبادل البيانات إلكترونيا.

ساعد التطور المستمر لتكنولوجيا معالجة ونقل المعلومات عبر الانترنت على إيجاد اتصال أكثر سرعة وإيجابية بين الأفراد في شتَى بقاع الأرض، وقد كان من الطبيعي في هذه البيئة التقنية أن إيصال التغيير سلوكنا وأن تتحول أنماط التعاقدات من النمط اليدوي (المادي) إلى النمط التكنولوجي (اللامادي) هذا التغيير في السلوك كأثر طبيعي لشيوع تكنولوجيا المعلومات كان السبب الرئيسي وراء انتشار طائفة جديدة من العقود المسماة والغير المسماة التي تبرم عن طريق الانترنت من خلال الحاسوب التي يطلق عليها تسمية العقود الالكترونية[6].

إن العقود الالكترونية تعتبر أحد صور التعاقد التي كان لها تأثير بالغ في نظرية العقد، الأمر الذي أثار التساؤل حول مدى قدرة القواعد العامة التي تنظم العقد في مراحله الثلاث، على استيعاب هذه الصورة الجديدة، أم أن الأمر يحتاج إلى التدخل من المشرع في الدول المختلفة لوضع قواعد جديدة تنظم هذه الصورة من التعاقد[7].

واجهت العقود الالكترونية بعض الصعوبات القانونية، مثل كيفية التحقق من شخصية المتعاقدين ومكان وزمان إبرام العقد، وتوثيق وتسجيل هذه التعاقدات وغيرها، وعند الولوج في هذه الإشكاليات نجد أن مسألة مجلس العقد الالكتروني لم يولى لها الاهتمام اللازم بها بالرغم من الفائدة التي توفرها على الصعيد العملي بالصفة العامة وعلى المعاملات التعاقدية بصفة خاصة، ولما كان العقد الالكتروني قوام التجارة الالكترونية أصبح يؤثر على مجلس العقد الالكتروني لأن هذا الأخير أضحى إبرامه بوسائل الكترونية وهو محل دراستنا واهتمامنا، ومن أهم المسائل القانونية التي تتطلب مناقشة قانونية في الوقت الراهن ما يتعلق بالأحكام العامة للتعبير عن الإرادة في مجلس العقد الالكتروني وذلك ما يتعلق بماهية العقد الالكتروني وأهم خصوصياته التي بها يتميز عن غيره من العقود وكيف

6- تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص ص 2-3.
7- عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 5.

يتم التعبير عن الإرادة في مجلس العقد الالكتروني، وهل من السهل تحديد هوية وأهلية الشخص المتعاقد وما مدى صحة وسلامة إرادة المتعاقد من العيوب التي قد تشوب هذه الأخيرة.

ونظرا لتباعد المكاني لأطراف التعاقد، فهذا يطرح العديد من الإشكالات على الصعيد القانوني عند إنشاء مجلس العقد عبر الانترنت، وتتمثل في تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني إن كان تعاقد بين حاضرين وهو مجلس عقد حقيقي أم أنه تعاقد بين غائبين فهو مجلس عقد حكمي.

بالإضافة إلى هذه المسائل نجد أن مسألة التعبير عن الإرادة عبر وسائل الكترونية أهم مسألة قانونية تثور إثر مجلس العقود الالكتروني وعلى الأكثر من ذلك كيف يتم تطابق الإيجاب والقبول في هذا المجلس خاصة أن بهذا التطابق يتحدد زمان ومكان إبرام العقد، وهي مسائل نظمتها التشريعات الدولية والداخلية في ترسانة قانونية خاصة.

ولما كانت هذه المسائل القانونية التي أقرتها المعاملات الالكترونية ذات التأثير الفعال على المجالات الاقتصادية والاجتماعية وبالأخص منها القانونية، ما دفعنا وحفزنا على دراسته ومناقشة ما إستطعنا منها في هذا الموضوع المتخصص وذلك من خلال تحليل الإشكالية التالية: هل يكفي أن يتطابق الإيجاب و القبول في مجلس عقد الإلكتروني حتى ينعقد العقد عبر الإنترنت؟

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا موضوع بحثنا هذا إلى فصلين الفصل الأول سنتناوله تحت عنوان الأحكام العامة للتعبير عن الإرادة في مجلس العقد الإلكتروني، أما الفصل الثاني سنعالج فيه تكوين الإرادة في مجلس العقد الالكتروني، منتهجين في ذلك أسلوب التحليلي الوصفي من خلال عرض نصوص التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية الأجنبية منها والعربية مع استقراء النصوص القانونية الجزائرية لتوضيح مدى احتضانها للتطور الذي يشهده العالم دون أن ننسى كل من الآراء الفقهية.

الفصـل الأول

الأحكام العامة للتعبير عن الإرادة في مجلس العقد الإلكتروني

استطاع التقدم العلمي و التكنولوجي تحقيق تطور مذهل في كافة مجالات الحياة وعمل على تسهيل حركة العلاقات بين الأفراد والدول وهذا بفضل استخدام الحاسب الآلي وشبكة الانترنت وإن هذا الغزو المعلوماتي مس المعاملات التي تتم بين أفراد المجتمع الواحد ككل أو تلك التي تتم بين فردين أو أكثر ، فهي أيضا لم تكن بمنأى من هذه التحولات الرقمية وبما أن العقد كان ولا يزال الصورة الشائعة لتجسيد التصرفات المبرمة بين الأشخاص فإنه أيضا تأثر بالتكنولوجيا الجديدة ، إذ أصبح يبرم بوسائل التكنولوجيا ووسائل الاتصال الحديثة ما أدى إلى ظهور العقود الالكترونية التي تبرم عن طريق وسائل الكترونية إما عبر الشبكة الدولية أو عن طريق البريد الالكتروني.

وفي بادئ الأمر واجهت هذه الأخيرة عدة صعوبات منها تحديد شخصية المتعاقدين والتحقق من إرادة المتعاقدين وسلامتها ومدى جدية هذا التعاقد فنتيجة لهذه الإشكاليات دفع العديد من الدول إلى إصدار قوانين تنظيمه وذلك بمحاولة تنظيم وضبط نصوص قانونية تتلاءم معه الأمر الذي سنبينه في(**المبحث الأول)** ماهية العقد الالكتروني.

يتساوى العقد الالكتروني مع غالبية العقود على قيامه على مبدأ الرضائية بحيث لا يلزم لانعقاده إلا بالتعبير عن إرادة التعاقد إلا أنه أهم ما يميزه عن العقد التقليدي أنه يتم التعاقد بوسائل اتصال الحديثة ويتم تبادل الإراديتين بأسلوب الكتروني من خلال شبكة الانترنت وهو ما سنحاول بيانه من خلال معالجة الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني(**المبحث الثاني).**

المبحث الأول

ماهية العقد الالكتروني

يعتبر العقد الالكتروني العصب الأساسي للتجارة الالكترونية والسبب في ذلك يرجع لسهولة إبرام هذه العقود التي تتم عبر وسائل الكترونية وفي هذا المبحث سنحاول تناول ماهية العقد الالكتروني من خلال بيان مفهوم العقد الالكتروني، ثم البحث عن أوجه الخصوصية فيه كونه يبرم في بيئة الكترونية لنحاول تمييزه عن ما يشابهه.

المطلب الأول

مفهوم العقد الالكتروني

إن تحديد مفهوم العقد الالكتروني يقتضي إعطاء تعريف ومدلول خاص، وكذا تمييزه عن بعض العقود الأخرى، وذلك بالتركيز على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، بالإضافة إلى الخاصية الأساسية التي يتمتع بها هذا العقد باعتباره من العقود التي تبرم عن بعد.

و نحن بدراستنا لمفهوم العقد الالكتروني سنتطرق إلى نقطتين أساسيتين هما تعريف العقد الالكتروني **(فرع الأول)** ثم نتعرض لخصائص ومميزات العقد الالكتروني **(فرع ثاني)**.

الفرع الأول

تعريف العقد الالكتروني

إن مسألة تعريف العقد الالكتروني أثار جدلاً واختلافا في وجهات النظر لإعطاء تعريف جامع له، ما أدى إلى ظهور اختلاف في مفاهيمه، وسنعالج هذا بعرض التعاريف التي تضمنتها التشريعات الأجنبية، ثم نعرض موقف التشريعات العربية، لنعرج النظر إلى مختلف التعاريف التي تطرق إليها الفقه.

أولا: التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

لقد ظهرت تشريعات عديدة للعقد الالكتروني سواء الواردة في التشريعات الخاصة ببعض الدول، أو التشريعات الواردة في القانون النموذجي للأمم المتحدة، أو تلك التعريفات التي تطرق إليها الفقهاء[8] وبصدد معالجتنا للتعريف التشريعي للعقد الالكتروني فأولا نعرفه وفقا للتشريعات الأجنبية، ثم يليها تعريفه وفقا لتشريعات العربية بعدها التعريفات التي جاء بها الفقه.

1-تعريف العقد الالكتروني على المستوى الدولي:

في هذا العنصر نركز على التعريف الذي تناوله قانون الأونسترال[9].

أ- تعريف العقد الالكتروني في القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية

بالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، نجد أنه قد اكتفى في المادة **2/أ** يعرف رسالة البيانات بأنها: « المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس».

أما الفقرة « ب » من نفس المادة فقد عرفت تبادل البيانات الالكترونية فنصت:« يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات الالكترونية من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات»[10].

8- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 40.

9- الأونسترال: هي لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة تظم في عضويتها غالبية دول العالم المتمثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية وغرضها الرئيسي تحقيق الإنسجام والتوائم بين القواعد القانونية الناظمة للتجارة الالكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيا في التعامل مع المسائل التجارية العالمية، وقد حقق الأونسترال العديد من الإنجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية لعام 1980 والاتفاقية الخاصة وغيرها بالتدعيم التجاري الدولي.

10- قرار رقم 51/162 الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 30 جانفي 1996 تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (A/20/51/162/1996).

يلاحظ أن العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم تعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة **2 أ و ب:**

"–نقل معلومات من كمبيوتر إلى آخر وفق لنظام موحد.

–الوسائل الالكترونية باستعمال قواعد عامة أو قياسية.

–النقل بالطريق الالكتروني لنصوص باستخدام الانترنت أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس و الفاكس" .

الواضح مما سبق أن الانترنت حسب هذا القانون ليست الوحيدة لإتمام عملية التعاقد عن بعد بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التلكس و الفاكس[11].

ب–تعريف العقد الالكتروني في قانون التوجيه الأوروبي:

نصت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك على أنه:« عقد متعلق بالسلع و الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال ـ التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحد أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام العقد»[12].

والتعاقد عن بعد وفقا للنصوص التوجيه الأوروبي هو "كل عقد يتم بين المورد و المستهلك في مجال البيع أو أداء الخدمات عن بعد بواسطة وسائل الاتصال المتعددة أيا كانت وسيلة الاتصال بما فيها التعاقد عبر شبكات الانترنت"[13].

11- مناني فراح، العقد الالكتروني وسيلة إثبات الحديثة في القانون المدني الجزائري، دار هرمة، الجزائر، 2009- أنظر أيضا مخلوقي عبد الوهاب، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية حقوق علوم سياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 54.

12- مناني فراح، مرجع نفسه، ص .28.

13- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية « دراسة مقارنة»، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية 2008، ،ص18.

كما تضمن التوجيه الأوروبي النص على حماية المستهلك سواء فيما يتعلق بإبرام العقد عن بعد أو فيما يتعلق بتنفيذه فقد ألزم التوجيه المهني بعدة التزامات منها التزام بإعلام المستهلك والالتزام بالمطابقة، كما أن التوجيه الأوروبي تعرض لحماية المستهلك من الاعتداء على الكارت المستخدم في الدفع[14].

ج_تعريف العقد الالكتروني في القانون التشريعي الفرنسي:

على صعيد القانون الفرنسي فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل وضع مفهوم لهذا النوع من التعاقد أين عرفت التجارة الالكترونية بأنها: « مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات و الإدارة».

يلاحظ من هذا التعريف أنه شامل للعقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، وكذلك العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، وجعل الوسائل التي تبرم بها شاملة لكل الوسائل الرقمية[15]. فإن المشرع الفرنسي فضل عدم تحديد وسائل الاتصال للتعاقد عن بعد تحسبا لما يتم اكتشافه من وسائل جديدة في المستقبل، وبالتالي فأي وسيلة اتصال جديدة تسمح أن تكون وسيلة للتعاقد[16].

2) تعريف العقد الالكتروني في التشريعات العربية:

حاولت مختلف التشريعات العربية التطرق إلى تعاريف عديدة للعقد الالكتروني، وهذا ما سنحاول تناوله من خلال العناصر التالية:

أ) تعريف التجارة الالكترونية في القانون التونسي:

صدر قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي لسنة 2000[17] الذي تضمن وضع القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الالكترونية، وقد نص هذا القانون على "أن العقود الالكترونية

14- شحاتة غريب الشلقامي ، مرجع سابق، ص 19.
15- عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 18.
16- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 20.
17- قانون رقم 83، مؤرخ في 09-08-2000 يتعلق بالمبادلات التجارة الالكتروني التونسي، الصادر بتاريخ 11-08-2000

يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

وقد وضع القانون التونسي المقصود ببعض المفاهيم فعرف المبادلات الالكترونية بأنها" المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية".

وأن التجارة الالكترونية هي عبارة عن" العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية، فالتجارة الالكترونية طبقا للتشريع التونسي هي عبارة عن العمليات التجارية التي تتم بواسطة الوسائل الالكترونية".

الواضح أن المشرع التونسي اكتفى بتعريف التجارة الالكترونية والمبادلات الالكترونية، لكنه لم يضع تعريفا صريحا للعقد الالكتروني.

فعندما نص في الفصل الأول من القانون رقم 83 لسنة 2000 أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع هذا القانون، فإنه أراد أن يحدد لنا أن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي فهو عبارة عن اتفاق بين طرفين أو تلاقي إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين[18]، كل ما في الأمر أن وسيلة التعاقد هي التي تختلف، فوسيلة التعاقد عن بعد تكون عبر شبكة الانترنت وهي الشبكة العالمية للمعلومات، ومنه نستنتج أن العقد الإلكتروني يختلف عن العقد الكتابي التقليدي من حيث وسيلة التعاقد[19].

ب) تعريف العقد الإلكتروني في القانون الأردني:

عرف المشرع الأردني العقد الإلكتروني بأنه: « الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونيا كليا أو جزئيا»[20].

فالمشرع الأردني عرف العقد الإلكتروني بالنظر لطريقة إبرامه الإلكترونية[21]، كما يظهر لنا أيضا

18- قانون رقم 83، مؤرخ في 09-08-2000 يتعلق بالمبادلات التجارة الإلكتروني التونسي، الصادر بتاريخ 11-08-2000 ، مرجع سابق.
19- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 26.
20- المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000.
21- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 41.

أن المشرع الأردني اهتم على عكس غيره من البلدان العربية بوضع تعريف صريح ومباشر من خلال النص المذكور أعلاه حيث حدد المقصود بالعقد الإلكتروني بأنه العقد المبرم عبر شبكة الانترنت فهو عقد كغيره من العقود التقليدية غير أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من خلال الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلاله، وهذا العقد ينضم إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد[22].

فيعد إصدار قانون المعاملات الإلكترونية في الأردن خطوة هامة في اتجاه انطلاق التجارة الإلكترونية وقد جاء ذلك متزامنا مع توقيع الأردن لاتفاقية التجارة الحرة مع الولايات المتحدة الأمريكية التي تضمنت بنودا خاصة عن التجارة الإلكترونية، حيث يكاد أن يكون المشرع الأردني المشرع العربي الوحيد الذي عرف مصطلح « **العقد الإلكتروني**» بشكل مباشر لكون العقد الإلكتروني من المصطلحات الحديثة ويمكن القول أن هذا التعريف جاء جامعا لكل التصرفات التي يمكن أن تبرم بالوسائل الإلكترونية[23].

ج) تمييزالعقد الإلكتروني عن المعاملات الإلكترونية في القانون الإماراتي:

عرف المشرع الإماراتي المعاملات الإلكترونية بأنها: « أي تعامل أو عقد أو إتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية»[24].

كما عرف التجارة الإلكترونية بأنها:« المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية».

يتضح خلال هاذين التعريفين أن المشرع الإماراتي لم يعرف العقد عبر شبكة الانترنت، وإنما عرف المبادلات التجارية التي اعتبرها تشمل العقد والاتفاقية التعامل الذي يتم إبرام أي منهم أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية واستلامها[25].

22- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 27.
23- المرجع نفسه، ص 60.
24- قانون رقم (2) لسنة 2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، صادر في دبي بتاريخ 12 فبراير/ إشباط 2002، دولة الإمارات العربية المتحدة.
25- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 47.

ثانيا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

لقد أورد الجانب الفقهي عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، ومنهم من حصره في العقد المبرم عبر الانترنت واشترط وسيلة اتصال مسموعة ونجد رأي مخالفا عرفه على أساس اعتباره ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد ومن هاتين النقطتين سنعرف العقد الإلكتروني من جانبه الفقهي:

1-التعريف الأول:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إلى إدراج عدة تعريفات للعقد الإلكتروني أهمها: « العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت». ويعاب على هذا التعريف أنه حدد وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الانترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس والفاكس والمنتيل في فرنسا[26].

ومنهم من عرفه على أنه: « اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل»[27]، حسب أنصار هذا الاتجاه العقد الإلكتروني هو الذي يتم بوسيلة مسموعة مرئية صادر من الموجب بشأن عرض معاملة بطريقة إلكترونية، على شبكة الاتصالات بقبول مطابق له صادر من الطرف الثاني وذلك بغرض إنجاز عمليته أو إبرام صفقة معينة[28] ،غير أن هذا التعريف حصر وسيلة التعاقد الإلكتروني في وسيلة واحدة هي التعاقد عن طريق الانترنت في حين أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية كالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني وفيه يكون التعبير عن الإرادة كتابيا ومع ذلك يعتبر عقدًا إلكترونيا[29].

26- مناني فراح، مرجع سابق، ص 22.أنظر أيضا خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني "دراسة مقارنة"، دط، دار الفكر الجامعي ، إسكندرية ، 2007،ص 23.

27المرجع نفسه، ص 23.

28- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، « دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي»، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 23.

29- مناني فرح، مرجع سابق، ص 23،أنظر أيضا ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، الرياض، ص 23.

2-التعريف الثاني:

استند أنصار هذا الاتجاه تعريف العقد الإلكتروني إلى أهم خاصية من خصائصه التي ينعقد بها وهي إبرام هذا الأخير عن بعد، وبدورهم أوردوا عدة تعاريف سنعالج التعاريف التي أتى بها الفقه الأمريكي واللاتيني:

أ- تعريف العقد الإلكتروني في الفقه الأنجلوسكسوني:

عرف الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني: « هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل»[30].

ب- تعريف العقد الإلكتروني في الفقه اللاتيني :

عرفه الفقه اللاتيني على أنه: « اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية أو يفضل التفاعل بين الموجب والقابل» ،وهذا التعريف ناقص ويعاب عليه أنه لم يوضح تلاقي الإيجاب المتمثلة في إنشاء التزامات تعاقدية[31].

وبناءا على ما تم ذكره من تعاريف العقد الإلكتروني يمكن تعريفه بأنه: « ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه ويرتب التزامات على عاتقهم»[32].

30- أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 22.- أنظر أيضا لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 42.- أنظر أيضا خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ،ص 73.
31- مناني فراح، مرجع سابق، ص 51.
32- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 43.

الفرع الثاني

خصائص ومميزات العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بالعديد من الخصائص التي تمييز عن غيره من العقود الكلاسيكية (التقليدية) أهمها أنه: من العقود التي تبرم عن بعد، وأنه مبرم بوسائل إلكترونية، وأنه ذو طابع دولي وأنه يغلب عليه الطابع التجاري.

ولدراسة هذه الخصائص سنتطرق إلى خصائص العقد الإلكتروني من حيث طريقة إبرامه، من حيث مجال ظهوره،و من حيث طبيعته القانونية وذلك كالآتي:

أولا: خصائص العقد الإلكتروني : من حيث إبرامه

يمتاز العقد الإلكتروني في طريقة إبرامه أنه يتم بوسيلة إلكترونية، كما أنه عقد يبرم عن بعد منه سندرس هاتين الخاصيتين كالآتي:

أ_ العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية:

إن أهم خاصية يمتاز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود الأخرى، هي أنه عقد يتم عبر وسائل إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة وتتمثل عادة في أنظمة الكمبيوتر بشبكات الاتصال الحديثة العالمية، حيث لا يمكن حصر هذه الوسائل في الوقت الراهن نظرا لارتباطها بالتطور التكنولوجي إلا أنه يمكن عرض أهم هذه الوسائل على النحو التالي[33]:

_الحاسب الآلي: الحاسب الآلي أو الحاسوب[34] هو أوسع الأجهزة انتشارا واستخداما في التعاقد عبر الانترنت.

33- مناني فراح، مرجع سابق، ص 37.

34- تعريف الحاسوب: « جهاز إلكتروني له القدرة على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها، وإجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة وبدقة متناهية.»

_التجهيزات الذكية: هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الانترنت وتبادل عمليات الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات.

_الهاتف المحمول: ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الانترنت وقد استخدمت الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية بخاصية تعرف ب WAP، وقد أدى إلى ظهور نمط جديد من التجارة تسمى بالتجارة الخلوية، ويرمز لها باختصار ب M-commerce[35].

ب_العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد:

الأصل في التعاقد هو حضور الطرفين في مكان واحد وزمان واحد أي في مجلس عقد واحد[36]، إلا أن العقد المبرم عن بعد هو ذلك التعاقد الذي لا يجمع بين المتعاقدين في مجلس عقد واحد ولا يكون بينهما اتصال مباشر، أي وجود فاصل زمني ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به، وصدور القبول وعلم الموجب به مهما كان الفاصل قصيرا[37].

ولما كان العقد الإلكتروني من العقود التي يتم إبرامها عبر شبكة الانترنت أي عن بعد وجب التمعن في بعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلا في القواعد العامة التي تنظم العقود الكلاسيكية التقليدية فالأمر يكون سهلا بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف الذي يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها:

استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد تلاقي الإرادتين، إذ يتم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.
_التحقق من مكان إبرام العقد.

35- مناني فراح، مرجع سابق، ص 47.
36- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 81.
37- بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص .42.

_إعتماد مجموع العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين[38].

بالإضافة إلى ما سبق ذكره تجدر الإشارة إلى أن اعتبار العقد الإلكتروني ضمن العقود المبرمة عن بعد، لا يعني أنه دائما تعاقد بين غائبين، كون أن التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد، الذي يكون افتراضيا في مثل هذه العقود، كأن يكون العقد المبرم عن بعد باستعمال وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة.

2_ خصائص العقد الإلكتروني من حيث ظهوره

يمتاز العقد الإلكتروني من حيث ظهوره بخصائص متعددة من بينها أنه ذو طابع تجاري و دولي ويظهر ذلك من خلال عرضنا لما يلي :

أ_العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري:

إن أغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت تتم عبر التجار[39]، لأن العقد الإلكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية، يطلق عليه تسمية «**عقد التجارة الإلكترونية**»، وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها: « تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية»[40].

ب_العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي:

يتسم العقد الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي وأنه عقد عابر للحدود، حيث تتم أغلب المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة من كافة أنحاء

38- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ص ص. 41-42.
39- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 102.
40- بشار محمد دودين، مرجع سابق، ص 75.

العالم فهذه العقود لا تتقيد بحدود الدول ولا تعترف بهذه الحدود، إلا أنه لا يمنع من قيام التعاقد عبر شبكة الانترنت بين أطراف ينتمون إلى دولة واحدة[41].

هذا ما أدى إلى ظهور أراء فقهية مختلفة حول الصفة الدولية للعقود الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للاتصالات، ولعل اختلافهم يكمن في مدى إمكانية توظيف العلاقات القانونية التي تبرم عن بعد والتي تتخطى الحدود الجغرافية للدول، ويمكن جمع هذه الآراء في اتجاهين هما:

الاتجاه الأول: تعترف نوعين من العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت ،الأول هي العقود التي يكون أحد أطرافها مقيما في دولة ومورد خدمات الاشتراك مقيما في دولة أخرى، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها و تحميلها عبر شبكة مقيما في دولة ثالثة، إذن هذه العقود هي عقود دولية أما النوع الثاني من العقود فهي التي تتركز فيها جميع العناصر السابقة في دولة واحدة فهذه العقود لا تثير إشكالية الطابع الدولي من عدمه.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه بأن الطابع الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أيا كان نوعها تأسيسا على أن الشبكة الإلكترونية ، تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة، ومن ثمة يصعب توطيد العلاقات لتوافر المعايير التي تستخدم في تحديد دولية العقود[42].

3_ خصائص العقد الإلكتروني من حيث طبيعته القانونية

يبرم عبر شبكة الانترنت العديد من العقود الإلكترونية من طرف مستخدمي هذه الوسيلة من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات، هذا ما يتطلب التمعن في تكييف هذه العقود إن كانت عقود إذعان تنعدم فيها حرية الأطراف للمشاركة في وضع بنود العقد، أم أنه من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة و التراضي بين الأطراف [43].

ومنه سوف نتطرق إلى ذكر سمات كلاهما عقد إذعان وعقد الرضائي فيما يلي:

41- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 101.
42- صبرينة قسنطيني حدة، مرجع سابق، ص ص 23-24.
43- أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع السابق، ص 16.

أ_ العقد الإلكتروني عقد إذعان:

تسبق عملية التعاقد عادة مرحلة تسمى مرحلة المفاوضات العقدية وتهدف هذه المرحلة إلى تبادل وجهات النظر بين طرفي العقد، وتدور هذه المفاوضات غالبا حول شروط تتعلق بتكوين العقد وصحته ونفاذه وكذلك تحديد الالتزامات المتولدة عن عملية التعاقد[44]، ونظرا لعدم اختلاف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي في تركيبه ومضمونه.

حيث نقصد بعقد الإذعان: « العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها».

بمقتضى هذا التعريف أن عقد الإذعان يستلزم أن تتوافر ثلاثة شروط مجتمعة وهي: أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية تمس مصلحة حقيقية، وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة، وأن تكون محل احتكار سواء محتكر وحيد، أو من عدد قليل من المحتكرين لهذه السلعة، الذين يقومون بتحديد سعر بيعها بالإضافة إلى شرط أن يسلم أحد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشة[45].

فإن العقود الإلكترونية يمكن أن تكون من عقود الإذعان إذا توافرت الشروط مجتمعة فإذا توافرت أحد الشروط أو بعضها دون البعض الآخر، فلا يكون ثمة عقد إذعان[46] يمكن أن نحصر خصائص عقود الإذعان فيما يلي :

_تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين التي لا يستطيع الاستغناء عنها أو يمكنه ذلك ولكن بصعوبة مثل: خدمات الماء والكهرباء ووسائل النقل وغيرها من الضروريات[47].

44- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 95.
45- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 48.
46- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 46.
47- خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق، ص 88.

_احتكار الموجب بهذه السلعة أو المرافق احتكارا قانونيا: مثل الامتياز المعطى لإحدى الشركات لتوزيع الغاز على المستهلكين. أو فعليا: كأن يجيز القانون تقديم الغاز من قبل أي شركة وفقا لشروط معينة ولكن لا توجد سوى شركة واحدة تتوافر فيها الإمكانيات اللازمة لذلك، بحيث لا يتعارض للمنافسة أو أن تكون منافسة محدودة النطاق.

_صدور الإيجاب إلى كافة الناس وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، أي لمدة غير محدودة فغالبا ما يكون بصيغة خطية أي نماذج عقود، فالمعيار الذي يميز عقد الإذعان عن غيره من العقود «هو استبعاد كل إمكانية لمناقشة شروطه»[48].

ب_ العقد الإلكتروني عقد رضائي:

إن عقد المساومة هو الذي يقوم التراضي فيه أساس الفعلية والقانونية بين أطرافه، بحيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه فيتم الاتفاق بينهم بعد التفاوض.

فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة، أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية فيكون عقد رضائي، حيث يتبادل الطرفين الآراء ووجهات النظر عبر الوسائل الإلكترونية ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه [49].

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له:

إن أهم خاصية التي يختص بها العقد الإلكتروني هي طريقة إبرامه، حيث يتم بوسائل إلكترونية وأنه ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، يختلف هذا النوع من العقود باختلاف وسائل الاتصال الحديثة .

48- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص ص 95-96.
49- خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق، ص. 88.

لذا يستوجب منا تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بحسب الطريقة التي ينعقد بها **(أولا)** والعقد الإلكتروني ليس الوحيد الذي يتم في البيئة الإلكترونية التي تحيط به، والتي من الممكن أن تلازمه وتكون الأساس التي يرتكز عليها لإتمام المعاملات، وعليه وجب تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية **(ثانيا)**.

1-تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود حسب طريقة التعاقد:

يتشابه التعاقد الإلكتروني مع العقود المبرمة عن بعد، إذ يتميز بكونه يتم عبر شبكة اتصال دولية وهي شبكة الانترنت، حيث يبرم بين متعاقدين لا يجمعهما نفس المكان، ما يضفي عليه الطبيعة غير المادية[50]، وانطلاقا على هذا سنحاول أن نميز العقد الإلكتروني عن بعض العقود المشابهة له فيما يلي:

أ) تمييز التعاقد الالكتروني عن التعاقد التقليدي:

لصحة العقد من الضروري توافر أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب وعلى ذلك فلا بد في كافة الأحوال من توافر الرضا الصحيح وتطابق الإيجاب مع القبول وأن يكون محل العقد وسببه قد استوفيا الشروط القانونية اللازمة. وبجانب ذلك فإنه يجب توافر أهلية التعاقد من جانب الطرفين وفقا لطبيعة العقد ووفقا لما إذا كان من أعمال الإدارة على أن خصوصية العقد الإلكتروني تتمثل في الوسيلة التي تستخدم في نقل إرادة كل طرف للآخر أو التعارض بشأن بنود العقد، ففي العقد التقليدي وبسبب توافر عناصر مجلس العقد الحقيقي يمكن لكل طرف أن يتأكد من شخصية الطرف الآخر ويتعرف على مدى جديته في التعاقد، كما يساعد التعاقد التقليدي أيضا على التعرف على محل التعاقد بسهولة.

50- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص. 92.

بينما قد لاتتوافر هذه الإمكانية بنفس الدرجة في التعاقد الإلكتروني[51]، إلى جانب ذلك يتميز العقد التقليدي بتحقق التواجد المادي للأطراف، فهو ينعقد بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان، أي يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس عقد واحد بالمواجهة [52].

ب) التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف:

يتميز جهاز التلفون أو الهاتف[53] بسرعة الاتصال، وسهولة الاستخدام ويكون التعاقد عن طريقه فوريا ومباشرا، حيث أن الإيجاب يعقبه مباشرة قبول من الطرف الآخر، وذلك في حالة الموافقة[54]، إلا أن ما يميز التعاقد بالهاتف هو أنه تعاقد شفوي قد يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب البائع في حالة عقد البيع مثلا يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد المشتري في موطنه. أما في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الانترنت فلا يحتاج الموجب في إبرام العقد إلى إصدار كتابي، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد عن طريق الضغط على عبارة "موافق" عن طريق لوحة مفاتيح المتصلة بالكمبيوتر، وأيضا في التعاقد الإلكتروني يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية المرسلة عن طريق الحاسب الآلي كما يمكن طباعتها والحصول على نسخة منها ويمكن خزن الرسائل والاحتفاظ بها في الجهاز بينما في التعاقد عبر الهاتف تكون الرسالة شفوية.

كما يختلف السعي إلى التعاقد الإلكتروني عن السعي إلى التعاقد عن طريق التلفون حيث يكون الغرض في السعي إلى التعاقد الإلكتروني في الغالب للعملاء على وجه العموم بينما الغرض في السعي للتعاقد عبر الهاتف يكون موجه لشخص معين ومحدد بالذات فهو لا يتسم بالعمومية [55].

51- مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الإلكتروني في إطار التعاقد عبر الانترنت، « دراسة مقارنة»، دار النهضة العربية،القاهرة، 2008، ص ص 44،45.

52- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 92.

53- الهاتف هو جهاز بواسطته نتمكن من التكلم الفوري والمباشر عن طريق الأسلاك والموجات التي تربط المرسل بالمستقبل، ولأن المحادثة الهاتفية شفهية وجب تسجيلها على شريط أو أية وسيلة أخرى لكي تأخذ شكل ثابت.

54- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 61.

55- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص، 92-93.

ج) تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق التلفزيون:

يعرف البعض التعاقد بواسطة التلفزيون بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتوج بواسطة التلفون أو المنيتل تاليا على عرض المنقول بواسطة وسائل الاتصال السمعية المرئية «**التلفزيون**».

وإذا كان التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يتشابهان كون أن الرسائل المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء إذ تتم بصوت وصورة، ولكن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون بواسطة الإذاعة المرئية المسموعة، وما يميز هذا الإعلام أنه وقتي سرعان ما يزول لأنه لا يستمر إلا خلال مدة الإذاعة فقط ، وللحصول على تفاصيل أكثر يكون من خلال الاتصال مع الشركة عن طريق التلفون أو المنتيل.

الإعلام في التعاقد الإلكتروني يكون قائما طوال اليوم خلال أربعة وعشرين ساعة يكون الاستعلام عن طريق تصفح صفحات الموقع على الانترنت كما أن التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبر التبادل الإلكتروني للبيانات، أو بالضغط على عبارة الموافقة بواسطة لوحة مفاتيح الكمبيوتر الخاص بالعميل، ويمكن أن يكون بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الإلكتروني عن القبول.

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون، فلا يوجد إمكانية للتجاوب أو مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الإلكتروني الذي يتميز بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف العقد، كما يتيح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الإلكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية [56].

56- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق ، ص ص 94- 95.

د) التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتلكس:

يختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس في التواجد المادي للورقة والمستند فالرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس أو التلكس يتميز بالتواجد المادي للوثيقة الورقية، لهذا فإن هذا النوع من الرسائل لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها على الورق، في حين أن التعاقد الإلكتروني يتصف بطبيعة غير المادية حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية مصحوبة بتوقيع الأطراف، بل تكون مثبتة على دعامة إلكترونية.

ومن جهة أخرى فإنه من السهل التأكد من أصل وصحة رسائل الفاكس عن الرسائل الإلكترونية لأن الأصل ثابت على دعائم ورقية، كما يستطيع مكتب التعارف على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل [57].

ه) تمييز العقد الإلكتروني عن التعاقد بالكتالوج:

يعتبر الكتالوج[58] عنصر جوهري ووسيلة أساسية في التعاقد، حيث يتم عرض الموجب لمنتجاته وبيان مواصفاتها وأثمانها وتوزيعها على العملاء، كما يتخذ الكتالوج شكلا ورقيا كتابيا، فيتكون من بيانات مكتوبة وصور ورسومات لمنتجات والخدمات المعروضة، كما يمكن أن يكون في صورة شرائط فيديو أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة.

حيث يعد التعاقد عن طريق الكتالوج تعاقدا بين غائبين بواسطة المراسلة، لذا يتفق مع التعاقد الإلكتروني في وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب واقترانه بالقبول، أي يتفقان أنهما يبرمان في مجلس عقد افتراضي، إلا أنهما يختلفان في طريقة التعبير عن الإرادة بالقبول، ففي التعاقد عن طريق

---

[57] خالد ممدوح إبراهيم ،مرجع سابق، ص 95.

[58]- الكتالوج هو وسيلة من وسائل البيع التي تكون إما على شكل نماذج ورقية تحتوي على كتابات ورسومات وصور توضيحية للمعروضة للبيع، وإما تكون على شكل صور فيديو أو أسطوانات كمبيوتر مضغوطة، أو على شكل إلكتروني معروض على مواقع شبكة الانترنت.

الكتالوج يكون التعبير عن القبول بملأ الطلبية أو الاستمارة المرفقة به ثم يتم إرسالها عبر البريد العادي بينما القبول في التعاقد الإلكتروني يتم بالتعبير عن القبول بطرق إلكترونية [59].

2- تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية:

العقد الإلكتروني أو عقود التجارة الإلكترونية ليست هي الوحيدة التي تبرم في البيئة الإلكترونية كون هناك عقود أخرى تتم في هذا المحيط متصلة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه بحيث تكون هي الأساس يرتكز على هذا العقد وبالتالي يمكن القول بأن العلاقات العقدية المختلفة التي تنشأ لتحقيق عقد التجارة الإلكترونية دون أن تكون محلا له ويطلق عليها البعض عقود الخدمات الإلكترونية ويقصد بهذه العقود الخاصة بتقديم خدمات الانترنت للمستفيدين.

منه سوف نتناول بإيجاز هذه الطائفة من العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني واللازمة لوجوده في الغالب [60].

أ – تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيواء

عقد الإيجار أو عقد الإيواء، يلتزم مقدم خدمة الانترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستعمالها في تحقيق مصالحه، ويحدث ذلك من خلال منح انتفاع المشترك بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية كتخصيص مساحة القرص الصلب أو شريط المرور أو ماكينة التعامل مع الجهاز ويتبين أن عقد الإيواء يعد بمثابة عقد إيجار أشياء وليس نوع من عقود المقاولة [61].

59- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 96-97.
60- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص ص51-52.
61- محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 33.

ب – تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الدخول إلى الشبكة

يعرف عقد الدخول إلى الشبكة بأنه: « تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية يكون موضوعه السماح للطرف الآخر بالانتفاع واستخدام شبكة الانترنت، من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تكمن

استخدام من دخول الشبكة، من خلال جهاز المودام،[62] والخط الواصل معه لربط المودام بجهاز الحاسب و الأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الانترنت عليه»[63].

ج – تمييز العقد الإلكتروني عن الإيجار المعلوماتي

هو بمثابة عقد يتم بين المورد للمعلومات والعميل الذي يستفيد منها، وهو عبارة عن عقد مقاولة لأنه يرد على تقديم خدمة معينة للعميل، فهذا الأخير يتفق مع المورد على السماح له بالدخول إلى قاعدة بيانات معينة من خلال كود أو رقم معين حتى يتسنى له الحصول على المعلومات التي يريد الحصول عليها. وعلى المورد أن يبذل أقصى جهده بهذه في تسيير الحصول على المعلومات والبيانات التي يرغب في الحصول عليها العميل، كما أن علم المورد أن يقدم النصح والإرشاد حتى يتمكن العميل من الحصول على أفضل خدمة، ومثال ذلك كأن يتفق شخص مع مورد بأن يسمح له بالحصول على الأحكام القضائية الموجودة في بنك المعلومات أو قاعدة البيانات التي يملكها من خلال رقم سري معين وبمقابل محدد بين الطرفين[64].

62- يقصد بالمودام: الجهاز الإلكتروني المستخدم للربط بين جهاز الحاسب الآلي وشبكة الانترنت يعمل على تحويل الإشارات المرسلة من خلال الشبكة لتظهر على الشكل الذي يتم مشاهدته على شاشة الحاسب الآلي وتبادل البيانات من خلالها عبر هذه المراسلات.

63- محمد فواز المطالقة،الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية ، دط ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2010 ، ص 50.

64- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 70.

د – تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء متجر إفتراضي:

يعرف المتجر الافتراضي بأنه: « صفحة أو أكثر على شبكة الويب التي يمكن الرجوع إليها عبر شبكة الانترنت، وتدرج تحت اسم مجال المركز الافتراضي، والذي من خلال يضمن التاجر عرضه». حيث يعد عقد إنشاء المتجر الافتراضي من عقود التجارة الإلكترونية، ويطلق عليه البعض عقد المشاركة، وأنه العقد الذي يصبح بمقتضاه المتجر أو البوتيك الافتراضي مشاركا في المركز التجاري الافتراضي، الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد.

حيث يتضمن هذا العقد شروطا تهدف إلى تنظيم سير النشاط التجاري الذي يتم بالمركز التجاري الافتراضي، وتنظيم الرقابة على محتويات المتجر واحترام الأعراف التجارية وتنظيم إبرام العقود. وتكمن هذه الشروط في نوعان، شروط عامة تخضع لها كل المتاجر للمشاركة في المركز التجاري كتحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتقديم بيان مفصل للمنتجات والسلع المعروضة، وصورها الدقيقة وتحديد اللغة التي يتم بها العرض، وتحديد الأسعار بوضوح، مع بيان الضرائب ونفقات الشحن ومواعيد التسليم.

أما الشروط الخاصة التي تتعلق بكل متجر على حدى وهي عبارة على نظام داخلي يكفل السير الحسن للمتجر [65].

هـ – تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء الموقع:

يعرف موقع الويب أنه: « خدمة تقدم عبر شبكات الاتصال المتعددة ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة الأصوات والمعالجة بلغة كمبيوتر خاصة تسمى لغة HTML»[66] .

وهو عبارة عن العقد الذي يتم بين مقدم الخدمة وبين العميل، حيث يعتبر هذا العقد من المقاولة وموضوعه هو إنجاز عمل يتعلق بأداء خدمة معلوماتية [67].

65- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص ص. 54-55.
66- حروف HTML هي اختصال كلمة Hype Text Markup Language.
67- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 103.

المطلب الثاني

ضرورة التعبير عن الإرادة الإلكترونية في مجلس العقد

أول أمر يثيره ركن الرضا في أي عقد هو التعبير عن إرادة الأطراف في التعاقد، والتعبير عن الإرادة في التعاقد عبر الإنترنت له طرق متعددة وهي كالآتي:

الفرع الأول

طرق التعبير عن الإرادة الإلكترونية

تتعدد طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، فقد يتم التعبير عن الإرادة إلكترونيا عن طريق البريد الإلكتروني E-mail ، أو عن طريق موقع الانترنت Web site، أو عن طريق المحادثة أو ما يسمى بنظام التخاطب عبر الانترنت وسندرسها على النحو التالي:

أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني

يعد التعبير عن الارادة عبر البريد الإلكتروني صورة من صور التعاقد عبر الانترنت حيث يتم تبادل الرسائل الإلكترونية من خلالها بين المتعاقدين حتى يتم انعقاد العقد [68].

ويعد البريد الإلكتروني من أكثر الطرق الفنية استخداما لإبرام العقود الإلكترونية ويعود ذلك إلى كونه وسيلة سهلة للتواصل عبر الانترنت خاصة بين التجار وعملائهم اللذين وجدوا فرصة غير مسبوقة لاستمرار التواصل بدون عناء [69].

حيث تتم عملية التعاقد وتبادل الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني وإرسال رسالة إلكترونية إلى من يرغب في التعاقد معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط أو بنود التعاقد وكافة البيانات

68- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة"، دارالجامعة الجديد ، إسكندرية ،2008، ص 76.
69- محمد المرسي زهرة ، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، 2006الإسكندرية ،،ص 50.

المتعلقة به. ومنه يتضح أن البريد الإلكتروني يختلف عن البريد العادي من عدة نواحي فهو من جهة يستحيل فحصه وضبطه، مقدما كما هو الحال في البريد العادي ومن جهة أخرى فإن الرسالة الإلكترونية تصل فور إرسالها خلاف البريد العادي الذي يستغرق عدة أيام [70].

ثانيا: التعبير عن الإرادة الإلكترونية عبر شبكة مواقع(الويب)

يمكن أن يعبر عن الإرادة الإلكترونية عبر مواقع الويب بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة، فقد يتم التعبير عن الإرادة بالضغط على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي أو بالضغط بالمؤشر– الفأرة– في الخانة المتخصصة لذلك في صفحة الويب.

كما يمكن أيضا التعبير عن الإرادة باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت فهناك إشارات تدل على الرضا مثل:

>: هذا يعني وجه مبتسم

وهناك إشارات تدل على الرفض مثل:

<: هذا يعني وجه غاضب [71].

حيث تعتمد الكثير من الشركات إلى عرض سلعها وخدماتها على شبكة المواقع (web) وتقوم بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل سعرها ومواصفتها، ويكون ذلك في موقع خاص بالشركة وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث عن السلعة أو الخدمة التي يريدها عن طريق استخدام الرمز الذي يساعد في الوصول إلى هذه السلعة أو الخدمة، وعند اقتناعه بها وبالشركة العارضة لها، وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة أو باستخدام الإشارات إما بالرضا أو الرفض التي لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أنها صادرة من جهاز كمبيوتر إلا أنها تعتبر عن إرادة الأطراف وليس عن إرادة كمبيوتر لكونه أداة صماء [72].

70- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 130.

71 مناني فراح ، مرجع سابق ، ص 68.

72- أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص 48.

ثالثا: التعبير عن الإرادة عن طريق غرفة المحادثة

يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة (IRC)[73]التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة بالطبع، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة (IRC)، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزئين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الثاني من صفحة البرنامج، وتوفر هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين [(74)].

ويتم التعبير عن الإرادة عن طريق التفاعل المباشر بالصوت فقط، أو بالصوت والصورة حيث سمحت التكنولوجيا للأفراد التفاعل المباشر عبر شبكة الانترنت من خلال تبادل العبارات الشفوية كما لو كان الأطراف المتعاقدة يتحدثون هاتفيا [(75)].

الفرع الثاني

عراقيل التعبير عن الإرادة في مجلس العقد

إن أساس انعقاد العقود بمختلف أنواعها سواء العقود العادية التي تبرم بالطرق التقليدية من جهة، أو العقود التي تبرم عن بعد من جهة أخرى، تثير صعوبات عديدة ومختلفة تؤثر على صحة الإرادة وانعقاده.

التأكد من شخصية المتعاقد الآخر، ووسيلة التحقق من هويته (**أولا**)، ومن ثم كيفية التحقق من سلامة إرادته من العيوب (**ثانيا**) .

[73] IRC إختصار كلمة"INTERNET REPLY CHATH"

[74]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 132.

[75]- سامح عبد الواحد التهامي ،مرجع سابق ، ص. 89.

أولا: صعوبات تحديد هوية الشخص المتعاقد إلكترونيا

لايختلف فقهاء القانون المدني والشريعة الإسلامية في أن مناط أهلية الأداء هو تمييز العقل، فالعقد القاصر تثبت به أهلية أداء قاصرة، والعقل الكامل تثبت به أهلية الأداء كاملة [76].

إن التأكد من هوية الشخص ومن توفر شرط الأهلية سهلة التحقق منه في ظل المعاملات التقليدية لأنها تتم في مجلس عقد حقيقي ومن المعروف أن الهوية تثبت من خلال بطاقة التعريف الوطنية، التي تصدر من تحت رقابة الإدارة المختصة فتتحدد فيها جميع البيانات الخاصة بالشخص، لكن في المعاملات الإلكترونية يصعب التدقيق ومعرفة هوية المتعاقد لأن في شبكة الانترنت كما هو متعارف عليه تتيح للشخص اختيار البيانات التي يختارونها هو من هوية، اسم غير حقيقي بلد غير حقيقي، بلد غير البلد الموجود فيه، عنوان وهمي، وناهيك عن بيانات آخرى غير معروفة [77].

ولذلك يعتبر تحديد الهوية الحقيقية للمتعاقدين في العقد الإلكتروني مسألة مهمة، حيث يسعى كل منهما إلى معرفة الشخص الآخر معرفة حقيقية، وهذا ما يستدعي إجراء التحقيقات بصورة فنية دقيقة عن الطرفين المتعاقدين تحقيقا للأمان والطمأنينة والثقة المتبادلة في المعاملات الإلكترونية [78].

وفي هذا الصدد استنجد القانون بالتكنولوجيا التي ابتكرت التوقيع الإلكتروني واعتمدته معظم التشريعات[79]، كوسيلة تضمن تحديد هوية الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الانترنت، إضافة إلى بطاقة الدفع البنكية للمشتري، جهات التصديق الإلكتروني، ونعرضها كالتالي:

76- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 72.

77- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني، « دراسة مقارنة»، أطروحةمقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص. 33.

78- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص .84.

79- حيث نص القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 التوقيع الإلكتروني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبط به منطقيا يجوز أن تستخدم كتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، ولبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات الإطلاع على هذا القانون على الموقع www.unicitral.org.stuble/m/elecrig-a-daf.

1 – التوقيع الإلكتروني:

التوقيع الإلكتروني يتشكل من مجموعة إشارات أو رموز مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع، ومرتبطة ارتباطا وثيقا بتصرف القانوني، تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته وتتم دون غموض عن رضاها بهذا التصرف القانوني[80]إما أن يتم باستخدام الخواص السلوكية أو الجسدية للشخص وذلك لتمييزه وتحديد هويته وهذا ما يسمى التوقيع البيومتري، وإما أن يتم نقل التوقيع المحرر بخط اليد عن طريق التصوير بالماسح الضوئي إلى الملف الذي يراد إضافة هذا التوقيع إليه لأعضائه الحجية اللازمة عبر شبكة الانترنت وهو ما يسمى التوقيع بالقلم الإلكتروني، أو أن يتم على مجموعة أرقام أو حروف يختارها من صاحب التوقيع يتم تركيبها وترتيبها في شكل كود معين ويكون معلوما إلا من طرفه ما يعرف بالتوقيع الرقمي [81](5)

2 – البطاقة البنكية:

تعد بطاقة الدفع البنكية أهم وسيلة تحديد هوية الشخص عبر شبكة الانترنت، فيها يتم تخزين جميع البيانات والمعلومات الخاصة به، من اسم ولقب وعنوان وجنسية وسن، بما في ذلك بيانات خاصة بالبنك، وغالبا ما تكون من ردة تقنية تهدف لحماية البيانات التي بداخلها التزوير [82].

3 – جهات التصديق:

يلجأ المتعاقدون عبر الوسائل الاتصال الحديثة إلى الاستعانة بوسيط إلكتروني، يتمثل في طرف ثالث محايد يسمى جهات التصديق أو سلطات الإشهار، مهمتها تنظيم العلاقات بين أطراف العقد الإلكتروني بالتأكيد من هوية الطرفين وأهليتهم القانونية، ثم إصدار شهادات مصادق عليها تتضمن كافة المعلومات حول أطراف العقد الإلكتروني [83].

80- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 156.
81- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص ص. 157-195.
82- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص. 127.
83- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 80.

نستنتج أن العقد الإلكتروني مثله مثل العقود العادية، لا ينعقد صحيحا ما لم يتم تحديد أطرافه تحديدا دقيقا، خصوصا اسم وهوية الشخص المتعاقد، وأهليته القانونية [84].

ثانيا: عيوب الإرادة الإلكترونية

لكي يكون رضا المتعاقدين صحيحا يجب أن يصدر من طرف ذو أهلية كاملة وأن لا تكون مشوبة بعيوب الإرادة فإذا كان الرضا غير صحيح كأن يصدر الإرادة كغلط أو التدليس أو الإكراه أو استغلال فإن العقد يكون قابلا للإبطال [85].

ولا شك أن عيوب الإرادة في مجال العقد الإلكتروني تستوعبها القواعد العامة، إلا أن البيئة التي ينعقد فيها تؤثر بدرجات متفاوتة على القواعد القانونية التقليدية[86] ، سنتناول عيوب الإرادة مع تطبيقها على العقود الإلكترونية كالتالي:

1 – عيب الغلط:

الغلط هو: « وهم يقوم في الذهن يحمل على الاعتقاد بصحة أمر على خلاف حقيقته، وما كان لشخص أن يبرم العقد لو أدرك الحقيقة» [87].

غير أنه عند تطبيقه في مجال العقود الإلكترونية كثيرا ما يقع الشخص في الغلط بسبب العرض الناقص للمنتوجات، ذلك أن يكون العرض غير واضح، أو أن يكون غير متضمن لوصف السلع أو الخدمات مما يؤدي إلى الوقوع في الغلط بشأن المنتوج المعروض عبر شبكة الانترانت [88]، لذلك ألزم توجيه الأوروبي رقم 2000–31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 منه بأن يقوم مقدم

84- مناني فراح، مرجع سابق، ص 53.
85- نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون، « نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الإلتزام»، منشأة المعارف، الإسكندرية ، 2001، ص 308.
86- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص. 132.
87- نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود، مرجع سابق، ص. 308.
88- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص. 100-101.

الخدمات بعرض الخدمة على المتعامل بالتفصيل الدقيق حتى يتمكن من فهم المعطيات الإلكترونية الأمر الذي يجنبه الوقوع في الغلط [89].

غير أن المشكل يبقى مطروح إذا ما تغير العرض أم تم تعديله في وقت لاحق ففي هذه الحالة يصعب إثبات الغلط أي إثبات أن العرض كان ناقصا، لذا يجب تسجيل كل بيانات العرض في دعامات إلكترونية بطريقة تسمح بحفظها واسترجاعها عند الضرورة، أو الاستعانة بوسيط يوثق مثل هذه المعاملات [90].

2 – التدليس:

يعرف التدليس بأنه: « اللجوء إلى الحيلة والغش بقصد إبهام المتعاقد بغير المتعاقد بغير الحقيقة لحمله إلى التعاقد، فقوام التدليس هو التظليل والخداع ولو كان مدركًا للحقيقة لما أبرم العقد»[91]. والوسائل الاحتياطية في العقد الإلكتروني لها معنى أوسع وتطبيقات جديدة وأساليب مختلفة نظرا لقدرة المحتالين على إختراق النظام المعلوماتي للشبكة وغالبا ما يكون على شكل حكايات وإعلانات إلكترونية كاذبة ومظلة عبر شبكة الانترنت، أو نشر معلومات غير صحيحة، أو الوعد بالرسالة الإلكترونية بصفات وهمية أو معطيات خاطئة من شأنها تظل الطرف المتعاقد، لاسيما أمام عدم إمكانية فحص تعيين المنتوج [92].

ولتجنب الوقوع في هذه المشاكل وجب استحداث مواقع متخصصة على شبكة الانترنت يتمثل دورها في التحذير وتقديم النصيحة لحماية الطرف الضعيف الأقل خبرة [93].

89- المرجع نفسه، ص. 101.
90- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص. 84.
91- نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود، مرجع سابق، ص. 316.
92- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014، ص . 146.
93- بشار محمد دوين، مرجع سابق، ص 135.

3 – الإكراه:

يعرف الإكراه بكونه رهبة تقوم في نفس الشخص تدفعه للتعاقد ولم يكن يقبله لو كانت إرادته حرة [94] والإكراه بهذا المفهوم يصعب تصوره في مجال العقد الإلكتروني لأنه غالبا ما يتم بعرض المنتجات على شبكة الانترنت كما أن أطراف العقد فيه لا يتواجدون ماديا، أي في نفس المكان لذا لا يمكن إجبار شخص على الدخول إلى موقع معين أو فتح بريده لإرسال رسالة معينة [95]، إلا أنه قد يقع الإكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب الاحتكار بحيث يسيطر أحد المنتجين على أحد المنتجات مما يدفع المستهلكين إلى التعاقد معهم نظرًا لإنفراده بالسيطرة على هذا المنتوج فيضطر المتعاقد إلى إبرام العقد بالرغم من الشروط المجحفة وخوفا لتهديد مصالحه الاقتصادية [96].

وعموما في مجال تطبيق عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت، يمكن القول بأنه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة في العقود التقليدية المبرمة في العالم المادي ذات درجات متفاوتة مقارنة بتطبيقها في العقود الإلكترونية لا يعني التقليل من أهمية هذه النظرية في البيئة الإلكترونية وإن إختلاف الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد لا يغير من الطبيعة الجوهرية للعقد والقواعد التي يقوم عليها في العالمين المادي والافتراضي [97].

المبحث الثاني:

الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

إن فكرة تعريف مجلس العقد الإلكتروني صاغها الفقه الإسلامي باهتمام وعناية، وأخذت التشريعات العربية هذه التعاريف كالتشريع المدني المصري والقانون المدني الأردني إذ كانت هي الأخرى لم تعالجها باهتمام خاصة ما تعلق بالتعاقد الإلكتروني[98]، وكان الهدف من تحديد فكرة

94- المرجع نفسه، ص 157،- أنظر أيضا نبيل إبراهيم سعد وهمام محمد محمود، مرجع سابق، ص. 319.
95- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص. 86، أنظر أيضا لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص. 108.
96- لزهر بن سعيد ، مرجع سابق ، ص 108، _أنظر أيضا إلياس ناصف، مرجع سابق، ص. 135.
97- بلقا سم حامدي، مرجع سابق، ص 180.
98- أمانح رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت ، الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر ، عمان ، 2002، ص 146.

مجلس العقد هي تحديد المدة الزمنية التي يصح أن تفصل بين الإيجاب والقبول حتى يتمكن من كل من عرض عليه الإيجاب في القبول أو الرفض هذا من جهة ومن جهة أخرى حتى لا يتضرر الموجب بإبقائه مدة طويلة دون الإجابة على عرضه[99]، غير أن الإشكالية المطروحة في العقد الإلكتروني هي خاصيته أنه يبرم عن بعد.

ونحن بدراستنا لطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني ندرس نقطتين أساسيتين هما ماهية مجلس العقد الإلكتروني **(المطلب الأول)**، لنعرج النظر لدراسة صور مجلس العقد الإلكتروني من جهة أخرى (**المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

ماهية مجلس العقد الإلكتروني

إن الخصوصية التي يمتاز بها العقد الإلكتروني قد مست كل جانب من جوانب هذا النوع من العقود بما فيها مجلس العقد الذي أصبح بدوره مجلس عقد إلكتروني، ونظرًا للرسائل المتاح استعمالها في هذا النوع من العقود في ظل التباعد المكاني لطرفي التعاقد، فقد حاول الفقهاء أيضا في هذا الشأن بيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني إذا كان تعاقد بين حاضرين أو بين غائبين.[100]

وعليه سوف نحاول دراسة مفهوم مجلس العقد الإلكتروني (**الفرع الأول)** كما سنعمل على تحديد عناصر مجلس العقد الإلكتروني وحكمته (**الفرع الثاني)**.

99- أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص31.

100- بولمعالي زكية، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير، فرع العقود المسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر، يوسف بن خدة، 2012- 2013، ص 12.

الفرع الأول

مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

سنتعرف على مفهوم مجلس العقد الإلكتروني بعرض مختلف الآراء الفقهية سواء متعلقة بالتعاريف التي أوردها الفقه الإسلامي من جهة، مع بيان آراء الفقهاء المعاصر من جهة أخرى.

أولا:تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي

المجلس هو إصطلاح شرعي يقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، كونها منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وينقضي مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من طرف أحد المتعاقدين أو كلاهما كما يعتبر العقد منفضًا إذا إنشغل أحدهما عن التعاقد.[101]

يقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان ووحدة الزمان بمعنى أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة ، وقد أخذ مذهب الحنفي بالمفهوم الضيق لمجلس العقد واعتبر أن أي تغيير في مكان أحد المتعاقدين ولو كان يسيرًا ينهي المجلس حيث أن وقوف القابل للتعبير عن قبوله بعد أن يصدر الموجب إيجابه وهما جالسان، ثم وقف من وجه إليه الإيجاب وقال قبلت لا يؤدي إلى انعقاد العقد **(102)**.

لقد وجهت عدت إنتقادات لهذا الراي لكونه مبالغ فيه ، و لا يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية ، خاصة منها مبدأ الرضائية في التعاقد لذا فقهاء الحنابلة و الملكية أن مجلس العقد يظل قائما حتى ينفذ بالمفارقة الجسدية ، أو بأي قول أو فعل يدل على رغبة المتعاقدين في فض المجلس.

101- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص ص 155- 156.
102- إلياس ناصف، مرجع سابق، ص 106.

ثانيا: تعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف مجلس العقد بأنه: « مكان وزمان التعاقد الذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقض بانتهاء الانشغال بالتعاقد»([103])، يفهم من هذا التعريف أن مجلس العقد يمنح للمتعاقدين مهلة كافية للتفكير والتدبر في شأن التعاقد، ومن هنا تتجلى أهمية مجلس العقد فللطرفين الحق في التراجع عن إرادتهما طالما أنهما لم يلتقيا، فيثبت للموجب حق خيار الرجوع عن إيجابه ويثبت للقابل خيار الرجوع عن قبوله، طالما لم ينتهي المجلس وهو ما يعرف بخيار المجلس.[104]

كما يشمل هذا التعريف صورتين مجلس العقد الحقيقي الذي يتحقق حالة التعاقد بين حاضرين ويتوفر بشأن التعاقد التقليدي، والمجلس العقد الحكمي الذي يخص حالة التعاقد بين غائبين التي يندرج ضمنها العقد الإلكتروني، هذا ما سنتطرق إليه في(**المطلب الثاني**).

تناول المشرع الجزائري مجلس العقد من خلال نص المادة 64 من ق م ج التي تنص على: « إذا أصدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، وإن الموجب يتحدد من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر الهاتف أو بأي طريق مماثل" ([105]).

بالتمعن في نص المادة المذكور أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق غلى تعريف مجلس العقد ، ولكنه تحدث عن أحكام القبول ، حيث أوجب الفورية وعدم التراخي و أورد إستثناءا على هذه القاعدة من خلال ما ورد في الفقرة الثانية من نفس المادة وهو جواز التراخي في القبول و ذللك في حالة ما إذا كان مجلس العقد لم ينفض بعد ولا زال الطرفان منشغلان بأمر العقد و لم ينصرف إلى أمور أخرى غير التعاقد، كما إعتبر التعاقد عبر الهاتف أو بأي جهاز مماثل يأخذ حكم التعاقد ما بين حاضرين([106]) . بالرجوع إلى العقد الإلكتروني نجد أن مكان مجلس العقد هو مكان إفتراضي

---

[103]- المرجع نفسه، ص ص 106-107

[104]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص .284.

[105] أمر رقم 75_58 مؤرخ في 26_09_1975 يتضمن ق م ج ، ج ر عدد 78 لسنة 1975 ، (معدل و متمم) .

[106]- بولمعالي زكية ، مرجع سابق ، ص 18.

، لأنه يتم في فضاء إلكتروني ([107]) ، وقد إنقسم الفقه بخصوص تعريف العقد الالكتروني إلى ثلاثة آراء :

الرأي الأول : التعاقد عن طريق شبكة المعلومات يعد بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان ، فهو يعتبرتعاقد بين حاضرين لإنعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به فيعد تعاقد بين غائبين من حيث المكان شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلات[108]

الرأي الثاني: يرى أن التعاقد عبر الإنترنت تعاقد بين غائبين لأن التعاقد بهذه الوسيلة يكون بالكتابة بين المتعاقدين ذلك عن طريق إستخدام جمل أو عن طريق الصوت أو الصورة أو الكتابة فهو في جميع هذه الحالات تعاقد بين غائبين.[109]

الرأي الثالث: يرى هذا الرأي ان التعاقد عبر الإنترنت تعاقدا بين حاضرين إذا كان كل من المتعاقدين في المكان غير مكان الآخر إلا أنهما ما دام منشغلان في موضوع التعاقد دون أن يشغلهما عنه شاغل وكان الإتصال واقع بينهما مباشرة عبر الإنترنت بحيث يسمع أو يرى أحدهما الآخر مباشرة كون أنه لا يوجد أي فاصل زمني بين صدور الإيجاب و القبول ، فالعقد ينعقد لحظة النقر على ايقونة القبول ، أو طباعة عبارة يفهم منها القبول .([110])

[107] مرزوق نور الهدى ، مرجع سابق ، ص 157.
[108] باسم محمد سرحان إبراهيم ، مجلس عقد البيع بين النظرية و التطبيق ، الطبعة الأولى ، دار النفائس للنشر و التوزيع ، نابل 2011، ص186.
[109] عبد الفتاح محمد الكيلاني ، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت ، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، 2011 ، ص53.
[110] باسم محمد سرحان إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 187.

الفرع الثاني

عناصر مجلس العقد الإلكتروني والحكمة منه

قد اختلفت الأنصار الفقهية في تصوير مجلس العقد في الفقه الإسلامي، فنجد أن المذهب الحنفي ينظر إليه على أنه وحدة مكانية مادية بينما يتجه جمهور الشافعية والحنابلة إلى اعتبار مجلس العقد وحدة معنوية يضل مجلس العقد قائما مادام الطرفان لم ينشغلا بشاغل.[111]

سنحاول من خلال هذا الفرع عرض هذه العناصر لبيان لاحق حكمة مجلس العقد الإلكتروني.

أولا: عناصر مجلس العقد الإلكتروني

سوف نتطرق إلى درا سة مجلس العقد الإلكتروني باعتبا ره وحدة مكانية من جهة، ومن جهة أخرى يعد وحدة معنوية.

1 – مجلس العقد الإلكتروني وحدة مكانية:

الحنفية يصورون مجلس العقد على أنه وحدة مكانية مادية فالإيجاب والقبول عندهم يجب أن يصدر في وحدة مكانية ثابتة فإن ثبت فاصل بين الإيجاب والقبول يسقط الإيجاب وينقض المجلس.[112]يتضح أن فقهاء الحنفية يصورون أن مجلس العقد وحدة مادية، فالإيجاب والقبول عندهم يجب أن يصدر في وحدة مكانية ثابتة فإذا ما فصل بين الإيجاب والقبول تغير في هذه الوحدة، فسقط الإيجاب ينفض المجلس كما لو مشي المتعاقدين بعد الإيجاب فهنا مجلس العقد يتغير لأن الإيجاب صدر في مكان والقبول وقع في مكان آخر ولما كان بين الإيجاب والقبول فارق مكاني سقط الإيجاب، لقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي كونه مبالغ فيه كثيرًا ولا يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية خاصة منها مبدأ الرضائية[113].

111- باسم محمد سرحان ، مرجع سابق ، ص 50.
112- مرزوق نور الهدى ، مرجع سابق ، ص 156 .
113 ، باسم محمد سرحان إبراهيم ، مرجع سابق ،ص 41.

2– مجلس العقد وحدة معنوية:

تزعم هذا الإتجاه جمهور الفقهاء منهم المالكية والشافعية والحنبلية مجلس العقد بأنه وحدة معنوية وأن مجلس العقد يضل قائما حتى ينقض بالمفارقة الجسدية، أو بأي قول أو فعل يدل على رغبة المتعاقدين في فض المجلس.[114]

يصور هذا الاتجاه مجلس العقد وحدة معنوية بحيث يظل مجلس العقد فيها قائما ما دام الطرفان لم ينشغلا بما يقطعهما وهذا ينأى بنا التصوير المادي الذي أضفاه الحنفية على مجلس العقد.[115]

إن اعتبار مجلس العقد بأنه وحدة معنوية لا يعني إغفال أنه وحدة مكانية، فمجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدين ويبدأ من وقت صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدين متصرفين إلى التعاقد ولم يبدوا إعراض من أي منهما فإن أظهر إعتراض من أحدهما فقد ينفض مجلس العقد وإن قام أحدهما وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب فقط ينفض مجلس العقد، أما إذا انفض مجلس العقد دون قبول سقط الإيجاب ولا يجوز بعد ذلك للمتعاقد الآخر أن يقبله وإن فعل عد قبوله إيجاب مبتدءًا لابد من قبول المتعاقد الأول في مجلس الإيجاب المبتدأ.[116]

ثانيا: حكمة مجلس العقد الإلكتروني

تعمد نظرية مجلس العقد على تحقيق مصلحة المتعاقدين والغير، كما ساهم في حماية العقد حيث تضمن استقراره وبالتالي استقرار التعاملات القانونية وهذا ما سنتطرق إليه فيما يلي:

1 – حماية مجلس العقد للمتعاقدين والغير:

لاشك أن الأخذ بنظرية مجلس العقد من شأنه صياغة مصالح المتعاقدين وإن ذلك الأمر واضح سواء بالنسبة للموجب أو القابل، فمن حيث حماية فكرة مجلس العقد لمصالح الموجب، فإن مجلس

114- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق ، ص. 156.
115- باسم محمد سرحان، مرجع سابق، ص. 47.
116- المرجع نفسه ، ص47.

العقد يسمح له العدول عن الإيجاب أو الرجوع فيه وذلك متى وجد بعد التدبر والتفكير أن مصلحته تقضي الرجوع عن هذا الإيجاب متى توافرت شروط خيار العدول، ويظل هذا الخيار قائما طالما لم يصدر القبول المطابق لهذا الإيجاب بعد.

من جهة 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 ضمنيا كحالة الإيجاب غير مقترن بمدة زمنية معينة. ومن جماع ما تقدم نجد أنه بأعمال نظرية مجلس العقد ووضع ضوابطها الدقيقة تحقق مصلحة الموجب وتدفع عنه الضرر.

أما من حيث حماية الموجب له من خلال نظرية مجلس العقد فإن ذلك يتحقق من خلال منحه مدة كافية للتدبر واتخاذ القرار المناسب بشأن التعاقد وصولا إلى إبرام العقد من عدمه[117].

2 – حماية مجلس العقد للتعاقد ذاته:

فضلا عن تحقيق نظرية مجلس العقد لمصلحة الطرفين والغير وأنها تحمي أيضا مصلحة العقد ذاته وتؤدي لاستقرار المعاملات، ويتحقق ذلك من خلال تحديد مكان وزمان إبرام العقد وكذلك تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر النزاع الناشئ عن العقد، ومن جهة أخرى فإن نظرية مجلس العقد هي التي تضمن عدم انقضاء فترة طويلة بين صدور الإيجاب والتعبير عن القبول وارتباطهما، فبدون هذه النظرية سيظل الإيجاب معلقا لفترة طويلة ولا تستقر المعاملات، أو يجبر القابل على التعبير عن إرادته فورًا ودون تفكير أو مراجعة لقراراته التعاقدية. وعلى ذلك فإنه بدون تطبيق النظرية لا يكون ممكنا تطابق الإيجاب والقبول وبالتالي يصبح من المستحيل إبرام العقد[118].

117- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص .61.
118مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 62.

العقد يتم ولو لم يصدر القبول فورًا، إذا لم يوجد ما يدل على الموجب قد عدل عن إيجابه من الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد»[119]، بالتمعن في نص المادة المذكورة أعلاه، نجد أن المشرع الجزائري لم يتطرق إلى تعريف مجلس العقد، ولكنه تحدث عن أحكام القبول حيث أوجب الفورية وعدم التراخي، وأورد استثناء على هذه القاعدة من خلال ما ورد في الفقرة الثانية وهو جواز التراخي في القبول وذلك في حالة ما إذا كان مجلس العقد لم ينفض بعد ولازال الطرفان منشغلين بأمر العقد ولم ينصرف إلى أمور أخرى عبر التعاقد، كما اعتبر التعاقد عبر الهاتف أو بأي جهاز مماثل يأخذ حكم التعاقد ما بين حاضرين[120].

المطلب الثاني

صور مجلس العقد الإلكتروني

يصبو المتعاقدان في مجلس العقد الوصول إلى إبرام العقد عن طريق التراضي فيما بينهما، لأن الرضا جوهر العقد، إذ لا يكفي لحصول التراضي أن يتوافر إيجاب وقبول، وإنما لابد من أن يرتبط أحدهما بالأخر، ولا يتحقق هذا إلا إذا اقترن القبول بالإيجاب، حالة كون الإيجاب قائما لم يسقط فإن كان قد سقط لسبب أو الآخر فإنه لا يحصل ارتباط القبول بالإيجاب ومن ثم لا يقوم العقد، لذلك جاءت فكرة إعتبار مجلس العقد حقيقي **(الفرع الأول)**، أم اعتباره حكميا **(الفرع الثاني)**[121].

119- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26-09-1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج .ر.ج ج عدد 78، الصادر بتاريخ 1975، معدل ومتمم.
120- بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص 18.
121- محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، « دراسة مقارنة»، دار الكتب القانونية، إسكندرية، 2009، ص 113.

الفرع الأول

مجلس العقد الحقيقي

يقصد بمجلس العقد المتعاقدين في مكان واحد، فيكونان على اتصال مباشر، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة باعتبارهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضا، وإما بانفضاضه دون رد[122].

حيث يصدر الإيجاب والقبول في مجلس العقد بين حاضرين في مكان واحد سواء كان المتعاقدين وجها لوجه في بيت أو مسجد أو صحراء أو سفينة أو سيارة أو يمشيان، أو كانا متباعدين بحيث يسمع كل منهما الآخر أو يراه بحيث لا يلتبس عليه صوته أو صورته، وكذا في زمان واحد يمتد من صدور الإيجاب ويبقى ما دام المتعاقدان منصرفين ولم يظهر أي إعراض من أحدهما[123].

أولا : المقصود بمجلس العقد الحقيقي

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه: « المجلس الذي يكون المتعاقدين حاضرين فيه يقينيا معا». ويعرفه البعض أيضا بأنه: « المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يظلا على اتصال مباشر وبالتالي يسمع أحدهما كلام الآخر حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما شاغل»[124].

ثانيا: شروط مجلس العقد الحقيقي

لكي نكون بصدد مجلس العقد الحقيقي فإنه يجب توافر عدة عناصر أو شروط، وتعد هذه العناصر في ذات الوقت بمثابة ضمانات لتحقيق الاتصال الفعال بين الإيجاب والقبول الذي يؤدي لانعقاد العقد على النحو المنصوص قانونا وأهم هذه الشروط تتمثل فيما يلي:

122- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية التراضي التعبير عن الإرادة "دراسة مقارنة"، الطبعة الآولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان،2014، ص 147.

123- باسم سرحان إبراهيم، مرجع سابق، ص 190.

124- مصطفى احمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 82.

1_الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس:

حتى يبدأ المجلس الحقيقي فإنه يتعين تواجد كلا من الطرفين فعليا (جسديا) في مكان انعقاد ذلك المجلس، ويستوي في ذلك أن يحضر الطرفان لمقر المجلس في وقت واحد أو أن يحضر أحدهما قبل الآخر.[125]

كما رأينا سابقا أن مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد على اتصال مباشر وهو الذي يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضا، وإما بانفضاضه دون رد.[126]

بمعنى آخر فإن النطاق المكاني للمجلس يجب أن يتيح لكلا منهما أن يرى الآخر ويسمعه دون أية عوائق والغاية من اجتماع المتعاقدين في مكان واحد هو أن يرى طرف نظيره ويسمعه ويفهم ما يصدر عنه من تعبير عن الإرادة، فسماع والعلم بإرادة الطرف الآخر « هما أساس الاتصال بين الإرادتين ويمكن من تحقق الموافقة بينهما».

2_ أن يتم العلم بالإيجاب لحظة صدوره:

إن صدور الإيجاب وعلم الموجب له به يتحققان في ذات المكان ونفس الزمان بحكم وجود المتعاقدين معا، على أنه وجوب فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره، فلا يوجد ما يمنع من إنقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب والعلم به والرد عليه فعلى سبيل المثال: أن يكون قد صدر بلغة غير التي يفهمها الموجب له فيحتاج الأمر عندئذ لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن التعاقد وهو على بينة من أمره[127].

125- محمد أحمد أبو عمرو،مرجع سابق، ص ص 82-83.
126- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 83.
127- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 83.

الفرع الثاني

مجلس العقد الحكمي « التعاقد بين غائبين»

خلافا لمجلس العقد الحقيقي فإن مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن الحزم بالإتحاد الفعلي لمجلس العقد كما أنه يفصل أحد المتعاقدين عن الآخر مئات الأميال وعندئذ تثور فكرة مجلس العقد الحكمي كمقابل فكرة مجلس العقد وهو ما يحقق مرونة نظرية مجلس العقد ويضمن شمولها. وتكمن أهمية هذه الصورة من صور مجلس العقد الإلكتروني كذا مختلف صور التعاقد بوسائل الاتصال سواء التقليدية منها أو الحديثة، ضمن المسلم به أنه يتم اللجوء لهذه الوسائل في التعاقد بغية التغلب على بعد المسافات التي تفصل بين الأطراف حيث أنها تفك العوائق في سبيل إبرام العقد، والواقع أن الأخذ بفكرة مجلس العقد الحكمي أو الافتراضي هو الذي يرفع صعوبات التعاقد عن المتعاقدين وييسر عليهم ويحقق مصالحهم.

أولا: مفهوم مجلس العقد الحكمي

في هذا العنصر سوف نتطرق إلى المقصود بمجلس العقد الحكمي يليه في ذلك تبيان أهم شروطه وذلك كالأتي:

1_المقصود بمجلس العقد الحكمي

يعرف جانب من الفقه مجلس العقد الحكمي(الإفتراضي) بأنه: « ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه». وبعبارة أخرى فإن مجلس العقد الإلكتروني هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد يتم التعبير عن الإرادة بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكات الاتصال الحديثة.

ففي مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها الإتحاد الفعلي لمجلس العقد[128].

128- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 87 وما يليها.

بما أن التعاقد بين غائبين لا يكون فيه المتعاقدين في مكان واحد، بل في مكانيين مختلفين، قرية أو مدينة أو حتى دولة أخرى فإن هذا التعاقد يتميز بوجود فترة زمنية بين الإيجاب وبين القبول، كما لو أوجب تاجر في الجزائر يبيع بضاعته بإرسال رسالة إلى تاجر في باريس مثلا. سواء كانت الرسالة عن طريق رسول أو عن طريق بريد، أو عبر شبكة الإنترنت، وعند وصولها إلى الموجه إليه الإيجاب فإما أن يوافق التاجر المرسل إليه فينعقد العقد، أو لا يوافق على هذا الإيجاب فلا ينعقد العقد ويسقط الإيجاب[129].

2_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 وزمان وصوله إلى علم الموجب له والعكس.

منه سنبين الميزة التي تتميز بها هذه الصورة من صور مجلس العقد من خلال الشروط التالية:

الشرط الأول: وجود الإيجاب والقبول وتوافر وسيلة لعلم الطرف الآخر

وجوب صدور الإيجاب أو القبول وفقا لما هو منصوص قانون، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصل الإيجاب. إذ يتم نقل الإيجاب والقبول بوسائل الاتصال وأهمها الإنترنت، وذلك من أجل التغلب على التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد، فبدون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة وبدون هذه الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين وبالتالي فإن العقد لا ينعقد، ومن البديهي أن كل متعاقد حين يعبر عن إرادته فإنه يقصد وصولها لعلم الآخر ويكون منتظر لرد الأخير بغية إتمام التعاقد[130].

129- أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص ص 36_37.
130- مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص ص. 91-92.

الشرط الثاني: أن يظل المتعاقدين منشغلان بالتعاقد

يجب أن يظل الموجب على إيجابه بحيث لا يصدر عنه ما يوحى عدوله أو إعتراضه عنه،كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتما بأمر التعاقد وأن لا يشغله شاغل آخر، وعلى سبيل المثال: إذا اتصل جزائري بمصري عن طريق الإنترنت وعرض عليه أن يبيعه منزلا بالقاهرة فبدأ الأخير يسأل عن مساحة المنزل ثم إنحرف بالحديث إلى أحوال المصريين ومشكلة رغيف الخبز ...الخ فإن العقد لا ينعقد لأن أحد الطرفين إنشغل عن مواصلة الاهتمام بأمر التعاقد وهذا يعني أنه لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمي.

وكذلك تجدر الإشارة إلى ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما، فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة فليس هناك مشكلة أما إذا لم يحددها الموجب فإن القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية، يتولى تحديدها على ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهمية محله وعليه فإذا أرسل الموجب رسالة عبر البريد الإلكتروني E-mail للموجب له تتضمن إيجابا محددا وساريا لمدة أسبوع فإن القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة، وإذا صدر ذلك بعدة مدة فلا ينعقد العقد[131].

[131]- المرجع نفسه، ص 93.

الفصل الثاني

تكوين العقد في مجلس إلكتروني

تقضي القواعد العامة في القانون المدني على أن العقد ينعقد لحظة تبادل شخصان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين قانونا و المقصود من ذلك هو أن يصدر من شخص إيجاب بغرض إبرام عقد معين فيصدر من الشخص الآخر تعبير مطابق له يدعي القبول و لما كان العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية فانه بالضرورة يخضع لإرادة توافق الإيجاب بالقبول إلا أن خصوصية الوسيلة التي يبرم من خلالها العقد الإلكتروني تطرح تساؤلا عن كيفية تلاقي إرادة الطرفين في هذه البيئة الافتراضية ما سنبينه في (المبحث الأول)تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

و لما كان العقد الإلكتروني يبرم بين حاضرين في الزمان غائبين في المكان نظرا لانعقاده عبر تقنيات الاتصال الحديثة كان لابد من ذلك تحديد لحظة التقاء القبول بالإيجاب، و إن كانت هذه الأخيرة تثير صعوبات في تحديدها في العقد التقليدي فان الأمر معقدا أكثر في الإلكتروني و هو ما سنحاول التطرق إليه في (المبحث الثاني) زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني .

المبحث الأول

تطابق الإرادتين في مجلس العقد الإلكتروني

لا تكفي الإرادة أو التعبير عنها لانعقاد العقد، إذ لابد من تلاقي إرادتين و توافقهما على إحداث أثر قانوني لإتمام انعقاد العقد، و هاتان الإرادتان هما الإيجاب و القبول.

و نتطرق في هذا المبحث إلى الإيجاب الإلكتروني **(المطلب الأول)**، و القبول الإلكتروني **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول

الإيجاب الإلكتروني

يتطلب الإلمام بالإيجاب الصادر بواسطة شبكة الانترنت التطرق لمفهوم الإيجاب الإلكتروني(الفرع الأول) ثم نتعرض إلى بعض المسائل القانونية المتعلقة بالإيجاب الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم الإيجاب الالكتروني

يعد الإيجاب أول عناصر الرضا اللازمة لانعقاد العقد، فهو نقطة البداية الذي يؤسس عليه العقد، فلا بد من صدور إيجاب من أحد المتعاقدين واقترانه بقبول من المتعاقد الآخر ، و لفهم الإيجاب الالكتروني كتعبير عن الإرادة نتعرض تعريف الإيجاب الالكتروني(**أولا**)، ثم كيفية تمييزه عن ما يشابهه (**ثانيا**).

أولا: تعريف الإيجاب الالكتروني

من حيث الأساس لا يختلف الإيجاب الالكتروني عن الإيجاب التقليدي، فهو تعبير عن إرادة شخص على آخر يعرض التعاقد معه، و يمكن استنتاج تعريف الإيجاب التقليدي بطريقة غير مباشرة من خلال نصوص قانون المدني الجزائري وفقا لما نصت عليه المادة **60 /1من ق. م. ج** و التي تنص: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لايدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه"[132].

و عليه يعرف الإيجاب في العقد التقليدي أنه:"العرض الصادر من شخص يعبر به عن وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث ما إذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[133]

---

[132]عمر خالد زريقات، عقد التجارة الإلكترونية (عقد البيع عبر الانترنيت، دراسة تحليلية)، الطبعة الأولى ، دار الحامد، الأردن، 2007، ص 116.

[133] نبيل إبراهيم سعد و همام محمد محمود، مرجع سابق، ص 284.

أما بالنسبة لتعريف الإيجاب الالكتروني، فالسيمة المميزة فيه تكمن من خلال أن العقد الالكتروني يتم عن بعد باستخدام وسائل وتقنيات اتصال حديثة، وعليه يمكن تعريف الإيجاب الالكتروني بكونه يتم باستعمال وسيط الكتروني[134].

فيعرف الإيجاب الالكتروني حسب التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد :"كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه من أن يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا التطابق مجرد الإعلان "[135].

و يعاب على هذا التعريف أنه لم يعرف أو يحدد وسائل اتصال عن بعد، كما لم يبين أهم خصائص الإيجاب الالكتروني، و هي الخاصية الالكترونية التي تميز هذا الإيجاب، إلا أن هذا التعريف ذكر على ضرورة قيام الموجب ببيان كل عناصر الإيجاب اللازمة، حتى يكون القابل على بينة من أمره عند إصدار قبوله[136].

يعرف بعض الفقه الإيجاب الالكتروني بأنه 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[137].

في حين يعرفه البعض الآخر أنه:" تعبير عن إرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام عقد، و تكون ذات تعابير محددة تحديدا تاما دالة على نية الموجب بالتزام بات لدى القبول".[138]

---

[134] Bensoussan Alain , Le Commerce électronique « Aspects juridique » ,éd HERMES , Paris,1998, P.30.

[135]محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقد التجارة الالكترونية (العقود الالكترونية،المنازعات، العقد و غير العقد، القانون الواجب التطبيق)، الطبعة الأولى ؛ دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، ص 42 .

[136] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 317.

[137] الياس ناصف، مرجع سابق، ص 84.

[138] محمد فوار المطالقة، مرجع سابق، ص 59.

إن وصف الإيجاب الالكتروني لا يعدل من ذاتية الإيجاب بمجرد حدوثه إلكترونيا، فلفظ الإلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا ينال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه للنظريات التقليدية و الالتزامات وقانون العقد " فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في تعاقد يتم الكترونيا عن طريق شبكة الانترنت"[139].

نستنتج في الأخير إن تعريف الإيجاب الالكتروني لا يخرج عن تعريف الإيجاب و هي أن يكون واضحا وموجها إلى شخص أو أشخاص معينين حيث يصدر هذا الإيجاب بطرق التعبير الصريحة أو الضمنية ويجب أن يتضمن الإيجاب على العناصر الجوهرية التي أراد بها الموجب إبرام العقد و يقتضي وضوح الإيجاب إن يكون وجها إلى شخص أو أشخاص معينين و أن يكون الإيجاب باتا في انجازه الإرادة إلى الارتباط قانونا بالعقد إذا قبله الطرف الآخر فان لم يكن العرض باتا، فانه لايعد ايجابا بالتعاقد و إنما دعوة إلى التعاقد[140].

ثانيا: تمييز الإيجاب الالكتروني عما يشابهه

عند الدخول إلى تقنيات الاتصال الحديثة تواجه عادة العديد من العروض التي لا يعلم منها إذا كانت إيجاب يهدف إلى إيجاد قبول مطابق له، أم أنها من باب الإعلان أو الدعاية عن منتوج أو خدمة معروضين، أم أنها مجرد دعوة للتعاقد، أي دعوة لتقديم إيجاب من الطرف الثاني[141].

1_ التمييز بين الإيجاب الالكتروني والدعوى للتفاوض:

الإيجاب كما أشرنا سابقا يجب أن يكون باتا و جازما، و في غير ذلك يكون مجرد دعوى للتفاوض أو التعاقد، فالدعوى لتفاوض و الإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة فالأولى تدل على أن الأطراف لا يزالوا في مرحلة التفاوض على العقد، و من ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد، و

[139] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص 4.
[140] علاء محمد القوا عير، مرجع سابق، ص 126.
[141] مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 102.

ينتهي التفاوض في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، فعندما تنتهي المفاوضات و يدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد يقدم أحدهما بتوجيه إيجاب للطرف الآخر و إذا صادفه قبول انعقد العقد[142].

والمفاوضات قبل العقدية مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب النهائي للعقد و تكون عبارة عن مجرد عروض، إذ أن المفاوضات تنتهي بمجرد صدور الإيجاب على اعتبار أن التفاوض على العقد بمثابة مقدمة للإيجاب، و تتميز مرحلة المفاوضات أو التفاوض بوجود عنصرالإحتمال بقوة ، فلا يشترط وصول طرفي العقد إلى إتفاق، فإما أن تصل هذه المفاوضات إلى إبرام العقد و بالتالي تنتهي الفترة قبل العقدية، و إما أن تصل إلى طريق مسدود تنتهي عند المفاوضات[143]. على خلاف العرض الموجه إلى شخص محدد، أثارت مسألة العرض الموجه إلى الجمهور إختلافا فقهيا فيما إذا كان إيجابا أم مجرد دعوة للتعاقد، فذهب البعض إلى وجوب وصفه و بشكل دائم بأنه مجرد دعوة للتعاقد[144] ، فذهب البعض الآخر إلى وجوب وصفه بشكل دائم بأنه مجرد إقتراح أو مجرد دعوى للدخول في المباحثات أو المفاوضات ولا يكون في الغالب العرض المطروح على شبكات الاتصال مجرد دعوة إلى التعاقد، وبحيث لا يستقر التعاقد على الوجه النهائي إلا بعد جولات من المفاوضات يجري خلالها قبول العرض الذي يجب فيه أن يحدد تحديدا باتا[145].

2- تمييز الإيجاب الالكتروني عن الإعلان:

يعرف الإعلان بأنه كل شكل من أشكال الاتصال في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني بهدف الدعاية لتوريد الأشياء و الخدمات[146].

---

[142] عبد الحميد بادي، الإيجاب و القبول في العقد الالكتروني، مذكرة مقدمة الحصول على الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية حقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011 2012، ص 25.

[143] عبد الله صادق سهلب، مجلس العقد الالكتروني، أطروحة لمقدمة للحصول على درجة الماجيستر، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص 63.

[144] BENSOUSSAN Alain, op cit, p.43.

[145] عمر خالد زريقات ، مرجع سابق ، ص 26.

[146] مرزوق نور الهدى ، مرجع سابق ،ص 103 .

يعرف الإعلان أيضا بأنه مجموعة من الرسائل التي يبثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطاته التجارية أو الصناعية أو المهنية التي تهدف من خلالها الترويج لمنتجاته و خدماته[147].

و من خلال هذا التعريف يجب تمييز بينهما من خلال اتجاهين:

الاتجاه الأول: يتجه هذا الرأي أن الإعلان ما هو إلا دعوة للتعاقد من جانب المعلن.

أما **الاتجاه الثاني** فيرى أن الإعلان على شبكة الانترنت بمثابة إيجاب و ليست دعوة للتعاقد.

أ / الإعلان بمثابة دعوة للتعاقد:

يرى هذا الاتجاه أن عرض المنتجات في جميع الأحوال لا يعتبر إيجابا حتى و إن ذكرت الأسعار وحدوث المواصفات، و يعتبر أنصار هذا الرأي أن ضغط الشخص على المؤشر الخاص بالمنتج المعروض على صفحة موقع الويب يعتبر إيجاب موجها منه إلى صاحب الموقع، يجوز لهذا الأخير قبوله أو رفضه[148]. و أن الإعلان يتطلب إيجاب إذا وجدت نية لدى المعلن في الارتباط بالعقد إذا ما صادفه قبول مطابق، بحيث يتبين ذلك من وجود ما يفيد التزام الشخص بإبرام العقد، كأن يتضمن منح الزبون الحق في إرسال رد عبر الشبكة الويب بإظهار رغبته في التعاقد بناء على العناصرالواردة في الإعلان أو إرسال الرد عبر البريد الالكتروني[(149)].

ب/ الإعلان بمثابة الإيجاب الالكتروني:

يرى أنصار هذا الرأي أن العرض الموجه لدى الجمهور يكتسب صفة الإيجاب الالكتروني متى كان هذا الإعلان دقيقا بحيث تحدد السلعة تحديدا دقيقا مع وجوب تحديد الثمن و العناصر الأساسية للتعاقد، وإن انعدمت هذه العناصر فإن العرض لا يعدو أن يكون دعوة للتعاقد، إذ يجب أن يعبر الإيجاب عن إرادة باتة و نهائية في التعاقد و أيضا خلوه من الغموض [(150)].

---

[147]عمر خالد رزيقات ، مرجع سابق ، ص 128.
[148] محمد عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص 105.
[149]عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص 26.
[150]خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق،ص 262.

فالعرض إذا وجد به ألفاظ محددة بالبيع، فلاشك في اعتباره مع وجود العناصر الأخرى إيجابا، و لا يؤثر في كونه كذلك ورود بعض العبارات مثل "دون اي تعهد من جانبين" أو "أن العقد لايعتبر وثيقة تعاقدية"، و لايتأثرالإيجاب إذا تم تعليقه على شرط " عدم نفاذ الكمية" ،أو أن هذا العرض يظل ساريا حتى نفاذ الكمية، أو "التخفيض على الاسعار ساريا حتى نفاذ الكمية"، فجميع هذه العبارات لا توثر في كون هذا الإعلان و العرض إيجابا و ليس دعوة إلى التعاقد[151].

و نحن نميل إلى أصحاب الرأي الثاني طالما الإعلان تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه يعتبر إيجابا، أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك و أنه لا يعدو أن يكون إلا مجرد دعوة للتعاقد.

الفرع الثاني

بعض المسائل القانونية الخاصة بالإيجاب الالكتروني

يعتبر الإيجاب النواة الأولى في إبرام العقد ومن أهم المسائل القانونية التي تحيط بالإيجاب الالكتروني و التي سنتوقف لدراستها، النطاق المكاني للإيجاب الالكتروني **(أولا)**، لغة الإيجاب الالكتروني **(ثانيا)** أساس القوة الملزمة للإيجاب الالكتروني **(ثالثا)**.

أولا: النطاق المكاني للإيجاب الالكتروني

يقصد بالنطاق المكاني للإيجاب الالكتروني تلك المساحة المكانية التي يكون فيها الإيجاب فعالا أو صالحا لان يرتب أثره في انعقاد العقد([152])، و أن شرط تحديد المكان يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافي معينا، فان العقد لن ينعقد أصلا إذ قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافي إذ لن يصادف القبول "إيجابا صالحا" **(153)**.

151مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 19.
152عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 231
153 مناني فراح، مرجع سابق، ص 82.

و السؤال المطروح بهذا الخصوص هل يتقيد الإيجاب الالكتروني الصادر عبر شبكات الاتصال بحدود معينة أم أنه يلتزم بالشمولية؟ و هل يتقيد بميعاد كما هو الحال بالنسبة للإيجاب التقليدي؟

و الإجابة على ذلك تكمن في تحديد صيغة العقد المتضمنة للإيجاب كالتالي:

النص صراحة في العقد الذي يتضمن الإيجاب على النطاق المكاني الذي يغطيه ذلك الإيجاب، و يتحدد من خلاله

_التعرف على النطاق المكاني الذي يغطيه الإيجاب من خلال معرفة الكيفية التي ينعقد بها العقد كمعرفة مكان التسلم أو مكان التسليم و هي مسألة لاحقة على انعقاد العقد[154].

وبالنسبة لميعاد الإيجاب الالكتروني يمكن أن يتقيد لميعاد شأنه في ذلك شأن الإيجاب التقليدي، وعليه يمكن أن يعين الموجب بإرادته المنفردة و بالاتفاق مع الموجب إليه ميعادا للإيجاب و عندئذ يلتزم الموجب بالإبقاء على إيجابه طوال هذا الميعاد و يكون النطاق الأعلى لهذا الإيجاب محددا بهذا الميعاد كما يمكن أن تفرض قوانين دولة الموجب ميعادا معينا للإيجاب أو تفرض طبيعة المعاملة أو ظروف الحال ففي كل هذه الحالات يقيد الموجب إيجابه الالكتروني طوال هذه المدة([155]).

رغم أن تحديد النطاق المكاني للإيجاب الالكتروني يضيق و يضعف المصالح الاقتصادية للموجب إلا أنه يتمتع بميزة من الناحية القانونية فهو يحقق نوعا من الأمان إذ لن يلتزم بإبرام عقد في نطاق جغرافي أو مكاني لا يسيطر عليه[156].

154محمد بشار محمد دودين، مرجع سابق، ص 133.
155عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص640.
156مناني فراح، مرجع سابق، ص82.،_أنظر أيضا محمد بشار محمد دودين، مرجع سابق، ص 133- 134.

ثانيا: لغة الإيجاب الالكتروني

إن ما حققته شبكة الانترنت من تقليص الفوارق المكانية و الزمانية و اختراق الحدود الجغرافية فرضت الكثير من المفاهيم الجديدة المشتركة، و هذا ما أثار تساؤل حول ما إذا كان يجب أن يأتي الإيجاب بذات اللغة التي ينطق بها الزائر كي تحدث أثارها القانونية ؟[157]

فتشترط بعض القوانين على مواطنيها بضرورة استخدام اللغة الوطنية في الإيجاب الصادر عبر الانترنت، و القانون الفرنسي الصادر في 5 أوت 1994 و قانون رقم95/94 المسمى بقانون TOUBON[158]و المادة 2 منه اشترطت استخدام اللغة الفرنسية في أي إيجاب خاص بالسلعة أو الخدمة[159].

و نفس الالتزام تضمنه قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 21 لسنة 1988 و الذي جعل من قاعدة التعبير عن الإرادة باللغة الفرنسية من النظام العام و إلا تعرض مخالفيها للجزاء الجنائي[160].

بتفسير هاذين النصين نستنتج أنهما متسمان بالعمومية فإن أي عقد يتم إبرامه في فرنسا يجب أن يتم باللغة الفرنسية ،حيث يتضح ذلك من خلال التشريعات المحلية التي تستوجب اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة ، إلا أن عالمية الشبكة و دولية العرض تحول دون الإستجابة للمتطلبات المحلية لهذه الدول لذا فان هذه المسألة تلقت انتقادا شديدا من قبل الفقه الفرنسي لصعوبة تطبيقها من الناحية العملية [161]، و أمام هذه الانتقادات حدث تطور إذ خففت الحكومة الفرنسية

---

[157]عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 132.,
[157]سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص155.
[157]مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 69.
[157]سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق ، ص ص 155_156.
[157]عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص 19.

[158] BENSOUSSAN Alain,OPCIT , P30.

[159]سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص155.
[160]مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 69.
[161]سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق ، ص ص 155_156.

من هذه القوانين بإصدار رئيس الوزراء منشورا في 19 مايو 1996 الذي يجيز أي لغة مصحوبة بالترجمة إلى اللغة الفرنسية [162].

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الجزائري و من خلال قانون حماية المستهلك و قمع الغش رقم 03_09 المؤرخ في25 فيفري 2009 قد نص على شرط اللغة العربية من خلال المادة 18 و التي جاء فيها

" يجب أن تحرر بيانات الوسم و طريقة الاستخدام و دليل الاستعمال و شروط ضمان المنتوج و كل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا و على سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين و بطريقة مرئية و مقروءة و متعذر محوها"[163].

إن المشرع الجزائري جعل اللغة العربية أساس لتحرير الوسم المتضمن لطريقة استعمال وشروط ضمان المنتوج وباقي المعلومات المتعلقة بالمنتوج وذلك حماية المستهلك، كما أجاز استخدام لغات أخرى و ذلك تيسيرا على المستهلك[164].

و يرى بعض الفقه أنه من الصعب الإلزام على شبكة مفتوحة باستعمال اللغة الوطنية فقط نظرا لنظام العالمي للشبكة، و هو مايمكن أن يلقى صدى على مستوى الحلول التقنية التي قررت تقنيات تسمح للمستهلك أن يختار في صفة الاستقبال لموقع الويب اللغة التي يرغب التعامل بها، و لاشك أن الإيجاب الالكتروني الذي يمكن أن تساعد التقنيات المستخدمة في الوقت الراهن على تقديمه بعدة لغات، ومن بينها لغة المستهلك، يحقق فائدة كبيرة للموجب في حسن فهم و إدراك المستهلك لذلك الإيجاب[165].

---

[162] عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص 19.

[163] قانون رقم 09 _03 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2005، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش،ج ر عدد 15، الصادر بتاريخ 2009.

[164] بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص 48.

[165] تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 68.

ثالثا: القوة الملزمة للايجاب

الأصل أنه ليس للإيجاب بحد ذاته أية قوة ملزمة لذا يستطيع الموجب العدول عن إيجابه طالما لم يقترن بقبول ، و من بين الأسباب التي قد تدعوه إلى الرجوع عن إيجابه، حدوث نزاع بين طرفين، ارتفاع الأسعار وإدراك الموجب بأن إيجابه غير ملائم بهذا السعر[166]، و لا إلتزام للإيجاب إلا في إحدى الحالتين التاليتين :

الحالة الأولى: في حالة تحديد أجل الايجاب

يجب أن يقترن الإيجاب بميعاد معين سواء يحدد هذا الميعاد بمعرفة الموجب نفسه أو حدده القانون أو اقتضته ظروف الحال أو طبيعة المعاملات ففي هذه الحالة يصبح الإيجاب ملزما للموجب و لا يمكن العدول عنه طيلة هذه الفترة[167].

وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في المادة 63 من ق.م.ج إذا عين أجل للقبول ،التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة.([168])

و بتطبيق هذه القواعد على الإيجاب الالكتروني نجدها تهدف إلى حماية المستهلك و استقرار المعاملات الالكترونية و توفير الثقة في التعامل، فإلزام الموجب بإيجابه و لو لمدة محددة يمكن للموجب له تدبر أموره و ترتيب لشؤونه بالرد بالقبول أو الرفض[169] .

---

[166]يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، أطروحة استكمال لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2007، ص 47.

[167]عنادل عبد الحميد مطر، مرجع سابق، ص 241.

[168]قانون رقم 09 _03 مؤرخ في 25 فيفري سنة 2005، يتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، مرجع سابق.

[169]مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 120.

الحالة الثانية: في حالة عدم تحديد أجل الإيجاب

إذا استجمع الإيجاب جميع شروطه انعقد العقد صحيحا ومرتبا كافة أثاره و رغم ذلك فإن القانون بين الحالات التي يسقط فيها الإيجاب لعدم تطابقه بقبول أو بعد صدوره من دون أن يقابل موقف ممن وجه إليه كما يسقط برفض أو بعدول من وجه إليه الإيجاب أو يسقط بسبب خارج عن إرادة الموجب[170]. وبدوره المشرع الجزائري منح للموجب حق العدول عن إيجابه و هذا ما نصت عليه المادة 63 من ق .م .ج التي تنص:"و الإيجاب الالكتروني لا يختلف عن هذه القاعدة و لكل موجب الرجوع عن إيجابه إذا كان الإيجاب غير محدد المدة و يكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الانترنت بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب و لا يكون لهذا العدول أي اثر قانوني إذا علم به الموجب له و يقع عبئ إثبات ذلك على الموجب"[171].

المطلب الثاني

القبول الالكتروني

يعد القبول بمثابة تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، فوفقا لهذا التعبير يتم انعقاد العقد، حيث يتم توافق و تطابق إرادة الطرفين من اجل إحداث أثر قانوني معين، إذ يجب أن يكون هذا القبول مطابقا مع الإيجاب الموجه إليه، فلا يزيد و لا ينقص فيه، و إلا اعتبر إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول، يتضح ذلك في نص المادة **66** من ق. م. ج التي تنص على أنه:"لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا".

لإبراز خصوصية القبول الالكتروني يجب تحديد ماهية القبول الالكتروني **(الفرع الأول)**، و التطرق إلى العدول من القبول الالكتروني **(الفرع الثاني)**.

170عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص 29،_أنظر أيضا يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص ص 48، 49.
171أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص61.

الفرع الاول

ماهية القبول الالكتروني

لتبيان ماهية القبول الالكتروني ينبغي تعريف القبول الالكتروني **(اولا)**، ثم ندرس طرق التعبير عن القبول الالكتروني **(ثانيا)**.

أولا: تعريف القبول الالكتروني

يعد القبول التعبير الثاني عن الإرادة الذي يبرم العقد باقترانه بالتعبير الأول و هو الإيجاب الذي يوجهه الموجب إلى الطرف الآخر من أجل إحداث أثر قانوني، يعرف القبول أيضا أنه هو ذلك القبول الذي يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، ألا و هي الوسائل الالكترونية، ففي الواقع مثله مثل القبول التقليدي في القواعد العامة، الفارق الوحيد بينهما هو أن القبول الالكتروني يتم عن بعد، و هذا يرجع إلى حداثة وسائل الاتصال الحديثة، هذا ما أدى إلى اهتمام الدول بإصدار تشريعات فيما يخص المعاملات الالكترونية[172].

منه سوف ندرس تعريفات القبول الالكتروني التي اهتمت بها التشريعات الأجنبية **(1)** ثم سنتناول تعريف القبول الالكتروني التي جاءت بها التشريعات العربية **(2)**

1 _ تعريف القبول الالكتروني في المبادلات الالكترونية الأوروبية (الأجنبية)

عرفت العديد من التشريعات الأجنبية القبول الالكتروني حيث يظهر ذلك جليا فيما يلي:

أ /تعريف العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية للقبول الإلكتروني

لقد أشار العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية في بنده السابع بعنوان (قبول العرض) إلى أن موافقة المشتري يجب أن يتضمن تحديدا كافيا لبعض العناصر، و هي الشيء أو الخدمة

[172]سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، الطبعة الأولى؛ دار نهضة العربية، 2006، القاهرة،ص 121.

المتعاقد عليها والثمن و طريقة الوفاء و طريقة التسليم و الطريقة التي تتم بها الخدمة ما بعد البيع وذلك لضمان القبول مع الإيجاب في العناصر الأساسية للعقد التي لابد من الاتفاق عليها[173].

ب /تعريف لجنة الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية (اليونيسترال)

إن قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية لم يورد أي تعريف للقبول في المعاملات الالكترونية[174]، حيث تنص المادة 11 منه على أنه يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن القبول، و إن العقد لا يفقد صحته و قابليته للتنفيذ لمجرد استعمال بيانات لهذا الغرض، كما انه وفقا للمادة 1/14 من هذا القانون[175]، تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد، إذا كان هو المرسل عبر تقنيات الاتصال الحديثة، سواء بنفسه أو عن طريق نائب منه[176].

كما عرف أيضا قانون اليونيسترال الملحق العاشر لمشروع عقد نموذجي في شأن المعاملات الالكترونية بانه:"يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد"[177].

ج/ تعريف اتفاقية فيينا للقبول الالكتروني:

حسب إتفاقية فيينالسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع حيث تنص المادة (1/18) على أن القبول الإلكتروني:"يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"[178].

173نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005،ص44.

174عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص 30.

175قانون اليونيسترال أضافت في المادة 1/14 يتمث في أنه تسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي إرساله عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه.

176الياس ناصيف، مرجع سابق، ص 97.

177عبد الفتاح الكيلاني، مرجع سابق، ص39.

178اتفاقية فيينا لسنة 1980 شأن البيع الدولي للبضائع، مرجع سابق.

حيث تعني عبارة "**أي بيان**" أن التعبير على نحو لايكاد يخرج عن القواعد العامة على أن القبول قد يكون صريحا و هذا هو الأصل فيه، بينما تعني عبارة "أو **أي تصرف آخر صادر من المخاطب**" أي أن التعبير عن القبول يمكن أيضا أن يكون ضمنيا[179].

كما يجب أن يكون القبول حرا، بمعنى أنه يكون للموجه إليه أن يقبله أو يرفضه م بدون أن يلتزم بعرض بواعث رفضه، و بالتالي فلا يجوز أن يكون الموجه إليه الإيجاب مكرها على القبول، لأن ذلك يناقض جوهر العقد[180].

2_ تعريف القبول الالكتروني في قانون المعاملات العربية

القبول الالكتروني هو القبول الذي يتم عبر وسائل إلكترونية، أي عبر شبكة الانترنت، فهو لا يخرج عن تعريفه في القواعد العامة، في أنه يتم بوسائل إلكترونية، و نظرا لحداثة الوسيلة اهتمت بعض الدول العربية بإصدار تشريعاتها فيما يتعلق بالمعاملات الالكترونية، و بيان المقصود بالقبول الالكتروني و ماهيته[181].

لذلك سنتناول ماهية القبول في القوانين و المعاملات العربية كالآتي:

أ /تعريف القبول الالكتروني في قانون المعاملات الالكترونية الأردنية:

نصت المادة (1/91) من القانون رقم 85 لسنة 2001المدني الأردني **أن** "الإيجاب و القبول: كل لفظ مستعملين عرفا لإنشاء العقد و أي لفظ صدر أولا فهو الإيجاب و الثاني قبول"، كما نصت المادة 13 من نفس القانون على أنه:" تعتبر الرسالة الالكترونية و سيلة تعبير عن الإرادة المقبولة لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد التعاقد"**(182)**.

179أنظر أيضا سمير عبد الحميد الجمال، مرجع سابق، ص 121.

180إلياس ناصف، مرجع سابق،ص ص 96- 97.

181 شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 65.

182 القانون المدني الأردني رقم 85 لسنة 2000 بشأن المعاملات الالكترونية المادة (13).

إذن فالقبول حسب القانون المدني الأردني يمكن أن يتم عبر الانترنت من خلال رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تسليمها أو تخزينها عن طريق وسائل إلكترونية، أو يمكن أن يتم بوسائل مشابهة منها تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الالكتروني، فحتى ينتج القبول الإلكتروني أثره فان المشرع الأردني نص في المادة التاسعةعلى ما يلي:

أ) إذا اتفقت الأطراف على إبرام معاملة بوسائل إلكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجرائها بوسائل الكترونية متفقا وع متطلبات تلك التشريعات إذا كان المرسل إليه قادرا على طباعة تلك المعلومات و تخزينها و الرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه.

ب) اذا حال المرسل دون إمكانية قيام المرسل إليه بطباعة السجل الالكتروني وتخزينه الاحتفاظ به يصبح هذا السجل غير ملزم للمرسل إليه"[183].

الواضح أن المشرع الأردني خلال هذا النص اعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة لإبرام الإيجاب أو القبول بقصد إبرام العقد، وبالتالي فإن القبول يمكن أن يتم عبر شبكة الانترنت من خلال رسالة المعلومات[184]، كما أن المشرع ألزم المرسل أي الذي وجه إيجابا إلى المرسل إليه بأن يمكنه من طباعة السجل الالكتروني أي العقد أو رسالة المعلومات و تخزينه و الاحتفاظ به و إلا كان غير ملزما للمرسل إليه.

و حتى ينتج القبول لالكتروني أثره نص المشرع الأردني كذلك في المادة الحادي عشر على أنه: أ_ إذا طلب المنشئ من المرسل إليه بموجب رسالة المعلومات إعلامه بتسليم تلك الرسالة أو كانا متفقين

[183]شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 66.

معا على ذلك، فان قيام المرسل إليه بإعلام المنشئ بالوسائل الالكترونية أو أي وسيلة أخرى أو قيام بأي تصرف أو إجراء يشير إلى أنه قد إستلم الساكت يعتبر استجابة لذلك الطلب أو الاتفاق.

ب_ إذا علق المنشئ أثر رسالة المعلومات على تسلمه إشعار من المرسل إليه بتسليم تلك الرسالة تعامل الرسالة كأنها لم تكن إلى حين تسلمه ذلك الإشعار.

ج_ إذا طلب المنشئ من المرسل إليه إرسال إشعار بتسليم رسالة المعلومات و لم يحدد أجلا لذلك و لم يعلق اثر الرسالة على تسلمه الإشعار خلال مدة معقولة، أن يوجه إلى المرسل تذكيرا بوجوب إرسال الإشعار خلال مدة محددة تحت طائلة اعتبار الرسالة ملغاة أذا لم يستلم الإشعار خلال هذه المدة.

د_ لا يعتبر إشعار التسليم بحد ذاته دليلا على أن مضمون الرسالة التي تسلمها المرسل إليه مطابق لمضمون الرسالة التي أرسلها المنشئ"[185].

يتبين لنا خلال هذه المادة أن المشروع الأردني أراد التأكيد من بعض النقاط الجوهرية التي يجب توافرها في العلاقة بين المنشئ و المرسل إليه حتى يكون هناك يقين تام من رسالة المعلومات التي تم إرسالها[186].

ب/ تعريف قانون المبادلات الالكترونية الإماراتي للقبول الالكتروني:

تنص المادة السادسة من القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية على أنه ليس في هذا القانون ما يلزم الشخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بطريقة الكترونية، و إنما يتم استنتاج موافقته من سلوكه الايجابي[187]. و ذلك كالآتي:

185 شحاتة غريب شلقامي،مرجع سابق، ص ص 98 99.
186مرجع نفسه، ص 100.
187القانون رقم 2 لسنة 2002 شأن المعاملات و التجارة الالكترونية الإماراتي. أنظر إلياس ناصيف، مرجع سابق ص 97.

1 _ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل الكتروني، إلا انه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الايجابي.

2_ يجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم علاقة إنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أية سجلات إلكترونية، على التعاقد بصورة مغايرة لأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون.

3 _استثناء من أحكام الفقرة (1) السابقة، يجب أن يكون قبول الحكومة صريحا بالتعامل الالكتروني في المعاملات التي تكون طرفا فيها".

الواضح خلال هذا النص إن المشرع الإماراتي لم يشترط شكلا معينا للقبول الالكتروني، حيث نص على إمكانية أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا، غير أنه ألزم الحكومة التي تقبل التعامل الالكتروني بان يكون قبولها صريحا.

هذا يعني إن المشرع اوجب أن يكون القبول الالكتروني صريحا بالنسبة للحكومة، أو صريحا و ضمنيا بالنسبة للغير، غير أنه جعل للقبول الالكتروني نفس الأثر لإبرام العقد كما في حالة العقد التقليدي، فالعقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة وسائل الكترونية[188].

ج /تعريف قانون المبادلات الالكترونية التونسي للقبول الالكتروني:

وفقا لقانون المبادلات الالكترونية التونسية للقبول الالكتروني ، نجد أن المشرع التونسي أفرد باب خاصا بالوثيقة و الإمضاء الالكترونيين، و تعيين وجهات معينة للتأكيد من صحة القبول و الشخص القابل لتأكيد فاعلية هذا القبول[189].

[188]شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص ص، 101، 102.
[189]حامدي بلقاسم، مرجع سابق، ص 79 أنظر أيضا شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص.67.

فلقد نصت قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم 83لسنة 2000 الصادر في أغسطس 2000 [190]على أن العقود الالكترونية مثلها مثل العقود الكتابية، أي يجري عليها ما يجري في مجال العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني و صحتها، و قابليها للتنفيذ شرط ألا يكون هناك تعارض مع أحكام قانون المبادلات و التجارة الالكترونية[191]. فالقبول في القانون التونسي هو التعبير عن الإرادة، إزاء الموجب الذي وجه إليه هذا التعبير توافر القبول، و في مجال العقد الالكتروني ، فما يميزه انه يتم عبر وسائل إلكترونية، خاصة و أن المبادلات الالكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية[(192)].

د /تعريف قانون المبادلات الالكترونية البحريني للقبول الالكتروني:

في مملكة البحرين، نصت المادة العاشرة من القانون البحرين الصادر في 14 سبتمبر 2002 بشأن التجارة الالكترونية على أنه: "يجوز التعبيرعن إرادة القبول بالوسائل الالكترونية[("193)].

و حتى ينتج القبول أثره، نجد المشرع البحريني كان حريصا على تناول حالة اتفاق المنشئ الذي يتسلمه على الإقرار بتسلم هذا السجل، ففي حالة استلام المنشئ أو تلقيه إقرار بالتسلم من جانب المرسل إليه فان ذلك يعني تسلم المرسل إليه للسجل الالكتروني[(194)].

نستنتج مما سبق ذكره ، أن قانون المعاملات الالكترونية العربية قد تعرضت للقبول الالكتروني و لم تحدد له شكلا معينا، لكنها نصت في بعض (المواد على بعض الاجراء ات التي يمكن أن يتم اتفاقا حتى ينتج القبول أنه القانوني[(195)].

و منه يمكن القول أن القبول الالكتروني ماهو إلا بمثابة قبول تقليدي يمكن التعبير عنه بوسائل الاتصال الحديثة حسب ما يقرره القانون الداخلي و نحن بدورنا نأيد هذا الرأي.

---

[190]الفصل الثاني من القانون التونسي عدد 83 لسنة 2000 الصادر في أغسطس 2000

[191]مرزوق نور الهدى، مرجع سابق ص124.

[192]شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص .67.

[193]المادة (1)من قانون المعاملات .الإلكترونية البحريني رقم 28 لسنة 2002.

[194]شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص. 67 68.

[195] المرجع نفسه، ص. 102.

ثانيا: طرق التعبير عن الارادة في القبول الالكتروني

من المعروف أن التعبير عن الإرادة يكون تعبيرا صريحا ، كما يمكن أن يكون ضمنيا، و سندرس في هذا الفرع إلى التعبير الصريح وكذا التعبير الضمني .

1: التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني

نصت المادة 60 من ق. م .ج على أن: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته في مقصود صاحبه . ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".([196])

فالتعبير الصريح حسب هذه المادة يكون باتخاذ مظهرا مباشراعن الإرادة بالكتابة أو الكلام أو الإشارة أو الموقف الذي لا يثير شكا في دلالته أو لغية منه[197].

بحيث قد يتم القبول الالكتروني بوسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، و هذا ما يضمن على العقد نوعا من الثقة و الطمأنينة للمتعاقدين، فيمكن اثبات هذا القبول بورقة مكتوبة، و ذلك إما بالنقر على أيقونة مخصصة لاعلان الموافقة و القبول ضمن جهاز الحاسب الآلي،التي تعد الوسيلة السائدة لابداء القابل رغبته في التعاقد([198]).

كما يمكن أن يتم عن طريق البريد الاكتروني، أو عن طريق المحادثة و المشاهدة المباشرة[199].

---

[196]قانون رقم 05_10 المتضمن ق. م .ج ، مرجع سابق .
[197]عبد االحميد بادي، مرجع سابق، ص .31.
[198] شحاتة غريب الشلقامي، مرجع سابق، ص ص 104 _105.

[199]بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص 57.

أ_ النقر على أيقونة القبول:

يتم القبول الالكتروني غالبا عن طريق ملئ استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على الانترنت ويقوم الشخص الموجه إليه الإيجاب بتدوين المعطيات الشخصية الخاصة به، و التي تعتبر ضرورية للعقد المزعم إبرامه ، و يعبر الشخص عن قبوله باستخدام الفأرة بالضغط على الخانة المخصصة للقبول تدل على الموافقة (D'ACCORD) أو (J'ACCEPT) أو (OK) أو "أنا موافق" وقد يعقد العقد بمجرد الضغط على أيقونة القبول أو بواسطة طباعة العبارة التي تفيد القبول[200].

غير أنه ثار جدال حول مدى اعتبار النقر قبولا أم لايعتبر قبولا لإبرام العقد وذلك كالتالي:

الاتجاه الأول: لقد اتجه البعض إلى أن القبول يتحقق بمجرد الضغط على أيقونة القبول أو لمسها فالضغط على الأيقونة يعد كافيا للتعبير عن القبول و يسمح بانعقاد العقد إذا وصل الى علم من وجه إليه، و إنما قد يطلب من الشخص في بعض الأحيان تأكيد القبول، وذلك بالضغط مرتين على الأيقونة العقد في هذه الحالة لا ينعقد إلا من لحظة الضغط للمرة الثانية على أيقونة القبول double clic وهونظام الضغط مرتين على الأيقونة في العقود الالكترونية[201]، وذلك من أجل التأكيد من عدم مجرد الملامسة أو الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة سهوا و خطأ، و منه فلا يعطي الدلالة القاطعة على توافر القبول و بالتالي اشترط الضغط مرتين على أيقونة القبول[202].

الاتجاه الثاني: يرى اتجاه آخر بدوره التفرقة بين ما إذا كان البرنامج المعلوماتي يسمح أو لا يسمح بالضغط مرتين على أيقونة الموافقة و المخصصة للقبول، ففي حالة كان البرنامج لا يسمح بالضغط مرتين، فإن العقد ينعقد بمجرد اللمس أو الضغط للمرة الأولى.

[200]مرزوق نو الهدى، مرجع سابق،ص 125.
[201]شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص 103.
[202]بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص 58.

أما إذا كان البرنامج المعلوماتي يسمح بالضغط مرتين، فإن العقد لا ينعقد إلا بتأكيد القبول بالضغط للمرة الثانية على الأيقونة، و إذا تضمن البرنامج المعلوماتي التأكيد لكن لايمنع من انعقاد العقد بدونه فإن العقد ينعقد بمجرد الضغط للمرة الأولى دون التأكيد بالضغط للمرة الثانية[203].

حسب هذا الاتجاه فإن القبول إذا لم يشترط في القبول للمرة الثانية يتم انعقاد العقد يكفي بالضغط للمرة الأولى.

الفقه خالف هذا الرأي لكون أن العقد الالكتروني يتمتع بخصوصية نظرا لإبرامه بوسائل الكترونية و كونه يتم عبر شبكات الانترنيت، مما يستدعي تأكيد القبول من خلال الضغط مرتين على أيقونة الموافقة و القبول، و لو أن النظام المعلوماتي لايسمح بالضغط مرتين، فيمكن التأكيد بوسيلة أخرى إضافية للضغط على الأيقونة للمرة الأولى، وذلك راجع إلى وجوب توفير الحماية للمتعاملين على شبكة الانترنت[204].

ب_ القبول عبر البريد الالكتروني:

يمكن للموجه له الإيجاب أن يعبر عن إرادته باستخدام البريد الالكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس وسيلة الاتصال الحديثة عبر البريد الالكتروني، و ذلك بنقله للتعبير الصريح عن رغبة القابل عبر رسالة البيانات الحاملة للإيجاب و تجسيد نية مرسلها على قبوله للالتزام[205].

منه يعتبر القبول عبر البريد الالكتروني تعبيرا صريحا عنه و لا يدعي أي مجال للشك في سلامة الرضا التي يبديها إزاء الايجاب الذي وجه إليه، و باعتباره الاكثر شيوعا و إستخداما بين

---

[203] Bensoussan Alain , la Conclusion des contrats du commerce électroique, L.G.D.J, éd Paris,2005, p 60.

204 شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص ص .105- 106.

205 تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 87.

المتعاملين و المستهلكين، فانه قد يشترط على هذا القبول أن يكون بطريقة تحفظ سلامته و تكامله و عدم تعرضه للتعديل[206].

ج _القبول عن طريق المحادثة و المشاهدة المباشرة:

تعني وسيلة المحادثة و المشاهدة المباشرة من بين وسائل الاتصال الحديثة، التي بها يتم التعبير عن الإرادة من أجل إحداث أثر قانوني معين، و لذلك فهي من أهم الوسائل التي تؤدي إلى تبادل كل من الموجب و القابل رغبتيهما في التعاقد، نظرا لما توفره هذه الوسيلة من كاميرات المشاهدة و حوار مباشر[207] ، ما ينتج مجلس عقد إفتراضي ،حيث يستطيع المتعامل على الشبكة أن يرى المتصل معه مباشرة و أن يتحدث معه، ويتم ذلك عن طريق كاميرات خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين ويتم هذا التعاقد من خلال الإنترنت.

2 _ التعبير الضمني عن القبول الالكتروني

من المعروف عامة أن التعبير عن الإرادة في القبول يمكن أن يكون صريحا كما يمكن أن يكون ضمنيا، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أو ما لم يوجد اتفاق بين الأطراف على أن يكون التعبير عن الإرادة عن القبول صريحا[208].

و يستوي في ذلك التعاقد بالوسائل الالكترونية الحديثة و الوسائل التقليدية المألوفة التي يتم بها التعبير عن إرادة القابل، و ذلك بقيام هذا الأخير بتصرف يفيد الموافقة على القبول، أي دون التصريح المباشر عنه، و يتم ذلك في ظل البيئة الافتراضية التي تجمع الموجب و القابل من خلال ما يلي:

---

[206] بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص 58.

[207] MAS Florence, op cit, p 63.

[208] بولمعلي زكية ، مرجع سابق، ص 59.

أ_اتخاذ موقف دال على القبول:

يعتبر البعض أن التعبير الضمني عن الإرادة لأداء رغبته للتعاقد يكون في العقود التقليدية نفسه كما يكون في العقود المبرمة عبر الانترنت[209].

تبنت هذا الموقف اتفاقية فيينا من خلال ما جاءت به المادة 18 الفقرة الأولى التي نصت على:" يعد قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة".

و جاء في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه:" و مع ذلك إذا جاز بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأطراف أن يعلن المخاطب الذي عرض عليه الإيجاب عن قبوله بالقيام بتصرف ما كالذي يتعلق بإرسال البضائع أو تسديد الثمن دون إخطار الموجب، عندئذ يكون القبول نافذا في اللحظة التي يتم فيها التصرف"[210].

بحيث هناك العديد من التصرفات التي تصدر عن القابل و تعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب الصادر عن طريق شبكة الانترنت، و منها قيام للقابل بفك الغلاف في بعض السلع الذي يقوم الموجب بإرسالها مع الإيجاب غالبا ما يتضمن الإيجاب في هذه الحالة يعتبر فك الغلاف أو الختم على السلعة بمثابة قبولا للعقد [211].

ب_مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني:

السكوت حالة سلبية لا تعبر لا بلفظ و لا بالكتابة أو بإشارة أو بعمل يدل على التعبير عن الإرادة، فقد يكون ساكنا جامدا في ظاهره و باطنه يدعى السكوت المجرد أو البسيط، كما يمكن أن يكون ساكنا في ظاهره لكنه يرغب في إحداث أثر قانوني في باطنه هذا ما يسمى بالسكوت الملابس[212]. ظهر في هذه المسألة رأيين:

---

[209]محمد عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق،ص 134.

[210]المادة (18/1) الفقرة الأولى و الثالثة من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع.مرجع سابق

[211]محمد عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق،ص 134.

[212]علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 139.

الرأي الأول: يرى صلاحية السكوت ليكون تعبيرا عن قبول صاحبه للتعاقد مع الموجب في حالات معينة حددتها بعض التشريعات، و في مقدمتها ق. م. ج في المادة2/68منه التي ينص :"ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، ، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".تقابلها المادة 98 من القانون المدني المصري التي تنص:" يعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين[213]، و اتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجد إليه". و استنادا إلى مضمون هاتين المادتين تكون هذه الحالات كالآتي:

أ_إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الطرق التي تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول.

ب_ إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين.

ج_ إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

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

ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا إتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه."[214].

الواضح أن في هذه الحالات جاءت استثنائية عن القاعدة العامة (الأصل) التي يأخذ بها الرأي الثاني القائل بعدم صلاحية السكوت لأن يكون تعبيرا بالقبول إستثنادا إلى المقولة الفقهية "لا ينسب لساكت قول" أي أن مجرد السكوت لا يعد قبولا فقد يكون السكوت بمثابة

213القانون رقم 05_10 المتضمن القانون المدني ، مرجع سابق ، تقابلها المادة 2/68 من القانون المدني المصري
214مناني فراح، مرجع سابق، ص 64.

رفض[215]. فلقد أكدت هذا الرأي اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في المادة 18/1 منها التي جاء نصها:"... أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في ذاته قبولا"[216].

كما يرى بعض الفقه صعوبة اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الالكتروني، حتى في حالة وجود تعامل سابق بين المتعاملين يكون قد تم عبر شبكة الانترنت، لأن هذا التعامل لا يكفي من الناحية العملية ليعد قبولا، إلا إذا كان هناك إتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين[217].

الفرع الثاني

العدول عن القبول الالكتروني

من الواضح أن المبدأ العام في العقود هو أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو التغيير فيه إلا بإرادة الطرفين، أو للأسباب التي يقررها القانون، كما جاء في نص المادة **106**من ق.م.ج التي تقر أن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقصه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو بنص القانون، عندئذ يتعين على المتعاقدين تنفيذه وفقا لما اشتمل عليه مع إقرار مبدأ حسن النية، و هو ما جاء فيه نص المادة **107** من ق.م.ج.والتي تلتزم تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل من شروط بطريقة تتفق مع ما يوجله مبدأ حسن النية في المعاملات[218].

إلا أنه و استثناءا عن هذه القاعدة خولت بعض قوانين المستهلك حق إرجاع البضاعة خلال فترة معينة دون الحاجة لوجود عيب من عيوب الإرادة[219]، و لما كانت الحاجة تلح إلى خلق نوع من الحماية من مبدأ القوة الملزمة للعقد لذا رخصت بالعدول و أتاحت الوقت الكافي للقابل الاطلاع على مضمون والإيجاب التعرف على احتياجاته الفعلية.

---

[215]لزهر سعيد، مرجع سابق، ص 90._أنظر أيضا تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 79.
[216]المادة 18 فقرة 1 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 الخاصة بالبيع الدولي للبضائع.، مرجع سابق،_ أنظر لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 90.
[217]خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 345.
[218]يمينة حوحو، مرجع سابق، ص 147.
[219]نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 49.

لذا كانت الحاجة في التعرض إلى مضمون حق العدول **(أولا)** ، وأساس حق العدول **(ثانيا)**. فيعرف حق العدول بأنه سلطة القابل في الرجوع عن قبوله الذي انعقد به العقد ولو كان العقد تم تنفيذه بشكل كامل[220].

أولا: مضمون الحق في العدول:

المستهلك في العقد الالكتروني ليس لديه الإمكانية لمعاينة السلعة و الإلمام بها و بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فانه يجب أن يتمتع بحق العدول عن العقد خلال مدة معينة، تبدأ من تاريخ تسلمه للشيء محل العقد[221] و هو ما يعني تحويل القابل حق نقص العقد بعد انعقاده، و من ثم تقدم هذه التنظيمات صيغة للرجوع تخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد، فنجد هذا الحق مقرر في المادة20 _121 الجديدة من التقنين الاستهلاك الفرنسي، التي تنص على:" للمستهلك خلال سبعة أيام أن يمارس حقه في العدول دون إبداء أسباب أو دفع أية جزاء ات باستثناء نفقات إعادة السلعة، و تحسبا هذه المهلة من وقت تسلم السلعة و بالنسبة للخدمات من تاريخ انعقاد العقد"[222].

كما أقر التوجيه الأوروبي رقم 97/7 الصادر عام 1997 هذا الحق، إذ منحت الفقرة الأولى من المادة السادسة الحق للمستهلك في العدول، خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام، تبدأ من تاريخ استلام بالنسبة للخدمات، فإن المهلة هي سبعة أيام تبدأ من إبرام العقد [223] .

فنجد أن تطبيق الحق في العدول يمتد بالضبط بالنسبة للبيع الإلكتروني كذلك الإيجار والخدمات، لكن المشرع الفرنسي في نص المادة (121-20-2) من قانون المستهلك استبعد بعض العقود من التطبيق هي:

- عقود توريد الخدمات التي يبدأ تنفيذها بالاتفاق مع المستهلك قبل انتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول خلالها.
- عقود توريد السلع والخدمات التي تحدد أثمانها وفق ظروف السوق.

220عنادل عبد الحميد المطر، مرجع سابق، ص 270.
221محمد علاء الفواعير، مرجع سابق، ص 145.
222تامر محمد سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص 84.
223- أمانح رحيم، مرجع سابق، ص 145.

– عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك أو بالمطالبة لشخصه، والتي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع، أو التي يسرع إليها الهلاك والتلف.

– عقود توريد الصحف أو الدوريات والمجلات.

– عقود خدمات الرهان أو أوراق اليانصيب المصرح بها [224].

ما يبرر الحق في العدول أنه لا يرتبط بحماية المستهلك الإلكتروني أو المستهلك المتعاقد عن بعد فقط، بل مرتبط وجوده بكل تشريع يهدف إلى حماية المستهلك لكن اختلاف طبيعة العقد الإلكتروني تجعل الحق في العدول أكثر من ضرورة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني فهو طرف ضعيف في العقد في مواجهة الطرف المحترف [225].

ثانيا: الأساس القانوني لحق العدول

ميز الفقه بين نوعين من حق في العدول هما العدول الإتفاقي والعدول التشريعي، لكل واحد منهما أساسا يختلف عن الآخر، فبالنسبة للنوع الأول يعد استثناءًا من مبدأ القوة الملزمة للعقد لذا فبإمكان المتعاقدين مخالفة هذه القاعدة بالاتفاق على إعطاء خيار العدول عن العقد لكليهما أو لأحدهما بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر وفي هذه الحالة يصبح العقد غير لازم وقابلا للرجوع عنه، فيعاد اتفاق المتعاقدين هو أساس الخيار بناءًا على مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين ويشترط أن يكون الخيار مقيدًا بفترة زمنية محددة يتم خلالها إعمال خيار العدول ويصبح بانتهائها العقد باتا ونهائيا لا رجوع فيه[226].

224- عبد رحمان خلفي، حماية المستهلك، القانون الجزائري، (دراسة مقارنة)، مجلة جامعة النجاح للأبحاث، المجلد 1/27، لسنة 2013، ص 15.

225- المرجع نفسه، ص 14.

226- منصور حاتم محسن وإسراء حصير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الإلكتروني، (دراسة مقارنة)، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة، د ن، ص ص 56-57.

المبحث الثاني

زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

يتسم عقد التجارة الإلكترونية بعدم التواجد المادي لأطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة. كما قد يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب، واتصاله بعلم من وجه إليه، ونجد نفس المسألة بالنسبة للقبول، فقد تمر فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجه إليه الإيجاب، وعلم الموجب بهذا القبول، وبالتالي يصعب تحديد وقت ومكان إرسال واستقبال رسالة البيانات الإلكترونية، وتعتبر مشكلة تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني من أهم وأدق المشاكل القانونية التي تثيرها التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الانترنت، فالقاعدة العامة أن العقد ينعقد في اللحظة التي تتطابق فيها الإرادتين وهي القاعدة التي تواجه صعوبات في العقود الإلكترونية.

فكيف يتحدد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني؟ للإجابة على هذا التساؤل سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، (المطلب الأول) نعالج فيه زمان إبرام العقد الإلكتروني، أما (المطلب الثاني) سنعالج فيه مكان إبرام العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

زمان انعقاد العقد الإلكتروني

لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني يتوجب منا عرض موقف الفقه (الفرع الأول)، ثم عرض موقف التشريعات الخاصة المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

موقف الفقه من تحديد زمان انعقاد العقد

طرح الفقه أربع نظريات لتحديد لحظة انعقاد العقد يمكن أن نجملها وفقا لما يلي:

أولا: نظرية إعلان القبول

حسب هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد إعلان الموجه إليه الإيجاب بقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب به، فالتعبير عن الإرادة تعبير إرادي غير واجب الاتصال يكفي إعلانه، وفقا لهذا الاتجاه فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يحرر فيها القابل الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله دون تصديرها [227] بينما يتفق البعض في أن التعبير عن القبول قد يكون في أي شكل من أشكال الكتابة كأن يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية يعبر فيها عن قبوله، أو أن يكون باللفظ كأن يقول قبلت، وعن ذلك فيمكن أن تحدد لحظة الانعقاد وفقا لهذه النظرية قبل اللجوء إلى أي وسيلة إلكترونية لإعلان القبول [228].

إلا أنه قد انتقدت هذه النظرية على أساس أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره القانونية إلا إذا علم به من وجه إليه، فالإرادة الفردية لا تنتج أي أثر قانوني ما لم تقترن بإرادة أخرى مماثلة لها ومتجانسة معها ليتحقق الغاية من هذه الإرادة في الواقع العلمي [229].

ثانيا: نظرية تصدير القبول

هذه النظرية تأخر وقت انعقاد العقد إلى الوقت الذي يقوم به الموجب بإرسال قبوله، وإعلان القبول لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب تصديره، فيترتب على النظرية أن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة خروج الرسالة الإلكترونية ودخولها الوسيط الإلكتروني ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب.

انعقدت هذه النظرية على أنه في التعاقد الإلكتروني لا يوجد لحظة تصدير للقبول وإنما لحظة إعلان القبول ولحظة تسلمه، فإذا أرسل القبول فيتسلم على الفور دون وجود فاصل زمني بين صدوره وقبوله، فعملية تصدير القبول عبر شبكة الانترنت يتم في جزء من الكتابة، كما أن التصرفات

227- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 295- 296.
228- زياد خليف شذاح العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونية من حيث (الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2001، ص 134.
229- محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 70.

الإلكترونية من جهة تصرفات عن بعد ومن جهة أخرى فورية ومعاصرة، إن حدث أن التسليم لم يتم فيعني وجود مانع تقتني حال دون إتمام عملية الإرسال فيبقى القبول في مرحلة الإعلان [230].

ثالثا: نظرية استلام القبول

اعتبر هذا الاتجاه أن العبرة في انعقاد العقد هي بتسليم القبول إلى المرسل إليه، سواء علم الموجب أو لم يعلم الموجب بالقبول لأن التسليم يعتبر قرينة على العلم، طبقا لهذه النظرية ولحظة انعقاد العقد الإلكتروني تتحدد في الزمن الذي تصل فيه الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب، حتى إن لم يطلع الموجب على مضمونها[231].

حيث يعاب على هذه النظرية أنه إذا كان إعلان القبول وتصديره لا يكفي لأن يحدث القبول أثره فإن مجرد التسليم أيضا لا يكفي لإحداث أي أثر قانوني ما دام القبول لم يصل إلى علم الموجب [232].

رابعا: نظرية العلم بالقبول

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد لا ينعقد إلا من تاريخ علم الموجب بالقبول، ولو تراخى هذا العلم إلى ما بعد إعلان القبول أو تصديره أو استلامه، وهذا يتطلب وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى علم الموجب والإطلاع عليها، لأن القبول إرادة والتعبير عن الإرادة، ينتج أثره إلا إذا اتصل لعلم من وجه إليه[233].

وقد انتقد البعض هذه النظرية على أساس علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر [234].

230- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 112.
231- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 53.- أنظر أيضا أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 46.
232- زياد خليف شذاخ العنزي، مرجع سابق، ص 141.
233- عنادل عبد الحميد مطر، مرجع سابق، ص 287.
234- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 114.

وهي النظرية التي اعتمدها المشرع الجزائري في المادة 67 في ق م ج التي تنص: « يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيها الموجب بالقبول، ما لم يوجدإتفاق

أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل فيهما القبول»[235].

من خلال هذا النص يتضح أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول، إلا أنه يفترض أن العلم بالقبول يحصل وقت وصوله، وهي قرينة بسيطة يمكن للموجب أنه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق كأن يكون مثلا في سفر وقت وصول القبول[236].

الفرع الثاني

موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

لم يقتصر الخلاف في تحديد زمان انعقاد العقود الإلكترونية على الفقه ، بل وحتى التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، سواء الدولية أو الوطنية اختلفت مواقفها.

وسنعرض لموقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية **(أولا)**، وسنعالج أيضا موقف التشريعات المعاملات الإلكترونية **(ثانيا)**.

أولا: موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية

لم يتناول القانون النموذجي مسألة زمان انعقاد العقد عبر وسائل إلكترونية، وإنما اقتصر بحثه مسألة زمان إرسال البيانات ذلك لأهميتها كونها هي التي تحمل الإرادة في التعاقد[237]، فنظم القانون النموذجي ذلك في نص المادة 15 فقرة أولى على أن: « ما لم يتفق المنشأ والمرسل إليه

235- أمر رقم 75-58، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن ق م ج ، ج ر رقم 78 لسنة 1975، (معدل ومتمم).
236- عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص 53.
237- عمر خالد رزيقات، مرجع سابق، ص 163.

على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشأ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ».

أما وقف تسليم رسالة البيانات حددته المادة1/15و2 التي تتضمن: « ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك يتحدد استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات 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، لكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه إذا لم يعين للمرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندها تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه»[238].

نستنتج من هاتين الفقرتين أنهما لم يتطرق إلى مسألة زمان انعقاد العقد، وإنما اقتصر على تحديد لحظة استلام رسائل البيانات محددا بذلك احتمالين، الأول أن يقوم المرسل بتحديد نظام معلومات محددا لاستقبال رسائل البيانات الواردة إليه، فيعتبر رسالة البيانات قد استلمت وقت دخولها إلى نظام المعلومات المحددة حتى لو لم يطلع عليها المرسل إليه[239].

أما الاحتمال الثاني فهو أن لا يعين المرسل إليه نظام المعلومات استقبال البيانات فعندها تعتبر رسالة البيانات فقد استلمت في وقت دخولها إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه[240].

238- قرار رقم 162-51 الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 30 جانفي 1997 تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي إعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للامم المتحدة (A/51/20/162/1997).

239- أمانح رحيم، مرجع سابق، ص ص 186-187.

240- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 385-386،- أنظر أيضا محمد عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص 178.

ثانيا: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

عالج مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني في المادة الثانية و الأخيرة منه والتي ينص على أنه:« يسري على التزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون ، قانون الدولة التي يوجد فيها المواطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتخذ مواطنا، فإذا اختلف مواطن يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول»[241].

وتبنى المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001 نفس الأحكام التي وردت في قانون نموذجي للتجارة الإلكترونية ولم يتطرق إلى مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني وإنما بحث في مسألة زمان إرسال وتسلم رسائل المعلومات في نص المادة 17 منه التي تنص:

ما لم يتفق المنشئ ومرسل الرسالة الإلكترونية عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عن المنشئ يتحدد وقت إستلام الرسالة الإلكترونية على النحو التالي:

إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يتم استلام: وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين، وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونية إذا أرسلت

إلى نظام معلومات تابع له ولكن ليس هو نظام معلومات تابع له ولكن ليس هو نظام معلومات المعين لإستقبال الرسالة.

إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تابع للمرسل إليه»[(242)] .

[241]محمد فواز المطالقة ، مرجع سابق ، ص 72._انظرأيضا أمانح رحيم أحمد، مرجع سابق ، ص195.
[242]أمانح رحيم أحمد ، مرجع سابق ،ص 155.

ونص القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه :

« ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة ومواجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك»[243].

المطلب الثاني

مكان إبرام العقد الإلكتروني

تكمن أهمية تحديد مكان إبرام العقد في تحديد المحكمة المختصة في النظر في النزاعات التي قد تثور بشأنه والعقد يخضع لمحكمة الدولة التي أبرم فيها، وفق القواعد العامة السارية فيه ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، وفي الانترنت يصعب تحديد مكان إرسال الرسالة الإلكترونية واستلامها وهي إشارة رقمية ترسل في الفضاء الخارجي، بسبب ذلك لا يزال مكان إبرام العقد محل النقاش، ونحن بصدد دراسة مكان إبرام العقد نعالج موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية **(الفرع الأول)** ثم يليه دراسة موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية

بالعودة إلى قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية نص المادة 15 فقرة 4 منه على: « ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.» والأعراض من هذه الفقرة:

إذا كان المنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل و أما كان مقر العمل الذي له وأوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

243- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 122.

إذا لم يكن المنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته للمتعاقد"[244].

يتضح من هذا النص أن قانون اليونيسترال النموذجي حدد مكان لأربع حالات هي:

1 – إتفاق الأطراف فأعطى الأولوية لاتفاق أطراف العقد في تحديد المكان.

2 – إذا لم يتفق الأطراف جعل المكان هو مقر عمل المرسل إليه الرسالة.

3 – إذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل جعل المكان هو مقر العمل الرئيسي.

4 – إذا لم يوجد مقر عمل جعل محل إقامة المرسل إليه المتعاقد فهو مكان انعقاد العقد[245].

وبناء على ما ذهب إليه قانون اليونيسترال اعتماد مقر عمل الموجب كمكان لإبرام العقد الإلكتروني، وانعقاده في اللحظة التي يتسلم فيها القبول، ما لم يتفق طرف العقد على غير ذلك وذلك كمحاولة تجاوزه هذه العقبة، التي لا شك أنها ستعترض انتشار التجارة الإلكترونية وازدهارها[246].

الفرع الثاني: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية

إن قوانين المعاملات الإلكترونية العربية قد تأثرت بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، فقد جاءت المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 مطابقة تماما مع القانون النموذجي. أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، فقد أشار إلى عنوان البائع في المادة 28 منه التي تنص على أنه: « ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق

244- قرار رقم 162-51،الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 30 جانفي 1997 تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مرجع سابق.
245- يحي يوسف فلاح حسن، مرجع سابق، ص 65.
246- محمد أبو الهيجاء،عقود التجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ،2005، ص 57.

الطرفان على خلاف ذلك.» ولم يبين النص ما هو المقصود بعنوان البائع وما هذا الحل فيما لو كان للبائع أكثر من عنوان[247].

ونستنتج من التشريعات التجارة الإلكترونية أنها تعرف بين المكان المحدد لانعقاد العـــقد أو مكان إرسال واستلام الوسائل الإلكترونية، والمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول نظرًا لاختلاف الوسيط الذي يتم من خلاله هذه المعاملات، وبذلك فإن هذه القوانين تعتبر استثناءًا من القواعد العامة و التي تقضي بأن التعاقد بين غائبين يتم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ويلاحظ بأن هذه القوانين لم تحدد ما سيعتبر مكان للعقد بين مكان الإرســـال أو الاستلام[248].

247- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 120.
248- المرجع نفسه، ص 121.

الخاتمة

يعتبر العقد الإلكتروني أحد أهم مظاهر التطور التكنولوجي وكذا أهم مسألة تشغل كتابات رجال القانون نظرًا لخصوصياتها وقد سعينا من خلال هذا العمل إلى دراسة مجلس العقد الإلكتروني بالإحاطة بالجوانب الملمة به، ابتداء بعرض الأحكام العامة للتعبير عن الإرادة التي فيها إعطاء مفهوم العقد الإلكتروني من ناحية تعريف وبيان أهم خصائصه ومميزاته، وثم البحث عن كيفية حدوث التعبير عن الإرادة إلكترونيا والعراقيل التي تشوبها.

كما عالجنا أهم نقطة قانونية لمجلس العقد الإلكتروني، ألا وهي طبيعته القانونية من خلال عرضنا لما هيته وأهم صوره.

وثم التعرف على تكوين العقد في مجلس العقد الإلكتروني بالبحث عن كيفية تطابق الإرادتين فيه، مع البحث عن تحديد زمان ومكان إنعقاده وكان هذا على ضوء بعض التشريعات الخاصة للمعاملات الإلكترونية الأجنبية والمواقيف الفقهية في بعض المواضيع ذات الصلة به، وتوصلنا إلى ما يلي:

عالجنا مفهوم العقد الإلكتروني واستنتجنا أن أول قانون صدر في هذا الخصوص قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أصدرته الأمم المتحدة في سنة 1996 والذي كان الأساس في أغلب التشريعات التي عالجت التجارة الإلكترونية خاصة تشريعات الدول العربية.

استنتجنا أن العقد الإلكتروني كغيره من العقود على أن وجه الخصوصية فيه يكمن في كونه يتم عن بعد وذلك باستخدام وسيط إلكتروني يتمثل في شبكة الإنترنت، إذا يتم التعبير عن الإرادة عبرها وذلك عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة التي يتم بين طرفي العقد، على أن ما يغلب في العقد الإلكتروني هو إبرامه دون حضور طرفي العقد في مجلس واحد كما هو معروف في العقود العادية بمعنى أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، كما يمكن أن يكون بين غائبين زمانا ومكانا.

بظهور هذا النوع من التعاقد أحدثت عدة إشكالات قانونية أهمها:

مشكلة اللغة ظهرت كون أن العقد الإلكتروني ذو طابع دولي، مما جعل الدول المتماسكة باستعمال لغتها تتراجع عن موقفها بتعديل قوانينها الداخلية.

تثير مسألة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الأنترنت صعوبة في تحديد هوية الشخص وشخصية الطرف المتعاقد لعدم وجود التقاء فعلي حقيقي إذا أصبح من الضروري إنشاء جهات للتحقيق من هوية طرفي العقد، كجهات التصديق، التوقيع الإلكتروني إلا أنها غير محققة للهدف.

إن مسألة ملائمة الإرادة من العيوب، مما هو متعارف عليه في القواعد العامة لها تأثير في العقد الإلكتروني إلا أنها غير كفيلة لتحقيق حماية للمستهلك في التعاقد عبر شبكة الإنترنت.

فيما يتعلق بطبيعة مجلس العقد الإلكتروني وكما رأينا فهذا الأخير يعتبر المرحلة الأخيرة من مراحل ما قبل التعاقد إذ تبرر أهمية هذه المرحلة في أن العقد لا يتم إلا من خلالها، فمجلس العقد الإلكتروني هو المكان والزمان الذي ينشغل فيهما الطرفين الذي يبدأ بالإيجاب البات وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد.

حكمة مشروعية مجلس العقد الإلكتروني هي توفير الحماية للمتعاقدين بتشريع خيارات الرجوع عن الإرادة للمتعاقدين وحفاظا على استقرار وحماية المعاملات التعاقدية.

من أهم شروط الصيغة اتحاد المجلس هو اقتران الإيجاب والقبول بمجلس واحد ويتحقق ذلك بحضور المتعاقدين في مجلس واحد وعدم الرجوع عنه صراحة أو ضمنيًا، وينقطع المجلس بمفارقته أي من المتعاقدين باختيارهما في التعاقد بين حاضرين، أما في التعاقد بين غائبين فلا ينظر إلى المفارقة الموجب لمجلسه، إنما ينفض المجلس بمفارقة من وجه إليه الخطاب بالإيجاب.

ينقسم مجلس العقد الإلكتروني إلى صورتين، حقيقي وحكمي، والمجلس الحقيقي هو المجلس الذي يجتمع فيه المتعاقدين في مكان واحد ويكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع كلا منهما الآخر مباشر دون انشغالهما بشاغل، حيث تبدأ بالإيجاب وينتهي بالرد قبولاً أيضًا أو بنفض دون رد.

أما مجلس العقد الحكمي هو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين فيه غير حاضر فيه، وهذا غالبا ما يكون عليه مجلس العقد الإلكتروني، إذ يعد المعيار الزماني الأنسب والأكثر مرونة للتمييز بين هاذين النوعين من التعاقد لاستطاعة مواكبة التطورات الحاصلة على أرض الواقع في وسائل الاتصال الحديثة.

فيما يتعلق بمرحلة تكوين مجلس العقد الإلكتروني والتي تعد مرحلة هامة بين المتعاقدين لأنها تمثل المبتغى الذي يسعى هذين الآخرين للوصول له، فعند قيام الموجب في إصدار إيجابه يجب أن يقوم ببيان العناصر اللازمة لهذا الإيجاب كافة وتحديد العرض تحديدًا كاملاً ومنفصلاً حتى يكون القابل على بينة من أمره في ذلك والإيجاب الإلكتروني يتسم بالدقة والوضوح.

لا يوجد تعريف خاص للإيجاب الإلكتروني في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية محل الدراسة إلا أن الفقه اجتهد فجاء ببعض التعاريف للإيجاب التقليدي إلا في وسيلة المستخدمة للتعبير عنه.

كما تناولنا مسألة تكييف العروض الموجهة إلى الجمهور عبر تقنيات شبكات الاتصال كما إذا كان إيجاب المعنى القانوني، فتوصلنا إلى عرض السلع والخدمات عبر شبكات الاتصال الحديثة دون بيان أثمانها والشروط الجوهرية للتعاقد لا يتضمن إيجابًا إنما لا يعدوا أن يكون مجرد دعوى للتعاقد.

لا يوجد تعريف خاص للقبول الإلكتروني في التشريعات الخاصة للمعاملات الإلكترونية إلا أن الفقه أورد تعريفات خاصة به، التي لا تختلف عن القبول التقليدي، والتعبير عن القبول الإلكتروني يكون صراحة إذا اتفق أغلبية فقهاء العصر الحديث على أن التعبير عن الإرادة في مجال العقد الإلكتروني لا يكون إلا صريحا وبذلك لا يوجد التعبير عن القبول ضمنيا، ويكون عبر شبكة الموقع بإرسال رسالة القبول وإما عبر البريد الإلكتروني أو بالضغط على زر الموافقة في لوحة المفاتيح الكمبيوتر.

أعطي للمستهلك حق العدول عن قبول رغم انعقاد العقد وهذا مخالف للقواعد العامة، وإن أجاز المشرع الجزائري هذا الحق في القواعد الخاصة لحماية المستهلك نجد أن التشريعات الحديثة المنظمة للعقد الإلكتروني وسعت من مضمونة ومجاله بشكل يضمن المزيد من الحماية للمستهلك.

تعد مسألة الإيجاب والقبول أدق المسائل العقدية، وبرغم من المساحة الواسعة لهما في القواعد العامة لكنهما لم يحضيا بتنظيم وافي في قوانين المعاملات الإلكترونية.

أما بالنسبة لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني فتعد أن مسألتان هامتان إذ بتحديد زمان العقد تحدد مسائل هامة نصت عليها القواعد العامة للعقد وفي هذا الشأن ظهرت عدة نظريات فقهية لقد أخذ قانون اليونسترال النموذجي نظرية التسلم القبول إذ اعتبر لحظة انعقاد العقد لحظة استلام تأكيد القبول ممن وجه إليه العرض وكانت الغاية من تأكيد القبول إتاحة الفرصة للقابل لتفكير والتأكد من إرادته لقبول العرض وهو ما أخذ به المشرع الأردني أما المشرع التونسي أحد بنظرية العلم بالقبول.

أما إذا كان إبرام العقد فقد بين أن القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية اعتد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه وإذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من موطن عمل، فيعتد بالمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني أو تنفيذه، إذا لم تتوفر هذه العلاقة فيعتد بمقر عمله الرئيسي، وإذا لم تكن هذه الأخيرة يعتد بمحل إقامته المعتادة.

حدد المشرع التونسي مكان إبرام العقد بمكان عنوان البائع، فحين أخذ المشرع الأردني والمشرع البحريني بنفس ما أتى به القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، إلا أن المشرع البحريني أضاف تحديد مكان الشخص الإعتباري وهو مكان الذي أسس فيه.

إن نظرية مجلس العقد فكرة إسلامية بحته، وليس وليدة المعاصرة حيث عالجها الفقه الإسلامي علاجا خاصا يمتاز بالدقة والإتقان.

كذلك يتجلى من خلال بحثنا هذا أين تطرقنا إلى بعض تشريعات المنظمة للتعاقد الإلكتروني أن المشرع الجزائري لا يزال يفتقر إلى نصوص قانونية منظمة للتعاقد الإلكتروني، بالرغم من أن التجارة الإلكترونية أصبحت واقعا لا يمكن إنكاره وأن رواجها قد وصل إلى الجزائر الأمر الذي نوصي به المشرع الجزائري أن يجسد منظومة قانونية خاصة للعقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية على حد سواء، وأن أول خطوة لا ربما يجب أن يتخذها هو تبني قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

وفي الختام وتجاوزًا كما يكون قد شاب في هذا العمل المتواضع من قصور أو سهوًا فالكمال لله سبحانه وتعالى وليا التوفيق.

قائمة المراجع

أولا: باللغة العربية

أ- الكتب

1_ أحمد أمانح رحيم، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار وائل للنشر، عمان، 2002.

2_ أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، "دراسة مقارنة"، دون طبعة، المكتبة القانونية دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2002.

3_ أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد و أثره في عقود التجارة الالكترونية " دراسة مقارنة" في الفقه الإسلامي و القانون الوضعي، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،2013.

4_ إلياس ناصف، العقود الدولية: (العقد الالكتروني في القانون المقارن) ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

5_ باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس العقد البيع بين النظرية و البيع، الطبعة الأولى، دار النفائس للنشر والتوزيع، نابلس، 2011.

6_ بشار محمد دودين، الإطار القانوني المبرم على شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006.

7_ تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الالكتروني عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى (د.ب.ن)، 2009.

8_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني "دراسة مقارنة"، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.

9_ زياد خليف العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الالكترونية، الإثبات و تحديد زمان و مكان انعقاد العقد، دار وائل للنشر، عمان، 2010.

10_ سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة"، كلية الحقوق، الجامعة الجديدة، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، 2008.

11_ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

12_ شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

13_ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية، عقد البيع الالكتروني "دراسة تحليلية"، الطبعة الأولى،دار الحامد، عمان، 2007.

14_ فراح مناني، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.

15_ لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة ، الجزائر، 2012.

16_ محمد أمين الرومي، النظام القانوني للتحكيم الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2006.

17_ محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005.

18 _محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة ؛ دار الفكر الجامعي،الإسكندرية، 2006.

19_ محمد ماجد سليمان أبا خيل،العقد الالكتروني ، الطبعة الأولى ؛ مكتبة الرشد ، الرياض ، 2009.

20_ محمد علاء الفواعر،العقود الإلكترونية التراضي ، التعبير عن الإرادة "دراسة مقارنة" ، الطبعة الأولى ،دار الثقافة ، عمان ، 2014.

21_ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

22_ محمد صديق عبد الله ، مجلس العقد "دراسة مقارنة" ، دار الكتب القانونية ، الإسكندرية ، 2009.

23_ محمد عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد الالكتروني "دراسة مقارنة"، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2009.

24_ محمود عبد الفتاح الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة من المعاملات الالكترونية عبر الانترنت، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية، 2011.

25_ مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت "دراسة مقارنة" دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

26_ مصطفى أحمد إبراهيم نصر، وسائل إثبات العقود الالكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

27 _ مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب، الإسكندرية، 2010.

28 _نبيل إبراهيم سعد وهام محمد محمود، المبادئ الأساسية في القانون [نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام]، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2011.

29_نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،2010.

2- الرسائل والمذكرات الجامعية:

أ_ رسائل الدكتـــــوراه:

1_ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال،، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014.

2_ عبد الحميد عنادل المطر، التراضي في العقود الالكترونية، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين شمس ، القاهرة،2009.

3_ عبد الوهاب المخلوفي، التجارة الالكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل شهادة الدكتورة في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

4 _ يمينة حوحو، عقد البيع الالكتروني "دراسة مقارنة"، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، بن عكنون، الجزائر، 2012.

ب_ المذكـــــــرات:

1 _ إسماعيل قطاف، العقود الالكترونية و حماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستر، فرع عقود ومسؤولية، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006.

2 _ زكية بولمعالي، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة من أجل الحصول على مذكرة الماجستر، فرع العقود المسؤولية، كلية الحقوق، جامعة يوسف بن خدة، الجزائر، 2013.

3 _ صبرينة قسنطيني حدة، العقد الالكتروني، (الانعقاد و الاثبات)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون السوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الصديق بن يحي، جيجل، 2012.

4 _ عبد الحميد بادي، الإيجاب و القبول في العقد الالكتروني، مذكرة من أجل الحصول على مذكرة الماجستر في الحقوق، فرع العقود و المسؤولية، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2012.

5 _ نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المدنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،2012.

6 _ لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008.

7 _ يحي يوسف فلاح حسن يوسف، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، أطروحة استكمال لنيل درجة الماجستر في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2007.

ج_ النصوص القانونية:

ج/1_ النصوص التشريعية الوطنية:

1 _ أمر رقم 75- 78 مؤرخ في 26- 09-1975 يتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج عدد 78 لسنة 1975 (معدل و متمم).

2_ القانون رقم 09_ 03 مؤرخ في 26 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش، ج ر ج ج عدد 15 صادر بتاريخ 08 مارس 2009.

3_ قانون رقم 05_ 10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل و المتمم للأمر رقم 75_ 58 المؤرخ في 26/09/1975 و المتضمن القانون المدني الجزائري، ج ر ج ج رقم 44 مؤرخة في 2005 الصادر بتاريخ 2005/06/26.

1 _ القانون رقم 83 مؤرخ في 2000/08/09 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، منشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسيةبتاريخ 2000/08/11. : http www.Orabeg.com/news/news/asp

2 _ قانون المعاملات الالكتروني الأردني رقم 85 لسنة 2001، مؤرخ في 31 ديسمبر 2001.

http : www.Orabeg.com

3 _ مشروع القانون التجاري المصري الصادر عن رئاسة مجلس الوزراء .

http :

www.damascubar.org.

4 _ قانون المبادلات و التجارة الالكترونية الإماراتي رقم 2 لسنه 2002.

3 _ القانون الفرنسي، المادة 1369_ 4 المستحدثة بمرسوم رما 2005 /674 المؤرخ في 16/06/2005.

ج 2 النصوص التشريعية الأجنبية:

1 _ قرار رقم 162/51 الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 30 جانفي 1997، تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (1997/162/51/20). www.unictral.org/pdf : http arabic

2_ قرار رقم 80/56 الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 24 جانفي 2002، تحت عنوان القانون 20 النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (2002/80/56).

www.unicitral.org.stuble/m/elecrig-a-daf.

هـ _المقالات:

1 _عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك، القانون الجزائري "دراسة مقارنة"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث المحلية 27 (1) ،لسنة 2013 ص ص(2-32).

2 _منصور حاتم محسن و إسراء حضير مظلوم، العدول عن التعاقد في عقد الاستهلاك الالكتروني "دراسة مقارنة"، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية و السياسية، العدد الثاني، السنة الرابعة د ص ص(49-58)

ثانيا : باللغة الفرنسية

1-Bensoussan Alain,le commerce électronique,aspects juridique ,éd HERMES ,Paris,1998.

2-MAS Florence,La conclusion des contrats du commerce élictronique, L.G.D.J ,Paris ,2005.

الفهـرس

الفهرس

مقدمة ---------- 02

الفصل الأول : الأحكام العامة للتعبير عن الإرادة في مجلس العقد الإلكتروني

---------- 07

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني---------- 08

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني ---------- 08

الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني ---------- 08

أولا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني ---------- 09

1- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات الأجنبية ----------09

أ- تعريف العقد الإلكتروني في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ----------9.

ب- تعريف العقد الإلكتروني في قانون التوجيه الأوروبي ---------- 10

ج- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الفرنسي ---------- 11

2- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية ---------- 11

أ- تعريف العقد الإلكتروني في القانون التونسي ---------- 11

ب- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الأردني ---------- 12

ج- تعريف العقد الإلكتروني في القانون المصري ---------- 13

د- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الإماراتي ---------- 14

ثانيا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني ---------- 14

1- التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني بحسب الوسيلة التي ينعقد بها ---------- 15

2- التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني باعتباره من العقود المبرمة عن بعد ---------- 15

أ- تعريف العقد الإلكتروني لدى الفقه الأمريكي ---------- 16

ب- تعريف العقد الإلكتروني لدى الفقه اللاتيني ---------- 16

الفرع الثاني: خصائص ومميزات العقد الإلكتروني ---------- 16

أولا: خصائص العقد الإلكتروني ----------17

-1_خصائص العقد الإلكتروني من حيث إبرامه ----------17

أ- العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية ---------- 17

ب- العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد ---------- 18

2_ خصائص العقد الإلكتروني من حيث إنعقاده---------- 19

أ_ العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري ---------- 19

ب- العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي ---------- 19

3_ خصائص العقد الإلكتروني من حيث الطبيعة القانونية ---------- 20

أ- العقد الإلكتروني عقد إذعان ---------- 20

ب- العقد الرضائي عقد رضائي ---------- 22

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له ---------- 22

1- تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود حسب طريقة التعاقد ---------- 23

أ- تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد التقليدي ---------- 23

ب- تمييز التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف ---------- 24

ج- تمييز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق التليفون ---------- 24

د- تمييز التعاقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الفاكس والتليكس ---------- 25

هـ- تمييز التعاقد الإلكتروني عن طريق التعاقد بالكاتالوج ----------26

2- تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية ----------26

أ- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيواء---------- 27

ب- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الدخول إلى الشبكة ---------- 27

ج- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيجار المعلوماتي ----------28

د- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء متجر إفتراضي ----------28

هـ- تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء الموقع ----------29

المطلب الثاني: ضرورة التعبير عن الإرادة في مجلس العقد----------29

الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة الإلكترونية ----------29

أولا: التعبير عن الإرادة الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني ---------- 30

ثانيا: التعبير عن الإرادة الإلكترونية عبر عبر شبكة مواقع (الويب) ----------30

ثالثا: التعبير عن الإرادة الإلكترونية عن طريق غرفة المحادثة ---------- 31

الفرع الثاني: عراقيل التعبير عن الإرادة في مجلس العقد ----------32

أولا: صعوبات تحديد هوية الشخص المتعاقد إلكترونيا ----------32

1- التوقيع الإلكتروني ----------33

2- البطاقة البنكية ----------34

3- جهة التصديق ----------34

ثانيا: عيوب الإرادة الإلكترونية ----------34

1- عيب الغلط ----------35
2- عيب التدليس ----------36
3- عيب الإكراه ----------36
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني ----------37
المطلب الأول: ماهية مجلس العقد الإلكتروني ----------38
الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني ----------38
أولا: مجلس العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي ----------38
ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني في الفقه المعاصر ----------39
الفرع الثاني: عناصر مجلس العقد الإلكتروني والحكمة منه ----------41
أولا: عناصر مجلس العقد الإلكتروني ----------41
1- مجلس العقد الإلكتروني وحدة مكانية ----------41
2- مجلس العقد وحدة معنوية ----------42
ثانيا: حكمة مجلس العقد الإلكتروني ---------- 43
1- حماية مجلس العقد للمتعاقدين والغير ----------43
2- حماية مجلس العقد للمتعاقد ذاته ----------43
المطلب الثاني: صور مجلس العقد الإلكتروني ----------44
الفرع الأول: مجلس العقد الحقيقي ----------45
أولا: المقصود بمجلس العقد الحقيقي ----------45
ثانيا: شروط مجلس العقد الحقيقي----------46

1- الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس----------46

2- أن يتم العلم بالإيجاب لحظة صدوره ----------46

الفرع الثاني مجلس العقد الحكمي " التعاقد بين غائبين----------47

أولا: مفهوم مجلس العقد الحكمي ----------47

1- المقصود بمجلس العقد الحكمي----------47

2- شروط مجلس العقد الحكمي ---------- 48

الشرط الأول: وجود الإيجاب والقبول وتوافر وسيلة العلم الطرف الآخر ----------48

الشرط الثاني: أن يظل المتعاقدين منشغلان بالتعاقد----------49

الفصل الثاني: تكوين العقد في مجلس العقد الإلكتروني

50 ----------

المبحث الأول: تطابق الإرادتين في مجلس العقد الإلكتروني ----------50

المطلب الأول: الإيجاب الإلكتروني ----------50

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني----------51

أولا: تعريف الإيجاب الإلكتروني ----------51

ثانيا: تمييز الإيجاب الإلكتروني هما يشابهه ----------53

1- التمييز بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتفاوض ----------53

2- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الإعلان----------54

أ- الإعلان بمثابة دعوة للتعاقد---------- 55

ب- الإعلان بمثابة الإيجاب الإلكتروني ---------- 55

الفرع الثاني: بعض المسائل القانوينة الخاصة بالإيجاب الإلكتروني ----------56

أولا: النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني ---------- 56

ثانيا: لغة الإيجاب الإلكتروني---------- 57

ثالثا: القوة الملزمة للإيجاب ---------- 59

الحالة الأولى: في حالة تحديد أجل الإيجاب ----------59

الحالة الثانية: في حالة عدم تحديد أجل الإيجاب ----------60

المطلب الثاني: القبول الإلكتروني ----------60

الفرع الأول: ماهية القبول الإلكتروني ----------61

أولا: تعريف القبول الإلكتروني ---------- 61

1- تعريف القبول الإلكتروني في المبادلات الإلكترونية الأوروبية (الأجنبية----------62

أ- تعريف العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية الأوروبي ----------62

ب- تعريف لحنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية (اليونسترال) ----------62

ج- تعريف إتفاقية فينا ----------63

2- تعريف القبول الإلكتروني في قانون المعاملات العربية---------- 63

أ- تعريف القبول الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردنية----------64

ب- تعريف القبول الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي ----------66

ج- تعريف القبول الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية التونسي ----------67

د- تعريف القبول الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية البحرين ----------68

ثانيا: طرق التعبير عن الإرادة في القبول الإلكتروني----------68

1- التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني ----------68

أ- النقر على أيقونة القبول ----------69

ب- القبول عبر البريد الإلكتروني ----------71

ج- القبول الإلكتروني عن طريق المحادثة والمشاهدة المباشرة ----------72

2- التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني ----------72

أ- إتخاذ موقف دال على القبول ----------72

ب- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني----------75

الفرع الثاني: العدول عن القبول الإلكتروني ----------74

أولا: مضمون الحق في العدول ----------75.

ثانيا: الأساس القانوني لحق العدول ----------76

المبحث الثاني: زمان ومكان إنعقاد العقد الإلكتروني----------77

المطلب الأول: زمان إنعقاد العقد الإلكتروني----------78

الفرع الأول: موقف الفقه من تحديد زمان إنعقاد العقد ----------78

أولا: نظرية إعلان القبول ----------78

ثانيا: نظرية تصدير القبول ----------79

ثالثا: نظرية إستلام القبول ----------79

رابعا: نظرية العلم بالقبول ----------80

الفرع الثاني: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية ----------81

أولا: موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية----------81

ثانيا: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية ----------82

المطلب الثاني: مكان إبرام العقد الإلكتروني ---------- 83

الفرع الأول: موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ---------- 84

الفرع الثاني: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية ---------- 85

الخاتمة ---------- 88

قائمة المراجع ---------- 94

الفهرس ---------- 100

الملخص

مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنت

ملخص المذكرة باللغة العربية:

بالتقاء الإرادتين يتم تكون العقد، سواء تم هذا لأخير بالطرق التقليدية أي بالالتقاء المادي لأطراف العقد أو عن طريق التعاقد الالكتروني، من هذا المنطلق، فإن وجه الخصوصية في تبادل التراضي الالكتروني هو كون أن أطراف العلاقة العقدية لا يلتقيان وجها لوجه في مجلس العقد.

دراسة مفهوم مجلس العقد الالكتروني يتلخص في مسألة العامل "الالكتروني" مما يطرح إشكالية متعلقة بالعقود التي تبرم عن بعد. و قد ساهم الفقه و الاجتهاد القضائي في وضع حلول لمسألة العقود التي تبرم عن بعد أو ما يسمى بالتعاقد بين غائبين، وذلك بالنظر إلى الغموض و العقابات التي يصادفها مجرى العقد الالكتروني.

Résumé du mémoire en langue française

C’est la rencontre des volontés qui va permettre la formation du contrat, que ce dernier soit ou non conclu par voie électronique. De ce point de vue la seule particularité des échanges des consentements électroniques réside à priori dans le fait que les contractants ne se trouvent pas en présence l’un de l’autre dans la séance contractuelle. Mais la doctrine et la jurisprudence ont déjà élaboré des solutions pour la question de consentement dans les « contrats à distance » ou « entre absents ». L’analyse de la notion de la séance contractuelle à l’épreuve de l’électronique semble de réduire à l’examen de la problématique des contrats « entre absents ». Cette première approche doit néanmoins être nuancée, en raison du caractère spécifique du processus contractuel électronique.