

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي و البحث العلمي

جامعة جيلالي اليابس/سيدي بلعباس

كلية الحقوق و العلوم السياسية

تكوين العقد الالكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري

أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في القانون الخاص

إشراف الأستاذ الدكتور

بموسات عبد الوهاب

إعداد الطالب

بن جبارة عباس

أعضاء لجنة المناقشة

جامعة سيدي بلعباس رئيسا

-أ.د. كمال بومدين

جامعة سيدي بلعباس مشرفا ومقررا

-أ.د. بموسات عبد الوهاب

جامعة تلمسان عضوا

-أ.د. بوعزة ديدن

جامعة تلمسان عضوا

-أ.د. شهيدة قادة

السنة الجامعية 2014/2013

المقدمة:

إن التطورات المتلاحقة التي شهدتها الربع الأخير من القرن العشرين في مجال المعلومات والاتصالات بسبب انتشار الأجهزة الإلكترونية الحديثة أدى إلى تحول جذري وكبير وتغير في أنماط الحياة بصفة عامة والحياة القانونية بصفة خاصة.

فإذا كانت التجارة قد عُرفت بجذورها العريقة منذ آلاف السنين فإن الثورة المعلوماتية لم تبتكر تجارة جديدة فحسب بل أحدثت انقلابا وثورة رقمية في كيفية إتمام المعاملات التجارية والاستفادة من تكنولوجيا المعلومات من خلال استخدام أجهزة إلكترونية وتقنية¹.

ولقد أدى بروز هذه الأجهزة الإلكترونية وتقدمها إلى توفير المعلومات وغازتها إلى جانب سهولة نقلها وانسيابها داخليا وخارجيا ترتب عنه تأثير كبير في المعاملات القانونية التي شهدت نقلة نوعية من اعتمادها على الوسائل التقليدية في إبرام العقود والصفقات إلى الوسائل الإلكترونية تستخدم فيها وسائل الاتصال الحديثة وعلى رأسها شبكة الإنترنت².

ولم تعد تقتصر شبكة الإنترنت على أنها وسيلة لتبادل المعلومات والحصول عليها من شتى أنحاء العالم بل تعدت ذلك وأصبحت أيضا وسيلة يتم من خلالها إبرام العقود بمختلف أنواعها، وهو ما يسمى بالعقود الإلكترونية أو عقود التجارة الإلكترونية³.

وأصبحت العقود الإلكترونية أحد استحقاقات مرحلة التطور التكنولوجي رفيع المستوى الذي بلغه العالم في الوقت الحالي والذي تزامن معه تطور في العلاقات المختلفة بين الأفراد عبر الدول بما فيها العلاقات الاقتصادية والتجارية.

ومما لا شك فيه أن التعامل التجاري عبر الإنترنت وكذا بوسائل الاتصال الحديثة شكل أحد المتغيرات التي يجب التعامل معها وتقنينها بشكل يضبط معاييرها، خاصة وأن

¹ - راجع: د. هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، ص 08.

² - حول مفهوم الإنترنت وتطوره التاريخي راجع: منير محمد الجنبهي وممدوح محمد الجنبهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، ص 12.

³ - أنظر: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 13.

مؤسسات الإحصاء العالمية تفيد بتصاعد حجم التجارة الإلكترونية عاماً بعد عام وبأضعاف مضاعفة عما كانت عليه سابقاً¹.

كما أن التغيير الأساسي الذي طرأ على التجارة الإلكترونية ليس في مفهوم النشاط التجاري وإنما بوسائل وأدوات ممارسة وطبيعة العلاقات الناشئة في هذا الإطار، فالإنترنت والحاسوب وأنظمة المعلومات أدخلت عناصر جديدة على المفهوم التقليدي للتجارة وخلفت تحديات قانونية كثيرة لم تكن موجودة في السابق².

غير أنه هناك بعض المسائل أعاققت تقدم التجارة الإلكترونية أبرزها تخلف الآليات القانونية عن التعامل معها، لا سيما التشريعات الداخلية للدول النامية، إذ أصبحت قواعد نصوصها التقليدية عاجزة عن مواكبة الوثبة السريعة التي أحدثتها التعامل عبر نظام شبكة الإنترنت، فهذه القوانين الكلاسيكية وضعت لتنظيم التجارة التقليدية التي تعتمد على السلع المادية، والنقود العادية، والتعامل بالأوراق والمستندات الورقية كدليل للإثبات، إلى جانب التلاقي المادي المعاصر لأطراف العلاقة العقدية، وتبادل إرادتهما بصورة سليمة وحررة³ في حين أن التجارة الإلكترونية لا تعتمد على هذه الوسائل ذلك أن التعامل الحديث أصبح يتم في بيئة إلكترونية حيث تم التبادل بين الإرادتين وتوافقهما إلكترونياً أي باستخدام وسائل ووسائط إلكترونية غير مألوفة في التعاقد التقليدي إلى جانب غياب التلاقي المادي والمعاصر بين المتعاقدين، هذا فضلا عن المشاكل الأخرى التي تعيق التجارة الإلكترونية بصفة عامة وخاصة في التعاقد الإلكتروني في مرحلة تنفيذه، كالدفع والوفاء عن طريق نوع جديد من النقود تعرف باسم النقود الإلكترونية أو النقود الرقمية⁴، وكذا صعوبة إثبات المعاملات

¹ - راجع: د. نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2009، ص 05.
² - بلال الصنديد، مداخلة بعنوان: ملاحظات حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية المنعقدة في جامعة الكويت بتاريخ 2005/04/05.

³ - انظر: د. عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص 9.

⁴ - حول مفهوم النقود الرقمية راجع: د. محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007، ص 149.

الإلكترونية التي لا تعتمد على الدعائم الورقية وإنما على مستندات إلكترونية هذا إلى جانب الصعوبات الشائعة كعمليات السطو والقرصنة عبر الإنترنت¹.

ولا يخفى على أحد أن التعاقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كالتلكس والفاكس والتلفزيون والإنترنت، يثير مشكلات قانونية جديدة في الواقع العملي أهمها: طرق التعبير عن الإرادة سواء كان في صورة قبول أم إيجاب، ذلك أن التعبير عن الإيجاب إلكترونياً يمتد ويتعدى حدود الدولة الواحدة من خلال توجيه هذا العرض عن طريق شاشات التلفاز أو عبر شبكة الإنترنت أو غيره من الوسائل الإلكترونية، وكل ذلك في غياب الالتقاء المادي المعاصر مما يدفع الموجب له إلى التعاقد دون قناعة كاملة بسبب البعد المكاني والضغط الإعلامي والإعلانية²، وهذا إلى جانب بروز أشكال جديدة في التعبير كالضغط على زر لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب الآلي، وعملية تحميل البرامج المعلوماتية من حاسوب إلى آخر ومسألة تكييف الإعلانات على شبكة الإنترنت بين الدعوة إلى التعاقد والإيجاب التام، ومدى الاعتداد بالسكوت كقبول في البيئة الإلكترونية.

وكذلك يطرح التعاقد الإلكتروني وعلى الخصوص الذي يتم عبر الإنترنت مسألة في غاية الأهمية وهي "مجلس العقد" التي تعيد طرح إشكالية تكوين الروابط العقدية بين الغائبين³، وتحديد مكان وزمان انعقاده لا سيما وأن هناك جدل قائم حول طبيعة هذا المجلس ومدى اعتباره تعاقداً بين غائبين أم بين حاضرين وهل يصدق الوصف على جميع وسائل الاتصال الإلكترونية.

ونظراً لأهمية التجارة الإلكترونية والتعاملات الإلكترونية وتشجيعاً لانتشارها وبث الثقة فيها، فقد تضافرت الجهود الدولية والوطنية لتذليل كل العقبات التي تعترض هذه المعاملات، والعمل على تهيئة البنية القانونية التي تتلاءم وهذه العقود الإلكترونية، سواء من

¹ - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 05.

² - د. محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة معارف، مصر، 2008، ص 08.

³ - د. محمد سعداوي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، طبعة 2008، ص 173.

حيث تكوينها أو من حيث توثيقها وإثباتها، مما أدى إلى قيام هيئة جمعية الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL)¹ بإصدار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في 1996/12/16 تحت رقم (16I/15) كقانون استرشادي يمكن من خلاله الاستفادة منه كأساس عند إصدار التشريعات الوطنية للتجارة الإلكترونية، وهو قانون يقوم على مبدأ التنظير الوظيفي أو ما يعرف بالمعادل الوظيفي أي تكافؤ بين الكتابة والمحركات الإلكترونية والكتابة والمحركات الورقية من حيث الوظائف². ومبدأ الحياد التكنولوجي الذي يفيد الاعتراف بجميع الآليات أو الوسائل التقنية بغض النظر عن الركيزة التي تستخدمها³.

ويتضمن هذا القانون على مجموعة من القواعد والإرشادات التي تهدف إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر ملاءمة للتجارة الإلكترونية من خلال الاعتراف بتبادل البيانات إلكترونياً وقبول الرسائل، والاعتراف بالإثبات الإلكتروني، كما صدر أيضاً قانون الأمم المتحدة النموذجي الإلكتروني المؤرخ في 05 جوان 2001 بشأن التوقيع الإلكتروني⁴، بهدف الإقرار والاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني وبيان الشروط والمتطلبات اللازمة بذلك، مع العلم أن هذين القانونين ليسا ملزمين للدول وإنما يمثلان مجرد نموذجين للاهتمام بهما عند وضع التشريعات الداخلية.

وكل ذلك كان بهدف إزالة العقبات التي تعوق تطور نمو التجارة الإلكترونية وكنتيجة طبيعية لازدياد التعامل الإلكتروني وانتشار الوسائل المعلوماتية التي أوجدت طرق جديدة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود التي تتم عن بعد وغيرها من التحديات التي طالت حياة الأفراد الخاصة في أموالهم وشخصهم⁵.

¹ - للدلالة على الاسم (United Nations Commission International Trade Law).

أنظر على الرابط التالي: <http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-econm-ebook.pdf>
² - أنظر: د. بشار محمود دودين، الإطار القانوني لعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010، ص 11.

³ - أنظر: عبد الله أحمد باقر الكندري، تعليق على بعض نصوص قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، مقال منشور في مجلة، ص 193.

⁴ - للاطلاع على مضمون القانون انظر موقعه الإلكتروني التالية:

<http://www.UNICTRAL.org/pdf/arabic/text5/electcom/ML-lclcsige-a.pdf>

⁵ - راجع: د. إبراهيم محمد الحمود، تعليق على بعض نصوص قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 03، سبتمبر 2005، ص 193.

وفي الاتجاه نفسه قامت العديد من الدول بسن التشريعات المنظمة للتعاملات

الإلكترونية وإثباتها وتوثيقها ونذكر منها:

- القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) الصادر 1999
- التوجيه الأوربي رقم 1997/07 الصادر بتاريخ والمتعلق
- التوجيه الأوربي رقم 1999/93 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني.
- التوجيه الأوربي رقم 2000/31 المؤرخ في 2000/06/08 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- التشريع الكندي الموحد لسنة 2000 الصادر بتاريخ المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- القانون الفرنسي رقم 21/88 الصادر بتاريخ 1998/01/06 المتعلق بعمليات البيع بالتلفزيون.
- قانون رقم 2004/575 الصادر في 22 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي.

كما أصدرت بعض الدول العربية تشريعات تنظم التجارة الإلكترونية، والتوقيعات

الإلكترونية وبصفة عامة التعاملات الإلكترونية نذكر منها:

- القانون التونسي رقم 2000/83 الصادر بتاريخ 09 أوت 2000 والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية.
- القانون الأردني رقم 2001/85 الصادر بتاريخ 2001/12/11 والمتضمن المعاملات الإلكترونية.
- قانون إمارة دبي الصادر في 2002/02/12 والمتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.
- القانون البحريني للتجارة الإلكترونية رقم 2002/28 الصادر بتاريخ 2002/09/14.

موضوع البحث:

يتناول موضوع الرسالة العقد الإلكتروني في مرحلة تكوينه وإبرامه حيث أن هذا النوع من العقود قد يتم بين أطراف من ذات الدولة، وقد يتم بين أطراف دول مختلفة مما يضيف عليه الطابع الدولي الذي يميزه.

وكان التركيز في هذه الدراسة على التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الإنترنت بسبب شيوع استعمال هذا الوسيط من ناحية ولكونه يجمع خصائص كل الوسائط الإلكترونية الأخرى فهو يجمع بين الصوت والصورة والكتابة وبالتالي فدراسته تشمل التطرق لكل الآليات التقنية والإلكترونية التي يتم بواسطتها.

كما نتعرض في هذه الرسالة إلى واقع التعاقد الإلكتروني وأثره على القانون المدني الجزائري في ظل الغياب التام لتشريع خاص بالمعاملات الإلكترونية. وهذا الفراغ القانوني يضيف على التجارة الإلكترونية نوعاً من "الظلمة" التي تترك أثرها في قرار المتعاقدين الراغبين في إجراء معاملاتهم الإلكترونية¹. وذلك بالبحث عن مدى فعالية وكفاية هذه القواعد (المنظمة للعقد في القانون المدني الجزائري) في تنظيم التعاقد الإلكتروني لا سيما في مرحلة تكوينه وإبرامه.

وفي إطار موضوع الرسالة سيتم توضيح مسألتين أساسيتين وهما:

- 1) التصدي للبيئة الإلكترونية التي يتم فيها العقد من خلال التطرق لبيان ماهية التجارة الإلكترونية²، ثم الحديث عن العقد الإلكتروني من خلال إعطاء تعريف له وتمييزه عن العقود المشابهة له والبحث عن مدى مشروعية التعبير عن الإرادة إلكترونياً، وطرق التعبير عنها وبيان سلامتها وصحتها ومشكلة التفاوض الإلكتروني كمرحلة ممهدة لانعقاد العقد الإلكتروني.

¹ - المحامي عبد الله أحمد باقر الكندري، المرجع السابق، ص 193.

² - تعد التجارة الإلكترونية البيئة التي ينشأ فيها العقد الإلكتروني §§§§ . أكثر تفصيل راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 07.

(2) بيان صور التراضي في العقد الإلكتروني من خلال البحث في وسائل التعبير عن الإيجاب والقبول، مع معالجة مشكلة تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني¹، وكذا الوقوف عند مسألة صعوبة تحديد مكان وزمان اقتران القبول والإيجاب إلكترونياً.

أهمية البحث:

لقد أدى ازدياد وتيرة استخدام شبكة الإنترنت في التعاملات التجارية إلى ظهور ما يعرف بالمعاملات الإلكترونية أو التجارة الإلكترونية والتي أصبحت واقعاً يفرض نفسه على صعيد التجارة الدولية والتعاملات اليومية للأفراد.

وظهر بشأن ذلك الكثير من الجدل والنقاش حول مدى ملاءمة العديد من القواعد والمبادئ القانونية التقليدية التي تحكم نظم التعاقد وإبرام الصفقات والنشاطات التجارية حيث أن الوسائل المتعلقة بإبرام العقود وطرق التعبير عن الإيجاب والقبول ومكان وزمان انعقاده، أضحت لا تفي بمقتضيات التجارة الإلكترونية خاصة وأن تلك القواعد تعتمد على المستندات الورقية وهي الأمور التي تجاوزتها التجارة الإلكترونية².

لذا دعت الحاجة إلى محاولة سد الفراغ التشريعي الناجم عن متطلبات تنظيم المعاملات الإلكترونية، الأمر الذي دفع بالمجتمع الدولي إلى إعطاء أهمية خاصة للبحث عن الإطار القانوني الملائم للمتغيرات الكبيرة التي أحدثتها تكنولوجيا المعلومات والاتصال.

ونظراً لكون التجارة الإلكترونية سبقت بخطوات كبيرة التنظيم القانوني فإن أهمية الدراسة تكمن في البحث عن خصوصية هذا الوليد باعتباره من العقود الغير المسماة في التشريع الجزائري والوقوف عنده على مدى كفاية نصوص القانون المدني في التصدي له.

كما تبرز أهمية هذه الدراسة بسبب غياب نصوص تشريعية مستقلة تنظم المعاملات الإلكترونية في الجزائر اللهم إلا بعض المحاولات القليلة للمشروع الجزائري والتي نلمسها في

¹ - تعد فكرة مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني من أبرز المشكلات التي يثيرها هذا النوع الجديد من العقود. أنظر: د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2008.

² - انظر: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت ، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، ص 15.

إصدار المرسوم التنظيمي رقم 98/257 المؤرخ في 25 أوت 1998 المتضمن شروط استغلال الإنترنت، وكذا تعديل القانون المدني الجزائري بقانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 ماي 2005 بإدراج المادة 323 كوسيلة للإثبات فقط دون أن يتعدى مرحلة إبرام العقد وتكوينه كما فعلت أغلب التشريعات العربية التي اهتمت بصياغة تنظيم تشريعي للمعاملات الإلكترونية.

ذلك أن المعاملات الإلكترونية أصبحت بأهميتها ومميزاتها واقعا ملموسا لا بد من التعامل معه آجلا أم عاجلا، ولا يمكن تجاهلها في أي مجال أو قطاع.

كما يعد الانتشار السريع للإنترنت واستخدامها المكث من قبل الأفراد والمؤسسات الرسمية والغير رسمية والشركات التجارية في الجزائر على الرغم من حداثة تطبيقها واستعمالها دليلا واضحا على ذلك، ولم يعد بمقدور المتعاملين في الجزائر تجاهلها في مبادلاتهم الاقتصادية¹.

لهذا يتفق رجال القانون والفقهاء على ضرورة صياغة القواعد القانونية المعمول بها حاليا وتعديلها أو صياغة قانون مستقل ينظم المعاملات الإلكترونية ويتماشى مع التطور الذي يفرضه العالم الإلكتروني الجديد.

صعوبة البحث:

تتجلى صعوبة البحث في هذه الرسالة هو تطرقها للتجارة الإلكترونية و التي لا تزال حديثة العهد في الجزائر و إن كانت قد تقدمت خطوات كبيرة في بعض الدول الأجنبية الأمر الذي اقتضى اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني من الأنظمة الداخلية لمختلف الدول كما استوجب اللجوء إلى العديد من القوانين النموذجية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة و التوجيهات الأوروبية.

¹ - جاء في تقرير البنك الدولي أن أغلب المنظمات لن تقبل موردين جدد، إلا إذا برهنوا على أن لديهم القدرة على التعامل بطريق التبادل الإلكتروني للبيانات. حول هذا التقرير راجع تعليقا له. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، مقال منشور في مجلة المنظمة العربية للتنمية الإدارية، عدد 04، سنة 2008، س 53.

كما برزت الصعوبة في ندرة الأحكام و الاجتهادات القضائية لاسيما في مرحلة تكوين العقد الالكتروني في مقابل تنوعها و غزارتها فيما يتعلق بالإثبات الالكتروني ، وهذا لآجل الاستئناس و الاستهداء بها إلى الحل المناسب للمشكلات التي تطرحها الدراسة، أو الاستعانة بها للتعرف على حقيقة المعنى المقصود من بعض القواعد التشريعية التي ينقصها الوضوح من جهة وكذلك لتبديد الغموض الذي يكتنف بعض الخصوصيات الشاذة لهذا الوليد الجديد من العقود.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية البحث في أن التعاقد الالكتروني يتميز بالطبيعة غير المادية وأن ذلك يأخذ بنا إلى البحث عن مدى الموائمة بين المفهوم الحديث للتعاقد الالكتروني والتعاقد اليدوي التقليدي الذي يعتمد على الوثيقة الورقية المادية لذا فإن هذا النوع الحديث من المعاملات عبر شبكة الإنترنت أحدث قلقا تشريعا على المستوى الدولي والمستوى الداخلي على حد سواء . ولذلك فهو يثير بصفة عامة ثلاث مشاكل تتلخص في ثلاث مسائل حيوية عند إجراء معاملة عن طريق الوسائط الإلكترونية وهي:

01 - مدى مشروعية التعاملات الالكترونية في التشريع الجزائري خاصة أنه ضمن الدول التي لم تصدر فيها القوانين المنظمة للشأن الالكتروني؟ و هل تصدق القواعد العامة المنظمة لنظرية العقد في القانون المدني للتصدي لهذا النوع الجديد من العقود ؟ أم أن الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي لإصدار قوانين يمكن تطبيق قواعدها على هذه المعاملات؟

02 - هل يمكن الوثوق بهذه العقود إلى الحد الذي يولد الثقة و الأمان بهذه الوسائل الحديثة ؟

03 - ما هي قواعد التعامل الالكتروني بين الأطراف؟

والتساؤل عن مدى مشروعية التعاقد الإلكتروني يثير في حد ذاته التساؤل عن صور الجديدة للتعبير عن الإرادة الكترونيا و بيان الطبيعة القانونية لمجلس التعاقد الإلكتروني ؟ و هل استطاعت التشريعات العربية التي تناولت المعاملات الالكترونية أن تواجه هذا النوع الجديد من المعاملات؟ لاسيما في حل مشكلة تحديد شخص المتعاقد و مكان و زمان انعقاد العقد وكيفية تبادل الإيجاب والقبول؟

منهجية البحث:

تم الاعتماد في هذه الدراسة على المنهج الوصفي والمنهج التحليلي نظرا لكون أن المنهجين لا يتعارضان م حيث طريقة البحث بل هما يكملان بعضهما البعض، كما أن اعتماد المنهج الوصفي كان لأجل عرض المعلومات والحقائق عن الموضوع بإباز مفهوم التعاقد الإلكتروني وتمييزه عن العقود المشابهة له مع وصف وتفسير المستجدات الحالية والعوامل التي أدت إلى بروز هذا النوع الجديد من العقود.

كما أن استخدام المنهج التحليلي لأجل تحديد طبيعة الإشكالية واستعراض الأحكام الفقهية والقانونية ذات الصلة بالتعاقد لغرض التحري عن مدى ملاءمة تطبيقها كل الإشكالية التي ظهرت نتيجة تزايد المعاملات الإلكترونية.

هذا فضلا عن المنهج المقارن الذي تم الاعتماد عليه في كل فصول البحث الأربعة، وذلك بتلمس مدى توافق خصوصية التعاقد مع القواعد العامة في القانون المدني الجزائري ثم عرض المسألة ذاتها على القوانين والتشريعات الوطنية والدولية الأجنبية التي تضمنت المعاملات كقانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة المتعلق بالتجارة الإلكترونية وكذا أحكام التوجيه الأوربي بشأن التجارة الإلكترونية مع إجراء مقارنة علمية بين هذه التشريعات مع آراء الفقهاء ورجال القضاء.

خطة البحث:

لأجل تحقيق الأهداف المرجوة من البحث فإنه تم تقسيمه إلى بابين اثنين يتضمن كل واحد منهما فصلين على النحو التالي:

الباب الأول: خصص في أوله محاولة اعطاء مفهوم للعقد الإلكتروني من خلال تعريف التجارة الإلكترونية باعتبارها البيئة الافتراضية لابرار العقود الإلكترونية ثم الولوج لدراسة التعاقد الإلكتروني من خلال تعريفه وضبط مصطلحه و ابراز سماته و خصوصياته ثم تمييزه عن العقود المشابهة له ، أما الشق الثاني فخصص في ضبط مفهوم المفاوضة الإلكترونية كمرحلة تمهيدية للتعاقد الإلكتروني و مدى أهميتها في مثل هذه العقود الحديثة .

الباب الثاني : يتناول صور التراضي في العقد الالكتروني بدراسة عنصره الايجاب و القبول مع التفصيل في صور و طرق التعبير عنهما و مدى كفاية نصوص القانون المدني في التصدي للاشكالات التي يثيرها . إلى جانب توضيح الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني و تحديد مكان و زمان انعقاده بالصيغة الالكترونية هذا فضلا عن الوقوف على خصوصية ركني المحل و السبب في العقد الالكتروني و أخيرا دراسة الحلول و البدائل المقترحة في فض النزاعات التي تثيرها المنازعة الالكترونية.

الباب الأول

القواعد العامة للتعاقد الإلكتروني خصوصياته

تقوم التجارة الإلكترونية على تبادل القيم من سلع و خدمات في مقابل نقدي أو عيني شأنها في ذلك شأن التجارة العادية ، غير أن ما يميز التجارة الإلكترونية أنها تتم باستخدام تقنيات نقل بيانات التعاقد في إطار فضاء الكتروني من خلال شبكة من شبكات المعلومات و الاتصالات مثل الانترنت ، و بالتالي فإن العقد الإلكتروني سوف يتم إبرامه في هذا الإطار أيضا¹. غير أنه ينبغي عدم الخلط بين مصطلح التجارة الإلكترونية و مصطلح العقود الإلكترونية فهما ليسا مصطلحين مترادفين كما يسود الاعتقاد لدى البعض و إنما هما مصطلحين مختلفين، فالتعاقد الإلكتروني أوسع مجالا و أكثر شمولية. فهو يشمل التجارة الإلكترونية و البنوك الإلكترونية و الحكومة الإلكترونية و سائر الأعمال حتى تلك التي لا تهدف تحقيق الربح ما دامت قد أبرمت بوسيلة الكترونية ، في حين أن التجارة الإلكترونية تقتصر على النشاط التجاري فقط و لاسيما التعاقدات حول طلب المنتجات و الخدمات باستخدام وسائل الكترونية و ضمن بيئة الكترونية².

و تشهد العقود الإلكترونية نموا متزايدا حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية و الداخلية، وبصفة خاصة في دول الشمال نتيجة تطورها التكنولوجي الهائل ، و يرجع السبب في ذلك إلى سهولة و سرعة إبرام هذه العقود³.

و بالرجوع إلى القواعد العامة للتعاقد و المستمدة من النظرية العامة في الالتزامات التي وضعت لتنظيم التعاقد في الشكل التقليدي دون الإلكتروني، بحكم أنه يتم عبر شبكات اتصال دولية من أهمها الانترنت، و هو ما يدعو إلى محاولة التعرف على ماهية العقد

¹ - انظر: د.أيمن مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 22.

² - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 39.

³ - د. مخلوفي عبد الوهاب ، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، رسالة الدكتوراه في العلوم في الحقوق ، قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص 52.

الالكتروني و خصوصياته ، مع تمييزه عن العقود المشابهة له ثم بيان أنواع العقود المبرمة في البيئة الالكترونية.

كما أنه هناك عقود تبرم عن طريق الشبكة الانترنت من أجل تسهيل التجارة الالكترونية دون أن تكون تلك التجارة محلا لها، و هذا ما سنوضحه من خلال تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود.

الفصل الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

إن التعاقد عن بعد ليس بالتأكيد ظاهرة جديدة لكن انتشار وسائل الاتصال الحديثة و خاصة الإنترنت على المستوى العالمي أدى إلى تعزيز هذا النوع من التعاقد، ومع ازدياد وتيرة استخدام شبكة الإنترنت في المعاملات التجارية ظهر ما يعرف بالتعاقد الإلكتروني الذي صاحب التجارة الإلكترونية وأصبح واقعا يفرض نفسه على صعيد المعاملات التجارية¹.

ويقوم هذا العقد الإلكتروني على نفس الأركان التي يصح بها أي عقد ومن أهمها ركن التراضي الذي هو أساس تكوينه، فهو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث الأثر القانوني مما يسمح للمتعاقدين بالتعبير عن إرادتهما في إبرام هذا النوع الجديد من العقود وذلك عبر وسائط إلكترونية، مما جعل أهم ما يميز هذا التعاقد هو نشوءه في بيئة إلكترونية².

وحتى يكون التعبير الإلكتروني قانونيا يتوجب صدوره عن إرادة جادة وسليمة وكاملة كما يمكن الإفصاح عنها بأي طريقة من طرق التعبير لإظهارها إلى العالم الخارجي على وجه يعتد به قانونا، لكن تميز هذا التعاقد الإلكتروني بخصوصيات شاذة لاسيما باستخدامه للوسائط الإلكترونية يعيق خضوعه التام للقواعد العامة التي تحكم التعاقد التقليدي مما يتوجب البحث عن مدى مشروعيته من خلال تحديد مفهوم العقد الإلكتروني على ضوء التشريعات التي نظمت المعاملات والتجارة الإلكترونية مع تمييزه عن ما يشابهه من الأنظمة القانونية والعقود المقاربة له ، ثم بيان خصائص هذا الوليد الجديد من العقود والوقوف عند كل خاصية لإبراز مدى ملائمة القواعد التقليدية للعقود في تنظيم هذا التعاقد الجديد على النحو التالي:

¹ - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 12.

² - أنظر: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 04.

المبحث الأول: تحديد مفهوم العقد الإلكتروني على ضوء الفقه والتشريعات

الوضعية.

لقد أدى التطور العلمي المتسارع في مجال الاتصالات إلى بروز وسائل اتصال حديثة أهمها الإنترنت الذي أضحى الوسيلة المثلى في الاتصال ونقل المعلومات، وصاحب هذا التطور ميلاد نوع جديد من أساليب التجارة الدولية وهي التجارة الإلكترونية.

ولم تقتصر التجارة الإلكترونية على مجرد إبرام عقود البيع والشراء للمنتجات والخدمات المقدمة عبر الإنترنت، بل تضمنت معالجة حركة البيع والشراء والإيجار للسلع وتحويل الأموال وبالتالي اشتدت العلاقة التكاملية بين التجارة الإلكترونية والإنترنت، فأصبحت هذه الأخيرة الأداة المهمة والفعالة في عرض المنتجات والخدمات وكذا تسويقها والإعلان عنها¹.

وسمح هذا التفاعل بين المعاملات التجارية والإنترنت ببروز بيئة إلكترونية افتراضية يتم خلالها إبرام العديد من العقود عن طريق تبادل المعاملات إلكترونياً² والتفاوض على الصفقات التجارية وإبرام العقود الإلكترونية ليشمل ويمتد إلى مرحلة تنفيذ الالتزام إلكترونياً³.

كما حمل انتشار استعمال الإنترنت تدفق الحماس البشري في اعتماد هذه الآلية في كل مجالات حياتهم بدءاً بالإثراء الفكري والعلمي إلى غاية استعمالها كمواقع إعلانية وصولاً إلى إبرام العقود والتفاوض بشأنها.

ويعد العقد الإلكتروني الشريان الحيوي للتجارة الإلكترونية لا سيما عندما يتم إبرامه عن طريق الإنترنت إذ يتم من خلاله ترويج وتبادل السلع والخدمات باستخدام وسائط

¹ - أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2007، ص 06.

² - محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 15.

³ - راجع في ذلك: د. علي بلحاج، مشكلات المرحلة قبل التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص 31.

إلكترونية، فأصبحت الصلة بين التجارة الإلكترونية والعقود الإلكترونية أكثر وثوقاً بعد مرور السنوات¹.

لذا من الأهمية أن نتعرض إلى مفهوم التجارة الإلكترونية قبل الخوض في دراسة العقد الإلكتروني في مرحلة تكوينه لأجل إعطاء نظرة عن البيئة التي أدت إلى ظهور هذا الوليد الجديد من التعاقد وفهم المشاكل التي يثيرها.

المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية.

كان أول بروز لفكرة التجارة الإلكترونية في فترة السبعينيات أين أبدت منظمة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اهتماماً كبيراً بصياغة قواعد قانونية تحكم هذه التجارة وتطويرها وتحقيق نوع من الانسجام بين القواعد القانونية المنظمة لأعمال التجارة الدولية والدول الأعضاء في الأمم المتحدة. وهو ما تم تحقيقه بالفعل إذ بتاريخ 16 ديسمبر 1996 وافقت هذه اللجنة السادسة على نموذج قانون التجارة الإلكترونية سمي بقانون اليونيسترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية²، والذي قسم إلى جزئين:

- الجزء الأول: يتضمن أحكام عامة عن التجارة الإلكترونية عموماً.
- الجزء الثاني: تضمن التجارة الإلكترونية في مجالات محددة والتي تمت صياغتها في سبعة عشر (17) مادة قانونية، كما أرفق مع هذا القانون النموذجي دليل تشريعي يهدف إلى مساعدة المشرعين الوطنيين على وضع التشريعات الخاصة بتنظيم التجارة الإلكترونية.

والملاحظ في صياغة نصوص هذا القانون هو تميزه بالشمولية والتوحيد القياسي، وكذا تميزه بالطابع الاستشاري الاسترشادي إذ يمكن تطبيقه على مختلف تشريعات الدول في مجال التجارة الإلكترونية، في حين يعاب عليه عدم تضمنه تعريفاً للتجارة الإلكترونية مكتفياً

¹ - أنظر في ذلك: د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009، ص 07.

² - يرمز لها باللغة الفرنسية بـ (CNUDCI) وباللغة الإنجليزية بـ (UNICITRAL). للاطلاع على المحتوى انظر على موقعها الإلكتروني:

بتعريف رسالة البيانات في المادة الثانية إلى جانب بعض المصطلحات المتداولة في البيئة الإلكترونية¹.

وعلى ضوء هذا القانون وكذا التشريعات الوضعية الإقليمية التي عالجت التجارة الإلكترونية سنبحث في تعريف التجارة الإلكترونية فقها ثم تشريعياً.

الفرع الأول: التعريف الفقهي.

حاول العديد من رجال الفقه والباحثين إعطاء مفهوم جامع ومانع للتجارة الإلكترونية، وهي تعاريف تكاد تتفق في مضمونها ومنها نذكر:

يعرفها الأستاذ "POTTIER" على أنها ممارسة الأعمال التجارية على سبيل الاعتياد، ويرى البعض أنها لا تختلف بصفة عامة عن التجارة التقليدية من حيث مضمونها²، وإنما وجه الخصوصية في هذه التجارة الحديثة يتمثل في وسائل مباشرتها وبصفة أخص الطريقة التي تتعقد بها عقود هذه التجارة وطرق تنفيذها³.

في حين يرى البعض الآخر بأن التجارة الإلكترونية هي نشاط ضمن كافة أشكال وأطر العمل والتبادل بين الشركات والتي تتم بوسائل إلكترونية، كإجراء المفاوضات وتبادل المعلومات والبيانات ومن ثم إبرام العقود التجارية وفقاً لقواعد تقنية وقانونية محددة سلفاً⁴. ويعرفها البعض بأنها: " مشروع للمنتجات والخدمات على مواقع الإنترنت بغرض الحصول على طلبات من العملاء" ¹ أما البعض الآخر فيعطي مفهوماً واسعاً للتجارة

¹ - أنظر:

BENSOUSSAN(A): Le commerce électronique, aspects juridiques, éd HERMES, paris, 1998, p. 09.

² - أنظر:

POTTIER (I): Le commerce électronique sur internet, Gazette du Palais, 04 Avril, 1996, p.298.

³ - راجع:

BEAURE D'AUGERES (G). BREES (P) et THUILIER (S), Payment numérique sur internet, Etat de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, THOMSON, 1997, p. 76.

⁴ - أنظر:

BOUCHURBERG (L), Internet et commerce électronique, Encyclopédie DELMAS, 1ère éd., 1999, p. 112.

الإلكترونية إذ يعرفها بأنها: " صفقة تجارية يتفاعل فيها الأطراف إلكترونيا بدلاً من المبادلات المادية أو العقود المالية المباشرة"².

ومنهم من عرفها بأنها: " عبارة عن تكامل وسائل الاتصال وإدارة البيانات والإمكانات الأمنية التي تسهل تبادل المعلومات المتعلقة ببيع السلع والخدمات"³.

وفي تعريف آخر للتجارة الإلكترونية فهي: "عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد لاسيما شبكة الإنترنت دون الحاجة لانتقال الأطراف والتقاءهم في مكان معين سواء أمكن تنفيذ الالتزامات المتبادلة إلكترونيا أم استلزم الأمر بتنفيذها بشكل ملموس"⁴.

كما تم تعريفها بأنها: ممارسة عمليات بيع وشراء المنتجات والخدمات عبر الإنترنت باستعمال تكنولوجيايات مثل الويب (web) وتبادل البيانات إلكترونيا والبريد الإلكتروني وتحويل الأموال إلكترونيا⁵.

والملاحظ من قراءة هذه التعاريف وغيرها التي قبلت بشأن التجارة الإلكترونية أن هذه الأخيرة لها مفهومان: الأول: مفهوم واسع يعتبر كل مبادلة تجارية تأخذ وصفا إلكترونيا إذا تمت عبر شبكة اتصال لاسلكية مهما كانت سواء بطريق الإنترنت أو الفاكس أو التلكس. أما المفهوم الثاني: فهو مفهوم ضيق إذ يقصر وصف التجارة الإلكترونية على المبادلات والعمليات التي تتم عبر الإنترنت فقط دون غيرها من الوسائل الإلكترونية الأخرى⁶.

¹ - راجع: عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص18 .

² - د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2005، ص 40.

³ - أنظر: د. عماد حداد، التجارة الإلكترونية، مكتبة الأسرة، 2005، ص 13.

⁴ - د. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، مصر، 2005، ص 08.

⁵ - أ. داو د علي بوجمعة، تقنيات التجارة الإلكترونية وتطبيقاتها على المؤسسة الجزائرية، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2008، ص 16.

⁶ - راجع: د. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2003، ص 18.

كما يلاحظ من هذه التعاريف أنها اعتمدت على اعتبار أن النشاط والتبادل قد تم إلكترونيا، أي أن يتم إبرام الصفقات إلكترونيا بغض النظر عما إذا كانت مرحلة تنفيذه تمت بطريقة تقليدية أم إلكترونية¹.

ويكاد يستقر الرأي على اعتماد المدلول الواسع للتجارة الإلكترونية، لأن هذا المفهوم يتبعه مفهوم واسع لأطراف ومحل التجارة الإلكترونية التي لا يمكن أن تتعلق بالأنشطة التجارية وإنما تشمل جميع الأنشطة الاقتصادية كعمليات البنوك، نقل البضائع والاستثمارات².

الفرع الثاني: التعريف التشريعي.

لقد حاولت أغلب التشريعات الوضعية أن تحذو حذو القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية والاسترشاد بأحكامه. فسعت إلى إصدار قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية وهي النصوص التي سيتم اعتمادها في هذه الدراسة لتحديد مفهوم التجارة الإلكترونية.

ففي سنة 1998 قامت مجموعة عمل يترأسها وزير الاقتصاد الفرنسي بإعداد تقرير تضمن فيه تعريف التجارة الإلكترونية بأنها: "مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية، تتم بين المشروعات مع بعضها أو بين المشروعات والأفراد أو بين المؤسسات الإدارية"³.

وفي إطار المؤتمر الثاني لمنظمة التجارة العالمية المنعقد بجنيف في الفترة الممتدة بين 18 و 20 ماي 1998 تم اعتماد بيان عام للتجارة الإلكترونية، إذ عرفت التجارة الإلكترونية بأنها: "التجارة التي تغطي الإنتاج والترويج والبيع والتوزيع للمنتجات من خلال

¹ - لنا كلام في هذه المسألة لاحقا من هذه الرسالة.

² - أنظر:

CAPRIOLI(É). Et SORIEUL (R), Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, 2èd, J. D. I.1997.p.235.

BENSOUSSAN (A),op.cit. p. 12.

³ - أنظر:

شبكة الاتصالات وأدواتها مثل الفاكس والهاتف والتلفاز والتبادل الإلكتروني للبيانات والبريد الإلكتروني وشبكة الإنترنت"¹.

وبتاريخ 08 جوان 2000 صدر التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية² الذي بدوره لم يأت بتعريف للتجارة الإلكترونية مكتفياً بتعريف الاتصال التجاري، إذ جاء في المادة الثانية منه: "كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق بضائع أو خدمات – بصورة مباشرة أو غير مباشرة- أو يتخذ صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاطاً تجارياً أو صناعياً أو حرفياً أو يقوم بمهنة المنظمة".

هذا التعريف أعطى المدلول الواسع للتجارة الإلكترونية فهو لم يحصرها في شبكة الإنترنت فقط بل تشمل جميع أدوات شبكة الاتصال في حين يؤخذ على هذا التعريف أنه لم يدرج الخدمات ضمن أنشطة التجارة الإلكترونية بل قصرها على الأنشطة التجارية فقط كالإنتاج والبيع³.

ويلاحظ أن القانون الفرنسي هو كذلك لم يعرف التجارة الإلكترونية و لكنه عرف العمل التجاري فقط , فالتجارة هي ممارسة العمل التجاري على وجه الاعتياد و بالتالي فالتجارة الإلكترونية ليست سوى ممارسة الأعمال التجارية

ومن ثم يمكن القول أن التجارة الإلكترونية لا تختلف كثيراً عن التجارة بصفة عامة من حيث مضمونها ومحترفيها إنما وجه الخصوصية فيها فيتمثل في وسائل مباشرتها⁴.

¹ - في شرح هذا النص راجع :

GRYNBAUM (L), « La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », in *La Semaine juridique*, n° 12, 21 mars 2001, p. 557. Sur : <http://www.lexisnexus.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/12-2001>

² - أنظر النص الكامل على الرابط التالي:

<http://www.wipo.int/wipolex/fr/details.jsp?id=6393>

³ - أنظر: BENSOUSSAN (A), op.cit., p. 18.

⁴ - أنظر: BEAURE D'AUGERES (G), BREES (P) et THUILIER (S), op.cit., p.75.

أما في الدول العربية فيؤخذ عليها التأخر الكبير في صياغة نصوص قانونية تحكم تنظيم المعاملات الإلكترونية، وكانت تونس أول دولة عربية تصدر قانونا خاصا لهذا النوع من المعاملات تلتها الأردن ثم الإمارات العربية والبحرين. وقد عرف المشرع التونسي التجارة الإلكترونية بأنها: " العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية"¹ في حين عرف المبادلات الإلكترونية بأنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية"².

هذا التعريف ركز على موضوع المبادلة في أن تكون تجارة عبر وسائط إلكترونية في حين تعمد عدم ذكر الوسائل الإلكترونية المعتمدة في هذا التبادل أو على الأقل تحديد هذه الوسائل، والراجح أن تبرير ذلك يتعلق برغبة المشرع التونسي في مواكبة التطورات المستمرة في مجال تقنيات الاتصال عن بعد.

أما في دولة الإمارات العربية المتحدة فقد جاء في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية³ في الفصل المخصص للتعريفات بأن التجارة الإلكترونية هي: "المعاملات الإلكترونية التي تباشر بواسطة المراسلات الإلكترونية"، في حين عرفها قانون إمارة دبي الحرة للتكنولوجيا التجارة الإلكترونية" في المادة الثانية بأنها: "الأعمال المنفذة بوسائط إلكترونية وبشكل خاص الإنترنت".

ويبين هذا التعريف تعداد الوسائل الإلكترونية التي تتم عن طريقها التجارة الإلكترونية كالرسائل الإلكترونية وأهمها الإنترنت، مع أن هذا التعداد جاء عاماً ولم يحصرها في وسائل معينة إنما خص الإنترنت صراحة لأنها من أهم وسائل التعاقد الإلكتروني⁴.

أما في الجزائر، فلحد الآن ورغم التطورات التشريعية المتلاحقة في مجال تقنيات الاتصال عن بعد، لم يصدر المشرع الجزائري قانونا ينظم التجارة الإلكترونية بشكل مستقل وإنما سعى فقط إلى إصدار المرسوم التنفيذي رقم 257/98 المؤرخ في 25 أوت 1998

¹ - المادة الثانية الفقرة الأولى من قانون رقم 83/2000 الصادر في 09 أوت 2000 المتضمن المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

² - الفقرة الثانية من المادة الثانية من قانون رقم 83/2000.

³ - قانون رقم 02/2002 الصادر بتاريخ 12 فيفري 2002، انظر النص كاملا على الرابط التالي:

<http://www.arabucim.net>.

⁴ - راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة 2000، ص 07.

المتضمن شروط استغلال الإنترنت والمعدل بموجب المرسوم التنفيذي رقم 307/2000 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 إلى جانب تعديل نصوص القانون المدني الجزائري¹، إذ اكتفى بصياغة بضع مواد قانونية حول الإثبات الإلكتروني في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 01 منه.

وكان قانون رقم 03-15 الصادر بتاريخ 25 أكتوبر 2003 المتضمن الموافقة على الأمر الرئاسي رقم 03-11 الصادر بتاريخ 26/08/2003 المتعلق بالنقد والقرض² هو أول قانون جزائري تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي، ويتضح ذلك من خلال المادة 69 التي تضمن نصها ما يلي: "تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل". فهذا النص يبين نية المشرع الجزائري ورغبته بالانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل الدفع حديثة إلكترونية.

كما استعمل المشرع الجزائري مصطلح "وسائل الدفع الإلكتروني" إذ عندما اعتبرها من بين التدابير والإجراءات والوقاية لمكافحة التهريب في الأمر رقم 05-06 المؤرخ في 23 أوت 2005 المتضمن مكافحة التهريب³.

كما أن قانون رقم 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 المتضمن تعديل القانون

التجاري⁴، أضاف فقرة ثالثة للمادة 414 في الوفاء بالسفجة ونص على أنه: "...

يمكن أن يتم هذا التقديم بأي وسيلة تبادل إلكترونية محددة في التشريع والتنظيم المعمول بهما" ونفس الفقرة أضيفت لنص المادة 502 بمناسبة تقديم الشيك للوفاء.

كذلك ما جاء في المادة 03 من القانون العضوي رقم 12-05 المؤرخ في 12 يناير

2012 المتعلق بالإعلام التي تحدثت عن وسائل الإعلام التي قد تكون عبر أي وسيلة مكتوبة

¹ - قانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المتضمن تعديل القانون المدني الجزائري.

² - منشور في ج ر عدد 64 بتاريخ 26/10/2003 بالنسبة للاول، و. ج ر 52 المؤرخة في 27 أوت 2003 بالنسبة للثاني

³ - راجع المادة الثالثة من هذا القانون، ج.ر عدد 59 المؤرخة في 28/08/2005.

⁴ - القانون التجاري الصادر بأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل والمتمم، ج.ر عدد

أو متلفزة أو إلكترونية إلى جانب حديثه عن الصحافة الإلكترونية¹ في المادة 67 من ذات القانون في الباب الخامس المخصص لوسائل الإعلام الإلكترونية².

المطلب الثاني: تعريف العقد الإلكتروني.

لقد أصبحت العقود بغض النظر عن أطرافها انعكاس لأساليب التوزيع الاقتصادي والمستجدات التقنية في المجتمع وبات من الضروري أن يستجيب القانون لكل تطور تقني أو اقتصادي³، ذلك أن مواكبة القانون لهذه المستجدات وسرعة ملاحظتها يعد أحد معايير الحكم على حسن أداء القانون لوظيفته كأداة للتقدم والرفق.

فإذا كانت التشريعات الوضعية تولى اهتمام كبير بتنظيم العقود التي تتم عن بعد بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة من خلال صياغة نصوص قانونية تتفاعل مع هذا النوع الجديد من العقود لتوفير الحماية اللازمة لكل من المتعاقدين في ظل التطورات الحاصلة في مجال الاتصال على غرار ما فعله المشرع الفرنسي والأمريكي والأردني والتونسي، إلا أن المشرع الجزائري لا يزال بعيداً عن التناول المباشر لموضوع هذه الدراسة واكتفى بالنصوص التقليدية المنظمة لنظرية العقد في مقابل عنايته الكبيرة لمرحلة الإثبات والوفاء الإلكتروني. والظاهر أن هذه النصوص القانونية تتعلق برغبة المشرع الجزائري في استحداث نظام الوفاء الإلكتروني في المعاملات التجارية وليس في طريقة انعقاد العقد الإلكتروني⁴، وبالتالي لا يمكن الاعتماد على هذه القواعد العامة لتنظيم العقد الإلكتروني في ظل تزايد تطور وسائل الاتصال الحديثة، لأن هذا الوليد الجديد يثير من الإشكالات ما يصعب على القواعد العامة عن الإحاطة به كتوقيت وصول الإيجاب والقبول

¹ - أنظر: الأستاذة ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، مداخلة في المؤتمر العلمي المغربي الأول حول: المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009 بطرابلس. على الرابط التالي : <http://www.startimes.com>

² - نصت على ما يلي: "يقصد بالصحافة الإلكترونية في مفهوم هذا القانون العضوي: كل خدمة اتصال مكتوب عبر الإنترنت موجهة للجمهور أو فئة منه، وينشر بصفة مهنية من قبل شخص طبيعي أو معنوي يخضع للقانون الجزائري، ويتحكم في محتواها الافتتاحي".

³ - محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، مقال منشور في مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، العدد 02، سنة 2003، دار الجامعة للنشر، ص 07.

⁴ - أنظر: الأستاذة ناجي الزهراء، المرجع السابق، ص 04.

وتاريخ تلاقي الإرادتين وهوية المتعاقد الزائر للموقع الإلكتروني تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني. لذا يبقى هذا العقد من قبيل العقود الغير المسماة بالنسبة للمشرع الجزائري وكذا الدول التي لم تصدر تشريعاً مستقلاً¹ ينظم أحكام هذا العقد.

لذا يتوجب قبل الحديث عن مفهوم العقد الإلكتروني وتعريفه، التطرق لمفهوم العقد بصفة عامة وفقاً للنظرية التقليدية للعقود في القانون المدني قصد التوصل إلى تعريف العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: تعريف العقد بصفة عامة.

العقد في لغة العرب معناه الربط أو الإحكام بين أطراف الشيء سواء كان ربطاً حسيماً أو معنوياً، ويقال عقد النية والعزم على شيء وعقد اليمين أي ربط بين الإرادة وتنفيذ ما التزم به، كما يفيد معنى التوثيق والشد وكلها نقيض الحل². كما يعرف في الاصطلاح اللغوي بأنه العهد والجمع عقود، ويقال عهدت إلى فلان في كذا وكذا وتأويله ألزمته والعقدة بالضم هي موضع العقد أي ما عقدت عليه والمعاهد هي مواضع العقد³.

وفي الفقه الإسلامي الحديث يطلق لفظ العقد على كل ارتباط الإيجاب بقبول على وجه مشروع يثبت أثره في محله، أو هو تعلق كلام أحد العاقدين بالآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل⁴. كما يعرفه البعض الآخر على أنه كل تصرف يمكن أن يترتب أثراً شرعياً على أن يقوم هذا التصرف على إرادتين وليس على إرادة واحدة كما ذهب إليه الفقه

¹ - مثل المشرع المصري الذي اكتفى بإصدار قانون رقم 2004/15 المؤرخ في 17 ابريل 2004 و المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني .

² - أكثر تفصيل أنظر: محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، ص 245.

³ - أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، الطبعة الثانية، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1997، ص 382.

⁴ - ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار - شرح تنوير الإبصار-، دار الفكر، بيروت، 1995، ص 73.

الإسلامي القديم¹، فالعقد عندهم هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه².

أما في الاصطلاح القانوني فيعرف العقد على أنه:

وقد جاء في المادة 1101 من القانون المدني الفرنسي على أنه: "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو بالامتناع عن فعل شيء معين".

في حين عرفه المشرع الجزائري في المادة 54 من القانون المدني المعدل والمتمم بأنه: "العقد اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما".

ويلاحظ في هذا التعريف التقارب شبه التام مع التعريف الوارد في التقنين المدني الفرنسي، كما نلمس الترادف اللغوي بين العقد والاتفاق³ بالرغم من الجدل الفقهي الذي أثير حول التفرقة بين المصطلحين وأهمية التمييز بينهما⁴، إلا أنه ثبت من افتقار هذه التفرقة للنتائج القانونية⁵ كما أنه ليس من الأهمية التطرق إليه في هذه الدراسة.

وهناك من عرف العقد بأنه: توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه⁶.

¹ - وهو ما أجازته جمهور الحنفية والحنابلة والمالكية. أكثر تفصيل في ذلك راجع: علاء الدين بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، دار الكتاب العربي، بيروت، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية، 1982، ص 136.

² - محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس، دار الأميرية، القاهرة، الطبعة الثامنة، 1983، ص 66.

³ - د. أنور سلطان، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، 1983، ص 10.

⁴ - انظر:

BENABENT. (A): Droit civil, les obligations, MONTCHRESTIEN, paris, 1996, p.10.

⁵ - راجع: علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، الجزائر، 2001، ص 5.

⁶ - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1981، ص 173.

وفي القانون الأردني المدني فقد نصت المادة 87 منه على أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه يترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه الآخر".

وعرفه المشرع المصري في المادة 89 من القانون المدني المصري¹ على أنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

وعلى ضوء ذلك يمكن تعريف العقد بأنه: توافق بين إرادة الإيجاب والقبول قصد إنشاء أو إنهاء أو تعديل مركز قانوني².

الفرع الثاني: التعريف الخاص للعقد الإلكتروني.

إن العقد كأحد التصرفات القانونية يفيد تفاعل وتطابق بين إرادتين فأكثر قصد إحداث أثر قانوني معين أو إنهائه أو إلغائه وهو يقوم على ركائز معينة وهي التراضي والمحل والسبب إلى جانب الشكلية في بعض التصرفات³.

أما العقد الإلكتروني فهو يستجمع بعض الخصائص والمميزات الشاذة التي جعلته يتردد في بعض جوانبه على بعض هذه القواعد والركائز التقليدية لذا يتعين البحث عن تعريف العقد الإلكتروني، ما يميزه للوقوف على مدى كفاية أحكام النظرية العامة للعقود في تنظيمه، أم أنه يستوجب صياغة قواعد قانونية تلاءم هذا النوع من العقود.

البند الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.

هناك عدة تعريفات فقهية للعقد الإلكتروني والتي تكاد تتقارب مع بعضها البعض.

¹ - الصادر بموجب قانون رقم 131/1948 بتاريخ 16 يوليو 1948

² - أنظر: د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2004، ص 16.

³ - أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1981، ص 173.

فقد عرفه الفقه الفرنسي بأنه: "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن سلع وخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بواسطة وسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحواري بين الموجب والقابل"¹.

وهناك من عرفه بأنه: "تقابل لعرض مبيعات أو خدمات يعبر عنه بوسيلة اتصال سمعية مرئية من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد مع قبول، والذي يكون قابلاً لأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومة التي تقدمها الآلة"².

كما عرف العقد الإلكتروني بأنه: "توافق أو تلاقي إرادتين يتم عبر الشبكة الدولية للاتصالات عن بعد بوسيلة مسموعة ومرئية، وإن كان من طائفة العقود التي تتم عن بعد إلا أنه يعد عقداً من طبيعة خاصة بسبب وسيلة انعقاده"³.

ويرى البعض الآخر أن العقد الإلكتروني هو "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"⁴. أو هو العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة، صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين⁵.

ويضيف جانب آخر أنه: "اتفاق يبرم وينفذ كلياً أو جزئياً من خلال تقنية الاتصال عن بعد بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين، بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط. وذلك بالتطابق بينهما لإشباع حاجتهم المتبادلة بإتمام العقد"⁶.

¹ - أنظر:

JEAN-BAPTISTE. (M): Gérer et exploiter un commerce électronique, éd. LITEC, paris, 1998, p. 98.

² - راجع:

ITEANU. (O): Internet et droit, aspects juridiques du commerce électronique, éd. EYROLLES, Avril 1996, p. 23. Sur : http://fr.wikipedia.org/wiki/Olivier_Iteanu

³ - أنظر: BEAURE D'AUGERES. (G), BREESE (P) et THUILIER. (S), op.cit., p. 76.

⁴ - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 39.

⁵ - محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة أولى، 2004، ص 49.

⁶ - أنظر: د. صلاح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة، 2005، ص 14.

يظهر من خلال هذه التعاريف وجود رابط بينهما وقاسم مشترك وهو أن العقد الإلكتروني هو ذلك العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية، مع اختلاف في التفاصيل بين موسع ومضيق بشأن هذه الوسيلة هل تقتصر على شبكة الإنترنت وحدها أم يشمل أي وسيلة إلكترونية أخرى كالفاكس والتلكس والهاتف.

ويمكن بذلك إعطاء تعريف للعقد الإلكتروني بأنه: "توافق إرادتين أو أكثر في فضاء إلكتروني باستخدام وسائل التبادل الإلكتروني قصد إحداث أثر قانوني بإنشاء التزامات التعاقدية"¹.

ويكفي في تعريف العقد الإلكتروني أن تكون وسيلة الإبرام إلكترونية بصرف النظر عن تسميتها أو كيفية عملها²، وسواء كان العقد يرد على كل الأشياء والخدمات طالما أنها ليست خارجة عن التعامل وأن أطرافه لا يختلفون عن أطراف أي عقد أو علاقة تجارية بين بائعين أو مقدمي الخدمات وبين مشتريين أو مستهلكين للسلع، كما قد تتم هذه العقود بين المشروعات الخاصة أو العامة تكون عقوداً بين أفراد عاديين³.

ولكن الإشكال الذي يثار بشأن تعريف العقد الإلكتروني هو:

هل الصفة الإلكترونية للعقد تتحقق عندما تستخدم الوسيلة الإلكترونية في إبرامه أم في تنفيذه؟

يتأكد هذا الإشكال عند قراءة النصوص القانونية التي تضمنت مفهوم العقد الإلكتروني إذ تتعدد صياغات هذه النصوص، فقد أشار النص الأردني في تعريف المعاملة الإلكترونية

¹ - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، الجوانب القانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 63.

² - د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 115.

³ - أنظر: د. عبد السميع الاودن، المرجع السابق، ص 17.

على أنها كل معاملة تنفذ بوسائل إلكترونية في حين ذكرت الفقرة الثامنة من نفس المادة العقد الإلكتروني أنه ذلك الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً¹.

يقول الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد عند تعليقه حول مضمون هذين النصين بأن هذا التناقض أو الاختلاف وإن بدا ظاهراً إلا أنه تعارض غير مقصود، ذلك أن الأخذ بحرفية النصين السابقين سيؤدي إلى نتائج تعسفية تنتهي بإخراج العقد الإلكتروني من تحت مظلة المعاملات الإلكترونية، وهو لا يمكن القول به بحال من الأحوال لأن العقد الإلكتروني هو التطبيق الأكثر أهمية في المعاملات الإلكترونية، وبالتالي فإن التفسير الصحيح لإرادة المشرع هو أن المعاملات الإلكترونية هي معاملات التي تبرم أو تنفذ بوسيلة إلكترونية وبالتالي فإن الصفة الإلكترونية للعقد تتحقق متى استخدمت هذه الوسيلة الإلكترونية في أي مرحلة من مراحلها وهو ما يجب مراعاته عند الصياغة القانونية لأي نص ينظم مثل هذه العقود².

البند الثاني: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني.

أمام غياب تعريف للتعاقد الإلكتروني في النصوص التشريعية الجزائرية، سنعتمد على القانون المقارن في البحث عن هذا التعريف من خلال متون النصوص التشريعية التي نظمت المعاملات الإلكترونية.

فقد جاء القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية خالياً من نص صريح يعرف العقد الإلكتروني بل اكتفى بتعريف تبادل البيانات الإلكترونية على أنها: "نقل المعلومات إلكترونيًا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"³ في حين أنه نص في الفقرة الأولى من المادة الثانية على أنه: "يراد بمصطلح "رسالة البيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل

¹ - المادة الثانية من قانون رقم 2001-85 الصادر في 11 ديسمبر 2001 المتضمن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ج ر رقم 4524 الصادرة في 31 ديسمبر 2001. للاطلاع على القانون راجع الرابط التالي :

[http:// www. Lob.gov.jo/ui/law/search-no.jsp=852 year=2001.](http://www.Lob.gov.jo/ui/law/search-no.jsp=852 year=2001)

² - أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، المرجع السابق، ص 132. وقرئياً من هذا الرأي انظر: د. صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 116.

³ - المادة الثانية الفقرة الثانية.

إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

أما التوجيه الأوروبي رقم 07-97 الصادر بتاريخ 20 ماي 1997 والخاص بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، فقد عرف في مادته الثانية منه عقد البيع عن بعد بأنه: " كل عقد يتعلق بأموال أو خدمات يبرم بين المورد والمستهلك ضمن إطار بيع أو تقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى تمام العقد وتنفيذه"، و عرف وسائل الاتصال الإلكتروني بأنها: "كل وسيلة تستخدم للاتصال والتعاقد عن بعد بدون الحضور المادي المتزامن لمقدم الخدمة والمستهلك وتؤدي إلى إبرام العقد بين الأطراف"¹.

والملاحظ أن كل من القانون النموذجي (اليونسترال) بشأن التجارة الإلكترونية وكذا التوجيه الأوروبي رقم 07/97 لم يتضمننا بياناً صريحاً لمفهوم العقد الإلكتروني وإنما اكتفيا بتعريفات لمصطلحات معنية مع تحديد بعض القواعد الواجب احترامها في حين يعاب على التعريف الذي أورده المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 أنه جاء قاصراً على العقود المبرمة بين المهني والمستهلك دون غيرها من العقود التي تبرم إلكترونياً فيما بين التجار أو بين الشركات والحكومات².

وغياب التعريف الصريح للعقد الإلكتروني نلمسه كذلك عند المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 2001-741 الصادر بتاريخ 23 أوت 2001 والمتضمن قانون الاستهلاك، إذ عرف فقط التعاقد عن بعد بصفة عامة³ في المادة 121-16 في الفصل المتعلق بقواعد بيع الأموال وأداء الخدمات عن بعد، بقوله: "...كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر لأطراف بين المستهلك ومهني والذين يستخدمان لإبرام هذا العقد وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد".

¹ - النص الكامل لهذا التوجيه الأوروبي تجده على الرابط التالي:

² - انظر: GRYNBAUM. (L), op.cit., p. 594.

³ - راجع: BENSOUSSAN. (A), op.cit., p. 75.

فهذا النص يؤكد على مفهوم التعاقد عن بعد الذي يعد من أحد صوره التعاقد الإلكتروني لكونه عقد يتم دون الحضور المادي المتعاصر لأطراف العقد لحظة تبادل الرضا بينهم، وهو المميز الرئيسي لهذا النوع من العقود بصرف النظر عن مكان تنفيذه، فالعبرة بإبرام العقد وتكوينه وليس تنفيذه¹.

وفي قانون المعاملات الإلكترونية الأردني²، فقد خصت المادة الثانية منه على أن العقد الإلكتروني هو: الاتفاق الذي يتم بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً "في حين ذكر في الفقرة الثامنة من نفس المادة مفهوم الإلكتروني بأنه: "كل تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسيلة مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

في حين عرفت أن المشرع التونسي قد نص في الفصل الأول من قانون 2000-83 الصادر بتاريخ 09 أوت 2000 المتضمن قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسية³ في المادة على أن: "العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض مع هذا القانون". و الملاحظ أن المشرع التونسي لم يعط تعريفاً صريحاً للعقد الإلكتروني وإنما أشار فقط إلى خضوع هذا الأخير لنفس الأحكام والقواعد المطبقة على العقود التقليدية الكتابية.

وفي قانون الإمارات العربية المتحدة رقم 02/2002 الصادر بتاريخ 12 فبراير 2002 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية⁴، فقد نصت المادة الثانية منه في تعريفها للمعاملة الإلكترونية بأنها: "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية" وعرفت مصطلح الإلكتروني أنه: "كل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية".

¹ -راجع:

HUET (J), Aspects juridiques du commerce électronique: Approche internationale, Les petites affiches, N° 116, 26 septembre 1997, p. 07.

² - قانون رقم 85-2001 الصادر في 11 ديسمبر 2001.

³ - منشور في جريدة الرائد الرسمية التونسية رقم 64 بتاريخ 11 أوت 2000 ، ص 2085.

⁴ - أنظر النص الكامل لهذا القانون على الرابط التالي : <http://theuaelaw.com/vb/showthread.php?t=1137>

أما قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر في 14 سبتمبر 2002 المعدل و المتمم فقد عرف بصورة غير مباشرة التعاقد الإلكتروني عندما تحدث عن إبرام العقود في المادة 10 بقوله: "في سياق إبرام العقد يجوز التعبير كلياً أو جزئياً، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول، عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"، في حين عرفت المادة الأولى منه مصطلح الإلكتروني بأنه: "تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بيومترية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة"¹.

أما المادة الثانية من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية²، فقد عرفت المعاملات الإلكترونية المؤتمنة بأنها: "معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات".

أما في مصر فقد عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 العقد الإلكتروني بأنه: "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني"³.

في حين أن قانون رقم 2004-15 الصادر بتاريخ 21 أبريل 2004 المتعلق بقانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري فإنه اكتفى بتعريف المحرر الإلكتروني حيث عرفه في المادة الأولى الفقرة الثانية بأنه: "رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشئ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأي وسيلة أخرى مشابهة".

¹ - أنظر شرح مفصل لهذا القانون: النص الكامل على الرابط: www.MINSHAWL.com

² - قانون رقم 02/2000 الصادر في 12 ديسمبر 2002 وللاطلاع على النص الكامل راجع الرابط التالي:

³ - حول شرح مفصل لهذه المادة والتعليق عليها راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد، المرجع السابق، ص54

فمفهوم التعاقد الإلكتروني يعد أسلوباً لإبرام الاتفاقات وليس مجموعة فرعية مثل ما يمكن استخلاصه من قراءة النص السابق¹.

المطلب الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود.

لقد أدى التطور الهائل و المتسارع لوسائل الاتصال الحديثة إلى تلاقي إرادة الطرفين في لحظة وجيزة جداً بالرغم من كونه تعاقداً عابر للقارات والحدود، ما حدا بالفقه إلى القول أن العقد الإلكتروني ينتهي إلى تصنيف العقد الإلكتروني ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

كما ظهر بوضوح أن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تعتبر من أبرز وجوه خصوصيته وسماته، حيث أصبح هذا التعاقد يتم آلياً باستخدام وسائل الاتصال الحديثة التي أفرزتها ثورة التكنولوجيا كالفكس والتلفاز والحاسوب وهي وسائل تسمح بنقل الإرادة عن بعد.

غير أن هناك من العقود قد تتفق وتنشابه مع العقد الإلكتروني من حيث خاصية التعاقد عن بعد، إلا أنها تختلف عنه من حيث طريقة انعقاد كل منهما، وذلك أن هناك العديد من التصرفات القانونية شأنها شأن العقد الإلكتروني تنعقد في بيئة إلكترونية وتعد لازمة لعملية التجارة².

مما يلزمنا ولأجل تحديد أدق لمفهوم العقد الإلكتروني تمييزه عن غيره من العقود بالنظر لطريقة التعاقد وهو ما سنتناوله في الفرع الأول، أما الفرع الثاني فنخصصه لتمييز عن غيره من عقود البيئة الإلكترونية.

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود على أساس طريقة التعاقد.

¹ - أكثر تفصيلاً راجع: د. عمرو عبد الفتاح علي بونس، المرجع السابق، ص 137.

² - أنظر: د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 33.

يتميز التعاقد الإلكتروني وعلى الأخص المبرم عبر الإنترنت بأنه تعاقد يجمع بين أطراف متباعدين مكانا وجغرافيا واعتماده على وسائط إلكترونية¹. وعلى ضوء هذا المفهوم نتطرق لمسألة تمييز العقد الإلكتروني عما شابهه من العقود من حيث طريقة انعقاده، ونخص بالذكر التعاقد التقليدي والتعاقد عبر الهاتف والتعاقد عبر التلفاز، والتعاقد عن طريق الكتالوج.

البند الأول: العقد الإلكتروني والعقد التقليدي.

يتفق العقد الإلكتروني مع التعاقد التقليدي من حيث انعقادهما، فهما انعقدان بتوافر إرادتي المتعاقدين أي بتطابق الإيجاب والقبول، ذلك أن العقد ما هو إلا اتفاق بين إرادتين فأكثر إلى جانب ركن المحل والسبب وركن الشكلية في بعض التصرفات التي يوجب المشرع إفراغها في شكل رسمي.

إلا أن الأصل في العقود التقليدية أنها تبرم وتنعقد بين شخصين حاضرين من حيث المكان والزمان أين يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس عقد حقيقي فيتواجه المتعاقدين مع بعضهما تواجه مادي ملموس وهو ما يعرف بالتعاقد بين حاضرين. أما الاستثناء فإنه يتم بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد وهو ما يعرف بالعقد الحكمي إذ جاء في المادة 67 من القانون المدني: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذين وصل إليه فيهما القبول".

غير أن هذه القاعدة الأصلية في التعاقد بتواجد طرفي العقد في مجلس واحد يفتقر في العقد الإلكتروني فميزة هذا الأخير أنه يتعذر حضور طرفيه في مكان واحد، فهما يتواجدان في مكانين منفصلين ومتباعدين.

¹ - راجع في ذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 49. وكذلك: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 65.

وعليه فإن التباعد المكاني في التعاقد الإلكتروني هو الأصل مما يجعل منه تعاقدًا ذو طبيعة خاصة¹، والراجح أنه تعاقد بين غائبين² على خلاف التعاقد التقليدي الذي يميزه كأصل عام الحضور المادي لأطراف العلاقة.

وإلى جانب هذا الاختلاف هناك الوسائط الإلكترونية التي تميز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد التقليدي ذلك أن التباعد المكاني في التعاقد الإلكتروني مرده اعتماد هذا الأخير على هذه الوسائط الإلكترونية³.

البند الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عبر الإنترنت عن التعاقد عبر الهاتف.

لقد احتل الهاتف في العصر الحديث الحالي مكانة مرموقة ومهمة وأصبح من احتياجات اليومية الضرورية، وفي متناول يد الجميع نظراً للمزايا التي يتمتع بها⁴.

وكان القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 05 أوت 2000 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية⁵ قد عرف خدمة الهاتف إن نص في الفقرة 16 من المادة 08 منه على أنه: "... النقل الآني المباشر للصوت عبر شبكة أو شبكات عمومية، ويسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل باستعمال التجهيز الموصول بنقطة طرفية لشبكة قصد الاتصال بمستعمل آخر ثابت أو متنقل يستعمل تجهيزاً موصولاً بنقطة طرفية أخرى".

ويتميز التعاقد عبر الهاتف بسرعة الاتصال وبسهولة الاستخدام، ويكون التعاقد عبر هذه الوسيلة تعاقدًا فورياً ومباشراً، حيث أن الإيجاب فيه يعقبه مباشرة قبول من الطرف الآخر وذلك في حالة الموافقة⁶، وذلك ما نصت عليها المادة 64 من القانون المدني الجزائري

¹ - أنظر: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 56.

² - د. أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق، ص 255.

³ - سيكون حديث مفصل لمفهوم الوسائط الإلكترونية وأنواعها وأثرها على التعاقد، في نقاط لاحقة من هذه الرسالة.

⁴ - عن مزايا وعيوب الهاتف راجع: د. رامي علي وشاح، الإثبات عبر الوسائل التقنية الحديثة ودور القاضي في سد الفراغ التشريعي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجليلي اليايس، سيدي بلعباس، 2009-2010، ص 62.

⁵ - المنشور في الجريدة الرسمية عدد 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.

⁶ - أنظر: الأستاذ لزه بن سعيد، النظام القانون لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012، ص 61.

في فقرتها الأولى بقولها: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً. وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"، فالمشرع الجزائري عطف حكم التعاقد بالهاتف على التعاقد في مجلس العقد وأطلق على هذه الوضعية الحضور الحكمي¹، أي تعاقد بين حاضرين ويدخل في حكمه كل عقد يتم بطريقة فورية أي كل تعاقد يتم عن اتصال مباشرة وسريع بين المتعاقدين، أين يتلاشى عنصر الزمن هو ما نلمسه كذلك في التعاقد الإلكتروني عندما يتم عبر الإنترنت على وجه الخصوص.

كما أن التباعد المكاني لأطراف العلاقة العقدية يعد من نقاط الشبه بين التعاقد عن طريق الهاتف والتعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت²، إلا أن ما يميز هذا الأخير عن الآخر هو أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يتصف بالمشاهدة أو الرؤية للرسالة الإلكترونية المرسلة على جهاز الحاسوب الآلي، على خلاف التعاقد عبر الهاتف الذي يتم التعبير فيه عن الإرادة بالمخاطبة دون المشاهدة أو الرؤية، فالرسالة الإلكترونية في التعاقد عبر الهاتف تكون رسالة شفوية³.

ولقد أدى التطور التكنولوجي بوجود أجهزة هاتف متطورة مزودة بشاشة تسمح برؤية الشخص المتهاتف وهو ما يطلق عليه اسم الهاتف المرئي⁴، إذ ينقل هذا الجهاز صوت وصورة المتكلم، وكان قد سبقه نوع من الهواتف ينقل الصوت والكتابة يسمى بهاتف المينيتيل (MINITEL)⁵ وهو جهاز قريب من جهاز الحاسوب ولكنه صغير الحجم ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة المفاتيح تشمل على أرقام وحروف.

¹ - راجع: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص77. وعلي فيلالي، المرجع السابق، ص92.

² - أنظر: محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبي، ط2000، ص23.

³ - أنظر: محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص22.

⁴ - ظهر لأول مرة في سنة 1998 أنتجته شركة "كاتيل" (CATEL) الفرنسية.

⁵ - أول ظهور له كان في فرنسا سنة 1985. راجع في ذلك :

وحاليا ظهرت ما يسمى بالهواتف النقالة أو المحمولة وهي التي تم تطويرها وتزويدها بتقنيات عالية وأصبحت تسمى بالهواتف الذكية.

فالتعاقد عن طريق هذه الهواتف المتطورة أصبح يكاد يتشابه إلى حد كبير مع التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت من حيث آلية المشاهدة والرؤية، إلا أن الاختلاف يبقى قائما بينهما ويتجلى في كون التعاقد عبر الهاتف المرئي يبقى تعاقد شفهي يتطلب وجود تأكيد كتابي من الموجب يرسله إلى الطرف الآخر نظرا لصعوبة التعاقد بالهاتف، هذا الأخير لا يتم إلا بقبول كتابي صريح مستقل عن المخاطبة الهاتفية، أما في العقد الإلكتروني المبرم عن طريق شبكة الإنترنت فالإتفاق فيه يتم كتابيا على مستند إلكتروني ويعتبر العقد قد تم بمجرد قبول التعاقد بواسطة الضغط على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح لجهاز الحاسوب¹.

كما تكمن التفرقة بين العقد الإلكتروني عبر الإنترنت والتعاقد عن طريق الهاتف التقليدي أو المرئي في كون أن الأول يوجه فيه العرض للكافة وعلى وجه العموم بينما العرض في التعاقد الهاتفي يكون موجها لشخص معين ومحدد بالذات².

البند الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عبر الإنترنت والتعاقد عن طريق التلفاز.

يتم التعاقد عن طريق التلفاز من خلال عرض بضاعة أو سلعة بوسيلة اتصال سمعية بصرية (التلفزيون) ويقدم طلب السلعة أو المنتج بعد مشاهدته بالاتصال هاتفيا أو بالمراسلة³.

ويعد هذا التعاقد من أحد صور العقود التي تتم عن بعد، وكان المشرع الفرنسي قد صاغ له قواعد قانونية خاصة بموجب قانون رقم 21/88 الصادر في 06 جانفي 1988 المتعلق بعمليات البيع عبر المسافات أين حرص على ذكره بعبارة "Télé-achat"⁴.

¹ - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، مرجع سابق، ص 185.

² - أكثر تفصيل راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد، المرجع السابق، ص 68.

³ - أنظر: د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998، ص 07.

⁴ - راجع في ذلك: BIZUEL, (B), op.cit, p.48.

والواضح أن هناك تشابه كبير بين العقد المبرم عن طريق التلفاز مع العقد الإلكتروني عبر الإنترنت، إذ يعد كلاهما من العقود التي تتسم بعدم الحضور المادي المتعاصر للمتعاقدين وينتقل فيه الإيجاب والقبول بمسافات طويلة¹.

كما أن التقارب بين هذين العقدين يتضح بشكل بارز من خلال العرض الذي يوجه بواسطة مسموعة ومرئية وأن الوصول إلى الإيجاب فيهما متاح للكافة دون تمييز².

في حين يظهر الاختلاف بينهما في عنصر البث الذي يتم من جانب واحد (البائع) في التعاقد عبر التلفاز بحيث لا يوجد إمكانية التجاوب أو أي مبادرة من جانب المشتري المشاهد، على خلاف العقد الإلكتروني عبر الإنترنت الذي يتصف بصفة التفاعلية³ من جانب العميل إذ أن الصفة التفاعلية لهذا النوع من العقود تسمح بحضور افتراضي متعاصر لمورد الخدمة والعميل أو البائع والمشتري، كما تسمح هذه الصفة بتسليم بعض الأشياء وأداء الخدمات فوراً على الشبكة مثل الحصول على معلومات معينة أو برامج كمبيوتر، كما تسمح من ناحية أخرى بالوفاء على الشبكة الذي يمكن أن يكون فورياً أيضاً⁴.

كما يترتب على توافر الصفة التفاعلية في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت وانعدامها في التعاقد عبر التلفاز إلى إمكانية التفاوض حول شروط العقد في النوع الأول بخلاف النوع الثاني⁵.

وهناك فوارق أخرى بين العقدين إذ أن التعاقد عبر التلفاز يتم فيه العرض بصورة وقتية ويزول سريعاً ولا يستمر إلا خلال مدة الإذاعة فقط وما على الزبون لأجل الحصول على المزيد من التفاصيل سوى الاتصال بالشركة صاحبة الإعلان عن طريق الهاتف، أما

¹ - نظر: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبي، 2000، ص 22.

² - راجع في ذلك: د. عبد العزيز المرسي محمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في العقود التي تتم عن بعد، 2005، ص 37.

³ - يذهب جانب من الفقه إلى أن الصفة التفاعلية لا مكان لها في التعاقد عبر التلفاز لأن العميل إذا اختار إعلاناً فلا يملك سوى أن يتلقاه بكامله على نحو متصل كما لو شاهد فيلماً، على خلاف التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت الذي يمكنه دائماً التوجه إلى نهاية البرنامج أو أن يبدأ من أوله دون التقيد بالتسلسل الزمني. انظر:

BEAURE D'AUGERES. (G), BREESE et THUILIER (S): op.cit., p. 78.

⁴ - راجع في ذلك: BIZUEL. (B): Le Télé-achat et le droit des contrats, thèse, paris, 1998, p. 42.

⁵ - أنظر: د. عبد العزيز المرسي محمود، المرجع السابق، ص 39.

العرض في التعاقد الإلكتروني فيظل قائما ويكون الاستطلاع عن التفاصيل من خلال صفحات الموقع على الإنترنت¹.

البند الرابع: العقد الإلكتروني والتعاقد بالكتالوج.

يعتبر الكتالوج (Catalogue) وسيلة لوصف المنتجات والخدمات في التعاقد بواسطة المراسلة على وجه الخصوص، وازداد انتشاره مع التقدم الصناعي والاقتصادي وبرز المنافسة التجارية، فهو يستخدم أيضا كوسيلة لإعلام العملاء بأوصاف السلع وأثمانها حيث يعرض البائع في الكتالوج وصفا للمبيع بالعبرة أو بالرسم².

ويتخذ الكتالوج عدة أشكال وصور، فقد يكون ورقيا كتابيا كما قد يكون في صورة شرائط فيديو أو أسطوانات أو أقراص كمبيوتر مضغوطة بحيث يمكن الاطلاع عليها بواسطة التلفزيون أو جهاز الحاسوب، وهو ما يعرف بالكتالوج السمعي البصري إذ يعد الأكثر انتشارا في الوقت الحالي³. كما يتخذ الكتالوج الشكل الإلكتروني موجودا على موقع الويب الإلكتروني حيث يستطيع الزبون من خلال مشاهدة السلع والمنتجات من اقتنائها.

ويتفق التعاقد عن طريق الكتالوج مع العقد الإلكتروني في أن أطراف العقد في كليهما لا يجمعهما مكان واحد، فيغيب الاتصال المباشر ذلك أن القبول في التعاقد عن طريق الكتالوج يتم من خلال قيام المستهلك بملء استمارة طلب السلعة أو الخدمة المرفقة بالكتالوج كما يتم القبول عن طريق الهاتف، في حين أنه في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت فإن القبول يتم عبر الضغط على زر الموافقة بلوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب⁴.

أما عن أوجه الاختلاف بين النوعين من هذه العقود أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت لا يتحقق إلا عبر جهاز الحاسوب وينتم بأنه عقد وقتي يزول سريعا وأن الحصول على المزيد من المعلومات والإيضاحات بشأن المنتجات التي تم عرضها للبيع يكون بتصفح الموقع الذي عرضت فيه السلعة أو البضاعة كما أن إبرام العقد يتم كذلك عن طريق

¹ - د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع لسابق، ص 95.

² - د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 72.

³ - أنظر: د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 44.

⁴ - أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في شرح المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 77.

الإنترنت على خلاف التعاقد بالكتالوج الورقي الذي يتم الاستعلام فيه لاحقاً بطريق الاتصال الهاتفي أو المراسلة¹.

كما يعد وجود الحامل المكتوب المستند الإلكتروني في العقد الإلكتروني عبر الإنترنت معياراً للتمييز بين هذا العقد والتعاقد بالكتالوج وهو نفس المعيار الذي يعتمد في تمييز بين العقد الإلكتروني والعقد عن طريق التلفاز².

البند الخامس: العقد الإلكتروني والبيع في الموطن Contrat de vente à domicile

يعتبر البيع في الموطن أو ما يسمى السعي التجاري أو البيع بالمنزل من طرق البيع عن بعد ويتمثل في البحث عن العملاء لمصلحة المشروع عن طريق الاتصال بالمستهلكين في مواطنهم أو مساكنهم أو في أماكن عملهم والترويج للسلع والخدمات بواسطة أشخاص يسمون بالمندوبين حيث يجد العميل نفسه في موقف من يستقبل المندوب في منزله³.

ويسمى عقد البيع في الموطن بتسمية أخرى وهي السعي لإبرام العقود ويعرف على أنه طريقة من طرق البيع تتمثل في دعوة من جانب التاجر لمقابلة المستهلك من أجل أن يقترح عليه بيع شيء أو تقديم خدمة، فينتقل فيها التاجر إلى موطن المشتري في مسكنه أو مكان عمله، وفي هذا النوع من العقود يتمتع فيه المستهلك أو المشتري بحق الرجوع في العقد⁴.

ويظهر التقارب بين العقد الإلكتروني عبر الإنترنت والبيع في الموطن في أن البث والعرض للسلعة أو للخدمة عن طريق البيع في الموطن يصل إلى المشتري وهو في منزله

¹ - راجع: د. محمود السيد عبد المعطي خيال ، المرجع السابق، ص23.

² - راجع: PATTIER (Y): La protection de l'acheteur par correspondance, thèse paris, p. 42. ذكره عبد العزيز المرسي حمود ، المرجع السابق ، ص45.

³ - راجع: MARTINE, La vente à domicile, thèse paris, 1996, p. 82.

⁴ - أنظر: BEAURE D'AUGRES (G)THUILER,(S), et BREESE (P): op.cit., p. 78.

أو موطنه شأنه في ذلك شأن مقدم الخدمة في العقد الإلكتروني الذي يقوم بالترويج للسلعة أو الخدمة وعرضها على العميل دون انتقال هذا الأخير أو السعي إليه¹.

يضاف إلى ذلك أن العقدين يتقابلان في مسألة التراجع عن إبرام العقد فحق العدول الممنوح للمشتري في عقد البيع في الموطن يقابله حق العدول الممنوح للعميل المستهلك والمقرر بصفة خاصة في عقود الاستهلاك².

وبالرغم من هذا التشابه بين العقدين إلا أن الاختلاف بينهما يبقى واضحا ويظهر جليا في النقاط التالية:

- إن العميل في التعاقد الإلكتروني خاصة الذي يبرم عبر الإنترنت لا يعاني فيه عند البث لبرنامج عرض المنتوجات والخدمات بنفس الضغط الذي يعانيه العميل المشتري في البيع في الموطن من طرف المندوب، فالأول يكفي للعميل إذا ما هو رفض العرض بأن يغلق جهاز الحاسوب أو ينتقل إلى موقع إلكتروني آخر، في حين أن العميل في البيع في الموطن ليس من السهل عليه أن يفلت من إلحاح وإصرار المندوب على إتمام البيع³.
- إن الإيجاب في البيع في الموطن يكون موجها لشخص معين أي لعميل محدد إذ يجب أن يصدر تأكيد كتابي من البائع يرسله إلى المشتري في موطنه ولا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري على العقد⁴. أما في التعاقد الإلكتروني فيكون الإيجاب عاما ولا يحتاج مقدم الخدمة لأجل إبرام العقد أن يقدم تأكيد كتابي إلى العميل المحتمل⁵ بل يتم بمجرد تعبير العميل عن إرادته بالقبول بصرف النظر عن الطريقة التي تم بها هذا القبول بل ويمكن أن ينعقد بالقبول الضمني من العميل عن طريق إرسال المبلغ المحدد للسلعة أو

¹ - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون. المرجع السابق، ص 24.

² - د. عمر عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 187.

³ - انظر: عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 42.

⁴ - راجع: ITEANU (O), op.cit, p.29

⁵ - أنظر:

الخدمة المرغوب فيها إلى برنامج العرض مع بيان العنوان المطلوب إرسالها إليه
مثلا¹.

إن التعاقد بصيغة البيع في الموطن يقتضي التواجد المادي للمندوب في منزل العميل
هذا ما لم يتم عبر الهاتف، في حين أن التعاقد الإلكتروني لا يتطلب التواجد المادي الملموس
بل هو تعاقد يتم عن بعد دون الحضور المادي لأطرافه².

ويلاحظ أنه بعد صدور القانون الفرنسي رقم 89-241 الصادر بتاريخ 23 جوان
1989 المتعلق بحماية المستهلك و الممارسات التجارية³ الذي عدلت مادته الأولى قانون
رقم 72-1137 الصادر في 22 ديسمبر 1972 والمتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن
طريق الاتصال بالعملاء في منازلهم بواسطة المندوبين والذي بدوره تم ضمه إلى نصوص
قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 93 - 949 الصادر في 26 جويلية 1993 ، لا سيما المادة
27-121 منه، ذلك أن هذا الأخير وسع مجال تطبيق التعاقد في الموطن بحيث أصبح التعاقد
عن طريق الاتصال بالعملاء بمنازلهم وموطنهم هاتفيا أو بأي وسيلة أخرى مماثلة بمثابة
التعاقد بالموطن ويأخذ حكمه، بحيث لم يعد ضروريا لإبرام هذه العقود أن يتم الحضور
المادي للمندوب⁴.

وهنا يحدث التشابه والتقارب بين البيع بالموطن عبر الاتصال الهاتفي مع العقد
الإلكتروني عبر الإنترنت في كونهما من العقود التي تبرم عن بعد، غير أن الاختلاف يبقى
قائما ذلك أن التعاقد في الموطن بالهاتف يتطلب اتصالا خاصا حيث يكون الإيجاب مخصصا
لفرد محدد أما التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت فالعرض فيه يكون موجها للكافة وعامة
الناس⁵، لذا يتوجب على الموجب أن يملك المستوى المطلوب فنيا وتجاريا الذي يسمح له

¹ - أنظر: محمد السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 24.

² - د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 39.

³ - ج. ر. ف، العدد 11، الصادرة بتاريخ 1989/06/29.

⁴ - أنظر النص الكامل على الرابط التالي: <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte>

⁵ - راجع: HUET (J), op.cit. p. 524.

بإيجاد السبل الفعالة لإقناع العميل وحثه على التعاقد وأن تكون لديه كذلك القدرة على معالجة المشاكل التي تعترض المشروع.

الفرع الثاني: أنواع العقود الإلكترونية على أساس البيئة الإلكترونية.

تتعدد وجوه وصور العقود الإلكترونية التي يمكن تقسيمها إلى نوعين: الأول يتعلق بعقود تبرم عبر الإنترنت وتنفذ خارج الشبكة ومثالها العقود التي تتناول الأشياء المادية التي تقتضي بطبيعتها أن تسلم في عالم خارجي، أي في بيئة مادية كما هو الحال للعقود التي يكون محلها السلع والخدمات، أما النوع الثاني فيتعلق بالعقود التي يتم إبرامها وتنفيذها كذلك عبر الإنترنت ذاته دون الحاجة إلى المجال المادي الخارجي.

وهناك طائفة من العقود الإلكترونية تسمى بعقود الخدمات وهي خاصة بتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت وكيفية الاستفادة منها تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الإنترنت من جهة والمستفيدين منها من جهة أخرى¹، ولها اصطلاح آخر وهو عقود المساعدة الإلكترونية²، من أهمها: عقد الدخول إلى الشبكة وعقد الإيجار المعلوماتي، وعقد المتجر الافتراضي.

البند الأول: عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت.

يسمى كذلك بعقد الاشتراك في الإنترنت، وهو عقد يلتزم بمقتضاه شخص يسمى مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الإنترنت من خلال إلحاق هذا العميل بشبكة الإنترنت إلحاقاً فنياً، بحيث يتم توصيل جهاز الحاسوب بالشبكة والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية للتسجيل في مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك³. كما يعرف أنه العقد

¹ - أنظر: ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، 1997-1998، ص 530.

² - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 89.

³ - هناك من يعرض خدمة الدخول إلى الشبكة مجاناً. انظر في ذلك: الأستاذة مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص 89. وكذا: محمد عبد الظاهر حسين، المرجع السابق، ص 70.

الذي يبرمه الراغب في خدمة الإنترنت مع مقدم هذه الخدمة بتزويده بالبرنامج الذي يوصل جهاز الكمبيوتر بخط شبكة الإنترنت، خلال مدة معينة في مقابل رسوم محددة¹.

والالتزام الرئيسي لمقدم الخدمة أو ما يعرف بالمورد هو التزام بتحقيق اتصال العميل بالشبكة لقاء أجر²، إلى جانب هناك التزامات مكملة للالتزام الرئيسي كالتزام بتقديم المساعدة الفنية هاتفياً حتى يضمن الاتصال³، وكذا بتطوير الشبكة، وهي كلها التزامات اختيارية لا تلزم مقدم الخدمة على تنفيذها، إنما تلزمه إذا ما تناوله أو تضمنه عقودهم⁴.

ويرى البعض أن خدمة المساعدة الفنية والمسماة بالخط الساخن⁵ (Hot line) تعتبر عنصراً أساسياً في العقد باعتبارها محلاً لعقد آخر دون الحاجة لإبرام عقد جديد، ذلك يعني أن من يتعهد بالمساعدة الهاتفية يجب أن يقوم بها بالطريقة المناسبة بقدر الإمكان، ومن خلال شروط تلزمه بالتزامات محددة كتحديد الوقت الذي يجوز له فيه الدخول إلى الخط الساخن، واللغة المستخدمة في هذه الخدمة.

وكان المجلس الوطني لحماية المستهلك الفرنسي (CNC)⁶ قد أوجب لكل طلب دخول للشبكة أن يصاحبه شرحاً لتعريف العقد والالتزامات الخاصة به، كأن يعلم المورد

¹ -راجع: ITEANU (O), op.cit., p. 13.

² - راجع: د. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 52.

³ - تحديد طبيعة مسؤولية مقدم الخدمة بأنها مسؤولية تعاقدية في حالة عدم تنفيذ التزامه بتمكين العميل من الدخول إلى الشبكة، ولكن لا يعد مسؤولاً عن محتوى المعلومة، وذلك لأنه لا يملك الوسائل الفنية تمكنه من رقابة صحة هذه المعلومات ومشروعيتها.

ويضيف البعض أن هذه المسؤولية الموضوعية تقوم على أساس الخطأ المفترض بحجة حيازة المعلومات وحراستها وفقاً للمادة 1/1384 (تقابلها المادة من القانون المدني الجزائري)، أو بحجة مسؤولية المتبوع عن أعماله تابعه إذ يعد كل متدخل في الشبكة تابعاً للشركة التي تبنت المعلومات.

أكثر تفصيلاً راجع:

VIVANT (M), La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J., 2005, p.117.

⁴ - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 57.

⁵ - خدمة الخط الساخن تهدف إلى حل المشكلات الفنية التي قد يواجهها المشترك عن طريق الهاتف. أنظر في ذلك: د. خالد مدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 100.

⁶ - هو هيئة استشارية مشتركة. أنشئت بموجب المرسوم رقم 83-642 في 12 تموز عام 1983، خلفا للجنة الوطنية للاستهلاك التي تم إنشاؤها بموجب المرسوم الصادر في 19 ديسمبر 1960

العميل بمدى كفاءة الخطوط وعدد المشتركين لديه كمؤشر على كفاءة عنصر اتصال العملاء به، وكذا البرامج المقدمة ومدى حداثتها والمدة الزمنية المحددة، كما عليه أن يقدم ودون أي نفقات إضافية عدداً للوقت في الحالة التي تتم فيها محاسبته بالمدة.

ولقد سار على هذا النهج القانون البحريني للمعاملات الإلكترونية في مادته الثامنة عشر، وكذا قانون سنغفورة للمعاملات الإلكترونية في المادة العاشرة، أما المشرع الجزائري فقد نص على هذه الالتزامات التي تقع على عاتق مقدم خدمة الأنترنت في المادة 14 من المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط و كفاءات إقامة خدمات الأنترنت و استغلالها¹ والمعدل و المتمم².

Le contrat de la boutique virtuelle

هو عقد يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين التاجر من عرض بضاعته من خلال أحد المواقع، أو من خلال المراكز الافتراضية الموجودة على شبكة الأنترنت وذلك في مقابل أجر متفق عليه³. أو هو عقد يبرم بين التاجر و صاحب الموقع المتضمن سوقا افتراضية على شبكة الأنترنت ، يعرض خلالها كل مشترك (تاجر افتراضي) منتجاته من خلال هذا السوق أو المركز التجاري الإلكتروني وبمقتضى هذا العقد يسمح لكل مشترك استعمال برنامج يمكنه من استعمال المتجر الافتراضي أو الإلكتروني بحيث يتيح لكل متصل بالانترنت التجول في هذا السوق و المتاجر و مشاهدة و معاينة المنتوجات المعروضة به و أثمانها.⁴

ويعرف المتجر الافتراضي بأنه موقع على شبكة الأنترنت، يمكن الدخول إليه في أي وقت ومن أي مكان، ويدرج تحت اسم المركز التجاري الافتراضي، ويعرض السلع أو الخدمات أو المنتجات التي يملكها البائعون عبر الأنترنت⁵.

¹ - ج. ر، عدد63 ، الصادرة بتاريخ 26 أوت 1998.

² - بموجب المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المؤرخ في 14 أكتوبر 2000 (ج ر، عدد60 ، بتاريخ 15 أكتوبر 2000)

³ - راجع: LE TOURNEAU (PH), op.cit. p. 274.

⁴ - أنظر : VIVANT(M) , op.cit.p.39.

⁵ - راجع:

كما يعرف المركز التجاري الافتراضي بأنه: "خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الإنترنت والمفتوحة لكل مستعمليها، بحيث تسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم إلى العملاء أو المستخدمين من خلالها"¹. إذن المتجر الإلكتروني هو شكل متطور للمتجر و يندرج في سوق الكترونية و يتعامل مع الزبناء بصورة إلكترونية أيضا ، فلا حاجة في المتجر الافتراضي الرقمي للأثاث و التجهيزات و الديكور غلا إذا اعتبرنا أن التصميم الإعلاني للموقع هو شكل من الديكور لهذا المتجر .

ويسمى كذلك بعقد المشاركة لأنه على أساسه يصبح المتجر الافتراضي مشاركا في عرض السلع و الخدمات، فإنشاء هذا المتجر متوقف على ضرورة وجود مراكز افتراضية حتى ينضم إليها إلى جانب المحلات التجارية الافتراضية الأخرى²، كما هو في المراكز التجارية التقليدية التي تجمع العديد من المحلات و التاجر في مكان واحد³.

وتضم المراكز التجارية الافتراضية على شبكة الإنترنت مجموعة من المتاجر، ويسمى صاحب المتجر بالمشارك وهو الذي يقوم بإبرام العقد مع صاحب المركز التجاري لأجل السماح له بفتح المتجر الخاص به على الشبكة قصد عرض وبيع خدماته و بضائعه ضمن برنامج، أو على موقع معين يعرضه على الشبكة للعملاء و المستهلكين⁴.

وعلى العملاء الذين يدخلون هذا الموقع والتجول فيه إذا ما عثروا على السلعة أو الخدمة المطلوبة في هذا الموقع الاطلاع على الشروط التعاقدية و دفع مقابل مالي لقاء الحصول على هذه السلعة، لذا اعتبر هذا العقد من قبيل العقود الملزمة لجانبين، حيث يظهر في التزام المركز التجاري بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الإنترنت، وما يتضمنه

COSTES(L), Le droit du commerce électronique aux Etats-Unis, droit et patrimoine, N°55, décembre 1997, p.66.

¹ - راجع: BENSOUAN. (A), op.cit, p. 58.

² - يكيف د. سمير حامد عبد العزيز جمال المتجر الافتراضي بأنه عقد مقاوله، في ذلك انظر: مرجعه السابق، ص 72.

³ - راجع: د. مراد محمود يوسف مطلق، ، التعاقد عن طريق الوسائل الاتصال الإلكتروني ، دراسة مقارنة ، كلية الحقوق ، جامعة عين الشمس، مصر، 2007.

⁴ - أنظر: VIVANT (M), op.cit, p. 53.

ذلك من ترخيص له باستخدام برنامج متخصص يسمح له بمباشرة التجارة عبر شبكة الإنترنت في مقابل التزام المشارك بمقابل مالي¹.

ويخضع عقد المتجر الافتراضي لنوعين من الشروط: الأولى وهي شروط عامة تخضع لها كل المتاجر المتواجدة بالمركز التجاري الافتراضي كتحديد البيانات الشخصية للمشارك. وكذلك اسم الشركة وعنوان مقرها ورقم الهاتف مع تقديم البيانات التفصيلية عن المنتجات والبضائع من حيث الكم والكيف، وتحديد اللغة التي يتم بها العرض، كما يمكن لزائر الموقع الاطلاع فقط على السلع والخدمات والتعرف عليها دون أن يتمكن من شرائها².

أما النوع الثاني: فيتضمن شروطا خاصة بكل متجر على حدة، فهي عبارة عن نظام داخلي يكفل السير الحسن للمتجر، وهنا لا يمكن للزائر الدخول إلى هذا الموقع من المراكز التجارية إلا بعد إتباع إجراءات معينة³، كالتحقق من شخصية الزائر وتسجيله مع ذكر رقم بطاقته الائتمانية من أجل تيسير الوفاء وتوقيع رقمي ذو شفرة خاصة وذلك من أجل تأكيد اعتماد التصرفات التي يبرمها، فإذا تمت هذه الإجراءات أمكن لزائر الموقع من الدخول إلى صفحات البيع لمختلف المحلات التجارية التي يتكون منها المركز التجاري الافتراضي وأن يتعاقد على المنتجات أو الخدمات التي يرغب فيها⁴.

البند الثالث: عقد الإيجار المعلوماتي Contrat d'hébergement.

إن عقد الإيجار المعلوماتي أو ما يسميه البعض بعقد الإيواء هو أحد أنواع عقود تقديم الخدمات، وهو عبارة عن "عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية على شبكة الإنترنت لاستعمالها لمصلحته"⁵. فعقد الإيجار هو "مرور فني تقني إلزامي عبر الإنترنت حيث يلزم العميل الذي يرغب في

¹ - انظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 75.

² - راجع في ذلك: لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 55.

³ - أنظر:

GUINCHARD (S.), HARICHAUX (M.), Et De TOURDENET(R.), Internet pour le droit, Montchrestien, 1999.p.141.

⁴ - راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص 132. ود. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، المرجع السابق، ص 14.

⁵ - راجع: ITEANU (O), op.cit, p.55.

الاستقرار على الإنترنت والحصول على موقع في الشبكة أو بغرض فتح متجر افتراضي أن يتبع نظام عقد الإيجار المعلوماتي"¹.

فعقد الإيجار المعلوماتي يتضمن التزام مقدم خدمة الإنترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية لاستعمالها في تحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه، كتخصيص مساحة على القرص الصلب أو شريط المرور بأحد الأجهزة الخاصة به، أو أن يتيح للمشارك إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه ليكون صندوقا للخطابات الإلكترونية لهذا المشارك أو أن يوفر للعميل موقع الويب (Site web) من خلال جهاز الحاسوب المملوك له والمتصل بشبكة الإنترنت بحيث يتمكن من التعامل بشأن هذا الموقع من خلال هذا الجهاز فيسهل إليه جمع أكبر عدد من مستخدمي الإنترنت².

كما يمكن أن يلتزم مقدم الخدمات بأداء خدمات إضافية بشأن هذا العقد تجاه المشترك كالالتزام بالمساعدة وتزويده بالمعلومات في المقابل التزام المشترك بدفع الأجرة المتفق عليها، وبالكيفية والمواعيد المحددة في العقد، كما يلتزم بعدم تجاوز الإطار المحددة لاستعمال الأجهزة المخصصة له مع وجوب استعمالها بالطريقة الصحيحة حتى لا تتسبب في الإضرار بهذه الأجهزة وإتلافها³.

ويرى جانب من الشراح بتغليب مصطلح عقد الإيجار المعلوماتي على عبارة عقد الإيواء وإن كان هو الترجمة الحقيقية للعقد (Le contrat d'hébergement) لأنه يرد على الأشياء وعلى خدمة المعلوماتية⁴، مع أن إيراده على الأشياء هي السمة الغالبة، ذلك أن مقدم الخدمة يسمح لعميله بالانتفاع بأجهزته مع الاحتفاظ بملكيته، وطالما أن ما يقدمه من خدمات فنية يعد ذا صفة تبعية بالنسبة للانتفاع بهذه الأجهزة، لذا ذهب الفقه إلى القول بأن عقد

¹ - أنظر: VIVANT (M), op.cit, p. 131.

² - راجع: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 193. وكذلك: د. سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 80.

³ - راجع أكثر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 23.

⁴ - راجع: LE TOURNEAU (Ph), op.cit, p. 275. et . JEAN BAPTIST (M), op.cit, p.249.

الإيجار المعلوماتي هو من قبيل عقود إيجار الأشياء يخضع للمادة 1713 وما بعدها من التقنين المدني الفرنسي¹.

يستتبع ذلك خضوع مورد الخدمة للقواعد العامة بشأن المسؤولية عن الأشياء إذا استعمل أجهزته على نحو يضر بالغير أو في حالة عدم تقديم الإمكانات المطلوبة أو تقديمها بصورة ناقصة أو معيبة². في حين لا يكون مسئولاً إذا ما أثبت مقدم الخدمة أنه لم يشارك في سوء الاستعمال للأجهزة التي استغلها المشترك والتي أضرت بالغير ولم يكن يعلم بما قام به المشترك³ طبقاً للقواعد العامة لمسؤولية حارس الأشياء⁴.

البند الرابع: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية **Contrat Banques .de données**

يعد عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية⁵ أو قاعدة البيانات عبر شبكة الإنترنت، من أهم عقود الخدمات، مضمونه أن يضع المورد أو صاحب قاعدة البيانات تحت تصرف المستخدم خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات من خلال استعمال رقم معين بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع احتياجاته⁶.

ويتم إنشاء بنك المعلومات من خلال إتباع عدة إجراءات وهي:

أن يقوم الشخص الذي يرغب في إنشاء القاعدة بتجميع المعلومات التي ستشكل أساساً للقاعدة المراد إنشاؤها وبعد ذلك يتم توزيعها على بطاقات كل واحدة منها تضم موضوع ما،

¹ - أنظر: ITEANU (O), op.cit, p. 53.

² - أنظر: LETOURNEAU (P), Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2008, p.247.

³ - راجع: محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 28.

⁴ - عالج المشرع الجزائري المسؤولية عن الأشياء غير الحية في الم ادة 138 و ما يليها من القانون المدني، وحول شرح هذه المسؤولية راجع: جلال حمزة ،المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط 1988 ،ص131.

⁵ - بنك المعلومات أو ما يعرف بقاعدة البيانات (Data base) هو عبارة عن مجموعة وثائق المعالجة إلكترونيا والتي يتم بثها عبر شبكة نقل لاسلكية من حاسوب إلى آخر، بحيث يتمكن المشترك من الوصول إليها من خلال ربط جهاز الحاسوب الخاص به بالشبكة، ومن أهم ما يميز بنك المعلومات الإلكترونية أنه مجموعة المصنفات الفكرية ذات العلاقة بالحاسب الآلي بحيث لا يمكن استخدامها إلا عن طريقه.

حول أكثر تفاصيل راجع: فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 22.

⁶ - راجع: JEAN-BAPTIST (M), op.cit, p. 50

فقد يكون هذا الموضوع عبارة عن نصوص وأحكام قضائية أو نصوص قوانين كما قد تكون هذه المواضيع ذات طابع فني أو تجاري كما قد تكون ذات طبيعة إدارية أو عبارة عن صور أثرية أو غيرها من التصاميم الفنية، وغالبا ما يقوم الشخص بنفسه بهذه الإجراءات أو يعهد بها إلى شخص آخر له الخبرة والدراسة اللازمة لاستخدام الحاسوب¹.

وبعد ذلك يتم الدخول إلى المرحلة الفنية حيث يتم التعاقد مع الشخص المتخصص الذي يقوم بمعالجة هذه المعلومات، كما يقوم نفس الشخص بتجهيز البرنامج الذي يسمح للمستخدمين بإمكانية الدخول إلى بنك المعلومات، ثم يقوم بعد ذلك بالاتفاق مع شخص آخر لتسويق القاعدة من خلال شبكة الإنترنت².

ويقع على عاتق طرفي العقد التزامات متقابلة يلتزم بموجبه مقدم الخدمة بأن يبذل أقصى جهده في تيسير الحصول على المعلومات والبيانات التي يرغب العميل في الحصول عليها³ من تزويده بالوسائل الفنية التي تمكنه من الاتصال بقاعدة المعلومات أو قاعدة البيانات التي يملكها من خلال رقم سري معين في حين يلتزم العميل بحسن استخدام المعلومات والمحافظة على سيرتها مع دفع المقابل النقدي المتفق عليه.

ولقد أثار هذا العقد جدلا حول طبيعته القانونية، فيرى البعض أنه عقد تنازل عن حق استعمال المعلومات بيد أن قاعدة المعلومات تكون معدة مسبقا قبل إبرام عقد الاشتراك لاستخدامها في تلبية حاجات المستخدم⁴، إلا أن هذا التكييف تم انتقاده باعتبار أن هذا الأخير يحصل فقط على مجرد منفعة ولا ينتقل إليه أي حق من حقوق الملكية. ويعتبر أصحاب هذا النقد بأن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات ما هو إلا ترخيص بالاشتراك لاستخدام المعلومات التي تحتوي عليها قاعدة البيانات دون أن يتضمن تنازلاً من جانب مقدم الخدمة⁵.

¹ - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 65.

² - راجع: فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 87.

³ - انظر: عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004.

⁴ - أنظر : LE TOURNEAU (Ph),op.cit, p.275;ITEANU(O),op.cit ,p.53

⁵ - د. فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 56.

والبعض الآخر يرى في طبيعة عقد الاشتراك في بنك المعلومات على أنه عقد مقاوله موضوعه إنجاز عمل يتعلق بأداء خدمة معلوماتية، حيث يكون مقدم الخدمة "مصمم الموقع" ملتزماً بالمواصفات الفنية والجمالية المتفق عليها، وأن يتم إنجاز هذا العمل خلال مدة زمنية معينة¹، وأن الالتزام الرئيسي الذي يترتب عنه يتمثل في تقديم خدمة معينة وهي إشباع رغبات طالب الخدمة التي يتم تقديمها عبر الإنترنت . وإذا كان عقد المقاوله يرد على الأعمال المادية فإن ذلك لا يمنع من أن يمتد هذا العقد ليشمل جميع الأعمال الذهنية والفكرية لأن مثل هذه الأعمال لا تستبعد من نطاق عقد المقاوله، في حين يرى البعض الآخر بأن عقد الاشتراك في بنك المعلومات الإلكترونية هو "عقد بيع" لبعض الحقوق المالية الواردة على البرنامج²، لا سيما عندما يمكن العقد العميل من حجز موقع خاص مستقل له وخاص به، وبالتالي يكون العميل أو المستخدم قد ملك موقعا على شبكة الإنترنت حيث تنشأ له صحيفة كاملة³ له مستقلة ومستقرة باسمه، فلا يكون هذا ملكا لأحد غيره ولو بصفة مؤقتة.

المبحث الثاني: خصوصية العقد الإلكتروني.

من خلال تعريف العقد الإلكتروني على ضوء التشريعات الوضعية الحديثة والفقهاء فإنه يمكن تلمس خصوصية وسمات هذا النوع الجديد من العقود لتمييزه عن العقود الأخرى، وإن كانت هذه الأخيرة تتفق معه في بعض السمات، وهذه المميزات يمكن إجمالها في الآتي:

المطلب الأول: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد.

إن العقد الإلكتروني يتم دون التواجد المادي لطرفيه لحظة تبادل التراضي، حيث يصدر الإيجاب ويقترن به القبول من خلال وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت والهاتف والفاكس. والتعاقد بالمراسلة⁴ إضافة إلى ذلك فإنه يمكن تنفيذ العقد الإلكتروني عن بعد ودون انتقال أطرافه إلى مكان معين فيقومان بتنفيذ التزاماتهما إلكترونيا ويحدث ذلك عندما يكون

¹ - انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، المرجع السابق، ص 60. و. عبد التواب بهجت، المرجع السابق، ص 53.

² - راجع: RIPERT (G), op.cit, p. 87.

³ - انظر: عمر خالد محمد الزريقات، المرجع السابق، ص 66.

⁴ - انظر: لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 44.

محل العقد الإلكتروني شيء غير مادي و متاح تنفيذه على الشبكة مثل الحصول على معلومات أو برامج معينة، وكذا التسليم المعنوي لبرامج الحاسوب والتسجيلات الموسيقية والكتب بحيث يقوم المستخدم طالب الخدمة بنسخ هذه البرامج على الشبكة عن طريق التنزيل أو التحميل¹.

فإبرام العقد الإلكتروني من خلال الوسيط الإلكتروني هو الذي يفرض التباعد المكاني لأطرافه بحيث لا يجمع بينهما مجلس عقد حقيقي بل مجلس عقد حكمي أو افتراضي مع غياب التواجد المادي لمتعاقديه، وهو ما دفع بالفقه إلى تصنيف التعاقد الإلكتروني ضمن العقود المبرمة عن بعد².

وعبارة "عن بعد" أو تعبير المسافة "distance" يفهم على أمرين وهما: المكان والزمان، فمن ناحية المسافة المكانية أو البعد المكاني وهي التي تفصل بين أماكن تواجد المتعاقدين لأن كل منهما بعيد عن الآخر، فهما غائبين عن مكان إبرامه. أما البعد الزمني أو "المسافة الزمنية" فيقصد بها ضرورة مضي فترة زمنية بين صدور التعبير عن الإرادة و وصوله إلى علم من وجه إليه وهو ما يعرف بالتعاقد بين الغائبين من حيث المكان والزمان كالتعاقد بالمراسلة البريدية³.

ولما كان التعاقد الإلكتروني المبرم بوسائل الاتصال الحديثة كالتلفزيون، والهاتف والإنترنت يجمع بين طرفين موجودين في مكانين مختلفين فإن العقد المبرم بينهما يعتبر من حيث مكان انعقاده عقداً تم بين غائبين مكاناً بالرغم أن تعبير أحدهما عن إرادته تصل إلى علم الآخر فور صدوره كما لو كانا في مجلس واحد وكان العقد بينهما من حيث زمن انعقاده تعاقد بين حاضرين.

وكان التوجيه الأوربي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد قد عرف التعاقد عن بعد في المادة الثانية منه بأنه: " كل عقد

¹ - محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 23.

² - انظر: HUET. (J), op.cit, p. 134.

³ - انظر: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 62.

يتعلق بالبضائع، أو الخدمات أبرم بين المورد والمستهلك في نطاق نظام البيع، أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية اتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه"¹.

أما عن مفهوم تقنية الاتصال عن بعد المشار إليها في هذه المادة فقد عرفها نفس التوجيه الأوروبي في الفقرة الرابعة لنفس المادة بأنها: "كل وسيلة يمكن استخدامها، تتيح إبرام العقد بين أطرافه، وذلك دون الحضور المادي لكل من المورد والمستهلك".

فقراءة لنص المادة الثانية بفقرتها الثانية والرابعة تفيد بأن يشترط في التعاقد عن بعد أن يتم دون التواجد المادي لأطرافه أي انعقاده بين غائبين مكاناً نظراً لوجود وسيلة الاتصال بينهما وهو ما لا يمنع من تصنيف التعاقد الإلكتروني ضمن فئة العقود المبرمة عن بعد لوجود الوسيط الإلكتروني²، بدليل أن ملحق تعليمات الاتحاد الأوروبي بشأن البيع عن بعد أعطى أمثلة لتقنيات الاتصال عن بعد كالمطبوعات المكتوبة، والكتالوج، والهاتف والتلفاز والمراسلات الإلكترونية، والكمبيوتر³.

كما عرفه القانون الفرنسي للمستهلك في المادة 121-16، في الفصل المخصص لبيع الأموال وأداء الخدمات بأنه: "كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر لأطرافه بأماكن متباعدة وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد".

¹ - مضمون النص الأصلي :

Le contrat à distance comme: "Tout contrat concernant des biens et services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de service à distance organisé par le fournisseur qui pour ce contrat utilise prestation de service à distance organisée par le fournisseur qui pour ce contrat utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à conclusion du contrat". compris la conclusion du contrat elle-même J.O.C.E.L a44 du 04 juin 1997, p. 19.

² - انظر: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 55.

³ - انظر:

PAISANT (G), La loi du 06 Janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le "télé-achat", J.C.P. éd. G. 1988 p.08.

ولكن هناك ما يعتبر العقد الإلكتروني هو نوع خاص من العقود عن بعد، لكونه يسمح لطرفيه في التلاقي والتفاعل الافتراضي¹ (virtuel) وبصورة مسموعة ومرئية عبر شبكات وخطوط الإنترنت²، إذ يعد التعاقد عبر الإنترنت تعاقدًا أكثر تفاعلية ومعاصرة عن غيره من صور العقود الإلكترونية المبرمة عن بعد كالتعاقد عبر الهاتف أو التلفزيون³.

ويترتب على تكييف العقد الإلكتروني بكونه نوع من التعاقد عن بعد - يجمع بين متعاقدين غير حاضرين مكانًا- أنه يعاب عليه نفس ما أخذ على التعاقد بين الغائبين⁴ من عيوب أهمها:

- صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد الآخر ومركزه المالي.
- مشكلة تحديد زمان انعقاد العقد إلكترونياً.
- عدم اليقين الكافي بشأن أدلة الإثبات لا سيما عندما يتم تبادل البيانات أو تنفيذ العقد إلكترونياً وليس مادياً.
- صعوبة الحكم الدقيق على المنتج أو الخدمة محل التعاقد، وذلك مهما بلغ وصف وبيان السلعة من الدقة والأمانة.

ويتشابه العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت في صفة التعاقد عن بعد مع بعض العقود المنتمية إلى هذه الفئة، كالتعاقد عن طريق الهاتف، والتعاقد عبر التلفاز، والتعاقد بالكتالوج، ولكنه يتميز عن هذه التعاقدات بالصفة التفاعلية بين أطرافه والحضور الافتراضي إلى علم الموجب⁵، ففي البيئة الإلكترونية التي يبرم فيها هذا النوع من العقود ثم التخلي عن فكرة الحدين الزمنيين⁶ المعروفة في التعاقد الكلاسيكي لتحل محلها فكرة التعاصر الزمني

¹ - الصفة التفاعلية هي ما يعرف بالنشاط الحواري أو هي: "الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم له والمعروض عليه، من خلال محتوى شري من المعلومات مضغوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائط الإلكترونية.

راجع في ذلك: أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 95.

² - راجع: BEAURE D'AUGERES. (G), BREES (S), et THUILIER (S): op.cit, p. 78.

³ - أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009، ص 27.

⁴ - سبق وأن طرحت نفس المشاكل والتساؤلات على بعض وسائل البيع عن بعد كخدمة المسماة هاتف Minitel.

⁵ - راجع: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 75.

⁶ - هذا المصطلح ذكره الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 52.

وأصبح البعد المكاني بين الموجب والقابل هي الخاصية البارزة للتعاقد الإلكتروني على الرغم اعتباره تعاقد بين غائبين¹.

إن تصنيف التعاقد الإلكتروني ضمن العقود المبرمة عن بعد جعلت منه واقعاً مؤثراً لا يجوز إنكاره وحقت له العديد من المزايا الاقتصادية سواء للمشاريع التجارية أو للمستخدمين والعملاء على حد سواء، والتي يمكن جمعها فيما يلي:

- تخفيض النفقات الداخلية للمشاريع التجارية مع تقليص اليد العاملة.
- الوصول والاتصال المباشر بأكبر فئة من العملاء في منازلهم ومقرات أعمالهم والرد على استفساراتهم مع تلبية طلباتهم واحتياجاتهم بسرعة كبيرة مما يوفر لهذه المشاريع والمؤسسات فرص تحقيق أكبر قدر من الأرباح².
- الترويج المباشر للسلع والخدمات عبر سوق افتراضي كبير مع تخفيض تكاليف التوزيع والتسويق وترشيد الإنفاق.
- تحقيق سهولة كبيرة في عمليات الجرد والأعمال الإدارية.
- توفير اقتصاد الجهد للعميل أو الزبون من خلال الاطلاع المتأني على السلع والخدمات المختلفة بشكل دائم مع تفادي مشقة الانتقال والانتظار³.

وقد ترتب عن هذه الخاصية للتعاقد الإلكتروني في اعتباره نوع من التعاقد عن بعد هو خضوعه لنفس الأحكام المقررة لحماية المستهلك لكونه الغائب مكانياً عن المهني المتعاقد معه⁴، وأهمها تمكين المستهلك المتعاقد الإلكتروني بحق أو رخصة الرجوع عن العقد⁵ الذي

¹ - إن الذي يميز التعاقد بين الغائبين ليس هو عدم التواجد في مجلس عقد واحد، وإنما هو الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به. انظر في تفصيل ذلك: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ص 289.

² - أنظر: د. محمد نور برهان ود. عز الدين خطاب، التجارة الإلكترونية، الشركة العربية المتحدة للتسويق، القاهرة، 2008، ص 357.

³ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، المرجع السابق، ص 70.

⁴ - أنظر: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 28.

⁵ - سيتم التطرق لهذا الحق وبيان مفهومه وأحكامه في الباب الثاني من هذه الرسالة.

أبرمه (Le droit de rétractation) خلال مدة زمنية قصيرة¹ من أجل استبدال المبيع الإلكتروني أو استرداد ثمنه، بشرط توافر جملة من الشروط².

المطلب الثاني: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن طريق الوسائط الإلكترونية.

إن صفة التعاقد عن بعد التي تميز العقد الإلكتروني يبرزها استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام هذا العقد، ذلك أن السمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي إنما الذي يجمع إرادتهما هي الوسائط الإلكترونية³ أو ما تسمى بنظام الرسائل الآلي⁴ أو الوكيل الإلكتروني⁵.

وبيان هذه الخاصية للتعاقد الإلكتروني يتطلب تعريف الوسيط الإلكتروني.

فقد عرفته المادة الثانية الفقرة الخامسة من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية بأنه: "الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات."

أما المادة الثانية الفقرة السادسة (من القسم رقم 401) من قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية (UETA) لسنة 1999⁶، فقد عرفت الوكيل الإلكتروني بأنه عبارة عن: "برنامج حاسوبي أو أية وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم

¹ - أغلب التشريعات حددتها ب سبعة (7) أيام .

² - طبقاً للتوجيه الأوربي رقم 1997/07 بشأن العقود عن بعد فإن شروط ممارسة هذا الحق هي:

استعمال حق الرجوع خلال مدة أسبوع على الأكثر من تاريخ تسلم المنتج.

أن يتضمن العقد المبرم محل الرجوع إلزامية إعلام المستهلك.

أن يرفق بنسخة العقد استمارة قابلة للفصل يستعملها المستهلك حين يرغب في استعمال حق الرجوع.

³ - انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 75.

⁴ - هذا المصطلح ذكرته المادة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

⁵ - ورد ذكره في قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية رقم 2002/28 الصادر بتاريخ 2002/09/14 المعدل و

المتمم بقانون رقم 13/2006.

⁶ - راجع: U.S. Uniform Electronic Transaction. Act1999. منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://www.yozons.com/linkedDocs/UETA.pdf>

للبدء في عمل أو للاستجابة كلياً أو جزئياً للرسائل الإلكترونية أو التدابير، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملاً أو يقدم استجابة"¹.

وجاء في قانون رقم 2001/85 المتضمن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تعريف الوسيط الإلكتروني بأنه: "برنامج حاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بصدد إنشاء أو إرسال أو استلام رسالة بيانات بدون تدخل شخصي"².

في حين أشارت المادة 14 من ذات القانون إلى الوسيط الإلكتروني بقولها: "تعتبر المعلومات الصادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه أو لحسابه أو بواسطة وسيط معد للعمل أوتوماتيكياً بواسطة المنشئ أو نيابة عنه".

أما المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رقم 2002/02 فقد عرفت الوسيط الإلكتروني المؤتمت³ بأنه عبارة عن: "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كلياً أو جزئياً دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف والاستجابة له"⁴.

¹ - نفس التعريف أورده المادة (19) من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1999. على الرابط التالي:

<http://www.law.valberta.ca/abi/ulc/current/euecafa.htm>.

² - المادة الثانية الفقرة الحادي عشر.

³ - لقد ورد هذا المصطلح لأول مرة في وثائق الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادرة باللغة العربية، ثم استخدمته بعد ذلك بعض قوانين الدول العربية المعنية بالمعاملات الإلكترونية كقانون دبي للمعاملات التجارية الإلكترونية، والقانون الأردني للمعاملات الإلكترونية.

والمقصود بمصطلح "مؤتمتة" "Automatique" هو تحويل الإجراءات الإدارية إلى إجراءات إلكترونية دون تدخل إنساني، فالوسيط الإلكتروني المؤتمت عبارة عن برنامج للحاسب الآلي تم تصميمه بحيث يستجيب لتنفيذ الأوامر كلياً أو جزئياً حسب الطلب دون تدخل أي إنسان في عمله. حول ذلك راجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 87.

⁴ - نفس المادة أعطت تعريف للمعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها: معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، التي لا تكون فيها هذه الأعمال والسجلات خاضعة لأي متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات".

أما القانون البحريني الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية¹ فقد أعطى مصطلحاً آخرًا للوسيط الإلكتروني، وسماه "بالوكيل الإلكتروني" وعرفه في المادة الأولى بأنه: "برنامج حاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تعريفات إلكترونية كلياً أو جزئياً بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له".

قراءة لهذه النصوص السابقة في تعريف الوسيط الإلكتروني بأن هذا الأخير هو عبارة عن برنامج يتم إعداده مسبقاً من قبل متخصص في تصميم برامج الحاسب الآلي، بناءً على طلب صاحب المصلحة (كصاحب المتجر الافتراضي) لكي يتولى إبرام العقود الإلكترونية، وتنفيذها في بعض الأحيان، تلقائياً دون تدخل أي إنسان في عمله²، والتعامل مع الوسيط الإلكتروني يشبه التعامل مع شخص طبيعي كل ما هنالك أن الشخص الذي يتعامل مع الوسيط الإلكتروني ليس متاحاً له التفاوض مع هذا الوسيط على بنود العقد وشروطه – والتي تكون معدة مسبقاً- وليس أمامه سوى الموافقة على شروط العقد وبنوده³.

والتعاقد من خلال الوسيط الإلكتروني يأخذ أحد الوضعين:

1 - قد يتعاقد صاحب المتجر الافتراضي من خلال وسيط إلكتروني يعده لهذا الغرض مع شخص طبيعي، ويمكن تصور هذه الحالة في بيئة الإنترنت عندما يعرض صاحب أحد المتاجر الافتراضية من خلال الوسيط الإلكتروني سلعة معينة موضحاً سعرها ومواصفاتها، ومبيناً شروط العقد وبنوده، وإذا رغب الشخص الزبون في التعاقد مع صاحب هذا المتجر ما عليه سوى الموافقة على العقد النموذجي المعد سلفاً دون تفاوض⁴.

2 - قد يتعاقد صاحب المتجر الافتراضي من خلال وسيط إلكتروني مع شخص آخر يستخدم أيضاً وسيطاً إلكترونياً يعده لهذا الغرض، فيحدث تبادل رسالة البيانات التي

¹ - القانون البحريني للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 28/2002 الصادر بتاريخ 14/09/2002.

² - راجع في ذلك: مجد الدين محمد إسماعيل السوس وة، إبرام عقد البيع عبر الإنترنت، دون دار النشر، الطبعة الأولى، 2010، ص 263. وكذلك: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 88.

³ - أنظر: ITEANU, op.cit, p. 23.

⁴ - راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 77.

تتضمن إيجابا وقبولا بين هذين الوسيطين الإلكترونيين فينعقد العقد دون تدخل عنصر بشري¹.

ولقد أدى الاعتماد على هذه الوسائط الإلكترونية أنها جعلت من العقد الإلكتروني وليداً جديداً تتم نشأته وتكوينه في بيئة إلكترونية التي تتميز بطبيعتها الغير المادية مما أكسب العقد الإلكتروني كذلك هذه الصفة التي استعارها منها²، إذ يغيب التجسيد المادي لبند العقد في وعاء تقليدي ملموس لحظة إبرامه وأحيانا تشمل حتى مرحلة تنفيذه، فكان من أهم نتائجه اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية³.

ومن إيجابيات التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية أنه يسمح بإتمام التعاقد في لحظات دون الحاجة إلى إضاعة الوقت وتجنب مشقة انتقال المتعاقدين لمكان مجلس العقد مما يختصر الجهد والزمن والمال، بدءاً من لحظة التفاوض العقدي لإبرام العقد وحتى إبرام العقد وتنفيذه بتسليم المنتجات والخدمات محل العقد وتسليم المقابل النقدي بالرغم من التباعد المكاني للمتعاقدين⁴.

كما يحقق التعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية ما يعبر عنه الفقه بـ ((التفاعل الجماعي)) أي إبرام عدة تعاقدات إلكترونية في نفس الوقت وذلك من خلال إرسال المتعاقد الواحد عدة إلكترونية في وقت واحد تقريباً⁵.

ويكاد يؤدي انتشار الوسائط الإلكترونية على المستوى العالمي وتنوعها واعتمادها كصفة بارزة في التعاقد الإلكتروني إلى إلغاء فكرة مجلس العقد الحقيقي⁶.

ويعيب البعض من رجال الفقه على أن اعتماد الوسيط الإلكتروني في التعاقد قد لا يتيح لأطرافه الغائبين معرفة كل واحد منهما لهوية الطرف الآخر وعمره ومدى يساره

¹ - د.مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 266.

² - أنظر: BEAURE D'AUGERES , BREESE , et THUILIER , op.cit, p.75.

³ - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - راجع : د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق ، ص 47.

⁵ - أنظر: JEAN-BAOTISTE (M), op.cit, p. 99.

⁶ - منير محمد الجنيهي وممدوح محمد الجنيهي، المرجع السابق، ص 155.

ومركزه المالي¹. كما أنه قد تؤدي هذه الوسائط الإلكترونية إلى احتمال تحريف في نقل الإرادة عبر شبكة الإنترنت وهو ما يستدعي بيان للضوابط والضمانات التي تكفل صحة

الإرادة التعاقدية والتأكد من نسبتها إلى مصدرها²، وهو الطرح الذي سيتم مناقشته في الفصل الثاني من الباب الأول لهذه الرسالة.

لذا فإن العقود الإلكترونية تظهر في معاملات تتم بواسطة وسائل إلكترونية يقوم بها الحاسوب الآلي بالدور الكبير من حيث ترتيب إجراءات التعاقد وحتى تنفيذها، وقد يكون هو الطرف الوسيط أين يقوم بدور إبداء الإيجاب أو القبول نيابة عن الشخص أو الجهة التي يتبع لها³.

والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع الوسائل الإلكترونية نظراً لارتباطها مع التطور التكنولوجي⁴ ومع ذلك يمكن تعداد جملة من هذه الوسائل الأكثر بروزاً واستخدامها في إبرام العقود الكبريد الإلكتروني، التلكس، الفاكس، الهاتف المرئي، والإنترنت.

الفرع الأول: شبكة الإنترنت.

يعد الإنترنت أحد أبرز الوسائل الحديثة في إبرام العقد إلكترونياً، نظراً للعديد من الخدمات التي تقدم من خلاله، كخدمة التراسل عبر المواقع الإلكترونية وخدمة البريد الإلكتروني¹.

¹ - منهم: HUET,(J), op.cit, p.182.

² - أنظر: د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007. ص 121.

³ - ومن أمثلة ذلك برنامج جهاز الصرف الآلي الذي تخصصه البنوك للعمل خارج مبنى البنك، حيث يقوم هذا البرنامج بمجرد إدخال بطاقة الائتمان في جهاز الصرف الآلي يطلب الرقم السري الخاص بالعميل صاحب البطاقة، وبعد التحقق من صحة الرقم السري يطلب البرنامج من العميل تحديد المبلغ المطلوب سحبه من الرصيد، عندها يقوم الحاسوب بدفع النقود. أنظر أكثر: عبد الفتاح بيومي الحجازي، المرجع السابق، ص 88.

⁴ - كان الفقه قد وجه نقد في ربط العقد الإلكتروني "بواسطة اتصال إلكتروني" بعينها مثل الإنترنت بحجة أنه يمكن أن يكتشف العلم وسيلة أخرى للاتصال الإلكتروني عن بعد أكثر تطوراً من الإنترنت مستقبلاً وكذلك حتى لا يضطر المشرع إلى إدخال تعديلات من وقت لآخر على تشريعه وهو ما من شأنه تهديد استقرار العمل التشريعي. أنظر: سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص 67.

وتتعدد تعريفات الإنترنت فهي بالاعتماد على الترجمة، ذات الأصل الانكليزي فهي تتكون من شقين، الأول (Inter) وهي اختصار لكلمة (inter connection) وتعني الاتصال أو الرابط، أما الثاني (net) وهي اختصار لكلمة (Net work) بمعنى الشبكة، وإذا جمعت الكلمتين معاً فهي تعني "شبكة الاتصال"².

أما التعريف المعتمد من الناحية التقنية، فيعرف الإنترنت على أنها شبكة تسمح بانضمام شبكات معلوماتية ذات أنماط مختلفة في إطارها، بفضل استخدام البروتوكولات وذلك إما عبر نظام ضبط المعلومات المعروف بـ (Transmission Control Protocol) المعرفة باختصار T.C.P، أو عبر نظام لنقل البيانات المعروف بـ (Internet Protocol) المعروف باختصار (IP)³. أو هو عبارة عن "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم"⁴.

في حين تعرف الإنترنت بالاعتماد على ما تقدمه من خدمات بأنها "الطريق الدولي للمعلومات" أو هي "الوسيلة أو الأداة التواصلية بين شبكات المعلوماتية دون اعتبار للحدود الدولية"⁵.

وكان أول بروز لفكرة الإنترنت سنة 1969 لما طلبت وزارة الدفاع الأمريكية من وكالة مشروعات الأبحاث المتقدمة⁶ بإيجاد طريقة لإيصال عدد من الحواسيب الآلية بدلاً من

¹ - يذهب البعض إلى أن الإنترنت يقدم ثلاث خدمات أساسية وهي: 1- شبكة المعلومات الدولية. 2- نظام النشر الإلكتروني. و3- حلقات النقاش. أنظر:

STROWEL (A), Responsabilité d'intermédiaires: actualités législatives et jurisprudentielles, Droit nouvelles Technologies, édit 10/10/2000, p.08. sur: <http://www.droit-technologie>

² - أنظر: د. أحمد الشربيني. الإنترنت، مكتبة الأسرة. القاهرة. 2009، ص 11.

³ - المحامي يونس عرب، مقال منشور بعنوان العالم الإلكتروني، الوسائل والمحتوى والمزايا والعيوب، ص 08. منشور على الرابط التالي:

<http://www.alyaseer.net/vb/sgowthread.php>

⁴ - محمد السعدي رشدي، الإنترنت والجوانب القانونية لنظام المعلومات، دار النهضة العربية، 2004، ص 13.

⁵ - أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 03.

⁶ - سميت بمشروع شبكة العمود الفقري (APRANET) لأجل استعمال الإنترنت بإرسال تعليمات التصويت من خلال مركز التحكم في قواعد الصواريخ حتى ولو تم تدمير وتخريب جزء من الشبكات الدفاعية لأن اعتماد على واحدة قد يكون هدفاً سهلاً لتدميرها.

أنظر: أسامة عبد العليم شيخ، المرجع السابق، ص 07. ومحمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 13.

الاعتماد على حاسوب واحد ينظم حركة السير، فكان هذا المشروع قاصراً ومحتكراً فقط من وزارة الدفاع الأمريكية.

وفي سنة 1983 تحول هذا المشروع إلى شبكة الاتصالات الدولية حيث سمح للأفراد باستخدامها، وفي سنة 1986 انتقلت شبكة الإنترنت إلى الجامعات والمعاهد ثم إلى كل التطبيقات التجارية كإبرام الصفقات التجارية والأنشطة المختلفة¹.

وكانت سنة 1992 بداية استخدام الإنترنت في الأغراض التجارية عندما برزت خدمة الشبكة العنكبوتية للمعلومات العلمية والمختصرة باسم (WEB) كمروج للسلع والخدمات إذ ظهر إقبال هائل لرجال الأعمال وأصحاب الشركات التجارية على هذه المواقع والإبحار فيها وتصفحها من أجل الوصول إلى معلومة معينة أو إبرام عقود مع الأفراد أو الشركات التي تعرض هذه الخدمات أو المنتجات²، لذا أصبح الإنترنت من أهم وسائل التعاقد الإلكتروني. وتتنوع وسائل التعاقد من خلال شبكة الإنترنت، فهي إما أن تتم عن طريق المراسلة من خلال البريد الإلكتروني، وقد تتم عن طريق المحادثة أو المشاهدة، وإما تتم عن طريق شبكة المواقع الإلكترونية (Web).

الفرع الثاني : البريد الإلكتروني.

تتيح الإنترنت لمستخدميها استعمال برامج البريد الإلكتروني لتبادل الرسائل النصية أو الصوتية. وخدمة البريد الإلكتروني هي من أولى الخدمات التي تم اكتشاف إمكانية تحقيقها عبر خط الإنترنت³. إذ أصبحت هذه الخدمة من أهم تطبيقات الإنترنت ومجالاً خصباً للربط بين الأشخاص في مختلف أنحاء العالم في سرعة فائقة ودون عائق⁴.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد، المرجع السابق . ص 13.

² - د. صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دون دار النشر، 2005، ص 06.

³ - يعود الفضل في اكتشاف البريد الإلكتروني إلى الباحث الأمريكي (Ray Tom) عام 1971. انظر في ذلك:

HUET(J), Le commerce électronique entre Professionnel en réseau ouvert (internet), op.cit., p. 02.

⁴ - راجع: الأستاذ ذبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2011، ص 159.

فالبريد الإلكتروني هو عبارة عن برنامج يعمل على استقبال الرسائل الإلكترونية المرسلة إلى شخص المرسل إليه وتخزينها في مساحات مخصصة على أقراص صلبة مدمجة بحاسبات آلية، تابعة للشركة مصدرة برنامج البريد الإلكتروني¹.

ويعرف جانب من الفقه البريد الإلكتروني بأنه: "عبارة عن طريقة لإرسال الرسائل الإلكترونية واستقبالها بين الحواسيب باستخدام شبكة الإنترنت"². كما يعد بمثابة: "نظام التراسل باستخدام الحاسوب لحفظ المستندات والأوراق والمراسلات التي تتم معالجتها رقمياً في صندوق خاص وشخصي للمستخدم، ولا يمكن الدخول إليه إلا عن طريق كلمة المرور"³.

ويعد البريد الإلكتروني أسلوباً لكتابة وإرسال الرسائل عبر نظم الاتصالات الإلكترونية، علاوة على نقل ملفات الصوت والصورة، وتبادل وثائق وأفلام أياً كان حجمها بكل يسر وسهولة⁴ وفي دقة متناهية وسرعة مذهلة⁵.

ويتميز التعاقد عبر البريد الإلكتروني بأن تقوم بعض الشركات بإرسال رسائل دعائية لسلعة أو خدمة في البريد الإلكتروني الخاص بالشخص، فإذا اطع عليه ورجب في السلعة أو الخدمة قام بمراسلة الشركة للتعاقد معها في هذا الشأن، وذلك بالنقر على مفتاح الموافقة⁶ وبمجرد وصول القبول إلى علم الشركة ينعقد العقد⁷.

وتمتاز هذه الطريقة بأن الحصول على البريد الإلكتروني يكون مجاناً من خلال موردي الخدمات أو الشركات على الإنترنت، وبهذا يختلف التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني عن غيره من وسائل الاتصال كالهاتف والفاكس والتلكس، بانخفاض تكلفة

¹ - د. مجد الدين إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 106.

² - رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2002، ص 256.

³ - أنظر: مناني فراح، المرجع السابق، ص 50.

⁴ - د. أحمد الشريبي، الإنترنت، المرجع السابق، ص 24.

⁵ - حول أهمية البريد الإلكتروني وفوائده راجع: د. مجد الدين السوسوة، المرجع السابق، ص 108.

⁶ - أنظر: لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 64.

⁷ - بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، مصر، 2003، ص 34.

الاستخدام والسرية¹، كما لا يتطلب مهارة عالية في استخدامه إلى جانب تميزه بالسرعة الفائقة في إرسال الرسائل والخطابات ووصولها إلى المرسل إليه².

كما يمنح البريد الإلكتروني لطرفي العقد حرية التفاوض والمناقشة حول بنود العقد المراد إبرامه إذ يمكن للمورد إرسال بريد إلكتروني للسلعة أو الخدمة المتوافرة لديه قصد عرضها على المستخدم المرسل إليه، وهذا الأخير يمكنه التفاوض بشأنها مع المرسل ومتى استقر التفاوض على قبول نهائي انعقد العقد³.

الفرع الثالث: الشبكة العنكبوتية العالمية.

لقد صاحب تطور الإنترنت العديد من الخدمات ومن أهمها استخدام خدمات (World Wide Web) والمسماة بـ (Web) اختصاراً، والمعبر عنها بالعربية بشبكة المعلومات العالمية وهذه الخدمة هي نظام ذو معايير مقبولة عالمياً تستخدم لتخزين وتشكيل وعرض المعلومات، وتعمل في بيئة شبكات الحاسوب. وهي تختصر بعبارة (www) أو (Web) أي الشبكة النسيجية العالمية⁴. وتعد هذه الشبكة وسيلة لعرض المعلومات على شكل نصوص وصور وصوت وفيديو، وذلك من خلال صفحات ترتبط مع بعضها البعض مما يتيح للمستخدم التنقل بين هذه الصفحات وذلك من خلال تقنية النص المترابط⁵.

وكان المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25/08/1998 المتضمن ضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت واستغلالها. قد عرف في المادة 1/2 خدمة الويب على أنها: "خدمة تفاعلية للاطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط (multimédia)

¹ - نظراً لتضخم حجم البيانات المتبادلة عبر البريد الإلكتروني ظهرت الحاجة إلى حماية هذه البيانات فأنشئ ما يسمى بالأمان الإلكتروني. Electronic-Trust وهو برنامج يقوم بتقدير مواقع الإنترنت على أساس مدى حمايتها للخصوصية الفردية. حول ذلك راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2007، ص68.

² - د. عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص12.

³ - راجع: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 158

⁴ - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 07.

⁵ - أنظر: د. محمد نور برهان، ود. عز الدين خطاب، المرجع السابق، ص 72.

(نصوص، رسوم بيانية، صوت أو صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة "hypertexte"¹.

وخلال الفترة الواقعة بين 1989 و 1991 تم تطوير الشبكة النسيجية العالمية في المختبر الأوربي للفيزياء بواسطة الدكتور (TIM BERNERS-LEE) في سويسرا حيث استخدم بروتوكول (http) الذي يشكل أساس الويب (Web)².

وهناك الملايين من مواقع شبكة الويب (Web) ولكل منهما عنوانه الخاص الذي يشار إليه بأحرف الاختصار، وهو يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف، ولأجل التمكن من زيارة موقع ما فما على الزائر أو الزبون سوى تحرير وكتابة هذا العنوان³.

فالويب أصبح أحد الأدوات التي تسمح للزائر من معرفة موقعه بالضبط داخل شبكة الإنترنت وإلى أي مكان يريد الذهاب إليه، فهو أداة تستخدم كمرشد أو دليل في فضاء الإنترنت يسمح للزائر اختيار صفحة الاستقبال المتكونة من عدة أقسام وأروقة ذات واجهة واحدة وبالتالي الاطلاع على كل الخدمات والسلع التي يتضمنها كل قسم كما لو أنه يتصفح كتاباً⁴.

ونجد أن الكثير من الشركات تعرض بشبكة المواقع الويب وكذا الموقع الخاص بها البضائع والسلع التي تريد تسويقها، أين تقوم بتصوير السلعة المراد بيعها بطريقة الأبعاد الثلاثية مع تسجيل كافة المعلومات أو البيانات الخاصة بكل سلعة على حد⁵.

الفرع الرابع: التبادل الإلكتروني للبيانات.

عرفه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (UNISTRAL) في المادة الثانية الفقرة الثانية من الفصل الأول المتعلق بالأحكام العامة بأن مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية هو:

¹ - منشور في الجريدة الرسمية الجزائرية رقم 63، ص 05.

² - راجع: د. رامي علي وشاح، المرجع السابق، ص 74.

³ - أنظر: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 07.

⁴ - أنظر: مناني فراح، المرجع السابق، ص 49.

⁵ - د. رامي علي وشاح، الإثبات عبر الوسائل التقنية الحديثة ودور القاضي في سد الفراغ التشريعي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2009، ص 74.

"نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"¹.

ووفقا لنص هذه المادة فإن تبادل البيانات إلكترونيا يفيد وجود عملية تبادل البيانات والمعلومات بين أطراف العلاقة بطريقة إلكترونية وبدون تدخل من عنصر بشري، وهذا النظام يستخدم في الكثير من العمليات مثل إجراء التفاوض بين الأطراف وإبرام العقود والاستعلامات وطلبات الشراء ومواعيد الشحن والتسليم.

ويظهر الاختلاف بين نظام التبادل الإلكتروني للبيانات عن البريد الإلكتروني في كون أن الرسالة الإلكترونية عن طريق نظام تبادل البيانات تكون بالتشفير² المتفق عليه سابقا بين طرفي العقد، أما الرسالة عن طريق البريد الإلكتروني فيتم إرسالها دون رقم التشفير أي بصورة يمكن لأي شخص قراءتها وفهم مضمونها كما يتجلى الاختلاف بين النظامين في أن تبادل للبيانات إلكترونيا يتم على أساس قانوني متفق عليه بدءا من استخدام معايير محددة في شأن البيانات من حيث البنية والمضمون، في حين أن التبادل عبر البريد الإلكتروني فقد يتم بنفس الطريقة أو لا يكون بدونها³.

ولقد سعت جهود دولية من أجل تيسير حركة التبادل الإلكتروني للبيانات من خلال توحيد وتنسيق قواعد التبادل الإلكتروني وتحقيق نمو للتجارة الإلكترونية كالجهد التي بذلتها غرفة التجارة الدولية (CCI) التي قامت بوضع قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات

¹ - راجع تعقيا حول هذه المادة : د.ممدوح خيري هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2000، ص 66.

² - التشفير هو : عملية الحفاظ على سرية المعلومات الثابت منها و المتحرك باستخدام برامج لها قدرة تحويل و ترجمة تلك المعلومات إلى رموز . أكثر تفصيل حول نظام التشفير راجع: محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 29.

³ - د. محمد حسام لطفي، الإطار القانون للمعاملات الإلكترونية، دار الفكر، 2005، ص 10.

التجارية¹ وكذا المنظمة البحرية الدولية (IMC) التي اعتمدت القواعد المنظمة للإرسال الإلكتروني لسندات الشحن عن طريق نظام تبادل البيانات إلكترونياً².

كما يختلف نظام التبادل الإلكتروني للبيانات عن الفاكس، فالرسالة في هذا الأخير ترسل في شكل نسخة أو صورة من أصل الرسالة الورقية الموجودة من طرف المرسل، ويتم إجراء النسخ إلكترونياً على الأجزاء الداخلية لجهاز الفاكس، أما في نظام البيانات المتبادلة إلكترونياً فإن الرسالة يتم نقلها في بيئة إلكترونية بحثة إلى درجة يصعب فيها التمييز بين أصل الرسالة وصورتها³.

وقد أدى اعتماد هذا النظام إلى تحقيق العديد من المنافع للمنشآت التجارية ووحدات الأعمال، كما أدى إلى تقوية العلاقة بين التجار فيما بينهم وكذا فيما بين التاجر والمستهلك من خلال الخصوصية والأمان في الاتصالات، وخفض تكاليف ومصاريف نقل المعلومات إلكترونياً مقارنة باستخدام طرق النقل التقليدية كالبريد العادي وتوفير الوقت بإرسال البيانات بطريقة أسرع مما كان عليه الوضع سابقاً⁴.

ويتم التبادل الإلكتروني للبيانات باستخدام طريقتين هما:

الطريقة الأولى: طبقاً لهذه الطريقة يتم وجود طرف ثالث يقدم خدمة الاتصالات بين

طرفي العقد يؤدي دور الوسيط بينهما لإتمام عملية التعاقد ويسمى بشبكة أو خدمة القيمة

¹ - أنشئت سنة 1919 وهي هيئة متخصصة في تطوير قانون التجارة الدولية وتقنين موضوعاته، وساهمت في وضع قواعد قانونية موحدة في ميادين العمل التجاري الدولي، وقد ساهمت بشكل كبير في تطوير قانون التجارة الدولية، وهي تشكل اتحاداً عالمياً لمجموعات اقتصادية ورجال أعمال ينتمون إلى أكثر من تسعين دولة.

حول ذلك راجع: د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، دار هومة، الجزائر، الطبعة الثانية، 2010، ص 118.

² - هي منظمة غير حكومية تأسست سنة 1896 وهي تضم أخصائيين في النشاط البحري والغرض منها العمل على توحيد القانون البحري على المستوى الدولي ومن نشاطاتها إعدادها لمعظم الاتفاقيات الدولية البحرية التي تمت في مدينة بروكسل ومنها اتفاقية بروكسل لعام 1984.

³ - د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 393.

⁴ - د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 83.

المضافة¹، إذ يتوجب على كل طرفي العقد أن يكون له صندوق بريد إلكتروني على كمبيوتر الشركة التي تملك وتسير شبكة القيمة المضافة².

وحين يقوم المرسل بإرسال بيانات الصفحة التجارية لهذه الشركة تقوم هذه الأخيرة بتجميع وتسويق وتوزيع هذه البيانات لتفسيرها وفحص مدى توافقها مع المعايير المعتمدة في التبادل الإلكتروني لديها، ثم يتم إرسالها بعد ذلك إلى المرسل إليه من خلال رسالة تسمى برسالة التعارف الوظيفي³.

الطريقة الثانية: تتم عن طريق إنشاء شبكات خاصة لكل من المتعاقدين وباتفاق بينهما، وكذا الاتفاق على صيغ البيانات التي تستخدم في التبادل. وهي الطريقة التي تسمح لهما بتوفير الخصوصية والحماية وكذا السيطرة الكاملة على النظام⁴.

الفرع الخامس: الفاكس

هو جهاز لنقل المستندات المكتوبة، ويركب على خط هاتفي يرسل ويستقبل الأوراق المرسلة عن طريق صورة طبق الأصل على أوراق بيضاء موجودة بداخله. ويعرف الفاكس على أنه: "آلة تمكن من إرسال وثائق أو مستندات من طرف إلى آخر عن طريق نسخها"⁵. ويحمل كل جهاز الفاكس هذه البيانات ولا يعمل بدونها، تحمل اسم صاحب الجهاز ورقم هاتفه المركب عليه الجهاز وساعة إرساله كأنه تعريف بالمرسل، كما يخرج الجهاز

¹ - سميت بخدمة القيمة المضافة لأنها تقدم خدمات إضافية أخرى فضلاً عن خدمتها الرئيسية وهي خدمة الاتصال.

² - انظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 91. وكذلك: BOCHURBERG (L), op.cit,p.96

³ - أنظر: د.ممدوح محمد خيرى هشام، المرجع السابق، ص 66. و: خالد ممدوح إبراهيم. إبرام العقد الإلكتروني، ص125.

⁴ - راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 53.

⁵ - أنظر:

AMORY (B) et THUNIS (X), Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur. Droit de l'informatique, 1988, doctrine, N°1, p. 35.
ذكره: د. رامي علي وشاح، المرجع السابق، ص 48.

ورقة مطبوعة عند الإرسال تبين أن الرسالة وصلت أم لم تصل وزمن إرسالها وغير ذلك من المعلومات¹.

ويعمل الفاكس بنفس نظام التشغيل التقني الذي يعمل به الهاتف بطريقة تمكن من نقل الرسائل والمستندات المحررة يدويا أو طباعتها على حالها ووضعيتها الأصلية، ويسلمها عن طريق شبكة الهاتف المركزية عبر الأقمار الصناعية وذلك بطلب رقم هاتف المرسل إليه الذي يملك نفس الجهاز².

الفرع السادس: التيلكس

التيلكس كلمة انجليزية الأصل متكونة من كلمتين هما (Tele) أي برقية وحرف (X) بمعنى تبادل، ليصبح المقصود هو التبادل البرقي. كما يعرف بأنه جهاز لنقل الرسائل المكتوبة فقط عن طريق رموز معينة تنتقل من مكان إصدارها إلى جهاز المستقبل في المكان المرسل إليه حيث تترجم إلى الألفاظ التي رمزت إليها³. كما يعرف بأنه: "تبادل إشارات ذات طابع برقي، لمراسلات مرقونة بين مستعملين موصولين بنقاط طرفية في إحدى شبكات المواصلات السلكية واللاسلكية"⁴.

ويعمل التيلكس في الأساس على تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهربائية، فيحول الضغط على الحروف إلى إشارات كهربائية تنطلق من الجهاز المرسل وتتحول فيما

¹ - د. محمد نجيب العوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، دون سنة النشر، ص 212.
² - أنظر:

LAURETTE (L): Télex, télécopie, télégramme: Valeur juridique et force probante, Les petites affiches, 10 mai 1996, n° 57.p.28.

³ - راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 137.

⁴ - المادة رقم 15/08 من القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 2000/08/05 المحددة للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية. (ج ر، عدد 48 مؤرخة في 06 أوت 2000).

بعد إلى موجات كهرومغناطيسية تمر عبر الأسلاك أو أمواج الترددات الجوية ويتسلمها الجهاز المستقبل¹.

الفرع السابع: الهاتف.

هو كلمة ذات أصل يوناني مكونة من مقطعين الأول (Tele) بمعنى بعيد والمقطع الثاني (Phone) وتعني الصوت.

عرفته المادة 18 الفقرة 16 من قانون البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية بأنه: " النقل الآني المباشر للصوت عبر شبكة أو شبكات عمومية، ويسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل باستعمال التجهيز الموصول بنقطة طرفية لشبكة قصد الاتصال بمستعمل آخر ثابت أو متنقل يستعمل تجهيزاً موصولاً بنقطة طرفية أخرى".

ويعد الهاتف جهاز من أجهزة الاتصال السلكية والتي تعتمد في تشغيلها على نظام تقني، ويعمل هذا الجهاز على ربط طرفين ما في زمن واحد على بعد مسافات قد تكون طويلة أو قصيرة، بحيث يمر خلال هذا الجهاز التيار الكهربائي في الأسلاك الرابطة بين المتحدثين وفق ذبذبات صوت المتكلم².

وعرف الهاتف تطورات كبيرة من هاتف سلكي إلى هاتف لاسلكي أو ما يطلق عليه بالهاتف الخلوي أو المحمول أو النقال، إذ يعد هذا الأخير من أهم الاكتشافات الحديثة والأكثر استعمالاً في التعاقدات الإلكترونية، فهو أحد أشكال أدوات الاتصال والذي يعتمد على الاتصال اللاسلكي عن طريق شبكة من أبراج البث الموزعة ضمن مساحة معينة . مع تطور أجهزة الهاتف النقال أصبحت الأجهزة أكثر من مجرد وسيلة اتصال صوتي بحيث أصبحت تستخدم كأجهزة الحاسوب المحمول للمواعيد واستقبال البريد الصوتي وتصفح

¹ - راجع تفصيلاً لذلك: رامي علي وشاح، المرجع السابق، ص 55.

² - أنظر: د. محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، د. د. دن ، 1999. ص 79.

الشبكة كما يعمل هذا الهاتف بنظام إلكتروني دقيق عن طريق شرائح اتصال للاستقبال والإرسال، وتتمتع هذه الشرائح بخاصية شرائح الكمبيوتر المعقدة¹.

وما يميزه عن الهاتف السلكي العادي هو أنه يجمع بين نقل الأصوات وخاصية تبادل الرسائل المكتوبة الواضحة، والتي تظهر على شاشة المزود بها هذا الهاتف، دون تدخل الأوراق التقليدية بل بواسطة الكتابة على الأحرف الرقمية.

كما أنه هناك بعض أجهزة الهاتف النقال الحديثة تستخدم تقنية (Wi-Fi) وهي التقنية التي تستخدمها شبكة الحاسبات اللاسلكية للاتصال بالإنترنت. فعند القيام بالاتصال من خلال هذه الهواتف تتعرف على شبكات (Wi-Fi) التي تكون في مجال تغطيتها، وتقوم بالاتصال بالرقم الذي تطلبه عن طريق تقنية نقل الصوت عبر الإنترنت (Voip)، وفي حالة عدم تمكن الهاتف من الاتصال برقم هاتف معين فإنه يقوم تلقائياً وأتوماتيكياً بالتحول إلى نظام (GSM) لكي يطلب الرقم بالطريقة التقليدية².

المطلب الثالث: العقد الإلكتروني ذو طابع دولي.

عرف العقد الإلكتروني على أنه اتفاق يتلاقى بموجبه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية يحقق التفاعل بين الموجب والقابل، فالتعاقد الذي يتم على شبكات الإنترنت الدولية تربط كل متعاقد بآخر ولو كان خارج إقليم دولة كل منهما.

فهذا العقد يقتضي انعدام الاتصال المادي الملموس بين طرفيه، إذ قد يكون عقدا داخليا إذا ما انعقد بين طرفين يتواجدان داخل إقليم دولة واحدة، وقد يكون عقدا دوليا إذا كان المتعاقدان يتواجدان في إقليم دولتين مختلفتين.

¹ - ويعود تاريخه إلى عام 1947 عندما بدأت شركة لوس تكنولوجي التجارب في معملها بنيو جرسي ولكنها لم تكن صاحبة أول خلوي محمول بل كان صاحب هذا الإنجاز هو الأمريكي مارتن كوبر الباحث في شركة موتورولا للاتصالات في شيكاغو حيث أجري أول مكالمة به في 3 أبريل 1973 أكثر معلومات راجع موقع ويكيبيديا على الرابط التالي : <http://ar.wikipedia.org/wiki>

² - حول ذلك راجع: مجلة التقنية والاتصالات على الرابط التالي: www.MNAFE-IT.com/index

وهي نتيجة منطقية، ذلك أن العقد الإلكتروني المبرم هو نوع خاص من التعاقد عن بعد، وأن مجلس العقد هو افتراض عبر خطوط وشبكات الإنترنت حين لا يجمع بين العاقدين في الواقع مكان مادي واحد¹. كما أن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها تفرض على المشترك من أجل إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت أن يكون متصلاً بهذه الشبكة التي تتسم بالعالمية²، فالإنترنت أصبح فضاء دولي بطبيعته وليس له مناطق محددة، مما سمح لمستعمل الإنترنت بأن يتجول في فضاء وطني ودولي في آن واحد بحيث يستطيع أن يزور أي موقع كان لأي بلد ويتصفح كل السلع والخدمات المعروضة من أي بلد وهذا الفرض ليس نظرياً بل أكدته الواقع³.

فالصفة الدولية لأي عقد من العقود الخاصة تفيد دخوله في نطاق القانون الدولي الخاص الذي يفرض وجود الطابع الأجنبي في أحد عناصره الثلاث، الأشخاص، المحل والسبب لأنها تتجاوز حدود الدولة الواحدة، لذا يسميه البعض من الشراح بالعقد العابر للحدود⁴.

وهناك العديد من الصعوبات المرتبطة بتحديد الصفة الدولية في العقد الإلكتروني ولهذا ظهرت عدة معايير لتحديد هذه الصفة، وهي المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي⁵.

الفرع الأول: المعيار القانوني.

وفقاً لهذا المعيار فإن العقد يعد دولياً إذا اتصل عنصر أو أكثر من عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد⁶، ويظهر ذلك عندما تكون جنسية أطراف العقد مختلفة أو كان مكان إبرام العقد وتنفيذه يخضع لأكثر من نظام قانوني، كقيام شخص بعرض خدمة أو سلعة للبيع عبر شبكة الإنترنت عرضاً عاماً ومتاحاً لكل الدول، ففي هذه الحالة يمكن لأي مستخدم

¹ - د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 44.

² - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 117.

³ - أنظر: BEAURE D'AUGERES BREESE et THUILIER: op.cit., p. 76.

⁴ - أنظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 19.

⁵ - راجع: خالد ممدوح إبراهيم. إبرام العقد الإلكتروني. المرجع السابق. ص 77.

⁶ - أنظر: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2001، ص 72.

أو مستهلك أيا كان مكان تواجده أن يقبل بهذا العرض، ويقدم على إبرام العقد على السلعة المعلن عنها¹، أو يكون اتفاق بين الموجب والقابل يتواجدان في دولتين مختلفتين يتفقان على أن يتم تسليم البضاعة في ألمانيا ودفع الثمن في فرنسا، ففي هذا المثال اتصل العقد بثلاث أنظمة قانونية (بلد جنسية المتعاقدين وبلد مكان دفع الثمن والتسليم)، مما يضيف على تلك العلاقة صفة الدولية².

يستنتج على ضوء هذا المعيار أن العقد الإلكتروني قد يتوافق إبرامه داخل إقليم دولة واحدة، فهنا ينتفي العنصر الأجنبي مما يحول دون توافر صفة الدولية على العقد، كأن يعرض تاجر بضاعته للبيع على المواقع الإلكترونية ويحدد عرضه على المواطنين دون الأجانب، فيكون عقد البيع الإلكتروني خالياً من العنصر الأجنبي إذ تجتمع عناصره داخل نظام قانوني واحد³.

وذهب البعض الآخر إلى أن صفة الدولية للعقد لا يجب أن تقتصر على مجرد توافر عنصر أجنبي في الرابطة العقدية لأن ذلك من شأنه أن يجعل المعيار جامداً يطبق متى وجد العنصر الأجنبي حتى ولو كان هذا العنصر ليس له من الأهمية ولذا يجب أن يكون هذا العنصر الأجنبي فعالاً ومؤثراً في الرابطة العقدية، أما لو كان العنصر محايداً وغير فعال في التعاقد فإن ذلك غير كافٍ للقول بتوافر الصفة الدولية في العقد⁴.

ومناطق اكتساب الرابطة العقدية للطابع الدولي قد يكون منذ إبرامها وقد يتم في وقت لاحق على إبرامها.

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي.

¹ - راجع في ذلك: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 150.
² - د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، 2012، ص 139.
³ - د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 53.
⁴ - حول تقييم هذا المعيار راجع: د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004، ص 36. وكذلك: د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص 74.

يقوم هذا المعيار على فكرة أساسية وهي: ارتباط العقد الدولي بمصالح التجارة الدولية¹ أي حرية المبادلات في إطار المعاملات الدولية عبر الحدود فهي تهتم بالرابطة التي تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة². فوفقاً لهذا المعيار فإن صفة الدولية للعقد الإلكتروني تتطلب انتقال الأموال والقيم الاقتصادية عبر الحدود وليس تمركز المعاملات وتنفيذها بدولة واحدة، لأنه في هذه الحالة يعد العقد الإلكتروني ذو بعد داخلي فقط³.

وقد اتجه القضاء الفرنسي في أواخر القرن العشرين إلى الجمع بين المعيارين القانوني والاقتصادي عند التصدي لمدى توافر الصفة الدولية في الرابطة العقدية من عدمها، أي يتعين أن يتعلق الأمر بتوافر تلك الصفة من وجود العنصر الأجنبي للرابطة العقدية (المعيار القانوني)، ويتعين أن يتعلق الأمر بمصالح التجارة الدولية (المعيار الاقتصادي)⁴.

هذا بالنسبة للصفة الدولية للعقود التقليدية، أما بالنسبة للعقود الإلكترونية لا سيما تلك المبرمة عبر الإنترنت فكان التساؤل حول مدى اعتبار العقد الإلكتروني عقداً ذو طابع دولي أم الأمر خلاف ذلك؟.

لقد تعددت الآراء الفقهية بشأن الكشف عن دولية العقد الإلكترونية والتي يمكن جمعها في الآتي :

البند الأول: معيار الصفة الدولية النسبية للعقد الإلكتروني.

يفيد هذا المعيار إلى منح الصفة الدولية للتعاقد الإلكتروني خاصة المبرم عبر الإنترنت متى كان العرض عاماً غير مقيد بأشخاص و زبناء متواجدين في دولة واحدة فيكون للجميع حرية التعامل عبر الإنترنت أيا كان محل إقامته ولو كان خارج حدود دولة مقدم المعرض (المنشئ)⁵.

¹ - راجع: د. خالد عبد الفتاح محمد خليل، المرجع السابق، ص 49.

² - د. هشام صادق، مرجع سابق، ص 92.

³ - راجع: د. مدحت عبد الحليم رمضان، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - راجع: BENSOUSSAN (A), op,cit,p.143

⁵ - أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 152. وأشرف محمد، المرجع السابق، ص 197.

فجوهر هذا المعيار هو مسألة إطلاق العرض أو تخصيصه، فلو كان العرض قاصراً على حدود دولة معينة كأن يعرض التاجر بيع سلعته على الإنترنت، ويقصر عرضه على الزبناء المنتمين لدولته فقط، تجنباً لمخاطر البيع لشخص متواجد في دولة أخرى، ففي هذه الحالة لا مجال للحديث عن صفة الدولية، حيث أن العرض تتمركز جميع عناصره داخل دولة واحدة حيث لا وجود لأي عنصر أجنبي ولم يحدث تدفق للأموال عبر الدول¹.

البند الثاني: معيار الصفة الدولية المطلقة للعقد الإلكتروني.

يسلم هذا الاتجاه باعتبار العقد الإلكتروني هو عقد يتسم في الغالب بالطابع الدولي حيث تتم أغلب المعاملات عبر شبكة الإنترنت بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة، فيكون أطرافها مستخدم مقيم في دولة ومقدم خدمة الاشتراك في شبكة الإنترنت من دولة أخرى، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة من دولة ثالثة²، مما يجعل تلك العقود تتصل بأكثر من دولة وتستتبع انتقال القيم الاقتصادية والثروات عبر الحدود فيما بين الدول لذا فهي تتصل بمصالح التجارة الدولية³.

ويذهب البعض إلى أبعد من ذلك بالقول أن العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت هو دوماً ذو طابع دولي، ذلك أن شبكة الإنترنت المبرم بواسطتها ترتبط بأجهزة كمبيوتر عبر العالم كله، فشبكة الإنترنت لها طابع دولي عابر للحدود⁴ ويظهر ذلك من مسماتها⁵. فأصبحت كل العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت هي بالضرورة ذات الطابع الدولي حيث يتدخل فيها أشخاص متواجدون ومنتمون إلى دول مختلفة. كما أنّ الطابع الدولي للمعاملات عبر

¹ - د. صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 146.

² - د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 22.

³ - انظر: د. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 41.

⁴ - كلمة INTERNET مكونة من مقطعين، الأول: Inter وهي تعني الدولية اختصاراً لكلمة INTERNATIONAL، أما المقطع الثاني "NET" هي اختصاراً لكلمة شبكة "NETWORK".

⁵ - الأمر الذي أدى إلى قول الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد أن الإنترنت منطقة لا تخضع لقانون. المرجع خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 183

الإنترنت لا يقتصر على العقود بل يمتد إلى سائر العمليات كالدعاية والترويج للسلع والخدمات واستغلال حقوق الملكية الفكرية وغيرها¹.

بدليل أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية شأنه في ذلك شأن كل الاتفاقيات الصادرة عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، يطبق على المعاملات الدولية فقط دون الداخلية، غير أنه هناك استثناء من هذه القاعدة تفيد امتداد نطاق تطبيق القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ليشمل المعاملات الإلكترونية بمفهومها الواسع، دون وضع تمييز فيما بين ما يعد داخلياً أو دولياً²، وأتاح للدول المتعاقدة خيار قصر نطاق تطبيق القانون على المعاملات الدولية فقط³.

وفي هذا السياق ذهب جانب من الفقه إلى ضرورة تطبيق المعيار القانوني الضيق أي الذي يعتد بالعناصر المؤثرة والفعالة، دون العناصر المحايدة في الرابطة العقدية وهذا للكشف عن دولية عقود التجارة الإلكترونية، كالعقود التي تبرم وتنفذ إلكترونياً (عقود بيع برامج الحاسب الآلي على الخط)⁴.

فهذا المعيار يجسد الصفة الدولية للعقود الإلكترونية ويعد حلاً ناجحاً للكشف عن دولية هذه العقود في حالات يعجز فيها المعيار الاقتصادي عن تفسيرها⁵.

لكن ما يجب التنويه عنه بشأن دولية العقد الإلكتروني أنه يثير أحد أهم مشكلات التجارة الإلكترونية وهو تحديد القانون الواجب التطبيق وكذا القضاء المختص بصدد المنازعات الناشئة عنه، وهو ما يعرف بتنازع الاختصاص وتنازع القوانين.

¹ - راجع: د. مراد محمد يوسف مطلق، «التعاقد عن طريق الوسائل الاتصال الإلكتروني، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، ص 85.

² - المادة الثانية الفقرة الأولى.

³ - تكمن صعوبة تحديد معيار للتمييز بين ما يعد دولياً وما يعد داخلياً بشأن المعاملات التي تتم من خلال شبكة الإنترنت هو اختلاف أسلوب هذا التعاقد الجديد عن التعاقد التقليدي. فقد أشار الفريق العامل في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (التجارة الإلكترونية) في الدورة الثامنة والثلاثين إلى صعوبة تحديد مكان النشاط التجاري للأطراف المتعاقدة عبر رسائل البيانات في حالة عدم تحديدها بوضوح من جانب الأطراف. أنظر: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الرابع (التجارة الإلكترونية) الدورة التاسعة والثلاثين، نيويورك، 11 - 16 مارس 2002، ص 10. منشور على الرابط التالي: <http://www.uncitral.org/uncitral/ar/commission>

⁴ - أنظر: د. صالح علي حسين. المرجع السابق. ص 150

⁵ - د. شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 45

لذا سنحاول معالجة هاتين المسألتين على ضوء الآراء الفقهية والنصوص القانونية خاصة القانون المدني الجزائري في الشق المتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص.

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

كثر الحديث عن تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية لا سيما المبرم على الإنترنت، فهل يخضع هذا الأخير لقواعد وأحكام قانون واحد أم أن الأمر يتعلق بتزامم أكثر من قانون بحكم المعاملات عبر الإنترنت أم أن خصوصيته تجعله مستقلا كليا بقواعد تطبق على تلك العلاقات التي تنشأ من خلاله؟ مما يعني أن الأمر يتطلب الوقوف على مدى صلاحية قواعد وأحكام القانون الدولي الخاص المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق.

الإجابة هنا تتطلب توضيح مسألتين:

المسألة الأولى: المستقر عليه أن اتصاف العقد بالصفة الدولية يعد مسألة أولية ولازمة لتطبيق قواعد تنازع القوانين¹، حيث لا تثار مشكلة تنازع القوانين حينما نكون بصدد علاقة داخلية لأن مثل هذه العلاقة تخضع للقانون الداخلي في الدولة.

وفي خضم المعايير والاتجاهات التي تضاربت بين الإنكار والتأييد استقر الرأي على أن العقود المبرمة بالطرق الإلكترونية يغلب عليها الطابع الدولي².

المسألة الثانية: هل تكفي قواعد تنازع القوانين لمعالجة التعاقد الإلكتروني أم يتطلب الأمر إلى وجود قانون مستقل، و بشأن ذلك تضاربت الآراء بين اتجاهين:

البند الأول : صعوبة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص

يرى هذا الاتجاه بأن القانون الدولي الخاص يرتبط وجوده بظاهرة الحدود السياسية التي تفصل بين الدول أعضاء الجماعة الدولية¹، وكل دولة مستقلة عن الأخرى ولها نظام

¹ - راجع: هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على حقوق التجارة الدولية، مرجع سابق، ص 51.

² - راجع رسالتنا، المطلب الثالث.

قانوني خاص بها ومحاكم وأجهزة إدارية تنهض بوظائفها المختلفة²، وقد يحدث أن تتم العلاقة التعاقدية داخل الحدود السياسية لدولة أخرى الأمر الذي يخلق تزامم أكثر من قانون لحكم تلك العلاقة، ومن هنا تبدو الحاجة إلى قواعد القانون الدولي الخاص.

ولكن فكرة الحدود السياسية لا نتلمسها في البيئة الإلكترونية أو المجتمع الرقمي والمعلوماتي، فشبكة الإنترنت تتجاهل هذه الحدود أو التضاريس الجغرافية³، فقيود الدخول والخروج وتأشيرة التجول والإبحار في الشبكة لا يعترف بها في مجتمع رقمي معلوماتي كما أن عالمية الإنترنت لا تخضع لهيمنة منظمة أو مؤسسة حكومية⁴، فمن يدخل على شبكة الإنترنت والإبحار في مواقعها الإلكترونية المنتشرة على هذه الشبكة رغبة منه في شراء منتج معين سيجد أنه انتقل بين قارات الدنيا دون أن يدرك ذلك.

وعليه فإن أحكام القانون الدولي الخاص تعتمد على الحدود الجغرافية لا تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية التي تتم على شبكة الإنترنت⁵ الأمر الذي يتطلب وجود قانون مستقل.

البند الثاني: كفاية تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص

جاء هذا الاتجاه معاكسا للأول، ويذهب إلى القول بأن التشريعات الوطنية تعد قادرة على حكم المنازعات المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني وخاصة بعد أن أصدرت معظم الدول قوانين تتلاءم وطبيعة التجارة الإلكترونية، فالإنترنت هو مجرد وسيلة اتصالات فقط⁶، ومن ثم لا يوجد مبرر في ظل شبكة الإنترنت إلى وجود نصوص قانونية مستقلة إذ يكفي قواعد القانون الدولي الخاص لتنظيم هذا النوع من العقود⁷.

¹ - أنظر في ذلك : د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008، ص 239

² - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الداخلي النوعي، مرجع، ص 35.

³ - راجع: د. فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 232.

⁴ - أنظر: صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 232.

⁵ - أنظر: أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 212.

⁶ - هشام علي صادق. المرجع السابق. ص 72

⁷ - راجع : خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 394

و يبرر هذا الاتجاه موقفه بالحجج التالية :

إن القول بوجود مجتمع افتراضي مستقل عن كل الدول أمر يصعب قوله، ذلك أن مستخدمي الشبكة والقائمين على خدماتها هم في الحقيقة بشر لهم موطن أو مقر حقيقي ويقومون بدفع التزامات مالية لدى بنوك لها مواقع معروفة¹. كما أن الوسائل الفنية للاتصالات تتمركز في إقليم دولة محددة وبالتالي يمكن إخضاع هذه العمليات التي تتم عبر الإنترنت لقوانين تلك الأماكن أو الأقاليم حسبما تحددها قواعد التنازع في القانون الدولي الخاص².

إن المشكلة ليست بمقارنة المجتمع الافتراضي بالمجتمع المادي من الناحية الوجودية، بل يجب مقارنته من زاوية النظر إلى عمره الافتراضي، فهذا الأخير يتطلب إلى وقت طويل لكي تتشكل وتكتمل قواعد، ذلك أن تكوين قواعد في المجتمع المادي أسهل بكثير من تكونها في المجتمع الافتراضي³.

وعلى ضوء هذين الاتجاهين سوف نحاول التوقف على مدى جدوى قواعد القانون الدولي الخاص وصلاحيتها بتحديد القانون الواجب التطبيق، ثم البحث عن تقييم هذا القانون للتوقف عن حلول مشكلة تنازع القوانين فيما يتعلق بالتعاقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت.

الفقرة الأولى: إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونية.

إن موضوع تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات عقود التجارة الإلكترونية يعد من بين أهم وأبرز المشاكل التي أفرزها بروز هذا الوليد الجديد من العقود.

ولما كانت شبكة الإنترنت وغيرها من الوسائل الإلكترونية بطبيعتها شبكة عابرة للحدود وبالتالي فإن العقود المبرمة عبر هذه الوسائل تعد دولية إذ يمكن لأي شخص في أي

¹ - أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، المرجع السابق، ص 64.

² - د. صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 251.

³ - أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 210.

مكان أن يستخدم تلك الشبكة¹، لذا أجمعت النظم القانونية على إخضاع العقود الإلكترونية لقانون العقد المبرم بينهم²، إذ نصت المادة (03) من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الصادرة في 1980 على أنه: "يحكم العقد القانون المختار من الأطراف"، في حين أكدت المادة (07) من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع على أنه "يحكم البيع القانون المختار من الأطراف".

لذا سنتطرق إلى البحث في مسألة وجود اتفاق بين أطراف العقد في تحديد القانون الواجب التطبيق على المنازعات المثارة بشأن عقدهما وكذا مسألة غياب هذا الاتفاق وما هي الحلول البديلة في تحديد القانون مع تبيان موقف المشرع الجزائري من هذه المسائل.

أولاً: حدود الاتفاق الصريح والضمني في تحديد القانون الواجب التطبيق.

لقد امتد استقرار مبدأ الحرية التعاقدية في القانون الداخلي إلى العلاقات الخاصة الدولية وتم اعتماده كضابط إسناد، فأصبح لأطراف العلاقة العقدية الحق بإخضاع عقدهم الإلكتروني لحكم قانون وطني معين أو يخضعوه لأكثر من قانون، كما لهم الحق والحرية أيضاً في استبعاد أي قانون وطني وإخضاع العقد لحكم المبادئ العامة في القانون أو أعراف التجارة الإلكترونية.

ولكن أثير جدل واختلاف بشأن تحديد المقصود بقانون الإرادة المشار إليه في قواعد الإسناد وانحصر في ثلاث آراء هي:

الرأي الأول: قصر هذا الاتجاه حرية الأطراف في اختيار القانون الذي ينظم تعاقدهم في القانون الداخلي لدولة معينة تتمتع بهذا الوصف وفقاً لأحكام القانون الدولي العام³، وهو ما استقرت عليه اتفاقية لاهاي 15 جوان 1955 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع و التي حلت محلها اتفاقية لاهاي المبرمة في 22 ديسمبر 1986 المتعلقة بتحديد القانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للمنقولات المادية في المادة

¹ - أنظر: الأستاذ لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 202.

² - د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، المرجع السابق، ص 95.

³ - أنظر انتقادات هذا الاتجاه: الأستاذ لزهري بن سعيد، مرجع سابق، ص 191.

الثانية منها وكذا ما أشارت إليه محكمة العدل الدولية في حكمها الصادر سنة 1929 بقولها: "كل العقود التي لا تبرم بين الدول تخضع بالضرورة للقانون الوطني لدولة معينة بموجب قواعد القانون الدولي الخاص".

وعليه إذا اختار أطراف العقد الإلكتروني قانونا معيناً ليحكم عقدهم فيجب أن يكون قانوناً وطنياً أي قانوناً داخلياً لدولة ما¹.

الرأي الثاني: خلافاً للرأي الأول ذهب هذا الاتجاه إلى منح حرية كاملة مطلقة للمتعاقدين في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقودهم². ولم يقصر الاختيار في القانون الداخلي فقط بل توسع في مفهوم إسناد العلاقة العقدية إلى قواعد ذات صبغة عالمية كالقواعد العرفية التي نشأت واستقرت في الجماعات العالمية في مجال التجارة الإلكترونية³.

وكانت اتفاقية جنيف للتحكيم الدولي لسنة 1961 قد أخذت بهذا الاتجاه إذ جاء في مادتها السابعة أن: "الأطراف أحرار في تحديد القانون الذي يتعين على المحكمين تطبيقه على النزاع".

وكذا ما جاء في المادة 03 الفقرة الأولى من اتفاقيات روما 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية بقولها: "يسري على العقد القانون الذي اختاره الأطراف...." و نفس الحكم ذكرته المادة 07 من اتفاقية مكسيكو عام 1994 بشأن القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية⁴.

الرأي الثالث: يعرف هذا الرأي بالاتجاه المعتدل فهو لا يشدد إلى حد تضيق نطاق قانون الإرادة ولا يصل إلى حد إطلاق العنان للمتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد الإلكتروني، فهذا الرأي يذهب إلى القول أنه يجب احترام حرية المتعاقدين في اختيار هذا

¹ - صلاح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 269.

² - د. فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 66.

³ - د. فاروق محمد أحمد الأباصيري، المرجع السابق، ص 114.

⁴ - أنظر: النص الكامل لهذه الاتفاقية على الموقع التالي: [http:// hech.net/F/convention. Index.htm](http://hech.net/F/convention.Index.htm) و بشأن الشرح راجع: محمود سمير الشرفاوي، منظمات التجارة و التمويل الدولي، دار النهضة العربية، ص12.

القانون تكريسا لمبدأ الرضائية إلا أنه يحرص في ذات الوقت على ألا تصل هذه الحرية إلى نحو قد يؤدي إلى الغش نحو القانون، أو الإفلات من الأحكام الآمرة في القوانين المختارة¹.

أما عن موقف المشرع الجزائري فقد ورد في نص المادة 18 في الفقرة الأولى من القانون المدني: "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد".

ويلاحظ أن المشرع الجزائري قد أقر بمبدأ حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد ولكن ربط حريتهم في الاختيار بضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد من ناحية أطرافه أو موضوعه². وهو ما ينبئ عن نزاهة الاختيار وجديته وأن الأطراف استعملوا هذه الرخصة في الإطار المسموح به قانونا.

غير أن صياغة المادة 18 في فقرتها الأولى تجعل للقضاء دوراً مراقباً ومقوماً لعملية الاختيار، فيتدخل القاضي كلما كان الاختيار غير نزيه أو مشوب بالتحايل³.

ثانياً: الحلول البديلة لغياب قانون الإرادة.

يفيد هذا الوضع أو هذا الافتراض عدم وجود اتفاق بين أطراف العقد الإلكتروني على تحديد القانون الذي يحكم عقدهم، وتعذر تبينه أو استنتاج إرادتهم الضمنية في هذا الشأن. فهنا يتوجب على القاضي أن يبحث عن القانون الأوثق صلة بالرابطه العقدية وذلك إما بإسناد هذه الرابطة لروابط لها علاقة بالمتعاقدين كمكان إبرام العقد، أو تنفيذه، أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، أو بإسنادها لضوابط مرنة تستمد من الطبيعة الذاتية للعقد⁴.

وقد جاء في الفقرة الثانية والثالثة من المادة 18 من القانون المدني والمتعلق بقواعد القانون الدولي الخاص: "وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة

¹ - لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 194.

² - أنظر: أ. محمد سعادي، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، المرجع السابق، ص 144.

³ - أنظر: د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 244.

⁴ - حول تفصيل هذه الضوابط راجع: د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المرجع السابق، ص 548.

وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق محل إبرام العقد".

فالمشرع الجزائري تبنى في نص هذه المادة معياراً جامداً فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على العقود في حالة انعدام الإرادة الصريحة أو الضمنية، بحيث لم يسمح للقاضي بتكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف إرادتهما الضمنية، بل يجب عليه التقيد بضابطي إسناد احتياطيي المشار إليها في هذا النص¹ وهما إسناد الرابطة العقدية لقانون محل الموطن المشترك أو بالإسناد إلى قانون الجنسية المشتركة، وإلا فيطبق قانون محل إبرام العقد كحل نهائي احتياطي².

ثالثاً: فعالية ضابط الأداء المميز في تحديد قانون العقد الإلكتروني.

إن الضوابط التي تبنتها المادة 18 رغم وضوحها وسهولة تطبيقها على العقود التقليدية إلا أنه يصعب تطبيقها في مجال المعلومات الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنت على وجه الخصوص، ذلك أن التعامل عبر شبكة الإنترنت يعتمد على العناوين الإلكترونية لا على العنوان الحقيقي فهناك مواقع على الشبكة تحمل عناوين ترتبط ببلدان معينة ومع ذلك لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه، كما أن هناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة كما هو الشأن في العناوين التي يشار إليها في نهاية المقطع بـ (com) أو (org) إضافة إلى ذلك فإن مواقع الويب (Web) في حركة دائمة، والمتعاقد يمارس أنشطته التجارية والاقتصادية بصرف النظر عن موطن أو مكان المواقع الإلكترونية (La localisation des sites Web) أو مقدمي الخدمات، ولذلك فهي تتسم بعدم التوطين³.

كما أن الاعتماد على ضابط قانون دولة محل تنفيذ العقد⁴ يفقد فعاليته في حالة إبرام العقود الإلكترونية التي تنفذ على الخط أي المعاملات التي يتم تنفيذها كلياً بالطرق الإلكترونية كما هو الشأن في برامج الحاسوب التي يتم إنزالها مباشرة من على شبكة

¹ - راجع: د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 245.

² - يستثنى من هذه القاعدة العقود المتعلقة بالعقار طبقاً للمادة 18 الفقرة الرابعة وكذا الأهلية اللازمة لانعقاده وفقاً للمادة 10 من نفس القانون.

³ - أنظر: أ. لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 213.

⁴ - المشرع الجزائري على خلاف أغلب التشريعات لم يأخذ بهذا الضابط.

الإنترنت. إذ يصعب تحديد مكان تنفيذ العقد. فهل هو موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ؟ أم مكان المزود الذي يقدم الخدمة للبائع؟ أما مكان المستقبل أو المستضيف التي تجري فيه عملية التحميل؟ أم المكان الذي يوجد فيه الحاسوب الآلي للمشتري؟¹

أما بالنسبة لإسناد الرابطة العقدية إلى قانون الجنسية المشتركة للأطراف عند غياب الإرادة الصريحة أو الضمنية، فإن هذا الضابط هو كذلك يصعب اعتماده في مجال العقد الإلكتروني بسبب ضعف الصلة بين القانون الواجب التطبيق والعقد هذا من جهة²، ولعدم كفاية اعتماد الجنسية أساساً لإضفاء الطابع الدولي على هذه العقود وصعوبة التحقق من هوية الأطراف المتعاقدة من جهة أخرى³.

نظراً للمآخذ والصعوبات التي تثيرها اعتماد الضوابط المشار إليها سابقاً في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية تم اعتماد ضابط إسناد آخر يتسم بالموضوعية وهو يعرف باسم "ضابط الأداء المميز" الذي يعتمد على أهمية الالتزام الرئيسي للعقد الإلكتروني، ذلك أن العقد قد تتعدد فيه الالتزامات ولكن يوجد في أحد الالتزامات التزام جوهرى يميز العقد ويعبر عن جوهره⁴.

فيتحدد القانون المختص بحسب أهمية الالتزام الأساسي في العقد بوصفه مركز لثقل في العملية التعاقدية، ويتم الاعتماد على هذا الضابط عند سكوت المتعاقدين عن الاختيار الصريح أو الضمني لقانون العقد، وما يميزه عن ضوابط الإسناد السابقة هو تحقيق استقرار

¹ - هذه الاستقهادات طرحها الأستاذ:

COUTELLIERS (S) et DURINDEL (L), La loi applicable aux contrats conclusion sur Internet, mémoire de DESS droit de l'informatique et de la communication, Université d'Orléans 2000-2001. sur cit ; www.UNIV-Orleans.fr.

² - أنظر: د. صلاح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 332.

³ - راجع: أحمد محمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص 155.

⁴ - راجع:

MAYER (P): Droit international privé, 5^o éd. Montchrestien, Delta, paris .1998, p. 318.

المعاملات التجارية وسهولة العلم المسبق والمرونة والملائمة مع جميع أنواع العقود¹، ذلك أن المتعاقدين يكون لديهم معرفة بالقانون الذي يحكم عقدهم من خلال معرفة الالتزام المميز للعقد المراد إبرامه على خلاف ضابط التركيز المكاني الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على الرابطة العقدية في مرحلة لاحقة لا تسمح للمتعاقدين قبلها بمعرفة القانون الذي يحكم عقدهم.

وكان التوجيه الأوربي للتجارة الإلكترونية الصادر في 07 يونيو 2000 قد اعتنق هذا الضابط كما اعتمده الاتفاقيات الدولية كاتفاقية روما لسنة 1980 (المادة الرابعة) واتفاقية لاهاي المؤرخة في 14 مارس 1978 المتعلقة ب القانون الواجب التطبيق على عقود الوساطة و التمثيل.

ولكن حتى هذا الضابط لم يسلم من العيوب إذ يذهب البعض إلى صعوبة اعتماد ضابط الأداء المميز في مجال العقد الإلكتروني، ويظهر ذلك في الأوضاع التالية:

- إن ضابط الأداء المميز يرتبط بمبدأ الإقليمية، هذا الأخير لا يمكن تطبيقه في العقود الإلكترونية التي تتميز بالعالم الافتراضي².
- إن أعمال ضابط الأداء المميز في التعاقدات الإلكترونية يضر بمصالح الطرف الضعيف لأن الأداء المميز في عقود البيع يتمثل في التزام البائع بتسليم المبيع وبالتالي يسند حكم عقد البيع الإلكتروني لقانون الطرف القوي وهو البائع ونفس الأمر يصدق على عقود توريد الخدمات والعقود الاستهلاكية بصفة عامة³.
- صعوبة تحديد الالتزام أو الأداء المميز وترجيحه عن غيره في العقود التي تضمن التزامات متقابلة ومتساوية، كالعقود المركبة⁴.

¹ - يرى الدكتور الطيب زروتي خلاف ذلك وإن هذا المعيار لا يصلح في مجال العقود الدولية التقليدية. أكثر تفصيل راجع: مؤلفه السابق، ص 244.

² - أنظر: أ. لزه بن سعيد، المرجع السابق، ص 218.

³ - راجع: د. عادل أبو هشيمة محمود حوته، المرجع السابق، ص 106.

⁴ - د. طيب زروتي، المرجع السابق، 218 ق ع

ومن الأسباب التي جعلت قواعد القانون الدولي الخاص غير كافية وغير ملائمة لتطبيقها على العقود الإلكترونية خاصة المبرمة عبر الإنترنت نذكر سببين هما:

- صعوبة مواجهة ومواكبة تطورات التكنولوجيا المتسارعة.
- أن المفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي والقضائي تمت صياغتها لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول تفصل بينها حدود جغرافية وسياسية لا تتلاءم مع مجتمع افتراضي ينقسم إلى شبكات اتصال ومجالات دومين ومواقع إلكترونية¹.

إن التعاقد الإلكتروني يخاطب مجموعة من الأشخاص هم مستخدمي شبكة الإنترنت، ومقدمي خدمة الإنترنت، وينظم معاملاتهم الإلكترونية العابرة للحدود لذا يتطلب قانوناً ذو طبيعة خاصة².

لذا يتوجب خلق وصياغة نظام قانوني جديد ومستقل عن القوانين الوطنية يحكم التعاقد الإلكتروني وذلك من خلال:

- الوقوف على أبعاد التعاقد الإلكتروني عن طريق بحث ودراسة كل المشاكل التي أثرت في شأن التشريعات الأجنبية التي تضمنت قواعد المعاملات والتجارة الإلكترونية، وتلمس العيوب التي أخذت على تجربة وتنفيذ التعاقد الإلكتروني في هذه الدول³. ففي فرنسا مثلاً ذهب البعض إلى القول أن المشاكل التي تثار بمناسبة عقود التجارة الإلكترونية قد سبق أن طرحت على نحو مقارب بالنسبة للتعاقد عبر جهاز الهاتف المرئي (MINITEL)⁴.

¹ - راجع: أ. لزهري بن سعيد، المرجع السابق، ص 220. وكذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 312.

² - أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 25.

³ - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 58.

⁴ - راجع:

LINANT DE BELLEFONDS (X): La problématique Française, colloque du 13 mai 1998: Commerce électronique et avens des circuits de distribution, Gazette du Palais, dimanche 18 au mardi 20, 1998. Sur : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/1998>

- توحيد القواعد القانونية التي تحكم العقود الإلكترونية بصياغة قانون موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية مستمد من الأعراف التجارية الدولية وكذا من المعاهدات الدولية ومواثيق الأمم المتحدة كاتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

الفرع الأول: تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات العقود الإلكترونية.

إن غالبية الأنظمة القانونية تستقر على جعل اختصاص قضائها في النزاعات مهما كان نوعها على ضوابط إقليمية كأن توجد صلة بين العقد المبرم محل النزاع وبين هذه الدولة (دولة القاضي) كما لو أبرم العقد أو تم تنفيذه على إقليمها أو أن يكون أحد أطراف العقد مقيماً على إقليم هذه الدولة¹.

كما يتم جعل الاختصاص القضائي مستنداً على ضوابط شخصية كأن يكون أحد أطراف العقد متمتعاً بجنسية تلك الدولة²، وكل ذلك معلق على شرط خاص ما لم يتفق الطرفان في العقد على تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع³.

وعليه فإن الاختصاص القضائي للنزاعات المتعلقة بالعقود الإلكترونية متوقف على وضعين هما :

البند الأول: غياب العنصر الأجنبي في العقد الإلكتروني.

إذا انعقد العقد الإلكتروني داخل إقليم دولة واحدة، ولم يكن أحد أطرافه شخصاً أجنبياً فإن انعقاد الاختصاص الفصل في منازعاته يرجع وفقاً لما تحدده القواعد العامة في أصول المرافعات لقانون تلك الدولة.

¹ - الأستاذ: لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 224.

² - انظر: د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 30.

³ - وهو ما أكدته المواد 17 و18 من اتفاقية بروكسل لسنة 1971 وكذا اتفاقية التبادل الحر لأمريكا الشمالية و المسماة باتفاقية لوجانو بتاريخ 16 سبتمبر 1988 ولتفصيل أكثر حول هذه الاتفاقية راجع : مصطفى قصبوي . اتفاقية أمريكا الشمالية للتبادل الحر مقال على الرابط التالي : www.achamel.info.

فلو تم إبرام العقد الإلكتروني في الجزائر، فإن اختصاص الفصل فيه تكون على ضوء أحكام الاختصاص الإقليمي والنوعي المشار إليه في المواد من 37 إلى 47 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، أي عما إذا كان الأمر يتعلق بعقار أو منقول أو بدعوى الفسخ أو البطلان أو غيرها من الدعاوي.

البند الثاني: تضمن العقد الإلكتروني عنصراً أجنبياً.

وهذه هي الحالة الغالبة نظراً للصفة الدولية التي يتمتع بها العقد الإلكتروني سواء كان متعلقاً بتقديم خدمة أو بيع سلعة ما، وهنا لا يخرج الوضع عن ثلاث حالات وهي:

• الفقرة الأولى: اختصاص محكمة موطن المدعى عليه.

تعد هذه الحالة من القواعد العامة في الاختصاص الإقليمي أو المحلي استناداً إلى فكرة أن الدين مطلوب وليس محمول، وقد أشارت إليها المادة 37 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية بقولها: "يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له²."

• الفقرة الثانية: اختصاص المحكمة المتفق عليها.

تتجه معظم التشريعات الوضعية إلى جواز اتفاق الأطراف على تحديد المحكمة المختصة فيما يتعلق بالأحوال المدنية وكل ذلك مع مراعاة الشروط التالية:

- 1) ألا يكون الاتفاق منطوي على الغش.
- 2) أن تكون هناك مصلحة مشروعة للأطراف في تحديد هذا الاختصاص.

¹ - قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج. ر. العدد 21 الصادرة بتاريخ 25 فيفري 2008.

² - في مفهوم الموطن وأنواعه راجع: المادة 36 والمادة 37 من القانون المدني.

(3) ضرورة توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المتفق على تقرير الاختصاص لها¹.

وقد أكدت المادة 46 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: "يجوز للخصوم الحضور باختيارهم أمام القاضي، حتى ولو لم يكن مختصاً إقليمياً، يوقع الخصوم على تصريح بطلب التقاضي، وإذا تعذر التوقيع يشار إلى ذلك. ويكون القاضي مختصاً طيلة الخصومة، ويمتد الاختصاص في حالة الاستئناف إلى المجلس القضائي التابع له"².

● الفقرة الثالثة: تحديد الاختصاص القضائي لمحكمة إبرام أو تنفيذ العقد.

هناك جملة من النزاعات مشار إليها في المواد 38 و39 و40 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية تجعل من مكان إبرام العقد أو تنفيذه معياراً لتحديد اختصاص المحكمة.

غير أن تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني يتوقف على المكان الذي يصل فيه القبول إلى علم الموجب باعتباره المكان الذي يتحقق فيه تلاقي الإيجاب مع القبول غير أنه هناك صعوبة واستحالة في تحديد موطن المدعى عليه هل هو وصول رسالة القبول إلى جهاز الحاسوب أم لحظة تخزينها وكذا حالة إذا كان المدعى عليه عبارة عن موقع منشئ على شبكة الإنترنت³.

المطلب الرابع: العقد الإلكتروني بين الإذعان والمساومة.

ظهر على مستوى الفقه جدل بشأن تحديد وتكييف العقد الإلكتروني، عما إذا كان من قبيل عقود الإذعان أم مجرد عقد مساومة، وذلك نظراً للوسيلة التي يتم بها التعاقد وخاصة تطابق الإيجاب والقبول فيه⁴.

¹ - راجع: الأستاذ لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 226.

² - حول شرح هذه المادة راجع: د. فضيل العيش، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين، الجزائر، 2009، ص 122.

³ - لنا تفصيل حول ذلك في الباب الثاني من الرسالة.

⁴ - راجع: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 59.

فهل يعد هذا العقد عقد إذعان¹ يقيد من حرية المتعاقد في التفاوض حول شروط العقد بحيث لا يكون له الخيار سوى بقبول هذه الشروط بمرمتها أو رفضها دون أن يملك حق التعديل فيها أو مناقشتها. أم هو من العقود التي لا تعدو أن تكون مجرد عقد مساومة التي يتمتع فيها أطراف العلاقة بحرية مناقشة شروط العقد الإلكتروني؟

إن الإجابة عن هذا السؤال تقتضي البحث في مفهوم عقد الإذعان وشروطه لإسقاطها على مفهوم العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: مدى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان.

يعرف عقد الإذعان بأنه: "العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشته فيها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها².

ومن خلال هذا التعريف، فإن عقد الإذعان يستلزم توافر الشروط التالية:

- 1 - أن يتعلق بسلعة أو خدمة أو مرافق تعد من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين.
- 2 - احتكار الموجب لهذه السلعة أو المرفق أو الخدمة احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة، فعقد الإذعان يسود في ظل الاحتكار حيث يحل الكفاح ضد الزبائن والمستهلكين³.
- لذلك غالباً ما يندر وجود هذا العقد في ظل المنافسة الحرة، حيث أن انعدام الاحتكار يتيح الفرصة أمام المستهلك في إيجاد منتج أو خدمة بشروط أفضل لدى أحد من المنافسين، والذين تحدوهم الرغبة في جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن⁴.

¹ - يعتبر عقد الإذعان أحد إفرازات أسلوب التوزيع الواسع. راجع في ذلك: CARBONNIER (J), op.cit., p. 48.

² - د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 293. ود. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية، بيروت، ص 120.

³ - راجع: لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن المؤسسة الوطنية للكتاب، ط 1990، ص 59.

⁴ - أنظر تفصيل حول ذلك: د. بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، الجزء الأول، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجبالي اليايس، سيدي بلعباس، الجزائر، 2002-2003، ص 242.

- 3 - عمومية الإيجاب، أي أن الإيجاب في عقد الإذعان يكون إيجاباً عاماً فلا يكون موجهاً إلى شخص معين بل إيجاباً موجهاً إلى الجمهور عامة، أو إلى طائفة من هذا الجمهور تتوافر فيه صفات معينة بشكل دائم وموحد.
- 4 - انفراد الموجب وحده في وضع شروط العقد، لا يشاركه المتعاقد الآخر في وضعها، ولا يقبل المناقشة فيها، فلا يكون لهذا الأخير سوى القبول بها أو رفضها برمتها، وهو ما عبرت عنه المادة 70 من القانون المدني الجزائري من أنه: "يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها"¹.

وهناك اتجاه حديث وهو السائد في الفقه يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقد الإذعان، فهو لا يشترط تعلق العقد بالسلع أو الخدمات الضرورية، أو أن تكون هذه السلع محل احتكار فعلي أو قانوني، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقاً بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب) بحيث لا يقبل المناقشة للشروط الواردة فيه، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة الفنية المهنية².

أما عن تكييف العقد الإلكتروني وموقعه في تقسيمات العقود بين الإذعان والمساومة فهناك جانب من الفقه الفرنسي يصنف هذا العقد من قبيل عقود الإذعان على أساس ما يلي:

أ. إن الشروط العامة لعملية التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، والمعروضة على موقع البائع تفرض نفسها على الطرف الآخر كالمستهلك أو الزبون بحيث لا يكون أمام هذا الأخير إلا التسليم بهذه الشروط كلها أو يرفض التعاقد³.

ب. إن المشتري أو المستهلك لا يملك الفرصة الكافية لمعاينة المنتج، فقبوله يتم بالضغط على الفأرة بالمؤشر في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع على المواصفات التي

¹ - تقابلها المادة 149 مدني مصري.

² - د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعة، 2000، ص 73.

³ - أنظر:

HANCE (C) et DIONNE- BALZ (S), Business et droit d internet, op.cit ,p.153

ذكره د. صلاح علي حسين. المرجع السابق. ص 132

يرغب فيها من السلعة، وعلى الثمن المحدد سلفاً فلا يملك فرصة لمناقشته، أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر (الموجب)، وكل ما هو متاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضها كلياً¹.

وبالإضافة إلى ذلك فإن الشركات تضع شروطاً مفصلة لا تجوز المناقشة فيها، وفي الغالب تكون لمصلحة المنتج أو التاجر، وتكون في مجموعها من التعقيد بحيث يصعب على المستهلك العادي فهمها.

ج. إن الاختيار والتفاوض يندم لدى المستهلك أو القابل لا سيما إذا كان الاحتكار للسلعة أو الخدمة عن طريق شبكة الإنترنت من طرف شركة معينة دون وجود شركات منافسة لها. فلا يملك المتعاقد معها حرية الاختيار بين أكثر من شركة ويجد نفسه مضطراً بالتعاقد مع هذه الشركة للحاجة الملحة لتلك السلعة بهذه الوسيلة².

د. إن دخول الإعلام الآلي ووسائل الاتصال الحديثة في العلاقات القانونية ساهم بشكل كبير إلى تفاقم ظاهرة تلاشي حرية التفاوض في العقود الإلكترونية، فليس بوسع المتعاقد مناقشة جهاز الحاسوب مما جعل هذا النوع من العقود وسيلة يملئ بموجبها أحد المتعاقدين شروطه على الآخر دون مناقشة³.

هـ. إن العقد الإلكتروني يتشابه مع عقود الإذعان في كون أن أحد أطرافه يستقل وينفرد لوحده بفرض شروط العقد بصياغة نموذج إلكتروني معد مسبقاً يتضمن بنود معينة فيقتصر دور الطرف الآخر على مجرد القبول لهذه الشروط كما هي دون تعديل أو مناقشة، فيغلب على هذا العقد الصفة النمطية⁴ التي تعدم فرص المفاوضة والمساومة بين طرفي العقد⁵.

الفرع الثاني: حدود اعتبار العقد الإلكتروني عقد مساومة.

¹ - راجع: GRYNBAUM (L).op .cit .p. 398

² - أنظر : فاروق الاباصيري . المرجع السابق.ص 57

³ راجع: BERLIOZ (G): Le contrat d'adhésion, 2ème éd. L.G.D.J, p.27

⁴ - تسمى كذلك بالعقود النموذجية وهي عقود تحيل الأطراف فيها إلى نموذج تضعه السلطات العامة مسبقاً أو "نماذج الاتفاقات".

⁵ - انظر : د. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق، ص88.

خلافا للاتجاه الأول، يرى جانب آخر بأن العقد الإلكتروني لا يخرج عن كونه عقد مساومة، ذلك أنه بالرغم من خصوصية وغياب مجلس العقد بين الحاضرين إلا لأنه لا يمكن اعتباره عقد إذعان وذلك للحجج التالية:

- 1 - إن العقد الإلكتروني يبقى محتفظا بحرية الأطراف في التعاقد فهو لا يقتصر على مجرد موافقة المشتري على شروط معدة مسبقا بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي تاجر أو مورد آخر إن هو لم يرض بالشروط المعروضة على الإنترنت، وذلك من خلال الولوج والدخول إلى الآلاف من المواقع الإلكترونية والمتاجر الافتراضية لاختيار ما يشاء من هذه المواقع وشراء ما يرغب في اقتنائه¹.
فالمنافسة الحرة تعدم الاحتكار وتتيح الفرصة أمام المتعاقد المستهلك أو الزبون في إيجاد منتج أو خدمة بشروط أفضل لدى أحد من المنافسين والذين تحوهم الرغبة في جلب أكبر عدد ممكن من الزبائن².
- 2 - إن العقود الإلكترونية ينذر أن يتوافر فيها وصف الاحتكار للسلعة، ذلك أن المتعاقد المستهلك له حرية التنقل عبر المواقع الإلكترونية الأخرى للبحث عن فرص وبدائل أفضل للتعاقد، فشبكة الإنترنت هي شبكة مفتوحة أي متاحة لكل مورد من أجل عرض خدماته وسلعه، وبالتالي فإن فرض وقوع الاحتكار لسلعة ما على مستوى العالم نادر الوقوع³.
- 3 - على خلاف عقود الإذعان التي تشترط عمومية الإيجاب فإن العقد الإلكتروني وإن كان يتضمن هذا الشرط أو هذه الخاصية فهو لا يتميز بها على إطلاقها. فقد يكون الإيجاب فيه موجها إلى شخص معين ومحدد كما هو الحال في التعاقد عبر البريد الإلكتروني، وبالتالي لا ينطبق عليه وصف الإذعان لغياب توافر شروط عقد الإذعان فيه مجتمعة.

الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقى.

¹ - راجع: د. مراد محمود يوسف الطلق، المرجع السابق، ص 98.

² - د. بودالي محمد، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 242.

³ - د. لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 50. وكذلك: د. رمزي فريد محمد مبروك، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء، ص 38.

هناك اتجاه ثالث يأخذ حلا وسطا لتكييف العقد الإلكتروني بين الإذعان والمساومة، إذ يرى أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود الإلكترونية تبعاً للوسيلة المستخدمة في إبرامه، بحيث أن التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني وما يدخل في حكمه كبرامج المحادثة يعد عقود تتمتع بالمساومة إذ يملك فيها كلا الطرفين مطلق الحرية في مناقشة كافة بنود العقد من خلال تبادل الآراء والمناقشة عبر الرسائل الإلكترونية¹.

فتحقق هذه الوسيلة حرية المفاضلة بين العروض المطروحة حتى يحصل كل طرف على أفضل الشروط التي تناسبه وبالتالي يعد العقد الإلكتروني المبرم عن طريق البريد الإلكتروني عقد مساومة.

في حين أن التعاقد الإلكتروني عبر مواقع شبكة المعلومات الدولية المسماة (Web) وكل المواقع الإلكترونية الأخرى التي تعتمد على العقود النموذجية أو النمطية فهي عقود تعد فيها الشروط مسبقا ولا يمكن للمتعاقد أن يتفاوض أو يناقش شروطها، وبالتالي تصنف ضمن عقود الإذعان².

ومن خلال ما سبق، يمكن القول بأن العقود الإلكترونية خاصة المبرمة عبر الإنترنت هي من عقود المساومة وليس من عقود الإذعان، فإلى جانب ما أيداه الاتجاه الثاني من تبريرات، فإن ما يؤكد هذا الطرح هو الصفة التفاعلية والحوارية التي يتسم بها العقد الإلكتروني خاصة المبرم عن طريق الإنترنت، ذلك أن هذا التفاعل يمنح إمكانية التجاوب لأية مبادرة من جانب العميل للبدء في عملية التفاوض من أجل إبرام العقد ويتحقق معه التعاصر بين الإيجاب والقبول من خلال هذا النشاط الحواري، فالتفاعلية تترجم بصورة مباشرة المناقشة والمساومة لهذا النوع من العقود.

إضافة إلى ذلك فإن النمطية التي تميز العقد الإلكتروني ليست السبب في جعله عقد إذعان كما يعتقد البعض على أساس أنه عقد يفرض شروطا لا تقبل التعديل أو المناقشة، لأن

¹ - راجع: صلاح علي حسين. المرجع السابق. ص 136. وكذلك: د. عاطف عبد الحميد حسن. وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص 59.

² - أنظر: د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 190.

المناطق في عقود الإذعان وفقاً للمفهوم الحديث يكمن بشكل رئيسي في مركز المتعاقد القابل، هل هو في حالة ضعف وحاجة¹ حتى يضطر إلى قبول العقد الإلكتروني النموذجي؟

الإجابة تكون بالنفي، لأن العقود الإلكترونية المبرمة عن طريق الإنترنت على وجه الخصوص، وحتى النمطية منها تقدم عروضاً تتضمن منتجات وخدمات بتفاصيل واختيارات واقتراحات متعددة تترجم كل المناقشات والمساومات المحتملة التي قد يبديها المتعاقد الآخر (القابل)، فما على هذا الأخير سوى اختيار الاقتراح الأنسب له، وبالتالي تتحقق المساواة بين الطرفين في التعاقد الإلكتروني.

وفي هذا الشأن يقول الدكتور عمرو عبد الفتاح علي يونس إن تفصيل الشروط التي يضعها المورد أو العارض إنما هي تحليل أو دعوة للتعاقد وتبسيطه إلى طلبات وأوامر صغيرة تستجيب لكل صفة من صفات المنتج بغرض تقليل الزمن والجهد وتسهيل عمليات البيع والشراء عبر الإنترنت مما يوفر للمستهلك فرصة الاختيار والتفضيل بين المنتجات والسلع المعروضة إلكترونياً².

المطلب الخامس: التعاقد الإلكتروني والشكالية.

السائد فقهاً وتشريعاً أن العقود يحكمها مبدأ الرضاوية، فيتكون العقد بمجرد أن يتبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتهما دون الحاجة إلى إجراء أو شكل معين، وأما الشكالية فهي الاستثناء عندما يتطلب القانون ضرورة إفراغ التراضي في شكل معين³.

فقد جاء في نص المادة 60 من القانون المدني: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شكاً في دلالاته على مقصود صاحبه".

¹ - كان المشرع الفرنسي قد ابتدع جريمة استغلال الضعف فنص عليها أولاً: بالقانون رقم 1137/74 المؤرخ في 22 ديسمبر 1972 ليصبح جزءاً من قانون المستهلك ثم نص عليها ثانياً: في قانون العقوبات في المادة 4-313، والتي تم إلغاؤها بموجب قانون رقم 405/2001 المؤرخ في 12 جوان 2001، وأحل محلها المادة 2-15/223 تحت عنوان جديد أسماه: الاستغلال بالغش لحالة الجهل أو الضعف.

² - أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 166.

³ - أنظر: ليني مختار،، ص 29.

وعليه، يكون العقد شكلياً إذا روعي في انعقاده الشكل الخاص الذي يشترطه القانون دون الاكتفاء بركن الرضائية بحيث لا يكون لهذا العقد وجوداً قانونياً إلا به¹. ويقصد بالشكل هنا الكتابة في ورقة رسمية يقوم بتحريرها شخص مكلف قانوناً، وهو الموثق الرسمي أو محرر العقود²، وهي تختلف عن الكتابة اللازمة للإثبات، ففي هذه الحالة الأخيرة ينعقد العقد ويرتب آثاره كاملة في مواجهة أطرافه، إنما إذا ثار نزاع بشأنه تكون الكتابة لازمة للإثبات³.

وفي هذا الصدد وبين صورتى الشكلية يطرح التساؤل التالي: ما موقع التعاقد الإلكتروني بين شكلية الانعقاد وشكلية الإثبات؟ هل يعد العقد الإلكتروني بمعزل عن الشكلية التي يشترطها القانون في بعض التصرفات؟ ألا تتعارض الشكلية في العقود التقليدية مع مبدأ التنظير الوظيفي⁴ الذي نادى به القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية⁵؟

إن المشرع الجزائري لم يتناول دور الكتابة الإلكترونية في تكوين التصرف القانوني ذاته إذا كان هذا الأخير شكلياً، بل تحدث فقط عن حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وذلك بموجب المادة 323 مكرر من القانون المدني المعدل والمتمم مما يستدعي الأمر الاستهداء بالتشريعات التي عالجت التبادلات الإلكترونية للوقوف على تحديد طبيعة شكلية التعاقد الإلكتروني هل تتعلق بالإثبات أم تتعدى إلى شرط صحة التعاقد ووجوده؟

يتطلب هذا الطرح الحديث عن مفهوم الكتابة الإلكترونية.

¹ - أنظر: جمال بوشنافة، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري، دار الخلدونية، ط 2000، ص 140
² - أنظر تفصيلاً عن ذلك: أ. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني، الفكرة والوظائف، دار النهضة العربية، 2007، ص 80.
³ - لقد نظم المشرع الجزائري المبدأ العام في الإثبات بالكتابة وقسمه إلى قاعدتين: الأولى نظمها المادة 333 من القانون المدني وتناول حالة الالتزام الذي يفوق قيمته مبلغ مائة ألف دينار جزائري أو غير محدد القيمة فيتوجب لإثبات وجوده أو انقضائه الكتابة، والثانية نصت عليها المادة 334 من نفس القانون وهي حالة إثبات ما يجاوز أو يخالف مضمون عقد رسمي وحالتي تجزئة الدين وتخفيض الطلب في حالة الالتزام الذي تفوق قيمته مبلغ ألف دينار جزائري.
حول ذلك راجع: د. رامي علي وشاح، المرجع السابق، ص 138.
⁴ - يقصد به المعادلة والمساومة بين المحرر الكتابي والمحرر الإلكتروني.
⁵ - راجع المادة 17 من ذات القانون.

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية.

الكتابة في اللغة هي مصدر من فعل كتب، وهي تعني الخط، مثاله كَتَبَ الشيء يكتبه كَتَبًا وكتاباً وكتابة وكتَّبه: أي خطَّه¹.

أما في الاصطلاح القانوني فتعرف الكتابة على أنها مجموعة أشكال وحروف وأرقام أيا كانت طريقة نقلها (أصل- صورة- نقل إلكتروني)².

وقد أورد المشرع الفرنسي بالمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي تعريفاً للكتابة بأنها: "كل تتابع للحروف أو الأرقام أو أي إشارات أو رموز أخرى ذات دلالة تعبيرية مفهومة من الآخرين، أيا كان نوع الوسيط أو الدعامة التي يقع عليها، وأيا كانت طريقة نقلها"³.

كما تعرف أيضا أنها: "كل حروف أو أرقام أو رموز أو علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"⁴.

وقد اعترف المشرع الفرنسي بالتعادل الوظيفي بين الكتابة الإلكترونية والكتابة الورقية بموجب المادة 1108 من قانون رقم 2004/575 الصادر بتاريخ 21 يونيو 2004 المتضمن قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي بقولها: "عندما تكون الكتابة متطلبية لصحة

¹ - راجع: محمد بن أبي بكر بن عبد القادر الرازي ، المرجع السابق ، ص 128.
² - أنظر:

COURNU (G) , Sous la direction de vocabulaire Juridique Association HENRI APITANT, PUF, coll. quadriges, 7e éd, 2002,p.84.

³ - جاء فيها:

Art. 1316 du code civil: "La preuve littérale, ou preuve par écrit résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres, ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leurs modalités de transmission".

⁴ - أورده المادة الأولى من قانون رقم 2004/15 المصري المتعلق بالتوقيع الإلكتروني. و حول الشروط الفنية والقانونية للكتابة الإلكترونية، راجع: عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 82.

تصرف قانوني، فإنه يمكن أن ينشأ ويحفظ في شكل إلكتروني". ويحيل هذا النص إلى الشروط المنصوص عليها في المادتين 1-1316 و 4-1316 بخصوص المحرر العرفي، وإلى المادة 1317 بالنسبة للمحرر الرسمي¹.

كما يلاحظ أن المشرع الفرنسي أورد مبدأ عاماً يقرر إجازة الشكلية وأدخل فصلاً جديداً وهو الفصل السابع في الباب الثالث في القانون المدني بموجب مرسوم رقم 674-2005 الصادر في 16 يونيو 2005 وهذا الفصل حمل عنوان: العقود في الشكل الإلكتروني².

ومع ذلك ظهر خلاف وجدل فقهي حول مفهوم ودور الكتابة الإلكترونية المشار إليها في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، فهل ينحصر دورها في الإثبات أم تتعداها إلى الانعقاد؟.

الفقرة الأولى : الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات.

يذهب بعض من الفقهاء³ أن التعديل الفرنسي لنص المادة 01/1316 من القانون المدني يتحدث عن الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كوسيلة للإثبات فقط، ولم يكن القصد منه التضحية بالشكلية في الأحوال التي يوجبها القانون لانعقاد التصرف. وأعطى هذا الاتجاه حجج وتبريرات في اعتبار الكتابة الإلكترونية في العقد هي للإثبات وليس لانعقاد ، ويمكن حصرها في التالي:

¹ - راجع: HUET (J), Le code civil et les contrats électroniques, op.cit, p. 14.

² - أنظر: GRYBAUM (L), op.cit, p. 12.

³ - منهم:

AZZABI(S) : Le nouveau régime probatoire français après l'adoption de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000", <http://www.signelec.com>. et. GAUTIER(P) et LINANT DE BELLEFONDS (X): "De l'écrit électronique et des signatures qui s'y attachent", JCP, 2000, I.P. 236

1 - وقوع نص المادة 1316 في الجزء المخصص للإثبات في التقنين المدني، وبالتالي فإن هذا التعريف – تعريف الدليل الكتابي- لا يتعلق إلا بالكتابة المتطلبة للإثبات ويظل دون تأثير على الكتابة المتطلبة للانعقاد¹.

2 - إن الأعمال التحضيرية لمشروع القانون رقم 230/2000 بينت أنه يقصد بالكتابة هنا تلك المتطلبة لإثبات التصرف ولا علاقة لها بالكتابة اللازمة لصحته².

إن العقود الشكلية التي تعد الكتابة ركن لصحتها وقيامها غالباً ما تكون عقود تنطوي على خسارة أحد الأطراف أو عدم تعادل بين الأداء المتقابلة ، ولذلك يتطلب القانون لإتمامها تحريرها في ورقة رسمية لأجل التروي وأخذ وقت كافٍ للتفكير قبل الإقدام على التصرف المنطوي على الخسارة والمخاطرة وحماية للمتعاقد والتحقق من رضاه، ولكن هذا لا يمكن تصوره في العقود الإلكترونية التي تتميز بالسرية والسرعة أحياناً، وعدم معرفة أطراف التعاقد بعضهم ببعض في أحيان كثيرة³.

ويضيف البعض أنه لا يمكن إعطاء نص المادة 1316 أكثر مما تضمنه وتحملها أكثر مما تتحمل، إذ لا يجوز التذرع بنصوص قانون التوقيع الإلكتروني لإجازة الشكلية الإلكترونية، بل يجب وجود نص قانوني صريح يجيز استخدام الكتابة الإلكترونية كركن شكلي⁴.

الفقرة الثانية : الكتابة الإلكترونية كركن للانعقاد.

يذهب الاتجاه الثاني إلى أن الكتابة في صورتها الإلكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة للإثبات، بل يتسع نطاقها بحيث تشمل الكتابة كركن في التصرف أو شرط لصحته،

¹ - أنظر:

TREBULLE (F.-G). La réforme du droit de la preuve et le formalisme, Petites Affiches n°79, 20 avril 2000,p.10.

² - راجع: GAUTIER(P) et LINANT DE BELLEFONDS (X), op.cit., p. 236.

³ - هذه أحد آراء الفقه العربي بشأن التعديل الوارد في القانون المدني الفرنسي. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2002، ص 229. وكذا: د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، المرجع السابق، ص 105.

⁴ - أنظر: LINANT DE BELLEFONDS (X) ,op;cit,p.237.

فقراءة وتحليل مفهوم الكتابة قبل التعديل وبعد التعديل الوارد في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي¹ يؤكد ذلك بدليل أن مفهوم الكتابة قبل التعديل يفيد أنها متطلبة للإثبات فإن التعديل جاء لأجل إعطاء مفهوم آخر للكتابة يختلف عن المفهوم السابق للتعديل وبالتالي يجب الاعتراف بوجود مفهوم جديد للكتابة أكبر لا يقتصر فقط على الإثبات بل تشمل صحة الوجود. وإلا فإن المشرع لم يفعل شيئاً أكثر مما قرره في المواد المخصصة للإثبات².

ويضيف هذا الاتجاه أن المادة 01/1316 من القانون المدني الفرنسي، لا تتعلق بمسألة الإثبات بل على مسألة الرضاء في التصرفات القانونية، فالفقرة الأولى منها تحدثت عن التوقيع كإجراء مهم لتمام التصرف فهو بذلك يظهر الرضاء أما الفقرة الثانية تؤكد أن هذا التوقيع يعني أن هذا الرضاء يمكن أن يتم بطريقة إلكترونية³.

يخلص مما تقدم إلى أنه يجب الأخذ بالمفهوم الواسع لنص المادة 1316 القانون المدني الفرنسي واعتبار تعريفه للكتابة شاملاً لتلك المتطلبة لصحة التصرف بجانب الكتابة كدليل للإثبات، غير أن مثل هذا التفسير يجب أن يقتصر على الحالات التي يتطلب فيها القانون هذا الشكل الكتابي دون تحديد آخر، وكذلك إذا ما اشترط القانون أن تكون الكتابة مذيلة بالتوقيع⁴.

وأمام هذا الجدل الفقهي تدخل المشرع الفرنسي لحسم هذا الخلاف و ذلك لصالح الاتجاه الثاني و هذا من خلال إصدار مرسومين:

الأول : المرسوم الفرنسي رقم 972/2005 الصادر بتاريخ 10 أوت 2005 و المتعلق بالمحضرين القضائيين⁵ المعدل للمرسوم رقم 222/56 الصادر في 29 فيفري 1956 المتعلق بتطبيق الأمر الصادر في 1945/11/02 بشأن المحضرين القضائيين .

¹ - أنظر: BERGEL (J-L), Théorie générale du droit, 3^e éd., Dalloz, 1999, p. 197.
² - أنظر: GUY TREBULLE(G), op.cit., p. 12.

³ - راجع:

CHARBONNEAU (C) et PANSIER (F-J), "Le droit de la preuve" est un totem moderne (Le commerce électronique), GAZ.PAL, N°91 du 31 mars 2000, p.2. <http://www.FIPANSIER.com>.

⁴ - أنظر: د. سليم سداوي، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص 67.

⁵ - ج.ر.ف رقم 186 الصادرة بتاريخ 11 أوت 2005، ص 13095.

الثاني : المرسوم رقم 973/2005 الصادر بتاريخ 10 أوت 2005 و المتعلق بالموثقين¹، المعدل للمرسوم رقم 941/71 الصادر بتاريخ 26 نوفمبر 1971 المتعلق بالموثقين الذي بموجبها سمح لكل من الموثقين و المحضرين القضائيين صلاحية صياغة المحررات الرسمية إلكترونيا وإبرام العقود - التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها- على دعامة إلكترونية.

الفقرة الثالثة : موقف المشرع الجزائري

اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الإلكترونية ووضع لها تعريفاً وذلك في المادة 323 مكرر المستحدثة بموجب قانون 10-2005 المعدل والمتمم للقانون المدني حيث نصت أنه: " ينتج الإثبات بالكتابة من سلسلة حروف أو علامات أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها".

في حين جاء في المادة 323 مكرر 01 من ذات القانون: "ينتج الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ويتضح من قراءة هاتين المادتين أن المشرع الجزائري قد تبنى مفهوماً واسعاً للكتابة، واعترافاً بالكتابة الإلكترونية وأعطى لهذه الأخيرة نفس حجية الكتابة التقليدية في الإثبات². متى توافرت بها الشروط الفنية والتقنية الواجب توافرها بها³.

كما أن استحداث هاتين المادتين كان لوضع حد للجدل والغموض الذي كان يكتنف هذا النوع من الكتابة ولأجل مواكبة التطور التقني الهائل في مجال التجارة الإلكترونية ويوفر الثقة والأمان للمتعاقدین⁴، في حين يلاحظ أن صياغة نص المادة 323 مكرر 01 يتطابق

¹ - ج.ر.ف.رقم 186 الصادرة بتاريخ 11 أوت 2005، ص13096. منشور على الموقع التالي: الإلكتروني

[http:// www.Legifrance.gouv.fr](http://www.Legifrance.gouv.fr)

² - أنظر: د. رامي وشاح. المرجع السابق . ص138

³ - حول هذه الشروط راجع: د. عابد فايد عبد الفتاح، المرجع السابق، ص 39.

⁴ - راجع: د. لزهرة بن سعيد، المرجع السابق، ص 144.

مع ما ورد في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي، وبالتالي فإنه توجه لهذا النص المادة نفس الانتقادات الموجهة للنص الفرنسي والمشار إليها آنفاً¹.

و بشأن الكتابة الإلكترونية كان الحديث عن ما يعرف بالتوثيق الإلكتروني و هي جهة تقوم بدور التأكد و ضمان نسبة التوقيع الإلكتروني المحمي إلى الموقع، وهي جهة محايدة و تعتبر الطرف الثالث في عملية ضمان مصداقية التوقيع الإلكتروني وتجعل المراسل واثقا - عند توقيع العقد - من شخصية المتعاقد معه وأمنا أيضا من تلف محتويات الرسالة ، وهذه الجهة هي مزودي شهادات التصديق الإلكترونية² في حين أن المشرع الجزائري قد أوكل هذه المهمة لسلطة الضبط بموجب المادة 6/13 من القانون رقم 2000-03 الصادر بتاريخ 05 أوت 2000 و المتعلق بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية³.

الفرع الثاني : التصرفات المستبعدة من الخضوع لقواعد الشكلية الإلكترونية

لقد أصبحت الشكلية الإلكترونية أمراً لا مفر منه، وأنه يجوز إبرام كافة العقود إلكترونياً حتى ولو كانت عقوداً شكلية خاصة بظهور مهنة جديدة في مجال المعاملات الإلكترونية وهي مهنة التوثيق الإلكتروني⁴.

ولكن ؟؟؟؟؟ ما ذهبت معظم التشريعات إلى استبعاد تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة، وفضلت أن تبرم تلك التصرفات في الشكل التقليدي دون الإلكتروني.

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

² - أنظر: مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011-2012، ص 37. وكذلك: د. رامي وشاح. المرجع السابق. ص 99

³ - ج.ر، العدد 48، المؤرخة في 06 أوت 2000

⁴ - وهو عبارة عن وسيط محايد ومستقل وموثوق فيه، قد يكون شخصا طبيعيا أو اعتباريا، وترتكز وظائفه الأساسية للموثق الإلكتروني في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها. حول ذلك راجع: ممدوح خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 44.

فقد أوردت المادة 1108 الفقرة الثانية من القانون المدني الفرنسي والتي أدخلت فيه بمقتضى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي بعض الاستثناءات على مبدأ إجازة الشكلية وهي تشمل:

- أ. العقود العرفية المتعلقة بقانون الأسرة والمواريث والتركات.
 - ب. التصرفات العرفية المتعلقة بالتأمينات الشخصية أو العينية، سواء كانت مدنية أو تجارية، إلا إذا كانت قد أبرمت بواسطة شخص من أجل حاجات مهنته¹.
- أما القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية فهو كذلك تبني منهج الاستبعاد حيث نص في المادة الثالثة منه على أن: "هذا القانون لا ينطبق على معاملة من المعاملات بقدر ما يخضع تنظيمها لقانون يحكم إنشاء وتنفيذ الوصايا أو ملاحقها أو الائتمانات الإيصائية" في حين حدد القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التوقيع الإلكتروني لسنة 2000 بعض الاستثناءات التي لا ينطبق عليها هذا القانون والتي تتمثل في:

- إنشاء الوصية وتنفيذها وقوانين الميراث.
 - التشريعات الخاصة بالتبني والطلاق والحالة الاجتماعية.
 - الأوراق الخاصة بالتأمين الصحي وأوراق اليناصيب.
- في حين قرر التوجيه الأوربي الصادر في 08 يوليو 2000 أنه لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة أو الناقلة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة أو قانون الميراث مثل عقود الوصية والهبة والزواج وإشهار الطلاق والتبني.

ونصت المادة الخامسة من قانون إمارة دبي رقم 2000/02 للمعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: "يسري هذا القانون على السجلات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية ، ويستثنى من أحكام هذا القانون ما يلي:

¹ - كان من المقرر أن يتم إدراج القرض الاستهلاكي الذي لا يمكن نظراً لخطورته من إبرامه في الشكل الإلكتروني، ولكن ذلك لم يحدث. انظر في ذلك : HUET(J) ,op.cit, p,14.
نفس الحكم تقريبا ذكرته المادة 02 من القانون البحريني للتجارة الإلكترونية والمادة الرابعة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

- أ. المعاملات والأموال المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.
ب. سندات ملكية الأموال غير المنقولة.
ج. السندات القابلة للتداول.
د. المعاملات التي تتعلق ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدة تزيد عن عشر سنوات وتسجل فيها أية حقوق متعلقة بها.
هـ. أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل.

وكان قرار مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي رقم 26/03/54 الذي انتهى إلى جواز التعاقد الإلكتروني¹ إلا أنه استثنى ثلاث عقود لا تنطبق عليها قواعد العقد الإلكتروني، وإنما يجب إبرامها في الشكل التقليدي وهذه العقود هي:

- 1 - عقد الزواج لاشتراط الشهادة.
- 2 - عقد الصرف لاشتراط التفاضل.
- 3 - عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال.

الفصل الثاني

مظاهر التعبير عن الإرادة الكترونياً في مرحلتى التفاوض و العقد النهائى

يستلزم لقيام العقد الإلكتروني - كما هو الحال في العقود التقليدية - وجود عاقدين هما أطراف العقد و اتجاه إرادتهما إلى إحداث هذا الأثر القانوني من خلال وسائط الكترونية ومن هنا تبدو أهمية التعبير عن الإرادة بكونها دليلاً على تراضي الطرفين على العقد المبرم بينهما الكترونياً.

و إذا كان إبرام العقد بالطريقة التقليدية قد لا يمر بمرحلة المفاوضات و إنما يدخل الطرفين إلى المرحلة التعاقدية مباشرة، فإن مرحلة المفاوضات تبدو ضرورية و لا غنى عنها في التعاقد بالطريقة الإلكترونية. لذلك فالغالب أن هذا الأخير يمر لزومياً بمرحلة

¹ - انعقد هذا المجمع في مدينة جدة في الفترة من 14 إلى 20 مارس 1990 في الدورة السادسة.

التفاوض و أخرى مرحلة التعاقدية النهائية . غير أن مرحلة المفاوضات لم تلقى نصيباً من الاهتمام من طرف المشرع الجزائري إذ تكاد نصوص القانون المدني تخلو من قواعد خاصة تنظم هذه الفترة الأمر الذي دفع بالفقه إلى التصدي لهذه المرحلة السابقة على التعاقد النهائي في محاولة منهم لصياغة نظام قانوني لها. ولكن يبقى التساؤل عن مدى جدوى هذه القواعد في تطبيقها على المفاوضات الالكترونية أم أن الصورة الشاذة للتعاقد الالكتروني يتجاوز هذه الأحكام التقليدية و يتطلب تدخلاً تشريعياً لصياغة قواعد قانونية تلاءم هذا الوضع الجديد؟

و لأجل تبديد هذه التساؤلات لذا سيخصص المبحث الأول من هذا الفصل لدراسة التعبير الالكتروني في مرحلة التفاوض و الثاني حول التعبير عن الإرادة الكترونياً في المرحلة التعاقدية النهائية.

المبحث الأول: التعبير في مرحلة التفاوض الإلكترونية

ظهرت في الآونة الأخيرة عدة عقود تتسم بنوع من التعقيد والتركيب، لا سيما العقود ذات القيمة الكبيرة المبرمة عن طريق الانترنت وكذا العقود المركبة التي تتطلب فترة من الزمن لإبراز جميع عناصرها و تحديد الالتزامات المرتبطة بها بشكل نهائي، وبالتالي فإن الدخول في التزام تعاقد بشكل نهائي يتطلب الحوار بين أطراف العلاقة العقدية من أجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق إرادتهم اتجاه الحقوق و الالتزامات التي تمثل محل العقد المراد إبرامه¹، وكذا التحسب لأي طارئ أو خطر الظروف التي قد تؤثر على استمرارية تنفيذ الشروط التعاقدية.

كما أن هذه العقود من الصعب أو من المستحيل أحياناً إبرامها من أول وهلة ودفعة واحد و إنما لا بد من الدخول بشأنها في مفاوضات مكثفة و التي قد تستغرق هي الأخرى زمناً طويلاً لإبرام العقد النهائي² ، لأن المتعاقد لا يصدر منه إيجاب بات و لا يستقر به الرأي بصورة حاسمة إلا بعد مفاوضات قد تطول³.

¹ - راجع: د. أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، المكتبة القانونية، الأردن، 2002، ص42.

² - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم. المرجع السابق، ص72.

³ - د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص220.

و أصبحت المفاوضات في العقود الضخمة والعابرة للحدود لها من الأهمية التي تجعل منها أمرا لازما و لا يتصور أن يبرم عقد من دون الدخول في هذه المرحلة فلم تعد هذه المفاوضات مجرد وسيلة للجدل و المناقشة فقط بل أصبح لها علم مستقل خاص بها له قواعده و أساليبه وأصوله¹.

وتتزايد أهمية التفاوض في مجال المعلوماتية إذ تعتبر المرحلة السابقة لكل العقود ذات الطبعة التقنية أو الاقتصادية كبيرة كما هو الحال في العقود الإلكترونية ، و نظرا لما يتسم بها هذا الأخير من خصوصية التعاقد عن بعد و اعتماده على الوسائط الإلكترونية يجعل المفاوضات غاية من الأهمية، بل يمكن القول أن شبكة الانترنت أصبحت الآن من أكثر الحقول التي تنشط فيها المفاوضات ولكنه يثار بشأنه ما يثيره التفاوض في العقود التقليدية هذا فضلا عن مشكلة اختلاف اللغة وصعوبة الإثبات و القرصنة².

لذا سيتطلب الأمر تحديد مفهوم التفاوض الإلكتروني و بيان أهميته والمسؤولية عن الإخلال بالتزاماته.

المطلب الأول: مفهوم المفاوضة الإلكترونية

إن التشريعات التي نظمت و عالجت التعاقد الإلكتروني جاءت خالية من أي نص صريح يعطي تعريفا للتفاوض الإلكتروني بل تجنبت ذلك لأن الاختصاص يؤول للاجتهد الفقهي والقضائي وستحدث في هذا المطلب تعريف المفاوضة ثم بيان أهميتها.

الفرع الأول: تعريف المفاوضة

هناك عدة تعريفات قيلت حول هذا التفاوض³ كمرحلة سابقة للتعاقد، إذ تعرف على أنها: "التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار و المساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى

¹ - يسميها البعض بالعقود الثقيلة إذ تحتاج إلى تفاوض طويل و شاق. راجع في ذلك : د. بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2011، ص43.

² - أنظر: درار نسيم، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2011- 2012، ص16.

³ - التفاوض في اللغة مشتق من فعل فوض ، فيقال فوض إليه الأمر: أي صيره إليه وجعله الحاكم فيه ، والمفاوضة تعني المشاركة والمساواة، أنظر لسان العرب لمؤلفه ابن منظور، الجزء الخامس، المرجع السابق، ص 42.

اتفاق معين حول مصلحة أو حل مشكلة ما¹ أو هي مناقشة مشتركة لعناصر عقد مقترح تهدف إلى الوصول إلى صيغة أو تصور مشترك مقبول بين الطرفين باعتماد عقد اجتماعات متصلة أو متقطعة"²، في حين يرى البعض على أنها: "تبادل الاقتراحات و المساومات والمكاتبات و التقارير و كذا الدراسات الفنية و الاستشارات القانونية التي يتبادلها الأطراف التفاوض ليكون كل منهم على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف و التعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق و التزامات لطرفيه"³..

ويرى البعض الآخر بأنها: "حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينه يتم خلاله تبادل العروض و المقترحات و بذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل"⁴.

و يعد التفاوض أحد المراحل التي يمر بها الإيجاب النهائي للعقد فالمتعاقد الذي يصدر منه الإيجاب لا يصل في العادة إلى البث في إيجابه ليصل كاملا، إلا بعد مفاوضات قد تطول في بعض الأحيان، و تكثر فيها المناقشات و الأخذ و الرد فيما بين المتعاقدين⁵.

فالمفاوضة ما هي إلا مرحلة سابقة للإيجاب و ليس لها كقاعدة عامة أي أثر في الروابط القانونية في ما بين الطرفين إذ يجوز لكل طرف العدول عنها دون أن يكون مسؤولا عن ذلك و ليس لأحد أن يطلب منه تبرير سبب ذلك فقد يكون سبب العدول راجع إلى أن المتعاقد لم ير داعيا لإتمام الصفقة، أو أنه رأى في إتمامها عدم وجود أي مصلحة في ذلك أو أن شخصا آخر عرض عليه صفقة أفضل⁶، ولكن إذ كان العدول عن هذه المفاوضة مقترنا بخطأ صدر

¹- د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 209.

²- أنظر: د. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 168.

³- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 39.

⁴- أنظر: د. شريف محمد غنام، أثر الظروف في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2000، ص 35.

⁵- راجع: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 99.

⁶- د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 238.

من صاحبه فهنا تترتب عليه مسؤولية التعويض عن ذلك فيصبح مصدر المسؤولية هنا ليس هو مجرد العدول بل هو الخطأ الذي ارتكب من بادر بالعدول¹.

هذا وإن مناط مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال وهو سبب في اعتمادها قبل التعاقد النهائي فدخول الأطراف في تلك المفاوضات يحتمل لديهم أن لا تنتهي هذه الأخيرة باتفاق نهائي إذ قد تنتهي بإبرام عقد و إما أن تصل إلى طريق مسدود عندما يمارس أحد أطراف هذه المفاوضات حق العدول عن الاستمرار فيها² لذا تعتبر الدعوة إلى التفاوض مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني و كل ما يدخل في هذا النطاق يعتبر مجرد تحضير أو تمهيد للتعاقد³.

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الإلكتروني

تجد مرحلة المفاوضات حيزا كبيرا لها في التعاقد الإلكتروني خاصة المبرم عبر الانترنت ذلك أن شبكة الانترنت أتاحت للمفاوضات مجالا واسعا تزايد معها الرغبة في التعاقد، فهي تمنح لأطراف العلاقة فرص كبيرة و عديدة للتعاقد أكثر مما تقدمه المفاوضات التقليدية من خلال اعتمادها على وسائل متطورة تتميز بالسرعة الفائقة في الاتصال و السهولة في البحث عن الخيارات التي تقدمها المواقع الإلكترونية من أماكن مختلفة في لحظة واحدة.

وتظهر أهمية التفاوض الإلكتروني في عدة وجوه، يمكن إجمالها فيما يلي:

* إن العقود الإلكترونية تتضمن العديد من الجوانب التقنية والفنية الدقيقة تستدعي التجربة و الاستعانة بالخبرة أحيانا مما يجعل التفاوض مهما لاكتساب التجربة.

¹ - أنظر: د. شريف محمد غنام، أثر الظروف في العقود التجارية الدولية، المرجع السابق، ص 41. و كذلك: د. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 21.
² - راجع: د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الأولي، مجلة العلوم القانون و الاقتصادية، جامعة عين الشمس، مصر، العدد 2، جوان 1996، ص 394.
³ - د. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 44.

* تتسم العقود الإلكترونية بصعوبة التأكد من شخصية المتعاقد وطبيعة المحل والضمانات و بالتالي فإن التفاوض يسمح لكل الطرف من طرح أكثر من تساؤل للتأكد وتبديد القلق الذي ينتابه حول شخصية المتعاقد معه¹.

* تلعب المفاوضات الإلكترونية دورا معتبرا في تفسير العقد الإلكتروني عند غموضه ومعرفة مقاصد الطرفين من خلال ما جرى في المفاوضات.

* إن المفاوضات الإلكترونية و نظرا لكونها مرحلة سابقة على التعاقد فإنها تؤدي دورا فعالا في الحد من المنازعات في المستقبل ذلك إن إنهاء التفاوض سلبا يؤدي إلى تفادي عقد إلكتروني معيب ينتج عنه منازعات بين طرفي العقد².

* إن التفاوض الإلكتروني يزيل القلق و التردد لدى طرفي العقد الذي يخلق لهما الرغبة في التفكير بتأني للتحقق ملائمة العقد للظروف و التطلعات أو البحث عن طريق لتمويل العقد فتكون المفاوضات وسيلة لتهيئة أفضل الظروف و أكثرها ملائمة لإبرام العقد الإلكتروني النهائي³.

* إن المفاوضات الإلكترونية تمنح لأطراف التعاقد ثقة و طمأنينة كبيرة إذ أن المتعاقد عند الدخول في هذه المرحلة لا يخشى أية مسؤولية في حالة عدوله و امتناعه عن الاستمرار في المفاوضات ما لم يقترن هذه العدول بخطأ منه يثير المسؤولية التقصيرية ذلك أن آثار المسؤولية في التعاقد النهائي أشد وطأة في مرحلة التفاوض⁴.

¹- راجع:

RAYNARD (J). FABRE (R) et. MOUSSERON(J) et PIERRE(J), Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise, LEXIS NEXI, 2012.p.90.

²- أنظر: د.محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات ، دار النهضة العربية ، ط 1998، ص 14.

³- راجع: د.بشار طلال أحمد المومني، مشكلة التعاقد عبر الانترنت ،دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة مصر، 2003، ص 48.

⁴- راجع: د.جمال عبد الرحمان محمد علي ، المسؤولية المدنية للمتفاوض، نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنت، دون دار النشر، 2004 ، ص 151.

* إن وضع ترتيب قانوني للعقد الإلكتروني يتطلب دراسة أولية و دقيقة للشروط التي سيجري تنفيذه بموجبه و عليه فإن الصياغة القانونية لا يمكن أن تتقرر نهائيا إلا من خلال مراحل المفاوضة الإلكترونية و التي ستؤدي إلى إبراز عناصر العقد في النهاية، و هذه الصياغة مهمة جدا خاصة في ميدان العقود المركبة و المهمة و التي تحتوي على عناصر مختلفة و يساهم في تنفيذها أطراف متعددة من دول مختلفة¹.

* إن التفاوض الإلكتروني يمكن أطراف العلاقة من التحديد الدقيق للحقوق التي يرغبون الحصول عليها و الالتزامات التي يتحملها كل طرف و خاصة في العقود الإلكترونية التي يتطلب تنفيذها مدة زمنية طويلة، كما تمكنه من التقدير المسبق لكل الطوارئ و المخاطر و كذا الظروف التي قد تؤثر على استمرارية تنفيذ الشروط التعاقدية و التوازن المالي للعقد².

المطلب الثاني : مراحل التفاوض الإلكتروني

تكتسي المفاوضات أهمية كبيرة في التعاقد الإلكتروني لذا فهي تحدد أبعاده و كيفية تنفيذ هو سبل حل المنازعات التي تثور بشأنه و هذه المفاوضات قد تطول مدتها أو تقصر إذ تمر بمراحل ثلاث و هي :

الفرع الأول:مرحلة تحديد الاحتياجات:

تسمى كذلك بمرحلة دراسة الجدوى و تركز على دراسة الأسس الجوهرية في أداء الخدمة المعلوماتية إذ يجب على المتعاقد أو العميل أن يبرر بصورة جيدة مطالبه الأساسية التي يتم التفاوض على أساسها حتى لو اقتضى الأمر الاستعانة بالخبير لأن نجاح العميل في توضيح هذه المطالب هو الذي يضمن النجاح للعقد الإلكتروني المراد إبرامه مستقبلا³، و عندما يقوم المتعاقد الآخر مقدم الخدمة بخيار الأدوات و الأجهزة و البرامج المناسبة لاحتياجات و مطالب العميل.

¹- د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص99.

²- انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص37.

³- أنظر : محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص46.

الفرع 02 :مرحلة إعداد دفتر الشروط:

بعد مرحلة إعداد و تهيئة الاحتياجات ينتقل العميل إلى المرحلة الثانية و التي يقوم فيها بتدوين هذه الاحتياجات و الرغبات في دفتر خاص يسمى بـ دفتر الشروط و هو عبارة عن مستند إلكتروني بسيط يتضمن العديد من النقاط الرئيسية المكتوب، و هذا دفتر يعد دليلا على جدية المتعاقدين في إبرام العقد الإلكتروني¹ وتشكل الأساس الذي يتم عليه التفاوض و يجب على مقدم الخدمة أن يطلب من العميل أن يقدم قائمة الشروط التي يحدد فيها بدقة احتياجاته و أهدافه و السبل المقترحة لتحقيق رغباته و إلا تحمل مقدم الخدمة مسؤولية التعامل دون وضوح الأهداف و الشروط و كل ذلك باشتراك مع العميل ، حيث يتعين على الطرفين التعاون و بذل الجهد في هذا النطاق لتفادي كل أسباب النزاع من خلال إعداد الوثائق المتكاملة و التي تساعد على إبرام العقد الإلكتروني ناجح و تحديد المسؤولية عن أية أضرار محتملة².

الفرع 03:مرحلة اختيار مقدم الخدمة:

في هذه المرحلة يقوم مقدم الخدمة بطرح العروض على شبكة الانترنت على مستويين أو نطاقين: الأول وهو مستوى وطني و الثاني و هو مستوى عالمي ، و بذلك يقدم العروض على الجمهور على ان تتضمن هذه الأخيرة البيانات الواضحة فيما يتعلق بمواعيد التقدم بالعرض و عناصره و مواصفاته و شروطه حتى يتم التفاوض و المفاضلة على أسس واضحة³.

و هنا يقوم العميل بالبحث عن مقدم الخدمة على مستويين الوطني ثم الدولي و ذلك للتأكد عن أي عروض تحقق غاياته و تلبي احتياجاته فيضع العميل في اعتباره أن يختار مقدما للخدمة يتمتع بصناعة الحسنة و خبرة سابقة و ذلك حتى يضمن في المستقبل الحصول على سلعة أو خدمة جيدة تتمتع بأفضل المواصفات⁴ و بالتالي فإن احترام هذه

¹- د.سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص98.

²- أنظر: د.بشار أحمد طلال المومني، المرجع السابق، ص48.

³- د.محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص104.

⁴- أنظر: HOLANDE (A) et (x) LINANT DE BELLEFONDS, op.cit. p.22.

الإجراءات و حسن اختيار مقدم الخبرة لخبرته لتقديم العروض الأفضل نوعا و كما، قد يؤدي إلى إنهاء مرحلة التفاوض بإبرام عقد إلكتروني ناجح و بعيد عن أي نزاعات أو عراقيل في المستقبل لا سيما في مرحلة تنفيذه¹.

المطلب الثالث : عقد التفاوض الإلكتروني:

لا يوجد أدنى شك على أهمية المفاوضات في التعاقد الإلكتروني لاعتبارات تتعلق بخصوصية هذا النوع الجديد من العقود فضلا عما ينطوي عليه من مخاطر اقتصادية جسمية بالنسبة للمتعاقدين فأصبح من الضروري إن لم يكن ملزما أن يسبق التعاقد الإلكتروني مرحلة من المفاوضات لأجل الإعداد و التحضير لهذا العقد.

و يرى الفقه الحديث أن مرحلة المفاوضات قد تظهر في صورتين : الأولى هي عبارة عن مفاوضات غير مصحوبة باتفاق التفاوض و يقصد بها تلك المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك عقد صريح ينظمها فهي تعتبر مجرد عمل مادي و لا تقوم مسؤولية المتفاوض في حالة العدول عنها إلا على أساس المسؤولية التقصيرية ، عندما يقترن العدول بخطأ مستقل ألحق ضررا للطرف الآخر².

و الصورة التالية للتفاوض هي تلك التي تكون مصحوبة باتفاق التفاوض أي عندما تتم المفاوضات بناء على عقد صريح بين الطرفين و تعتبر هنا تصرفا قانونيا لوجود علاقة تعاقدية بين الطرفين و من تم تكون المسؤولية عقدية³.

و يرى الفقه أن التفاوض في شكل اتفاق أو عقد هو أحسن وسيلة لأن المفاوضات التي لا يصاحبها اتفاق غير جدية قد لا تدل على النية الحقيقية في التعاقد بل هي مجرد الدعاية أو استطلاع السوق و تفويت فرص التعاقد فضلا على أنها قد تكشف أسرار

¹- د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 46.

²- أنظر : محمد حسن ، منصور، المرجع السابق ، ص 53.

³- راجع : MOUSSERON (J) FABRE(R) .RAYNA (J) et PIERRE (J-L). op.cit.p.101.

الغير و الإطلاع على حجم نشاطهم و عدم وجود إرادة حقيقية من الطرفين في تكوين أي التزام عقدي¹.

لذا تظهر أهمية عقد التفاوض كمرحلة سابقة للعقد النهائي خاصة في التعاقد الإلكتروني لأنه يحقق قدرا كبيرا من الثقة و الاستقرار في العلاقات بين المتعاقدين كما يعمل على ضبط تفاصيل التعاقد الإلكتروني و تحديد كيفية تنفيذ ما يحتويه من مراحل و ما يرتبط بها من متطلبات أنية و مستقبلية².

الفرع الأول: تعريف عقد التفاوض الإلكتروني :

إن أغلب التشريعات لم تنظم و لم تعرف عقد التفاوض بصفة عامة لذا فهو لا يخرج عن التعريف التقليدي للعقد في كونه اتفاق بين إرادتين أو أكثر بهدف ترتيب أثر قانوني معين و لا يتطلب لوجوده و صحته سوى توافر الشروط المقررة للعقود كركن الرضا و المحل و السبب.

و قد عرفه البعض على أنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالتفاوض أو بمتابعته من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده³.

في حين يرى بعض الفقه بأن عقد المفاوضة هو: " عقد بمقتضاه يتعهد أطراف ببدء التفاوض أو متابعة أو تنظيم سير المفاوضة بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل"⁴.

و يذهب البعض الآخر إلى تعريفه بأنه: " اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص اتجاه شخص آخر للبدء أو الاستمرار في التفاوض شأن عقد معين بهدف إبرامه"¹.

¹- د.جمال فاخر النكاس ، العقود و الاتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية ، العدد الأول ، مارس 1996 ، ص 138.

²- د. ممدوح خالد إبراهيم ، المرجع السابق، ص 231.

³- د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 94.

⁴- أنظر : د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 107. وكذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم المرجع السابق ص 267.

و جل هذه التعريفات يمكن أن تصدق على عقد التفاوض الإلكتروني مع الأخذ بعين الاعتبار طريقة انعقاده، ذلك أنه ينعقد بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية لا سيما عبر الانترنت إذ يمكن تعريف عقد التفاوض الإلكتروني بأنه: " تبادل بدون حضور مادي متعاصر لأطراف التفاوض – و باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد- للاقتراحات و المساومات و المكاتبات و التقارير و الدراسات الفنية بل و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما يسفر عنه الإتفاق من حقوق و التزامات لطرفيه "2

و هنا يمكن استخلاص خصائص عقد التفاوض الإلكتروني و هي:

- إن عقد التفاوض الإلكتروني هو عقد حقيقي يتم بالتوافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني، الأول يوجه عرض للتفاوض إلى الطرف الآخر و يقوم هذا الأخير بقبول هذا العرض قبولاً مطابقاً له³، أو بتعبير آخر هو التوافق القبول مع الإيجاب على الدخول في العملية التفاوضية عبر وسائل الاتصال الإلكتروني و السير فيها حتى يقوم العقد.
- هو عقد ملزم لجانبيين إذ يترتب التزامات تبادلية على عاتق الطرفين معا بحيث ينشأ على ذمة كل واحد منهم التزاما بالاستمرار في المفاوضات و إدارتها بحسن النية.
- هو عقد مبدئي⁴ إذ يهدف إلى تهيئة الطريق أمام العقد النهائي و بموجبه تبدأ مسيرة المفاوضات التي تمهد لإبرام عقد الكتروني نهائي ، فهو ينشأ التزاما على عاتق أطرافه بالتفاوض و السير فيه وفقا لمقتضيات حسن النية ، فهو لا يولد التزاما بإبرام العقد النهائي أو وعدا بالتعاقد بل يترتب فقط التزاما بالتفاوض بشأن العقد

¹- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، مصر ، الطبعة الأولى، 2002، ص 62.

²- راجع: جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق ، ص10.

³- د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 269.

⁴- حول تفاصيل هذا العقد و تميزه عن العقود التمهيدية راجع :

GHESTIN (J), op.cit, p.343.

الالكتروني المراد إبرامه¹، و يرى البعض أن الصفة المرحلية لعقد التفاوض الالكتروني هي التي تجعل من المفاوضات عبر وسائل الاتصال الحديثة كالانترنت جزءا لا يتجزأ من العقد الالكتروني بل و يجب اعتبارها شرطا أساسيا لإبرامه و ليس مجرد مرحلة سابقة له فقط فيجب في حالة التوصل إلى إبرام عقد الكتروني نهائي التأكيد على المفاوضات السابقة هي شرط لازم في العقد و مكمل له دون أن يؤثر ذلك على مبدأ رضائية العقود².

و الطابع التمهيدي لعقد التفاوض لا يخول لطرفيه حقا نهائيا ذو طبيعة مالية سواء كان حقا شخصيا أم عينيا كما لا ينشأ حقا يقيد من سلطات المالك على الشيء محل التفاوض و لا يرتب ميزة الأولوية أو الأفضلية لتحديد من حرية التفاوض، كما لا يصلح أساس توقيع الحجز على الشيء سواء كان حجرا تحفظيا أو تنفيذيا³.

■ هو عقد يبرم عن بعد إذ أن عقد التفاوض الالكتروني يتم دون الوجود المادي الملموس لطرفي التعاقد و دون حضورهما إذ يعتمد فيه المتعاقدان على الوسائط الالكترونية وبالتالي فإن إبرام العقد و تنفيذه يكون قد تم بالكامل في عالم افتراضي و من خلال شبكة الانترنت إذ يتم في فضائه تبادل الآراء و المقترحات حول العقد الالكتروني النهائي دون الحاجة إلى الخروج إلى العالم المادي الملموس⁴.

■ يصنف عقد التفاوض الالكتروني ضمن العقود المؤقتة ذلك أن اتفاق التفاوض يبرم لمدة محدد زمنية بقدر المدة التي تستغرقها المفاوضات بين الطرفين سواء طالت أم قصرت، فعقد التفاوض الالكتروني، يوجد إلا لمدة محدودة متوقفة على نجاح المفاوضة و بالتالي يتضح أن إبرام العقد الالكتروني النهائي أو فشله يؤدي إلى زوال كل آثار عقد التفاوض على أن هذه المدة الزمنية تخضع في تحديدها لاتفاق

¹- أنظر: د.بشار أحمد طلال المومني، المرجع السابق، ص 52.

²- أنظر: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 103.

³- د. محمد حسين عبد العال، المرجع السابق، ص 110.

⁴- أكثر تفصيل راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 268.

الأطراف صراحة أو ضمنية¹، و في غياب الاتفاق يتم تحديدها وفقا لطبيعة
المعاملة و ما جرى عليه العرف من تحديد المدة المعقولة لسريان هذا الالتزام².

الفرع الثاني: التزامات المتعاقدين في عقد التفاوض الالكتروني:

يعد العقد بصفة عامة من مصادر الالتزام و عقد التفاوض الالكتروني شأنه شأن
العقود يترتب التزامات متعددة على عاتق كل طرف، إذ يعد الالتزام بالتفاوض بحسن النية
من الالتزامات الرئيسية الذي يقتضي وجوب احترام الطرفين للالتزامات الثانوية الأخرى و
التي تنفرع عنه و تقوم إلى جانبه حتى يتم التفاوض على أكمل وجه و هذه الالتزامات هي :
التزام بالتعاون ، الالتزام بالإعلام ، الالتزام بالاعتدال و الجدية و الالتزام بعدم إفشاء
الأسرار.

البند الأول: الالتزام بحسن النية:

إن أي تفاوض يجب أن يتصف بالنزاهة و الصدق و الأمانة و الثقة لذا يعد الالتزام
بالتفاوض بحسن النية الالتزام الجوهرى الذي ينشأ عن التفاوض الإلكتروني كمرحلة أولية
للتعاقد ، و يقتضي هذا الالتزام أن يتسم سلوك المتفاوض بالنزاهة و الشرف و الأمانة و أن
يتمتع عن كل عمل من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها أو إتباع أسلوب الحيلة و المراوغة
بنية الإضرار للطرف الآخر³، و هذا الالتزام يعد التزام تبادلي كما يعتبر التزام بتحقيق نتيجة
و ليس بدل عناية⁴ فلا يستطيع المتفاوض دفع المسؤولية عن نفسه بإثبات أنه بذل كل ما في
وسعه لكي يكون حسن النية و لم يستطع⁵.

¹ - راجع: د.أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 99. وكذلك : د.أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق ، ص 105.

² - راجع : بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق، ص129.

³ - راجع: د.محمد حسن منصور، المرجع السابق ، ص 47.

⁴ - د. ممدوح خالد إبراهيم: المرجع السابق ، ص 238.

⁵ - SHMIDT (R), Note sous Cass.com, 20/03/1972.J.C.P, 1973, 17543, p.43.

و الالتزام بالتفاوض بحسن النية له دور كبير في التعاقد الالكتروني النهائي إذ يعمل على تجنب قدرا كبيرا من العيوب التي قد تشوب الإرادة لحظة التعبير عنها ، فحسن النية يولد الثقة للمتعاقد والطمأنينة في مرحلة التفاوض كما يشجعهم على الإقدام على التعاقد الالكتروني.

هذا على الرغم أن المشرع الجزائري و على غرار التشريعات الوضعية الأخرى كالتشريع الفرنسي¹ و المصري و الأردني لم ينص صراحة على مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد² بل قصره فقط على مرحلة التنفيذ إذ جاء في المادة 107 من القانون المدني الجزائري على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه و بحسن النية".

و من بين التشريعات التي نصت على مبدأ النية في مرحلة تكوين العقد نذكر ما جاء في المادة 1337 من التقنين المدني الإيطالي الذي نص على أنه : «يلتزم الأطراف أثناء التفاوضات وإبرام العقد بالتفاصيل ما يتفق و حسن النية»، بينما نص التقنين المدني السويسري على أنه : «يلتزم كل شخص باستعمال حقوقه و تنفيذ التزامه وفقا لقواعد حسن النية»³.

و تجدر الإشارة أن دور حسن النية في التفاوض لا يقتصر على تفسير العقد أو اعتمادها في مرحلة تنفيذ العقد بل لها دور كبير في تكوين العقد و تشمل كذلك المرحلة السابقة على العقد. فعدم شمول مبدأ حسن النية لمرحلة المفاوضات كمرحلة قبل التعاقدية قد يجعل أساس المسؤولية في هذه المرحلة أساسا متزعزعا و غير مستقر و إن كانت كل

¹ - يذهب الفقه الفرنسي أن نص المادة 3/1134 من القانون المدني الفرنسي تشمل تنفيذ العقد و كذلك مرحلة المفاوضات في ذلك راجع :

MALAUURIE(P) et AYNES(L) et STOFFEL-MUNCK (P), Les obligations, Ed, DEFRESNOIS, 2005, p.204.

² - هناك بعض النصوص القانونية قد تشير بطريقة غير مباشرة إلى اعتماد مبدأ حسن النية في مرحلة تكوين العقد كما هو الحال في عيوب الإرادة (المادة 85-86 من القانون المدني الجزائري)، و تفسير العقود (المادة 111 من القانون المدني الجزائري) .

³ - هذه النصوص ذكرها : د.محمد حسين عبد العال المرجع السابق، ص 123. و كذلك: د. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 67.

التشريعات لم تتضمن حسن النية في نصوصها القانونية إلا أنه صياغته تسمح بمعيار كافي لتقرير هذه النتيجة¹.

البند الثاني: الالتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني:

يعد الالتزام بالإعلام أحد أبرز الآليات القانونية إلحاحا في مجال التعاقد الإلكتروني باعتباره من العقود التي تبرم عن بعد و يتميز فيها التفاوض الإلكتروني بالسرعة و الفورية²، ذلك أن العقود التقليدية تتميز بوجود الالتقاء المباشر بين المتعاقدين و حصول كل منهما على المعلومات التي يريدها الطرف الآخر³ و عليه يكون من المفترض أن رضا الأطراف في مثل هذه العقود صحيح و سليم لأنه على كل واحد منهم السهر على مصالحه الخاصة و الدفاع عنها طالما أن العقد قد أبرم في ظل مناقشات و مفاوضات بين الأطراف⁴ في حين أن التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت و على وجه الخصوص نظام الميسانجر (MESSENGER) حيث تتم المباحثات بسرعة فائقة في الإرسال و الاستقبال. إذ يفترق هذا التعاقد لهذه المساومة خاصة و أن المعلومات تتم في أغلبها عبر عقود نموذجية يضعها البائع أو مقدم الخدمة.

و قد نشأ هذا الالتزام في نطاق عقود المعلوماتية بصفة عامة على يد القضاء الفرنسي حيث استنبطت المحاكم الفرنسية هذا الالتزام عن طريق تفسير إرادة المتعاقدين بقصد توفير أكبر قدر من الحماية للمستهلكين. إذ تم استخدام المصطلحات المرادفة لها كالالتزام بالنصح و التحذير و الالتزام بالتنبيه و الالتزام بالتبصير أو بالإرشاد (obligation d'informer).

¹- أنظر أكثر تفصيل : د.وائل حمدي أحمد، الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية ، دار الكتاب ، مصر ، 2009، ص 86.

²- د.محمد حسن قاصد، التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، 2005 ، ص 32.

³- أصبح هذا الالتزام في الدول المتقدمة أحد أبرز و أهم ركائز سياسة حماية المستهلك. أنظر : د.بودالي محمد ، المرجع السابق، ص 66.

⁴- د.أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، ص 03.

⁵- لقد أثير جدل فقهي في فرنسا حول حقيقة هذه الألفاظ و مدى اختلافها مع هذا الالتزام ، حول ذلك راجع:

FABRE-MAGNAN (M), De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, thèse paris, éd, L.G.D.J.1992, p.233.

لذا يتعين على المتعاقد المتفاوض الإفصاح إلى الطرف الآخر بكل ما لديه من بيانات ومعلومات تتعلق بالعقد الإلكتروني محل التفاوض و ذلك حتى تستتير إرادة المتعاقدين، كما يجب الإدلاء بكافة المعلومات طالما لها أهميتها في التعاقد دون تأخير أو كتمان حتى يتسم التفاوض بالشفافية و المصارحة و المكاشفة¹ و إلا كان المفاوض مخلا بالتزامه بالإعلام و مرتبكا في الوقت نفسه تدليسا موجبا لإبطال العقد وفقا للقواعد العامة. أما إذا قصر العميل أو المشتري في التحري و الاستعلام الذي يؤثر على اختياراته و يؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية فإنه يتحمل مسؤولية الإخلال بهذا الالتزام².

و الواقع أن الالتزام بالإعلام لا يقتصر على مرحلة قبل التعاقد بل هو التزام يمتد إلى المرحلة اللاحقة على إبرامه فهو لا يتوقف عن حد زمني معين إنما الاختلاف بين الالتزامين في هاتين المرحلتين يكمن في مضمونه إذ انه من المنطقي أن يكون ما يتم الإدلاء به من المعلومات متوافقا مع كل مرحلة و متناسبا معها³.

إن المتفاوض عبر الوسائل الإلكترونية لا يقتصر عليه الالتزام بإعلام المتعاقد الآخر بالبيانات الجوهرية فقط بل إعلامه أيضا بالبيانات الثانوية طالما كانت هي الدافعة إلى التفاوض و بالتالي فإن معيار تحديد البيانات و المعلومات الملزم بالإفصاح عنها هو معيار مدى أهمية البيانات و المعلومات للمتعاقد الآخر في مرحلة التفاوض الإلكتروني.

و عليه فإن المتفاوض عبر شبكة الانترنت يقع عليه التزام أساسي بإعلام المتعاقد معه لكل البيانات و المعلومات المتعلقة بتفاصيل العقد بمنتهى الصدق و الصراحة و الشفافية ، فإذا كان موضوع التفاوض عقدا من عقود خدمات المعلومات و جب عليه تزويد المتفاوض الآخر بالشروط المتعلقة بالاستخدام و الإرشادات التي تمكنه من الاتصال الأمثل بينك المعلومات و كيفية التعامل التقني معه. وإذا تعلق الأمر ببرنامج حاسوب و جب عليه تزويد الطرف الآخر بالمواصفات و القدرات الفنية اللازم توافرها في البرنامج المراد تنفيذه، و إذا

¹ - CASS,CIV.20 DECEMBRE 1995, D,1996.p,32.

² - CASS.COM ,7 JANVIER 1997,G.P,1998,p.54.

³ - راجع: د.محمد حسن القاسم، المرجع السابق، ص 44. و أنظر خلاف ذلك ما ذكره د.محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 95.

تعلق الأمر بسلعة أو خدمة وجب عليه إعلامه بمواصفات السلعة و ملحقاتها و طريقة استعمالها¹.

و لقد أكد المشرع في المادة 111 من قانون رقم 92-60 بشأن حماية المستهلك في مجال البيع عن بعد الصادر في 18 جانفي 1992 المعدل و المتمم: على إلزام البائع بأن يقدم للمشتري المعلومات والأوصاف الأساسية للشيء المبوع قبل إبرام العقد و بيان شروط استعماله و المدة التي يكون صالحا للاستعمال خلالها، أما المادة 113 فأضافت إعلامه بالثمن و المادة 121 من نفس القانون اشترط إعلام المشتري باسم و هوية صاحب العرض و عنوانه و مقره الرئيسي سواء كان شخصا طبيعيا أو معنويا². كما أكدت هذه المادة أن من بين الشروط التفصيلية التي يجب أن يتضمن عليها الإيجاب الإلكتروني، طرق الوفاء و شروط فسخ العقد و كذا شروط تحديد المسؤولية العقدية أو خدمات ما بعد البيع و شروط الضمان.

أما الاتحاد الأوروبي فقد أصدر قانون التوجيه الأوروبي رقم 97-07 المؤرخ في 20 ماي 1997 و الخاص بحماية المستهلك في العقود التي تتم عن بعد و الذي نص في المادة الرابعة منه على ضرورة التزام مورد الخدمات بأن يقدم للمستهلك و قبل التعاقد و في وقت مناسب، جميع البيانات الخاصة بالسلعة أو البضاعة محل التفاوض، فضلا عن تحديد هوية المورد و عنوانه. و على ضوءه صدر القانون الفرنسي رقم 2001-741 المؤرخ في 2001/08/23 المعدل بالمرسوم رقم 2003/137 الخاص بالعقوبات على مخالفة الأحكام المتعلقة بالعقود التي يتم إبرامها عن بعد و خاصة شبكة الانترنت³.

موقف المشرع الجزائري من المسألة :

¹ - أكثر تفصيل راجع : د. جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق ، ص 35.

² - أنظر:

MOREAU (F).La protection du consommateur dans les contrat a distance ,petit affiches, n°57 ,20/03/2002,p.1

³ - راجع:

DEMOULIN(M). Information et transparence sur les réseaux électroniques, Les Cahiers du C.R.I.D, no 19, Bruylant Bruxelles, n 185 ,2001.p.192.

تدخل المشرع الجزائري لإقرار الالتزام بالإعلام في نصوص قانونية متفرقة مع تركيزه على الالتزام السابق على التعاقد و لكن الأمر يخص فقط العقود التقليدية و ليس الالكترونية كالنزام المنتج بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك¹ و التزام البائع بإعلام الزبائن بأسعار و تعريفات السلع و الخدمات و بشروط البيع² و كذا و جوب التزام شركات التأمين و الهيئات المؤمنة بإعلام المستهلك و إخطاره بالشروط الهامة و الأكثر خطورة و المعلومات الضرورية عن الخطر المؤمن عنه و نطاق الضمان و شروط التغطية التأمينية³ و التزام الطبيب بإعلام المريض المعالج بالأخطار الطبية التي تنجر عن عملية نزع الأعضاء البشرية و الأنسجة بهدف زرعها⁴.

كما أن المشرع الجزائري أهمل تماما تنظيم مسألة المفاوضات السابقة على التعاقد النهائي في العقود التقليدية، و لو تم ذلك لأمكن إسقاط أحكامها على التعاقد الالكتروني بالرغم من أن مرحلة المفاوضات لا تزال تثير نزاعات كثيرة أمام القضاء و مادة خصبة لكتابات العديد من رجال الفقه.

غير أن البعض يجعل السند القانوني لهذا الالتزام في أحكام نظرية التدليس التي تعتبر تدليسا : السكوت العمدي عن واقعة أو ملابسة ما كان المتعاقد ليبرم العقد لو علم بها و المشار إليها في الفقرة الثانية من المادة 86 من القانون المدني ، فهذه القاعدة أقرت صراحة بما لا يدع مجالا للشك الالتزام قبل التعاقد بالمصارحة و الإعلام و التبصير، فعدم الكتمان أصبح واجبا عاما على كل متعاقد فلا يقتصر على عقد دون الآخر⁵ و بالتالي يجب على

¹ - المادة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في 2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش (ج.ر. عدد.15. المؤرخة في 2009/03/08).

² - المادة 04 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسة التجارية (ج.ر. عدد 41 المؤرخة في 2004/06/27)

³ - المواد 15 و 19 و 21 و 75 من القانون رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بقانون التأمينات المعدل بالقانون رقم 04/06 (ج.ر. عدد 13 ، المؤرخة في 1995/03/08)

⁴ - راجع: المادة 166 من القانون رقم 85/05 المؤرخ في 1985/02/16، المتضمن حماية الصحة و ترقيتها (ج.ر. عدد 08 الصادرة بتاريخ 1985/02/17) ، المعدل و المتمم.

⁵ - راجع: د. بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 80.

المتفاوض في مرحلة إبرام العقد أن يطلع الطرف الآخر " عن حقيقة كل واقعة أو ملاحظة بكل صدق و مصارحة " ¹.

البند الثالث :الالتزام بالمحافظة على الأسرار في التفاوض الالكتروني:

إن مبدأ حسن النية في التفاوض الالكتروني يوجب على المتعاقد المفاوض المحافظة على الأسرار الهامة سواء كانت فنية أو مهنية التي قد يكشف عنها في عملية التفاوض لأن كل طرف ملزم بعدم إفشاء معلومات معينة للغير و المحافظة على البيانات التكنولوجية السرية أو الأسرار الصناعية و كذا أسرار الأعمال و الخبرات التقنية ،لأنه ما كان يعلم بهذه الأسرار لولا اتفاق التفاوض الذي أبرمه مع الطرف الآخر ² و إذا أفشى هذه الأسرار دون موافقة الطرف المتفاوض معه فإنه يكون قد ارتكب خطأ يوجب مسؤوليته متى نتج عن خطأه ضرراً للطرف الآخر ³.

و الأسرار التي يجب المحافظة عليها و عدم الإفشاء بها لا تتطلب أن تكون محل حماية قانونية ⁴ لأن هذا الالتزام يتعلق كذلك بحفظ الأسرار التي لا تحظى بالحماية القانونية مثل: التطبيقات القائمة على مبادئ علمية و التي تستخدم في إنتاج السلع و الخدمات ⁵.

و يذهب البعض أن الالتزام بالمحافظة على الأسرار في التفاوض يجد سنده في الفقرة الثانية من المادة 107 من القانون المدني التي تنص على أن العقد لا يقتصر على إلزام المتعاقد على ما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون و العرف و العدالة . ومن مستلزمات مرحلة المفاوضات السابقة على إبرام العقد النهائي هو ضرورة الامتناع عن إفشاء المعلومات السرية ⁶.

¹ - المحكمة العليا، غ.م، 1993/06/23، ملف رقم 101365 ، غير منشور.

² - د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 50 .

³ - الرأي السائد في الفقه و القضاء الفرنسي أن المسؤولية هنا هي تقصيرية لعدم وجود اتفاق صريح على هذا الالتزام أنظر:

LETOURNEAU (ph), op.cit,p.892.

⁴ - إن المعرفة الفنية السرية تشكل حقوقا ذات قيمة مالية يضيف عليها القانون الجزائري حماية قانونية و جنائية باعتبارها حقوقا تدخل في حيازة مالکها، و يمنع استغلالها بدون رضا صاحبها .

⁵ - C.A REIMS ,11 Décembre 1990.EX pertbe, 1993 p155.

⁶ - أنظر: د.بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص131.

البند الرابع : الالتزام بالتعاون في التفاوض الالكتروني:

هذا الالتزام هو أحد تطبيقات مبدأ حسن النية في التفاوض و يعد من الالتزامات الأساسية التي يترتبها عقد التفاوض الالكتروني و هو التزام يبقى قائماً طيلة مرحلة المفاوضة، فمضمونه يقتضي ذلك و لذا يتقرر نشوؤه ضمناً دون الحاجة إلى نص قانوني صريح¹ و المراد بالالتزام بالتعاون هو التعاون الوطيد المستمر بين الأطراف المفاوضة، كما يكفل الوصول بالمفاوضات إلى نهاية منطقية إما إبرام العقد محل المفاوضة وإما بغض النظر عنه كلية².

لذا يتوجب على المتفاوض أن يحدد أغراضه و أهدافه من العقد الساعي لإبرامه و الاحتياجات الفعلية لديه حتى يتسنى للطرف الآخر دراستها و فحصها و إبداء الرأي بشأنها و عليه فإن الالتزام بالتعاون على عاتق كل طرف و بصفة خاصة على المهني أو المحترف مقدم الخدمة الذي يجب عليه توجيه العميل إلى مقدار التناسب بين السلعة أو الخدمة التي يقدمها و مقدار حاجة العميل لها، و بيان خصائص و عيوب المنتج أو الخدمة و فحص الآراء و الأفكار التي يقدمها كل متعاقد للآخر و القيام بدراستها و إبداء الرأي فيها وتحديد مواعيد جلسات التفاوض و المواظبة على احترامها³.

فأي تقصير أو إهمال للمتفاوض عند تنفيذ هذا الالتزام يترتب مسؤوليته عن ذلك و إذا قصر العميل في التحري و الاستعلام الذي يؤثر على اختياراته و يؤدي إلى حصوله على أجهزة لا تتناسب مع احتياجاته الحقيقية فإنه يتحمل مسؤولية الإخلال بهذا الالتزام⁴.

و هذا الالتزام بالتعاون لا يمكن حصره في صور أو أفعال محددة فطبيعته تأبى ذلك، فكل عمل أو واجب تحتاجه المفاوضات من تصرفات سيرها يعد تصرفاً ملزماً مثل المواظبة على مواعيد التفاوض و الجدية في مناقشة العروض المقدمة¹.

¹ - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 269.

² - راجع: د. جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 58.

³ - أنظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 74.

⁴ - CASS.COM .7 JANVIER 1997.G.P.1998.p.54.

البند الخامس :الالتزام بالاعتدال و الجدية في المفاوضات الالكترونية:

يفرض هذا الالتزام على كل طرف في المفاوضة أن يلتزم بالجدية في مناقشة آراء و أفكار المتفاوض الآخر و عدم التشدد و التصلب في الرأي، و يقتضي الاعتدال إلزام المتفاوض بالاستقامة و عدم تقديم بيانات أو معلومات مغلوطة في التفاؤل و العمل على الشفافية في التعامل بكل موضوعية و عقلانية² و كذا الاعتدال في تقديم العروض فلا يكون مبالغا فيها حتى لا يتسبب بفشل المفاوضات و عليه أن يحترم المعاهدات و الأعراف التجارية كما يتوجب عليه أن يحرص على إنهاء عملية التفاوض في المواعيد المحددة و المناسبة ، و أن يمتنع عن إجراء مفاوضات موازية مع الغير متى كان هناك اتفاق مسبق على ذلك³ إذ سبق أن حكم بمسؤولية المتفاوض لإجرائه مفاوضات مع شخصين في وقت واحد دون إخطارهما بذلك و إنهائه المفاوضات مع أحدهما بعد أن طلب منه إعداد دراسات عن العقد موضوع التفاوض⁴.

المطلب الرابع : المسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني:

إن القواعد العامة تعتبر المفاوضات بصفة عامة مجرد عمل مادي لا يترتب عليها أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريده أو العدول عنه دون أن يتعرض لأي مساءلة و دون أن يطلب منه بيان المبرر للعدول ، و لا يترتب على هذا العدول مسؤولية على صاحبه⁵ لأن الطرف المنسحب من المفاوضات لا يجبر على

¹ - د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص48.

² - راجع:

MALAUURIE(P) et AYNES(L) et STOFFEL-MUNCK (P) ,Les obligations, 02 èd, DEFRESNOIS , 2005,p.204.

³ - أنظر :د.مصطفى حكيم الجمال، المرجع السابق، ص417.

⁴ - CASS.CIV.4 JAN1997.pre

⁵ - أنظر:د.جمال عبد الرحمان محمد علي ، المرجع السابق ، ص 159.

الاستمرار في التفاوض وصولاً إلى إبرام العقد الإلكتروني النهائي و هذا تطبيقاً لمبدأ حرية التعاقد¹.

غير أنه إذا اقترن بهذا العدول خطأ نتج عنه ضرر للطرف الآخر المتفاوض فهنا تتحقق المسؤولية التقصيرية و تقع على هذا الأخير عبء إثبات ذلك الخطأ و الضرر² و من ثم فلا يجوز اعتبار العدول عن إتمام المفاوضات الإلكترونية ذاتها بأنه هو العنصر المكون لركن الخطأ أو الدليل على توافره بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول أو كانت معاصرة لها و يتوفر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية³.
نشير هنا أنه هناك حد فاصل بين مبدأ حسن النية لدى المفاوض و مبدأ حرية التعاقد بحيث أن الالتزام بحسن النية لا يعني مطلقاً أن يلتزم المتفاوض بإبرام عقد النهائي بالفعل، فالمتفاوض يظل متمتعاً بكامل حريته التعاقدية في التعاقد من عدمه فإن حدث أنه يمتنع عن إبرام العقد النهائي و يضع حد للمفاوضات فيشترط أن يتم ذلك استناداً لأسباب مشروعة و في إطار حسن النية⁴.

و المستقر في الفقه و القضاء الفرنسيين أنه كلما تقدمت المفاوضات اتسع نطاق المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات فإن وصول المباحثات و المناقشات حول العناصر الرئيسية أو الأساسية للعقد إلى مراحل متقدمة يلزم الطرفين أخلاقياً و نفسياً و قانونياً ببذل و مواصلة الجهد اللازم بحسن نية لتكملة الاتفاق الجزئي بهدف التشاور و التعاون و المساهمة الإيجابية بإبرام العقد النهائي بحيث أن عدم الاستمرار في التفاوض و التشاور من جانب أحد

¹ - لا يوجد في القانون المدني الفرنسي نص ينظم المسؤولية عن المفاوضات السابقة للتعاقد النهائي و هذا اكتفاء بالمادة 1382 من القانون المدني الفرنسي و المتعلقة بالمسؤولية التقصيرية عن الفعل الضار إذ يعتقد أنها تكفي كل جميع مشاكل المسؤولية و حتى تلك الناشئة في مرحلة المفاوضات. راجع في ذلك :

LETOURNEAU (ph), op.cit, p.891.

² - راجع: د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، مصر، ط 2000، ص 92.

³ - د. محمد حسين المنصور، المرجع السابق، ص 53.

⁴ - أنظر:

MESTER(J), La période précontractuelle et la formation du contrat, L.P.A, N°spécial, 05mai 2000 ,p.07.

و كذلك القرارات القضائية :

CASS.COM. 19/10/2000. J.C.P. 2001,4.10/06/1986, BULL.CIV, N° 123, p. 104

CASS.CIV. 09/04/1996, BULL, 4, N° 117, p 99.

الطرفين بسوء النية أو دون مبرر مشروع يعتبر سلوك خاطئ يستوجب المسؤولية التقصيرية¹.

و الخطأ في التفاوض الالكتروني كأساس للمسؤولية يأخذ عدة صور يمكن تعدادها فيما يلي :

- قطع المفاوضات على النحو التعسفي و بدون سبب موضوعي كما لو قام المفاوض بإنهاء المفاوضات بصورة مفاجئة و بقرار منفرد دون أي مبرر مشروع رغم أنها بلغت مرحلة متقدمة و يعلم الطرف القاطع أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد.
- تعمد السلوك الخاطئ في التفاوض و يظهر ذلك بلجوء المفاوض إلى أساليب الغش كتعمده الدخول إلى المفاوضة دون أن تكون لديه أي نية في التعاقد و إنما بهدف معرفة أسرار الطرف الآخر و الاطلاع على أفكاره ،أو يكون دخوله في المفاوضة بنية تعطيل و إعاقة الطرف الآخر عن إبرام عقد آخر².
- استعمال أساليب التدليس في المفاوضات الالكترونية كتعمد الكتمان عن واقعة مؤثرة في التعاقد بقصد الإضرار بالتفاوض الآخر بحيث لو علم بهذه الواقعة ما كان ليقبل الدخول التفاوض و هذا طبقا لنظرية التدليس³.

الفرع 01 : طبيعة المسؤولية في التفاوض الالكتروني:

الأصل أن المفاوضات لا ترتقي إلى مستوى التصرف القانوني العقدي و بالتالي إذا تم العدول عنها فلا يترتب مسؤولية إلا إذا نتج عن هذا العدول ضررا للغير فهنا تنشأ مسؤولية تقصيرية⁴ في ذمة المتفاوض الذي بادر بالعدول أساسها الخطأ في صورة

¹ - راجع: SHMIDT(J), Négociation et conclusion de contrats, op.cit, N° 221 ,p.112

² - راجع : د. ممدوح خالد إبراهيم، المرجع السابق ، ص 424.

³ - أنظر: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص101.

⁴ - يرى الفقيه اهرينج أنها مسؤولية عقدية قائمة على فكرة الخطأ في تكوين العقد لأن كل طرف في المفاوضات العقدية عليه التزام ضمني يتحمل مسؤولية الضرر الذي يسببه للطرف الآخر و الناتجة عن الأخطاء التي يرتكبها أثناء المفاوضات

الإخلال بمبدأ حسن النية¹ لأن أطراف المفاوضات يقتضي منه أن يتفاوضوا بشرف و أمانة، لذا فإن قطع المفاوضات بشكل تعسفي يؤدي إلى مسؤولية المبادر في ذلك و التعويض عن الخسارة اللاحقة و الكسب الفائت² لأنه قد يكون المتعاقد الذي قطع المفاوضات قد فوت على المتعاقد معه فرصة التعاقد مع شخص ثالث³ و تعد المسؤولية التقصيرية من النظام العام فلا يجوز الاتفاق مسبقا بين طرفي التفاوض الالكتروني على الإعفاء منها و يقع باطلا كل شرط يقضي بخلاف ذلك ويرى جانب كبير من الفقه أنه تقوم مسؤولية المفاوض التقصيرية عند إخلاله بالالتزام قبل التعاقد بالإعلاء⁴ أي عند عدم توفير المعلومات الصحيحة و اللازمة للطرف الآخر و المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل التفاوض عبر الانترنت أو أنه قدم معلومات غير صحيحة أو غير كافية أو غامضة فهي مسؤولية مدنية تقصيرية تقوم على فكرة الخطأ⁵.

و هذا الخطأ يتمثل في مرحلة ما قبل التعاقد الالكتروني بكتمان المعلومات الكاملة للمتفاوض الآخر كإغرائه بالإعلانات الالكترونية المضللة مما يؤثر في صحة إرادته و

العقدية غير أن هذه الفكرة ثبت فشلها أكثر تفصيل راجع، د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص125.

¹- أنظر: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 101.

²- راجع المادة 182 من القانون المدني الجزائري.

³- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المجلد الأول، المرجع السابق، ص 220.

⁴- ظهرت عدة اتجاهات و نظريات حاولت تحديد طبيعة المسؤولية المدنية في مرحلة المفاوضات و بيان أساس هذه المسؤولية و منها نذكر:

أ) نظرية المسؤولية العقدية في مرحلة المفاوضات أو نظرية الخطأ في مرحلة التفاوض نادى بها الفقيه الألماني إيرنج(IHRING)

ب) نظرية التبعية العقدية أو ما تعرف بنظرية المخاطر أو الخطر العقدي نادى بها الفقيه الألماني ويند شيد(WINDSCHEID)

ج) نظرية المسؤولية الموضوعية أو ما تعرف بنظرية اتفاق بالضمان عند المفاوضات و نادى بها الفقيه الإيطالي فاجيلا (FAGELLA)

وتفصيل هذه النظريات راجع د. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص ص 164.

⁵- أنظر : LE TOURNEAU(PH), Contrats informatiques et électroniques, op.cit, p55.

يعيبها دون إغفال الأضرار الأخرى التي قد تصيبه كالمساس بحق الخصوصية و البيانات الشخصية التي لا يجوز الاحتفاظ بها إلا لمدة محدودة¹.

و لكن قد يكون التفاوض على عقود ذات قيمة مرتفعة حيث يستلزم ذلك الجهد و المال و الدراسات المعمقة من أجل الإعداد الجيد للعقد مما يفرض على الأطراف بإبرام اتفاق بشأن التفاوض تحدد فيه الحقوق و الالتزامات أثناء سير المفاوضات الالكترونية أو في حال فشلها ، مما يحقق هذا الاتفاق التفاوضي الجدية و الثقة لذا يجب التمييز بين المسؤولية عن التفاوض السابق للتعاقد باعتباره عمل مادي و المسؤولية عن عقد التفاوض باعتباره تصرفاً قانونياً.

ففي هذا الوضع يتحول التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم تكون فيه المسؤولية عن الإخلال بالالتزام أو قطع المفاوضات مسؤولية عقدية و ليست تقصيرية ويلتزم صاحبها بتعويض المفاوض المتضرر، على أن هذا التعويض لا يجوز أن يتمثل في إجبار المسؤول بإتمام التفاوض الذي عدل عنه أو إلزامه بإبرام العقد بل يقتصر دور القاضي على مجرد الحكم بالتعويض النقدي جبراً للضرر طبقاً للقواعد العامة².

و يشتمل التعويض عند تقديره نفقات التفاوض التي تكبدها المتفاوض المضرور كمصاريف الدراسة الفنية و التقنية و الخبرة و كذلك ضياع حقوقه المالية في معلوماته السرية التي تم إفشاؤها أو استغلالها بدون إذنه³ و ضياع الوقت و الجهد و عن الأضرار الأدبية و المعنوية كالمساس بالسمعة التجارية للمفاوض في الوسط المهني.

و يعتبر تفويت الفرصة من أهم الأضرار التي قد تحدث بمناسبة قطع التفاوض بصورة خاطئة أي حرمان المفاوض من فرصة حقيقية و جادة لتحقيق كسب محتمل⁴ و ما على المتعاقد المضرور و لأجل الحصول على تعويض مناسب أن يثبت للمحكمة أن

¹ - د. عبد الفتاح حجازي، التجارة الالكترونية، المرجع السابق، ص 226.

² - راجع: د. ممدوح خالد إبراهيم، المرجع السابق، ص 243.

³ - CASS.COM.20/05/1980.BULL.N°2012.

⁴ - أنظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 55. كما سبق للمحكمة العليا أن أقرت بتعويض المطلقة قبل الدخول بتقويت فرصة الزواج بعد مضي زمن طويل على إبرام العقد و تفويت فرصة الزواج من غيره و ذلك بموجب: قرار رقم 372290. 2006/11/15، مجلة المحكمة العليا، العدد 01، 2007، ص 487.

الاتفاق التفاوضي جعله يتخلى عن فرص أخرى للتعاقد بسبب اعتماده على الأمل الكاذب الذي ولده الطرف الآخر لديه في إبرام العقد و لكن يشترط أن تكون هذه الفرصة قائمة و أن يكون الأمل في الإفادة منها له ما يبررها¹. هذا بالرغم من أن تفويت فرصة إبرام العقد المنشود تعد ضرا غير مباشر لا يدخل ضمن شروط الضرر الموجب للتعويض في المسؤولية العقدية إلا أنها جديرة بالتعويض² و في الإمكان تقديره رغم صعوبته³ وفقا لظروف كل حالة على حدة مادامت الفرصة حقيقية و جادة و لها أسباب معقولة أو مقبولة.

الفرع 02: موقف المشرع الجزائري من المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد الالكتروني

يذهب أغلب الشراح أن السند القانوني لترتيب مسؤولية في مرحلة التفاوض الالكتروني تتمثل في نص المادة 124 من القانون المدني المعدلة بقانون رقم 10/05 و التي تنص على أنه: " كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه و يسبب ضرا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض" باعتبار أن هذا النص جاء عاما مطلقا يصدق على أي مسؤولية ناتجة عن الفعل الضار و بالتالي فهو يستوعب الخطأ المرتكب خلال مرحلة المفاوضات الالكترونية⁴ ،

غير أن التكييف الصحيح لمسؤولية المتفاوض الالكتروني يتوقف على تحديد طبيعة العلاقة بين المتفاوضين هل هي عقدية أم تقصيرية أم تجمع بين الاثنين ؟ . فإذا كانت القاعدة تقضي أن المفاوضات بصفة عامة و المفاوضات عبر الأنترنت بصفة خاصة لا تقيم بذاتها رابطة عقدية بين طرفيها باعتبارها مجرد عمل مادي يقوم به المتفاوضين ، و لذا

¹- CASS.COM.17 NOVEMBRE 1993.B.C.N°390.p.47.

²- راجع : د.بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام ، المرجع السابق، ص 164.

³- إن تقدير قيمة الضرر يخضع للسلطة التقديرية لقضاة الموضوع دون معقب عليهم في ذلك من المحكمة العليا طالما علوا قرارهم تعليلا كافيا وقانونيا، المحكمة العليا، غ.م. 1985/03/06، ملف رقم 34034 ،م.ق 1989 ، العدد 04 ، ص 36.

⁴- أنظر: د. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة ، المرجع السابق، ص 183.

يكون لكل طرف حرية العدول عنها ما لم يقترن ذلك بخطأ تقصيري حيث تكون المسؤولية تقصيرية. و لكن قد يلجا الأطراف قبل الدخول في التفاوض إلى وضع اتفاق أو نظام للتفاوض عبر الانترنت يسمى اتفاق التفاوض "Accord de negociation" فإذا وجد مثل هذا الاتفاق على التفاوض فإن المسؤولية في هذه الحالة تكون مسؤولية عقدية¹.

المبحث الثاني: التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الالكترونية في التعاقد النهائي

يعد التراضي الركن الأول و المهم في إبرام العقود فالشخص لا يلتزم بعقد لم تتجه إرادته إلى إبرامه، و يقصد بالتراضي توافق الإرادتين أو أكثر، و اتجاهها إلى إحداث الأثر القانوني على أن تحقق وجود هذا التوافق متوقف على تبادل التعبير عن الإرادتين و تطابقيهما و بالتالي فالإرادة هي مناط إبرام التصرف القانوني و قوامه بحيث يترتب على عدم وجود إرادة حقيقية وواعية و سليمة عدم انعقاد العقد².

و حتى يعتد بهذه الإرادة قانونا يلزم ظهورها في العالم الخارجي و أن يتم الإفصاح و التعبير عنها بوسيلة تدل على وجودها صراحة أو ضمنية أو بأي طريقة دون اشتراط شكل معين أو صورة محددة ، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح التعبير عنها و هذا هو الأصل في العقود المعروف بمبدأ الرضائية³ مع مراعاة ما يشترطه القانون من شكلية معينة في بعض التصرفات القانونية سواء لأجل الإثبات⁴ أو لصحة الوجود كأن يشترط القانون أن يكون العقد مكتوبا كما هو الحال في عقد الشركة و عقد الإيجار و البيع العقاري⁵.

و في ظل المستجدات العلمية الحديثة التي لحقت بوسائل الاتصالات و طرق تخزين المعلومات و حفظها و كيفية استخدامها من قبل الأفراد لإنجاز معاملاتهم عبر وسائل الاتصال برزت خصوصية التعاقد الالكتروني لا سيما عن طريق الانترنت و التي أدت على

¹- أنظر: جمال عبد الرحمان محمد علي، المرجع السابق، ص 159.

²- أنظر : GHSTIN(J),op.cit ,p. 122.

³- راجع: د.محمد صيري السعدي، المرجع السابق، ص 55 . و كذلك: د.ليني مختار، المرجع السابق، ص 20.

⁴- راجع في ذلك: المادة 333 من القانون المدني الجزائري و المادة 30 من القانون التجاري.

⁵- أنظر: المواد 418 و 467 مكرر و 793 من القانون المدني.

تغيير طبيعته مما أثار مسألة مدى مشروعية التعبير عن الإرادة الساعية إلى إنشاء عقد عبر بيئة أو وسيلة الكترونية.

لذا فإن معالجة هذه المسألة يقتضي منا التحدث عن قاعدة جواز التعبير عن الإرادة الكترونيا ثم التطرق إلى طرق التعبير عناه وفقا للمطلبين التاليين:

المطلب الأول: مبدأ جواز التعبير عن الإرادة الكترونيا:

يتسم التعاقد الالكتروني باستغنائه عن الوسائل التقليدية فهو يتم عبر وسائل الكترونية حديثة لذا سميت الإرادة المعبر عنها في هذا العقد بالإرادة الالكترونية و هو ما أثار مشكلة مدى مشروعية التعبير عن الإرادة بطريقة الكترونية؟

و هل يكفي تنظيم أحكام التعبير عنها بما ورد في القواعد العامة؟

في ظل غياب نصوص تشريعية خاصة بالتعاقد الالكتروني في الجزائر سوف يتم عرض مدى جواز هذا التعبير وفقا للقواعد العامة لنظرية العقد ثم وفقا للتشريعات الدولية و الإقليمية.

الفرع الأول: جواز التعبير عن الإرادة الالكترونية وفقا للقواعد العامة لنظرية العقد

جاء في الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ و الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع اي شك في دلالاته على مقصود صاحبه".

يستفاد من هذا النص أنه يتماشى مع الأصل العام الذي تقر به أغلبية التشريعات الوضعية و هو مبدأ سلطان الإرادة فلا يشترط في التعبير عن الإرادة شكل خاص إذ يمكن أن يتم باللفظ والكلام كالمخاطبة كما يتم بالكتابة الرسمية كانت أو عرفية، و مهما كان شكل السند المثبتة فيه كما لو كان مكتوب باليد أو بالآلة الطابعة، كما يجب أن يتم التعبير بالإشارة

كإشارة الأخرس¹ و يفهم من ذلك انه يجوز التعبير عن الإرادة بأي وسيلة سواء كانت يدوية أو الكترونية إذ أن التعاقد الالكتروني تعبر فيه الإرادة عن طريق جملة من الوسائل التقنية كالكتابة الالكترونية عبر البريد الالكتروني و المخاطبة عن طريق هاتف الانترنت الذي يجمع بين ثلاث مستويات اللفظ والكتابة و الصورة و بالتالي يكاد يأخذ حكم التعبير التقليدي عن الإرادة المشار إليهم في المادة 60 من حيث قدرة هذه الأدوات على التعبير بغض النظر عن قيمتها في الإثبات².

أكثر من ذلك يستقر الفقه كذلك على اعتبار الضغط على مفتاح القبول في لوحة المفاتيح المرفقة بالحاسوب أو الضغط بواسطة المؤشر المتحرك في شاشة الحاسوب من خلال الفارة يعد من قبيل صور و الوسائل الصالحة للتعبير عن الإرادة بالموافقة و القبول³. فغالبا ما يجد الراغب بالتعاقد مع المواقع الالكترونية عبر الانترنت كمواقع الويب خانة مخصصة لقبول التعاقد تفيد الرضا أو الموافقة، لأن الضغط على زر القبول يفسر للموجب تفسيراً واحداً و يقينا أن الموجب له قد قبل بالتعاقد⁴.

و الظاهر أن هذا المسلك تؤكد المادة 60 من القانون المدني الجزائري بقولها: «التعبير عن الإرادة... كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه» فالضغط على مفتاح القبول هو موقف لا يتضمن أدنى شك أو ريب على أن صاحبه قد قبل ووافق على إبرام العقد فهو يفسر تفسيراً واحداً و قاطعا على القبول كتعبير عن الإرادة⁵.

أكثر من ذلك فان ما يؤكد مشروعية التعاقد الالكتروني هي العبارة التي تضمنتها الفقرة الأولى من المادة 64 من ذات القانون بقولها: "...و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى

¹ - د. خليل أحمد حسن قداد، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، ط. الرابعة، 2010، ص 35.

² - أنظر في ذلك: د. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 156.

³ - راجع: د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 348.

⁴ - أكثر تفصيل راجع: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 44. و سيكون هناك شرح لمسألة القبول في الباب الثاني من هذه المذكرة.

⁵ - عن التعبير الصريح المشار إليه في هذه المادة، راجع: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 82. وكذلك: د. حسن قداد، المرجع السابق، ص 35.

آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل" فهذه العبارة جاءت عامة و بالتالي يمكن قياس نص هذه المادة وإسقاطها على حكم التعاقد الالكتروني بغض النظر عن وجود بعض الاختلافات المتعلقة بآليات الاستعمال ، نظرا لأن نص هذه المادة أورد تعداد وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر¹، كما يرى رجال القانون أن اعتماد التشريعات العربية لهذه الصياغة يهدف إلى فتح المجال مستقبلا لأي وسيلة الكترونية² أو غيرها قد يتم اكتشافها مستقبلا.

يخلص القول أن جوهر التعاقد و مناطه عند المشرع الجزائري هو توافق الإرادتين وارتباطهما بغض النظر عن الوسيلة المستعملة و مهما كان شكلها .فكل آلية تحقق هذا الانطباق بين الإرادتين على وجه قانوني تدخل في حكم المادة 60 المشار إليها أعلاه. و ذهب البعض إلى استخلاص مشروعية التعاقد الالكتروني من القواعد العامة للتعاقد و الاكتفاء بها فقط دون البحث عن النصوص القانونية الصريحة، و يقصد بها قاعدة حرية التعاقد و مبدأ سلطان الإرادة حيث تكون إرادة المتعاقد قادرة على إنشاء العقود و كافية لتحديد آثارها. فهذا المبدأ جاء لرفع الحرج و عدم التعقيد و التقيد إلا استثناء، و كل النظم القانونية ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة ثم أنها لا تقتصر على ذلك بل هي المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار ، و بما أن هذا المبدأ أصبح راسخا من الناحية القانونية فلا مانع من امتداده ليشمل التعاقد الالكتروني فالأصل في الأشياء الإباحة ، و الانترنت كوسيلة للتعاقد تعد آلية تقنية حديثة مرحب بها و ليس هناك ما يحيى إلى تحريمها³.

هذا الرأي و إن كان له نصيب من الحقيقة إلا أنه لا يأخذ على إطلاقه ذلك ان القواعد العامة لنظرية الالتزام و العقود في القانون المدني تتسم بحلول عامة و شاملة و لكن لا يمكن لها بأي حال أن تعطي حولا خاصة للمسائل التي يثيرها العقد الالكتروني نظرا لبعض

¹ - راجع: د. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012. ص 80.

² - أنظر: د . أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية ،دراسة في القوانين النموذجية و الاتفاقات الدولية ، دارالكتب المصرية، 2008، ص 18.

³ - أكثر تفصيل راجع : د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق. ص 28.

الخصوصية التي يتميز بها فيجعل من القواعد و الأحكام العامة قاصرة على حلها و معالجتها مما يستدعي ضرورة صياغة نصوص قانونية خاصة تحكم هذا النوع من التصرفات لتمنحه صيغة العقود المسماة¹.

فرغم شرعية التعبير عن الإرادة الالكترونية وفقا لأحكام و قواعد العامة في القانون المدني إلا أن ذلك لم يولد اقتناعا كافيا لبعض تشريعات الدول المتقدمة ، إذ بقيت مخاوفها قائمة من عدم شرعية استخدام الوسائل الالكترونية في إبرام العقود و تزايد هذه الشكوك في غياب نصوص قانونية صريحة تنظم هذا النوع من التعاقد الذي قابله الانتشار الهائل و السريع لاستخدام وسائل الاتصال الحديثة في المعاملة بين الأفراد².

هذا ما دفع العديد من مشرعي الدول و المنظمات الإقليمية و الدولية إلى إقرار هذا الواقع و من ثم إجازة التعبير عن الإدارة العقدية عبر وسائل الكترونية³.

و يرى جانب آخر من الشراح أن مشروعية التعاقد الالكتروني مستمد من الحكم الذي أوردته أغلب التشريعات في التعاقد عبر الهاتف ، ذلك أن مفهوم التعاقد الالكتروني عبر الشبكة يقترب جدا من مفهوم الهاتف التقليدي.

فشبكة الانترنت و إن كانت تعتمد على وجود جهاز حاسوب و المرسل و المرسل إليه فهي لا تعدو أن تكون أكثر من وسيلة اتصال حديثة فبعد المسافة بين المتعاقدين موجود في كلا الوسيطتين الانترنت و الهاتف التقليدي⁴، و هذا هو الأمر المميز بالتعاقد الالكتروني وهو الطرح أكده الدكتور أنور سلطان إذ يرى أن: "التعاقد بالهاتف هو تعاقد لا يجمع المتعاقدين في مجلس واحد بل يفصل بينهما بعد مكاني فهما يتخاطبان في الهاتف من بلاد شاسعة ، و لكن هذا التعاقد بهذه الطريقة لا يثير إشكالا إلا من حيث معرفة مكان العقد أما الزمن فلا صعوبة فيه ، و يتبين من ذلك أن التعاقد عن طريق الهاتف يتم في الوقت الذي يصدر فيه

1- راجع : د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 27.

2- أنظر في ذلك: د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز ، المرجع السابق، ص 349.

3- د. خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 128.

4- راجع : أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 20.

القبول و هو نفس الوقت الذي يقع فيه العلم بالقبول"¹ كما يلاحظ أن جل التشريعات الوضعية العربية خاصة² أخضعت التعاقد بالهاتف لنفس حكم أية وسيلة مماثلة بما فيها التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت.

الفرع الثاني: جواز للتعبير الإلكتروني وفقا للتشريعات الدولية و الإقليمية

يعود الفضل في صياغة مبدأ الرضائية على التعاقد الإلكتروني إلى هيئة الأمم المتحدة إذ أصدرت عدة اتفاقيات و قوانين نموذجية التي تبنت هذا المبدأ فأجازت التعبير عن الإرادة الإلكترونية و من أهم الاتفاقيات نذكر منها: اتفاقية فيينا 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع³ و التي كرست مبدأ الرضائية بنص صريح في المادة 11 فأجازت انعقاد بيع البضائع بأية طريقة أو وسيلة مادامت تظهر تراضي طرفي بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما بوجود العقد⁴.

كما قامت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بصياغة الاتفاقية الدولية بشأن استخدام الرسائل الإلكترونية في العقود الدولية و ذلك كان في الدورة الخامسة و الأربعون سنة 2005 ، فاعترفت صراحة بالدور الذي تلعبه الرسائل الإلكترونية في التعاقد إذ جاء في المادة الثامنة من هذه الاتفاقية على أنه:"لا يجوز إنكار صحة الرسالة أو العقد أو إمكانية نفاذه لمجرد كونها في شكل رسالة الكترونية".

و لقد أكدت هذه الاتفاقية أن نطاق تطبيقها يشمل مرحلتين تكوين العقد و تنفيذه في حين أوضحت المذكرة الإيضاحية لهذه الاتفاقية أن مصطلح العقد في الاتفاقية يستبعد منه العقود المبرمة لأغراض شخصية أو عائلية، كما ان تطبيق هذه الاتفاقية يقتصر فقط على العقود

¹ - أنظر أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 65، و في نفس السياق راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 290.

² - المادة 102 من القانون المدني الأردني، و المادة 23 من القانون المدني المغربي.

³ - تعد من أهم مصادر قانون التجارة الدولية و تم اعتمادها خلال مؤتمر فيينا الدبلوماسي في 11 أبريل 1980 و بدأ نفاذها في 01 يناير 1988. أكثر تفصيل راجع: د. عمر سعد الله، المرجع السابق، ص 55. و كذلك: د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001، ص 12.

⁴ - جاء في نص هذه المادة ما يلي :
"لا يشترط أن يتم انعقاد البيع او اثباته كتابة، و لا يخضع لأي شروط شكلية، و يجوز إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة".

الدولية أي العقود التي تبرم بين طرفين يقيمان في دولتين مختلفتين على أنه و كما أوضحت هذه المذكرة ليس ضروريا أن تكون كلتا الدولتين طرفا في الاتفاقية فيشترط فقط لتطبيق الاتفاقية أن يكون القانون الواجب التطبيق على العلاقة بين الأطراف هو قانون إحدى الدول المتعاقدة فيها¹.

و لقد أقر القانون النموذجي للتجارة الالكترونية بتبادل التعبير عن الإرادة من خلال تبادل البيانات الكترونيا إذ نصت المادة 11 منه على انه : «في سياق تكوين العقود و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض و قبوله و عند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد فلا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض ». فهذا النص رخص صراحة استخدام رسائل البيانات الالكترونية للتعبير عن الإرادة أي جواز تطابق الإيجاب و القبول بطريقة الكترونية و أكد ذلك في نص المادة 12 بقوله : في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات و المرسل إليه لا يفقد التعبير عن إرادة أو غيره من أوجه التعبير، مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة البيانات.

هذه المادة أكدت ما تضمنه الفقرة الثانية من نص المادة 11 التي أقرت بإمكانية إبرام العقد صحيحا عبر الوسائط الالكترونية و التعبير بالإيجاب و القبول بواسطة رسائل البيانات المتبادلة عبر شبكة الحواسيب الآلية دون تدخل العنصر البشري².

و لقد استجابت العديد من التنظيمات الإقليمية لمبادرة قانون النموذجي للتجارة الالكترونية في شأن الإقرار بشرعية التعاقد الالكتروني.

حيث تنص المادة 2/1329 من القانون المدني الفرنسي و التي تم تعديلها بموجب القانون رقم 585/2004 المؤرخ في 2004/06/21 على أنه:"المعاملات المطلوبة لإبرام عقد معين أو التي تعالج خلال تنفيذه يمكن أن ترسل بالبريد الالكتروني إذ قام المستقبل بقبول استخدام

¹- أنظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 30. وكذلك: د. حسام الدين عبد الغني الصغير، المرجع السابق، ص 33.

²- راجع في شرح ذلك بالتفصيل: عمر عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 59.

هذه الوسيلة"، في حين جاء في الفقرة الرابعة من نفس المادة أنه: "يمكن بواسطة وسيلة إلكترونية إبرام عقد بيع بضائع أو خدمات...".

كما أجاز قانون التجارة الأمريكي انعقاد عقد بيع البضائع بأية طريقة أو وسيلة مادامت تظهر تراضي طرفيه بما في ذلك سلوكهما الذي يدل على إقرارهما بوجود العقد. في حين اعترف قانون المعاملات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية الصادر في 1999 بإمكانية التعاقد إلكترونياً و هذا لإقراره أن التسجيل الإلكتروني يعادل المستند المكتوب خطياً¹.

أما قانون المؤقت للمعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 أجاز صراحة استخدام رسالة المعلومات كوسيلة مقبولة للتعبير عن الإرادة إذ نصت في المادة 13 من على أنه: "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

هذا النص أكد على صحة و مشروعية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية كرسالة معلومات إلكترونية و شبكة الانترنت و البريد الإلكتروني ، كما أن هذا النص أكد ما جاء في المادة 02 من ذات القانون في تعريف العقد الإلكتروني بأنه يمكن انعقاده جزئياً فهو لم يشترط أن يتم التعبير عن الإيجاب و القبول كلياً بصيغة إلكترونية بل يكفي أن يكون الإيجاب فقط أو القبول قد تم بهذه الوسيلة الإلكترونية و مثاله أن يتم الإيجاب عبر البريد الإلكتروني أو عبر موقع الويب في حين يتم القبول عبر رسالة بريدية عادية أو المقابلة الشخصية و العكس صحيح².

و جاء في قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية الإماراتي الفقرة الأولى من نص المادة 13 على أنه: "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب و القبول جزئياً أو كلياً بواسطة المراسلة الإلكترونية". أما المشرع البحريني فقط أورد القانون المتعلق بالمعاملات الإلكترونية في المادة التاسعة على ما يلي: في سياق صياغة العقود و ما لم يتم الاتفاق على

¹- للاطلاع على هذا القانون انظر على الرابط التالي: <http://www.UETAONLINE.COM/UETAOC.html>
²- راجع في ذلك: د.محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 50.

غير ذلك من قبل الطرفين يجوز التعبير عن العرض و القبول أو أمر آخر يكون جوهريا بالنسبة لصياغة أو تطبيق العقد بالكامل أو جزئيا عن طريق السجلات الالكترونية¹.

و يخلص القول ان التشريعات الوضعية استجابت لما كان يهدف إليه القانون النموذجي للتجارة الالكترونية بضرورة صياغة قوانين تنظم و تحكم التعاقد الالكتروني والتجارة الدولية بصفة عامة ، و لكن يؤخذ على هذه التشريعات الحديثة في إجازتها التعبير عن الإرادة الالكترونية اختلافها و تباينها في ذكر الوسيلة الالكترونية التي يتم فيها التعبير عن الإرادة فمنها من استعمل مصطلح الوثيقة الالكترونية و البعض استعمل السجل أو المستند الالكتروني و الآخر استخدم عبارة المحرر الالكتروني في حين أن كل هذه التشريعات الوضعية لم تستعمل مصطلح رسالة البيانات الواردة في المادة 11 من قانون النموذجي للتجارة الالكترونية مما يفسر أن هذه المصطلحات مترادفة و كلها تشترك في نفس الوظيفة.

كما يتضح من هذه النصوص أن الرسالة الالكترونية هي عبارة عن معلومات و يقصد بالمعلومات الالكترونية بأنها معلومات ذات خصائص الكترونية في شكل نصوص او رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات².

و لذا فإن الرسالة الالكترونية التي تتضمن إيجابا أو قبولا لا تقتصر على التراسل النصي بل إنها تشمل أيضا التراسل الصوتي و المرئي و بالتالي يمكن التعبير من خلالها عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة³.

ثم إن استعمال هذه المصطلحات و ما جاء في المادة 11 المذكورة سابقا لا يعني فرض استعمال وسائل الاتصال الالكترونية على الأطراف بل ينبغي تفسير ذلك على أن المتعاقدان هما أحرار في اختيار طريقة التعبير عن إرادتهما فالمقصود من عبارة (لو لم يتفق الطرفين على غير ذلك) الواردة في نص المادة 13 أنها توضح أن الغرض من القانون النموذجي ليس

¹-أنظر النصوص القانونية الكاملة للقانون البحريني على موقع وزارة الصناعة و التجارة في مملكة البحرين

<http://www.commerce.gov.bh>

²- أنظر نص المادة 02 من قانون إمارة دبي رقم 02 لسنة 2002 و المادة 02 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

³- راجع: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة ، المرجع السابق، ص 225.

هو تقييد إرادة الأطراف في استعمال الوسائل الالكترونية كتعبير عن إرادتها و حظر استعمال وسائل الاتصال القائمة على الورق بل لهم الحرية في ذلك¹.

كما يلاحظ ان واقع التجارة الالكترونية و تزايد الأنشطة الاقتصادية قد فرض على مشرعي الدول و التنظيمات الدولية إعادة النظر في الاشتراطات التقليدية للتعبير عن الإرادة العقدية و عدم اعتمادها كليا في تنظيم التعاملات الالكترونية الحديثة لقصورها في علاج بعض المسائل التي يثيرها هذا النوع من التعاقد² كما يؤكد ذلك أن التعاقد عبر الوسائل الالكترونية لا سيما التعاقد الالكتروني عبر الانترنت لا يتوقف على مجرد صياغة جملة من الاشتراطات التقنية والقانونية تكفل صحة الإرادة و التعبير عنها فقط بل يشترط أيضا استقائه لمقتضيات تأمينية حماية لحقوق أطراف العلاقة التعاقدية³.

و على العموم فإن معظم التشريعات الحديثة التي نظمت مسائل التجارة الالكترونية قد أدرجت نصوصا صريحة تجيز لأطراف التعامل التعبير عن إرادتهم باستخدام الوسائل الالكترونية ومنها شبكة الانترنت كما أكدت جميعها في نفس الوقت حرية الأطراف في الاتفاق على خلاف ذلك⁴.

المطلب الثاني : الطرق المستحدثة في التعبير عن الإرادة الالكترونية

يقصد بالتعبير عن الإرادة مظهرها الخارجي و عنصرها المادي الملموس⁵ و لا يشترط القانون كأصل عام طريقا خاصا للتعبير عن الإرادة ، فأى مظهر من مظاهر التعبير يصلح أن يكون تعبيرا يعتد به قانونا و هذا كله مع مراعاة ما استثناء القانون بحكم خاص كالعقود الشكلية⁶.

¹- أنظر: د. منير محمد الجنيهي ود. ممدوح محمد الجنيهي، المرجع السابق، ص 78.

²- إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص88.

³- راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص09.

⁴- أنظر: مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 160.

⁵- تمر الإرادة بأربعة مراحل ثلاثة منها باطنية غير ملموسة و هي الإدراك ثم التدبر ثم عقد العزم ، و أخيرا مرحلة التنفيذ و هي المرحلة التي تظهر فيها الإرادة إلى العلم الخارجي ، أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 149.

⁶- حول العقود الشكلية و أحكامها راجع د.؟؟؟ظظ

و التعبير على الإرادة على ضوء القواعد العامة يكون باللفظ و بالإشارة المتداوله عرفا أو باتخاذ موقفا لا تدع في الظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصود صاحبه كما قد يتم بطريقة ضمنية طبقاً للمادة 60 من القانون المدني الجزائري و في التعاقد الالكتروني قد يتم التعبير عن إرادة طرفيه بأكثر من وسيلة اتصال حديثة حيث تتم المعاملة الالكترونية عبر الانترنت خصوصاً بالتعرف على السلع و الخدمات المعروضة ثم طلب الشراء، و الاتفاق على إتمام المعاملة ببيان كيفية التعاقد و مكان الوفاء و كيفية التسيير سواء تم هذا التعبير من خلال البريد الالكتروني أو من خلال المحادثة أو من خلال المشاهدة أو عن طريق الدخول إلى موقع الويب أو عن طريق التنزيل عن بعد أو عن طريق العقد الإطار. و كل هذه الوسائل سيتم التعرض لها في النقاط التالية:

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني

أصبح البريد الالكتروني يحتل أهمية بالغة في الحياة اليومية و المهنية لمستخدمي الانترنت بل هو في طريقه ليحل محل المراسلات العادية التي تتم بواسطة مصلحة البريد في العالم كله إذ بات مألوفاً للكثير من الأفراد إبرام العقود المختلفة باستخدام البريد الالكتروني و ذلك نظراً لكونه وسيلة سهلة و سريعة و غير مكلفة تمكن المستخدم الانترنت من الاتصال بمن يشاء و في الوقت الذي يريده¹.

ويكاد يتشابه البريد الالكتروني مع البريد العادي التقليدي بأنه يتضمن عنوان محدد مع الاستعانة بطرف ثالث يكون وسيطاً لإرسال الرسالة ممثلاً في مقدم الخدمة إلا أنه يتميز عن البريد العادي بالسرعة العالية و الكفاءة و الدقة المتناهية في التواصل عبر الانترنت² ،

¹- راجع: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسرة، المرجع السابق، ص 107.

²- أنظر: د. فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 358.

بحيث من خلاله يتم تبادل الرسائل بين الأطراف بأي مكان من العالم بطريقة الكترونية و في فترة زمنية وجيزة جدا قد لا تتعدى بضع ثواني¹.

كما يتميز البريد الالكتروني بالتكلفة المنخفضة مقارنة بالوسائل الأخرى مثل الفاكس و التيلكس حيث يتم تبادل الرسائل بتكلفة المكالمات المحلية بدلا من المكالمات الدولية، كما يتم من خلاله إجراء التفاوض و إبرام العقود أو إرسال المستندات و عقد المؤتمرات عن و بعد و أيضا إمكانية تكرار إرسال رسالة واحدة إلى عدة أماكن في نفس الوقت².

و لقد عرفه الفقه أنه: " مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسوب الآلي"³ وعرفه البعض الآخر بأنه: " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الانترنت"⁴، في حين عرفته اللجنة العامة للمصطلحات بفرنسا بأنه:"وثيقة معلوماتية يحررها أو يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة المعلومات"⁵.

كما عرفتها المادة الأولى من القانون الصادر في 22 جوان 2004 بشأن الثقة الاقتصاد الرقمي في فرنسا بأن البريد الالكتروني هو : " كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور أو اصوات يتم إرسالها عبر الشبكة العامة للاتصالات و يتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها "⁶.

¹- راجع: د. ممدوح خالد إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 129.

²- د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 46.

³- راجع :

BRESE (P) et KAUFMAN (G), Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Librairie Vuibert, Paris, 2000.p.77 .

ذكره: د عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية بالبريد الالكتروني، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 12.

⁴- راجع: أحمد المهندس ، البريد الالكتروني في التعليم ، مقال منشور في جريدة الرياض اليومية ، 19 جويلية 2006 ، على موقعها الالكتروني التالي : www.alriyadh.com

⁵-انظر: د عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق ، ص 12.

⁶- راجع: le journal officiel du 22 juin 2004. Disponible sur le site

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do>

و لكي يتم عملية إرسال البريد الإلكتروني إلى احد الأشخاص فلا بد من معرفة عنوانه الذي يتكون دائما من قسمين يفصل بينهما الرمز الشهير @¹

MAJD@HOTMAIL.COM فالقسم الذي على يسار الرمز @ يدل على اسم المستخدم أي صاحب صندوق البريد الإلكتروني و لا يشترط أن يكون اسم الحقيقي الثابت في سجلات الرسمية إذ يمكن أن يكون مجرد رمز أو الأحرف الأولى من اسمه أو وظيفته مثلا أوحتى اسما مستعاراً² و هذا القسم يميز المستخدم عن غيره من المستخدمين.

أما القسم الواقع على يمين الرمز @ فيشير إلى مقدم الخدمة و هذا القسم بدوره يتكون من شقين الأول به اسم المضيف و الثاني اسم النطاق، فالمضيف هو الجهة صاحبة الموقع الذي يوفر خدمة البريد الإلكتروني عبر الانترنت و هو هنا (HOTMAIL) الذي يشير إلى شركة هوتميل³ أما النطاق فهو الشبكة التي يكون المضيف متصلا بها و هو يتعلق بالمستوى الأعلى ويشير إلى نشاط الجهة التي أصدرت برنامج البريد الإلكتروني فمثلا : الرمز COM يدل على النشاط الخاص أي أن نشاط الجهة صاحبة الموقع التي توفر الخدمة هو نشاط تجاري اما الرمز edu فيرمز لنشاط البحث العلمي كأن تكون الجهة عبارة عن المعاهدات و الجامعات⁴.

و عليه فإن التعبير عن الإرادة يتم بالكتابة من خلال البريد الإلكتروني عندما يقوم الشخص الذي لديه اشتراك في شبكات الانترنت بالدخول إلى أي عنوان يرغب في إرسال رسالة البيانات إليه و يقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج، و حينئذ يقوم برنامج البريد الإلكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى مقدم الخدمة أي إلى نظام الشركة التي يتبعها المرسل إليه، و حينها يتصل

¹- يفيد هذا الرمز @ على أن الشخص المدون اسمه على يسار العلامة مخصص له بريد الكتروني في الجهة أو الشركة المدون اسمها أو رمزها على يمين العلامة.

²- أثار الاسم المستعار العديد من المشاكل على مستوى العالم منها ما يعرف بالرسائل الإلكترونية المزعجة و الغير المرغوب بها. أنظر في ذلك : د.ممدوح خالد إبراهيم، المرجع السابق، ص 324.

³- راجع أكثر تفصيل عن ذلك: د. مجد الدين اسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 102.

⁴- أنظر: د.طارق عبد العال، التجارة الإلكترونية، المفاهيم و التجارب و التحديات، الدار الجامعية، 2005، ص 659. و كذلك: د. عبد الهادي فوزي عوضي، المرجع السابق، ص 30.

المرسل إليه بمقدم الخدمة، يقوم هذا الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه أين تحفظ في صندوق بريد المرسل إليه والذي يسمى بالوارد ، ويستطيع هذا الأخير عند فتحه قراءة الرسائل التي وصلت إليه و الرد عليها عن طريق زر الرد على قراءة الرسائل التي وصلت إليه و الرد على الرسالة¹.

فرسالة البريد الالكتروني لا تصل إلى المرسل إليه مباشرة و إنما تصل في البداية إلى مقدم الخدمة الذي يشترك معه المرسل ، و مقدم الخدمة بدوره يتولى تمريرها إلى مقدم الخدمة الذي يشترك معه المرسل إليه و الذي بدوره يقوم بإيصالها للمرسل إليه². يفهم من ذلك أن البريد الالكتروني وسيلة سهلة لإرسال الإيجاب و القبول عبر الانترنت و من تم إبرام العقد، و في هذا الغرض فإن التاجر عندما يريد التعبير عن إرادته في بيع منتجاته فما عليه سوى إرسال بريد الكتروني بالمنتجات و السلع المراد إبرامها إلى المستهلكين على عنوانهم الالكتروني ليتلقى قبولاً لهذا الإيجاب من المرسل إليه بعد اطلاعه على البريد و اقتناعه بالعرض سواء تم هذا منذ الإرسال الأول له أو بعد محادثات تمهيدية و ينعقد العقد عند علم الموجب بهذا القبول³.

كما يمكن الاستنتاج على أن التعبير عن الإرادة بطريقة البريد الالكتروني يعد من صنف التعبير بالكتابة و لكنها كتابة من نوع خاص فهي ليست كتابة على الورق و لكنها كتابة الكترونية⁴ يمكن قراءتها من قبل الحاسوب و كذا من الإنسان بعد تحولها من لغة الآلة إلى لغة الإنسان فيصبح التعبير بهذا الوصف تعبيراً صريحاً المشار إليه في الفقرة الأولى من المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

¹- د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص130.

²- لأكثر تفصيل راجع: د. عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق، ص 14.

³- أنظر: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنت و بعض الجوانب القانونية ، المرجع السابق، ص 134. هذا و يمكن للمرسل إليه بعد اطلاعه على الرسالة الالكترونية طباعتها على دعامة ورقية أو حفظها في ملف معين أو إلغاؤها بعد قراءتها. لأكثر تفصيل راجع: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 109 و ما يليها.

⁴- راجع في ذلك :

و كان القانون النموذجي و دليله الصادرين عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد تناول تعريفا يقترح فيه من توضيح التعبير عن الإرادة الكترونيا حيث نص في المادة 02 الفقرة ب على أن التبادل و التعبير الالكتروني يشمل أي وسيلة إبلاغ الكترونية مثل إرسال البيانات من حاسوب إلى حاسوب آخر في شكل قياسي واحد أو عبر البريد الالكتروني و ذلك بقولها: " يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل متشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية عبر البريد الالكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي"¹.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة عبر الدخول إلى المواقع الالكترونية

إن ثورة تكنولوجيا المعلومات و الاتصالات التي يعيشها العالم اليوم أدى إلى ظهور شبكة الانترنت في مجال الاتصالات و تطبيقات متعددة من أهمها الشبكة الإعلامية العالمية في شكل مواقع الويب (web-cit) الذي أضحي أكثر أدوات الانترنت استخداما في سوق التجارة الالكترونية، غير أنه يلاحظ التقارب بين الموقع و الانترنت إلا أن المعنى مختلف فموقع الويب ليس هو الانترنت بل هو وسيلة من وسائل الاتصال التي تقدم على شبكة الانترنت².

و شبكة المواقع أو ما تسمى بشبكة المعلومات العالمية أو الدولية تستخدم في إنشاء نصوص مترابطة بحيث يمكن لمتصفح شبكة الويب من قراءتها³ ، فهي عبارة عن جملة من المعلومات تكون في شكل الصور و الرموز و الحروف أو تسجيل فيديو و أشكالاً أخرى، و هذه المعلومات تخزن على هيئة مجلد بداخل قرص مدمج بجهاز حاسب آلي يسمى بالجهاز الخادم (SERVER) و هذا الجهاز موصول بخط الانترنت بشكل دائم مدار 24 ساعة في اليوم. و يتم إدارة هذه المعلومات (الموقع) من خلال برنامج يسمى خادم الموقع أو مدير

¹- أنظر تعقيب على هذا النص :د. منير محمد الجنيهي ود. ممدوح محمد الجنيهي، المرجع السابق، ص 41.

²- د. عمرو عبد الفتاح يونس، المرجع السابق، ص 217.

³- د. أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 27.

الموقع بحيث يمكن التراسل معه عن طريق الانترنت¹، كما يمكن لأي شخص الإبحار في مختلف المواقع على شبكة الانترنت و تصفح ما بها من صفحات باستعمال وسائل متعددة و اختيار ما يناسبه و يرغب فيه كما يمكنه من إبرام العقود للخدمات و السلع المراد اقتناءها باستخدام تلك الإشارات و الرموز السابق ذكرها². لذا فهذه المواقع الالكترونية مجرد مجموعة من الوثائق موضوعة معا في عنوان واحد عبر الشبكة³.

و أول ظهور لشبكة الويب كان في سنة 1989 لاعتمادها كنظام لمساعدة علماء الفيزياء بالمركز الأوروبي للأبحاث النووية في العمل على الخط المباشر لإنجاز أبحاثهم من طرف الباحث "تيم برنوزلي" (TIMBER NERS-Lee) وزملائه بمركز الأبحاث الأوروبية بسويسرا⁴ سنة 1993 عندما استخدم في البداية في نقل و تحويل بطاقات المعلوماتية بشكل اكثر ملائمة حتى يكون النص المعلوماتي أكثر سهولة في القراءة و الاستشارة و لهذا الغرض يستخدم الويب لغة متخصصة تعمل على النقل السريع و الفائق من مصدر معلومات إلى مصدر معلومات آخر في وقت وجيز جدا⁵.

و يتم التعبير عن الإرادة عبر الموقع الويب بالكتابة شأنه في ذلك شأن البريد الالكتروني ، كما يتم بطريقة النقر على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب أو بالضغط بال مؤشر و في هذا الشأن يلاحظ أن بعض الشركات التجارية التي تعرض برامجها على صفحات الويب تشترط الضغط مرتين على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح و هذا تفاديا للأخطاء الناجمة للضغط الغير مقصود على زر الموافقة كما أنه هناك حل آخر و تتمثل في بث رسالة الكترونية تفيد القبول في إتمام العقد⁶.

¹- أنظر أكثر تفصيل حول كيفية إنشاء الموقع الالكتروني: د.مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 93.
²- راجع : د.أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص47. وكذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص08.
³- راجع : د. عمرو محمد بن يونس، المرجع السابق، ص 48.
⁴- راجع : اتحاد نظام ويب العالمي على الموقع الخاص على العنوان الالكتروني التالي WWW.3W.ORG
⁵- د. محمد السيد عبد المعطي خيال، الانترنت و بعض الجوانب القانونية ، المرجع السابق، ص 12.
⁶- د. فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص363. و لنا تفصيل عن ذلك في الفصل الأول من الباب الثاني لهذه الرسالة.

كما يمكن أن يعبر عن الإرادة أيضا باستخدام الإشارات و الرموز التي أصبح متعارف عليه بين مستخدمي شبكة الانترنت فهناك مثلا إشارة الوجه المبتسم تدل على الموافقة و الوجه الغامض الذي يدل على الرفض، و يرى البعض أن هذه الإشارة لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أن الإشارة الجديدة هي إشارة صادرة عن جهاز الحاسوب و لكنها تعبر عن إرادة الموجب إليه وليس عن إرادة الحاسوب¹.

و التراسل مع المواقع الالكترونية عبر الانترنت يعتمد على برنامجين و هما :

البرنامج الاول: و يسمى ببرنامج مستعرض الانترنت و يوجد بهذا البرنامج خانة مخصصة لتدوين عنوان الموقع المرغوب في التراسل معه، و تتجلى الرغبة في التراسل بالضغط على الزر الخاص بالبحث فيقوم البرنامج المستعرض بالتراسل عبر الانترنت بالبرنامج الذي يدير الموقع الالكتروني و يطلب منه إرسال الصفحة الرئيسية لهذا الموقع إلى جهاز الحاسب الآلي الذي يستخدمه المتعاقد و بعد الاستجابة يختار هذا الأخير الخدمات و السلع المرغوب التعاقد بشأنها².

البرنامج الثاني: برنامج مدير الموقع الإلكتروني (الوسيط الإلكتروني) و هو عبارة عن برنامج خاص يعمل على إدارة الموقع الإلكتروني حيث يقوم باستقبال الطلبات القادمة من البرنامج المستعرض للانترنت و يرد عليها من خلال إرسال الصفحة الالكترونية المطلوبة إلى جهاز الحاسب الآلي المستخدم في التراسل عبر الانترنت³.

و بموجب هذه الطرق الحديثة في التعبير الإلكتروني عن الإرادة فلا يمكن عرض المنتجات و الخدمات من خلال بطاقة التعريف التي تحدد المزايا المتعلقة بها و قوائم الأسعار بحيث يستطيع المستهلك التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية كاسمه و عنوانه و بريده الإلكتروني و هنا يعد التعبير الصادر من الموجب إليه إيجابا⁴.

¹ طرح جدل كبير حول الشخصية القانونية لجهاز الحاسوب و سيتم معالجته عند الحديث عن النيابة الالكترونية.

² - أنظر: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 103.

³ - راجع : عبد الحميد البسيوني، التجارة الالكترونية، دار الكتب العلمية للنشر و التوزيع، القاهرة، 2003، ص 09.

⁴ - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 10 .

و إذا صادف هذا الإيجاب تعبير عن إرادة البائع بالقبول انعقد العقد و رتب جميع آثاره و بمعنى آخر أكثر وضوحا عندما يعلن البائع عن سلع للبيع على موقع الويب فهو بذلك لا يقدم عرضا تاما بل فقط دعوة إلى التعاقد و عندما يقدم المشتري طلبا في رغبته للشراء حينئذ يعد هذا الطلب إيجابا و يمكن للبائع قبوله، فينشأ العقد¹.

إلى جانب ذلك فإن التعبير عن الإرادة عبر هذا الموقع لا يتوقف على مجرد الكتابة أو الإشارة بل يمتد ليشمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضي دون التلفظ أو الكتابة أو استعمال الإشارة في شكل رموز و مثاله أن يعرض الموجب على صفحات الموقع الالكتروني رغبته في شراء آلة التصوير فيقوم المتصفح بإبداء قبوله لهذا العرض فيسارعه إلى إعطاء الموجب رقم بطاقة الانتماء ليقوم خصم قيمة آلة التصوير من رصيده فورا ففي هذا المثال نرى أن قابل عبر عن إرادته بالقبول دون تلفظ أو كتابة و إنما قام بفعل دال على الرضا² و هو ما يتماشى مع التعبير الضمني المشار إليه في الفقرة الثانية من المادة 60 من القانون المدني الجزائري بقولها : ”و يجوز ان يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذ لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا”.

و عليه يلاحظ في التعبير الالكتروني عن الإرادة بطريق المواقع الالكترونية أنه قد يتخذ صورة التعبير الصريح المشار إليه في المادة 60 من القانون المدني الجزائري إذ يتم بالكتابة أو الإشارة أو من خلال استعمال الرموز كما يتخذ هذا التعبير صورة الضمنية باتخاذ موقف لا يدل مباشرة على مقصود صاحبه و إنما يتم ذلك بطريق الاستنتاج بحيث لا يمكن تفسيره بأكثر من تأويل.

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة بطريق المحادثة و المشاهدة:

إن آلية المحادثة أو الدردشة عبارة عن برنامج يقترب في طريقة التعبير بواسطته مع البريد الالكتروني لكن ما يميزه هو التخاطب بين شخصين فأكثر في وقت واحد عن طريق المحادثة و المشاهدة عبر الانترنت.

¹- أنظر: محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، 2007 ، ص 74.
²- أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق ، ص 228.

فالتعبير عن الإرادة عن طريق تخاطب أو محادثة يتم بتبادل الخطاب بين الطرفين عن طريق الكتابة بالطبع و يتحقق هذا التخاطب بأن يكون كلا الطرفين متصلا بأحد أجهزة (IRL) فيقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين على شاشة الحاسوب فيصبح لكل من الطرفين الصفحة الخاصة به على شاشة جهازه الشخصي في ذات الوقت و يتم كتابة الخطابات و الحوارات على شاشة جهازه الشخصي في نفس الوقت يرى و يقرأه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني لصفحة البرنامج و العكس صحيح¹ و يتم التعبير عن هذه الإرادة بهذه الطريقة من خلال إيصال جهاز الحاسوب بآلة الكاميرا الرقمية و مكبر الصوت و تبت على جهاز الحاسوب لكل من الطرفين المتخاطبين مما يسمح لكل واحد منهما من رؤية الآخر و سماعه في نفس الوقت دون الحضور المادي في نفس المكان، فهنا يتم التعبير عن الإرادة بالصوت و الصورة معا².

و يخلص القول أن التعبير عن الإرادة عبر المحادثة يجمع بين وسيلتين من الوسائل التقليدية في التعبير عن الإرادة و هما الكتابة و اللفظ و حتى الصورة إلا أنهما يتم استخدامهما في المجال الالكتروني من جهة و من دون الحضور المادي المتعاصر لأطرافه مما يجعله طريقة غرف المحادثة من أهم تطبيقات التعاقد عن بعد و العقد الالكتروني بصفة عامة ، كما تعد هذه الوسيلة الأكثر أمانا و حماية للمتعاقدين على خلاف البريد الالكتروني الذي أثار أكثر من جدل، و مع ذلك فإن الطرق الحديثة في التعبير عن الإرادة الكترونيا أصبحت في تزايد مستمر نظرا للسهولة و السرعة التي تميزها مما أدى إلى تغيير المعطيات الاقتصادية الأساسية و توجيهها نحو عولمة الأسواق و تزايد المنافسة.

الفرع الرابع : التعبير عن الإرادة عن طريق التنزيل عن بعد

يعد التنزيل عن بعد أحد صور التعبير عن الإرادة و يقصد به نقل أحد البرامج أو الرسائل أو البيانات عبر الانترنت إلى الحاسوب الخاص بالعميل دون حاجة إلى استخدام

¹- د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص132.

²- أنظر: د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 37.

أسطوانة أو القرص المرن كنقل تصميم هندسي أو موسيقي و هو ما يسمى في التجارة الالكترونية بالتسليم المعنوي أما إذا مان التنزيل أو التحميل عن بعد بإرسال البرنامج إلى حاسوب آخر أي خارجيا فيسمى بعملية (UPLOAD) ¹ .

حيث يمكن إبرام العقد و تنفيذه على الخط دون اللجوء للعالم الخارجي و هذه الطريقة تسمح للعميل بالحصول على البرنامج من شبكة الانترنت و إرساله إلى جهاز حاسوبه دون الحاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرنامج عن طريق القرص المرن أو الأسطوانة المدمجة²، فطريقة التحميل أكثر تطبيقا في الحياة العملية لأن تنفيذها يتم داخل الشبكة ذاتها دون اللجوء إلى المجال الخارجي عن الشبكة.

و يذهب الشراح إلى اعتبار التنزيل أو التحميل على أنه تعبير صريح في صورة اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة مقصود صاحبه³، بعدما كان هناك جدل حول اعتبار التحميل لبرامج الكمبيوتر طريقة معقولة للقبول بحيث يترتب عنها انعقاد العقد⁴.

إن فالشخص يعبر عن إرادته من خلال قيامه بعملية التحميل لبرامج الشبكة إلى جهازك حاسوبه الخاص مما يفسر هذا التعبير على أنه قبول منه في إتمام العقد لإيجاب سابق.

الفرع الخامس: التعبير عن الإرادة عن طريق العقد الإطار.

تحيط عملية التراضي في العقود الالكترونية عبر الانترنت بعض المخاطر خاصة عند تبادل الرسائل لذا من المتصور حدوث بعض الأخطاء الفنية التي يمكن أن تؤثر على تداول الرسائل المتبادلة بين الأطراف ، من هنا حرص مستخدمو الحاسوب في معاملاته على اللجوء إلى اتفاقيات معدة مسبقا تفاديا للمشاكل التي قد تحدث عند إبرام العقد عن طريق الانترنت و كذا لأجل تحقيق مصلحة للأطراف الذين يريدون إبرام العديد من العقود دون أي صعوبات

¹ - أنظر: BENSOUSSAN (A), op.cit, p.15 .

² - د.أسامة أبو الحسن مجاهد ،الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 231.

³ - راجع: د.خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 132.

⁴ - أنظر :

COSTES (L), Aperçu: Le droit du commerce électronique aux Etats-Unis, droit et patrimoine, N°55, Décembre 1997, p.65.

سواء في مرحلة إبرامه أو تنفيذه فهم يلجؤون إلى ما يعرف بعقد الإطار الذي يسمح لأي شخص يرغب في التعاقد مستقبلاً بأن يبدي جملة من الشروط و الوسائل التي يتضمنها العقد المراد إبرامها عبر الانترنت¹، و هذه الشروط غالباً ما تكون شروط عامة معيارية² مثلاً: تحديد زمان و مكان إبرام العقد المستقبلي و القانون الواجب التطبيق على العقد و طرق تفسير الاتفاق عند الاختلاف مع تحديد المسؤولية في حالة الإخلال بشروط العقد مع مراعاة عدم مخالفتها لقواعد النظام العام في القانون الذي سيكون قابلاً للتطبيق على العقد المراد إبرامه على الانترنت مستقبلاً، و يختلف عقد الإطار عن عقد التفاوض حيث أنه يتضمن القواعد العامة أو الشروط الرئيسية التي يتم على أساسها إبرام العقد مستقبلاً في حين ان عقد التفاوض لا يتضمن هذه الشروط.

و يعرف البعض عقد الإطار بأنه العقد الذي يحدد موضوع علاقات الأطراف و كذا الشروط الرئيسية التي يلتزم الطرفان إتباعها فيما يبرمانه من عقود لاحقة³.

و الهدف الذاتي الذي يسعى إليه "اتفاق الإطار" هو مجرد تيسير إبرام و تنفيذ العقود المطبقة عند الحاجة إلى إبرامها⁴.

و هذا العرض الذي يتقدم به أحد المتعاقدين كتعبير عن إرادته في إبرام العقد في المستقبل إذا حصل قبول له يأخذ شكل معين يسمى بخطاب التجارة الالكترونية⁵، الذي يتم عرضه عبر البريد الالكتروني أو عبر نشره على صفحة الشبكة العنكبوتية العالمية (موقع الويب)⁶.

¹- راجع: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 121.

²- د. بشار طلال أحمد المومني، المرجع السابق، ص 53.

³- أنظر: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 116.

⁴- راجع: NAJJAR (T) ,L'accord de principe ,D. CHRON, 1991, p. 57.

ذكره بلحاج العربي في : مشكلات المرحلة السابقة، المرجع السابق، ص 114.

⁵- أكثر تفصيلاً راجع: محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 138.

⁶- لا يقصد بهذا الخطاب خطاب النوايا (LETTRE d'intention) التي تعد مجرد التزام أخلاقي لا يصل إلى صفة من صفات التصرف القانوني الملزم غير أنه تجوز مساءلة تلك الخطابات تقصيرياً بسبب البيانات الغير صحيحة التي أوردتها في خطابه أنظر قرار القضائي :

CASS.CIV.27/11/1985.R.T.D.CIR.p.749.APPELLE MONTPELEIR.10/01/1985.p.340

و حول تفاصيل بشأن خطاب النوايا راجع د. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد، المرجع السابق، ص 102.

و يلاحظ أن عرض الإعلان أو الخطاب على صفحة الويب يعتبر إيجاباً بالتعاقد وبقبوله ينعقد العقد بين الأطراف ما لم يتضمن الخطاب عكس ذلك أي أن صاحبه يشير في الخطاب بأنه مجرد دعوة إلى التعاقد و ليس إيجاباً¹.

و يحقق التعبير عن الإرادة بطريق الخطاب كشكل مبسط لعقد الإطار تسهيلات كثيرة للتعاقد على الانترنت من خلال تفادي المشاكل التي يمكن ان تطرأ عند إبرامه العقد الالكتروني أو لحظة تنفيذه و لا يختلف التعبير عن الإرادة لهذه الطريقة عن الكتابة التقليدية كأحد صور التعبير، فكلاهما يوضحان رغبة المتعاقدان في إبرام العقد و اتجاه إرادته إلى إحداث ذلك الأثر إنما جوهر الاختلاف يكمن في أن الوسيلة المستعملة في كتابة الخطاب المشكل لعقد الإطار بالطريق الالكتروني هي عبارة عن وسيط الكتروني يختلف عن الكتابة التقليدية المعتمدة على الدعائم الورقية.

المطلب الثالث : مسألة اللغة في التعبير الالكتروني عن الإرادة

تعتبر اللغة أساس الفكر و لها أهمية بالغة في إطار العقود الالكترونية نظراً لصفة العالمية التي يتميز بها الإيجاب الموجه عبر تقنيات الاتصال الحديثة و من ثمة فهو إيجاب عابر للحدود إذ لا تثير اللغة المستخدمة في التعبير التقليدي عن الإرادة أي إشكال على خلاف التعبير الالكتروني فقد يحدث ان يتم التفاوض و التخاطب بين الطرفين من جنسيتين مختلفتين يستعمل كل واحد منهما لغة تختلف عن الآخر².

و رغم إيجابيات استخدام شبكة الانترنت التي عملت على اختصار البعد المكاني و الزماني و عدم اعترافها بجغرافية الحدود بين الدول و ما حققتة من السهولة في الاتصال و السرعة في الاطلاع على المعلومات إلا أن هذه الشبكة لم تتمكن من توحيد اللغات المختلفة لشعوب العالم.

و بادئ الأمر كانت شبكة الانترنت قد تبنت العمل بلغة واحدة فقط و هي اللغة الانجليزية في محاولة لجعلها اللغة الأكثر تداولاً و المتعارف على استخدامها بين كافة شعوب

¹ - د. مراد محمود يوسف المطلق، المرجع السابق، ص 231.

² - راجع: د. سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 45.

الأرض¹ غير ان المشرع الفرنسي نص في المادة الثانية من قانون رقم 665-94 الصادر في 04 أوت 1994 بشأن استخدام اللغة الفرنسية على أن: "عند عرض و توزيع السلع و الخدمات أو الدعاية المتعلقة بها أو التعاقد عليها سواء في شكل مكتوب أو شفوي و في شأن بيان طرق تشغيل أو استخدام هذه السلع أو الخدمات و شروط التعاقد و الضمانات المرتبطة بذلك فإن استخدام اللغة الفرنسية يكون أمرا الزاميا"².

فقد أكد هذا القانون على إلزامية تحرير الوثائق باللغة الفرنسية و يحظر استخدام أي لغة أجنبية أو مصطلح أجنبي طالما يوجد بديل لهذا المصطلح باللغة الفرنسية كما نصت المادة الثانية منه على أنه يجب استخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب و في كل أنواع التجارة الالكترونية و بصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل و شروط الضمان و وصف المنتج أو الخدمة و الفواتير و الإيصالات كما يطبق على الإعلانات المرئية و المسموعة أو الناطقة أو المكتوبة³.

كما نص القانون رقم 240-95 الصادر في 03 مارس 1995 على توقيع غرامة مالية كعقوبة على مخالفة أحكام هذا القانون و أشار إلى تطبيق هذه العقوبات حتى على مالك موقع الويب⁴.

و قد كان لهذا الشرط أثر على الشبكات الالكترونية و منها الانترنت بحيث أدى إلى تجميد استخدام الانترنت في بعض الدول التي لا تستخدم اللغة الفرنسية لا سيما الدول الأمريكية إذ كانت غالبية المنتوجات و الخدمات يتم الإعلان عنها و تسويقها باللغة الانجليزية⁵.

¹- د. منير محمد الجنيهي، المرجع السابق، ص 175.

²- سمي هذا القانون بقانون Toubon المنشور في الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 05 أوت 1994، ص. 1392. و حول شرحه راجع: TORRES (CH) . op.cit. p.32.

³- راجع: BENSOUSSAN (A),, op.cit, p .32 .

⁴- راجع: BOCHURBERG (L), op.cit, p.119.

⁵- أكثر تفصيل في المسألة راجع :

BERNAUT (MH), Langue française et protection du consommateur dans le commerce électronique, Voir : www.fagassocies.com

فالإشكالات التي طرحت بشأن هذا القانون كانت حول إمكانية استخدام هذا القانون لاستغلال المستهلك الفرنسي و بسوء نية لكي يخول لهم بعدها الاحتجاج ببطلان العقد الذي تم إبرامه بحجة عدم احترامه لشرط اللغة الفرنسية مثلما نص عليه القانون¹ كما انه من الصعب قبول ما جاء بهذا القانون، فكيف يمكن مراعاة وضع التاجر إذا وجد مثل هذا التشريع في دول أخرى عديدة² مما أدى بالمشرع الفرنسي إلى محاولة التخفيف من أثر هذا القانون فسمح بإجازة ترجمة البيانات الكتابية الواردة على شاشة الانترنت المكتوبة باللغة الفرنسية إلى اللغة الانجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى بحيث يكون الإيجاب واضحا و مفهوما و غير غامض كلما قدم باللغة الأجنبية و بشأن تطبيق نصوص القانون الفرنسي الصادر في 04 أوت 1994 أجاز المشرع الفرنسي في المنشور الوزاري 19 مارس 1996 استثناء أنه يتم الإعلان التلفزيوني المصمم لإذاعته عبر الحدود استخدام لغة غير فرنسية فيجب أن يمتد إلى الإعلان عبر شبكة الاتصال الالكترونية أيضا و منها الانترنت لأنه يجب إتباع حلول واقعية عندما يتعلق الأمر بالعقود الالكترونية³.

أما في التشريع الجزائري فقد أوردت بعض النصوص القانونية المتفرقة منها قانون تعميم استعمال اللغة العربية رقم 91-05 المؤرخ في 16 جانفي 1991⁴ و قانون الإجراءات المدنية و الإدارية⁵ في المادة الثامنة منه أن تتم الإجراءات و العقود القضائية من عرائض و مذكرات باللغة العربية تحت طائلة عدم القبول و يجب أن تقدم الوثائق و المستندات باللغة العربية أو مصحوبة بترجمة رسمية إلى هذه اللغة تحت طائلة عدم القبول كما أشارت نفس المادة على أن تتم المناقشات و المرافعات باللغة العربية و هي نفس اللغة التي يتوجب أن تصدر بها الأحكام القضائية هذا كله تحت طائلة البطلان الذي يمكن للقاضي إثارته تلقائيا و

¹- راجع :

BOUCHARD (J), L'offre dans le commerce électronique, Collection de faculté de droit et sciences sociales, Editer par Université de Poitiers, 2005,p.43.

²- أنظر حول ذلك: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس ، المرجع السابق ص 285، وكذلك: د. إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 132.

³- راجع المادة الثانية من هذا المنشور الوزاري الفرنسي (الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 20 مارس 1996، ص 4258) و بشأن شرحه المفصل أنظر: BENSOUSSAN (A).op. cit. p. 31.

⁴- منشور في الجريدة الرسمية رقم 03 المؤرخة في 16/01/1991 و الذي تم تجميد العمل به بموجب مرسوم تشريعي صادر بتاريخ 04 يوليو 1992 ثم ألغي هذا التجميد بتاريخ 21 ديسمبر 1996 ، ثم جمد مرة أخرى و لكن بدون مرسوم.

⁵- قانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية و الإدارية.ج.ر. العدد 21 الصادرة 23 أبريل 2008 .

أما بشأن التعاملات الالكترونية فلا يمكن تحديد موقف المشرع الجزائري حول اللغة في التعبير الالكتروني نظرا لعدم وجود أي تشريع ينظم التجارة و المعاملات الالكترونية.

و مع ذلك فالظاهر أن اشتراط استخدام اللغة العربية في التعاقد الالكتروني من الصعوبة تحقيقه إن لم يكن مستحيلا نظرا لدولية العقد الالكتروني و عمومية استعمال اللغة الأجنبية كلغة دولية المتداولة بين سكان العالم ، كما نشير هنا بان فرض استعمال لغة واحدة قد يؤدي إلى محدودية استخدامه بحدود من هو على دراية بتلك اللغة و ما يتضمنه من إجحاف بحق المستهلك باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة العقدية و من شأن الزامه بالتعاقد بلغة محددة لا يفهمها المستهلك أن يعيقه و يحرمه من عنصر العلم و الدراية الكافيين لطبيعة ومضمون محل التعاقد و الشروط التعاقدية للعقد الذي يرغب في إبرامه ¹ ، فليس من الضروري أن توجب التشريعات استعمال لغتها الوطنية بالتعبير عن الإرادة الالكترونية لأن ذلك سيؤدي إلى ظهور نوع من التلاعب خلال عمليات التعاقد الالكتروني من جهة ² و إلى ضعف نمو التجارة الالكترونية لمخالفتها للسمة العالمية التي تتميز بها شبكة الانترنت من جهة أخرى ³.

المطلب الرابع: مشكلة تأثير الموت و فقدان الأهلية على التعبير الالكتروني عن الإرادة

إن تحديد هذا الأثر قد تم حسمه في القواعد العامة لنظرية العقد إذ جاء نص المادة 62 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه. هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل".

فطبقا لهذه المادة و ما استقرت عليه أغلب التشريعات الوضعية فإن التعبير عن الإرادة لا يسقط بموت صاحبه أو بفقدانه لأهليته لأنه بمجرد صدوره ينفصل عن صاحبه و يكون له

¹ - أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية العقد الالكتروني المرجع السابق، ص 75. وكذلك: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 173.

² - أنظر: د. محمد حسن الرفاعي العطار، المرجع السابق، ص 76.

³ - راجع: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 285.

وجود مستقر ، فيصبح هذا الوجود متمتعاً بكيال قانوني متى وصل إلى علمه من وجه إليه¹ و ذلك ما أشارت إليه المادة 61 من القانون المدني الجزائري بقولها: "ينتج التعبير عن الإرادة اثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك". و في هذا الوضع يميز الفقه بين أثر الوفاة على التعبير عن الإرادة و أثرها على انعقاد العقد لأن الأمرين مختلفين ، فوفاة الموجب أو فقدانه لأهليته و إن لم يؤدي إلى سقوط الإيجاب كتعبير عن الإرادة وفقاً لنص المادة 68 من القانون المدني الجزائري إلا أن هذه الوفاة تمنع انعقاد العقد ذلك لأن التعاقد لا يتم إلا بوصول القبول إلى علم الموجب في حين أن الموجب قد توفي فكيف يعلم بالقبول، و بهذا نكون أمام إيجاب صحيح و لكن لن يقترن به القبول فيظل عديم الأثر كل هذا إذا كان الإيجاب يتعلق بالموجب خاصة كأن يكون محل اعتبار² و تبعاً لذلك نفرق بين حالتين:

الأولى : إذا توفي الموجه إليه الإيجاب أو فقد أهليته قبل علمه بالإيجاب فإن هذا الإيجاب يسقط و لم يترتب أثره لعدم توفر الوجود القانوني و تبعاً لذلك لا ينعقد العقد³.

الثانية : إذا كان الموجه إليه الإيجاب قد علم بالإيجاب قبل وفاته أو فقد أهليته فإن الإيجاب يكون قد استكمل وجوده القانوني و ينتقل حق القبول إلى الورثة فيتم انعقاد العقد ، كل ذلك ما لم يتبين من طبيعة التعبير أو من طبيعة التعامل عدم انصراف حق القبول إلى الورثة.

فوفقاً لذلك فإن هذا الوصف يتحقق في الإيجاب الخاص الموجه إلى أشخاص محددين كعروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو عن طريق غرف المحادثة فهنا تكون شخصية القابل ذات أهمية بالنسبة للموجب على خلاف التعبير الإلكتروني العام الموجه إلى أشخاص غير محددين وهو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة على شبكة الانترنت و ما يعرف بالتعاقد عبر المتجر الإلكتروني الافتراضي ، فشخصية القابل ليست محل اعتبار لدى الموجب ، فإذا توفي الموجه إليه الإيجاب بعد علمه بوصوله إليه عن طريق

¹- راجع : د. خليل أحمد حسن قداة، المرجع السابق، ص 36.

²- أنظر: د. محمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، المرجع السابق، ص 333. وكذلك: د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 99.

³- راجع: GHESTINE (J).op.cit, p. !!!!!

موقع الويب فإن حق القبول ينتقل إلى ورثته و ينعقد العقد لأن طبيعة التعامل التي تظهر في شبكة المواقع لا تمنع من انصراف حق القبول إلى الورثة¹.

و إذا كان فقدان الأهلية أو الوفاة قد يحدث خلال الفترة التي تفصل بين صدور التعبير و وصوله إلى الموجه إليه و هذا يظهر من قراءة العبارتين: "عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه" و "في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه..." فإن ذلك مقتصر على التعاقد عبر الوسائل التقليدية في التعاقد لكن الأمر يختلف في التعاقد الإلكتروني في أغلب صورته و أنواعه و لا سيما التعاقد عبر الانترنت بطريق المحادثة و المشاهدة أو بطريق البريد الإلكتروني عندما يتم الاطلاع على البريد مباشرة بعد ارسال الرسالة الإلكترونية فهذه الصورة لا تتطلب وجود فاصل زمني فلا يتصور فيها موت الموجه قبل وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه لأن صدور الإيجاب الإلكتروني و وصوله يقعان في لحظة واحدة عبر شبكة الانترنت و كذلك إذا توفي القابل بعد صدور القبول منه².

¹- أنظر: د.مراد يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 43.

²- أنظر ما يشابه ذلك من أمثلة: د.محمد حسين الرفاعي العطار، المرجع السابق، ص. 105.

المبحث الثالث: حدود تأثير البيئة الالكترونية على فكرة عيوب الإدارة في التعاقد الالكتروني

يقوم العقد الالكتروني بتلاقي إرادتين عن بعد و تطابق إيجاب معين بقبول له عن تراض صحيح و تحقق صحة التراضي بخلو إرادة كل من المتعاقدين من العيوب التي قد تشيب الإرادة لحظة التعبير عنها كالغلط و التدليس و الإكراه و الاستغلال .

و يبدو للوهلة الأولى خاصة من الناحية العملية أن نظرية عيوب الإرادة في القواعد العامة التقليدية تكفي لوحدها أن تستوعب أحكام عيوب الغلط و التدليس و غيره في التعاقد الالكتروني¹ فليس هناك ما يدعو إلى أن تكون هذه القواعد من أوجه الخصوصية في التعاقد الالكتروني و يضرب البعض مثالا لذلك بانتباه المشتري الذي أبرم عقد الكتروني عند تسلمه للمبيع أنه ليس متفقا مع ما توقعه أو أنه ليس صالحا للاستعمال حسب الغرض الذي اشتراه من أجله و هنا يستطيع المطالبة بإبطال العقد استنادا لنظرية الغلط²، كما يبرر البعض غياب تأثير عيوب الإرادة على التعاقد الالكتروني كون أن العقد يسمح للمستهلك بإعادة الشيء محل التعاقد دون الحاجة إلى المطالبة بالبطلان و هو ما يعرف بحق العدول في العقود الاستهلاكية أو ما تسمى برخصة الرجوع هذا إلى جانب إقرار نظام الالتزام بالإعلام الذي كان له دور في استبعاد تطبيق نظرية عيوب الإرادة في التعاقد الالكتروني³.

و لكن و رغم أن طبيعة تقنيات الاتصال الحديثة بصفة عامة و التعاقد الالكتروني بصفة خاصة قد طرأ عليها من التطور الكبير ما جعلها في غاية الدقة و الإتقان إلا أنها تتسم بالتعقيد و التركيب⁴ فأبرام العقد عبر الوسائط الالكترونية أثر بشكل متفاوت على الشروط

¹- راجع : د. أبو الحسن مجاهد، الوسيط في شرح قانون المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 197.

²- د.مراد محمود الطلق ، المرجع السابق، ص 197. وكذلك: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 114.

³- أنظر: د.محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، 2008، دار النهضة العربية، القاهرة، ص 65. و كذلك راجع : NAJJAR (T), op.cit, p.150.

⁴- راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في شرح قانون المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 273.

القانونية التقليدية لعيوب الإرادة مما يدفع إلى التساؤل و البحث عن مدى تأثير البيئة الإلكترونية على تعيب إرادة المتعاقدين في مجال إبرام العقد الإلكتروني¹.

كما نشير هنا أن فكرة الاستغناء عن نظرية عيوب الإرادة اكتفاء بفكرة حق عدول المستهلك في العقود الإلكترونية لا يستأنس بها ذلك أن رخصة الرجوع المقررة للمستهلك في تلك العقود قد لا تتحقق في كثير من الحالات الفوائد التي قد يحققها التمسك بالإبطال بسبب عيوب الإرادة كضمان الضرر المترتب عن هذا العدول و طول المدة التي تسمح برفع دعوى الإبطال بسبب عيوب الإرادة² و حق التمسك بالأثر الرجعي للبطلان كما أن فكرة عيوب الإرادة تشمل كل التصرفات القانونية بما فيها التعاقد الإلكتروني في حين أن قاعدة حق العدول يقتصر فقط على العقود الاستهلاكية و الذي يعتبر أحد أصناف و تقسيمات العقود الإلكترونية، لذا يستوجب التطرق لعيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني لتحديد مدى تأثير هذه القواعد بالبيئة الإلكترونية وفقا للمنهجية التالية:

المطلب الأول: مجال الغلط كعيب للإرادة في التعاقد الإلكتروني

تعد نظرية الغلط في مجال التعاقد الإلكتروني أحد العيوب أكثر تطبيقا إلى جانب عيب التدليس، و يعرف الغلط بأنه توهم تلقائي أو اعتقاد خاطئ يصور لصاحبه أمرا على غير حقيقته فيدفع إلى التعاقد³ و يقصد به كذلك تصور مخالف للحقيقة يتوهمه المتعاقد فيدفعه إلى إبرام العقد ولو انه تبين له الأمر قبل التعاقد لما أقدم عليه⁴.

و الغلط بالمفهوم الحديث و الذي يعتد به كسبب من أسباب إبطال العقد هو الغلط الجوهرى خلافا للغلط المانع الذي يعدم الإرادة و يحول دون انعقاد العقد فهو ليس مجرد

¹ - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 184.

² - أنظر: د. محمد حسن منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 61.

³ راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، ص 411. وكذلك: خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 49.

⁴ - أنظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 70.

تصور أمر على غير حقيقته و إنما يدل على إرادة أخرى غير موجودة أصلا¹ و بالتالي فهو غلط يمس بأحد أركان العقد كأن يقع غلط في ركن المحل كما لو تعاقد شخص على شراء برامج حاسوب عبر موقع ويب و يتفاجأ أن البرنامج ليس هو البرنامج المطلوب كما قد يقع في ركن السبب أو في ماهية العقد كأن يتعاقد شخص عبر شبكة الانترنت بغية شراء أجهزة حاسوب بسعر ما فينصرف اعتقاد البائع إلى أنه يؤجر هذه الأجهزة²، فالغلط المانع يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا وليس قابلا للإبطال³.

و يكون الغلط المعيب للإدارة سببا من أسباب إبطال العقد الالكتروني عندما يكون جوهريا أي هو الدافع إلى التعاقد و كان قد بلغ درجة من الجسامة بشكل يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو علم به ، سواء وقع هذا الغلط في صفة الشيء أو في شخص المتعاقد أو في قيمة الشيء إذ جاء في نص المادة 82 من القانون المدني الجزائري على أنه : "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدا من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، و يعتبر الغلط جوهريا على الأخص إذا وقع في صفة الشيء يراها المتعاقدان جوهريا أو يجب اعتبارها كذلك نظرا لشروط العقد و حسن النية إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته و كانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

و للغلط أهمية كبرى في مجال المعاملات الالكترونية على الرغم من أن التطور التقني و التكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات و المعلومات قد أدى إلى الاستغناء التدريجي عن مبادئ القانونية و التقليدية لنظرية الغلط و غيرها من العيوب ، التي تفترض وجود المساواة بين أطراف العقد في القدرة الاقتصادية ليحل محلها الاهتمام الفقهي التشريعي بحماية الطرف الضعيف الأقل خبرة من الناحية الاقتصادية و القانونية من خلال صياغة تشريعات لحماية المستهلك و اعتماد فكرة حق العدول بإرجاع المنتج أو البضاعة خلال مدة زمنية محددة بعد إبرام العقد و كذا فكرة العقود التمهيدية⁴.

¹- أنظر: د . عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص 182. وكذلك: د.أنور سلطان،المرجع السابق، ص 87.

²- CASS.CIV.PARIS.08FEV1990.JURIS-DATA.N.05.p.816.

³- د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 351.

⁴- هناك اتجاه يغلب فكرة الطرف الضعيف على فكرة المستهلك لأن مجال الأولى أوسع فهي تشمل العقارات و المنقولات و تطبق على المستهلك و المهني .راجع في ذلك:د. فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 77.

و لكن نظرية الغلط و شروطها تتجلى بوضوح كسبب من أسباب إبطال العقد الالكتروني في مجال حماية المستهلك و المتعاقد المعيب إرادته بصفة عامة، فإبطال العقد للغلط تحقق منافع أكبر ذلك أن عدم الخبرة أو عدم الاحتراف في المعاملات الالكترونية تعتبر عنصرا جوهريا في قبول ادعاء المتعاقد بوقوعه في غلط جوهري لا سيما في الأشياء الفنية ذات التقنية المتطورة مثل برامج الحاسوب¹ فإذا لم يوفر الطرف الآخر – الأكثر خبرة – للطرف الآخر المعلومات الكافية التي كان يتوجب عليه الإدلاء بها جاز للمتعاقد الأقل خبرة أن يتمسك بوقوعه في الغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أو بشروط العقد ، أو بسبب عدم تبصره بالوقائع التكنولوجية و الفنية للمنتج أو السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها و ما يترتب عن التعامل بشأنها من آثار قانونية².

و في المقابل يصعب قبول الادعاء بالغلط من التعاقد المحترف و ذو خبرة في مجال التعاقد إذ يتصور الوقوع في الغلط فقط من جانب الأشخاص القليلي الخبرة و الاحتراف أكثر منه من قبل المحترف ، كما لو كان المدعى عليه في دعوى الإبطال مقدم الخدمة كان قد قدم كل البيانات و المعلومات بشكل واضح و كافي لتجنب الوقوع في الغلط، و كذلك إذا أثبت تقصير مدعي الغلط بأنه لم يقم بالاستعلام و الإفصاح عن حاجاته و التعاون مع مقدم الخدمة وصولا لتحقيق الغاية المرجوة من إبرام العقد³، إذن فلا مجال للمقارنة بين معرفة الصيدلي بمجال الأدوية بمعرفة شخص من العامة⁴.

و عليه فإن الاحتراف و عدم الاحتراف يعد عنصرا جوهريا في قبول الادعاء بإبطال العقد الالكتروني بسبب الغلط نظرا لقيام هذا النوع من التعاقد على الأدوات الفنية و التقنية مثل برنامج الحاسوب كما يعد هذا العنصر من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع في تقدير مدى توافر الغلط و شروطه عند تكوين العقد⁵.

¹- راجع : د. محمد عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 110. وكذلك: د. مراد محمود الطلق، المرجع السابق، ص 203.

²- د. ممدوح خالد إبراهيم، المرجع السابق، ص 185.

³- أكثر تفصيل راجع: د. سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 164.

⁴- د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 61.

⁵- أنظر: د. حسن عبد الباسط جميعي، المرجع السابق، ص 130. وكذلك: د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 135.

أما لو حدث ان وقع الغلط في إبلاغ الرسالة الالكترونية أو غلط في العنوان عبر شبكة الانترنت كأن يقوم التاجر بعرض إعلانه على موقع الويب ببيع الأدوات الكهرومنزلية المتمثلة في الثلاجة بسعر 40 ألف دينار و لكن وقع غلط في مضمون الرسالة الالكترونية ليظهر الإعلان على الموقع بأن السعر هو 140 ألف دينار فهذا الغلط هو غلط ماديا فقط و لا علاقة له بتكوين الإرادة و بالتالي لا يؤثر على العقد الالكتروني فلا يبطل العقد و إنما يتم تصحيحه فقط ، و ذلك ما أشارت إليه المادة 84 من القانون المدني الجزائري بقولها : "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحساب و لا غلطات القلم و لكن يجب تصحيح الغلط".

و من هنا يرى¹ أن الغلط في هذه الصورة و إن كان يبدو غلطا ماديا لا يؤثر في صحة العقد إلا أن حقيقة الأمر هو اعتباره غلطا معيبا للإرادة باعتبار أن هذا الغلط قد رتب غلطا آخر و هو وجود تحريف في نقل الإرادة كما يرى بأنه غلط حدث في نقل الإرادة على غير مقصدها و بالتالي فالعقد الالكتروني لا ينعقد لعدم تطابق الإرادتين .

غير أن الصعوبة التي يثيرها الغلط في التعاقد الالكتروني تكون عندما يقع الغلط عند التعاقد مع صاحب المتجر الافتراضي يستخدم وسيطا الكترونيا فقد يصعب معرفة عما إذا كان هذا الغلط صادرا من الوسيط الالكتروني ذاته كأن يرسل بيانات غلط تحمل الطرف الآخر على إبرام العقد مع صاحب هذا المتجر بناء على هذه المعلومات المغلوطة أم أن هذا الغلط ينسب إلى الشخص المتعاقد و ليس إلى الوسيط الالكتروني².

إن البحث عن حل هذه الإشكالية في نصوص القانون المدني الجزائري قد لا تكفي نظرا لخصوصية التعاقد الالكتروني فالقول أنه يمكن التعامل مع هذه المسألة وفقا لما جاء في المواد 73 و 74 و 75 من هذا القانون حول النيابة في التعاقد³ و كذا المادة 138 من نفس القانون فيما يتعلق بالمسؤولية الناشئة عن الأشياء الغير الحية فهي تعطي حولا في التعاقد التقليدي و لا تصدق بصفة مطلقة و شاملة على التعاقد الالكتروني نظرا للطابع التقني و الفني لهذه الوسائط الالكترونية.

¹- هذا رأي الدكتور ممدوح خالد إبراهيم، أشار إليه في مرجعه السابق، ص186.

²- أنظر: مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة ، المرجع السابق، ص 284.

³- لنا كلام مفصل حول هذه المسألة في الحديث عن النيابة و التعاقد الالكتروني.

و رجوعاً إلى التشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية نجد بعض منها قد حاولت معالجة مسألة الغلط في التعاقد مع شخص يستخدم وسيطاً الكترونياً¹ و نذكر في ذلك ما جاء في المادة 14 من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية تحت عنوان "الخطأ في الخطابات الالكترونية" حيث نصت في فقرتها الأولى على أنه: "عندما يرتكب شخص طبيعي خطأ في تخاطب الكتروني مع نظام رسائل ألي تابع لطرف آخر و لا يوفر نظام الرسائل الألي لذلك الشخص فرصة لتصحيح الخطأ يحق لذلك الشخص أو للطرف الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه أن يسحب ذلك الجزء من الخطاب الالكتروني الذي ارتكب فيه الخطأ إذا:

(أ) أبلغ الشخص، أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه، الطرف الآخر بالخطأ في أقرب وقت ممكن بعد علمه به و ذكر أنه ارتكب خطأ في الخطاب الالكتروني.

(ب) لم يكن الشخص أو الطرف الذي يتصرف ذلك الشخص نيابة عنه قد استخدم ما قد يكون تسلمه من سلع أو خدمات من الطرف الآخر أو حصل منها على منفعة أو قيمة مادية".

و جاء في المادة 12 من الفقرة الثانية قانون مملكة البحرين بشأن التجارة الالكترونية الصادر في 14 سبتمبر 2002 تحت عنوان "دور الوكلاء الالكترونيين في إبرام العقود" على أنه "تكون المعاملة الالكترونية بين الفرد و الوكيل الالكتروني قابلة للأبطال بناء على طلب الفرد إذا تحققت الشروط التالية:

أ - وقوع الفرد في خطأ مادي في أي سجل الكتروني أو في اية معلومات الكترونية تم استعمالها في المعاملة أو كانت جزءاً منها.

ب - عدم إتاحة الوكيل الالكتروني الفرصة لتلافي وقوع الخطأ أو تصحيحه.

ج - قيام الفرد فور اكتشافه الخطأ بإبلاغ الطرف الآخر به دون إبطاء.

د - قيام الفرد في حالة تسلمه المقابل أثر الخطأ بإعادة هذا المقابل أو التصرف فيه طبقاً لما هو متفق عليه بين الطرفين أو بموجب تعليمات و ذلك كله ما لم تكن هناك منفعة مادية عادت على الفرد نتيجة لهذا التسليم".

الملاحظ من قراءة المادتين السابقتين أنها تعطي حلولاً لصورة جديد للغلط غير المشار إليه

في المادة 82 من القانون المدني الجزائري¹ كما أن هاتين المادتين تناولت نوع واحد فقط من الغلط المادي² كما يعاب عليها استخدام كلمة الخطأ بدل من عبارة الغلط و كأنهما مترادفين على الرغم من أن عبارة الخطأ تختلف عن الغلط من حيث الاصطلاح القانوني³.

في حين اعتبر قانون المبادلات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية لسنة 1999 على أنه أي غلط عند التعاقد أو أية أعمال يقوم بها الوسيط الالكتروني يتحملها المتعاقد الذي يكون هذا الوسيط تحت سيطرته و لا يستطيع إنكار هذه المسؤولية بحجة أن هذا الوسيط يعمل بدون توجيه من عنصر بشري⁴.

و لتفادي ذلك ألزم التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 المتعلق بالتجارة الالكترونية في

مادة 11 منه على : "مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، و أن يقوموا بإعلامه بذلك بوسائل مناسبة و فعالة و سهلة البلوغ و على نحو يمكنه من فهم المعطيات الالكترونية الأمر الذي يكفل عدم وقوع العميل في غلط. كما يجب على التاجر أن يوضح للعميل كيفية أداء الثمن و بطاقات الائتمان التي يقبل الوفاء بها، و يترتب على عدم

¹ - حول شرح هذه المادة راجع: د. خليل أحمد حسن قدامة، المرجع السابق، ص 51.

² - أنظر: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 288.

³ - حول مفهوم الخطأ و صورته راجع: د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 311.

⁴ - أنظر: المادة 35 من هذا القانون.

قبول التاجر للبطاقة في الوفاء مسؤولية تحمل فسخ العقد الذي يربط بالبنك، فضلا عن جواز ملاحظته جزائيا بتهمة الدعاية الكاذبة"¹

المطلب الثاني: أثر التدليس في العقود الالكترونية:

يعد التدليس أحد أهم العيوب شيوعا في الحياة العملية التي تؤثر في إرادة المتعاقد و كان الفقه و القضاء قد تناول هذا العيب بالتفصيل و التوضيح من كل الجوانب المتعلقة به سواء من حيث شروطه و أركانه و عناصره و علاقته بالغلط و هي الأحكام التي تناولتها جل التشريعات الوضعية بما فيها المشرع الجزائري لكن هل يمكن الاكتفاء بهذه القواعد التقليدية في تنظيم التدليس في التعاقد الالكتروني و ما هي حدود تأثيره على البيئة الالكترونية.

الفرع الأول: مفهوم التدليس الالكتروني و مدى خضوعه للقواعد العامة

يعرف التدليس بأنه استعمال طرق احتيالية بنية التضليل المتعاقد لإيقاعه في غلط يدفعه إلى التعاقد، فالتدليس نوع من الغش² يصاحب تكوين العقد و هو يوقع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد نتيجة لاستعمال الحيلة³.

وعرفته الفقرة الأولى من المادة 86 من القانون المدني الجزائري على أنه "يجوز إبطال العقد إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد" و عرفه المشرع الفرنسي في المادة (1116) من التقنين المدني على أن "التدليس يكون سببا لإبطال العقد إذا كانت الحيل المستعملة من أحد المتعاقدين جسومية بحيث يكون واضحا أنه لولاها لما رضي الآخر بالتعاقد"⁴.

¹- أنظر: VIVANT (M).op. cit. p 38 ، و يرى التوجيه الأوروبي بأن امتناع التاجر عن قبول البطاقات في الوفاء قد يؤدي إلى إيقاع العميل في غلط و كذا فقدان الثقة في التعامل بهذه البطاقات في ذلك راجع :

THEFFRY (P),op. cit ,n 440.p 188.

²- الغش أعم من التدليس فالأول يقع بعد تكوين العقد أما الثاني يقع لحظة إبرام العقد كما أن الغش يقصد به الإضرار بالغير في حين أن التدليس يراد به الإضرار بالمتعاقد الآخر .حول ذلك راجع د.عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 391.

³- راجع : د.محمد حسنين، الوجيز في نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983، ص 46.

⁴- أنظر شرح مفصل لهذه المادة : GHESTIN (J).op. cit. p

أما في الفقه الإسلامي فيعرف التدليس بالتغريب أو الخلابة و هو إغراء العاقد و خديعته ليقدم على العقد ضانا أنه في مصلحته والواقع خلاف ذلك¹.

و لقد عرفت الغرفة التجارية الدولية (C.C.I) الاحتيال أو التدليس بأنه:

تمكين أي طرف من الأطراف المتعاقدة في صفقة تجارية سواء المشتري أو المصرف أو السمسار أو الوكيل بأن ينجح دون وجه حق و بطريقة غير مشروعة بالحصول على النقود أو السلع من طرف آخر يكون في ظاهر الأمر قد تعهد له تحديدا بالتزامات مالية و أحيانا ما تتواطأ أطراف عدة في الاحتيال على الطرف الآخر².

إن التدليس يؤدي دوما إلى غلط لأن العيب الذي يشوب الإرادة هو الغلط الذي يولده التدليس ، و هذا الأخير لا يجعل العقد قابلا للإبطال إلا للغلط الذي يولده في نفس المتعاقد³ و تعتبر البيئة الالكترونية حقا خصبا لاستعمال التدليس و دفع المتعاقد إلى إبرام العقد الالكتروني نظرا للتباعد المكاني بين الأطراف من ناحية و لشيوع استخدام الاعلانات لترويج السلع و الخدمات، لذا سنبحث عن أثر هذا التدليس في العقود الالكترونية

الفرع الثاني : أثر الإعلانات الالكترونية الكاذبة في تدليس المتعاقد

غالبا ما يسبق نشاطات التجارة الالكترونية نوع من الدعاية و الإعلان عبر شبكة الانترنت و أصبحت هذه الطريقة من أهم آليات النشاط التجاري في المنافسة و تحقيق الربح عبر الوسائط الالكترونية لا سيما الشبكة العالمية web⁴.

و هذا النوع من الإعلانات أثر على عقيدة المتلقي كونه واسع الانتشار و يقدم المنتجات و السلع بشكل جذاب و بالشكل الحقيقي المجسم للسلعة باستخدام تقنية ثلاثية

¹- انظر: د.وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي و أدلته، الجزء الرابع، النظريات الفقهية و العقود، دار الفكر، الطبعة الأولى، 1984، ص.218.

²- أنشئت هذه الغرفة عام 1919 بباريس و كان لها جهد مميز في حقل تطوير قانون التجارة الدولية كما لها مساهمات فعالة في ميدان التجارة الالكترونية للاطلاع راجع الرابط التالي : <http://www.iccwbo.org>

³- د.أنور سلطان، المرجع السابق، ص 99.

⁴- راجع حول ذلك: د.مراد محمود يوسف الطلق، المرجع السابق، ص 208.

الأبعاد و بحكم انتشار هذه الإعلانات و تنوع أساليبها و تطورها التقني أصبح لها تأثير قوي في سلوك المستهلك¹.

لكن قد يتضمن الإعلان أساليب دعائية منطوية على غش و خداع و تضليل للسلع أو المنتج فتظهرها على غير حقيقتها ما يسهل بإيقاع العميل المستهلك و دفعه إلى التعاقد بطريق التدليس.

لذا يتضح أن التدليس كعيب للإرادة و على خلاف العيوب الأخرى يحتل مكانة كبيرة في مجال العقود الالكترونية نظرا لقدرة بعض التجار على استعمال الوسائط الالكترونية لتغليب المستهلكين و دفعهم إلى التعاقد على سلع ما كانوا ليقبلوا بها لو علموا بحقيقتها².

و كانت فرنسا قد شهدت انتشارا كبيرا لهذه الظاهرة لا سيما باستخدام البطاقات المصرفية بالطرق الاحتيالية مما أثر بشكل كبير على التجارة الالكترونية الأمر الذي دفع بالمشرع الفرنسي بإصدار قانون رقم 2001/1062 المؤرخ في 15 نوفمبر 2001 المتعلق بأمن و حماية البطاقة المصرفية إذ قضى في المادة 132 منه بإعفاء حامل البطاقة المصرفية من أية مسؤولية في حالة الوفاء الذي يتم غشا عن بعد من الغير دون استخدام البطاقة استخداما ماديا ، و كذا في حالة الوفاء الذي يتم بتقليد البطاقة أو تزويرها³.

و نظرا لاستخدام الإعلانات الالكترونية الكاذبة في تضليل المتعاقد سوف نبحث عن مدى اعتبار هذه الآليات تدليسا؟

إن الإجابة عن هذا التساؤل متوقفة على تبيان شروط التدليس و أساليبه، فطبقا للمادتين 86 و 87 من القانون المدني الجزائري فإنه يتطلب للاحتجاج بالتدليس توافر الشروط التالية:

1- استعمال طرق احتيالية.

2- أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد.

¹ راجع : د.رضا متولي وهدان، الخداع الإعلاني و أثره في معيار التدليس، دراسة مقارنة ، دار الفكر و القانون ، مصر ، القاهرة ، طبعة 2009، ص 24.

² د.أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 111.

³ أنظر شرح لهذه المادة :

3- أن يكون التدليس صادرا من المتعاقد أو متصلا به¹.

أما عناصر التدليس فهو يتكون من عنصرين، الأول: ركن مادي وهو يظهر في استعمال الطرق الاحتمالية و العنصر المعنوي يتجلى في نية التضليل المتعاقد لدفعه إلى التعاقد على أمر مخالف لحقيقته².

و هذه العناصر هي نفسها تطبق على التدليس الالكتروني كسبب من أسباب أبطال العقد الالكتروني، و التي تظهر على النحو التالي:

البند الأول : الركن المادي : و يتمثل في استعمال طرق احتيالية كاستعمال العلامة التجارية لشخص آخر دون موافقته أو تعمد نشر بيانات و معلومات غير صحيحة على الموقع الالكتروني لسلع أو خدمات بقصد ترويجها³. و من طرق التدليس الأكثر شيوعا نجد إنشاء موقع وهمي على الانترنت و ليس له أي وجود على الإطلاق كقيام بعض البنوك الالكترونية التي لا وجود لها في الواقع لتدليس بعض العملاء و دفعهم إلى إيداع أموالهم لدى هذا البنك الوهمي من خلال الإعلانات المغرية و نشرها على الانترنت⁴، أو قيام شركة تجارية وهمية ليس لها وجود مادي بعرض بضائع أو خدمات معينة بسعر مغري جدا لجلب المستهلكين و تحريضهم على التعاقد لشرائها و دفع ثمنها عبر وسائل الوفاء الالكترونية بالرغم من عدم وجود البضائع أصلا⁵.

أما عن مدى اعتبار الإعلانات الالكترونية الكاذبة تدليسا فهذا يتطلب التوضيح التالي: إن الكذب لوحده لا يكفي ان يكون تدليسيا موجبا لإبطال العقد فالتاجر الذي يروج لبضاعته و ينتحل لها أحسن الأوصاف لا يعد مدلسا، لأن مثل هذا العمل مألوف في التعامل به أما لو خرج عن هذه الدوائر و كانت التأكيدات التي قدمها التاجر كاذبة هي التي دفعت المدلس

¹- راجع: د.محمد سعيد جعفرور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 162.

²- حول شرح هذه العناصر راجع: د.محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 177.

³- أنظر: د.مراد محمود يوسف المطلق، المرجع السابق، 210.

⁴- د.ممدوح خالد إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 179.

⁵- راجع : عمر خالد الزريقات، المرجع السابق ، ص 198.

عليه إلى إبرام العقد فهنا يعد الكذب تدليسا¹ و عليه يكون الكذب في الإعلانات و الدعاية الالكترونية للمنتجات أو الخدمات تدليسا إذا تجاوز الحد المألوف التعامل فيه²، و كان مؤثرا و دافعا إلى التعاقد مما يخول للمدلس عليه طلب إبطال العقد و التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية³.

الفقرة الأولى : مدى تصور الكتمان العمدي في المعاملات الالكترونية :

كما قد تتجلى طرق الاحتمالية في الكتمان العمدي الذي أشار إليه القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية من المادة 86 منه بقولها: "و يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

و يحدث ذلك عندما يتم عرض بيع الدواء عبر الانترنت عن طريق الصيدلية الالكترونية و يتعمد الصيدلي بكتمان أو عدم ذكر أحد البيانات الهامة الخاصة بالدواء الطبي، كأن لا يذكر موانع استعماله أو لا يحدد التاريخ الذي تنتهي فيه صلاحية الدواء للاستعمال⁴، أو قيام أحد بنوك المعلومات عن الاستفسار عن الوضع المالي للشركة معينة فتقوم هذه الأخيرة بتقديم معلومات صحيحة تكتم عنها شهر إفلاسها رغم علمها بها متعمدة السكوت عنها مما يدفع بالبنك إلى منح هذه الشركة قرضا كبيرة ما كان ليمنحه لو علم بحكم شهر إفلاسها⁵.

و يستقر الرأي على أن الكتمان يتعارض و مبدأ حسن النية الذي يفرض على المتعاقد تقديم البيانات و المعلومات المؤثرة على رضا الطرفين، حيث يوجد الالتزام بالإعلام و

¹- أنظر: د.أحمد عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، الجزء الأول ، ص 394.
²- د.بلحاج العربي ، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد ، المرجع السابق ، ص 50.
³- راجع: د.رضا متولي وهدان ، المرجع السابق ، ص 27.
⁴- د.فيصل محمد محمد كمال، المرجع السابق ، ص 437.
⁵- أنظر: د. حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الالكترونية، دار النشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003، ص75.

النصيحة و التحذير على عاتق المتعاقد الخبير بهدف حماية الطرف الأقل خبرة كي يتمتع بحرية الاختيار و الرضاء الواعي المستنير في إبرام العقد¹.

في حين يذهب بعض الشراح إلى القول بعدم نجاعة نظرية التدليس للقواعد العامة في توفير الحماية اللازمة للمستهلك نظرا لصعوبة إثبات الطرق الاحتمالية في المجال المعاملات الالكترونية و خاصة و أن مرتكب التدليس يعتمد إلى طمس الدليل بإزالة آثار العمليات التدليسية و بأساليب تقنية كإجراء تعديل في المعطيات التي يحتويها جهاز الحاسوب أو البرامج المعلوماتية أو تدميره في ثوان محدودة فلا يترك أثرا ماديا ملموسا مما يعجز معه المدلس عليه اكتشافه و إثباته².

كما أن عملية تظميم الدليل و إتلافه قد تتم من أفراد عاديين من مستخدمي تقنيات الاتصال بمساعدة و مشاركة أشخاص آخرين يتمتعون بقدر كبير من الذكاء و الخبرة الفنية الدقيقة بأسرار تقنيات الاتصال بحيث يستطيعون الهيمنة عليها بدقة فائقة و بصورة يصعب معها الكشف عن أفعالهم و تحديد هويته³ و التلاعب في البيانات الالكترونية على نحو يظهرها على غير حقيقتها.

و من بين طرق مكافحة ظواهر التدليس و الخداع في التعاقد الالكتروني نذكر طريقة الاستعانة على بعض آليات التصديق الالكتروني و هو عبارة عن وسيط الالكتروني معتمد يعمل على توثيق هذه المعاملات الالكترونية⁴ بحيث يمكن الرجوع إليه للاستدلال في حالة تدمير الدليل ليس فقط للتأكد من جدية الإرادة و بعدها عن وسائل الغش و التدليس بل للتأكد كذلك من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية و هو ما يحقق قدرا من الأمان و الثقة لدى المتعاقدين عبر التقنيات الاتصال الالكترونية⁵.

¹-راجع د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 62.

²- أنظر: د. جميل عبد الباقي الصغير، أدلة الإثبات الجنائي و التكنولوجيا الحديثة (البصمة الوراثية-الحاسبات الآلية)، دار الفكر العربي، مصر، 2001، ص170.

³- سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص 170.

⁴- راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 45.

⁵- أنظر: درار نسيم، المرجع السابق، ص 71.

و هناك أيضا طرق أخرى للحد من ظاهرة الغش و التدليس في التعاقد الالكتروني و ذلك عن طريق منح الصلاحية لجهات المعنية بتعقب المواقع التجارية الالكترونية على الانترنت و مراقبتها و التحري عنها و عن جديتها و مدى مصداقيتها في التعامل فإذا تبين لها أن أحدا المواقع غير مقيد لدى أحد شركات الانترنت المكلفة بتحديد الأسماء و الأرقام و المسماة بمنظمة تحديد الأسماء و الأرقام عبر الانترنت الأيكان (ICANN)¹ فهنا يقوم الجهاز بإرسال رسالة تحذيرية لمتعاملين و المستهلكين عبر الشبكة يؤكد فيها عدم مصداقية الموقع أو أن الموقع وهمي لا وجود له².

و يرى البعض أنه من الناحية الواقعية تعد نظرية التدليس غير فعالة في توفير الحماية لطرف الضعيف في التعاقد الالكتروني نظرا للشروط التي تتطلبها دعوى إبطال العقد وصعوبة الإثبات و نفس الأمر ينطبق على فكرة الغلط ذلك ان الالتزام بالإعلام له من الاستقلالية ما قد يغني عن الاستناد إلى النظريات التقليدية في الغلط و التدليس اللتان تقيدان حق المستهلك في طلب الإبطال³، لأن اللجوء إلى المسؤولية التقصيرية كأساس لإخلاق الالتزام بإعلام المستهلك قبل التعاقد قد يسهل و يبسر للمستهلك الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه أمام صعوبة إثبات قيام الغلط بوصفه عيبا لا يستقل عن التدليس⁴ و بالتالي فإن الحل الأمثل لحماية المتعاقد الالكتروني من تصرفات الغش و الخداع و التحايل هو اعتماد فكرة تمكين المستهلك من حق العدول عن التعاقد بقصد حمايته من تسرعه في قبوله للتعاقد⁵.

لكن هذا لا يعني الاستغناء تماما عن دعوى إبطال العقد للتدليس و عدم اعتمادها كليا في حماية المدلس عليه في تعاقداته الالكترونية إذ لا يوجد ما يمنعه من استخدام الطريقتين

¹- هي عبارة عن منظمة تحديد الأسماء و الأرقام عبر الانترنت مهمتها التحكم في هذه الأسماء و الأرقام للسيطرة على آلية المعاملات و الاتصالات عبر الانترنت أسسها الدكتور جون بويستل. أكثر تفصيل راجع :د. عمر محمد بن يونس. الأيكان، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2005، ص.17.

²- راجع : د.حازم الصمادي، المرجع السابق، ص 79. و تفصيل عن هذه الجهات راجع : د.إبراهيم الدسوقي أبو النيل، المرجع السابق، ص 135.

³- أنظر: د.حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 31.

⁴- د.سمير عبد السميع، المرجع السابق، ص 141.

⁵- راجع: DAUGERE, (B) BREESE (S) et THUILIER (P), op.cit , p. 450 .

معا في استرداد حقه أي إذا لم تحقق له دعوى حق العدول لغياب أحد شروطها أو عدم ممارستها داخل الأجل القانوني فيمكنه رفع دعوى الإبطال لسبب التدليس إذا توافرت شروطها.

المطلب الثالث : حدود تصور الإكراه في التعاقد الإلكتروني

يعد الإكراه¹ أحد العيوب التي تشوب إرادة المتعاقد تخوله حق التمسك بإبطال العقد، لكن على ضوء الأحكام العامة لعيب الإكراه يطرح التساؤل التالي هل يمكن أن يتعاقد شخص الكترونياً تحت ضغط الإكراه؟. إن التعاقد تحت وطأة الإكراه يقوم متى استوفى الشروط الثلاثة المشار إليها في المادة 88 من القانون المدني الجزائري و هي :

أ - أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة

ب لمن تكون الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد

ت لمن يصدر الإكراه من المتعاقد الآخر أو متصلاً به²

يكاد يجمع الشراح على أنه لا يمكن تصور وجود الإكراه في التعاقد الإلكتروني و السبب في هذا الاستبعاد يرجع إلى خاصية هذا الأخير من كونه يتم عن بعد و غير وسيلة اتصال الكترونية فلا يعقل أن يمارس أحد المتعاقدين ضغطاً على المتعاقد معه لا يجمعهما مكان واحد. بدليل أنه لما يتم عرض المنتجات و السلع عبر شاشة الانترنت أو التلفاز، وما يصاحبه من تزيين المنتج أو البضاعة، فإن المشاهد أو المستخدم يمكنه تغيير الموقع على الانترنت أو يغلق الحاسوب تماماً كدليل على رفضه التعاقد و عدم قبوله للعرض. كما يمكن له أيضاً قبول العرض من خلال الضغط على زر الموافقة أو الاتصال برقم الهاتف أو الموقع الإلكتروني أو الوفاء بالثمن عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية .

¹-يعرف الإكراه على أنه ضغط تتعرض له إرادة المتعاقد فتولد لديه رهبة تدفعه إلى التعاقد تحت وطأتها، فالذي يعيب الإرادة و يفسدها ليس الإكراه في حد ذاته بل هو الخوف و الرهبة التي يولدها هذا الإكراه في نفس المتعاقد حيث يفقده الحرية و الاختيار حول ذلك راجع :د.أحمد عبد الرزاق السنهوري ،نظرية العقد ،الجزء الأول ، المرجع السابق ، ص 419.وكذلك: د.أنور سلطان ، المرجع السابق، ص 105.

²- تفصيل لهذه الشروط راجع : د.محمد صبري السعدي ،المرجع السابق، ص 187.

إذن المبادرة في تمام العقد ترجع دائما للمستخدم أو المشاهد حيث يعبر عن إرادته بالقبول أو بالقيام ببعض الأعمال المادية و التي بدونها لا يمكن إبرام العقد و بالتالي لا يمكن القول بأن هناك خطر حال يهدده في ماله أو نفسه. ذلك أن التعاقد يتم عن بعد و المتعاقدان يفصلهما بعد مكاني و لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي¹.

لكن هناك من يرى خلاف ذلك فعيب الإكراه يمكن تطبيقه في العقود الالكترونية متى توافرت شروطه. و أما القول بتعارض التعاقد عن بعد و شرط وقوع الخطر حالا فهو غير صحيح لأن الأمر مرتبط بفهم الخطر الحال الذي يحدث بالمتعاقد و يهدده. فالخطر الحال لا يعني التواجد المادي الملموس للمتعاقدين حتى يكون حالا إنما العبرة هي التصور الذي يرسمه التهديد في نفسية المتعاقد المكره، فقد يتم عرض منتج معين على شبكة الانترنت بطريق البريد الالكتروني مصحوب بتهديد المستخدم المرسل إليه بالحاق الأذى في جسمه أو في ماله هو أو أحد أقاربه، إن هو لم يقبل الشراء فيضطر المرسل إليه بعد اطلاعه على الرسالة الالكترونية على قبول التعاقد نظرا لما ولده التهديد من رهبة بينة صورت له أن هناك خطر حال يحدث بأحد أقربائه إن لم يعقد الصفقة. كل ذلك و المتعاقدان يقيمان في أماكن مختلفة².

و يرى البعض³ أنه من الممكن تصور الإكراه في نطاق العقود الالكترونية و يظهر ذلك في مسألة الاحتكار الذي تمارسه الشركات من خلال انفرادها ببيع السلعة في مكان معين أو في زمن معين أو الانفراد بشرائها، كذلك مما يلحق ضررا للمتعاقد الذي يضطر إلى إبرام العقد مع هذه الشركات تحت ضغط العوز الاقتصادي، و مثاله احتكار شخص لمادة قطع غيار نادرة في السوق فيقوم ببيعها عبر شبكة الانترنت بأسعار مجحفة، فيضطر العميل إلى قبولها، حيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك. هذه الصورة تأخذ حكم الضرورة الحالة كوسيلة الإكراه و ما أثيرها من جدل بشأنها، فالعوز الاقتصادي الناتج عن الاحتكار قد و لد رهبة في نفس المتعاقد و حمله على الإقرار بالقبول لشراء السلعة لم يكن ليقبلها اختيارا.

المطلب الرابع : مجال تأثير الإرادة الالكترونية بعيب الاستغلال

¹ - أنظر في ذلك : مراد يوسف الطلق، المرجع السابق، ص 214. وكذلك: د.سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص 174.

² - أنظر: د. رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 78.

³ - د.محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 63.

ورد في المادة 90 من القانون المدني الجزائري أنه: "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيراً في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، و تبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا أن المتعاقد الآخر استغل في ما غلب عليه من طيش أو هوى، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو ينقص التزامات هذا المتعاقد. و يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد، و إلا كانت غير مقبولة. و يجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال، إذا عرض ما يراه القاضي كافياً لرفع الغبن".

هذه المادة عرفت الاستغلال كأحد عيوب الإدارة و بينت الشروط الواجب توافرها لإبطال العقد، و لكن يمكن توقع عيب الاستغلال في التعاقد الإلكتروني؟

تستدعي الإجابة عن هذا التساؤل ضرورة معرفة الاستغلال و شروطه و مدى تأثيره في الإرادة الإلكترونية لحظة إبرام العقد.

يعرف الفقه الاستغلال على أنه عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد و ما يأخذه نتيجة الضعف النفسي للمتعاقد¹ وهو التعريف بالمنظور الشخصي أي ينظر إلى القيمة الشخصية للشئ لا بقيمته المادية. فالغبن هو المظهر المادي للاستغلال، و يعد عيباً في العقد لا في الإرادة لأنه من عيوب الإرادة وفقاً لنظرية المادية² يفيد اختلال التعادل بين الأخذ و العطاء و قد كان في السابق يعتقد به لوحده كعيب مستقل.

ثم تطورت نظرية الغبن المادية إلى نظرية الاستغلال النفسية فالى جانب عدم التعادل المادي يقوم العنصر النفسي و هو استغلال حالة الضعف في نفس المتعاقد، و أصبحت التشريعات الحديثة³ تأخذ بالنظرية العامة للاستغلال إلى جانب الاحتفاظ بنظرية الغبن في الحالات المحددة إذ يلاحظ أن المشرع الجزائري قد اعتنق نظرية الاستغلال مع استبقائه للنظرية التقليدية المادية للغبن و حدد لها تطبيقات معينة في بعض العقود و هو ما أشارت إليه المادة 91 من القانون المدني: "يراعى في تطبيق المادة 90 عدم الإخلال بالأحكام الخاصة

¹- راجع: د. محمد حسنين، المرجع السابق، ص 55. و كذلك: د. خليل أحمد حسن قعادة، المرجع السابق، ص 64.

²- حول التطور التاريخي لنظرية الغبن راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، ص 445.

³- منها المادة 1118 من القانون المدني الفرنسي والمادة 125 قانون العراقي و 138 ألماني و 21 السويسري

بالغبين في بعض العقود"، وفقا لهذه المادة نذكر التطبيقات الواردة على سبيل الحصر للاعتداد بالغبين لوحده مستقلا و هي :

- بيع عقار بغبين (المادة 398 من القانون المدني الجزائري).

- القسمة الرضائية للمال بين الشركاء(المادة 732).

- شركة الأسد أو الشركة الحائزة 420 و 426.

- عقد الوكالة بأجر المادة 981 من القانون المدني .

- الشرط الجزائي المادة 184 من القانون المدني .

و عليه فإن عيب الاستغلال يقوم على عنصرين أحدهما موضوعي و هو اختلال التعادل اختلالا فاحشا و الآخر نفسي و هو استغلال ضعف في نفس المتعاقد و في ذلك الهوى الجامح و هو الرغبة الشديدة التي تقوم في نفس الشخص تجعله يفقد سلامة الحكم على أعماله معينة و الطيش¹ البين و بالرغم من أن نطاق المعاملات الالكترونية لم يعد تستخدمه فئة المتعاملين الذي يتصفون بالعلم الجيد للمعلوماتية بل أصبح مجال المعرفة بهذا المجال جيدا لدى الغالبية من المستخدمين فضلا عن إمكانية الاستفسار بسهولة و سرعة عن أية معلومة تكشف عن أي استغلال قد يمارسه أحد المتعاقدين و بالتالي أدت هذه المعرفة الواسعة إلى تضيق نطاق الاستغلال في مجال التعاقدات الالكترونية².

و رغم ذلك يبقى عيب الاستغلال متوقع حدوثه في التعاقد الالكتروني خاصة لدى فئة المستخدمين الجدد التي ليست لها دراية كافية و الخبرة اللازمة في هذا المجال فيعمد المتعاقد إلى استغلال هذا الضعف المتمثل في عدم القدرة و عدم التجربة و الرعونة ليدفعه إلى إبرام العقد و يدفع ثمنا للبضاعة أو الخدمة أكبر من القيمة الشخصية للسلعة و ما كان ليفعل ذلك لولا هذا الضعف الذي اعتراه خاصة في العقود الفورية التي لا تسبقها عادة المفاوضات،

¹- لمزيد من التفصيل راجع: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص151. وكذلك: د. خليل حسن قداد، المرجع السابق، ص66.

²- أنظر !!!!!: D'AUGERE (B), BREESE (S) et THUILIER (P), op.cit. p

و الملاحظ أن الضعف المشار إليه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري هو الضعف النفسي المتمثل في الهوى الجامح و الطيش البين و ليس الضعف في الملكات الفنية و الأدبية كعدم الخبرة الفنية في مجال التعاقد الالكتروني و بالتالي يجب التوسع في مفهوم الضعف الذي يعتري إرادة المتعاقد المغبون على أن لا ينحصر و يقتصر على الهوى الجامح و الطيش البين و ذلك لأجل تعميم نص المادة 90 على التعاقد الالكتروني.

و لقد نص قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي على أنه " يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضر أو آجلا، بأي شكل من الأشكال بخطيئة تتراوح بين 1000 و 2000 ديناراً و ذلك إذا تبث من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام او تبث أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية"¹. و بعد دراسة عيوب الإرادة بصورها الأربعة يستنتج انه بالرغم من خصوصية التعاقد الالكتروني باعتماده على الوسائط الالكترونية و انتمائه للعقود المبرمة عن بعد و غياب التعاصر المادي الملموس لأطرافه إلا أن نظرية عيوب الإدارة تجد لها أهمية في مجال العقود الالكترونية و لا يمكن التقليل من دورها في حماية المتعاقد و ضمان سلامة إرادته عن التعبير عنها و أن الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد الالكتروني لا يغير من الطبيعة الجوهرية و للقواعد التي يقوم عليها في العالمين الافتراضي و المادي.

و كل ما في الأمر أن نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات متفاوتة في العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت. و تبقى الصعوبة في تطبيق نظرية عيوب الإرادة على عقود البيئة الالكترونية تكمن في إثبات هذه العيوب فبالرغم من الحلول المستخدمة في هذا الشأن و المشار إليها سابقا إلا أنها لا تعطي ضمانات كافية و حلول نهائية لحماية المتعاقد الذي أعيب إرادته لذا يرى البعض أن الوقاية من الوقوع في عيوب الإرادة تبقى مفضلة على العلاج و

¹- حول شرح هذه المادة راجع : عبد الفتاح بيومي حجازي، المقدمة في التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 11.

هذا نتيجة طبيعية لخطورة إبرام التصرفات القانونية الالكترونية و ما يترتب عليها من مشاكل قانونية خصوصا لعيب الإكراه و الاستغلال¹.

لذا يجب عدم الإقدام على إبرام التصرفات الالكترونية عبر الانترنت إذا لم يكن لدى المتعاقد ثقافة خاصة باستخدام شبكة الانترنت حتى تجعل منه مستهلكا واعيا.

المطلب الخامس : الأهلية القانونية لأطراف التعاقد الالكتروني

إن العقد الالكتروني شأنه شأن أي عقد تقليدي يشترط لصحة انعقاده توافر الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه، إن التحقق من توافر هذه الأهلية في التعاقد الالكتروني أمر عسير لأن إبرامه يتم عن بعد عبر شبكة اتصال الكترونية و تحتاج أطراف التعاقد إلى تحديد الشخص الذي يتم إبرام التعاقد معه سواء من خلال البريد الالكتروني أو عبر مواقع الويب، و هذا لأجل تحديد مدى أهليته في التعاقد و إمكانيته في التحمل للالتزامات القانونية الناتجة عن إبرام هذا النوع من العقود و بالتالي يكون احتمال عدم اكتمال أهلية أحد المتعاقدين و ارد بدرجة كبيرة يستتبع ذلك تزايد المخاوف و الشكوك من إبطال العقد.

فالتعاقد الالكتروني يتم بين طرفين غائبين على خلاف التعاقد التقليدي الذي يتم بين حاضرين أصلا فيكون من اليسير لأي متعاقد في ضوء المظهر الخارجي للمتعاقد الآخر أن يتحقق أن من اكتمال أهليته ، بل ويمكنه عند الشك أن يطلب منه إبراز ما يثبت هويته إذا كان شخصا طبيعيا أو شهادة تسجيل الشركة أو التفويض بالتوقيع إذا كان معنويا².

في حين أن هذه السهولة و اليسر في التحقق من أهلية المتعاقدين لا نلمسها في التعاقد الالكتروني إذ يعتمد الكثير من المتعاملين بعدم الإفصاح عن هويتهم و أهليتهم في إبرام التصرفات و سبب ذلك مرجعه التهرب من مسؤوليتهم خاصة إذا كان غرضهم في إبرام العقد غرض غير نبيل كما قد يحدث أن يعتمد ناقص الأهلية إلى إجراء تصرفات قانونية و إبرام

¹- راجع: د. فاروق الاباصيري، المرجع السابق، ص 23. وكذلك: د. محمود مراد يوسف الطلق، المرجع السابق، ص 219.

²- د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 65.

عقود الكترونية بالرغم من صغر سنه¹ ونفس الأمر يتعلق بذوي العاهة العقلية و المفلس و من يأخذ حكمهم و تكاد تكون هذه المسألة من أهم المشكلات التي تواجه العقد الالكتروني.

و لقد سارعت تشريعات المعاملات الالكترونية إلى الزام الأطراف بالكشف عن هويتهم وتحديد أهليتهم و ذلك لأجل تجنب أي شكل من أشكال الاحتيال و الخداع و التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة بصورة فنية دقيقة مما يكرس الأمان و الثقة في المعاملات الالكترونية².

فقد نص التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بالبيع عن بعد أنه ينبغي على المهني قبل إبرام العقد أن يقوم بإعلام المستهلك بقائمة من البيانات الإلزامية و التي تضمن تحديد ذاتية مقدم المنتج أو الخدمة³.

في حين أن التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 08 جانفي 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية فقد ألزم البائع بأن يضع لزبونه اسم شركته و عنوانه الجغرافي و عناصر تحديد هويته و أهليته.

و لأجل البحث عن حلول هذه الإشكالية سوف يتم عرض هذه القواعد العامة بشأن الأهلية ثم التحدث عن الحلول البديلة لمشكلة تحديد شخصية المتعاقد و أهليته في التعاقد الالكتروني.

الفرع الأول: ماهية الأهلية و آثارها على العقد الالكتروني

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق و التحمل بالالتزامات و مباشرة التصرفات القانونية التي يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر⁴. ويعرفها البعض بأنها

¹- أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 309.

²- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 107.

³-راجع المادة الرابعة من هذا التوجيه.

⁴- د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 39.

صلاحية الشخص لأن تكون له حقوق و صلاحية استعمالها¹ و في اصطلاح الفقهاء هي صلاحية الشخص لثبوت المشروعية له ووجوبها عليه و صحة التصرفات منه²

و هي على نوعان: أهلية الوجوب و هي صلاحية لأن تثبت له الحقوق و تقرر عليه الالتزامات و هي تثبت للشخص بمجرد ولادته و بالتالي ترتبط أساسا بالشخصية القانونية تقوم بوجودها و تنعدم بغيابها³ أما أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لاستعمال الحق و في تعريف آخر هي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعا⁴.

و تربط أهلية الأداء باكتمال الإدراك و التمييز، أما أسباب تأثرها من حيث الكمال و النقص و العدم يرجع إلى عوامل مختلفة منها السن و العقل و حسن التدبير⁵، فقد يكون الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد⁶ ما لم تعتريه احد عوارض الأهلية كالجنون و العته و الغفلة و السفه، أما ناقص الأهلية فيجوز له إجراء التصرفات التي تعود عليه بالنفع الكامل في حين تعد تصرفاته الدائرة بين النفع و الضرر قابلة للإبطال لمصلحته، فيما تبطل تصرفاته الضارة ضررا محضا⁷ و أحكام الأهلية من النظام العام لأنها مقررة لمصلحة عدم الأهلية و ناقصوها، و هو ما تأخذ به أغلب التشريعات الوضعية بما فيها التشريع الجزائري إذ نص في المادة 45 من القانون المدني على أنه "ليس لأحد التنازل على أهليته و لتغيير أحكامها" و يعد كل اتفاق يتضمن نزول الشخص عن أهليته أو التعديل في أحكامها باطلا بطلان مطلق لتعلقها بالنظام العام.

الفرع الثاني : الوسائل التقنية للتحقق من الأهلية و إثباتها

إن انتشار المعاملات الالكترونية و ازدهارها متوقف على الضمانات التي توفرها للمتعاقدین في البيئة الالكترونية و منحهم الثقة و الأمان عند إقدامهم على إبرام العقود و أن

¹ - أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص314.

² - راجع: د. وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص116.

³ - أنظر: د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص153.

⁴ - أنظر تفصيلا عن ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص317.

⁵ - راجع: د. لبنى مختار، المرجع السابق، ص70.

⁶ - حددت المادة 40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد بـ 19 سنة كاملة.

⁷ - أشارت إليها المواد 82 و 83 و 85 و 86 من قانون الأسرة. و حول الشرح المستفيض راجع: د. سعيد جعفر، تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الاسلامي، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 05.

تكون هذه الضمانات كفيّلة بتحديد هوية المتعاقدين و تحديد حقيقة التعامل و مضمونه، و لقد لقيت التعاملات الالكترونية بعض الصعوبات لا سيما في مسألة التعرف على هوية المتعاقد الآخر¹.

و نظرا لأهمية التأكد و إثبات أهلية المتعاقد في العقود الالكترونية تضافرت الجهود الدولية و الوطنية لتذليل المعقبات التي تتعرض التحقق من أهلية المتعاقدين و العمل على بث الثقة في المعاملات الالكترونية و تحقيق استقرارها و تشجيع انتشارها² و قد أدى تكاتف جهود خبراء التقنية المتخصصين إلى إيجاد بعض التقنيات المتطورة في محاولة المساهمة في حل مشكلة إثبات الأهلية و التحقق منها، كالبطاقات الالكترونية الذكية، و التصديق الالكتروني، و التوثيق الالكتروني.

البند الأول: التوثيق الالكتروني

هو قيام جهة معين تكون كطرف ثالث تتمثل في أفراد أو شركات أو جهات مستقلة و محايدة بدور الوسيط بين المتعاملين المتعاقدين لتوثيق معاملاتهم الالكترونية تسمى بجهات أو سلطات التوثيق.

و دور جهات التوثيق لا يقتصر على تحديد هوية المتعاقدين في التصرف الالكتروني و تحديد أهليتهم للتعامل و التعاقد بل تقوم بالإضافة إلى ذلك بالتحقق من مضمون التعاقد و سلامته و كذلك جديته و بعده عن الغش و الاحتيال كما يقوم بمهام أخرى كتعقب المواقع الالكترونية التجارية على الانترنت للتحري عن مصداقيتها فإذا تبين لها عدم أمن أحد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين توضح فيها عدم مصداقية الموقع³.

¹ - أنظر: أ. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011-2012، ص 71.

² - راجع: محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 70. وكذلك: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 157.

³ - راجع: RABAGNY- LAGOVA (A), op.cit,p.47.

كما تقوم جهات التوثيق الإلكتروني بإصدار المفاتيح الإلكترونية التي بمقتضاها يتم تشفير التعاملات الإلكترونية¹. وكذلك تقوم بإصدار التوقيع الرقمي و شهادات توثيق التوقيع التي تشهد بمقتضاها على صحته و نسبته إلى من صدر عنه. إلى جانب قيامها بإمساك سجلات خاصة بالتوقيعات الإلكترونية توضح فيها ما هو قائم من هذه التوقيعات، و ما ألغى أو أبطل منها و ما تم إيقافه و تعليق العمل به.

إن فالتصديق الإلكتروني وسيلة فعالة تمكن المتعاقد من اللجوء إليها كوسيط الكتروني محايد لأجل التحقق من أهلية المتعاقد الآخر و معرفة هويته و إصدار شهادات مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد الإلكتروني².

لذا سارعت اغلب التشريعات الوضعية التي اهتمت بالمعاملات الإلكترونية بهذه الوسيلة و نظمتها و أقرتها في نصوصها القانونية. و كان القانون النموذجي لهيئة الأمم المتحدة بتاريخ 2001/07/05 المتعلق بالتوقيعات الإلكترونية، قد عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 01/02 بأنه: "بيانات في شكل الكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات...."³. عرف التوجيه الأوروبي الخاص بالتوقيع الإلكتروني رقم 1999/93 الصادر بتاريخ 13 ديسمبر 1999 في المادة الثانية منه جهات التوثيق الإلكتروني بأنها كل شخص قانوني طبيعي أو اعتباري يقوم بتقديم شهادات الكترونية للمتعاملين أو يقدم لهم خدمات مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية⁴.

¹ - أنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، التوقيع الإلكتروني و مدى حجيته في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد 04، سنة 2005، ص 125.

² - أنظر: د. خالد سعد ز غلول، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد 05، ص 173.

³ - أنظر: النص الكامل لهذا القانون على الرابط التالي :

<http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electom/ml-elecsig-a.pdf>

⁴ - التوقيع الإلكتروني هو مجموعة من الأرقام تربط بالمعلومات التي يرغب المرسل في إرسالها للطرف الآخر و احتواء التوقيع على هذه المعطيات يدل على ارتباط صاحبه و اعترافه بما ورد في الوثيقة الإلكترونية المرسلة ، راجع د. فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 114. كما عرفه المشرع الجزائري في المادة 03 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المتضمن المصادقة على التوقيعات الإلكترونية بأنه: "معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 01 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975".

كما أُلزم هذا التوجيه دول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بالترخيص لقيام جهات خاصة يعهد إليها باعتماد التوقيعات الالكترونية عن طريق شهادات تصدرها تفيد استيفاء التوقيع الرقمي للشروط اللازمة للاعتماد عليه و ارتباطه بالمستند الذي يرد عليه، مع تأمينه ضد أي تعديل أو تغيير في مضمونه¹.

و لقد تدارك المشرع الجزائري أهمية هذه الجهات، فبادر بإصدار المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30/05/2007 الذي عدل المرسوم التنفيذي رقم 01-123 الصادر بتاريخ 09 مايو 2001 المتعلق بالاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية²، و نظم شهادات المصادقة على التوقيع الالكتروني تحت اسم "الشهادات الالكترونية"، حيث عرفها في المادة 03 مكرر/08 بأنها: "وثيقة في شكل الكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الالكتروني و الموقع"، و عرف الشهادات الالكترونية الموصوفة بأنها: "شهادة الكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة"³. في حين عرف ذات القانون مؤدي خدمات التصديق الالكتروني بأنه: "كل شخص في مفهوم المادة 8 - 8 من القانون رقم 03-2000 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1421 الموافق 5 غشت سنة 2000 والمذكور أعلاه، يسلم شهادات إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى في مجال التوقيع الإلكتروني"⁴.

و في القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 202 المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية تم إنشاء نظام مزود خدمات التصديق حيث تنص المادة 02 منه على أن مزود خدمات التصديق الالكتروني هو: "أي شخص أو جهة معتمدة بها تقوم بإصدار شهادات تصديق الكترونية أو مهمات متعلقة بها و بالتوقيع الالكتروني".

¹- راجع المادة الخامسة الفقرة الثانية.

² - ج.ر. عدد 27، الصادرة في 13 ماي 2001.

³ - المادة 3 مكرر/09 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162. ج.ر. عدد 37، الصادرة في 07 جوان 2007.

⁴ - المادة 3 مكرر/10 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162.

أما القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية فقد عرف شهادة التوثيق على أنها: "الشهادة التي تصدر عن جهة مرخصة لتأكيد نسبة التوقيع الالكتروني إلى شخص معين بناء على إجراءات توثيق معتمدة"¹.

في حين أن القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الالكترونية فقد استحدث ما يسمى "بالوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية" و حدد مهامها و هي عبارة عن مؤسسة عمومية لا تكتسي صبغة إدارية تتمتع بالشخصية المعنوية و بالاستقلال و تخضع في علاقاتها مع الغير إلى التشريع التجاري، و مقرها بتونس العاصمة².

و لقد اهتم المشرع التونسي بتنظيم هذه الوكالة كجهات توثيق تنظيميا مفصلا فمنح الإشراف عليها لما أسماه بمزودي خدمات المصادقة الالكترونية تشرف على رقابة هذه الوكالة فضلا عن المهام المشار إليها في المواد من 09 إلى 24 و من بين أهم هذه المهام و الاختصاصات مهمة إصدار شهادات مصادقة تستجيب لمقتضيات السلامة و الوثوق بها و تضبط المعطيات التقنية المتعلقة بالشهادة و الوثوق بقرار من الوزير المكلف بالاتصالات. و تتضمن هذه الشهادة بالخصوص:

- هوية صاحب الشهادة.
- هوية الشخص الذي أصدرها و إمضاءه الالكتروني.
- عناصر التدقيق في إمضاء صاحب الشهادة.
- مدة صلاحية الشهادة.
- مجالات استعمال الشهادة³.

أما قانون إمارة دبي المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية فقد أسند أعمال المصادقة الالكترونية إلى شخص يسمى "مراقب خدمات التصديق" يتم تعيينه بقرار من رئيس سلطة منطقة دبي الحرة للتكنولوجيا و التجارة و الإعلام.

¹- أنظر: المادة الثانية من هذا القانون و التعليقات بشأنها محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 120.

²- أشار إليها في المادة الثامنة منه.

³ - حول تفاصيل أكثر راجع: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص 12.

في حين عدت المادة 24 من ذات القانون الاختصاصات و الواجبات التي تقع على مزود خدمات التصديق منها: ممارسة العناية المعقولة لضمان دقة و اكتمال كل ما يقدمه من بيانات جوهرية ذات الصلة بالشهادة أو المدرجة فيها طيلة سريانها ، و أن يوفر الوسائل يكون من المعقول الوصول إليها بحيث تمكن الطرف الذي يعتمد على خدماته من التأكد من ما يلي :

- هوية مزود خدمات التصديق.
- أن الشخص المعينة هويته في الشهادة لديه السيطرة في الوقت المعني على أداة التوقيع المشار إليها في الشهادة.

و يخلص القول أن شهادات التوثيق الالكترونية التي تصدرها جهات التوثيق هي وسيلة تأكيد أن التوقيع الالكتروني أو الرسالة الالكترونية بصفة عامة صادرة ممن نسبت إليه، و أن توقيعه صحيح و أن البيانات الصادرة من المتعاقد بهويته بما فيها أهليته و سنه القانوني كلها بيانات صحيحة¹.

كما أن التحقق من المعلومات السابقة و مدى صحتها يتم عن طريق استخدام المفتاح العام لمن صدرت عنه الشهادة الالكترونية و الذي يكون مذكورا في الشهادة نفسها ، نظرا للارتباط بين هذا المفتاح العام و المفتاح الخاص لصاحب الشهادة².

وعليه فإن ارتباط شهادة التوثيق بالإجراءات المكونة للتوقيع الالكتروني يثبت لما لا يدع مجالاً للشك نسبتها إلى المتعاقد و يحدد أهليته، و هذا من شأنه إضفاء نوع من الثقة على التعامل الالكتروني.

البند الثاني : البطاقات الائتمانية الالكترونية:

البطاقات الالكترونية هي عبارة عن بطاقات ذكية تتمثل في رقائق الكترونية يتم تصنيعها من مادة بلاستيك معالج بكثافة من السيليكون و من وحدات و شرائح فائقة القدرة،

¹- أنظر: فاروق الأباصيري ، المرجع السابق ، ص119.

²- د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص82.

و التي يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم ، اللقب ، و السن ومحل الإقامة و المصرف المتعامل معه و جميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة ، و تعتبر هذه البطاقة بمثابة الحاسوب المتنقل لكونها تحتوي على سجل كامل من المعلومات و البيانات للشخصية و الرقم السري¹.

و هذه البطاقات مزودة بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزيف و التزوير و سوء الاستخدام من طرف الغير في حالة سرقتها أو محاولة تقليدها نظرا لنوعية المادة المستخدمة منها ، و كذا الشريط الممغنط و الرقم السري و أحيانا ترفق بها الصورة الفوتوغرافية لصاحبها².

و تستخدم هذه البطاقات الالكترونية على نطاق واسع و في مجالات مختلفة كاستخدامها كبطاقة تعريف الهوية ، أو كبطاقة الكترونية المصرفية و هي الصورة الأكثر شيوعا . و بالرغم من وسائل الحماية التي تتمتع بها مثل هذه البطاقات و الاحتياطات التي يتخذها المتعاملون و المتعاقدين لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقتهم الالكترونية إلا أنها أصبحت محل الاحتيال و الاستيلاء على البيانات ، و كذا على أموال المتعاملين و المتعاقدين بها من خلال أساليب القرصنة الالكترونية³ و العبث بها من طرف أشخاص يتمتعون بالدهاء الالكتروني و لهم خبرة فائقة في مجال التقنيات الحديثة و يتميزون بالقدرة الكبيرة على ابتداء الطرق الاحتيالية باستخدام أحدث التقنيات لاخرق النظم المعلوماتية⁴ و الولوج إلى البيانات الغير مرخص لهم بالدخول إليها و القيام بنسخها أو تغيير هذه البيانات التخريب بمحتواها و إعاقتها عن العمل ، و ذلك عن طريق استعمال الفيروسات تؤدي إلى أتلاف هذه المعلومات و تدميرها أو تغيير مضمونها⁵.

¹ - د.أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص153. و أنظر بشأن ذلك: درار نسيمه، المرجع السابق، ص.91.

² - أكثر تفصيل راجع: د. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، دار الفكر الجديدة، القاهرة، 1999، ص58.

³ - د.بشار طلال أحمد مومني، المرجع السابق، ص114.

⁴ - د.مراد محمد يوسف الطلق، المرجع السابق، ص219. وكذلك: أ. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص158.

⁵ - راجع: BENSOUSSAN (A).op.cit. p.76.

و لكن تم التصدي لهذه المشكلة باستخدام برامج مضادة للفيروس ANTI-VIRUS وتتميز هذه البرامج بوقف انتشار مثل هذه الفيروسات فضلا عن توصل العلم إلى وسائل تمكن من تشفير البيانات بما يمكن حفظ سرية المعلومات و البيانات الالكترونية¹. إذ يعد التشفير وسيلة حماية فنية هامة تمنع الغير من التقاط الرسائل أو المعلومات أو الاطلاع عليها كما تمنعه من تعديل البيانات أو تغييرها².

الفرع الثالث : العقود النموذجية.

من بين الحلول التي لجأت إليها التشريعات الالكترونية لتفادي المشاكل التي تثيرها صعوبة تحديد هوية و أهلية المتعاقد في التعاقد الالكتروني هي اعتماد العقود النموذجية أو النمطية، و هي عقود توضع على المواقع التجارية الالكترونية و تحدد على حسب طبيعة كل عقد و تتضمن الأمور المطلوبة من الطرفين للاتفاق عليها فيمكن للمتعاقد أو لصاحب الموقع التجاري الالكتروني أن ينص في هذا العقد النموذجي على شروط تحدد هوية الطرف المتعاقد و اهليته كأن يدرج شرط بأنه لا يتعاقد مع من لم يبلغ سن الرشد أو ان لا يقبل إبرام العقد مع أي شخص أجنبي عن دولته³ وقد يتم صياغة العقد النموذجي بصورة تمنع أي فئة من الأشخاص الغير المرغوب بهم بأن يبرموا هذا النوع من العقود على هذه المواقع⁴.

و تلجأ بعض المواقع على الانترنت باعتماد و الاستعانة بالعقود النموذجية للتعاقد الالكتروني و التي تم صياغتها بموجب نصوص قانونية كما هو الحال بالنسبة للعقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية و الذي تم اعتماده من طرف مكتب غرفة التجارة و الصناعة للاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية في 1998/04/30، و هذا العقد النموذجي

¹ - أنظر : فيصل محمد محمد كمال، المرجع السابق ، ص351.

² - عرفت المادة من قانون رقم 2000/83 المتعلق بالمبادلات و التجارة التونسي التشفير على أنه: " استعمال رموز و إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى معلومة بدونها " و لتفصيل أكثر راجع : محمد أمين الرومي ، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، مصر، ط 2004، ص29.

³ - د.محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق ، ص66.

⁴ - أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق. ص400.

الفرنسي ينظم معاملات التجارة الالكترونية بين التجار و المستهلكين في فرنسا¹ حيث ألزم الموجب بأن يدخل بياناته الشخصية و هي الاسم و الصفة التجارية و تاريخ ميلاده و رقم الإقليم الوطني و عنوان مقره و العنوان الالكتروني والهاتف و الفاكس، كما ألزم هذا العقد كذلك الموجب بأن يدخل البيانات الخاصة به و التي تعرف بهويته² و كذلك الأمر بالنسبة للعقد النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الصادر بتاريخ

.....

و لكن العقود النموذجية لم تعط حولا كاملة لمسألة التحقق من أهلية المتعاقد إذ يأخذ عليها أن البيانات و المعلومات عن هوية المتعاقد و التي يدونها في العقد النموذجي لا يوجد ما يؤكد أنها معلومات حقيقية، فقد يلجأ احد المتعاقدين إلى إدخال بيانات غير صحيحة كإعطاء سنه القانونية غير عمره الحقيقي، وذلك بقصد الاحتيال فيقوم بإبرام عقود أخرى بتقمص هوية أخرى، لذا فإن اللجوء إلى العقود النموذجية للتغلب على إشكالية تحديد أهلية المتعاقد و هويته تبقى وسيلة قاصرة عن تحقيق الغرض الذي وضعت من أجله³.

و رغم أن هذه الأساليب و التدابير السابق ذكرها تحقق نوعا من الثقة لدى المتعاقد في مسألة تحديد هوية المتعاقد الآخر و التحقق من أهليته إلا أن هذه التدابير تعطي حولا جزئية فقط و لا يمكن لها أن تعالج كل مخاطر التعاقد مع غير كامل الأهلية أو ناقصها، كحالة قيام القاصر باستخدامه لبطاقة الائتمان الالكترونية الخاصة بأحد والديه في التعامل مع متعاقد حسن النية⁴.

فهل يستطيع المتعاقد الالكتروني الراشد حسن النية الرجوع بالمسؤولية على القاصر أم على مسؤولة المدني؟

¹ - نفس العقد تم اعتماده من طرف اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة و المبادلات الالكترونية في 04 ماي 1998. أنظر في ذلك:

La semaine juridique entreprise et affaires, N° 41, 08 octobre 1998. p 1579.

² - راجع المادة الثالثة وما يليها من هذا القانون.

³ - راجع : BEAURE D'AUGERES (G). BREES (P) et THUILIER (S), op.cit, p..

⁴ - أنظر : د. أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص 38.

أولا سنبحث في القواعد العامة و نبين النصوص القانونية التي عالجت مسألة التدليس الصادر من القاصر في إخفاء أهليته و كذا حدود مسؤولية القاصر ثم نبحت عن الحل الراجح في المعاملات الالكترونية.

يفرق الاتجاه الفقهي بين نوعين من العقود :الأولى و هي العقود أو التصرفات البسيطة و التي توصف بأنها أعمال حياة يومية أو الاعتيادية للمتعاقد كسواء الكتب أو الألعاب أو برامج الحاسوب أو شراء الأطعمة عبر شبكة الانترنت فهذه العقود لو أبرمها القاصر فلا حاجة لإبطالها لبساطتها كما لا يمكن الرجوع عليه¹.

أما الصنف الثاني و التي تسمى بالعقود الربحية² كعقود إيجار السيارات و شراء البضائع، أي كل تصرف لا يدخل ضمن مفهوم الأعمال الاعتيادية البسيطة و لكنه قام بإبرامها باستخدام بطاقة الائتمان الالكترونية لأحد والديه فهنا تطبق قاعدة الوضع الظاهر و بالتالي يمكن للمتعاقد الراشد حسن النية الرجوع على والد القاصر و يلزمه بالعقد الذي أبرمه ابنه القاصر ،لأن قيام هذا الأخير باستخدام بطاقة أبيه كان في مظهر صاحبها الراشد إذ تولد في اعتقاد المتعاقد معه انه يتعامل مع الشخص الراشد صاحب البطاقة و انتمن لهذا الظاهر، كما يمكنه الرجوع على القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية.

و فكرة الظاهر هو عبارة عن مصطلح قانوني يقصد به إتمام التصرف في ظروف من شأنها أن يعتقد أحد أطرافه _ على عكس الحقيقة _ اعتقادا مبررا بقانونية مركز التصرف و يترتب على ذلك نفاذ التصرف كما لو كان صادرا من صاحب المركز القانوني الصحيح³.

و لأجل الاعتداد بفكرة حماية الظاهر يجب توافر عنصرين هما:

العنصر الموضوعي: وهو يتوافر على وجود علاقات تجارة مستمرة يمكن من خلالها القول بوجود مركز وضعي.

¹- أنظر: أ. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص71. و كذلك:

D'AUZON (O), le droit du commerce électronique, éd du puits fleuri Paris, 2004. p 35.

²- راجع: مراد محمود يوسف الطلق. المرجع السابق، ص185.

³- د. عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص75.

العنصر الشخصي: هو اعتقاد المتعاقد على نحو شرعي بسلامة العمل الصادر للطرف الآخر كما لو كان صادرا من صاحبه الحقيقي¹.

و لقد أجاز القانون الأمريكي للقاصر بالرجوع عن العقد الذي أبرمه عبر الانترنت في أي وقت يشاء لكن في المقابل حمله مسؤولية تقصيرية و ليس عقدية على أساس الأضرار التي سببها رجوعه عن العقد للمتعاقد الآخر والتي تبقى مستقلة عن العقد². و يهدف المشرع الأمريكي في موقفه هذا إلى إجبار القاصر على تنفيذ التزاماته التي رتبها العقد على أساس المسؤولية التقصيرية إذ لا يكون بإمكانه القيام بذلك على أساس المسؤولية العقدية³. و يرى جانب آخر من الفقه أنه يمكن للمتعاقد الراشد الرجوع على والد القاصر و هو من الغير على أعمال ابنه القاصر على أساس المسؤولية العقدية و ليس التقصيرية و هذا بناء على فكرة "الوكالة الحتمية" التي تفيد بأن القاصر في استخدامه لبطاقة الالكترونية _ المملوكة لوالده _ مع المتعاقد حسن النية قام بها كوكيل ضمني عن أبيه الموكل⁴.

أما الفقه الفرنسي تصدى لهذه المسألة و ميز بين وضعين :

الأول: يتعلق بعقود الحياة اليومية *L acte de la vie courante* و الذي يسمح للقاصر بالتصرف بمفرده دون الرجوع على وليه ، و هذا المفهوم يمكن أن يغطي كل ما يخص الاستهلاك اليومي كبرامج معالجة المعلومات و الالعاب التي يستطيع الحصول عليها عن طريق الانترنت ، فمثل هذه العقود تبقى عقود صحيحة لا تبطل لمجرد ابرامها من القاصر كما لا يمكن الرجوع عليه .

¹ - د. عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص76.

² - أنظر: طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية و الاتفاقات الدولية، رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، 2002، ص 282.

³ - أنظر:

DEBRA CAMERON , Electronic commerce –The new business Platform for the internet ,Computer technology Research Corp. , U.S.A, Second edition 1999.p.56.

ذكره : خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الالكتروني ، المرجع السابق ، ص 173.

⁴ - د. عمر عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 314.

الثاني : يمكن للغير المتعاقد مع القاصر الرجوع على والد القاصر عن الأضرار
اللاحقة به على أساس فكرة التوكيل الضمني ذلك أن القاصر يعد كمفوض أو وكيل عن والده
هذا الأخير يبقى قادرا على الوفاء بمبلغ التعويض و دفع الثمن¹ .

و الرأي الراجح يرى بأن تمكين المتعاقد الراشد حسن النية من الرجوع على والد
القاصر بدعوى التعويض يجب أن يكون على أساس المسؤولية التقصيرية عن الأضرار
التي لحقته من جراء إبطال العقد و ليس على أساس المسؤولية العقدية و هو أمر منطقي
يتمشى و أحكام نظرية البطلان ذلك أنه من آثار تقرير الإبطال سريانه بأثر رجعي فلا
نكون أمام عقد حتى نرتب مسؤولية عقدية ، كما أن الاعتماد على المسؤولية التقصيرية
يتفق مع مبادئ العدل و المساواة².

فضلا عن ذلك فإن تطبيق المسؤولية التقصيرية كأساس لمساءلة القاصر عن استخدامه
للبطاقة الائتمانية الالكترونية دون وجه حق يحقق استقرار المعاملات التجارية الالكترونية
التي تتم عبر الانترنت و يضيف المزيد من الحماية القانونية لبطاقة الائتمان إذ يفرض على
الآباء أصحاب هذه البطاقات الحرص في الحفاظ عليها و العناية بها³.

كما ان هذه الحلول تتفق مع ما جاءت القواعد العامة في القانون المدني الجزائري
التي تحكم التصرفات التي يبرمها القاصر على اساس عدم اكتمال الإدراك و التمييز لديه
حتى يسأل مسؤولية كاملة.

فرجوعا لنص المادة 101 من القانون المدني تخول للقاصر ناقص الأهلية حق إبطال
العقد لنقص أهليته و ذلك عن طريق وليه حال قصره أو هو نفسه بعد بلوغه سن الرشد كل
ذلك ما لم يتم إجازة العقد طبقا للمادة 100 من ذات القانون⁴ و أن يتعلق الأمر بالعقود
المصنفة ضمن التصرفات للدائرة بين النفع و الضرر فقط لأن العقود الضارة ضررا

¹- أنظر : TORERES (CH), op,cit,p.68.

²- أنظر في ذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص125.

³- د.إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص75.

⁴- تنص هذه المادة على أنه:"يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية، و تستند الإجازة إلى التاريخ الذي تم فيه العقد،دون الإخلال بحقوق الغير"

محضا فمآلها البطلان المطلق وهو الحكم الذي أكدته المادة 83 من قانون الأسرة الجزائري¹.

و القاصر الذي تقرر الإبطال لمصلحته لا يسري عليه قاعدة الأثر الرجعي للبطلان في حالة تقريره، إذ لا يرجع و لا يرد إلا ما عاد عليه بالمنفعة و ذلك ما أقرته الفقرة الثانية من المادة 103 من ذات القانون بقولها: "يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله فإن كان ذلك مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل. غير انه لا يلزم ناقص الأهلية إذا بطل العقد لنقص أهليته أن يرد غير ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد" و أساس هذه القاعدة هو الإثراء بلا سبب إذ ورد في المادة 148 من القانون المدني الجزائري ما يلي: "إذا لم تتوافر أهلية التعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملزما إلا بالقدر الذي أثري به".

أما حول مسألة استعمال القاصر لبطاقة أبويه الالكترونية في التعامل مع المتعاقد حسن النية فإن المشرع الجزائري كان قد أشار إليها قبل تعديل القانون المدني - بموجب قانون 10/05 المؤرخ في 20 يونيو 2005 - عند الحديث عن التدليس الصادر من ناقص الأهلية في المادة 125 و لكن تم حذف الشرط الثاني من نص هذه المادة بعد التعديل إذ أصبحت تنص حاليا بأنه "لا يسأل المتسبب في الضرر الذي يحدثه بفعله أو امتناعه أو بإهمال منه أو عدم حيظته إلا إذا كان مميزا"² و رغم ذلك يمكن القول أن المشرع الجزائري يخول للمتضرر الرجوع على ناقص الأهلية إن هو تعمد إخفاء أهليته باستخدام بطاقة أبويه خلسة عنه و دليل ذلك نلمسه في المواد 124 و 86 و لمفهوم المخالفة لنص المادة 125 من القانون المدني التي علقت حق مساءلة القاصر عن فعله الشخصي بشرط بلوغه سن التمييز.

¹ - لتفصيل أكثر بشأن هذه المادة راجع : د . محمد سعيد جعفرور ، إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومة ، الجزائر، 2000. ص 78.

² - المادة 125 من القانون المدني قبل تعديلها بموجب قانون 10/05 كانت تنص على أنه: " يكون فاقد الأهلية مسؤولا عن أعماله الضارة متى صدرت منه و هو مميز . غير انه إذا وقع الضرر من شخص غير مميز و لم يكن هناك من هو مسؤول عنه او تعذر الحصول على تعويض من المسؤول، جاز للقاضي أن يحكم على من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعيًا في ذلك مركز الخصوم "

و أغلب التشريعات الوضعية أجازت للمتعاقد المتضرر أن يطلب التعويض من القاصر إذا لجا هذا الأخير إلى طرق احتيالية في إخفاء نقص أهلية كاستخدامه لبطاقة أبيه أو تقليد توقيع الالكتروني الذي حفظه خلسة من أبيه و استعمله في تعاملاته مع المتعاقد حسن النية، و أساس هذا الرجوع هو المسؤولية التقصيرية و ليس العقدية ليطالبه بالأضرار التي نتجت عن بطلان العقد¹.

و الأخذ بهذا الحكم لا منأى منه لأنه راعى تحقق العدالة بين مصلحة القاصر في إبطال العقد لنقص أهليته و مصلحة المتعاقد الآخر الذي كان يعتقد بانه يتعاقد مع شخص بالغ و انتمن بذلك.

المبحث الرابع : نيابة الوسائط الالكترونية في التعبير عن الإرادة:

لقد أدى ازدياد وتيرة استخدام شبكة الانترنت في التعاملات التجارية إلى بروز المعاملات الالكترونية و التي أصبحت واقعا يفرض نفسه على صعيد التجارة الالكترونية. و أهم ما يميز التعاقد الالكتروني اعتماده على نظم الحاسوب الآلية أو ما يعبر عنها بالوسائط الالكترونية التي تجيز إتمام عمليات التعاقد دون إشراف أو تدخل بشري. إذ يجري حاليا و بشكل متزايد استخدام هذه الوسائط الالكترونية المبرمجة في معظم عقود التجارة الالكترونية².

و يفيد قيام هذه الوسائط الالكترونية و عبر تفاعلها مع وسائط مماثلة و مع أشخاص طبيعيين و معنويين بإبرام عقود لإنجاز الأعمال المطلوبة منها كإرسال أو استقبال أو امر الشراء و معالجتها، و تقديم الخدمات بكافة أشكالها بحيث تظهر كموجب او كقابل دون تدخل بشري³ و هذا خلافا للتعاقد التقليدي الذي يبرم بين إنسان و إنسان آخر، ذلك ان هذا

1 - أنظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الأنترنت، المرجع السابق، ص؟؟؟؟

2- راجع : د. أحمد عبد التواب محمد بهجت ، المرجع السابق، ص30. .

3- أنظر: عمر خالد محمد الزريقات ، المرجع السابق، ص47.

الوسيط يسمح بوقوع الإيجاب و القبول بصورة تلقائية اعتمادا على عناصر و معلومات مبرمجة بين أجهزة الحاسوب تنقل من خلال شبكة الانترنت¹.

و لقد اقرت أغلب تشريعات المعاملات الالكترونية صراحة بجواز استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام العقود دون تدخل بشري².

فقد نص القانون الإماراتي المتعلق بالمعاملات و التجارة الالكترونية رقم (02 لسنة 2002 في المادة الثانية منه في القسم المتعلق بالتعريفات على أن الوسيط الالكتروني هو "برنامج أو نظام الكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا دون أي إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له..."

كما أكد نفس القانون استخدام هذه الوسائط في المادة 14 منه بقولها: "يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة أو مبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، و يتم التعاقد صحيحا و نافدا و منتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة، كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات الكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي و بين شخص طبيعي..."³.

و قد عرفته المادة 02 من القانون التجاري الأمريكي الموحد UCC بأنه "برنامج حاسوبي أو الكتروني أو أية وسيلة أخرى أعد لكي يبدأ عملا أو الرد على تسجيلات الكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي".

كما اجاز قانون المعاملات الالكترونية الأردني في المادة الثانية استخدام الوسيط الالكتروني في التعبير عن الإرادة بقولها: "...برنامج الحاسوب أو أي وسيلة الكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء او الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم

¹- راجع: د. صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، ط الثانية، 2007، ص72.

²- د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص53.

³- حول شرح هذه المادة راجع: د. ممدوح خالد ابراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 203.

رسالة معلومات دون تدخل بشري" ¹، و لكن أهم ما يثار في هذا الشأن التساؤل التالي: هل يمكن تكييف هذا الوسيط الالكتروني بأنه شكل من أشكال النيابة في التعاقد أو بعبارة أخرى هل يتفق الوسيط الالكتروني مع قواعد النيابة في التعاقد؟

إن البحث في هذه المسألة و الإجابة عن هذا التساؤل يتطلب منا توضيح القواعد و الأحكام العامة لفكرة النيابة في التعاقد ثم الحديث عن مشروعية تكييف هذا الوسيط كوكيل الالكتروني للتعاقد.

المطلب الأول : القواعد العامة للنيابة في التعاقد و مدى تطبيقها على التعاقد الالكتروني

يمكن تعريف النيابة العامة بأنها حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل في إبرام تصرف قانوني مع انصراف آثار هذا التصرف إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه شخصياً ²، كما تعرف على أنها: "إبرام شخص يسمى النائب عملاً قانونياً لحساب شخص آخر و باسمه يسمى الأصيل بحيث ينتج هذا العمل القانوني آثاره مباشرة في ذمة الأصيل" ³.

و لهذه النيابة ثلاثة صور: نيابة قانونية كنيابة الأب عن ابنه القاصر، نيابة قضائية كنيابة الحارس القضائي و وكيل التفليس على الأموال محل الحراسة المتنازعة فيها، و النيابة الاتفاقية كما هو الحال في عقد الوكالة ⁴.

و إرادة النائب محل الأصيل تفيد أن البحث عن صحة العقد نلمسها في إرادة النائب و لا مجال للبحث عنها في إرادة الأصيل ⁵ فيعتبر العقد الذي يبرمه النائب مع الغير لحساب الأصيل قابلاً للإبطال إذا ثبت أن إرادة النائب كانت معيبة بعيب الغلط أو الإكراه أو التدليس الاستغلال و هذا ما أكدته المادة 73 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا تم

¹-توضيح و تحليل هذه المادة أنظر: محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص76.

² - د.خليل أحمد حسن قداد، المرجع السابق، ص37.

³ - أنظر: عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص206 و.

⁴ - المشار إليهم في المواد و المادة 697 من قانون الاجراءات المدنية و الادارية، و المادة 446 و المادة 571 من القانون المدني.

⁵ - أنظر: محمد حسنين ، المرجع السابق، ص48. وكذلك: د. أنور سلطان ، المرجع السابق، ص29.

العقد بطريق النيابة، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر في عيوب الرضاء أو في أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما".

و لا يوجد مانع من ان يتم التعاقد الالكتروني بالنيابة إذ يجوز بأن يقوم شخص ما نيابة عن الآخر بإرسال أو استلام رسالة البيانات الالكترونية و يبرم العقد مع الغير إذ نفس القواعد التي تحكم النيابة في التعاقد التقليدي تسري على التعاقد الالكتروني بشرط توافر الشروط التالية:

- 1 -حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.
- 2 -أن يتم التعاقد باسم الأصيل و لحسابه.
- 3 -التزام النائب حدود نيابته¹.

و تجدر الإشارة أنه في تطبيق هذه الشروط الثلاثة للنيابة على التعاقد الالكتروني يتوجب مراعاة المسائل التالية:

الفرع الأول: مسألة الوضع الظاهر:

إن النيابة في التعاقد الالكتروني عندما تتم بين شخصين فهي تأخذ حكم النيابة الاتفاقية أو ما تعرف بالوكالة حيث يضطر على الكثير من الأشخاص الطبيعيين و المعنويين خاصة الذين لا يمتلكون مهارات فنية لاستخدام الوسائط الالكترونية خاصة الانترنت، أو الذين يبتعدون عن الوسائل التكنولوجية الحديثة لأسباب سيكولوجية اللجوء إلى ذوي الخبرة للاستعانة بهم في التعاقد عن طريق توكيلهم بموجب عقد الوكالة² و هم الذين يظهرون للمتعاقد الآخر .

و لهذا نجد أن فكرة النيابة الظاهرة تجد لها تطبيقا واسعا في التعاقد الالكتروني، فأي شخص يجري تعاقد عبر الانترنت لا يعرف المتعاقد الآخر شخصيا نظرا للبعد المكاني، فهو

¹ - هذه الشروط أشارت إليها المواد 73 و 74 و 76 من القانون المدني الجزائري و لأجل تفصيل حولها راجع :د.خليل أحمد حسن قدارة المرجع السابق ، ص38 . و د.محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 140.
² -عرفتها المادة 571 من القانون المدني الجزائري بأنها: "عقد بمقتضاه يفوض شخصا آخر للقيام بعمل شيء لحساب الموكل و باسمه" و حول هذا التعريف راجع د. بوعبد الله رمضان ، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية ، القبة، الجزائر، ط الأولى 2007، ص10.

يستوي عنده أن يتعاقد مع النائب أو مع الأصيل خاصة أن وسائل الأمان عبر الشبكة كالتوقيع الإلكتروني وسلطة التوثيق الإلكتروني تجعله مطمئنا للطرف الآخر و مؤتمنا بجدية التعاقد¹.

الفرع الثاني : مسألة حسن النية في تجاوز حدود النيابة :

إن تجاوز النائب لحدود النيابة يفقده صفة النائب إلا إذا كان حسن النية بأن تعذر عليه إخطار الأصيل سلفا و كانت الظروف تفيد بأن الأصيل كان يقر بهذا التجاوز². فهذه القاعدة تجد لها مكان في التعاقد الإلكتروني لا سيما إذا تم عن طريق الانترنت ذلك أن النائب و في محاولة منه لكسب بعض العقود عبر شبكة الانترنت لحساب الأصيل فقد يضطر إلى تجاوز صلاحياته المرسومة له عبر إنابته و ذلك لمصلحة الأصيل³، كأن يقوم النائب بالمزايدة بتمن أكبر من الذي كان مفوضا به عبر بطاقات الائتمان المصرفية لشراء سلعة من موقع الكتروني يعرض مزادا علنيا و كان في إبرام هذا العقد منفعة كبيرة للأصيل.

الفرع الثالث :مسألة تعاقد الشخص مع نفسه :

الأصل أن لا يجوز تعاقد الشخص مع نفسه، إذ لا يسوغ ان ترعى إرادة واحدة مصلحتين متعارضتين إلا إذا وجد نص قانوني يجيز ذلك أو أقر الأصيل بذلك أو ما قضت به قواعد التجارة من إباحته⁴، إذا جاء في المادة 77 من القانون المدني على أنه: "لا يجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه سواء أكان التعاقد لحسابه أو لحساب شخص آخر دون ترخيص من الأصيل على أن يجوز للأصيل في هذه الحالة ان يجيز التعاقد كل ذلك مع مراعاة ما يخالفه، مما يقضي به قانون و قواعد التجارة".

و تعاقد الشخص مع نفسه تجد لها مكانا واسعا في النيابة في التعاقد الإلكتروني لا سيما في التعامل التجاري الذي يتم في المتاجر و الأسواق الإلكترونية الافتراضية، إذ يحدث أن يكون النائب نائبا عن طرفين عبر موقع الكتروني واحد. كما أن الاعتبارات التي منعت كأصل عام

¹- أنظر د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 60.

²- جاء في نص المادة 575 من القانون المدني: "الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز الحدود المرسومة لكن يسوغ له أن يتجاوز الحدود إذا تعذر عليه إخطار الموكل سلفا و كانت الظروف يغلب معها الظن بأنه ما كان يسع الموكل إلا الموافقة على هذا التصرف..."

³-راجع د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 77.

⁴- مثل الوكيل بالعمولة المشار إليه في المادة من القانون التجاري

تعاقد الشخص مع نفسه تزول و تنقلص أمام تطور وسائل الأمان عبر شبكة الانترنت¹. حيث هناك برامج الحاسوب حديثة يمكن لها تخزين و حفظ البيانات مما يسمح للأصيل من مراقبة النائب و كشف ما قام به و معرفة كل المواقع الالكترونية التي كان يتعاقد معها و بالتالي فإن رقابة الأصيل لعمل نائبه أكثر دقة عن مراقبته في النيابة التقليدية العادية فضلا عن ذلك فإذا كان سبب منع تعاقد الشخص مع نفسه في التعاقد التقليدي مرجعه الخشية ان يغلب النائب المتعاقد مع نفسه مصلحته على مصلحة أحد الأطراف في حين هو ملزم بمراعاة مصلحة موكله² فإن هذا التخوف و التبرير لا يجد ضالته في التعاقد الالكتروني بل يحقق الفوائد التي يسعى إليها هذا النوع من العقود كالسرعة في إبرام التصرفات و تجنب تعقيد الإجراءات و الثقة في التعامل وهي السمات التي تتطلبها البيئة الالكترونية بصفة عامة و التجارة الالكترونية بصفة خاصة³.

المطلب الثاني : إشكالية التكيف القانوني للوسيط الالكتروني :

إن أغلب التشريعات التي تناولت المعاملات الالكترونية قد اقرت بمشروعية جواز التعبير عن الإرادة بواسطة الوسيط الالكتروني و صلاحيته في إبرام العقود و التصرفات القانونية دون تدخل بشري⁴.

لكن التساؤل الذي يثار هنا هو ما هو دور الوسيط الالكتروني في إبرام العقد؟ هل يمكن ان يكون وكيلًا أو نائبًا عن الأصيل و يخضع لأحكام الوكالة ام يبقى مجرد أداة تقنية فقط يستخدمها الشخص للتعبير عن إرادته؟، حول هذه المسألة ظهرت محاولات فقهية في تحديد التكيف القانوني للوسيط الالكتروني عما إذا كان يتفق مع مفهوم النيابة في التعاقد أم لا.

¹ - أنظر: د.خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 61.

² - أنظر : د.خليل احمد حسن قداد، المرجع السابق، ص 41.

³ - راجع : د. ممدوح خالد إبراهيم ، المرجع السابق، ص 214.

⁴ - راجع: د.مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 274.

الفرع الأول :خضوع الوسيط الالكتروني لأحكام الوكالة :

يرى جانب من الفقه أن الوسيط الالكتروني يأخذ حكم النائب أو الوكيل بحجة أن هذا الوسيط هو عبارة عن جهاز إرسال معد للعمل أوتوماتيكيا من طرف المنشئ و بالتالي فهو يتقيد بما يعده هذا الأخير، و هذا الأمر يتفق مع احكام الوكالة فالوكيل يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله و بالتالي فالوسيط الالكتروني هو وكيل ينوب عن المنشئ في العمل المبرمج له أي أن وكالته مقيدة، و هذا بالرغم من عدم وجود عقد مادي بين الموكل (المنشئ) و بين الوكيل (الوسيط) إلا أن هذا العقد موجود حكما طبقا لما استقر عليه العرف التجاري في التعامل بهذا الشأن¹.

إن المنشئ بصفته الموكل لا يظهر ماديًا للمتعاقد معه و هو المستخدم او العميل أو المستهلك الالكتروني فهذا الأخير يبرم العقد بواسطة نفس الوسيط الالكتروني الذي عمل على تحقيق هذا التعاقد باسم و لحساب المنشئ الموكل و في حدود التعليمات المبرمجة له من قبل هذا الأخير².

و هو ما يتفق مع أحكام عقد الوكالة التي تقضي أن يتعاقد الوكيل مع الغير باسم و لحساب الموكل دون أن يتجاوز الصلاحيات المرسومة له في العقد³.

كما أن الوسيط الالكتروني يتمتع بالشخصية القانونية لأن هذه الشخصية لا ترتبط بالإنسان فقط بل أن القانون أضفى الشخصية القانونية على الافراد و حتى على الكيانات المعنوية كالشركات و المؤسسات و بالتالي يمكن وضع الوسيط الالكتروني على الساحة القانونية و من ثم يعتبر كشخص قانوني يتمتع بالأهلية القانونية لإبرام العقد⁴.

فالتعاقد الالكتروني عبر الوسائط الالكترونية تتوافر فيه نية إنشاء علاقة تعاقدية تنشأ و تتكون لدى الأطراف المتعاقدة من القرار الخاص ببرمجة الحاسوب بطريقة معينة، و ذلك لأن الحاسوب أو الكمبيوتر المبرمج مسبقا بنية عمل إيجاب أو قبول يدل دلالة قاطعة على نية

¹-راجع د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 237.

²-انظر د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 69.

³-هذا ما أكدته الفقرة الأولى من المادة 575 ن القانون المدني

⁴- راجع : Poullet (Y), op,cit, p.140. و كذلك: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 72.

الأطراف المتعاقدة في إبرام العقود فإذا كان قد تم برمجة الحاسوب لإصدار الإيجاب أو القبول في ظروف و شروط محددة فإن هذا يعني بوضوح توافر النية لإنشاء علاقة قانونية من جهة الطرف الذي استخدم الحاسوب¹.

فالحاسوب لا يفاوض أو يحاور الطرف الآخر سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا فهو لا يخرج عن حدود ما تمت برمجته عليه إذ يمكن الشراء من خلال صفحات الويب (WEB) على شبكة الانترنت وفق برنامج يكون المستخدم قام بإعداده سابقا حيث يقوم الجهاز بالتسويق والبحث و الشراء وفقا للبرنامج².

و من التشريعات للمعاملات الالكترونية التي اعتمدت هذا الحل نجد القانون البحريني الذي عرف الوكيل الالكتروني في المادة الأولى أنه: "برنامج حاسب او أية وسيلة أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما أو للاستجابة لسجلات او تصرفات الكترونية -كلها او جزئيا- بدون مراجعة او تدخل من أي فرد في وقت التصرف او الاستجابة".

في حين أوضحت المادة 12 من نفس القانون على دور الوكلاء الالكترونيين في إبرام العقود و ذلك بقولها في الفقرة الأولى بأنه: "يجوز ان يتم إبرام العقود بين فرد و وكيل الكتروني كما يجوز أن يتم ذلك بين وكلاء الكترونيين".

كما أن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني اعتبر الوسيط الالكتروني نائبا عن المنشئ إذ ورد في المادة الثانية في الفقرة الحادية عشرة منه بأن الوسيط الالكتروني هو: "برنامج الحاسوب او أية وسيلة الكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء او الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي" في حين جاء تأكيد هذا التكليف في المادة 14 من نفس القانون بقولها: "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه و لحسابه أو بواسطة وسيط الكتروني معد للعمل او توماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه"³

¹- انظر: د.خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 207.

²- د. مجد الدين إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 281.

³- نفس الحكم اعتمده قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية في المادة 14 منه.

كما أن قانون المعاملات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية UETA في مادته 6/2 اعتبر الوسيط الالكتروني في حكم الوكيل لعقد الوكالة و أجاز اللجوء إلى الوسائط الالكترونية في إبرام العقود دون تدخل بشري و سميت هذه الوسائط الالكترونية بالوكلاء الالكترونيين¹.

الفرع الثاني: إنكار صفة الوكالة و النيابة على الوسيط الالكتروني :

ينكر هذا الاتجاه صفة الوكيل لجهاز الحاسوب الآلي، و يضيف أنه لا يمكن باي حال أن يمنح صفة الوكالة في التعاقد الالكتروني ما بين المنشئ و الوسيط الالكتروني و حجة هذا الاتجاه في تبرير هذا الإنكار يتجلى في الآتي:

1 -إن المفهوم الحقيقي للإرادة و التعبير عنها لا يمكن نسبته لهذا الوسيط الالكتروني فالوكيل يعبر عن إرادته هو التي حلت محل إرادة الموكل الأصيل فالقول بأن يكون للوسيط الالكتروني إرادة هو قول غير مستساغ من الناحية القانونية² ذلك أن الإرادة هي حركة نفسية يعبر عنها عند خروجها العالم الخارجي في حين أن الوسيط الالكتروني أو جهاز الحاسوب ما هو إلا جهاز مبرمج لإجراء تصرف معين أو للاستجابة للرسائل الالكترونية فلا يعدو أن يكون مجرد وسيلة آلية ، فهل يعقل أن يبرم هذا الجهاز عديم الإرادة عقد الوكالة بينه و بين المنشئ³.

أكثر من ذلك فعند قراءة التعريفات حول الوسيط الالكتروني في أغلب التشريعات التي تناولت المعاملات و التجارة الالكترونية تعتبر الوسيط مجرد برنامج حاسوب يتم برمجتها للقيام بتصرفات محددة لا يمكن مخالفتها حتى و لم يكن هناك تدخل بشري أو مراجعة للعقد، كما أن هذا الوسيط لا يملك إرادة مستقلة عن إرادة المنشئ و بالتالي فإن دور الوسيط لا

¹ - هي اختصار لكلمة [Uniform Electronic Transactions Act](http://www.yozons.com/linkedDocs/UETA.pdf) و نص هذا القانون متوفر على الموقع التالي:

<http://www.yozons.com/linkedDocs/UETA.pdf>

² - أنظر: د. أسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 173.

³ - راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 80.

يتجاوز نقل إرادة المنشئ كما هي و مع ذلك لا يمكن أن يتفق مع دور الرسول¹. لأن هذا الأخير يقتصر دوره على القيام بعمل مادي و ليس بتصريف قانوني².

2- إن الشخصية القانونية مرتبطة بالذمة المالية، و الوسيط الالكتروني ليست له ذمة مالية و من ثم فلن يعقل أن تكون له شخصية قانونية و تتعدم لديه الأهلية القانونية هذا فضلا على أن الاعتراف بالشخصية القانونية مقصورة فقط على مجموعة من الأشخاص الطبيعية و المعنوية و لا يمتد إلى الأجهزة و الآلات³.

الفرع الثالث: التقييم

بعد عرض هذين الاتجاهين حول تكييف الوسيط الالكتروني بوصف الوكيل ، فإنه يتبين أن الاتجاه المنكر لهذا الوصف هو الأقرب إلى الصواب إذ يعتمد على حجج دامغة و منطقية و لها ما يبررها قانونا بالرغم أن هذا الاتجاه يتفق مع الاتجاه الاول حول جواز التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الالكتروني و التعاقد به باستخدامه و السبب في ذلك هو أن هذا التعاقد الالكتروني أصبح أمرا واقعا و مسلما به و يبدو ذلك واضحا في تنظيمه و إقراره في نصوص تشريعية⁴.

كما يمكن التوصل على ضوء هذه الآراء المختلفة على أن الوسيط الالكتروني ما هو إلا وسيلة للتعاقد يستخدمه المتعاقد كما يستعمل القلم و الأوراق في التعبير عن إرادته لذلك فإن المتعاقد عندما يستخدم جهاز الحاسوب الآلي الالكتروني فإن إرادته التعاقدية سواء كانت إيجابا أو قبولا لا تنسب إلى هذا الجهاز و إنما إلى المتعاقد الذي استخدم هذا الجهاز⁵. فيبقى الحاسوب مجرد أداة مادية يستخدمها مالك الموقع الالكتروني في التعاقد - لا أكثر- كأصيل ،

¹-حول مفهوم الرسول راجع: د.أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 212.

²- أنظر د.محمد عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 79.

³- أنظر: د.مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 282.

⁴- راجع : د.أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 92.

⁵- أنظر: أ.غني جادر الساعدي ، النظام القانوني للوكيل الالكتروني ، دراسة مقارنة، مقال منشور على الرابط التالي:

<http://abu.edu.iq/researches/57>

كمن يستخدم الهاتف أو الفاكس في التعبير عن إرادته و أفكاره و رغبته في التعاقد، حين لا يكون الهاتف وكيلا عنه بل أداة في يد صاحبه يستخدمه بإرادته هو كأصيل¹.

و إذا كان البعض يدعي أن الوسيط الالكتروني قد يتضمن بعض احكام النيابة بصفة عامة و الوكالة بصفة خاصة فإن هذا التشابه الجزئي بين هذين النظامين لا يمكن إنكاره و لكن الوكيل في لغة القانون المدني يبقى مدلولا مستقلا أو مغايرا عن الوسيط الالكتروني خصوصا في القواعد التي تنظم المسؤولية المدنية الناشئة عن إخلال الوكيل بالتزاماته الناشئة عن عقد الوكالة² فلا يعقل أن نمنح لهذا الوسيط صفة الوكيل و إلا كيف يمكن أن نبحت عن تعيب إرادة الوسيط الالكتروني و مدى حسن و سوء النية عند تجاوز حدود و كالتة و بالتالي فلا يمكن أن يكون هذا الوسيط طرفا في العقد أو وكيلا عن المتعاقدين³.

و ما يؤكد هذا التبرير هو أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية استخدمت مصطلح نظام الرسائل الآلي و لم تستخدم الوكيل الالكتروني⁴.

لذا نجد أن الأحكام التي تنظم الوكالة في القانون المدني الجزائري تبقى قاصرة على تنظيم الوسيط الالكتروني مما يتعين ضرورة صياغة القواعد جديدة تناسب و تحكم هذا الوضع.

¹- أنظر:

GAUTRAIS (V), La formation des contrats en ligne, dans Daniel POULIN et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003. sur :

<http://www.gautrais.com/publications/la-formation-des-contrats-en-ligne>.

²-حول مسؤولية الوكيل راجع المواد 579 و 580 و 588 من القانون المدني الجزائري .
³-راجع :

THOUMYRE (L) L'échange des consentements dans le commerce électronique, disponible sur web sit <http://www.lex-electronica.org>

⁴- جاء في المادة الرابعة المتعلقة بالتعريف من الفصل الثاني لهذه الاتفاقية أنه:"لأغراض هذه الاتفاقية يقصد بنظام الرسائل الآلي برنامج حاسوبي أو وسيلة الكترونية أو وسيلة آلية أخرى ستخدم للقيام بإجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما".

المطلب الثالث : مدى حدود مسؤولية الوسيط الالكتروني:

إلى جانب المشاكل التي تثيرها استخدام الوسيط الالكتروني السابق بيانها هناك مشكلة تحديد مسؤولية الأخطاء التي يرتكبها الوسيط بسبب برمجة الحاسوب و الذي دفع الغير إلى التعاقد معه، فهل يتحمل الغير هذا الخطأ أم ينسب إلى الشخص المتعاقد الذي قام ببرمجة هذا الوسيط الالكتروني و بالتالي يتحمل المسؤولية ويلزم بالتعويض؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل متوقفة على معرفة إعداد و إنشاء الوسيط الالكتروني عند التعاقد الذي يمر بثلاث مراحل:

(أ) قيام شخص معين ببرمجة الحاسوب للرد بطريقة معينة و هو ما يعني ان الشخص الطبيعي سواء كان بالأصالة عن نفسه أو كممثل قانوني عن شخص معنوي هو الذي يتخذ قرارا بتجهيز و إعداد الوسيط الالكتروني للقيام بالعمليات الالكترونية الآلية.

(ب) يقوم صاحب البرنامج ببرمجة الحاسوب للرد حسب القرار السابق اتخاذه لأن البرنامج المعلوماتي يعمل حسب المعلومات التي يتم تزويدها به.

(ج) يقوم الحاسوب بالرد أوتوماتيكيا حسب البرمجة التي تم بها و بالتالي فالحاسوب لا يفاوض أو يحاور الطرف الآخر سواء طبيعيا أو مع جهاز حاسوب آخر، فهو لا يخرج عن حدود ما تم برمجته عليه.

الفرع الأول: تحميل المنشئ مسؤولية أخطاء الوسيط الالكتروني

يرى جانب من الفقه إلى القول بأن مسؤولية الأخطاء المرتكبة من الوسيط الالكتروني يتحملها الشخص الذي يملكه لأن برنامج الحاسوب أو الوسيط الالكتروني ليس له إرادة مستقلة عن إرادة مالكة فهو مجرد جهاز مما يبقي كل الأوضاع خاضعة له و تحت سيطرته¹.

¹- راجع: Poullet (Y), op.cit, p.139.

و تبعا لذلك يجوز للغير المتعاقد أن يطالب بإبطال التعاقد الالكتروني في شكل دعوى يرفعها ضد المتعاقد الذي يبرمج الحاسوب باعتباره الطرف الأصيل في العقد كما يجوز له المطالبة بالتعويض بعد إثبات الضرر.

و لا تقوم مسؤولية المستعمل الوسيط الالكتروني إلا إذا تحقق وقوع خطأ من هذا الوسيط أما لو ثبت أن الضرر الذي لحق بالمتعاقد المضرور راجع لسبب أجنبي أو أن الوسيط الالكتروني لا يعمل تحت سيطرته بل لشخص آخر فهنا يعفى الأصيل مستعمل الوسيط من مسؤولية التعويض¹ و هو الحكم الذي اعتمده القانون النموذجي للتجارة الالكترونية في المادة 13 منه بقوله: "تعتبر رسالة البيانات صادرة من المنشئ² إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه في العلاقات بين المنشئ و المرسل إليه³ ، و تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.

و في العلاقة بين المنشئ و المرسل إليه يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات انها صادرة عن المنشئ و ان يتصرف على اساس هذا الافتراض إذا:

أ) طبق المرسل إليه تطبيقا سليما من اجل التأكد ان الرسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض.

ب) أو كانت رسالة البيانات كما تسلمها المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلا..."⁴.

¹- راجع: د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 379.

²- عرفت المادة 02 الفقرة 03 المنشئ هو: "الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها إن حدث قد تمت على يده أو نيابة عنه".

³- جاء في المادة 02 الفقرة الرابعة من هذا القانون: المرسل إليه هو: "الشخص الذي قصد المنشئ أن يسلمه رسالة البيانات".

⁴- نفس الحكم اعتمده المشرع الأردني في المادة 15 من قانون المبادلات الالكترونية

إن قراءة هذه المادة تؤكد على أهمية التعاقد المرسل إليه على أن يأخذ بعين الاعتبار أن ما تم عبر الوسيط الإلكتروني من معاملات و تبادل لرسائل البيانات التي انتهت بالتعاقد الإلكتروني كلها تنسب إلى التعاقد المنشئ و بالتالي يفسر هذا ضمناً أن أي خطأ في التعاقد لا ينسب إلى الوسيط الإلكتروني و لا يستطيع المنشئ إنكار هذه المسؤولية بحجة أن هذا النظام الإلكتروني يعمل دون توجيه من عنصر بشري فبرنامج الكمبيوتر ما هو إلا أداة في يد الشخص الذي يقوم باستعماله و يخضع له و إذا حدث خطأ أو غلط عند التعاقد فإن المسؤول عنه هو الشخص الذي يملكه طالما ليس للأداة إرادة مستقلة عن إرادته.

الفرع الثاني : عدم مسؤولية المنشئ عن أخطاء الوسيط الإلكتروني :

يذهب جانب آخر من الرأي إلى عدم مساءلة المنشئ في حالة وقوع خطأ من الوسيط بإرسال رسالة معلومات لم يكن مبرمجاً للقيام بها مهما كان السبب في هذا الخطأ، كما يمكن للمتعاقد المرسل إليه إلغاء هذا التعاقد الإلكتروني¹. و هذا باعتبار أن الحاسوب أو الوسيط ليس وكيلاً و إنما مجرد جهاز إلكتروني فيكون المنشئ في هذه الحالة غير مسؤولاً نهائياً عن الأخطاء التي يرتكبها الجهاز.

و قد جاء ما يأخذ بهذا الحكم في المادة 12 من القانون التجارة الإلكترونية البحريني بقولها: " تكون المعاملة الإلكترونية بين الفرد و الوكيل الإلكتروني قابلة للإبطال بناء على طلب الفرد إذا تحققت الشروط التالية :

أ - وقوع الفرد في خطأ مادي في أي سجل إلكتروني أو في أي معاملة إلكترونية تم استعمالها في المعاملة او كانت جزء منها.

ب عدم إتاحة الوكيل الإلكتروني الفرصة للفرد لتلافي وقوع الخطأ أو تصحيحه
ت قيام الفرد في حالة تسلمه لمقابل إثر الخطأ بإعادة هذا المقابل أو التصرف فيه طبقاً لما هو متفق عليه بين الطرفين أو بموجب تعليمات الطرف الآخر، أو التصرف فيه

¹- أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، المرجع السابق ، ص 211.

بطريقة معقولة عند عدم وجود تعليمات و ذلك كله ما لم تكن هناك منفعة مادية عادت على الفرد نتيجة لهذا التسلم.

تنصرف كلمة الفرد في هذه المادة إلى الفرد الذي يعمل لحساب نفسه أو لحساب شخص آخر سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً".

و بسبب احتمال وجود الأخطاء في التعاقد الإلكتروني من طرف الوكيل أو الوسيط الإلكتروني فقد ألزم التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الأشخاص الذين يعرضون سلعا أو خدمات من خلال أنظمة كمبيوتر مؤتمتة أن يوفروا وسائلاً لتصحيح الأخطاء المادية في البيانات التي يتم إدخالها إلى جهاز الكمبيوتر أو الحاسوب.

وعليه يجب التمييز بين الجهاز الإلكتروني والوكيل الإلكتروني في ترتيب المسؤولية وتحديد الطرف الذي يتحملها فإذا أعتبر الكمبيوتر المبرمج مسبقاً مجرد جهاز إلكتروني فيكون الموكل في هذه الحالة غير مسؤول نهائياً عن الأخطاء التي يرتكبها جهاز الكمبيوتر، وفي حالة كون الكمبيوتر وكيلاً إلكترونياً تمت برمجته مسبقاً للقيام بمعاملات إلكترونية فإن الموكل يكون مسؤولاً مسؤولية قانونية عن أخطاء الوكيل الإلكتروني¹.

و يعد الحل الثاني الأقرب إلى الصواب من الأول إذ لا يعقل أن يتصف الوسيط الإلكتروني بالوكيل وإنما يعد فقط وسيلة أو أداة للتعاقد و بالتالي ينسب كل ما يقع من خطأ إلى المتعاقد المنشئ² كما أن تحميل المنشئ مسؤولية ما يحدثه الوسيط الإلكتروني الخاضع لسيطرته و سبل التخلص من هذه المسؤولية يتماشى مع ما جاء في المادة 138 من القانون المدني الجزائري المتعلقة بالمسؤولية عن الأشياء الغير حية إذ جاء فيها: "كل

¹- راجع: د.مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة ، المرجع السابق، ص 282. و كذلك: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل ، المرجع السابق، ص 77.

²- أنظر: غني جادر الساعدي ، المرجع السابق، ص 03.

من تولى حراسة شيء و كانت له القدرة على الاستعمال و التسيير و الرقابة يعتبر مسؤولاً عن الضرر الذي يحدثه ذلك الشيء

و يعفى من هذه المسؤولية الحارس للشيء إذا اثبت أن ذلك الضرر حدث بسبب لم يكن يتوقعه مثل عمل الضحية أو عمل الغير أو الحالة الطارئة أو القوة القاهرة"¹.

¹ - نفس الحكم اعتمده قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الأمريكي (UETA) في المادة 10منه

الباب الثاني

تتطابق الإرادتين في التعاقد الإلكتروني

يشير التعاقد الإلكتروني العديد من التحديات للنظم القانونية القائمة ، ذلك أن العلاقات التجارية التقليدية قامت منذ زمن على أساس تلاقي إيجاب و قبول بخصوص أي تعاقد ، كالتزام البائع بتسليم المبيع ضمن نشاط خارجي ملموس و التزام المشتري بدفع الثمن نقداً أو عن طريق شيكات ورقية ، إلا أن الأمر يختلف بالنسبة للتعاقد الإلكتروني فبرغم أنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من حيث الإيجاب و القبول و تطابقهما إلى جانب المحل و السبب و جميع شروط العقد ، فإنه يختلف عن غيره من العقود بكونه ينعقد دون الحضور المادي للموس لأطرافه بمجلس العقد وقت انعقاده ، حيث يختلف مكان المتعاقد عن الآخر الذي يبعدهما فارق جغرافي و يجمعهما مجلس عقد حكمي¹ .

كما أن تميز كل من الإيجاب و القبول الإلكترونيين عن صورتيهما التقليدية من خلال استخدام وسيط الكتروني جعلهما يتمتعان بخصوصيات غير مألوفة مما أثار العديد من التساؤلات بسبب خطورة الآثار التي تنجر عنهما و عن مدى جدوى الأحكام العامة لنظرية العقد في القانون المدني في التصدي لهذه الصور الجديدة للتعبير عن الإيجاب و القبول في مظهرهما الإلكتروني وهو ما سنتناوله في الفصل الأول.

و يلتقي الإيجاب مع القبول الإلكترونيين في ظروف مكانية و زمانية ذلك أن العقد يعتبر منعقداً في اللحظة التي تفتقرن فيها الإرادتين وهي التي تحدد وقت تحقق و نشوء الرابطة العقدية . غير أن انتماء هذا العقد ضمن العقود التي تتم عن بعد بسبب اعتماده على الوسائط الإلكترونية أدى إلى إلغاء جميع المفاهيم التقليدية المرتكزة على تحديد عنصري المكاني و الزماني للعقد الإلكتروني فضلاً على أن توطين العقد له آثار في قواعد القانون

¹ - راجع : أ.مرزوقي نور الهدى ، المرجع السابق، ص.89.

الدولي الخاص لشمولها على العنصر الأجنبي ، لذا سيتم الحديث في الفصل الثاني عن الفوارق الزمانية و المكانية للتعاقد الإلكتروني و كذا تحديد الطبيعة القانونية لمجلسه .

الفصل الأول صح

المميزات الخاصة لتطابق الإرادتين في التعاقد الإلكتروني

تستهدف القواعد التقليدية والمستحدثة إلى كفالة التوازن في العلاقات العقدية وحماية الطرف الضعيف فيها من كافة أوجه الاستغلال التي قد يتعرض لها¹. وعلى هذا الأساس يتوجه البحث في شروط صحة التعبير عن الإرادة العقدية في صورتها الإيجاب والقبول إلى الكشف عن الشروط الخاصة التي تملئها وتفرضها شبكات الاتصال الإلكترونية في التعبير عن الإرادة وتطابقها لإنشاء العقد.

وتعد العقود الإلكترونية كغيرها من العقود ، فهي تتطلب التعبير عن الرغبة في التعاقد والإفصاح عنها وهو ما يعبر عنه بالإيجاب الإلكتروني الذي يختلف عن الإيجاب العادي من نواحٍ أهمها، أن الإيجاب الإلكتروني يصدر عن طريق أحد الوسائل الإلكترونية الحديثة، كما أنه يتميز بميزة خاصة وهي صدوره بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد².

إن الواقع الحالي أتاح استخدام تقنيات الاتصال الإلكترونية لإبرام العقود وتنفيذها، وبذلك فإن هذه الوسائل تعد صالحة للتعبير عن الإرادة وتبادل الإيجاب والقبول بين الأشخاص في جميع أنحاء العالم بسرعة فائقة، فظهر التوجه الحالي إلى اعتماد هذه الوسائل الحديثة في التعاملات وإبرام العقود لما تحققه من اختزال الوقت وسرعة تحقيق الربح في فترة وجيزة مع تجنب مشقات التنقل والانتقال.

المبحث الأول: الإيجاب الإلكتروني بين القواعد العامة والخصوصيات التقنية.

¹ - راجع في ذلك : د.محمد المرسي زهرة ، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية ، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2008، ص80.

² - د. أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص 58.

إن العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت يقوم على تطابق الإيجاب و القبول كتعبير عن إرادة طرفي العقد، ذلك أن هذا النوع من العقود تحكمه كأصل عام نفس القواعد العامة التي تحكم إبرام العقود¹ إذ جاء في نص المادة 59 من القانون المدني الجزائري: " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ويعد الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام العقد الإلكتروني وكل العقود باختلاف أنواعها فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد²، إذ يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرض أو تقديم خدمة للآخر بعد أن يكون مستقر عليه نهائياً³.

ولكي يعتبر التعبير عن الإرادة إيجاباً، يجب أن يتضمن رغبة صاحبه بترتيب آثار قانونية أي يتوافر عن جانب من صدر منه الإيجاب قصد الالتزام ونية قاطعة على إبرام العقد متى لحق هذا الإيجاب قبولا له. لذلك لا يعتبر إيجاباً إلا التعبير عن إرادة نهائية قاطعة الدلالة على نية الالتزام والجزم⁴.

كما يشترط في الإيجاب أن يكون محدداً وكاملاً من خلال تضمينه الشروط أو العناصر الأساسية للعقد المقترح إبرامه، ذلك أن الغرض من الإيجاب هو إنشاء وتكوين العقد متى اقترن به قبول، مما يستلزم استثناء هذا الإيجاب لكل العناصر الأساسية للعقد حتى يتسنى لموجب له أن يطلع بدقة على مضمون العقد المعروض عليه.

والشروط الأساسية في العقد هي المسائل الجوهرية وليس الثانوية إذ يجب أن يحتوي الإيجاب قطعاً - وعلى الأقل- على هذه المسائل الرئيسية في المعاملة باعتبار موضوعها أو محلها. وهي تختلف باختلاف العقود⁵ أي يتضمن كل العناصر الأساسية نافياً

1 - د. ممدوح السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، المرجع السابق، ص 101.
2 - هذا لا يعني حتماً أن المبادر للتعاقد هو الموجب وأن المبادرة قد تكون دائماً إيجاباً، فقد تتمثل المبادرة في الدعوة إلى التعاقد ولا ترتقي إلى صورة إيجاب كما سيأتي لاحقاً.
3 - د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 246.
4 - د. نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 103.
5 - لأكثر تفصيل راجع: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 89. وكذلك: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 239.

للجهالة وأن يتسم هذا الإيجاب بالوضوح أي تحديد العناصر الجوهرية أو الرئيسية للعقد، تحديداً قاطعاً لا يحتمل الغموض أو التأويل. ذلك أن العرض يكون محدداً بشكل كافٍ إذا تعين محل العقد وتحديد عناصره تحديداً واضحاً، فإذا انتفت أحد هذه الشروط فلا يعد العرض المقدم إيجاباً ملزماً للموجب وإنما مجرد دعوة للتفاوض¹.

أما بشأن المسائل التفصيلية والثانوية فإنها لا تعيق انعقاد العقد الإلكتروني إن لم يتضمنها الإيجاب، إذ يعتبر في هذه الحالة أن المتعاقدين قد رجعا إلى أحكام العرف الجاري أو القواعد المكملة التي وجدت لهذا الغرض، إذ جاء في نص المادة 65 من القانون المدني على أنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطاً أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليهما، أعتبر العقد مبرماً. وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة".

وستجنب الكلام عن تبيان المسائل الأخرى للإيجاب في معناه التقليدي لأنه يتسم بقواسم مشتركة مع الإيجاب الإلكتروني، ولكن مختلف عنه في سمات بارزة وشاذة، وهو ما يدعونا إلى التعرض لأوجه الخصوصية للإيجاب في مجال البيئة الإلكترونية وذلك بدءاً ببيان ماهية الإيجاب الإلكتروني وإشكالية تميزه عن الدعوة للتفاوض، ومدة سريانه ونطاقه المكاني.

المطلب الأول: ماهية الإيجاب الإلكتروني.

سيتم التطرق في هذا المطلب إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني وتحديد خصائصه ومميزاته مع التركيز على الإيجاب الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت الذي يعد شكل من أشكال التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة الأكثر شيوعاً.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني.

¹ - د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 127.

إن الإيجاب الإلكتروني من حيث أساسه لا يختلف عن الإيجاب العادي من كونه العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم من إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد¹، أو هو التعبير النهائي الجازم وقاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه على الرغبة في التعاقد وفقا لشروط معينة².

غير أن الإيجاب الإلكتروني وإن كان ينطبق عليه هذه التعاريف إلا أنها لا تصدق عليه كاملة، فهي تعاريف لا تبرز أهم خصائصه. وهي الصفة الإلكترونية لهذا الإيجاب، لذا سنعرض جملة من التعاريف التي قيلت بشأن الإيجاب الإلكتروني.

- فقد عرفه التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"³.
- الظاهر من هذا التعريف أنه لم يبرز الصفة الإلكترونية في الإيجاب الإلكتروني كما أنه لم يحدد ولم يعدد وسائل الاتصال عن بعد⁴، في حين أنه تجدر الإشارة هنا بأن الملحق المرفق بالتوجيه الأوروبي رقم 07/97 وكذا التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بشأن المرسوم رقم 2001/741 قد ذكر على سبيل المثال لا على سبيل الحصر وسائل الاتصال عن بعد ومنها: المطبوعات غير المعنونة، الخطابات النموذجية، المطبوعات الصحفية مع طلب الشراء، التلفزيون، الهاتف المرئي، الإنترنت⁵.

¹ - د. عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد، الأردن، 2007، ص 116.

² - د. محمود جمال الدين ذكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، د د ن، 1994، ص 77.

³ - النص باللغة الفرنسية كالآتي:

"Toute communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement. "Contractuel, la simple publicité étant exclue".J.O.C.E, 4 Juin 1997. NOL. 144, p 19. Directive N° 79/07 du parlement Européen et du conseil du 20 Mai 1997 concernant la protection des consommateurs de contrat à distance. J.O.C.E, 4 Juin 1997, NILL 144, p 19.

www.europa.eu.int

⁴ - أنظر في ذلك: د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 179.

⁵ - د. نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 126.

وتنص المادة 11 الفقرة الأولى من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، والصادر بتاريخ 1996/12/16 على أنه: " في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

وقد تضمن البند الثالث من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي: " تمثل الرسالة إيجاباً إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين، ما داموا معرفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أنه يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاباً الرسالة المتاحة إلكترونياً بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".

لقد أكدت المذكرة الإيضاحية لنص المادة 14 الفقرة الأولى من اتفاقية الأمم المتحدة للبيع والصادرة عن الجمعية العامة في الدورة الرابعة والأربعون المنعقدة في فيينا لشهر أكتوبر 2004 بأن: الاقتراحات والعروض المقدمة لإبرام عقد والموجهة إلى عدد غير محدد من الأشخاص لا تمثل عروضاً ملزمة.

وفي القانون الإماراتي بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، نصت المادة 13 منه على أنه: " لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول الجزئي أو الكلي بواسطة المراسلة الإلكترونية". ويؤخذ على هذه المادة أنها لم تعط تعريفاً صريحاً للإيجاب وإنما تحدثت عن مشروعية وآلية التعبير عنه التي تجلت في المراسلة الإلكترونية.¹

أما القانون البحريني الصادر في / 2002/09/14 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية فقد ورد في المادة العاشرة منه على أنه: " في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كلياً أو جزئياً عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

¹ - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 248.

في حين ورد في المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه: "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

يأخذ على هذه النصوص القانونية السابقة الذكر أنها لم تتعرض بصورة مباشرة لتعريف الإيجاب الإلكتروني، وإنما اكتفت بالإشارة إلى جواز مشروعية الاعتداد به كتعبير عن الإرادة الذي سبق الكلام عنه في الباب الأول من هذه الرسالة. ويرجع سبب هذا العزوف إلى جعل الاختصاص بشأن ضبط المصطلحات وتعريفها إلى رجال الفقه والقضاء.¹

إذ يذهب جانب من الفقه إلى أن الإيجاب الإلكتروني هو تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة ومرئية ويتضمن جميع العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من وجه إليه الإيجاب أن يقبل التعاقد مباشرة².

الفرع الثاني: الإعلانات عبر تقنيات الاتصال الحديثة والإيجاب الإلكتروني.

لقد كثرت في الآونة الأخيرة اعتماد أغلب الشركات التجارية بعرض سلعها وخدماتها للجمهور عبر وسائط إلكترونية ولا سيما شبكة الاتصال الإلكترونية وذلك بطريق الإعلان³. وبدأت تتعدد صور الإعلانات عن هذه السلع والخدمات عبر الشبكات إما من خلال أحد المواقع الإلكترونية المخصصة للإعلانات أو من خلال وجود الإعلان كجزء من صفحة على مواقع الويب أو من خلال البريد الإلكتروني⁴.

وهنا يبرز التساؤل حول إمكانية اعتبار الإعلان عن طريق الوسائط الإلكترونية بمثابة إيجاب كافي لإبرام العقد الإلكتروني أم هناك حد فاصل بين المصطلحين.

1 - د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 79.

2 - د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، مرجع سابق، ص 67.

3 - د. محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 98.

4 - أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص 38.

لقد عرفت القواعد الأوروبية المتعلقة بالتلفزيون الصادرة في 1997 الإعلان بأنه:
"مجموعة الرسائل التي يبيثها شخص عام أو خاص في إطار نشاطاته التجارية أو الصناعية
أو المهنية والتي يهدف من خلالها الترويج لمنتجاته أو خدماته"¹.

كما تم تعريف الإعلان بأنه "هو فن التعريف بالسلعة و طبيعتها و خصائصها ، و
نشر هذه المعرفة للكافة بغرض تسويق و بيع هذه السلعة أو هو إخبار أو إعلام بقصد
تعريف المستهلك بسلعة أو خدمة معينة و ذلك بإبراز مزاياها و امتدح آثارها بهدف إقبال
الجمهور على هذه السلعة أو الخدمة " ²

ويعرّفه البعض بأنه: " النشاط أو الفن الذي يستهدف إحداث تأثير نفسي تحقيق ¹²
لغاية تجارية"³. كما عرّفها الآخر بكونها: " كما تم تعريف الإعلان بأنه " إخبار أو إعلام
بقصد تعريف المستهلك بسلعة أو خدمة معينة و ذلك بإبراز مزاياها و امتدح آثارها بهدف
إقبال الجمهور على هذه السلعة أو الخدمة "⁴.

كما تم تعريف الإعلان بأنه : إخبار يتولاه شخص محترف بقصد التعريف بمنتج
أو خدمة معينة و ذلك بإبراز مزاياها و مدح محاسنها بغرض ترك انطباع مقبول لدى
الجمهور المخاطبين بها يؤدي إلى إقباله على المنتجات و الخدمات محل الإعلان ⁵
و عرّفه الآخر بأنه شكل من أشكال الاتصال يتم في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني
يهدف للدعاية لتوريد أشياء أو خدمات ⁶.

¹ - يمكن مراجعة ذلك عبر موقع الاتحاد الأوروبي : www.europa.eu.int/directives

² - راجع : د. السيد أحمد عبد الخالق ، دراسة تحليلية في الجوانب الاقتصادية للإعلانات التجارية ، دار النهضة
العربية، مصر، 1998، ص04.

³ - أنظر د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 108.

⁴ - أنظر : GUINCHARD(S), op.cit,p.09

⁵ - راجع :

CALAIS- AULOY(J).et STEINMETZ (F), Droit de la consommation, 6èd .DALLOZ, 2003,
p.123

⁶ - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 120.

في حين أن التوجيه الأوربي رقم 1997/55 المؤرخ في 06 أكتوبر 1997 المعدل للتوجيه الاوربي رقم 1984/ 450 الصادر في 10 سبتمبر 1984 المتعلق بالاعلانات و الدعاية المضللة¹ ، فقد عرف الإعلان تحت اسم الدعاية المقارنة في المادة الأولى الفقرة الثالثة بأنه : " كل دعاية تتعرض لشخص المنافس بطريقة صريحة أو ضمنية أو تتعرض للأموال والخدمات التي يقدمها هذا المنافس ".

أما الفقرة الرابعة لنفس المادة فقد اشترطت ألا تكون الدعاية المقارنة مضللة أو تؤدي إلى خلط في السوق بين المعلن و المنافس ولا تؤدي إلى تضليل المنافس أو تحقيره " و يعرف المشرع الجزائري الإعلان - و الذي سماه بالإشهار - بموجب المادة الثانية من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 الصادر بتاريخ 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش² المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي³ رقم 01 - 315 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 2001 بأنه: " جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات ، المعدة لترويج تسويق سلعة أو خدمة بواسطة إسناد بصرية أو سمعية بصرية " في حين عرفته الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من قانون رقم 02/04 الصادر بتاريخ 23 جوان 2004 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁴ المعدل و المتمم بأنه : " كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج السلع و الخدمات مهما كان المكان أو وسائل الاتصال المستعملة" و الملاحظ أن هذه المادة الأخيرة جاءت أكثر وضوحاً من المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 39/90 إذ عممت من مصطلح وسيلة الاتصال و ذكرت عبارة " مهما كانت وسائل الاتصال المستعملة " مما يدخل في حكمها وسائل الاتصال الحديثة كالانترنت و الفاكس ... إلخ.

في حين يعرف الإعلان التجاري بأنه: " هو كل وسيلة تهدف بصورة مباشرة و غير مباشرة إلى تقديم عرض بيع منتجات و خدمات ، بما فيها الحقوق و الالتزامات أياً

¹ - راجع النص كاملاً على الرابط التالي: <http://www.oapi.wipo.net>

² - ج. ر. عدد 05 الصادرة بتاريخ 31 يناير 1990

³ - راجع : ج ر عدد 61 الصادرة بتاريخ 21 أكتوبر 2001

⁴ - ج. ر. العدد 41 الصادرة بتاريخ 27 جوان 2004.

كانت وسيلة تلك الدعاية " 1. أو هو" الدعاية التي توجه إلى الوسطاء الذين يتعاملون في المنتجات عن طريق شرائها من المنتج أو تاجر الجملة أو المستورد ليقوموا بعد ذلك بتصريفها إما إلى تجارة بالتجزئة و إما إلى المستهلكين مباشرة " .

وإذا كان للعرض الذي يوجه للجمهور بطريق الإعلانات والنشرات التجارية لا يعدو عن كونه مجرد إيجابا باتا في التعاقد العادي²، إلا أن الأمر لا يصدق في العروض التي تتم بواسطة الإنترنت وغيرها من الوسائط الإلكترونية، فالإعلان عبر الإنترنت على وجه الخصوص ليس هدفه دائما توضيح أمور تتعلق بالسلعة أو الخدمة حتى تصلح كإيجاب³، إنما يقرر صاحب الإعلان بأن بصناعة معينة ستباع أكثر لو عرض بسعر أقل إلى الزبون أو المستهلك ذي قدرة شرائية أدنى، أو قد يقرر بأن السلعة قد تحتاج إلى تغيير في الشكل والصورة نظراً لقدمها وعدم حداثتها فيلجأ إلى الدعاية لها بطريق الإعلان⁴.

كما أن المستخدم أو الزبون عند دخوله إلى شبكة الإنترنت عبر خدمة مواقع الويب الإلكترونية يواجه عادة عند تصفحه لواجهات المحلات الافتراضية التجارية العديد من العروض التي قد لا يفهم منها إذا كانت إيجابا يهدف إلى إيجاد قبول مطابق له أم أنها من باب الدعاية عن مميزات السلعة أو الخدمات المعروضة أمامه فلا تعدو أن تكون هذه الدعاية مجرد دعوة إلى التعاقد⁵.

لذا تباينت الآراء حول مدى تكيف الإعلانات والعروض للمنتجات عبر الإنترنت، فهل هي إيجاب إلكتروني أم مجرد دعوة إلى التعاقد، وهنا يظهر اتجاهاً تصدياً لهذه المسألة التي أخذت حيزاً كبيراً في نظرية التعبير الإلكتروني عن الإرادة.

البند الأول: الإعلان هو دعوة إلى العقد.

- 1 - راجع: د. شريف محمد غنام ، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الأنترنت، المرجع السابق، ص28.
- 2 - راجع د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد - الجزء الأول-، المرجع السابق، ص 252.
- 3 - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم. إبرام العقد الإلكتروني. المرجع السابق. ص158
- 4 - أنظر: محمد عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 139.
- 5 - د. محمد السيد عبد المعطي خيال. التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، المرجع السابق، ص 67.

يرى هذا الاتجاه بأن عرض المنتجات والسلع على المواقع الإلكترونية (مواقع الويب) والإعلان والدعاية لها مجرد دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً حتى وإن ذكرت الأسعار وحددت المواصفات¹. وذلك بأن يستخدم صاحب الإعلان بعض العبارات مثل: دون التزام- أو بعد التأكيد، وعندئذ إذا كانت إجابة المستخدم الزبون هي القبول فهنا يصبح هذا الأخير المستخدم وهو الموجب².

وتجدر الإشارة بأن الضغط بالموشر على الخانة المخصصة أو الضغط بالفأرة على السلعة أو الخدمة المعروضة على صفحة الموقع الإلكتروني، هو الذي يعد إيجاباً موجهاً إلى صاحب الموقع الذي بدوره يجوز له أن يقبل الإيجاب أو يرفضه³.

ويذهب رأي آخر إلى أن الإعلانات والعروض لا تعدو أن تكون مجرد عرض لمنتج أو خدمة، لأن المستخدم عندما يقوم بالتصفح للمواقع الإلكترونية المتضمنة الرغبة في التعاقد، فإنه عندما يقوم بالضغط على الفأرة على الخانة المخصصة للطلب أو الشراء، وقد قام باستكمال البيانات اللازمة للطلب فهنا يصبح ذلك العرض أو الإعلان بمثابة إيجاباً صادراً من المستخدم وموجه إلى العميل⁴.

فالإعلان والدعاية عن السلعة عبر الإنترنت هو مجرد حث الزبون على التعاقد وبالتالي فهي تدعوه إلى التفاوض. كما أنها لا تتوفر فيها كافة العناصر الجوهرية المطلوبة في الإيجاب⁵، فضلاً عما يحمله هذا النوع من الإعلان من ضغط معنوي على الزائر للمواقع الإلكترونية وحثه على شراء سلع غير ضرورية ولا يرغب فيها⁶.

1 - د. محمد عبد الرحيم الشريقات، مرجع سابق، ص 143.
2 - راجع : د أسامة أبو الحسن مجاهد . خصوصية التعاقد عبر الانترنت . المرجع السابق. ص 163.
3 - د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 248.
4 - أنظر :د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 112.
5 - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 277.
6 - تعد الإعلانات والعروض التي تقدم عبر مواقع الويب الأكثر شيوعاً وانتشاراً في تقديم الخدمات والسلع إلى الجمهور من مستخدمي شبكة الإنترنت لأنه يستخدم فيها الصور المتحركة وذات الأبعاد الثلاثية للسلعة أو البضاعة فيقترب عرضها في هذه الحالة من المشاهدة الحقيقية لها، على خلاف باقي خدمات الإنترنت كغرف المحادثة والبريد الإلكتروني التي غالباً ما تأخذ طابعاً ترفيهياً أو ثقافياً أكثر منه الطابع التجاري. انظر في ذلك : أ. محمد عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 137.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية أن الدعامة الإعلانية تتجلى في كل وسيلة إعلان تسمح بتقديم عروض تؤثر على المستهلكين بأن يكونوا رأياً في السلع و الخدمات التي تقدم لهم¹. كما قضت أيضاً: "الإعلان هو كل ما يبث أو ينشر من بيانات أو معلومات عن المنتج أو الخدمة أياً كان الوسيط المستخدم، كما لو كان كوبونات الشراء، ما دامت تسمح للمستهلكين أن يكونوا رأيهم عن نتائج استخدام السلع و المنتجات المعلن عنها"².

البند الثاني: تمييز الإعلان عن الدعوة إلى العقد.

يرى هذا الاتجاه أنه لا يسوغ اعتبار كل إعلان مجرد دعوة إلى التعاقد، فلا يأخذ بهذا التكييف على إطلاقه في جميع الحالات، إذ قد يعتبر الإعلان إيجاباً تاماً متى وجدت نية لدى صاحب الإعلان في الارتباط بالعقد الذي صادفه قبول مطابق له، ويتحقق ذلك إذا كان الإعلان متضمناً ما يفيد التزام صاحبه بإبرام العقد ومستوفي لكل العناصر الجوهرية اللازمة لإبرام العقد³.

ويضيف هذا الرأي أن الإعلان الذي يتم عبر الإنترنت يمكن أن يشكل إيجاباً إذا ما تضمن إعطاء الزبون مستخدم الشبكة الحق في إرسال رد عبر شبكة الإنترنت يفيد رغبته في التعاقد بناءً على العناصر الواردة في الإعلان، أو إرسال الرد عبر البريد الإلكتروني إلى الموجب صاحب الإعلان⁴.

¹ - Cass.civ. 08 mai 1998, LAMY droit économique. Bulletin d' actualité , Juillet 1998 ,

n°108, p.11

² - Cass .crime, 23 mars 1994, Dalloz, p.131.

³ - د. فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص 60.

⁴ - أنظر: FEEAL – SCHUHL (CH),op cit, p.236 .

فقد نصت المادة 20 من القانون الفرنسي الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي¹ (LCEN) الصادر في 21 جوان 2004 على أنه : " كل إعلان أيا كان شكله و يقدم عن طريق خدمة الاتصال عبر الخط ، يجب أن يكون واضحاً و يبين فيه كذلك بوضوح الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتم لحسابه هذا الإعلان "

وعليه فإن الإعلان عبر شبكة الإنترنت إذا ما تضمن الخصائص والشروط الجوهرية لموضوع العقد الإلكتروني ومشيراً إلى إبرام العقد، فإنه متى اقترن به قبول مطابق له، في هذه الحالة يعتبر إيجاباً ينعقد به العقد.²

فالعروض والدعايات المتوفرة على صفحات المواقع الإلكترونية وإن كانت غير قادرة على تكوين الإيجاب بحد ذاتها إلا أنها متى توافرت لها مقومات وشروط الإيجاب كبيان العناصر الجوهرية للتعاقد وأظهر مالك الموقع أو صاحب الإعلان نيته في الالتزام بالعقد متى لحقه قبول³، فإن العرض أو الإعلان في هذه الصورة مع بيان أسعار المنتج أو الخدمة يعتبر إيجاباً.⁴

وفي هذا السياق أشارت اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع فيينا 1980، في الفقرة الثانية من المادة 14 بأن العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين لا يعد سوى دعوة إلى التعاقد ما لم يكن صاحب هذا العرض قد اظهر بوضوح عن اتجاه قصده، كأن يبين في إعلانه خصائص السلعة وكيفية استعمالها وثنمها ويعلن عن استعداده لإرسالها إلى كل من يرغب في شرائها بالشروط المعلنة.⁵

و هو نفس الحل الذي اعتمده المشرع الأردني في نص المادة 94 الفقرة الثانية من القانون المدني الأردني على أنه: "... كل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوة إلى التفاوض".

¹ - للإطلاع على هذا القانون انظر الرابط التالي : <http://www.Legifrance.gouv.fr>

² - راجع : BEAUCHED(J) ,op.cit,p.35

³ - أنظر:إيمان مأمون احمد سليمان . المرجع السابق.ص.116

⁴ - POULET(O),Savoir négocier ses contrats, DELMAS ,Paris,2007,p.65.

⁵ - أكثر تفصيلاً في شرح هذه الاتفاقية راجع: د. بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 109.

إن مفهوم المخالفة لنص هذه المادة فإن الإعلان إذا ما توافرت فيه خصائص السلعة أو الخدمة المعلن عنها وكان الإعلان واضحاً بما فيه الكفاية ويدل على أن صاحبه سيلتزم بهذا الإعلان، فهنا ينقلب الإعلان إلى إيجاب صحيح وبت.¹

إن الرأي الأول يذكرنا بصورة القبول والإيجاب في عقود المزايدات المشار إليه في المادة 69 من القانون المدني الجزائري إذ يكون العرض الذي يتقدم به محافظ البيع مجرد دعوة إلى التعاقد بالرغم من تضمنه لكل العناصر الجوهرية ومع ذلك لا يرتقي إلى وصف الإيجاب. إنما يتجلى القبول برسم المزداد على العرض الأعلى .

ثم أنه ليس كل الإعلانات التي تظهر على المواقع الإلكترونية والمتاجر الافتراضية هي إيجاب تام. إذ أن هذا الوصف لا ينطبق إلا إذا تضمن الإعلان أو الدعاية الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، فهنا ينعقد العقد الإلكتروني متى صادف هذا الإعلان قبولاً من مستخدم الشبكة شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحلات التجارية العادية مع بيان أمانها إذ في الحالتين يتحقق للموجب له الرؤية في جهاز الحاسوب بالصورة والصوت.

فالفارق بين الإيجاب و الإعلان عند هذا الاتجاه هو صياغة الإعلان نفسه ، ومدى اعتبار الألفاظ المستخدمة إيجاباً أم مجرد دعوة للتعاقد وهذه المسألة موضوعية يحسمها قاضي الموضوع بدراسة مدى توافر أركان العقد و نية الموجب لإبرام العقد و هذه النية تستدل من وجود ما يفيد التزام الشخص بإبرام العقد.²

وتأكيداً ذلك جاء في التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الخاص بحماية المستهلكين بأن: " كل اتصال يتم عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المستخدم الموجب له أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد إعلان".

كما أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أعطى حلاً لهذه المسألة عند حديثه عن تأكيد الرسالة الإلكترونية بأنها إيجاباً وليس دعوة إلى التعاقد وذلك من خلال تأكيد

¹ - أنظر: د. عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 139.

² - أنظر: د. شريف محمد غنام، المرجع السابق، ص 31.

صاحب العرض المرسل بأن هذه الرسالة لا يكون لها أي أثر إلا إذا عُزِزت برسالة أخرى خلال زمن معين متفق عليه.¹

و يعتبر الفقه الفرنسي أن خاصية الأساسية التي يتميز بها الإيجاب عن الإعلان في العقود الالكترونية هي إمكانية تقديم الطلب عبر هذه التقنية ، كان يرد في الإعلان عبارة " لتقديم الطلب اضغط هنا " pour passer commande. Cliquez ici "

و نشير هنا أنه إذا كان الغالب ألا يأتي الإعلان في صورة الإيجاب لحرص البائع أو صاحب الإعلان على صياغة إعلانه في مجرد دعوة إلى التعاقد لا تتوافر فيه خصائص الإيجاب، إلا أن هذا الإعلان لا يفقد أهميته كجزء من العملية التعاقدية و خاصة فيما يتعلق بتبصير المتعاقد بالشروط التفصيلية للعقد المراد إبرامه و صفات الأداء محل العقد ، و هو ما دفع بالمشرع الفرنسي إلى إفراد الإعلان بطريق الإلكتروني بتنظيم مفصل و خاص في قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي

المطلب الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني.

الإيجاب الإلكتروني يخضع لنفس القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي إلا أن خصوصية الإيجاب الإلكتروني تكمن من خلال الوسيلة المستعملة في التعبير عنه الأمر الذي ساهم في بروز مميزات شاذة غير مألوفة في القواعد العامة لنظرية العقد والتعبير عن الإرادة على وجه الخصوص.

لذا سيتم توضيح هذه الخصوصيات مع البحث عن مدى كفاية النصوص القانونية للقانون المدني الجزائري في تنظيمها.

الفرع الأول: الخاصية الأولى: الإيجاب الإلكتروني إيجاب عابر للحدود.

إن السمة البارزة في الإيجاب الإلكتروني والتي تميزه عن الإيجاب التقليدي هو اعتماده على وسائط الإلكترونيّة، ذلك أن إرسال العرض الإلكتروني للموجب لا يحدث في

¹ - راجع المادة 14 الفقرة الثالثة في تعريف مصطلح الإقرار بالاستلام.

مكان واحد بالرغم من التعاصر الزمني في بعض الأحيان¹، هذا ما يجعل الإيجاب الإلكتروني من العروض العابرة للحدود وموجهة على العموم إلى الجمهور فهو لا يتقيد بالحدود الجغرافية للدول إذ يمكن أن يظهر الإيجاب على شبكة الإنترنت من أقصى الشمال بأوروبا إلى أدنى الجنوب في إفريقيا.²

غير أن هذا الوصف لا يؤخذ على الإطلاق في كل الأحوال، إذ قد يكون الإيجاب الإلكتروني مقيداً من حيث النطاق الجغرافي، فقد يحدث أن يتم إدراج شرط تحديد النطاق الجغرافي على مرحلة التسليم وهي مرحلة لاحقة لانعقاد العقد الإلكتروني وهو ما يسمى بشرط نطاق التغطية الذي نص عليه عقد المركز التجاري الفرنسي (INFOIE) وكذا المركز التجاري الأوروبي³، إذ يتوجب على البائع أو الموجب احترامه ويلتزم بتسليم المشتري الشيء المبيع في الأماكن التي تعهد فيها بالتسليم وأن مخالفة هذا الشرط يؤدي إلى ترتيب مسؤوليته.⁴

والسبب الشائع في اعتماد التاجر لتقييد إيجابه هو حرصه على عدم تمديد نطاق إيجابه إلى مناطق خارج بلاده مما يؤدي إلى اصطدامه بقوانين لا يعرف التعامل بها وليس له فكرة عنها. كما قد يرجع سبب التقييد إلى رغبة الموجب في إتمام معاملاته وإنهائها في أسرع وقت ممكن داخل إقليم وطنه.⁵

وعلى الرغم من هذا القيد إلا أنه لا ينال من ميزة الدولية للإيجاب الإلكتروني كما أنه من الضروري أن يحقق شرط التغطية قدرًا كافيًا من الأهمية من الناحية القانونية بالنسبة للموجب. فهذا الأخير لن يلتزم على ضوء هذا الشرط بإبرام عقود في نطاق جغرافي وقانوني لا يسيطر عليه. فلو أن الإيجاب صادفه قبول من شخص خارج النطاق الجغرافي المحدد للإيجاب فهذا القبول لم يصادف إيجاباً قانوني فلا ينعقد العقد.⁶

1 - د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص 90.

2 - أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 267.

3 - راجع: BEAUCHED(J).op.cit.p.41

4 - د. فاروق الاباصيري، المرجع السابق، ص 85.

5 - راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 64.

6 - أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 269.

وبصدد الحديث عن الصفة الدولية والعمومية للإيجاب الإلكتروني والتي جعلت منه إيجاباً عابراً للحدود، تثار مشكلة اللغة، ذلك أن هذا الإيجاب موجه إلى شعوب دول مختلفة ومتنوعة تتحدث وتعتمد لغات مختلفة عن تلك المعتمدة رسمياً لديهم مما يعيق إتمام التعاقد الإلكتروني خاصة المبرمة عبر الإنترنت¹.

فإذا كانت أغلب التشريعات الوضعية تستوجب استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإيجاب، إلا أن عالمية شبكة الإنترنت ليس من شأنها توحيد اللغات المختلفة للشعوب عالمياً أو إقليمياً². لذا نجد أن معظم المواقع العالمية أو المواقع ذات الصيغة الانتشارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة وتوفر ترجمة فورية وكاملة لكل محتويات الموقع الإلكتروني. وبالتالي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها وتتعاوى معهم بلغاتهم المحلية حتى تعطي رواجاً كبيراً لسلعها وخدماتها³.

وهو الأمر الذي تداركته الحكومة الفرنسية عندما تدخلت لتخفيف أثر القانون الفرنسي رقم 94-665 المؤرخ في 04 أوت 1995 المسمى بقانون "TOUBON" والمتعلق باستخدام اللغة الفرنسية⁴. فأصدر رئيس الوزراء منشوراً في 19 ماي 1996 يتضمن تطبيق قانون رقم 94-665. إذ قرر وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات مع إجازة أن يصاحبها ترجمة باللغة الانكليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى⁵.

ومن ناحية أخرى فإن الإيجاب عبر الإنترنت خاصة، عادة ما يأتي مقيداً بحدود المكان أو الإقليم كما سبق بيانه. وبالتالي فهو من هذه الناحية موجه لحد ما ومقتصر ضمن

1 - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 78.

2 - راجع: **CHTILLON (S), Le contrat international, op. cit , p.86**

3 - أنظر: د. عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 133.

4 - أنظر:

Loi n 94-665 du 4 aout 1995 relative a l'emploi de langue française dite « loi Toubon » J.O.F du 5 aout 1994, sur : <http://www.legifrance.gouv.fr>

5 - حول شرح هذا المنشور راجع :

MOREAU (N), La formation du contrat électronique: dispositif de protection du cyber consommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.), Mémoire, DEA Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Université de Lille 2,30/09/2003.

مفاهيم مشتركة لمن يشملهم هذا الإيجاب مما لا تبقى معه أي خشية من أن يأتي العرض متضمنا إيجابا بلغة محدودو فإذا صدر الإيجاب بلغة لا يفهمها الموجب فإنه لا يستطيع أصلا الدخول في التفاوض أو القبول بها¹، ونفس الأمر يصدق على الإيجاب الدولي والعابر للحدود، فأشكالية اللغة المستخدمة أصبحت تتلاشى مع استخدام تقنية المترجم التي تستخدمها أغلب المواقع الإلكترونية، كما أن قبول الموجب لسلعة أو خدمة عرضت عليه بلغة غير لغته الرسمية فإن ذلك قرينة على انه يجيد استخدام لغة الإيجاب وإلا لما استطاع أن يساير هذا الموقع وهذه اللغة ويطبق كل عمليات البيع بالتسلسل حتى وصل به الأمر إلى الالتزام².

الفرع الثاني: الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

إن التعاقد عن بعد بصفة عامة يفيد تعاقد الطرفين دون حضورهما المادي الملموس باستخدام تقنية الاتصال عن بعد سواء كانت هذه الوسيلة تقليدية أو مستحدثة، وقد جاء في المادة ل-121-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي الصادر بموجب المرسوم رقم 2001-741 المؤرخ في 23 أوت 2001 في الفصل المخصص لبيع الأموال وأداء الخدمات عن بعد³ بأن التعاقد عن بعد هو "... كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني والذين يستخدمان لإبرام هذا العقد وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد".

¹ - راجع في ذلك: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 66. د. إيمان مأمون سيمان، ص 94.

² - انظر: د. عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 52.

³ - مضمون النص:

L'article L. 121-16 du code de la consommation stipule que: "les disposition de la present section s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance".

Ordonnance n° 2001-741 du 23 Août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JO.,25/08/2001. www.journal-officiel.gouv.fr

وإذا كان التوجيه رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلك المشار إليه سابقا هو كذلك لم يرد تعداداً حصرياً لوسائل الاتصال عن بعد إلا أنه يمكن القول أنه يعتبر ضمن صور التعاقد عن بعد البيع بالمراسلة بمعناه الضيق وصولاً إلى البيع عبر الإنترنت، ذلك أن هذا الأخير هو كذلك من صور التعاقد عن بعد¹.

وتعتبر المسافة في التعاقد عن بعد مسافة مكانية لاختلاف مكان المتعاقدين وقت تبادل التعبير عن الإرادة، أما المسافة الزمنية فقد توجد وقد تنعدم تماماً بحسب الوسيلة المستعملة في التعبير عن الإرادة فليس من شك أن العقد الذي يتم بالمراسلات البريدية أو البرقية يتطلب بالضرورة مضي فترة زمنية بين صدور القبول ووصوله إلى الموجب².

أما إذا كانت الوسيلة المستخدمة في نقل التعبير عن الإرادة من وسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني أو التلفزيون أو غيرها من الأجهزة الإلكترونية، فإن عنصر الزمن يتلاشى لأن تعبير أحد المتعاقدين عن إرادته يصل إلى علم من وجه إليه فور صدوره وهو ما يعرف بالتعاقد بين حاضرين من حيث الزمان.

فالإيجاب الإلكتروني هو أحد العروض التي تتم عن بعد ومتى صادفه قبول ينعقد العقد، إنما ما يميزه هو عدم التعاصر المكاني بين الموجب والقابل لبعده المسافة الجغرافية، مما جعل الفقه الفرنسي يصنف العقد الإلكتروني ضمن طائفة العقود التي تتم عن بعد³.

ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجاباً عن بعد فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد⁴، ذلك أن المستهلك شأنه شأن مستخدم الإنترنت غالباً ما يفتقد إلى الخبرة الكافية لتمييز سلعة عن أخرى ومعرفة جودتها وفائدتها، مما يؤدي إلى عدم المساواة في العلم بين أطراف العقد ويجعل المستهلك في وضع أقل وأضعف من الطرف الآخر الذي يتميز بقوة اقتصادية من جهة وبالعلم بكافة ظروف التعاقد من جهة أخرى، كما أن اعتماد الإيجاب الإلكتروني على وسائل الدعاية المبالغ فيها يدفع بالمستهلك أو العميل

¹ -راجع:

GATSI (J), La protection du consommateur en matière de contrats a distance dans la directive du 20 mai 1997 , Dalloz Affaires ,p.378.

² - راجع أكثر تفصيلاً: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 288.

³ - راجع: LE TOURNEAU (PH), Contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2008, p.59.

⁴ - د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص 89. وكذلك: د. محمد قاسم، المرجع السابق، ص 15.

(الزبون) إلى التسرع في شراء السلعة¹ فلا يسمح له ذلك بالحكم الدقيق على المنتج الذي تعاقد عليه، و ذلك مهما بلغ وصف البائع لها من الدقة و أمانة و هو ما يبرر بصفة خاصة التركيز على إعطاء المستهلك رخصة أو حق الرجوع في العقد و العدول عنه خلال مدة معينة تحتسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه² . و هو الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك رقم 741-2001 المؤرخ في 23 أوت 2001 وكذا التوجيه الأوربي رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلك المشار إليه آنفاً. وتتجلى ظروف التعاقد بالزامية الموجب بتزويد المستهلك في العقود الإلكترونية بجملة من المعلومات خاصة تلك التي تتعلق بشخصية المورد وعنوانه والخصائص الأساسية للسلع والخدمات المعروضة وأثمانها ومدى جودتها وتدابير الدفع والتسليم ومدى حق المستهلك في الرجوع عن تعاقدته وتكاليف الاتصال والتسليم ومدة الضمان.

الفرع الثالث: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية.

تعد هذه الميزة الأهم في خصائص الإيجاب الإلكتروني، بل هي جوهره بفضلها يكتسب الإيجاب الخاصيتين السابقتين وهما الطابع الدولي وصفة التعبير عن بعد. فعدم معرفة أطراف العقد الإلكتروني لبعضهما البعض وغياب التعاصر المكاني مرده أن الإيجاب الإلكتروني قد تم عبر الوسيط الإلكتروني الذي خلق هذا التباعد الجغرافي بين أطراف العلاقة³.

ونظراً لما يقدمه الوسيط الإلكتروني وعلى الأخص الإنترنت من الانفتاح والعالمية جعل من الإيجاب الذي يتم عبره ذو طابع دولي بعرض ونشر الإيجاب الإلكتروني وضمن صحته وجديته.

ولم يشر القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية صراحة إلى بيان المقصود بالوسيط الإلكتروني على الرغم من أن هذا القانون يستوعبه كطريقة يتم من خلالها التعبير

¹ - أنظر: د. عاطف عبد الحميد حسن، مرجع سابق، ص 28.

² - راجع: عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، مذكرة لنيل رسالة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس، فلسطين، 2009، ص 48.

³ - أنظر: د. عبد العزيز محمود مرسي، المرجع السابق، ص 11.

عن الإرادة . في حين أن قانون المبادلات الإلكترونية للولايات المتحدة الأمريكية¹ لسنة 1999 أعطى تعريفاً للوسيط الإلكتروني في المادة الثانية الفقرة السادسة منه بأنه: " برنامج حاسوبي أو أي وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كلياً أو جزئياً للرسائل الإلكترونية أو التدابير، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملاً أو يقدم استجابة".

وقد جاء في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تعريفاً للوسيط الإلكتروني² في المادة الثانية بأنه: " برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي".

إذن يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني يتمثل في مقدم خدمة الإنترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية. وليس هناك ما يحول أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت، كما أن هناك أشخاصاً عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه كعامل الاتصالات ومورد المعلومات ومورد المنافذ³.

وبالتالي فإن وجود الوسيط الإلكتروني يعد أمراً ضرورياً لقيام الإيجاب الإلكتروني فهو وسيلة التعبير عنه بحيث يتعذر وجوده وجود الإيجاب الإلكتروني وصحته، إذ بهذا الغرض يتحقق الوجود القانوني للإيجاب ويكون صالحاً لترتيب آثاره فهذا الأخير يختفي بمجرد سحبه من موقع عرضه عندما لا يكون ملزماً فينعدم أثره القانوني⁴.

¹ - يرمز له ب : U.E.T.A. و لأجل الإطلاع عليه راجع الرابط التالي:

<http://www.yozons.com/linkedDocs/UETA.pdf>

² - سماه قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية بالوسيط الإلكتروني المؤتمت في حين سماه المشرع البحريني بالوكيل الإلكتروني.

³ - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 205.

⁴ - أنظر: د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 90.

المطلب الثالث: الحدود الفاصلة بين العرض الإلكتروني و الإيجاب الإلكتروني.

من الشروط الهامة الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني شرط أن يكون العرض جازماً وبتاً يعبر عن إرادة الموجب بالالتزام به في حالة قبوله من الموجب له، وأن تتوافر فيه النية القاطعة التي تعتبر معياراً للتمييز بين الإيجاب الملزم والمفاوضات. وهذا وتظهر النية القاطعة من ظروف التعاقد وعبارات الإيجاب الكاشفة عن التصميم النهائي لإبرام العقد¹.

وبصدد الحديث عن هذا الشرط أثيرت مسألة تمييز العروض التي تظهر على شبكة الإنترنت هل هي مجرد دعوة إلى التعاقد أم إيجاب بات يترتب عن قبوله انعقاد العقد؟

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعروض المقدمة على شبكة الإنترنت.

إن تحديد هذا التمييز يتوقف على صيغة العرض أو عبارات الإيجاب التي تحدد طبيعته وتبرر مقاصد صاحبها²، فقد يذكر الموجب في عرضه على تحديد مدة لإبداء الموجب له قبوله أو رفضه، فذكر هذه المدة في صيغة العرض يجزم للطرف الآخر أن صاحب العرض ينوي الالتزام بعرضه، وكذلك الأمر عندما يذكر الموجب بأن العرض غير قابل للإلغاء أو أن الموقع الإلكتروني على استعداد لإرسال السلعة إلى من يريدها في حال إبداء قبوله لهذا العرض³.

ويضاف إلى مظاهر الإيجاب البات والجازم هو خلوه من أية تحفظات التي قد تؤثر على قوة الإيجاب وإلزاميته. لأن العروض التي تكتنفها هذه التحفظات توحى وتدل على صاحب هذه العروض غير جاد في إبرام العقد الإلكتروني وتظهر شكوك حول عزم إرادته في انعقاده حتى وإن صادفه قبوله⁴.

1 - أنظر: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص. 68.

2 - د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 133.

3 - أنظر في ذلك وأمثلة أخرى: د. محسن علي شفيق، المرجع السابق، ص 99.

4 - د. مراد محمود يوسف الطلق، المرجع السابق، ص 139.

وتظهر التحفظات التي تصاحب العروض على شبكة الإنترنت عديدة ومختلفة كأن يقترن العرض بتحديد صاحب العرض وسيلة معينة يشترط أن يتم القبول من خلالها ولا يعتبر العقد منعقداً إذا تم تغييرها كأن يشترط أن يتم القبول عبر رسائل البريد الإلكتروني (E-mail) فإذا حدث أن أبدي القبول عبر البريد العادي فلن ينعقد العقد ومثاله كذلك أن يقترن العرض بتحفظ مفاده أن يبقى العرض سارياً إلى غاية نفاذ المخزون¹.

فوجود نية جدية لدى الموجب في التعاقد تجعله ملتزماً بالعرض المقدم من قبله إذا ما اقترن به قبول، فظروف التعاقد عبر شبكة الاتصال الإلكترونية كالإنترنت تختلف عن ظروف التعاقد العادي فغالبا ما يكون النوع الأول تعاقدًا بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد. كما أن استخدام كلمتي (عرض) و(قبول) في اصطلاح القانون تختلف عن استخدامها اليومي لدى الجمهور². فمثلا إذا أعلن أحد المواقع الإلكترونية عن عرض خاص لبيع بعض المنتجات، فإن هذا العرض قد لا يكون إيجابياً بالمعنى المعروف قانوناً ومع ذلك يبادر العديد من المستهلكين إلى إرسال قبول يوافق ذلك العرض معتقدين أنه بذلك قد أبرموا عقداً مع الموجب³.

وقد تصدت التشريعات التي تناولت المعاملات الإلكترونية لهذه المسألة واعتبرت أن مثل هذه العروض ما هي إلا دعوة للتفاوض ما لم يتبين أن التاجر مقدم العرض لديه نية جدية في التعاقد، فحينئذ يعد عرضه إيجاباً⁴، إذ أكدت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الرسائل الإلكترونية في العقود الدولية على ذلك الموقف فنصت على أنه: " أي اقتراح يقدم لإبرام عقد بواسطة رسالة إلكترونية واحدة أو أكثر لا يكون موجهاً إلى طرف معين واحد بل يتييسر الإطلاع عليه للأطراف التي تستخدم نظم المعلومات بما في ذلك الاقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبات من خلال نظم معلومات فهي تعتبر مجرد دعوة إلى

¹ - أنظر: د. محمد سعيد إسماعيل، أساليب الحماية الإلكترونية لمعاملات التجارة الإلكترونية ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2005، ص 131.

² - د. عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 149.

³ - د. أحمد خالد العلجوني، المرجع السابق، ص 93.

⁴ - د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 62.

تقديم العروض فقط. ما لم يدل بوضوح على أن مقدم الاقتراح ينوي الالتزام به في حال قبوله¹.

الفرع الثاني: تأثير التحفظات على وصف الإيجاب.

الثابت أنه من مظاهر الإيجاب البات والجازم هو خلوه من أية تحفظات مؤثرة في إلزامية العرض، فهل يعني ذلك أن كل التحفظات التي قد يقترن بها العرض عبر الوسائل الإلكترونية تنال من وصف الإيجاب فلا ينعقد العقد إلكترونياً ولو تم قبول هذه العروض أم أن الأمر خلاف ذلك؟

إن الأخذ بهذا الطرح على إطلاقه غير صحيح لأن الفقه ميز بين نوعين من التحفظات منها ما يؤثر على وصف الإيجاب ومنها ما يبقي العرض إيجاباً باتاً:

البند الأول: التحفظات غير المحددة.

هي التحفظات التي لا يحدد فيها صاحب العرض مضمونها ولا ماهية تحفظه أو دوافعه، فهو يقبل فيه التعاقد مع أي شخص كما قد يرفض التعاقد مع غيره دون إبداء دوافعه². فتظهر هذه التحفظات دون تحديد تجعل من العرض دعوة إلى التعاقد وليس إيجاباً³. في حين يعتبرها البعض خلاف ذلك أن احتفاظ صاحب العرض بحقه في اختيار المتعاقد معه هو أمر جائز ويجعل من العرض إيجاباً مشروطاً. وأن هذا الشرط مسموح به في العقود التي يكون فيها للعنصر الشخصي مكانة هامة في نظر المتعاقد كعقد الإيجار وعقود العمل وغيرها من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي، حيث لا يلتزم الموجب بأن يتعاقد مع من يقبل عرضه أياً كان لأننا نكون بصدد إيجاب حقيقي وليس مجرد دعوة إلى التعاقد⁴. حيث يحدد هذا التحفظ نطاق الإيجاب ولا يسلبه صفته.

¹ - المادة 11 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن الرسائل الإلكترونية.

² - راجع : GHESTIN(J) , op.cit., p. 296

³ - د. عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 133.

⁴ - أنظر :

البند الثاني: التحفظات المحددة.

خلافا للصورة الأولى قد تكون التحفظات محددة بدقة ووضوح ويكون العرض في هذه الحالة إيجابا معلقا على شرط ينتج أثره في حال تحقق الشرط المقترن به كما هو الحال في العروض التي تقترن بالتحفظ بأن تبقى سارية وقائمة إلى غاية نفاذ السلعة أو نفاذ المخزون، فهذا العرض يعد إيجابا مشروطا بنفاذ هذا المخزون. إلا أنه يعتبر إيجابا باتا وجازما إلى حين نفاذ المخزون¹. فالتحفظ هنا لا يسلب الإيجاب صفته لأن كل قبول يؤدي إلى إبرام العقد لغاية نفاذ المخزون أو الكمية².

وكان القضاء الفرنسي قد اعتبر أن العروض المقترنة بمثل هذه التحفظات تعتبر بمثابة إيجاب ملزم وليس مجرد دعوة إلى التعاقد كما أكد على أنه إذا كانت القاعدة العامة تقضي بأنه يحق للموجب العدول عن إيجابه طالما لم يتم إبداء قبوله، إلا أن القضاء قرر أن الإيجاب غير المحدد المدة يقترن دائما بمدة معقولة يقدرها القاضي تكون ملزمة لصاحبه، ويتم تقدير هذه المدة طبقا للعادات والظروف الاقتصادية والفنية للمعاملة³. ورغبة في حماية المستهلك يقرر القضاء أن الدعاية التي تتضمن عروضاً سخية ومغرية تلزم صاحبها وإلا تعرض للجزاء الخاصة بالإعلانات الخادعة أو الكاذبة⁴.

ونظراً لكون الإيجاب الإلكتروني ملزم لصاحبه، فهو يرتب مسؤوليته العقدية. لذا يحرص أصحاب العروض إلى إضافة تحفظات معينة تحرره من الالتزام وتجعل من العرض الصادر منه مجرد دعوة إلى التعاقد أو الإعلان عن المنتج أو الخدمة كالاحتفاظ بحق الرجوع في العرض، أو إضافة عبارات محددة مثل "دون التزام" "sans engagement"، أو بعد تأكيد "après confirmation"، أو إضافة تحفظ أو شرط عدم نفاذ المخزون أو عدم نفاذ الكمية أو البضاعة⁵.

¹ - راجع : GHESTIN(J),op.cit, p. 297

² - أنظر: د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 106.

³ - C.A. Grenoble, 08 oct.1991.D.1992.p.151

⁴ - راجع : BENSOUSSAN (A), op.cit, p.98

⁵ - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 106.

وبشأن هذه التحفظات أوضحت المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الرسائل الإلكترونية في العقود الدولية في الفقرة 206 على أنه قد يكون مفيدا في بعض الحالات التي يكون فيها العرض ملزما لصاحبه أن يدرج عبارات يكون من شأنها أن تخلصه من مسؤوليته التي تنشأ عن عدم كفاية المخزون أو البضائع لتلبية الطلبات الموجهة إليه، وذلك بعبارة أن العروض تتعلق بكميات محدودة فقط أو عبارة أنه سيتم معالجة الطلبات آليا حسب ترتيب ورودها زمنيا¹.

ويمكن القول في الأخير أن الإيجاب المقترن بتحفظ نفاذ الكمية يأخذ نفس حكم الإيجاب الملزم المقترن بمدة فهو إيجاب بات ومحدد طالما صادفه قبول قبل نفاذ تلك الكمية. لذا فإن الاتجاه الثاني هو الرأي الأولي بالإتباع².

المطلب الرابع: صور الإيجاب الإلكتروني.

طبقا للقواعد العامة فإن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل أو قيد معين . فالمتعاقد له أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي يراها مناسبة له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر تماشيا مع مبدأ الرضائية في العقود³.

والتعبير عن الإرادة هو إظهار ما تتجه إليه نية صاحب هذه الإرادة وإبرازها للعالم الخارجي وإلى نطاق ومجال ظاهر حيث تدركه الحواس وهو النطاق الذي يعتد به القانون، إذ يفترض في هذا التعبير وجود إرادة جادة تقصد الالتزام بمضمون هذا التعبير وتحقيق الآثار القانونية التي تشير إليها أو يقتضيها⁴.

والإيجاب الإلكتروني من أحد صور التعبير عن الإرادة لا يعدو أن يكون أكثر من الإيجاب التقليدي، غير أن الوسيلة هي التي اختلفت مع بقاء الجوهر⁵.

¹ - لتفصيل أكثر حول هذه المذكرة الإيضاحية، راجع: د. سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص 151. وكذلك: د. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 120.

² - د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 316.

³ - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 252.

⁴ - راجع: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 83. وكذلك: د. لبنى مختار، المرجع السابق، ص 33.

⁵ - د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 105.

فالقواعد العامة الواردة في القوانين الوضعية وكذا القواعد الخاصة التي جاءت بها التشريعات الإلكترونية قد أجازت التعبير عن الإيجاب بالوسائل الإلكترونية متى كان ذلك الإيجاب مستوفيا لكل شروطه المحددة سلفاً.

وقد نصت المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو الإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

وتتعدد صور الإيجاب الإلكتروني حسب الوسيلة المستعملة وكذا حسب مجال المخاطبة فبالنسبة للمعيار الأول فتظهر في صورة الإيجاب الموجه عبر شبكة الإنترنت وكذا عبر البريد الإلكتروني وأيضاً عبر صفحات المواقع الإلكترونية في حين تظهر صور الإيجاب الإلكتروني وفقاً للمعيار الثاني إلى الإيجاب العام والإيجاب الخاص ولكل منهما أحكامه.

الفرع الأول: صور الإيجاب الإلكتروني حسب الوسيط المستخدم.

تتعدد صور الإيجاب حسب نوع الوسيط الذي يتم التعبير بالإيجاب الإلكتروني من

خلاه إلى:

البند الأول: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:

يعد البريد الإلكتروني وسيلة تسمح بتبادل العروض التعاقدية من خلال رسالة البيانات التي تحمل في طياتها الإيجاب والقبول¹، إذ ينظر إلى البريد الإلكتروني أنه معادل للبريد العادي فهو يستخدم في نقل الملايين من الرسائل يوميا بما في ذلك ملحقات تلك الرسائل من صور ورسومات².

¹ - د. عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 120.

² - د. مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 162.

كما يعد البريد الإلكتروني أحد أبرز تطبيقات الإنترنت وأكثرها استخداماً حيث ظهر تحت تسمية انجليزية E-mail وهي اختصار لكلمة Electronique-mail وعرفته اللجنة العامة للمصطلحات بفرنسا بأنه وثيقة معلوماتية يُحررّها ويرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة المعلومات¹.

في حين ورد في المادة الأولى من قانون الاقتصاد الرقمي الفرنسي رقم 2004/575 الصادر في 21 جوان 2004 تعريفاً للبريد الإلكتروني بأنه: " كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في معدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها".

أما في التشريع الجزائري فإن قانون رقم 03/2000 الصادر بتاريخ 05 أوت 2000 و المتعلق بتحديد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلكية و اللاسلكية² فإنه لم يعرف البريد و إنما أعطى مفهوم الخدمات البريدية في نص المادة 09 الفقرة الأولى بأنها: " تتمثل هذه الخدمات في جمع و ترحيل و توزيع المادة البريدية ". في حين عرفت المادة البريدية في الفقرة الخامسة من نفس المادة بأنها: " كل إرسال تسمح مواصفاته التقنية بالتكفل به في الشبكة البريدية من بينها مواد المراسلة ، الكتب و المجلات و الجرائد و اليوميات و كذا الطرود البريدية المحتوية على بضائع بقيمة أو بدون قيمة تجارية " .

ولقد جاء في المادة 11 الفقرة الأولى من القانون النموذجي للأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية أنه: " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام بيانات في تكوين العقد لا يفقد العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

¹- راجع :

SEDSLLIAN (V), La responsabilité de l'employeur en tant que fournisseur d'accès à Internet Légicom , n°27,2002/2, p.60.

² - أنظر: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات، المرجع السابق، ص 85.

في حين أجازت المادة الثانية من ذات القانون على أن يتم الإيجاب عبر البريد الإلكتروني بقولها في الجزء المتعلق بتعريف المصطلحات ما يلي: " يراد بمصطلح (رسالة البيانات) المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها...بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي".

إذن فالرسالة الإلكترونية المشار إليها في المادتين 02 و11 قد تصدر من الموجب كما قد تصدر عن القابل، ولما كان الأمر يتعلق بموضوعنا حول الإيجاب فإن الوضع يختلف ويعتبر الموجب هو المنشئ¹. وعلى ضوء أحكام المادة الثانية في الفقرة الثالثة من نفس القانون . فقد جاء فيها أنه: " يراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها – إن حدث- قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

كما أن القابل أو الموجب له يصبح هو المرسل إليه طبقا للمادة الرابعة من نفس القانون لما ذكرت أنه: " يراد بالمرسل إليه" رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يسلمه رسالة البيانات ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

و تكاد تتشابه هذه المصطلحات مع ما ذكره المشرع الجزائري في تعريف المرسل و المرسل إليه المشار إليهما في قانون رقم 03/2000 الصادر بتاريخ 05 أوت 2000 الذي يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد و المواصلات السلوكية و اللاسلوكية في القسم الثاني تحت عنوان البريد إذ جاء في الفقرة التاسعة من المادة 09 منه: يقصد في مفهوم هذا القانون بالمرسل : " شخص طبيعي أو معنوي مرسل المادة البريدية ". أما الفقرة العاشرة لنفس المادة عرفت المرسل إليه بأنه: " شخص طبيعي أو معنوي يستلم المادة البريدية ".

¹ - الجريدة الرسمية عدد 48 الصادرة بتاريخ 06 أوت 2000.

ويقوم الموجب الذي لديه اشتراك في خدمة الإنترنت بالدخول إلى عنوان الشخص الذي يريد إرسال رسالة البيانات إليه ويقوم بكتابة عنوان المرسل إليه على الشبكة ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج حينئذٍ يقوم برنامج البريد الإلكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم، وعندما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم هذا الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه حيث تختزن في صندوق بريد المرسل إليه الذي يسمى الوارد، فيستطيع المرسل إليه عند فتحه قراءة الرسائل والرد عليها¹.

ويجب لإرسال الإيجاب واستقباله عبر البريد الإلكتروني أن يكون لدى مستعمل الإنترنت عنوان إلكتروني يتحدد بواسطة مقدم خدمة الدخول إلى الإنترنت إذ يمثل العنوان الإلكتروني² أهمية بالغة فمن خلاله ينتج الإيجاب أثره القانوني طبقاً لنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري بقولها: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"³.

والإيجاب عبر البريد الإلكتروني لا يأخذ مظهراً موحداً بل يجب التمييز بين صورتين من هذا الإيجاب وهما:

الفقرة الأولى : الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بين الإيجاب والقبول

في هذه الحالة يكون الموجب بحاجة إلى فترة زمنية فاصلة لكي يستلم الرد عن إيجابه أي علم الموجب بالقبول الذي يستغرق فاصلاً زمنياً، لأن الاتصال بين الطرفين لم يكن آنياً كما هو الحال في الاتصال بالكتابة مباشرة.

هذه الصورة تتشابه مع الإيجاب الصادر من جهاز الفاكس أو من المراسلة العادية، فيكون الإيجاب قائماً غير ملزم إلا إذا تضمن إلزاماً بالبقاء على إيجابه لفترة محددة. كما

¹ - أنظر تفصيلاً لذلك: د. عبد الهادي فوزي العوضي، المرجع السابق، ص 25.

² - سبق الحديث عن عنوان البريد الإلكتروني في الفصل الثاني من الباب الأول من هذه الرسالة.

³ - راجع أكثر تفصيلاً في شرح هذه المادة: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 85.

يمكن استخلاص هذه الفترة الزمنية من طبيعة الإيجاب والعرف¹ ، إذ يجب أن يؤخذ في عين الاعتبار حول مدة الإيجاب ثلاثة عناصر وهي: الزمن اللازم لوصول الرسالة إلى المرسل إليه (الموجب له) والوقت الكافي للإطلاع وتكوين الرأي، والوقت اللازم لوصول الردّ إلى المنشئ. كما يجب الأخذ بعين الاعتبار صفة المرسل إليه كشخص عادي أو رجل أعمال حيث يكون هذا الأخير أسرع عادة في الردّ².

وهذا الحكم يتماشى مع نص المادة 63 من القانون المدني الجزائري بقولها: " إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

وعليه إذا كان الإيجاب غير ملزم فإن العقد الإلكتروني ينعقد بمجرد وصول القبول إلى علم الموجب وكان مطابقا له، أو أبدى القبول قبل انقضاء المدة وتم تقديمه قبل سقوطه، كما يخول للموجب أن يتحلل من إيجابه من خلال رفض المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني للعرض المقدم فضلا عن الحالات التي يسقط فيها هذا الإيجاب الإلكتروني طبقا للقواعد العامة كالوفاة أو فقدان الأهلية³.

الفقرة الثانية : الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة

في هذه الصورة، الإيجاب الإلكتروني لا يفترن بالمدة لأن الموجب والموجب له يجمعهما مجلس عقد واحد⁴. بمعنى أن الموجب لا يحتاج إلى فترة زمنية فاصلة لاستلام القبول، فيصبح الإيجاب قائما غير ملزم وهي الصورة التي يقترب فيها كثيرا من الإيجاب عبر التيلكس أو الهاتف الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه وقبوله حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب. ولا يعد ذلك خروجاً عن القواعد العامة التي تنص على أنه: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب

¹ - راجع: د. خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 72.

² - أنظر: د. عمرو خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 137.

³ - أكثر تفصيل بشأن حالات سقوط الإيجاب راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، جزء 01، المرجع السابق، ص 251. وكذلك: د. لبني مختار، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - الوضع هنا هو تعاقد بين غائبين مكانا وحاضرين زمانا وسيكون لنا تفصيل في هذه المسألة لاحقا.

يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل....."1.

فالمنشئ صاحب الإيجاب يكون في اتصال مباشر مع المرسل إليه فهو لا يشاهده وإنما يتواصلان بالكتابة الإلكترونية. إذ لا يستغرق وصول قبول المرسل إليه إلى المنشئ إلا في بضع ثوان كما لو كنا حاضرين مكاناً. وبالتالي يبطل الإيجاب الإلكتروني ويفقد قوته القانونية بمجرد الرفض² أو ما يدل على أن المنشئ قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول كأن يقوم المرسل إليه بإغلاق جهاز حاسوبه أو بإعطاء إشارة إلى أنه انتقل إلى موقع جديد غير موقع الموجب فيكون المرسل إليه قد قام بالفعل يرد على الإعراض فأبطل الإيجاب³.

البند الثاني : الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية

المواقع الإلكترونية هي إحدى الخدمات المعروضة على الإنترنت حيث تسمح بالنقل والاستخدام للوثائق متعددة الوسائل الإعلامية عبر الخط⁴. كما تُعد أحد الوسائل الاتصال الأكثر استخداماً في الاتصالات عبر شبكة الإنترنت.

ويقترَب الإيجاب عبر شبكة المواقع الإلكترونية من الإيجاب الصادر عبر الصحف أو التلفاز أو في العروض التي تتم في الشاشات العملاقة واللافتات الموضوعة في الساحات والطرق العامة⁵. ويقوم الموجب بإنشاء موقع خاص يحتوي على عدة أقسام تسمى بصفحات الاستقبال ويعرض فيها مختلف المعلومات والخصائص المتعلقة بمنتجاته أو خدماته مع تحديد بصفة مسبقة الشروط الأساسية والأركان الجوهرية لإبرام العقد⁶.

1 - الفقرة الأولى من المادة 64 من القانون المدني .

2 - راجع الفقرة الثانية من المادة 64 من القانون المدني.

3 - أنظر: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 73.

4 - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 103.

5 - أنظر: برني نذير، المرجع السابق، ص 73.

6 - د. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 27.

والتعبير عن الإرادة إلكترونياً عبر مواقع الويب (web) قد يعبر عنه بالكتابة أو بالضغط على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب الشخصي أو بالضغط على الخانة المخصصة لذلك في صفحة الموقع.

إن ما يميز الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية هو توجيهه إلى الجمهور. فلا يكون مقصوراً على أشخاص محددين فهو يتضمن عرض موجه للعامة من بيع أو تأجير أو عقد العمل أو إعلان عن مزايده¹. وعادة ما يكون محدداً بزمان أو معلقاً على شرط عدم نفاذ السلعة أو الكمية، وهو شرط راجع لطبيعة الإيجاب في حد ذاته لأن احتمال نفاذ السلعة أو المخزون أمر وارد بالنظر إلى كثرة الجمهور الذي يعرض عليه الإيجاب بما قد يسبب بورود طلبات على السلعة أو الخدمة المعروضة على الموقع الإلكتروني بما يفوق قدرة المنشئ الموجب على توريد السلعة ويفرض عليه العمل لمدة زمنية أطول من أجل الوفاء بإيجابه².

لذا أفرز هذا النوع من التحفظ مشكلة تكليف العرض عبر الموقع الإلكتروني المقترن بتحفظ نفاذ الكمية أو المخزون، عما إذا كان إيجاباً كاملاً أم مجرد دعوة إلى التعاقد أم لا يعدو كونه إعلاناً؟

إن العرض عبر المواقع الإلكترونية غير المحدد المدة أو المقترن بتحفظ نفاذ الكمية هو إيجاب كامل متى استكمل شروطه العامة³. هذا ما لم تكن شخصية المتعاقد محل للاعتبار لدى المنشئ، إذ في هذه الحالة يكون العرض مجرد دعوة للتعاقد بالرغم من تحديده للشروط الجوهرية⁴ مثل: الإعلان عن مستخدمين أو فنانين، ففي هذه الحالة يحتفظ من صدر منه التعبير لنفسه بحق الموافقة على من يتقدم إليه بناءً على الدعوة التي وجهها نظراً لأن شخصية المتعاقد محل اعتبار لديه⁵.

¹ - راجع: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 73.

² - أنظر: برني نذير، المرجع السابق، ص 24.

³ - د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 72.

⁴ - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوجيز في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 89.

⁵ - د. مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 165.

وهناك من يذهب إلى أن العروض التي تتم عبر هذه المواقع يمكن أن تشكل إيجاباً إذا تضمنت إعطاء الزبون الحق في إرسال رد عبر شبكة الإنترنت يفيد رغبته في التعاقد بناءً على العناصر الواردة في العرض أو إرسال الرد عبر البريد الإلكتروني للموجب¹.

وهكذا ينبغي أن يتضمن الإيجاب البيانات التي تدل على هوية الموجب أو مقدم الخدمة. وجميع ما يفيد تحقيق قناعة القبول للطرف الآخر، مما يؤدي إلى العلم الكافي للمستهلك أو الزبون قبل انعقاد العقد بمزايا المنتج أو الخدمة محل العقد² من أجل حماية هذا الأخير في التعاقد الإلكتروني عبر الموقع. كما يتحقق بذلك خصوصية الإيجاب الإلكتروني في كونه لا يتم بين حاضرين بل بين غائبين وموجه لجمهور المستخدمين³. و نفس الحكم اعتمده المشرع الجزائري في المادة 17 من قانون 03/09 الصادر بتاريخ 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش إذ جاء في نص هذه المادة أنه : " يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة "

البند الثالث : الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الإنترنت

يستطيع الموجب مستخدم الإنترنت أن يتحدث مع الطرف الآخر في وقت واحد عن طريق الكتابة والمشاهدة معاً أو المحادثة والمشاهدة، على أنه يشترط لتحقيق ذلك أن يكون الطرفين متصلين بأحد أجهزة الخدمة، إذ يقوم هذا الأخير بتقسيم الصفحة الرئيسية لشاشة الحاسوب إلى جزئين حيث يقوم أحد الطرفين بالكتابة في الجزء الأول ويرى في نفس الوقت ما يكتبه الطرف الآخر في الجزء الآخر⁴.

¹ - أنظر في ذلك :

BEAURE DAUGERES (G). BREES (P) et THULLER (S) .op.cit p.96

² - اشترط المشرع الفرنسي في المادة 01/111 من قانون الاستهلاك على صاحب العرض إعلام المستهلك بخصائص السلع والخدمات محل العقد والأسعار وشروط البيع وتاريخ التسليم ومدة بقاء أو سريان الإعلان بطريقة واضحة. حول ذلك راجع : HUET (J) .op.cit. p.28

³ - راجع: د. محمود عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 120.

⁴ - د. مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 164.

ففي هذه الصورة يمكن للموجب الاتصال مباشرة بالموجب له عبر الشبكة من خلال المشاهدة باستخدام جهاز الكاميرا الرقمية توصل بالحاسوب فيتعاصر وجود المتعاقدين زمنياً يجمعهما مجلس عقد افتراضي يقترب جداً من مجلس العقد الحقيقي، حيث يكون الإيجاب صادراً مباشرة بطريق اللفظ أو الكتابة أو المشاهدة وفي تزامن واحد¹.

والإيجاب الإلكتروني عبر هذه الوسيلة لا يثير إشكالا في طبيعته في كونه إيجاباً خاصاً، لأنه لا يوجه إلى الجمهور عامة وإنما لشخص معين أو أشخاص معينين بالتحديد إذ يمكن أن يكون الإيجاب موجهاً لمجموعة من الأفراد كلهم موجودون في نفس المكان وهو ما يحدث في عقد المؤتمرات بين عدة أشخاص في دول مختلفة في نفس الوقت.

ولما كان الإيجاب عبر غرف المحادثة والمشاهدة يتصل مباشرة بالموجب له الذي يصل هو بدوره يستطيع إيصال قبوله فوراً إلى الموجب فينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين زماناً، المنصوص عليها في المادة 64 من القانون المدني الجزائري المشار إليها سابقاً فيكون الإيجاب غير ملزماً يخول لصاحبه حق العدول عنه ما لم يحصل القبول فوراً وإذا حدث أن تم إبداء القبول بعد العدول عن هذا الإيجاب يفقد صورته ويصبح إيجاباً جديداً².

أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن هذا الأخير يبقى قائماً إلى غاية انقضاء مجلس العقد ولم يصادفه رفض له أثناء ذلك. وهذا باعتباره إيجاباً غير ملزم، أما لو حدث أثناء بقائه أن أبدى قبولا لهذا العرض خلال قيام مجلس العقد انعقد الاتفاق بينهما³.

الفرع الثاني: الإيجاب العام والإيجاب الخاص.

تتعدد أشكال الإيجاب الإلكتروني خاصة المبرم عبر الإنترنت. فهو إما عرضاً عاماً مباشراً موجهاً إلى أشخاص غير محددين كالإيجاب عبر صفحات مواقع الويب التجارية

¹ - أنظر: برني نذير، المرجع السابق، ص 25.

² - راجع: مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات، المرجع السابق، ص 98. و برني نذير، المرجع السابق، ص 26.

³ - أنظر: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 92.

المنتشرة على شبكة الإنترنت¹ ويسمى كذلك بالإيجاب الكلي² ، كما قد يكون الإيجاب الإلكتروني خاصاً ويسمى أيضاً بالإيجاب الجزئي عندما يكون موجهاً إلى أشخاص محددين، وهو يتم في الغالب في صورة عرض خاص عبر البريد الإلكتروني³. لذا سيتم الحديث عن هاتين الصورتين مع تبيان أهميتهما وفقاً لما يلي:

البند الأول: الإيجاب الإلكتروني العام.

الإيجاب الإلكتروني العام هو ذلك العرض الإلكتروني الذي يتم عبر وسائط إلكترونية كشبكة الإنترنت والعرض الذي يتم عبر صفحات المواقع الإلكترونية المختلفة كمواقع الويب، والمتضمنة عروض موجهة لأشخاص غير محددين لسلعة معينة أو خدمة متضمنة لثمنها وجميع العناصر الأساسية اللازمة للتعاقد وكل ذلك ليُجعل من هذا العرض إيجاباً قانونياً منتجاً لآثاره التعاقدية⁴.

وبهذا الشأن نصت المادة 02 الفقرة الثانية من القانون الفرنسي رقم 575 لسنة 2004 بأنه: "تعتبر مخاطبة إلكترونية موجهة إلى الجمهور كل ما يوضع تحت تصرف العامة أو طائفة من الناس بإحدى الوسائل الإلكترونية أي إشارات أو علامات أو مراسلات أو صور أو أصوات أو رسائل طالما لم تأخذ الطابع الخاص".

والمميز في الإيجاب الإلكتروني العام الموجه إلى الجمهور أن شخصية القابل لا تكون ذات أهمية بالنسبة للموجب. فالقاعدة المعمول بها في القانون الفرنسي أن أي شخص يستطيع التقدم بالقبول، إذ يحصل الارتباط في هذا الوقت وينتهي مفعول هذا الإيجاب

1 - د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 249.

2 - هذا المصطلح جاءت به المادة 13 الفقرة الأولى من قانون إمارة دبي المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

3 - أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 286.

4 - راجع: ITEANU (O), op.cit, p.82

بالنسبة للأشخاص الآخرين¹. ذلك أن الإيجاب العام يلزم الموجب اتجاه أول قابل له بالشروط المبينة فيه كما لو كان موجها إلى شخص محدد².

كما أن الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور يمكن سحبه أو الرجوع فيه إذا لم يكن قد تم قبوله³، أما إذا كان الإيجاب مقترنا بأجل فإنه على الموجب إليه أن يحدد موقفه من الإيجاب خلال مدة الأجل⁴.

والمشاكل القانونية التي يثيرها الإيجاب الإلكتروني العام تتعلق بمدى اليسرة المادية للمستخدم العميل (الموجب له) الذي يكون مجهولا عند صدور الإيجاب العام لأنه يوجه إلى أشخاص غير محددين، كما تظهر مشكلة نفاذ الكمية أو المخزون إذا تم قبول الإيجاب من طرف عدد كبير من مستعملي شبكة الإنترنت⁵.

لذا فإنه من مصلحة الموجب أن يورد تحفظا لإيجابه العام، والمتمثل في إمكانية الرجوع فيه بحيث لا يكون التاجر ملتزما بالعرض الذي تقدم به إلى الجمهور الذي سيكفي مجرد قبوله لانعقاد العقد لو لم يحتفظ بمكنة الرجوع فيه⁶.

وتجدر الإشارة أنه يجب التمييز في الإيجاب الإلكتروني العام بين الإيجاب الصادر من المواقع الإلكترونية التجارية والإيجاب الصادر من المتاجر الافتراضية، على أساس أن الدخول إلى مواقع الويب عادة ما يكون مفتوحاً للجمهور عامة. أما المتاجر الافتراضية فبعضها يقتصر دخولها والاتصال بها على المستخدمين الذين لهم اشتراك خاص أين يتم تزويدهم عادة برقم سرّي للولوج إلى هذه المحلات والمتاجر. لذلك فإن مثل هذه الأخيرة لا تكون متاحة للعامة⁷.

¹ - أنظر: GHESTIN (J) , op.cit, p.266.

² - Cass. civ. 28 juin 1998, N° 507, p.389.

³ - سيلاحظ لاحقا أن أغلب التشريعات الإلكترونية توجب أن يكون الإيجاب الإلكتروني مقترنا بمدة زمنية محددة.

⁴ - أنظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص 88.

⁵ - راجع: BEAURE DAUGERES (G), BREES (P) et THUILLER (S) ,op.cit, p.99.

⁶ - راجع: BENSOUSSAN (A), op.cit, p.114.

⁷ - د. فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 219.

ويترتب على هذه التفرقة أن الالتزام بالقواعد والإجراءات المنظمة للإعلان عن المنتجات والخدمات، كمرعاة الدقة والأمانة في الإعلانات يقتصر على العروض التي تتم على المواقع الإلكترونية التجارية أما تلك التي تتم عبر المتاجر الافتراضية فلا تنقيد بالقواعد السابقة والمتعلقة بالإعلان¹.

ولقد اعتبرت اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980 في مادتها 14 الفقرة الثانية أنه يستلزم في الإيجاب أن يكون موجهاً إلى شخص أو مجموعة أشخاص واعتبرت أن العرض الذي يخلو من تحديد الشخص أو الأشخاص الموجه إليهم هو بمثابة دعوة إلى التفاوض ما لم يتضح من إرادة الأطراف رغبتها خلاف ذلك. أي أن العرض الموجه إلى الجمهور لا يعتبر إيجاباً إلا إذا تضمن ما يفيد التزام صاحب العرض بإبرام العقد في حالة صدور قبول مطابق².

ويرى الفقه أن العرض الموجه إلى الجمهور يعد إيجاباً بالمعنى الصحيح متى كان مضمونه محدد تحديداً يكفي لإبرام التعاقد فور اقتترانه بالقبول وبالتالي فإن العروض الموجهة إلى الجمهور لا تعد في حد ذاتها إيجاباً عاماً بل دعوة إلى التعاقد وهو ما يتفق مع طبيعة عقود التجارة الإلكترونية ومستلزماتها فقد يتسلم صاحب العرض الآلاف من الرسائل الإلكترونية بالموافقة على عرضه المتضمن بيع السلعة دون أن تكون لديه كل الكمية المطلوبة مثلا أو تكون لديه الكمية الكافية ولكن بأسعار أعلى مما كانت عليه البضاعة وقت العرض نتيجة لازدياد الطلب عليها، فهنا يكون الطرف الذي أبدى رغبته بالشراء هو الموجب ويصبح صاحب العرض في المحل الافتراضي الإلكتروني هو القابل³.

البند الثاني: الإيجاب الإلكتروني الخاص

الإيجاب الإلكتروني الخاص أو ما يسمى في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية بالإيجاب الإلكتروني الجزئي وهو الذي يوجه إلى شخص محدد أو أشخاص

¹ - انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 328.

² - راجع: د. محسن شفيق، المرجع السابق، ص 105.

³ - د. مراد محمود يوسف الطلق، المرجع السابق، ص 145.

معينين يرى الموجب أنهم يهتمون بمنتجاته دون غيرهم من الأشخاص الآخرين¹. ذلك أن التاجر يقوم بإرسال بضاعته في شكل رسالة إلكترونية إلى صناديق البريد الإلكترونية الخاصة بزبائنه المرسل إليهم، ومجرد قيام هذا الأخير بفتح صندوق بريده الإلكتروني وتوافر علمه بهذا العرض تبدأ فعالية الإيجاب بحيث يكون للطرف الآخر المرسل إليه الحرية في قبول العرض برسالة إلكترونية يرسلها بنفس الطريق الذي أتت منه².

مع وجوب التنويه أنه لا يعتد بكل الرسائل الإلكترونية على أنها إيجاب بل ذلك متوقف على تضمنها لجميع الالتزامات التي سيتم الالتزام بها ومهما كان عدد المرسل إليهم الذي سيقبلون هذا الإيجاب³. لأن أغلب الرسائل الإلكترونية المرسلة عبر الإنترنت لا تعدو في الواقع أن تكون مجرد إعلان أو دعوة إلى التعاقد ولا يمكن وصفها بالإيجاب الخاص إلا باستجماعها للعناصر الرئيسية للعقد المراد إبرامه مع وجود نية جازمة لانعقاده متى لحقه قبول⁴.

وتفادياً لما تقدم بيانه، دأبت بعض المراكز التجارية الافتراضية على تخصيص عملاء محددين في عرض الإيجاب حيث تقوم بإرسال رسائل إلى البريد الإلكتروني لكل من هؤلاء الزبناء ممن يعتقد أنهم يهتمون بالسلعة أو الخدمة المعروضة دون غيرهم من أفراد المستخدمين ويسمى هذا الإرسال بالبريد الإلكتروني بالإيجاب الخاص⁵.

وهكذا تسمح تقنية البريد الإلكتروني بالعلم بتفاصيل العروض التعاقدية كما تسمح بتحقيق الشروط المطلوبة في الإيجاب دون صعوبة كبيرة⁶، على خلاف الإيجاب الموجه عبر صفحات المواقع الإلكترونية لأنه في هذه الحالة يعد إيجاباً عاماً عندما يكون

¹ - يطلق الدكتور عمرو عبد الفتاح علي يونس على هذا العرض بحالة السعي للتعاقد بواسطة البريد الإلكتروني. لأكثر تفصيل راجع مرجعه السابق، ص 263.

² - أنظر: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 78.

³ راجع: BEAURE DAUGERES (G) BREES (P) et THUILLER (S),op.cit, p.98.

⁴ - أنظر: د. نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 85.

⁵ - راجع تفصيلاً عن ذلك: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 262.

⁶ - د. عمرو خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 104.

لمستخدمي الشبكة الرد على الإيجاب والتعاقد بإرسال حد أدنى من البيانات¹، كما أن الرد في هذه الحالة يعد إيجاباً جديداً². وهكذا ينبغي أن تحرر الرسالة الإلكترونية على النحو الذي يجعلها بمثابة الإيجاب وهو ما لا يتحقق إلا إذا تضمنت جميع الشروط الجوهرية التي سيتم الالتزام بها مهما كان عدد من يستقبلون هذا الإيجاب.

المبحث الثاني: ماهية القبول الإلكتروني.

الإيجاب وحده لا يكفي لتكوين العقد، بل يلزم إلى جانبه القبول حتى يحدث التوافق بين الإرادتين، لإحداث الأثر القانوني المراد تحقيقه وبلوغه.

والقبول هو كل تعبير بات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب برضائه، بما عرض عليه الموجب³ ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يجب أن يصدر منجزاً وجازماً بلا قيد أو شرط ومنصرفاً لإحداث آثاره القانونية⁴.

فالقبول هو الردّ الإيجابي للإيجاب لذا يعد الإرادة الثانية في العقد بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد وفقاً للإيجاب الذي وجه إليه، بحيث يجب أن يتطابق تماماً مع هذا الإيجاب وإن تم إبدائه في الفترة التي لا يزال فيها الإيجاب قائماً⁵.

ويعرف القبول الإلكتروني كذلك بأنه كل اتصال عن بعد يتضمن توافقاً تاماً مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب والتي وضعها الموجب بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الاتصال من عند القابل⁶.

ولكي ينتج القبول آثاره القانونية يجب أن يصدر مطابقاً للإيجاب، والتطابق هنا لا يقصد به كل الجوانب والمسائل التي يتضمنها العقد، وإنما يكون التطابق في شأن المسائل

1 - د. أحمد عبد التواب محمد بهجت ، المرجع السابق، ص 140.

2 - راجع: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 162.

3 - د. لبنى مختار، المرجع السابق، ص 52.

4 - د. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 54.

5 - راجع : GHESTIN (J) ,op.cit, p.282

6 - د. بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 136.

الجوهريّة والرئيسية، مع عدم اختلافها في شأن المسائل التفصيلية¹. فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجاباً جديداً، وليس قبولاً تطبيقاً لنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

والقبول الإلكتروني للإيجاب يتم عبر وسائط إلكترونية، أبرزها شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد ومع ذلك يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي²، مع وجود بعض المميزات الخاصة بهذا النوع من القبول³.

فالقواعد العامة للقانون المدني الجزائري والتي تحكم نظرية العقد كتعبير عن الإرادة قد لا تكفي وحدها لتنظيم فكرة القبول الإلكتروني لوجود بعض الخصائص التي ترجع إلى طبيعة الإلكترونيّة ويمكن حصر وجمع هذه الخصوصيات في المسائل التالية:

أ. عدم تطابق صيغ القبول مع صيغ الإيجاب الإلكتروني.

ب. حدود صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني.

ج. أشكال القبول في التعاقد الإلكتروني.

المطلب الأول: إشكالية عدم تطابق صيغ القبول مع صيغ الإيجاب الإلكتروني.

إن قيام أي عقد مهما كان نوعه يتطلب تطابق القبول مع الإيجاب الذي عرض عليه مطابقة تامة، أي يتفق القبول مع جميع المسائل التي تناولها العرض الموجه، ويستوي أن تكون هذه المسائل جوهرية أو ثانوية⁴. فإذا اختلف مضمون القبول عن مضمون الإيجاب زيادة أو نقصاناً اعتبر ذلك رفضاً وإيجاباً جديداً فلا ينعقد العقد في هذه الحالة إلا إذا قبل الموجب الأول بهذا الإيجاب الجديد⁵، وهو ما ذهب إليه أغلب التشريعات، بما فيها المشرع الجزائري الذي نص في المادة 66 من القانون المدني على أنه: " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً".

¹ - أنظر بالتفصيل: د. جميل الشرقاوي، المرجع السابق، ص 284.

² - أنظر: د. عمرو عبد الفتاح يونس، المرجع السابق، ص 293.

³ - د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 110.

⁴ - راجع: د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 110. وكذلك: د. لبنى مختار، المرجع السابق، ص 53.

⁵ - د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 71. ود. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 78.

ويجب أن يكون التطابق بين القبول والإيجاب في كل مسألة يتضمنها الإيجاب ولو كانت مسألة ثانوية تفصيلية، ولقد نصت المادة 65 من القانون المدني على هذا الحكم إذ أكدت بأنه: " إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون ، والعرف، والعدالة".

فالمشرع الجزائري بقراءة نصي المادتين 65 و66، لم يشترط أن تتم مطابقة القبول للإيجاب على المسائل الجوهرية والثانوية في آن واحد بل أجاز الاتفاق على المسائل الجوهرية وإرجاء الاتفاق على المسائل الثانوية فيما بعد¹ على أن لا يكون انعقاد العقد معلقا على هذه المسائل الثانوية المؤجلة بينهما².

وفي حالة الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية في العقد وكان الطرفان قد احتفظا بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن يكون العقد غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد، وإذا قام الخلاف على المسائل التفصيلية التي أرجئ الاتفاق عليها فهنا يتولى القاضي أمر الفصل فيها، ولا يقتصر دوره على تفسير إرادة المتعاقدين بل يستكمل ما نقص منها³. ويلاحظ أن المشرع الجزائري جعل من طبيعة المعاملة عنصراً من عناصر التوجيه التي يسترشد بها القاضي في حل النزاع بشأن هذه المسائل الثانوية⁴.

وحول ذلك لا بد من التأكيد أن التعاقد عبر الإنترنت يكون في العادة دقيقا ومستكملا لكافة الشروط والعناصر الجوهرية، إذ يعرف عنه بأنه في الغالب يكون مضمونه وطريقة بيان عناصره أكثر حيطة وحذراً من التعاقد العادي، نظرا لكون المتعاقدين لا يعرفان

1 - راجع: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 97.

2 - علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 54.

3 - أنظر: محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 103. وكذلك: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 98.

4 - د. لبني مختار. المرجع السابق. ص 34.

بعضهما البعض إلا إذا كان التعاقد عبر شبكة (الانترنت) مغلقة بين أفراد أو هيئات أو مؤسسات يكون الأفراد فيها معروفين لدى أي متعاقد على الشبكة¹.

وتجدر الإشارة هنا أن مسألة التفرقة بين المسائل الجوهرية والمسائل الثانوية² يلعب دوراً مهماً في مرحلة إبرام العقد الإلكتروني إذ عند الاتفاق، تمثل المسائل الجوهرية المقومات التي

لا بد من وجودها لقيام العقد، فتخلف أي مسألة منها يحول دون ميلاده ولا يرتب الآثار المقصودة، ويجد الأطراف أنفسهم في إطار علاقة قانونية لم تكتمل ولا تعد في نظر القانون عقداً³.

ونظراً لكون التعاقد الإلكتروني لا يتم في صورة واحدة بل تتعدى أشكاله، فهو لا يبرم فقط عبر صفحات الويب (web)، بل يتم أيضاً عن طريق البريد الإلكتروني وهي الصورة الأكثر شيوعاً، حيث يقوم التاجر مثلاً بإرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني تتضمن إيجاباً ويشير في هذه الرسالة بأنه سيلحق بها مرفقات، وهي عبارة عن صيغة معدة سلفاً لشروط وبنود العقد، فيقوم الطرف الموجب له بقبول هذا العرض ويرسل رسالة إلكترونية بالموافقة على الإيجاب ولكن وفق شروطه والملحقة برسائلته والمعدة مسبقاً أيضاً، والتي تكون بها شروط وبنود ومصطلحات تختلف عن شروط الصيغة المرسله من الموجب⁴.

ونفس المشكلة نجدها في التعاقد بواسطة الصيغ النموذجية للعقود وهي صيغ معدة مسبقاً وضعت لتستخدم نموذجاً لعقود تبرم في المستقبل⁵ وتعرض على مواقع الويب (web)، حيث يتعذر إجراء أي إدخال تعديل على العرض المقدم من كل متعاقد، فيقرر

¹ - أنظر: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 78.

² - المسائل الجوهرية هي أركان العقد طبقاً للمعيار الموضوعي، وشروطه التي يراها المتعاقدان واجبة الاتفاق عليها وفقاً للمعيار الشخصي، والتي ما كان يتم العقد بدونها. راجع في ذلك: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 287.

³ - راجع: JEAN-BAPTISTE (M), op. cit, p.194

⁴ - د. رامي محمد علوان، المرجع السابق، ص 252.

⁵ - هذه الصيغ ليست اتفاق إرادتين أو عقد وإنما مجرد نموذج لعقد مستقبلي، أنظر حول ذلك: د. حمزة حداد، قانون التجارة الدولي، الدار المتحدة للنشر، الأردن، 1990، ص 13.

الموجب أن تحديد باقي شروط العقد إلى أحد العقود النموذجية الدولية¹، مثال: قيام الطرف الأول الذي أبدى إيجابه بشأن الاتفاق لتصدير الآلات والمعدات الميكانيكية والتقنية بأنه سيلحق شروط العقد المراد إبرامه بما تضمنه العقد النموذجي لتصدير المصانع والآلات الصادر عن اللجنة الاقتصادية الأوروبية عام 1957، في حين يقبل الطرف الثاني، ولكن يشترط هو كذلك الإحالة إلى العقد النموذجي الصادر عن مجلس المساعدات الاقتصادية المتبادلة لدول أوربا².

ففي هذه الحالة هل يعد العقد الإلكتروني قد أبرم بين الطرفين أم أن القبول الذي يحتوي شروط مغايرة لشروط الإيجاب يعتبر إيجابا جديدا بالرغم أن القبول جاء مطابقا للرسالة الإلكترونية المتضمنة الإيجاب الرئيسي، وإنما التغيير وعدم التطابق كان فقط في ملحقات الرسالة³.

وتزداد المشكلة حدة في كون الطرفين غالبا لا يهتمان بملحقات الرسالة الإلكترونية ومن ثم لا يقوم القابل أو الموجب له بقراءة ما تضمنه الملحق من شروط وبنود العقد، على أساس أن العبرة بالرسالة الإلكترونية الأصلية فقط⁴.

إن الحلول البديلة لهذه المشكلة يمكن تلمسها في نصوص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996 الذي حسم هذه المسألة وأعطى حلا لهذه المشكلة من خلال إضافته للمادة الخامسة مكرر إلى هذا القانون بعد سنتين من صدوره⁵، إذ نصت هذه المادة على أنه: " لا ينكر المفعول القانوني للمعلومات أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها لا ترد في رسالة البيانات التي تفيد بأنها تنشئ ذلك المفعول القانوني، بل هي مشار إليها مجرد إشارة في رسالة البيانات".

¹ - أنظر: د. نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 74.

² - نقلا عن: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 357.

³ - د. أبو الحسن مجاهد، الوسيط في شرح قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 181.

⁴ - د. عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 165.

⁵ - أنظر: قانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع، مطبوعات الأمم المتحدة، لسنة 2000.

فنص هذه المادة يفيد أنه لا يمكن الاحتجاج بما جاء بالرسالة الإلكترونية الرئيسية واستبعاد ما ورد في ملحقها للقول بأن القبول الإلكتروني جاء مطابقاً للرسالة الرئيسية باعتبارها هي التي تضمنت الإيجاب التام. كل ذلك متى ثبت أن ملحق رسالة البيانات لها نفس المفعول القانوني للرسالة الإلكترونية الرئيسية وتفيد قطعاً تتمتها لشروط الإيجاب ففي هذا الوضع فإن رفض ما جاء في ملحق الرسالة الأولى يعد رفضاً للإيجاب ومغاييراً لشروطه وبالتالي يصبح إيجاباً جديداً طبقاً للقواعد العامة¹.

ويرى الدكتور ممدوح خالد إبراهيم أن العبرة في تحديد إبرام العقد الإلكتروني من عدمه هو بالنظر إلى ما يحتويه ملحق الرسالة من شروط وبنود، فإذا كانت الشروط الثانوية كشرط مكان التسليم أو طريقة دفع الثمن، فالعقد يكون قد أبرم، ما لم يتضح أن المتعاقدين قد اشترطاً بأن العقد لا ينعقد إلا باتفاق على المسائل الثانوية كاشتراط الدفع عبر بطاقات الائتمان الإلكترونية فهنا ترتقي هذه المسائل إلى مرتبة المسائل الجوهرية من حيث اعتبارها أساساً لإبرام العقد².

أما إذا كانت المسائل التفصيلية والموجودة بملحق الرسالة الإلكترونية لم يتعرض لها الطرفان سواء عمداً أو سهواً أو إهمالاً واقتصر فقط على مناقشة المسائل الجوهرية وتراضيا بشأنها فإن العقد يعتبر قد أبرم إعمالاً للقواعد العامة³. وإذا قام الخلاف حولها فهنا يقوم القاضي بإكمال العقد وفقاً لما تقتضيه القواعد القانونية المكتملة عملاً بنص المادة 65 من القانون المدني⁴.

وتجدر الملاحظة بأنه لما كان العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، وكذا تضمنه للعقود الاستهلاكية فإن المشرع الفرنسي منح للمستهلك الحق في العدول عن قبوله وإعادة السلعة إلى البائع خلال مدة زمنية معينة خلال سبعة أيام من تاريخ استلامه للمنتج. أي جواز نقض المستهلك للعقد بإرادته المنفردة وهو ما يخالف قاعدة العقد

¹ - راجع : BENSOUSSAN (A), op. cit , p. 292.

² - راجع: د.خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص359.

³ - د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 241.

⁴ - أنظر: علي فيلالي، المرجع السابق، ص 98.

شريعة المتعاقدين إذ أكدت المادة L-121-25 من قانون الاستهلاك الفرنسي هذا الحق مع وجود بعض التحفظات الواردة في المادة L-121-27¹. وهو نفس الحكم الذي اعتمده أغلب التشريعات العربية كالقانون التونسي للمعاملات الإلكترونية (المادة 29) .

ولكن يلاحظ أن اغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت لا تتم عبر تبادل رسائل البريد أو المحادثات فقط بل تتم كذلك عبر شبكة المواقع الإلكترونية ويب (web) وبين جمهور مستخدمي الشبكة عبر نماذج العقود التي تطرحها هذه المواقع والتي تتضمن كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية التي يراها صاحب الموقع مناسبة له ولا يكون للمتصفح إذا ما رغب بالتعاقد إلا الضغط على خانة القبول في هذا العقد معبرا عن قبوله وبالتالي تكون موافقته في هذه الحالة مطابقة للإيجاب مطابقة تامة لكل المسائل الجوهرية والتفصيلية².

المطلب الثاني: حدود صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني.

تعد مشكلة السكوت من المشاكل التي ترتبط بالقبول دون الإيجاب الذي يتطلب موقفاً واضحاً. وقد تناولها الفقه والتشريع من ناحية المبدأ العام الذي يقر بأن السكوت لا يقوم مقام القبول³ فلا ينسب لساكت قول⁴. ووفقاً للقواعد العامة فإن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولاً منه، كما أن المستفيد من العرض يجب أن لا يلزمه صمته⁵. وفي هذا المعنى قضت اتفاقية فيينا لعام 1980 في المادة 18 الفقرة الأولى بأن السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعد أي منهما في ذاته قبولاً.

ولما كان التعاقد الإلكتروني يتسم بغياب التلاقي المادي المتعاصر لأطرافه لاعتماده على الوسائط الإلكترونية وعلى وجه الخصوص التعاقد الذي يتم عبر شبكة الإنترنت، فإن مسألة الاعتماد بالسكوت كتعبير عن الإرادة إلكترونياً يثير جدلاً كبيراً حول مدى جوازيته ومشروعيته، فهل يمكن تصور سكوت العميل عن إبداء موقفه اتجاه الرسالة الإلكترونية

1 - في شرح هذه المواد راجع: BOCHURBERG (L),op.cit,p.144.

2 - راجع: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 155.

3 - د. مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 150.

4 - هذه القاعدة جاء بها فقه الشريعة الإسلامية. حول ذلك راجع: د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه

الإسلامي، المرجع السابق، ص 116.

5 - د. خالد عمر الزريقات، المرجع السابق، ص 140.

التي وصلت إلى بريده الإلكتروني والمتضمنة عرضاً لبيع منتجات معينة على أنه قبولاً منه أم أن تفسير ذلك متوقف على حسب الظروف والعوامل التي تصاحب هذا السكوت؟ إن الإجابة على هذا الاستفهام متوقف على تبيان القاعدة والاستثناء حول السكوت مع توضيح صلاحية هذا الأخير في البيئة الإلكترونية.

الفرع الأول: القاعدة والاستثناء للسكوت كتعبير عن الإرادة الإلكترونية

المستقر على أن السكوت في ذاته ليس قادراً على التعبير عن الإرادة كما لا يمكن أن يشير إلى وجودها سواء بالقبول أو الرفض ، فإذا كان السكوت لا يشكل في الحقيقة تعبيراً عن الإرادة¹ فإنه لن يكون كذلك إرادة ضمنية².

ويرد على هذا المبدأ استثناءات تتعلق بما يسمى بالسكوت الملايس أو ما يعرف بالسكوت المُلتبس الذي يمكن أن يصاحب ويلابس السكوت جملة من الظروف والأوضاع المحددة ، وعلى سبيل الاستثناء تجعل منه قبولاً وتعبيراً عن الإرادة. وهذه الأوضاع أشارت إليها المادة 68 من القانون المدني بقولها: "إذا كانت طبيعة المعاملة ، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في الوقت المناسب .

و يعتبر السكوت في الرد قبولاً إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ."

من قراءة هذه المادة يمكن حصر الحالات الأربعة للسكوت الملايس وهي كالآتي:

(1) **طبيعة المعاملة:** قد تفيد طبيعة المعاملة بوضوح أن الموجب لم يكن ينتظر قبولاً صريحاً لإيجابه نظراً لاستنتاجه بالموافقة على حسب طبيعة المعاملة. ومثاله قيام التاجر بإرسال فاتورة البضائع إلى المشتري متضمنة شروط البيع، ولم يقم

¹ - هذا ما نصت عليه المادة 68 من القانون المدني و حول شرحها راجع : د. لبني مختار، المرجع السابق، ص. 24.
² - إن التعبير الضمني يقوم على وضع إيجابي يصدر من المتعاقد، أما السكوت فهو مجرد صمت عن الرد فهو وضع سلبي. أنظر في ذلك بالتفصيل: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 156 و كذلك : د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 58.

المشتري برفضه هذه الشروط أو الاعتراض عليها، هنا يقال بان سكوته يعتبر قبولاً¹.

(2) **العرف التجاري** : إذا كان هناك عادة أو عرف تجاري يفيد إعفاء الموجب من الانتظار حتى يصله من الموجب له رداً صريحاً على إيجابه، كالحساب الذي يؤديه الوكيل للموكل فلا يعترض هذا الأخير عليه فيعتبر سكوته دليلاً على إقراره لهذا الحساب².

(3) **التعامل السابق بين الطرفين** : إن وجود تعامل سابق وعلاقات تجارية بين المتعاقدين فإن هذا التعامل السابق من شأنه أن يجعل السكوت ملابسا تعبيراً عن القبول لأن السكوت عن تصرف قانوني سبق وأن تعامل وتعاقد بشأنه هو إثبات على موافقته وانضمامه إلى العقد³. فعلاقة التعامل السابق تسمح بتفسير السكوت دليلاً على القبول ومثاله: أن يعتاد تاجر الجملة في موعد دوري معين القيام بإرسال بضاعة معينة إلى زبونه دون أن ينتظر الرد على ذلك، فيعتبر سكوت الزبون في هذه الحالة قبولاً⁴.

(4) **الإيجاب للمنفعة المحضة لمن وجه إليه** : إذا كان الإيجاب نافعا من كل الوجوه لمصلحة من وجه إليه، ولم يُبَدِّ هذا الأخير معارضته لهذا الإيجاب فمن الضروري أن يعتبر سكوته على ذلك قبولاً منه ومن أمثلة هذه الحالة الإيجاب الذي لا يلزم سوى الموجب كالوعد بالبيع أو الشراء، الهبة⁵.

الفرع الثاني: فعالية تطبيق المادة 68 من القانون المدني على القبول الإلكتروني.

¹ - راجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء 02، المرجع السابق، ص. 159.
² - د. سليمان مرقس، المرجع السابق، ص 73. و. د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 60.
³ - أنظر: د. مراد محمود يوسف مطلق، ص 155.
⁴ - أكثر تفصيلاً راجع: عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 476. وكذلك: د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 68.
⁵ - راجع المادة 72 من القانون المدني و المادة 202 من قانون رقم 11/84 الصادر في 09 يونيو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل و المتمم.

بعد عرض مضمون القاعدة والاستثناء حول السكوت كتعبير عن القبول فإن السؤال الذي يطرح بإلحاح يتعلق بمدى اعتبار السكوت في التعاقد عبر الإنترنت تعبيراً عن الإرادة بوصفها قبولاً؟ أو بتعبير آخر هل يمكن أن يصدق مضمون المادة 68 المذكورة أعلاه على التعاقد الإلكتروني؟

الإجابة على هذا السؤال تكمن بطرح افتراض يقول بأن الرسالة الإلكترونية هي الوسيلة الأمثل للتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت ، فهل من يتسلم هذه الرسالة عبر الشبكة تتضمن إيجاباً ونص في مضمونها على أنه إذا لم يتم بالرد عليها خلال مدة معينة فإن ذلك يعتبر قبولاً.

المؤكد أن القابل في عدم رده على الرسالة خلال المدة المحددة لذلك لا يعتبر سكوتاً معبراً عن إرادة القبول لديه¹، ولكن هل يمكن إسقاط إحدى الحالات السكوت الملابس المشار إليها في المادة 68 من القانون المدني على القبول الإلكتروني؟

أمام غياب أي نص قانوني صريح في التشريعات العربية أو الأجنبية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية يشير إلى جواز اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها كتعبير عن القبول، لذا فإن الإجابة على ذلك تكون بمعالجة كل حالة على حدة ويجب أن تحاط بحذر شديد في القبول الإلكتروني ذلك نظراً لحدثة هذا الشكل الجديد من التعاقد وتشعب صورته وآليات التعبير عنه². هناك رأي لا يجيز مطلقاً اعتبار السكوت قبولاً في إبرام العقد الإلكتروني حتى ولو تلقى الموجه إليه الإيجاب إيجاباً يتضمن اعتبار عدم الرد خلال مدة زمنية معينة من استلام الإيجاب أو العلم به ، قبولاً بحجة أن هذا السكوت الملابس لا يناسب مطلقاً العقود الإلكترونية لأن المتعاقدين في هذا النوع من العقود الحديثة هم على اتصال افتراضي و غير مباشر و ليس اتصال مادي مباشر كما هو عليه الحال في العقود التقليدية .

¹ - انظر: د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 70. وكذلك: عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 120.

² - راجع: د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 44.

وإذا حدث الرد على الإيجاب الإلكتروني فهذا مرده ليس السكوت و إنما وليد خطأ أو عطل فني مفاجئ أصاب شبكة الانترنت أو جهاز الحاسوب الآلي الخاص بأحد المتعاقدين¹ .

ويذهب اتجاه آخر من الفقه إلى أن الأصل العام في القبول الإلكتروني لا يتم ضمناً لأنه يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية مؤتمتة لتعمل آلياً حيث لا يمكن استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد.

فلا محل للقول وفقاً لهذا الرأي بأن التعبير عن إرادة القبول إلكترونياً يمكن أن تكون إشارة متداولة عليها عرفاً أو باتخاذ موقع لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على المقصود منه، أو السكوت المقترن بظروف يرجع معها دلالاته على القبول².

وبالنسبة لحالات السكوت الملابس، فلا مجال للقول بأن حالة العرف التجاري يلعب دوراً فعلياً في التعاقد عبر الإنترنت نظراً للحدثة النسبية وعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف نظراً لحدثة هذا الشكل الجديد من أشكال التعاقد³ والتي لم تسمح لغاية الآن من وجود العرف الذي يعول عليه لاستخلاص القبول من مجرد السكوت⁴.

وأما بشأن حالة الإيجاب النافع من كل الوجوه لمصلحة الموجب إليه، فلا يمكن تصور تطبيقها في القبول الإلكتروني لأن هذه الحالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع دون أن يقع ثمنه التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهو فرض غير مألوف على الإنترنت⁵.

¹ - راجع:

BENSOUSSAN(A) .et COUSIN(A), De la tradition et de la modernité de la coutume sur internet, GAZ.pal, juin 2000.p.14

² - د. محمد منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 71

³ - د. بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 119.

⁴ - أنظر: د. خالد عمر الزريقات، المرجع السابق، ص 141.

⁵ - راجع: د. إيمان مأمون، المرجع السابق، ص 157. وكذلك: د. نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 68.

في حين تعتبر حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين الحالة الاستثنائية التي يمكن توافرها. ومن أكثر الأوضاع التي يمكن من خلالها اعتبار السكوت تعبيراً عن الإرادة بوصفها قبولاً في التعاقد الإلكتروني لا سيما عبر الإنترنت، بل أنه من الممكن اعتبار التعاقد عبر الإنترنت حالة نموذجية للتعامل السابق ما بين المتعاقدين، ومثال ذلك أن يقوم القابل بشراء السلع من أحد المتاجر الافتراضية الموجودة على شبكة الإنترنت بشكل مستمر ومنتظم سواء تم ذلك عبر البريد الإلكتروني أو من خلال صفحات الويب (web)¹، أو وجود تعامل سابق بين موقع إلكتروني وأحد العملاء، فإذا أرسل موقع إلكتروني إلى أحد عملائه إيجاباً يعرض فيه تزويده بسلعة أو خدمة اعتاد تزويد بها ولم يبد العميل أي رفض، فهنا يعتبر سكوته قبولاً لوجود تعامل سابق بهذا الخصوص². و يضيف البعض بأنه لا يكفي من الناحية العملية اعتبار السكوت قبولاً إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك.

ويخلص القول أن سكوت الموجب إليه بشأن الرسالة المتضمنة الإيجاب الإلكتروني لا يعد قبولاً وإنه من الصعب الاعتماد بالاستثناءات المتعلقة بالسكوت الملابس على المعاملات الإلكترونية نظراً لعدم الاستقرار العمل بها من ناحية وعدم تصور أعمال التبرع في البيئة الإلكترونية من ناحية أخرى، في حين أن ظرف التعامل السابق كدليل على اعتبار السكوت قبولاً إلكترونياً قد يجد ضالته في التعاقد الإلكتروني خاصة في المعاملات التي تحدث عبر المتاجر الإلكترونية³.

المطلب الثالث: أشكال القبول في التعاقد الإلكتروني.

¹ - د. محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 70. ويرى الدكتور أبو الحسن مجاهد أن هذه الحالة تفيد أن العرض يكون موجهاً لشخص أو أشخاص معينين فهذا الأمر وارد حدوثه بالشبكات المغلقة وليس بالشبكات المفتوحة العامة. راجع تفصيلاً عن ذلك: الوسيط في شرح قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 82.

² - د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 260.

³ - راجع: HANCE (O) Et DIONNE-BAIZ (S), op.cit,p.144.

ذكره ، احمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق ، ص169.

وفقاً لمبدأ الرضائية في العقود فإن القبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة لا يخضع لشكل معين، إذ كل متعاقد له أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها، ولا يهم نوع الوسيلة طالما كانت تعبر عن الإرادة سواء تعبيراً صريحاً أو ضمنياً، ولكن المستجدات التي طرحتها البيئة الإلكترونية أضفى نوعاً من الخصوصية على التعاقدات الإلكترونية فهل يمكن قياس صور التعبير عن الإرادة التقليدية على القبول الإلكتروني؟ وهل هناك صور أخرى للقبول الإلكتروني غير مألوفة في القواعد العامة للتعبير عن الإرادة؟

الإجابة هنا تتعلق بمسألتين وهما:

- المسألة الأولى: جواز التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني.
- المسألة الثانية: التحميل عن بعد والقبول الإلكتروني.

الفرع الأول: جواز التعبير الضمني في القبول الإلكتروني.

تتعدد أشكال وطرق القبول الإلكتروني كما في القبول التقليدي حيث يتم التعبير عن القبول الإلكتروني تعبيراً صريحاً إما بواسطة وسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني، وإما عن طريق اللفظ عبر غرف المحادثة، أو من خلال تحميل البرامج على جهاز الحاسوب الخاص للقبول¹.

ويعد كذلك من صور القبول الصريح عبر الشبكة. الضغط بالمؤشر على الخانة المخصصة للقبول في نماذج العقود المتوفرة في بعض مواقع الويب (web) الإلكترونية، حيث يجد الشخص أمامه نموذجاً لعقد يتضمن إيجاباً من الموقع التجاري بتقديم خدمة أو بيع سلعة، وفي أسفل هذا العقد توجد خانة أو أيقونة تدل على الموافقة (accept)، فبمجرد وضع المؤشر المتحرك لجهاز الحاسوب على هذه الخانة والضغط عليها يعتبر قبولاً منه للإيجاب وبالتالي ينعقد العقد².

¹ - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 295.

² - راجع: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 144.

وهذا العرض يتماشى مع نص المادة 60 من القانون المدني بقولها: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالاً للشك في دلالاته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحاً أو ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً".

فوفقاً للقواعد العامة يمكن أن يتم القبول صراحة أو ضمناً، ويصدق الأمر على القبول الإلكتروني الذي يتم عبر وسائط إلكترونية متعددة¹، على النحو السابق بيانه. إذ ورد في المادة 11 من القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 على أنه: "يجوز استخدام وسائل البيانات للتعبير عن القبول وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لهذا الغرض". كما أنه وفقاً لنص المادة 13 من هذا القانون: تعتبر إرادة القبول صادرة من المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه أو بواسطة نائب عنه أو عن طريق نظام معلوماتي تم برمجته بواسطة المنشئ".

وقد يكون التعبير عن القبول الإلكتروني ضمناً²، كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الإلكتروني الذي اقترح الموجب إبرامه، كالدفع مثلاً عن طريق بطاقة الائتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري دون أن يعلن صراحة قبوله، فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني³.

كما أن قيام الموجب له بفتح الغلاف أو الختم عن بعض السلع التي أرسلها الموجب يعتبر قبولاً للعقد. إذ غالباً ما يتضمن الإيجاب المرسل مع السلع تنبيهها من الموجب إلى الموجب له بأن فك الغلاف أو ما يعرف بفض العبوة يعد قبولاً منه⁴.

¹ - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 341.

² - التعبير الضمني يتحقق إذا كان المظهر الذي اتخذه صاحبه ليس في ذاته موضوعاً للكشف عن الإرادة ولكنه لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة. راجع: د. عبد الحي حجازي، المرجع السابق، ص 230.

³ - د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون، طبعة أولى، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2000، ص 13. وكذلك: د. فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 36.

⁴ - هذا التنبيه عادة ما يكون تحت الغلاف البلاستيكي على حزمة البرنامج المعروضة للبيع في محلات بيع البرمجيات ويبدأ بعبارة (بمجرد فض هذه العبوة، فإنك توافق على الشروط الواردة في الرخصة) ومن هنا شاع تعبير (رخصة فض العبوة) وكانت هذه الطريقة في حقيقتها طريقة مقنعة للتعاقد، لكنها لم تكن يوماً طريقة واضحة، ولم تكن تشعر أن العقد ملزم، لأن أحداً لم يكن يهتم لقراءة الرخصة قبل فض العبوة، ولا حتى بعد فضها، وربما عدد محدود من الأشخاص ممن

وقد يستنتج القبول من صاحبه إذا ما بنى موقفه في المعاملة أو العقد بناء على المعلومات المدونة في شريط الممغنط أو القرص المدمج الذي يتضمن نسخة من البيانات المخزنة في الحاسب الآلي¹.

وقد اعتادت بعض المواقع الإلكترونية في شبكة الإنترنت على التعامل بهذه الطريقة الغير مألوفة من الإيجاب وخصوصا بالنسبة للسلع ذات المحتوى الرقمي كبرامج الحاسوب والمحلات والكتب، التي يمكن تسليمها للموجب له على الخط من خلال البريد الإلكتروني ويكون المرسل إليه أو الموجب له قد فك الغلاف عن السلعة وبدأ باستخدامها².

وعليه فإن التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني هو أمر متصور حدوثه في شبكة الإنترنت على وجه الخصوص، فقيام الموجب له بأي تصرف أو عمل يفيد الموافقة على الإيجاب كتفويض العقد أو البدء بتنفيذه يعد قبولا. ولكن في هذه الحالة يجب أن لا يشوب التنفيذ أو البدء في التنفيذ أي غموض³.

البند الأول: موقف التشريعات الحديثة.

لقد نصت المادة 18 الفقرة الثالثة من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 ما يفيد ذلك بقولها: " إذا جاز بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف، 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 هذا التصرف".

احتفظوا بالرخصة نفسها ، ومن هنا رفضتها المحاكم في المرحلة الأولى . لكن وفي الفترة الأخيرة ، وتحديدًا في عام 1998 وفي إحدى القضايا وهي الأشهر من بين قضايا رخص فض العبوة ، وهي قضية Pro CD v. Zeienberg ، قضت محكمة الاستئناف الأمريكية / الدائرة السابعة ، بقبول حجبة هذا العقد قياسًا على العقود التي لا يجري معرفة شروط التعاقد إلا بعد الدفع فعلا كتذاكر الطائرة ، وبوالص التامين ، راجع أكثر تفصيل : **د. عاطف عبد الحميد عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص119**

¹ - أنظر: د. عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 201.

² - د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 113.

³ - راجع: د. نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص 16.

كما جاء في الفقرة الأولى من المادة 16 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنه: " إذا طلب المنشئ من المرسل إليه بموجب رسالة المعلومات إعلامه يتسلم تلك الرسالة أو كان متفقاً معه على ذلك، فإن قيام المرسل إليه بإعلام المنشئ بالوسائل الإلكترونية أو بأي وسيلة أخرى أو قيامه بأي تصرف أو إجراء يشير إلى أنه قد استلم الرسالة يعتبر استجابة لذلك الطلب أو الاتفاق...".

وتجدر الإشارة هنا أنه هناك من الشراح من استبعد أن يتم القبول الإلكتروني ضمناً بحجة أنه من الصعب أن يتم بهذه الصورة لأن القبول في رأيهم كتعبير عن الإرادة يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية مؤتمتة لتعمل آلياً حيث لا يمكن استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد¹، وذهبوا إلى أبعد من ذلك في القول أن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني يجب أن يكون صريحاً ولا يعد هذا تقييداً لإرادة المستهلك أو العميل، لأنَّ القصد منه مبرر بحماية المستهلك كما هو الأمر في استلزام الشكلية كركن للانعقاد غير مقصودة لذاتها وإنما تأكيد للرضائية².

كما قد يتقيد شكل القبول الإلكتروني بوسيلة محددة وبشكل محدد ومعين يشترطه الموجب في إيجابه لانعقاد العقد، كأن يشترط التاجر في عقد البيع الإلكتروني أن يكون القبول عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق ملء الاستمارة الإلكترونية المعدة سلفاً والمبينة على الموقع، فإذا أرسل الموجب له قبوله في شكل آخر، كأن يرسله بالبريد العادي التقليدي أو عن طريق الفاكس أو بالاتصال هاتفياً، فإن هذا القبول لا يكون صحيحاً ولا ينعقد به العقد³.

ومن التشريعات التي اشترطت تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب، فالقانون الأمريكي التجاري الموحد (UCC) نص في المادة 206 على أنه: " التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب". وعليه إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد

1 - أنظر: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق ص. 161.

2 - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص. 34. وكذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 81.

3 - راجع: د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص. 252.

الإلكتروني أو عبر موقع الويب (web) فيتوجب حسب هذا القانون على القابل إن وافق على العقد أن يعبر عن قبوله بذات الطريقة¹.

وفي حالة ما إذا كان الموجب لم يحدد طريقة أو وسيلة لإرسال القبول، فإنه طبقاً للقانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية يجب إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول إلى نظام المعلومات التابع للموجب، والذي يكون عادة صندوق بريده الإلكتروني الخاص به أو إرسال القبول بذات الطريقة التي أرسل بها الإيجاب².

ويلاحظ أنه عادة ما يتم القبول الإلكتروني بوسيلة مكتوبة عبر تقنيات الاتصال الحديثة فباستثناء التعاقد عبر الهاتف وغرف المحادثة فإن باقي التعاقدات الإلكترونية يكون فيها القبول بالية مكتوبة، وهو الأمر الذي يضيء نوعاً من الثقة والطمأنينة للمتعاقدين فقد يتم القبول الإلكتروني عن طريق ملء استمارة تتخذ شكل نموذج طلب معروض على شبكة الإنترنت³، مما أدى استخدام هذه التقنيات الحديثة في التعبير عن القبول إلى تجريد هذا الأخير من الطابع المادي له⁴.

البند الثاني: إشكالية الضغط أو اللمسة كتعبير عن القبول الإلكتروني.

إن تطور وسائل التعاقد الإلكتروني فرض أساليب مبتكرة عن القبول تجلى معه تكريس مبدأ الرضائية في العقود، إذ لا يوجد شكل محدد لصحة العقد إلا ما استثنى بنص.

ومن بين الأشكال المبتكرة للتعبير عن القبول الإلكتروني إرسال كلمة المرور إلى التاجر أو ما يثبت هوية المتعاقد أو تثبيت الطلب بالبريد الإلكتروني أو مباشرة الخطوات اللازمة لإتمام الدفع عن بعد أو إرسال رقم بطاقة الائتمان⁵.

1 - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 268.

2 - راجع: BENSOUSSAN (A), op.cit, p.121.

3 - راجع: د. سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص 126.

4 - يجب عدم الخلط بين فكرة الكتابة والورق، إذ لا يشترط أبداً أن تكون الكتابة دائماً محررة على ورق موقع وفقاً للمفهوم التقليدي لأن كلمة المحرر تشمل المحرر المكتوب على الورق والمحرر الإلكتروني. أكثر تفصيل راجع: د. حسن عبد الباسط الجميبي، المرجع السابق، ص 18.

5 - د. هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 2000.

ويعد القبول عن طريق اللمسة أو النقر أو التأشير بفأرة الحاسوب أو الضغط على مفاتيح لوحة الحاسوب، أو ملامسة أيقونة القبول¹ من أهم الأساليب والأشكال التي أثارت مناقشات وخلافات حول مدى كفايتها للتعبير القانوني عن القبول وخاصة فيما يتعلق بالنقر أو اللمسة الواحدة²، إذ انحصر الجدل والتساؤل في ثلاث نقاط و هي:

- النقطة الأولى: هل مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لخانة القبول أو النقر عليها مرة واحدة يعد كافياً للتعبير عن القبول؟
- النقطة الثانية: ماهية فوائد النقر المزدوج؟
- النقطة الثالثة: ما هي القيمة القانونية لهذا التأكيد بالقبول؟

الفقرة الأولى: اللمسة الواحدة كتعبير عن القبول الإلكتروني.

لا شك أن أسلوب النقر أو اللمسة الواحدة على زر لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب المزود بشبكة الإنترنت يعد تعبيراً عن القبول إذا ما حصل بتأنٍ وعناية . ولكن من الناحية العملية يثير صعوبات من حيث الإثبات ، خاصة في حالة إنكار الشخص أنه ليس هو من نقر أو ضغط على زر القبول أو تذرعه بأن اللمسة حدثت عفويا دون قصد أو كانت مجرد خطأ في اختيار الزر³.

من خلال هذه التساؤلات والإشكالات يتضح أن جل الاهتمام يتركز حول إمكانية التحقق من أن القبول بطريق الملامسة أو النقر يعبر بوضوح عن إرادة حقيقية، وبالتالي هل العقد الناشئ بهذه الطريقة صحيح أم لا؟

وكأصل عام لا يبدو أن هناك ما يمنع من قبول هذه الوسيلة للتعبير عن القبول طالما أنه لا يشترط إفراغ هذا التعبير في شكل معين . لذا فإن أغلب التشريعات المنظمة للعقود والتجارة الإلكترونية لم تتضمن نصاً صريحاً على إمكانية اعتبار اللمسة الواحدة قبولا

¹ - يصطلح عليه باللغة الفرنسية (cliquage).

² - أنظر: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 159.

³ - أنظر: BENSOUSSAN(A),op.cit, p. 125.

للإيجاب ينعقد به العقد¹. و لكن الفقه نبه بحق لخطورة انعقاد العقد لمجرد لمس أو الضغط على أيقونة القبول و الذي قد يكون غير معبرا عن إرادة الموجه إليه الإيجاب حقيقيا.

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن النقر أو اللمسة الواحدة يعتد بها كقبول إلكتروني أي كتعبير قانوني عن صاحبها برغبته في التعاقد، ما دام أن القابل قد أكد أنه قرأ محتويات العرض وقبله²، وأنه لما يلامس الخانة المخصصة لذلك القبول يكون قد ساير مجموعة العمليات واطلع على كافة البيانات التي انتهت بظهور هذه الخانة، وبتابعه هذا الأسلوب يكون قد عبر عن إرادته الجازمة نحو التعاقد ويفترض أنه تصرف إيجابي واعٍ ومُدرك³.

وهناك من التشريعات التي أشارت إلى ذلك صراحة كالتشريع الكندي الموحد بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 2000 الذي يشير في المادة 20 منه على أن "اللمس أو النقر لزر أو مكان معين ملائم على شاشة الحاسوب تصلح كطريقة للتعبير عن القبول"⁴.

وتأييدا لذلك نجد أن إحدى الشركات الفرنسية والتي تتخذ موقعا لها باسم (TORROIR VIRTUEL) قد نصت في بندها الأول على أنه: " إن التقدم بطلب الشروط العامة لعملية البيع المنشورة على الموقع قبل قيام بأي طلب آخر تعني الموافقة من المشتري ودون تحفظ على الشروط العامة لعملية البيع..."⁵.

والملاحظ أنه إذا كان المقصود بتبادل البيانات الإلكترونية هو نقل المعلومات من حاسوب إلى آخر وأنه من الناحية التقنية فإن هذا النقل يتم من خلال النقر أو اللمسة على زر معين كجهاز الحاسوب، فإن ذلك يعني عمليا إمكانية التعبير عن القبول بهذه الطريقة

¹ - راجع: د. هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 200.

² - أنظر: BEAURE DAUGERES (G). BREES et(P) THUILLER (S), op.cit, p.106.

³ - أنظر: د. عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 146.

⁴ - أنظر النص الكامل على الرابط التالي:

<http://www.law.ualberta.ca/albri/ulc/curent/euecafin.htm>.

⁵ - أنظر: VIVANT (M), op.cit, p.94.

البيسطة قانونا فالقول بصحة النقر على الزر مرة واحدة لأجل نقل المعلومات من جهاز الحاسوب إلى آخر يؤدي إلى القول كذلك بصحة القبول بالنقر على الزر لمرة واحدة¹.

ويشير البعض إلى أن هذا النمط من التعبير عن القبول قد تبناه عدد قليل من المحاكم في حين يرى البعض الآخر أنه من الصعوبة أن تقتنع المحاكم والقضاء بصحة هذا القبول بواسطة اللمسة أو النقرة الواحدة على زر القبول إلا إذا كان حاسماً² بالرغم من أنه لا يوجد ما يحول دون ذلك من الناحية القانونية، إذ تجيز أحكام القواعد العامة التعبير عن القبول بأية وسيلة تدل على التراضي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتها على قصد صاحبها برضاه و رغبته بالتعاقد³.

الفقرة الثانية: اللمسة أو النقرة المزدوجة.

تجنباً للمشاكل والصعوبات التي يثيرها النقر أو اللمسة الواحدة على زر الموافقة خاصة فيما يتعلق بالإثبات ولأجل إعطاء القبول الإلكتروني صفة الوضوح والتحديد والجزم، فقد ذهب جانب كبير من الفقه على عدم الاكتفاء بمجرد الضغط على خانة كلمة "نعم" مرة واحدة بل يجب تزويد النظام المعلوماتي لدى الزبون أو العميل بما يمنع من إرسال القبول بمجرد الضغط على هذه الكلمة إلا بعد التأكد من أنها تعبر جدياً عن رغبة صاحبها في التعاقد⁴.

ويمكن للموجب حتى يتأكد من الإرادة الحقيقية للموجب له، أن يجعله يرد ويبيدي قبوله بالضغط مرتين (deux cliques) على موضعين منفصلين على شبكة الإنترنت بالموقع الإلكتروني للموجب، فالضغط الأولى تظهر فيه صفحة شروط التعاقد والضغط الثانية حين تظهر صحيفة القبول النهائي أو تأكيد القبول⁵. أي يجب عدم الاكتفاء بضغط

¹ - د. طوني ميشال عيسى، المرجع السابق، ص 78. وكذلك: د. فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 61.

² - راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 84.

³ - د. هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 202.

⁴ - أنظر: JEAN-BAPTISTE (M), op.cit, p.103.

⁵ - راجع:

واحدة وإنما بالضغط على زرین مختلفین على الأسئلة التالية: هل تأكد طلبك؟ هل تأكد شراءك لهذا المنتج وبهذا السعر؟

وهكذا يمكن القول بأن اللمسة المزدوجة يعتبر قراءة إجبارية لشروط العقد ودليلاً على الموافقة وتأكيداً على تصميم وعزم من وجه إليه الإيجاب على قبوله¹ كما أن هذه الطريقة تحقق الفوائد التالية:

- الفائدة الأولى: تأكيد أن القبول كان قبولا واعياً بعد الإطلاع على كافة الشروط والبيانات العقدية وبعد أن تأنى وقدّر أمره².
- الفائدة الثانية: تأكيد أن القبول الإلكتروني لم يكن خطأً أو صدفة ولكنه قبولا نهائياً وحاسماً، فلا يمكن بعد ذلك التذرع بغير ذلك³.
- الفائدة الثالثة: للتأكيد أن من ضغط على زر القبول لم يكن شخصاً آخر، بل هو من وجه إليه الإيجاب نفسه، بعد أن أدخل بياناته الشخصية بالضغط الأولى⁴.

إن هذه الطريقة وما تحققه من فوائد، قد تبناها العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية لسنة 2005 في البند السابع والخاص بالقبول حيث نص في المادة السادسة (06) منه على أنه: " ينعقد العقد بصفة نهائية بين الطرفين عندما يعيد المستهلك قبوله للعقد بنقرتين" ولقد ورد تعليق على هذه المادة بالقول أن العقد الإلكتروني لا ينعقد صحيحاً إلا عندما ينقر المستهلك نقرتين: الأولى من أجل إرسال أمر الشراء والثانية من أجل تأكيده.

كما أن هذه الآلية تتيح للموجب له الإطلاع على ملخص لأمره بالشراء وعند الاقتضاء السماح له بتعديله قبل تأكيده وبالتالي تحميه من أي خطأ في استعمال لوحة المفاتيح وتجنبه أن يلتزم بما لم يقصده صراحة¹.

GUIGOU (G), Les contrats avec les consommateurs un outil développement du commerce électronique. Ed. PRESSES UNIVERSITAIRES, AIX, Marseille, 2002, p.147.

¹ - أنظر: د. إيمان مأمون احمد سليمان، المرجع السابق، ص 161.

² - إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص 94.

³ - راجع: عمر الزريقات، المرجع السابق، ص 123.

⁴ - راجع: BENSOUSSAN (A), la problématique français ,op.cit, p .20.

هذا الحل جاء تفعيلا لما جاء في المادة 1369-2 الجديدة من التقنين المدني الفرنسي المضافة بتشريع الثقة في الاقتصاد الرقمي والتي تنص على أنه: " من أجل أن ينعقد العقد صحيحا، ينبغي أن تتوافر لدى من وجه إليه الإيجاب إمكانية أن يتحقق من تفاصيل أمره بالشراء و ثمنه الإجمالي وأن يصحح ما عسى أن يكون قد وقع فيه من أخطاء، وذلك قبل التأكيد عليه من أجل التعبير عن قبوله.

ويجب على الموجب أن يرسل بالطريق الإلكتروني إشعارا بوصول أمر الشراء الذي أرسل إليه وذلك دون تأخير.

ويعتبر أمر الشراء والتأكيد على القبول وإشعار الوصول قد سلمت عندما يكون باستطاعة من أرسلت إليهم الدخول إليها".

هذه المادة اعتمدت على تعديل للنمط السابق بل ويعتبرها البعض أنها جاءت بنمط جديد يسمح بتأكيد رغبة المتعاقد في القبول الإلكتروني². وتمر هذه العملية هي كذلك بمراحل تتمثل في الآتي:

المرحلة الأولى: يقوم الموجب بالتحقق من تفاصيل أمره بالشراء وهو عبارة عن استمارة إلكترونية معروضة على موقع إلكتروني تتضمن بيانات القابل من اسم وعنوان ورقم بطاقة الائتمان، وقد تتضمن هذه الاستمارة بعض الأسئلة يلزم الإجابة عنها كوقت ومكان التسليم، وفي آخر الوثيقة توجد خانة أو أيقونة القبول و هذه الاستمارة تسمى بوثيقة أمر بالشراء . كما يقوم في هذه المرحلة بتصحيح الأخطاء المحتملة. وفي المرحلة الثانية يؤكد على أمره بالشراء من أجل التعبير عن قبوله للتعاقد³.

هذا الحل أزال كل المشاكل التي تكتنف القبول عن طريق اللمسة الواحدة وتجنب الموجب له الأوضاع الحرجة التي تلزمه بالنقيد بما لم يرتض به بسبب خطأ في ملامسة

¹ - أنظر :

BEAURE DAUGERES (G). BREES et(P) THUILLER (S), op.cit, p.108

² - راجع: BENSOUSSAN (A),op.cit, p.125.

³ - أنظر: BEAURE D'AUGERES (G), BREESE (P), et THUILIER (S),op.cit, p.108.

زر لوحة المفاتيح وبالتالي يختفي هذا الخطر من خلال النقر مرتين¹. ونفس الحل اعتمده التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 منه.

ومع ذلك يذهب رأي آخر في الفقه إلى أنه يستلزم علاوة على ذلك إلزام الموجب "بالإقرار بتسلمه القبول" إلى من وجه له الإيجاب كإجراء لاحق للقبول الإلكتروني نفسه. ويرجع هذا الإجراء القانوني في نظر الفقه لتحقيق أحد الأمرين هما :

01 - إما لتسهيل إثبات إبرام العقد الإلكتروني عند النزاع بشأنه، بتوفير محرر إلكتروني متضمن بيانات العقد ويقر بانعقاده، لذا فهو الإقرار يتضمن عادة ذكر عناصر العقد.

02 - وإما لتأكيد انعقاد العقد الإلكتروني للقابل، حتى لا ينصرف عنه لإبرام ذات العقد مع شخص آخر بدعوى عدم إعلام القابل من طرف الموجب بقبول قبوله.

ولكن يلاحظ أن العقد الإلكتروني يكون قد انعقد فعلاً حيث لا يكون هذا الإجراء الإلكتروني اللاحق عنصراً ثالثاً لازماً لهذا الانعقاد، بعد أن تم الانعقاد السابق للعقد، بتلاقي القبول مع الإيجاب².

غير أن البعض أعاب على هذا الإجراء (الإقرار الإلكتروني بالاستلام) كونه خروج عن القواعد العامة في إبرام العقود التي تفترض بأن وصول القبول للموجب يفيد علم الموجب به و انعقاد العقد و بالتالي يعد هذا الإقرار الإلكتروني بعلم الموجب بالقبول مصادرة لقرينة العلم بالقبول التي تقرها أغلب التشريعات . ولا يوجد ما يبرر استبعاد العقد الإلكتروني من الخضوع لهذا الحكم نفسه ذلك أن ظهور القبول على شبكة الانترنت إذا ما عبر عنه بالضغط على أيقونة القبول ، مؤداه وصول القبول للموجب فيفترض علمه

¹ - أنظر :

HUET (J), Le code civil et les contrats électroniques, contribution à l'ouvrage pour le Bicentenaire du code civil, Université de Paris II, Dalloz, 2004, N°23, p.17.sur :

<http://www.2ctoba.com/public/jH/R/code-PDF>

² - راجع :

DEMOULIN(M), Information et transparence sur les réseaux électroniques, Les Cahiers du C.R.I.D, Bruylant Bruxelles, n 19,2001,p.185.

به، و نفس الحكم يصدق عند وصول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول و دخولها
لصندوق البريد الالكتروني للموجب¹.

الفقرة الثالثة : القيمة القانونية للقبول عن طريق النقر المزدوج

إن القبول المزدوج أثار تساؤل فقهي حول القيمة القانونية من جانب الموجب له، فما
هو الذي يعتد به كتصرف قانوني، هل القبول الأول (النقر الأول) أم التأكيد على
القبول(النقر الثاني)² ؟

فإما أن القبول يكون قد تم قبل التأكيد، فهنا لا يكون لهذا الأخير قيمة قانونية، وإما
أن القبول لن يتم إلا بصدور التأكيد وهنا يعد هذا الأخير هو القبول ذاته³، أو بعبارة أخرى
هل يعد النقر الأول تصرفاً قانونياً أم واقعة مادية⁴ ؟ .

إن الإجابة على التساؤل تتوقف على تفاصيل برنامج العرض التقني والذي يتم من
خلاله التعاقد والذي يكون في أحد الأمور الثلاثة التالية:

الأول: إذا كان البرنامج المعلوماتي لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد، ففي
هذه الحالة فإن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد، أي أن القبول يتجلى من لحظة
الضغط أو النقرة الثانية على زر الموافقة⁵، بحيث لن يترتب على صدور
القبول الأول مجرداً من التأكيد أي أثر.

الثاني: إذا كان البرنامج المعلوماتي يسمح بانعقاد العقد دون التأكيد، ففي هذه
الحالة يمكن القول بان القبول قد صدر بمجرد اللمسة الأولى لزر الموافقة أو
على مؤشر القبول.

1 - أنظر : د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 166. وكذلك: د. محمد فواز محمد المطالفة، المرجع
السابق، ص 72.

2 - أنظر : JEAN-BAPTISTE (M), op.cit, p.127.

3 - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 229.

4 - أنظر: د. نضال سليم برهم، المرجع السابق. ص 68.

5 - راجع: د. إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 162.

الثالث: أن يتضمن البرنامج المعلوماتي ضرورة التأكيد ولكنه لا يمنع من انعقاد العقد بدونه، وهنا يمكن القول أن اللمسة أو النقرة الأولى هي قرينة على الانعقاد ولكن قرينة بسيطة قابلة لإثبات العكس. إذ يمكن للموجب له الإثبات أن هذه اللمسة أو النقرة الأولى قد صدرت منه خطأ أو سهواً فيعتبر عدم صدور التأكيد منه دليلاً على أنه لم يتم قبول التعاقد¹.

وقراءة للعقد النموذجي الفرنسي نجد أنه أوجب على المستهلك الموجب له أن يتلقى تأكيداً من التاجر يتضمن العناصر الرئيسية التي يتكون منها العقد واقتراح إجراء تأكيد بواسطة البريد الإلكتروني لكونه أفضل الوسائل ملائمة للتجارة الإلكترونية، غير أنه اشترط على أن يرسل هذا التأكيد عند تنفيذ العقد أو عند التسليم كحد أقصى، ومعنى هذا أن العقد قد أبرم وأن التأكيد ليس له شأن بانعقاده وإنما له شأن بإثبات العقد، إذ لا يستطيع التاجر أن ينازع العميل بعد إرساله لهذا التأكيد².

يخلص القول أن ضغط القابل على مفتاح الموافقة يعد قبولاً، إلا أنه نتيجة لكون هذا النقر أو الضغط قد يحدث نتيجة خطأ أو سهو من جانب الموجب له، وأن الحل الناجح هو طلب تأكيد القبول عن طريق الضغط مرتين على زر القبول أو الرد على بعض الأسئلة التي تؤكد موافقة المستهلك أو الموجب له أو أن يطلب منه تأكيد القبول من خلال البريد الإلكتروني.

الفرع الثاني: التحميل عن بعد والقبول الإلكتروني.

من الصور المستحدثة في التعاملات الإلكترونية صورة التحميل عن بعد أو التنزيل أو نسخ البرنامج من أحد المواقع الإلكترونية المشروعة عبر الإنترنت إلى جهاز العميل مباشرة وبصورة فورية³، فيحصل العميل على ما يريد دون اللجوء إلى الاستلام والتسليم الخارجي ودون الحاجة إلى وسيط إلكتروني كالقرص المرن.

¹ - د. عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 189.

² - راجع : DEMOULIN (M), op.cit, p.114

³ - راجع : د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق ، ص 164.

والملاحظ أن هذه العملية تتضمن تداخل بين عملية التعبير عن الإرادة وعملية التنفيذ المتزامن والمعاصر، إذ تعد هذه الصورة المثلى لإبرام العقد (عقد بيع البرامج أو المعلومات) وتنفيذه على الخط أو على الشبكة ذاتها دون اللجوء إلى العالم الحقيقي خارج الشبكة¹.

والسؤال الذي يطرح بهذا الشأن هو هل يمكن اعتبار عملية التحميل عن بعد من صور القبول الذي يترتب عليه انعقاد العقد أم أنه مجرد مرحلة تسبق القبول² ؟ .

إن الإجابة عن ذلك تكمن في التمييز بين حالتين:

الحالة الأولى: يعتبر التحميل عن بعد قبولاً في حالة ما إذا قبل الزبون أو العميل بالشروط والتعليمات التي يملئها الموجب عليه في أحد برامج المعروضة على شبكة الإنترنت³، ففي هذه الحالة إذا تمكن القابل من قراءتها، أعطى بعد ذلك الأمر بالتحميل فإنه يعتبر قد أصدر قبوله النهائي والمعتد به قانوناً⁴.

الحالة الثانية: في هذا الوضع لا تتاح لمستخدم الإنترنت فرصة الإطلاع على شروط التحميل، وإنما تأتي في نهاية العملية وإبداء قبوله، بعدها تظهر شاشة تفيد بأن القابل قد قبل بشروط المورد الموجب، فلا يكون للقابل أو الموجب له فكرة مسبقة أو علم سابق ببعض الشروط العقدية والتي تكون واضحة أمامه، بحيث لن يطلع عليها إلا بعد تمام التحميل الذي هو في حد ذاته وسيلة للتعبير عن القبول في هذه الحالة⁵.

الأمر الذي يجعل إرادة العميل في إبداء قبوله غير سليمة بل مشوبة بعيب الغلط أو عيب التدليس، مما يسمح لهذا الأخير الاستفادة من كل الحقوق المقررة له

1 - يسمى باللغة الفرنسية : TELECHARGEMENT

2 - راجع : COSTES (L),op.cit, p.65.

3 - أنظر: د. عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 148.

4 - البعض اعتبر إبرام العقد بهذه الصورة هو من قبيل عقود الإذعان وبالتالي فهو يخضع لسلطة تعديل الشروط التعسفية. لأكثر تفصيل راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، **الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، ط 2011**، ص 76.

5 - راجع: BENSOUSSAN (A),op.cit, p.129.

كمستهلك والتي تلزم الموجب المورد بتبصير وإعلام المستهلك تماشياً مع مبدأ حسن النية في التعاقد، وكل ذلك تحت طائلة الضمان والتعويض¹.

يخلص القول بأن التحميل عن بعد يعد من أحد مظاهر القبول الإلكتروني²، فهو يعكس إرادة الموجب له (الراغب في التحميل) في قبول العرض الموجه إليه ومطابقتها للشروط التي يتضمنها بصفة جازمة ومحددة ونهائية لا يشوبها عيب ولا يعترها عارض. ذلك أن جهاز الحاسوب الآلي المزود بشبكة الانترنت ليس له القدرة على استخلاص إرادة المتعاقد معه وإنما سلوك المتعاقد صاحب الجهاز هو وحده فقط الذي يفصح عن حقيقة إرادته الجازمة بالقبول، ورغم أنه لم يصرح عنها إلكترونياً إلا أنه تفهم إرادة قبوله الإلكتروني ضمناً من خلال هذا التحميل³.

المطلب الرابع: الحق في العدول عن القبول الإلكتروني

تعد العقود من أهم مصادر الالتزام ومن أحد أبرز مبادئها الأساسية. فبمجرد التقاء الإيجاب مع القبول ينعقد العقد ويصبح ملزماً لكلا طرفيه، ولا يمكن لأحد من العاقدين التنصل منه إلا في حدود ما يسمح به القانون⁴ وهو ما يصطلح عليه بقاعدة "العقد شريعة المتعاقدين"⁵.

ويعتبر الحق في العدول عن القبول الذي سبق إبدائه من أحد الآليات القانونية الحديثة التي لجأت إليها أغلب القوانين الوضعية بقصد توفير الحماية الفعالة لأحد أطراف التعاقد وهو المستهلك⁶.

1 - راجع: د. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 25.
2 - يعتبر البعض أن التحميل عن بعد أحد صور القبول الضمني وليس التعبير الصريح. أنظر في ذلك: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 161.
3 - أنظر: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 162.
4 - د. هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 328.
5 - أخذت به أغلب التشريعات ونص عليه المشرع الجزائري في المادة 106 من القانون المدني.
6 - عرفته المادة 03 من قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش بأنه: " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بمقابل أو مجاناً سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به" و حول تعريفات فقهية للمستهلك راجع: د. بودالي محمد، المرجع السابق، ص 09.

وهو ما يشكل في الواقع خروجاً على مبدأ القوة الملزمة للعقد¹ ومبدأ الرضائية في العقود. ولكن هذا الخروج عن القاعدة العامة يجد مبرره الأساسي في ضرورات حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف.

ويتعلق الحق في الرجوع بطائفة من العقود منها ما يعرف بالعقود التي تبرم عن بعد أو عقود المسافات² منها العقود الإلكترونية خاصة التي تتم عبر شبكة الإنترنت. و يعد هذا الحق من أكثر وسائل حماية للمستهلك ملائمة لخصوصيات التعاقد الإلكتروني، حيث يتم العقد بين غائبين³ ولا يكون لدى المستهلك إمكانية لمعاينة السلعة أو الخدمة مادياً، ومعرفة خصائصها قبل إبرام العقد فضلاً عما يصاحب عرض هذه السلع أو الخدمات من الدعاية والإعلان المبالغ فيها في المواقع الإلكترونية مما يؤدي إلى عدم قدرة المستهلك على الحكم عليها بدقة، كما أنها تعد فرصة للمتعاقد المنتج باستغلال هذا التعاقد الافتراضي والسريع بالحصول على توقيع وقبول المستهلك للمتعاقد عبر الإنترنت⁴.

وبالتالي فإن حماية المستهلك تصبح ضرورة مهمة ومبدأ أساسي في التعاقد الإلكتروني، حتى يمكن بث الثقة لديهم وتشجيعهم على شراء متطلباتهم بهذا الأسلوب الجديد. وإن كانت وسائل حماية المستهلك تعد عنصراً مهماً فإنها في الوقت نفسه تعد وسيلة ضرورية لتنشيط حركة التجارة الإلكترونية وزيادة معدلاتها الأمر الذي يعود بالفائدة على جميع أطراف المعاملة الإلكترونية وعلى الاقتصاد الوطني بصفة عامة⁵.

¹ - أنظر: د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 55. وكذلك: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، ص 103.
² - هناك تضارب حول الترجمة الصحيحة لمصطلح حق العدول، منها حق الرجوع، رخصة السحب، حق إعادة النظر. حول هذه المسألة التفاضل بين هذه المصطلحات راجع تفصيلاً عن ذلك: د. محمد السعدي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 97.
³ - راجع: د. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 80.
⁴ - راجع:

BERNARDEAU (L), Droit communautaire et protection des consommateur, JCP.2000,p,218
⁵ - راجع: د. ممدوح خالد إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 27.

وبناءً على هذه المعطيات والمبررات سعت الدول إلى سن تشريعات وأحكام قانونية لتحقيق حماية المستهلك في التجارة التقليدية والإلكترونية من خلال وضع الشروط اللازمة لتأمينه ضد صور الغش والتدليس التي يمكن أن يتعرض لها في عقود التجارة الإلكترونية¹. وفي إطار الحديث عن القبول الإلكتروني سنتحدث عن صورة العدول عن القبول بتحديد طبيعته القانونية وشروطه.

الفرع الأول: العدول عن القبول في النصوص التشريعية.

لقد اهتمت التشريعات الأجنبية والعربية بتكريس حق العدول عن التعاقد في نصوصها لما له من أهمية في حماية المستهلك كطرف ضعيف في العلاقة العقدية، فقد حرص التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد على تقرير حق المستهلك في العدول عن العقد حيث نص في الفقرة الأولى من المادة السادسة (06) منه على أن: " كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول...".

وتماشياً مع هذا التوجيه الأوروبي، أقر المرسوم الفرنسي رقم 741/2001 المؤرخ في 23 أوت 2001 هذا الحق في عدول المستهلك ليس فقط في مجال بيع السلع والمنتجات عن بعد بل حتى في مجال أداء الخدمات عن بعد. وكان هذا المرسوم قد أدمج في تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم 93-949 المؤرخ في 1993/07/26، وقد أضيفت إلى المادة 1593 منه ضمن الباب السادس الخاص بالبيع، حيث جاء في المادة الأولى منه على أنه: " للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول عن إبداء أسباب أو دفع أي جزاءات باستثناء مصاريف الرد"².

¹ - قبل صدور قانون رقم 03/09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش كان المشرع الجزائري يولي إهتماماً بفتنة المستهلكين في قانون 02/89 المتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك.

² - أنظر في شرح هذه المادة: BENSOUSSAN (A), op.cit, p.125.

ويلاحظ أن القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية جاء خاليا من أي نص صريح يقر بأحقية العدول عن التعاقد أو العدول عن القبول، ونفس الأمر بالنسبة للتشريعات العربية - التي تضمنت نصوص حول التعاملات الإلكترونية¹ - ما عدا القانون التونسي الذي ذكرت المادة 25 منه على ضرورة التزام البائع بأن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد معلومات معينة كهوية وعنوان وهاتف البائع وكذا الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضا بالأسعار المحددة، وكذا إمكانية العدول عن الشراء وأجله².

كما جاء في نص المادة 30 من ذات القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية على أنه: " مع مراعاة الفصل 25 من هذا القانون يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد".

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضائع أو العدول عن الخدمة ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

وفي التشريع الجزائري الخاص بحماية المستهلك فإنه أقر بأحقية المستهلك في العدول عن العقد الذي أبرمه ، حيث جاء في المادة 13 منه انه : " يستفيد كل مقتن لأي منتج سواء كان جهازا أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون. و يمتد هذا الضمان أيضا على الخدمات".

و يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتج استبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح المنتج أو تعديل الخدمة على نفقته. و يستفيد المستهلك

¹ - أنظر: د. نبيل محمد صبح، المرجع السابق، ص 58

² - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستهلك الإلكتروني، المرجع السابق، ص 29.

من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية... " و عرفت المادة 03 من ذات القانون الضمان بأنه: " التزام كل متدخل خلال فترة زمنية معينة في حالة ظهور عيب في هذا الأخير باستبداله أو إرجاع ثمنه أو تصليح السلعة أو تعديل الخدمة على نفقته ". أما المتدخل فإنه حسب المادة 03 من ذات القانون هو : " كل شخص طبيعي او معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك ."

والملاحظ في هذا الصدد هو الفارق الكبير بين موقف كل من المشرع الجزائري من ناحية والمشرعين الفرنسي والتونسي من ناحية أخرى، فحق العدول في هذين القانونين الأخيرين جاء مطلقاً من أي قيد، فالمستهلك غير ملزم بذكر سبب العدول فهو يتوقف على محض إرادته ومشيبته، على خلاف المشرع الجزائري الذي اشترط في ممارسة حق العدول أن تكون السلعة أو الخدمة معيبة وغير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد من أجله¹.

وسبب الاختلاف هو أن المشرع الجزائري وكذا المشرع المصري هو أنه يتكلم عن حماية المستهلك عموماً وعلى الغالب في التعاقد التقليدي حيث يتمكن المستهلك من رؤية السلعة ومعاينتها في حين أن المشرع الفرنسي والتونسي فهما يتكلمان عن المستهلك الإلكتروني الذي يتعذر عليه رؤية السلعة ومعاينتها قبل التعاقد لذلك كان طبيعياً أن يخول المستهلك حق العدول عن العقد سواء كانت سلعة معيبة أم لا².

وممارسة المستهلك لحقه في العدول في التعاقد الإلكتروني قد لا يجدي نفعاً من الناحية العملية في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسوب³ والتي يقصد بها مجموعة من الأوامر التي تؤدي إلى إنجاز المهام المستهدفة من خلال نظام معلومات الحاسوب⁴، فإذا تم

¹ - د. مجد الدين إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 393.

² - أنظر: د. محمد المرسي زهرة، المرجع السابق، ص 99.

³ - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 275.

⁴ - أشارت إليه المادة 08 من التوجيه الأوروبي رقم 91-250 الصادر بتاريخ 14/05/1991 والمتعلق بالحماية القانونية لبرامج الحاسوب. موجود على الرابط التالي: <http://eur-lex.europa.eu>

إرسال البضاعة أو السلعة بالبريد العادي وقام العميل بفض الأختام ونزع الغلاف أو تم إرسالها إلكترونياً إلى ذاكرة الحاسب الآلي الخاص بالمستخدم¹.

هذا ويعتبر حق العدول عن القبول الإلكتروني وكل القواعد الخاصة بحماية المستهلك من النظام العام وهي تمثل الحد الأدنى للحماية التي لا يجوز للمستهلك نفسه التنازل عنها²، إذ نصت تعليمات التوجيه الأوروبي رقم 1997/07 في المادة 12 منه على أنه لا يجوز للمستهلك أن يتنازل عن حقوقه الثابتة له بمقتضاها. وهو نفس الموقف الذي اعتمده المشرع الجزائري في المادة 13 من قانون حماية المستهلك لما أقر بأن كل مقتن لأي منتج يستفيد من الضمان بقوة القانون و دون أعباء إضافية و يعد كل شرط يخالف ذلك باطلاً.

الفرع الثاني: مجال تطبيق حق العدول الإلكتروني.

إن حق المستهلك في العدول عن القبول الإلكتروني أو عن إبرام العقد لا يؤخذ على إطلاقه³ إذ لا يمكن ممارسته في كل العقود الاستهلاكية بل يقتصر على بعض منها دون الآخر.

ويلاحظ أنه وفقاً لنص المادة 1/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة 32 من القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية فإنه يمكن تعداد الحالات التي لا يحق العدول عنها باستثناء حالات عيوب الخفية والظاهرة فيما يلي:

البند الأول : عقود توريد الخدمات.

1 - د. حسن عبد الباسط جمعي، المرجع السابق، ص 09.

2 - د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 89.

3 - د. محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص 157.

جاء في نص المادة 32 الفقرة الأولى من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي أنه:
" مع مراعاة أحكام المادة 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة والخفية، لا
يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء
ويوفر البائع ذلك...".

لقد قرر هذا النص أن طلب المستهلك توفير هذه الخدمة قبل انتهاء الأجل المحدود
لممارسة الحق في العدول عن العقد وقيام البائع بالتاجر بتزويد المستهلك بهذه الخدمة قبل
انتهاء هذه المدة¹، يسقط حق المستهلك في العدول عن العقد في المدة المتبقية، وهذا المنع
مردده عدم إضرار بائع الخدمات عبر الإنترنت بسبب عدول المستهلك بعد أن بدأ بالاستفادة
من الخدمة².

البند الثاني: عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك

أو بالمطابقة لشخصيته أو التي بحسب طبيعتها لا يمكن إعادتها للبائع أو كانت
سريعة الهلاك والتلف³.

ثالثاً: عقود توريد التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية

والمعطيات الإعلامية، عندما يكون قد نزع عنها الأختام مع علم المستهلك⁴.

رابعاً: عقود شراء الصحف والمجلات والدوريات.

إلى جانب هذه الحالات الأربعة المستبعدة من ممارسة حق العدول والتي تناولها
المشرع الفرنسي والتونسي إلا أنه هناك حالات أخرى لم تتناولها المادة 32 من القانون

¹ - هذه المدة حددها المشرع الفرنسي والتونسي رقم 07/97 بسبعة أيام على الأقل وحددها المشرع التونسي
بعشرة (10) أيام.

² - أنظر: د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 60. وكذلك: د. أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 34.

³ - حول نقد هذا الشرط، راجع: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 394.

⁴ - راجع: BENSOUSSAN (A), op.cit, p. 31.

التونسي للمبادلات الإلكترونية وإنما أضافتها المادة (121-2) من قانون الاستهلاك الفرنسي ويتعلق الأمر بما يلي:

- عقود خدمات الرهان وأوراق اليناصيب.
- العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة والنقل والمطاعم.
- العقود التي يكون موضوعها توريد سلع استهلاكية عادية والتي تتم في مكان سكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين متجولين¹.

الفرع الثالث: إشكالية تحديد موضوع ومضمون حق العدول.

إن فكرة الحق في العدول أثارت ولا تزال تثير إشكالية حول مضمونها ومدى تأثيرها على العقد، وكان التساؤل ينحصر عما إذا كان حق العدول إخلالاً أو خرقاً لمبدأ الرضاية أم خرقاً لمبدأ القوة الملزمة للعقد؟ وبتعبير آخر هل الحق في العدول هو عدول عن عقد تم إبرامه بالفعل أم عدول عن الرغبة في إبرام العقد قبل تمامه؟

ولأجل التوضيح نضيف التساؤل التالي: هل العقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد يكتمل وجوده القانوني بمجرد تبادل إرادتي المتعاقدين ودون الاعتداد بأثر المهلة القانونية التي يمنحها المشرع للمستهلك في الرجوع خلالها عن هذا العقد، أم أن المقصود من هذه المهلة هي تأجيل الوجود القانوني للعقد إلى حين انقضائها؟²

إن الجواب عن هذه الاستفهامات يتوقف على توضيح الفرضيتين التاليتين:

الفرضية الأولى: إنَّ العقد الإلكتروني الذي يتضمن حق العدول لا ينعقد بصفة نهائية بمجرد إبداء القبول، بل هو عقد لا يزال في مرحلة التكوين وتكون المهلة الزمنية الممنوحة للمستهلك لممارسة حق العدول ما هي إلا فترة للتفكير والمراجعة، ومعنى ذلك أن الاتفاق الذي يتم بين الموجب المنتج والمستهلك لم يقصد منه إبرام عقد بصفة نهائية وإنما يعتبر

¹ - حول شرح مفصل لهذه الحالات والانتقادات الموجهة إليها، راجع:

MOREAU(N), La formation du contrat électronique, op.cit, p.58.

² - د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص103.

هذا الاتفاق مجرد رغبة في إبرامه أو تمهيداً لانعقاده وأن هذا العقد لا يكون له وجود إلا بعد انقضاء هذه المدة دون ممارسة حق العدول.¹

و بالتالي فوفقاً لهذه الفرضية فإن رضا المستهلك هو رضا مزدوج فهو لا يتكون دفعة واحدة وإنما تدريجياً. فهو لم يتكون مرة واحدة وإنما على مرحلتين: الأولى يكون فيها القبول غير كامل وإنما يتوقف كماله وتماؤه على التنازل عن حق العدول وسقوطه وبالتالي فإن رضا المستهلك في المرة الأولى لا يكفي لانعقاد العقد بل يجب أن يبقى مستمراً وقائماً حتى تنتهي الفترة المخولة له لإبداء العدول خلالها.

الفرضية الثانية: تفيد هذه الفرضية إلى أن ممارسة المستهلك لحقه في العدول ليس

فيه مساس بمبدأ الرضائية فالمستهلك يملك هذا الحق بالنسبة لعقد تم إبرامه فعلاً وأصبح تاماً وناظراً، والمشرع إنما تدخل بمنح المستهلك حق نقض هذا العقد خلال مدة زمنية معينة حماية له، فهذا الحق لا يغير من أمر العلاقة العقدية شيئاً فهو يمارس بإرادة منفردة بعد أن اكتمل الوجود القانوني للعقد.²

وقد أراد المشرع تنظيم حق الرجوع والعدول في العقود التي تتم عن بعد ومنها العقود الإلكترونية الحديثة ليسد بعض الثغرات التي توجد في النظرية التقليدية لعيوب الإرادة، إذ كشف الواقع العملي المصاحب للتطور الحديث أن نظرة عيوب الإرادة الكلاسيكية لا تمنح الحماية الكافية واللازمة للمتعاقد المستهلك هذا فضلاً عن صعوبة الإثبات بشأنها.³

ملاحظة:

بعيداً عن مسألة ترجيح إحدى الفرضيتين ، فإن الفرضية الأولى التي تتماشى مع دراستنا كون الأمر يتعلق بحق العدول عن القبول وليس العدول عن العقد بعد تمامه ذلك أن العقد لم يكتمل والموجب له – المستهلك- له أن يتراجع عن قبوله.

¹ -أنظر في ذلك : CALAIS-AULOY (J), op.cit,p.37

² - أنظر : PAISANT (G), op.cit, p.19.

³ - راجع أكثر تفصيلاً: د. محمد السعبي رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، المرجع السابق، ص 106.

وتجدر الإشارة أنه قراءة لنصوص القانون المدني الجزائري قد نجد أن المشرع الجزائري اعتمد على بديل ما يعرف بخيار الرؤية المستمد من فقه الشريعة الإسلامية كرسه في نص المادة 352 من القانون المدني¹، وهذا الخيار يعطي للمشارك المتعاقد على شيء لم يره

الحق في الرجوع عن العقد بعد رؤيته للعين المبيعة²، ذلك أن رؤية صورة للشيء من خلال وسائل الاتصال الحديثة لا تغني عن رؤية الشيء نفسه³.

و ننوه هنا أن الحق في خيار الرؤية لم يرتبط وجوده في الفقه الإسلامي بتنظيم التعاقد بين غائبين، وإنما ارتبط وجوده بتنظيم التعاقد على الشيء الغائب عن المجلس، لذلك لا يشترط لتقرير هذا الحق ضرورة أن يكون التعاقد قد تم عن بعد وإنما يكفي لتقريره غياب الشيء محل التعاقد لحظة إبرام عقد البيع مثلا، كما لا يشترط لتقريره ضرورة أن ينصب التعاقد على سلع أو خدمات وإنما يقرر هذا الحق للمشتري حتى ولو تعلق الأمر بشراء عقار، وسواء كان المشتري مهني أو تاجر على خلاف حق العدول فهو مقرر فقط للمستهلك⁴.

المطلب الخامس: العناصر الأساسية التي يرد عليها الرضاء في العقد الالكتروني

إن التعبير عن إرادة المتعاقدين لا يتوقف على خلوهما من العيوب و كماليتهما فقط بل يجب أن ينصب على العناصر الأساسية للعقد الالكتروني شأنه شأن أي عقد آخر، فأى تعاقد يبرم بين طرفيه لا بد أن يكون فيه تراض على أمر في العقد، و هو الذي دفع بطرفي العقد إلى التعاقد و كذلك الحال بالنسبة للعقد الالكتروني و هذا متى كانت هذه العناصر

¹ - د. محمد حسنين، عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 112.

² - جاء فيها: " يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا و يعتبر العلم الكافي ، إذا اشتمل العقد على بيان المبيع و أوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه .
و إذا ذكر في العقد أن المشتري عالم بالمبيع سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال العقد بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع "

³ - د. ممدوح خيرى هاشم المسلمي، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - أنظر أكثر تفصيل: د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 388.

تدخل ضمن نطاق العقد و أساس قيامه و صحته ¹، و بالتالي لا نكون بصدد تراضي منشأ للعقد إذ لا بد من تعيين محل العقد و أن يكون الإقدام على إبرامه لسبب بين و مشروع و هذه هي العناصر الأساسية للعقود الالكترونية ، لذا سيتم بيان الخصوصية في كل من عنصري المحل و السبب.

الفرع الأول: أوجه الخصوصية في المحل للعقد الالكتروني

يعتبر محل العقد الالكتروني أحد أركان قيام العقد ذلك أن توافق إرادتي طرفيه غير كافية لوحدها لانعقاده، فهذا التوافق ليس مجردا بل يرمي المتعاقدين من خلاله الحصول على شيء محدد و هو ما يعرف بمحل العقد أو موضوعه².

و قد درج الفقه في التمييز بين محل العقد و محل الالتزام فالأول هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن و أغلب التشريعات اعتبرت المصطلحين مترادفين ³. هذا و لقد اوجب المشرع الجزائي توافر المحل كركن أساسي من أركان العقد بحيث يترتب على تخلفه بطلان العقد بطلانا مطلقا ، إذ جاء في المادة 93 من القانون المدني على انه : " إذا كان محل الالتزام مستحيلا أو مخالفا للنظام و الآداب العامة كان العقد باطلا بطلانا مطلقا " ، فتوافر محل العقد هو الأساس الذي من أجله تم القيام بالمفاوضات العقدية و التراضي عليه ، و غيابه يؤدي إلى زوال العقد و بطلانه و يكون في حكم العدم.

و المحل في العقود الالكترونية لا يختلف كثيرا عن المحل في العقود التقليدية إلا في بعض أوجه الخصوصية ⁴، فمن حيث التعريف لا يختلف عن التعريف التقليدي عن كونه العملية القانونية التي أرادها طرفي العقد بهدف ترتيب الالتزامات بأداء معين كنقل

1 - أنظر : د. أحمد عبد التواب محمد بهجت ، المرجع السابق، ص 109.

2 - أنظر : د. بشار محمود دودين ، المرجع السابق، ص 157.

3 - توجد اختلافات بين محل العقد و محل الالتزام بحيث يترتب على هذا التمييز عدة آثار فقد يكون الالتزام صحيحا و مع ذلك يكون محل العقد باطلا كما قد لا يتطلب في محل العقد إلا شرط المشروعية في حين يشترط في محل الالتزام ثلاث شروط ، حول ذلك راجع: د. حسام الدين كامل الأهواني ، المرجع السابق، ص 231.

4 - راجع : د. محمد فواز محمد المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة ، الأردن، 2008، ص 78.

حق ما أو القيام بعمل أو الامتناع عنه¹ . كما يجب أن تتوافر في محل العقد الالكتروني عدد من الشروط و هي : شرط الوجود و شرط التعيين و شرط المشروعية .

و قبل التطرق لشروط محل العقد الالكتروني نتطرق إلى صورته الذي يقوم على نوعين من التجارة هما تجارة السلع و تجارة الخدمات.

1 -تجارة السلع:

يقصد بها التجارة التي محلها بضائع و كلمة البضائع استقر الفقه و القضاء على أنها تشمل المنقولات المادية ، أو المنقولات الغير المادية أي المعنوية على السواء².

ووفقا للمادة الثانية من اتفاقية فيينا 1980 تستبعد البضائع التي يتم شرائها للاستهلاك الشخصي أو العائلي من نطاق الاتفاقية و يرجع ذلك الاختلاف التشريع ف نظرتها لحماية المستهلك³.

و عليه فإن تجارة السلع الاستهلاكية الشخصية و العائلية لا تدخل في مفهوم عقد البيع الدولي في حين أن معظم العقود الالكترونية تقوم على تجارة البضائع الاستهلاكية سواء كانت شخصية أو عائلية .

و تتعدد أنواع البضائع محل العقد الالكتروني فمنها السلع الالكترونية مثل المنتجات الغذائية أو الملابس و هناك أدوات التجميل و العناية الشخصية و السلع المتعلقة بالصحة و المتعلقة بالبصريات، و المنتجات الضارة بالصحة كالتبغ و الكحول و السلع المتعلقة بالثقافة كالكتب و المجالات العلمية و الثقافية.

و تدخل تجارة البضائع في التجارة الالكترونية من باب العقود التي تبرم على الخط و تنفيذها يتم خارجيا حيث يتم تسليم البضائع ماديا عن طرق الشحن أو نقلها بأي وسيلة.وقد

1 - د. عبد الباسط جاسم ، المرجع السابق،ص 245.

2 - السلعة طبقا للمادة 17/3 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش هي: " كل شيء مادي قابل للتنازل عنه بمقابل أو مجانا".

3 - أنظر:د.رضا عبيد. دراسة في القواعد الموحدة للبيع الدولية ، دار النسر الذهبي ، القاهرة ، مصر، 1996،ص02.

جاء في المادة 16 من القانون النموذجي للتوقيع الالكتروني لسنة 2001 أن هذا القانون يتعلق بكل فعل مرتبط بعقد لنقل البضائع.

2- تجارة الخدمات: يقصد بها التجارة التي يكون محلها توريد الخدمات¹. إذ يعتبر مجال الخدمات من المشروعات التي لا تحتاج إلى رأس مال كبير فهي تعتمد بالأساس على الأفكار و المؤهلات العلمية و جمع المعلومات و قليل من الجهد البدني، وهي تتم و و تنفذ على الخط.

و تتعدد المجالات التي يمكن ممارستها من خلا التجارة الالكترونية فتظهر في صورة الخدمات المصرفية و المالية و الخدمات الاستشارية و خدمات الاتصال و خدمات وكلاء السياحة إضافة إلى خدمات شركات البورصة و شركات الاستثمار و خدمات التأمين على الخط و خدمات الصحافة... إلخ².

و كان التساؤل الذي يطرح في هذا المقام هو : هل تشكل هذه الشروط التقليدية لمحل العقد أية خصوصية بالنسبة لمحل العقد الالكتروني ؟

إن دراسة التعاقد الالكتروني و تحديد مميزاته تؤكد أنه لا شيء من الخصوصية فيما يتعلق بشرط الوجود و إنما يظهر الخصوصية و الشذوذ في شرطي التعيين والمشروعية³، و هو ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

البند الأول: شرط التعيين للمحل الالكتروني

يكون المحل معيناً أو قابلاً للتعيين في العقد الالكتروني عن طريق وصف المنتج أو الخدمة وصفاً نافياً للجهالة على شاشة الحاسب الآلي عبر شبكة الانترنت ، سواء من خلال صفحات الويب أو الكتالوج الالكتروني و المقصود بالمعينة هو الإطلاع على المبيع

¹ - عرفت الخدمة في المادة 2/3 من قانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش بأنها: " كل عمل مقدم، غير تسليم السلعة، حتى و لو كان هذا التسليم تابعاً او مدعماً للخدمة المقدمة."
² - د. مخلوفي عبد الوهاب ، التجارة الالكترونية عبر الأنترنت، رسالة الدكتوراه في العلوم في الحقوق ، قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص113.
³ - أنظر : د. إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق، ص168.

إطلاعاً يمكن من معرفة حقيقته و طبيعته و ذلك بالطرق التي يتحقق بها العلم الكافي لدى المستهلك أو الزبون بحقيقة المبيع¹.

و المعاينة التي يتحقق بها المشتري هي التي تحصل عند إبرام العقد بحيث يرد العقد على المبيع و هو معلوم للمشتري علماً كافياً، أما وصف السلعة المعروضة على موقع الويب أو من خلال الكتالوج الإلكتروني أو عبر رسائل البريد الإلكتروني أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى يعتبر وصفاً كافياً إذا تم بطريقة تمكن المستهلك من إدراك حقيقتها و الوقوف على مدى ملائمتها للغرض من التعاقد فيصدر رضائه عن بينة من أمره².

و يحق للمشتري طلب إبطال العقد عند عدم تحقق العلم الكافي بالسلعة أو الخدمة بحيث يجب أن يكون وصف السلعة لحظة إبرام العقد الإلكتروني وصفاً دقيقاً و مفصلاً مما يحقق العلم الكافي و الجدي و الموضوعي عن المنتجات و الخدمات محل التعاقد.

ولقد ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية كل المواقع عبر شبكة الانترنت أن توفر للمستهلك و قبل التعاقد كل ما من شأنه تعيين السلعة أو الخدمة³.

كما أكد المشرع الفرنسي في العقد النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة الرابعة بان: " يتضمن العقد الصفات الرئيسية للأموال و الخدمات المعروضة ، يذكر كميتها و لونها و مكوناتها الخاصة و تحديد كل الخدمات المعروضة".

و نفس الأمر أشارت إليه التشريعات العربية إذ جاء في المادة 25 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات و التجارة الإلكترونية على أنه: " يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة و مفهومة قبل العقد المعلومات و سعر المنتج".

1 - أنظر : سمير عبد الحامد جمال ، المرجع السابق ،ص75.

2 - أنظر : د.محمد أمين الرومي، المرجع السابق ،ص 112.

3 - راجع المادة 07 من ذات القانون.

كما يستنتج اشتراط تعيين المحل في العقد الالكتروني من نص المادة 15 من مشروع قانون التجارة الالكتروني المصري إذ جاء فيه: " أنه يتعين عند الإعلان الكترونيا عن السلعة أو الخدمة إيراد البيانات الأساسية التي تحددها اللائحة التنفيذية للقانون".

و يستفاد من قراءة نصوص هذه المواد أنه يلزم تعيين السلعة أو الخدمة محل العقد الالكتروني تعيينا كافيا و يكون كذلك حين يوصف و صفا نافيا للجهالة بان يسمح المتعاقد للآخر من معاينة الشيء محل التعاقد و الاطلاع عليه بصورة تمكنه من العلم بحقيقته¹.

و محل العقد الالكتروني خاصة المبرم عبر الانترنت يتم عادة على الخط أي على الشبكة المعلوماتية، لذا يكون في الغالب مصحوبا بالصور كما هو الحال في التعاقد بالكتالوج الورقي التقليدي². كما يلاحظ أن المتعاقد قد يتلقى بعض الرسائل الالكترونية عبر الشبكة و التي تتضمن تأكيدا لنوع و صفات المتعاقد عليه و لذلك تتسم هذه العملية بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاما قانونيا يقع على عاتق المدين بالمحل و رغم ذلك فان هذا الوصف قد يحدد السلعة بصورة واضحة و دقيقة ، وأن من شأن بيان جودتها و تعيينها بدقة أن يضيف عليه سمة التعيين أكثر من كونه مجرد إعلان ما دام يتضمن العناصر الجوهرية للمحل التي ارتضاها المتعاقدين³.

ولكن قد يحدث اختلاف و تعارض بين وصف المنتج أو السلعة الالكترونية الظاهرة على الشاشة الحاسوب مع ما هو عليه في الواقع، فهل يؤدي ذلك إلى بطلان العقد أم لا؟.

هناك اتجاهين مختلفين حاولا التصدي للمشكلة ، فالرأي الأول: يذهب إلى أنه إذا كان المتعاقد المدين بالمحل في العقد الالكتروني المبرم عبر الانترنت قد أدرج في بنوده نصا صريحا يقضي بعدم تحمله أية مسؤولية عن الاختلاف الذي قد يحدث بين وصف المحل وصفا الكترونيا و بين ما هو عليه في الواقع، فهنا لا يمكن الرجوع عليه في حالة حصول التباين و الاختلاف لأن إدراج هذا الشرط بالإعفاء من المسؤولية دائما يؤدي إلى

1 - راجع : أحمد عبد التواب محمد بهجت، العقد الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2009، ص 110.

2 - أنظر: د.بشار محمود دودين المرجع السابق، ص166.

3 - د. ممدوح علي مبروك، المرجع السابق، ص 81.

انتفائها في حالة وجود غلط في محل العقد الالكتروني¹ ، و يستثنى من ذلك حالة الغش و الخطأ الجسيم².

أما الرأي الثاني فهو يرى أنه في حالة وجود تعارض بين صورة المنتج أو السلعة والوصف الالكتروني للمنتج أو السلعة مع الواقع الحقيقي فالعبرة تكون بالوصف المكتوب الكترونيا أي الوصف الظاهر على شاشة الحاسوب ، لأن وصف المحل النهائي للعقد الالكتروني بصورة دقيقة و عناية واضحة عبر الشبكة الانترنت هو الذي إطمأن له المتعاقد و كان لهذا الوصف قدر كبير في تأثيره على إرادته و دفعه إلى إبرام العقد³ ، و بالتالي يمكن القول بأن هذا الوصف النهائي لمحل يعد من قبيل الضمان المطابقة بين المنتج النهائي الذي سيتسلمه و بين النموذج الذي اطلع عليه قبل إبرام العقد ، وهو ما يعرف بالضمان الصريح⁴ ، وأي وصف يتم إبدائه على موقع تجاري على شبكة الانترنت بشأن جودة المنتج أو الصفة جوهرية فيه يعد من قبيل الضمان الصريح بالقدر الذي أثر فيه هذا الوصف على إرادة المشتري في إبرام العقد⁵.

و هنالك رأي ثالث جاء مخالفا لما اقترحه الرأيين السابقين ، إذ يرى أن المتعاقد لا يمكن له تقييم الشيء محل العقد تقييما حقيقيا غلا بالرؤية المباشرة و الملموسة في الوسط المادي الخارجي و هو ما لا يمكن تحققه بالرؤية الافتراضية مهما كانت الصورة واضحة و بالتالي يرى هذا الاتجاه أنه لا يمكن مطلقا تعيين السلعة محل العقد الالكتروني من خلال شبكة الانترنت⁶.

¹ - راجع : د. أسامة أبو الحسن مجاهد ، الوسيط في شرح قانون المعاملات الالكترونية ، المرجع السابق،ص114.

² - د. بشار محمود دودين ، المرجع السابق،ص165.

³ - راجع : BEAURE D'AUGERES (G). BREES (P) et THUILIER (S), op.cit,p.113.

⁴ - أنظر: د. عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق،ص258.

⁵ - يمكن القول بأن هذا الحل القانوني له ما يقاربه في القانون المدني بشأن البيع بالعينة المشار إليه في المادة 353 لاسيما و أن الفقه مستقر تماما على أن النموذج أو العينة ما هي إلا طريقة لتعيين المبيع فقط.

⁶ - نظر : د.بشار محمود دودين ، المرجع السابق،ص160 . و كذلك إيمان مأمول سليمان ، المرجع السابق، ص .

غير أن هذا الرأي غير صائب في فكرته لأن الغاية من شرط التعيين للمحل هو تولد العلم الكافي للمحل لدى المتعاقد بغض النظر عن طريقة عرض أوصاف هذا المحل إن كانت في الواقع المادي أو الافتراضي¹.

ونفس الأشكال طرح فيما يتعلق بمحل العقد الإلكتروني عندما يكون متمثلاً في خدمات أو عقود المعلوماتية إذ بإمكان المستفيد أن يدعي أن البائع لم يقم بعمله بشكل كامل بالنسبة للخدمات ، أو لم بما هو ملزم به في إطار عقود المعلوماتية نظراً للطبيعة الفنية لهذه العقود²، بالرغم من أن البعض يجعل مثل هذا التحديد يدخل ضمن المسائل أو العناصر الجوهرية الواجب الاتفاق عليها بين المتعاقدين حتى يكون التراضي موجوداً و سليماً، إلا إنها تدخل – من جانب ثانٍ- ضمن المحل الذي يجب تعيينه نظراً للطبيعة غير المادية للمحل في عقود المعلوماتية التي تجعل من العقود الواردة عليها تنصرف إلى نقل حقوق

الاستغلال المالي أو جزء منها إلى الغير بالتنازل عنها كلياً، أو منح رخصة الاستغلال أو الاستخدام لها كلاً أو جزءاً، أو رخصة تطوير برنامج معلوماتي معين أو تحويله³.

البند الثاني : شرط مشروعية محل العقد الإلكتروني

لا يكفي تحديد الشيء محل العقد الإلكتروني تحديداً دقيقاً نافياً للجهالة على شبكات الانترنت من جانب المتعاقد ولكن كذلك من الضروري تحقق مشروعية هذا المحل.

فشرط المشروعية هو من أهم شروط المحل في العقد الإلكتروني إذ تجمع أغلب التشريعات على أن يكون المحل الإلكتروني غير مخالف للنظام العام و الآداب العامة و إلا كان العقد باطلاً⁴.

¹- راجع : د. عصام عبد الفتاح مطر ، المرجع السابق،ص194.

²- راجع : د. عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق،ص253.

³- راجع : د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق،ص115.

⁴- راجع : د. إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق،ص101.

و الأصل أن كل الأشياء و الخدمات و السلع تصح أن تكون محلا للحقوق المالية التي يتم التعاقد عليها عبر الوسائل الالكترونية الحديثة و خاصة شبكة الانترنت ما دامت لا تخرج عن التعامل بطبيعتها لعدم استثنائها أحد بحيازتها أو بحكم القانون تكريسا لمبدأ حرية الاتجار و التجارة، وهو المبدأ الذي اعتنقته جل التشريعات الوضعية بما فيها الدستور الجزائري 28 نوفمبر 1996 الذي نص عليه في المادة 37 منه و كذا ما جاء في مفهوم المخالفة لنص المادة 09 من قانون 08/04 الصادر بتاريخ 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية¹ المعدل و المتمم².

أما الاستثناء فهو عدم مشروعية إجراء التعاقد الالكتروني لكون أن محل التعاقد جاء مخالفا للنظام العام و الآداب العامة أو رأى المشرع أنه يستوجب ذلك لحماية المستهلك³.

و عليه ينبغي أن يكون محل العقد متفقا مع القوانين و القواعد القائمة لا سيما تلك التي تنظم المنافسة في مجال التجارة الالكترونية و كذا القوانين الاستهلاكية و العقود المبرمة عن بعد⁴.

كما يثار في مسألة مشروعية المحل في العقد الالكتروني خاصية الطابع العالمي لشبكة الانترنت فقد يكون المحل مشروعاً في دولة معينة و غير مشروع في دولة أخرى⁵ لأن فكرة النظام العام لا تكون على قدم المساواة في كل التشريعات الوضعية ، فما هو الجدوى من المنع القانوني أو تلك القيود القانونية التي صاغتها التشريعات الوضعية لمحل العقد في ظل عالمية شبكة الانترنت و التعاقد الالكتروني بشكل عام ؟ ، لاسيما و أن التعامل عبر الانترنت لا يخضع لأي نوع من الرقابة و أصبح منطقة بلا قانون ، مما أدى إلى تزايد حدوث عدد من التجاوزات كعرض برامج و صور و فيديوهات منافية للأخلاق و كذا الإعلان عن الأمور الممنوعة قانوناً أو المحرمة شرعاً، كالمخدرات و الخمور و

¹ - ج.ر. عدد 52 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2004.

² - معدل و متمم بقانون رقم 06/13 الصادر بتاريخ 23 جويلية 2013، ج.ر. عدد 39 الصادرة بتاريخ 31 جويلية 2013.

³ - راجع : د. بشار محمود دودين ، المرجع السابق، ص160.

⁴ - راجع : د. اسامة ابو الحسن مجاهد، الوسيط في شرح قانون المعاملات الالكترونية ، المرجع السابق، ص119. وكذلك : د. عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص194.

⁵ - راجع : BEAURE D'AUGERES (G). BRES (P) et THUILIER (S), op.cit,p.114.

المنتجات الصيدلانية المحظورة مع إمكانية تزايد هذه التجاوزات مستقبلا نظرا للتطور التقني لشبكة الانترنت¹.

هذا ما يتطلب ضرورة وجود نوع من التنسيق الدولي بشأن شبكة الانترنت لأجل توحيد القوانين الوطنية و هناك من اقترح بعض الحلول يمكن جمعها في الآتي:

* اختيار قانون المشتري و جعله القانون المطبق على التعاقد الالكتروني لتحديد مشروعية محله ، و بالتالي يمكن للمستهلك أن يتحكم في إمكانيات استيراد المنتجات المطلوبة وفقا لما يتماشى مع قوانين بلده و سواء كان القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد البائع أو قانون دولة معينة فالأمر يتطلب رقابة دولة المشتري².

* وجوب قيام شركات المنتجة بإخبار و تنبيه مستخدميها و زبائنها بأن اتصالاتهم و تعاقداتهم يمكن أن يكون محصورا بالنسبة لبعض القوانين تابعة لدول معينة و محددة و بالتالي يتعين في هذه الحالة على هؤلاء قطع اتصالاتهم بالمواقع الالكترونية التي لا تخضع لهذه القوانين، و يترتب عن ذلك أن المستخدم لن يجعل من نفسه مسؤولا و ذلك بسبب الحظر المفروض على الاتصال بهم³.

* تفعيل دور الجمارك في عملية مراقبة المنتجات محل الطلب و الغير المشروعة إذا كانت مادية لان التسليم بشأنها يكون بطريقة مادية و خارج شبكة الانترنت . أما بالنسبة للمنتجات الغير المادية كبرامج معالجة المعلومات على الشاشة و كذلك الأسطوانات و الأقراص و الكتب و الخدمات التي يمكن تسليمها عبر الخط ، فهنا يجب خلق ما يعرف بشرطة الانترنت عبر الشبكة تسهر على مراقبة و فحص السلع و الخدمات و مدى مشروعيتها⁴.

¹ - أنظر : د. عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق، ص 215.

² - راجع : TORRES(CH.), l'internet et la vente aux consommateurs, thèse de doctorat, x-Nanterre, 1999. sur : <http://www.theses.fr/1999PA100070> université de paris

³ - راجع : د. عصام عبد الفتاح مطر ، المرجع السابق، ص194.

⁴ - راجع : د. إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق، ص174.

الفرع الثاني: السبب في العقد الالكتروني

يعد السبب ركنا ملازما لركن المحل في العقود بصفة عامة و العقد الالكتروني بصفة خاصة، وسيتم بيان ماهيته و شروطه في التعاقد الالكتروني.

البند الأول: تعريف السبب

هناك تعريفات متعددة للسبب غير أنه ينبغي الإشارة أن مجال فكرة السبب هو في الالتزامات الإرادية، أي التي تنشأ بفعل الإرادة فقط و في هذه الحالة لا فرق بين الالتزامات الناشئة عن العقد و تلك الناشئة عن الإرادة المنفرد¹.

و يعرف السبب بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه²، و بمعنى آخر هو الغاية التي يستهدف الملتزم تحقيقها نتيجة التزامه³.

هذا و يذكر أن نظرية السبب في بدايتها اكتنفها نوع من الغموض و الجدل الفقهي خاصة حول مفهوم السبب العقد و سبب الالتزام، أي ما يعرف بالسبب القصدي أو المنشئ في النظرية التقليدية، و السبب الباعث في النظرية الحديثة، و انعدام وجود السبب لعدم فائدته طبقا للفكر الألماني⁴. فإذا كان سبب الالتزام دائما يتمثل في الأداء المقابل في العقود المعاوضات و في نية التبرع في عقود التبرعات كما ذهب إليه النظرية التقليدية التي ترى أن السبب بهذا المعنى هو سبب موضوعي داخل في العقد لا يتغير في النوع الواحد من العقود⁵ أي ذلك الغرض المباشر الأول الذي يستهدفه الملتزم من وراء تحمله بالتزامه، إلا أنه هناك سبب آخر شخصي يختلف باختلاف شخص المتعاقد و يعرف بالباعث على

¹ - إن البحث عن السبب في الالتزامات غير التعاقدية وجب تلمسه في العلة التي وجدت هذه الالتزامات من أجلها ووجب أن ننسبه للقانون لا إلى الملتزم. راجع تفصيلا عن ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص536.

² - أنظر: د. عبد المنعم فرج الصدة، المرجع السابق، ص348.

³ - أنظر: د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص217.

⁴ - اعتنق المشرع الجزائري النظرية الحديثة كأصل عام، وهو ما يتجلى في نص المادة 98 من القانون المدني. وحول شرح هذه النظريات و تطور فكرة السبب راجع: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص537.

⁵ - أنظر: د. أنور سلطان المرجع السابق، ص153.

التعاقد و هو أمر ذاتي خارج عن العقد وفقا لمفهوم السبب في النظرية الحديثة¹ التي اهتمت فقط بالبائع الدافع على التعاقد².

ويعد السبب أحد أركان العقد إذ يجب التحقق من توافره أو عدمه وقت إبرام العقد لأنه لا يمكن القول أن السبب قد تخلف بعد وجوده، لأن التصرف الذي تم كان بناء على البائع الدافع إلى التعاقد. إذ لا يمكن المطالبة بفسخ العقد بحجة أن السبب قد انعدم بعد تحققه تماشيا مع فكرة أن السبب ركن مستمر و ليس فوريا أي لا بد من توافره عند إتمام العقد و أن يبقى مستمرا في مراحل تنفيذه³.

و المجال الطبيعي لإعمال نظرية السبب هو العقود الملزمة لجانبين ذلك أن الالتزامات في هذه العقود تكون متقابلة و مرتبطة بعضها مع بعض ارتباط سببيا ليس لنشوء الالتزام فحسب بل يمتد لوقت تنفيذه ، إذ يشترط فيه أن يكون موجودا و ذلك من خلال إظهار البائع على التعاقد الذي يتحقق وجوده من توافره في العقد لأنه عنصر أساسي فيه مما يؤثر في العقد و يؤدي إلى تغييره⁴.

البند الثاني : مشروعية السبب في العقد الالكتروني

وفقا للنظرية الحديثة فإنه من الشروط الجوهرية في السبب هو شرط المشروعية الذي يفيد أن لا يكون سبب التعاقد مخالفا للنظام العام و الآداب العامة ، فتوافر المشروعية السبب من الضروريات العقد على الرغم من أن السبب هو ركن أساسي وموجب لقيام العقد ولا يكفي بذاته دون المشروعية، إذ جاء في نص المادة 97 من القانون المدني أن: " إذا

¹ - د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص227.

² - ليس كل باعث يدخل عنصرا في السبب دائما فمنها من هو الدافع و غير الدافع و الرئيسي و غير الرئيسي، بل يلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد. راجع في ذلك: د. بلحاج العربي، النظرية العامة في الالتزام، المرجع السابق، ص163.

³ - راجع : د. محمد فواز محمد المطالقة ، المرجع السابق، ص117.

⁴ - أنظر: أ. علي فيلال، المرجع السابق، ص190.

التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام أو للأداب كان العقد باطلاً¹.

وفي العقود الالكترونية لا يخلو الأمر من تطبيق النظرية في القواعد العامة ذلك أن العقد الالكتروني هو كسائر العقود يحتاج إلى سبب يقوم عليه بهذا المعنى على أن يكون مشروعاً و مستمراً يرافق العقد الالكتروني من لحظة نشوئه وحتى تمام تنفيذه²، فقد يتضمن على سبيل المثال أفعالاً خادشة للحياة فإنها تكون باطلة لأن السبب غير مشروع، إلا أن مفهوم الآداب العامة يتطور بصورة تدريجية مع الوقت ذلك أنه ما يعتبر من النظام العام في دولة ما لا يعتبر كذلك في دولة أخرى، و ما هو من النظام العام اليوم قد يختلف الأمر غداً وهو ما يتطلب بطبيعة الحال ضرورة وجود تنسيق بين الدول على مستوى الإقليمي و الدولي³.

مع العلم أن اشتراط السبب لا يعني لزوم ذكره في العقد ذلك أن المشرع يقدم قرينة مفادها أن السبب يفترض أنه مشروع و حقيقي ما لم يثبت العكس⁴ و هذا ما أكدته المادة من القانون المدني بقولها: " كل التزام مفترض أن له سبباً مشروعاً، ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

و يعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك ، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"

فنص هذه المادة يتعلق بإثبات السبب الذي وضع له المشرع قاعدتين أساسيتين الأولى افتراض توفر السبب المشروع في الالتزام و لو اغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم

¹ - تقابلها المادة 1131 من القانون الفرنسي و المادة 136 من القانون المدني المصري و المادة 176 من القانون المدني الكويتي.

² - أنظر: د.مراد محمود يوسف المطلق، المرجع السابق، ص176.

³ - د. سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص183.

⁴ - أنظر: أ.علي فيلالي، المرجع السابق، ص202.

الدليل على خلاف ذلك، و يكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد.

و القاعدة الثانية هي افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقيم المدين الدليل على صورته¹. فإذا قام الدليل وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية².

الفصل الثاني

صح

الفوارق الزمنية والمكانية في التعاقد الإلكتروني

وفكرة مجلس العقد

سبق القول أن ما يميز التعاقد الإلكتروني هو اعتماده في تلاقي الإرادتين والتعبير عنهما على الوسائط الإلكترونية التي أصبحت من أهم آليات الاتصال عن بعد. فخلقت التباعد المكاني بين أطراف التعاقد بحيث لا يتوافر لهم الالتقاء العيني المحسوس مما جعل التعاقد عبر هذه الوسائل تعاقد بين غائبين مكاناً³.

وتصنيف التعاقد الإلكتروني ضمن العقود المبرمة عن بعد لا يعني حتماً أن هذا التصرف يتبع كل قواعد وأحكام التعاقد عن بعد ذلك أن هناك بعض الأنظمة القانونية لا تتفق حول طبيعة بعض أنواع العقود كالتعاقد عبر الهاتف إذ تعتبره بعض التشريعات الوضعية على أنه تعاقد بين حاضرين بكل أحكامه⁴ بحيث يكون أطراف هذا التعاقد على اتصال مباشر⁵. والبعض الآخر اعتبره وضعاً وسطاً بين حالتي التعاقد¹.

¹ - صورية السبب هي إخفاء سبب في سبب آخر السبب الظاهر غير حقيقي أما السبب الخفي فهو الحقيقي.

² - راجع: بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص 167. وكذلك: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 203.

³ - لا تزال مشكلة تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين تشغل بال رجال القانون و فكرهم بل أصبحت أكثر تعقيداً في العصر الحديث. وحول المشاكل القانونية التي يطرحها التعاقد عن بعد. راجع: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 13.

⁴ - مثل قانون الالتزامات والعقود المغربي، والقانون السوري والقانون الكويتي، والمصري.

⁵ - أنظر حول ذلك: د. أحمد أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 125.

ولما كان التعاقد الإلكتروني وخاصة الذي يتم عبر الإنترنت يجمع بين غائبين فهل يمكن قياس أحكام تبادل التعبير الإلكتروني وتطابق الإرادتين على الأحكام والقواعد التي يخضع لها التعاقد بالمراسلة والتعاقد عبر الهاتف، على أساس أنها عقود تتم عن بعد، أم أنه يجب النظر إلى التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت كوسيلة ذات طابع خاص تحقق صفتي التفاعلية والتزامنية²، وبالتالي تحتاج إلى أحكام وقواعد خاصة غير تلك التي تضمنها نظرية العقد التقليدية.

فكرة الفروق الزمنية والمكانية التي تفرضها عملية التعاقد بين الغائبين غير متواجدة في التعاقد الذي يتم عبر شبكة الإنترنت، إذ يتميز هذا الأخير بأنه وسيلة يمكن استعمالها من طرف أكثر من شخص ويحقق الالتقاء الافتراضي المتزامن³، أي أن فكرة الانفصال الجغرافي المادي التي تفرضها عمليات تبادل التراضي بين المتعاقدين الغائبين غير متوافرة. كما أن فكرة الفروق الزمنية التي يعرفها التعاقد التقليدي غير متوافرة هي أيضاً تجاه الوسيلة التي يتم بها العقد الإلكتروني⁴. فإذا كانت القواعد العامة تقضي بأن تحديد المكان يتبع تحديد زمان انعقاد العقد فإن أطراف التعاقد الإلكتروني لا يتبادلون عمليات الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية وإنما عبر وسائل إلكترونية تقنية - لا سيما المبرم عبر الإنترنت - تحقق لهم الاتصال المباشر والفوري بالرغم من غياب التواجد المادي المتعاصر بينهما⁵.

وقد أحدث ظهور شبكة الإنترنت انقلاباً في كيفية إبرام المعاملات التي تتم من خلالها، فأصبح من العسير جعل حدث معين صالحاً لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني في آن واحد. ومن ثم كان لا بد من الفصل بين الحدث الذي يعتد به في تحديد

¹ - راجع :

.KALLEL (S), Arbitrage et commerce électronique ,ARDI, n1, 2001, p p.17-28

² - راجع: د. عمرو خالد زريقات، المرجع السابق، ص 153.

³ - راجع :

ITNEAU (O), op.cit, p.27. et (G).BEAURE DAUGERES (G).BREES(P) et THUILLER(S)
op.cit, p.18.

⁴ - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص.370.

⁵ - راجع في ذلك: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 127. وكذلك: د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 269.

زمان انعقاد العقد الإلكتروني و بين ذلك الحدث الذي يعتد به فتحديد مكانه. كما أن صعوبة تحديد مكان و زمان انعقاد العقد الإلكتروني أفرز بدوره مشكلة تكليف طبيعة مجلس العقد . و تحديد القانون الواجب التطبيق و مسألة تحديد الاختصاص القضائي¹.

المبحث الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني وتحديد طبيعته.

لا شك أن مسألة تحديد بيان وطبيعة التعاقد الإلكتروني عما إذا كان تعاقد بين غائبين أم حاضرين تتطلب بالضرورة التعرض لفكرة مجلس العقد الإلكتروني باعتباره المكان الذي يجتمع فيه المتعاقدين. و تحديد مفهوم مجلس العقد الإلكتروني يتوقف على تعريف مجلس العقد التقليدي، هذا الأخير حاولت عدة آراء تعريفه سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المعاصر، مع أن فكرة مجلس العقد لم تلقى اهتماما كبيرا في الفقه الفرنسي بقدر الفقه الإسلامي الذي أولى لها عناية كبيرة وصاغ لها نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيرا². ويعرف مجلس العقد على أنه مكان التعاقد وزمانه يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بالانشغال بالتعاقد³. وعرفه البعض باجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان، بحيث يسمع أحدهما الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل⁴.

وينفض مجلس التعاقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو كليهما ولكنه يعتبر منفضا كذلك – ولو لم يبرح العاقدان المكان- إذا شغلها أو شغل أحدهما عن التعاقد

¹- أنظر: د. صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص.396.

²- أنظر: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص 90.

³- راجع في ذلك : د. مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 113. وكذلك : د. عبد العزيز محمد عزام، الخيارات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في المذاهب الأربعة، دار الهدى للطباعة، الطبعة الأولى، 1983. وكذلك: زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم) ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق، الجزء الخامس، دار الكتاب الإسلامي، 1993 ص، 294. وأنظر أيضا : ابن عبد الواحد بن الهمام، شرح فتح القدير، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت، 1984، ص 254. وكذلك: الشيخ محمد أمين بن عمر، الشهير بابن عابدين، حاشية رد المحتار على الدر المختار، شرح تنوير الأبصار، الجزء الرابع، دار الفكر للطباعة و النشر، بيروت، لبنان، 1995، ص 527.

⁴-د.عبد الناصر توفيق العطار. أحكام العقود في الشريعة الإسلامية و القانون المدني. دار السعادة للطباعة و النشر. د.س ن. ص163.

شاغل. ويقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان ووحدة الزمان، ومؤدى ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان ونفس الجلسة¹.

ونفس الرؤية أخذ بها المشرع الجزائري، إذ جاء في المادة 64 من القانون المدني على أنه: " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول وكان القبول صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد"².

إن نص هذه المادة يتعلق بالتعاقد بين حاضرين حيث يكون المتعاقدين في نفس المكان يجمعهما مجلس عقد واحد سواء كان المكان حقيقة أو حكماً. على أن لا يتضمن الإيجاب المشار إليه في هذه المادة أجلاً للقبول فيكون هذا الإيجاب غير ملزماً يخول لصاحبه حق العدول عنه ما لم يحصل القبول فوراً³. لأن الأصل أن يكون الإيجاب غير ملزم وأنه لمن صدر منه أن يعدل عنه قبل صدور القبول من الطرف الآخر⁴.

فالمشرع الجزائري أخذ بفكرة مجلس العقد متأثراً بالنزعة السائدة في الفقه الإسلامي والتي مفادها أن الفور غير لازم أي أن الإيجاب طالما لم يتراجع عنه صاحبه يبقى قائماً ينتظر القبول إلى آخر مجلس العقد.

وتعطي نظرية مجلس العقد حلاً وسطاً يوفق بين مصلحة الموجب الذي لا يمكن أن يبقى على إيجابه مدة طويلة ومصلحة الموجب له الذي يحتاج إلى مهلة للتفكير والتشاور

¹ - كان الجدل بين المذاهب الفقهية الإسلامية بشأن مجلس العقد حول خيار المجلس أي ما يعرف بالرجوع عن الإيجاب أو القبول بعد صدورهما. أكثر تفصيل راجع:

علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني الحنفي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الخامس، 1996، ص 136. وكذا زين الدين بن إبراهيم (ابن نجيم)، المرجع السابق، ص 294. وانظر أيضاً: كمال الدين بن عبد الواحد بن الهمام، المرجع السابق، ص 254.

² - تقابلها المادة 94 من القانون المدني المصري، المادة 46 من القانون المدني الكويتي والمادة 96 من القانون الأردني.

³ - المشرع الجزائري أخذ بالمذهب الحنفي في هذه الصورة في حين يرى البعض أنه أخذ بالمذهب المالكي. أنظر: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 94.

⁴ - د. علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 40.

قبل قبوله أو رفضه للإيجاب¹ فغاية مجلس العقد هو تحديد المدة التي ينبغي أن تفصل بين الإيجاب والقبول².

و على ضوء ذلك يثار التساؤل حول الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني هل هو تعاقد بين غائبين أم بين حاضرين؟

الإجابة عن ذلك تتطلب على تبيان صور مجلس العقد الذي يظهر في نوعين: حقيقي وحكمي. فالنوع الأول يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد، فيكونان على اتصال مباشر بينهما بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد عليه قبولاً أو رفضاً وإما لانفضاضه دون رد، أما مجلس العقد الحكمي أو الافتراضي فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضراً فيه³، كالتعاقد عبر الهاتف.

وعليه فإن ضابط التفرقة بين النوعين هو عنصر الزمن الذي يبقى هو المعيار الأساسي في هذه التفرقة. والمهم في اتحاد مجلس العقد ألا تنقضي فترة زمنية بين صدور القبول ووصوله إلى علم الموجب، كما أن القول في تعريف مجلس العقد بأنه المكان الذي يضم المتعاقدين ليس بالضرورة أن يقصد بذلك المعنى المادي للمكان بل هو الوقت الذي يبقى فيه المتعاقدين مشغولين بالتعاقد دون أن يصرفهما شاغل آخر⁴. كما ينطبق هذا المفهوم لمجلس العقد على المتعاقدين المتباعدين مكاناً وكانت الوسيلة بينهما هي من وسائل الاتصال الحديثة بحيث يسمع أحدهما الآخر أو يراه مباشرة كما هو الحال في التعاقد بالهاتف أو الفاكس أو عبر الإنترنت أين يكون مجلس العقد متحداً حكماً وليس حقيقة طالما تمر فترة زمنية قصيرة جداً أو لا تكاد تذكر بين صدور التعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً وصوله إلى علم الموجه إليه⁵.

¹ - راجع: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 72.

² - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 289.

³ - أنظر: د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 195.

⁴ - راجع: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 28.

⁵ - راجع:

في حين يأخذ مجلس العقد في التعاقد بين غائبين مفهوماً آخر، فهذا الأخير هو الذي لا يجمع المتعاقدين في مجلس واحد حتى يكون الاتصال بينهما مباشراً.

بحيث تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به. فهذه الفترة لا توجد في التعاقد بين الحاضرين¹ ويصدق الأمر على التعاقد بالمراسلة الذي يعد الصورة النموذجية الأفضل للتعاقد بين الغائبين².

وعلى ضوء ما تم بيانه يثور التساؤل التالي: هل التعاقد الإلكتروني يأخذ صورة التعاقد بين حاضرين وبالتالي تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي أم يأخذ صورة التعاقد بين غائبين؟ إن الإجابة عن هذا التساؤل تتطلب عرض بعض أنواع تقنيات الاتصال الحديثة التي يعتمد عليها التعاقد الإلكتروني نظراً لوجود بعض الاختلافات بين هذه الوسائل، لذا سنتناول كل طائفة من هذه الوسائل الإلكترونية المتماثلة معاً:

- **الطائفة الأولى:** وتشمل الهاتف واللاسلكي والبرق الإذاعي والتلفزيوني لاشتراكهم في خاصية نقل الصوت.
- **الطائفة الثانية:** تضم الفاكس والتلكس والهاتف المرئي لوجود تشابه في كل منهما في خاصية نقل الرسائل المكتوبة.
- **الطائفة الثالثة:** تضمن شبكة الإنترنت وهي أحدث تقنيات الاتصال وتتميز في كونها تنقل الصوت والصورة والكتابة في آن واحد وبالتالي فهي تتيح لمستخدميها نوع من التفاعل³.

المطلب الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف وما يماثله.

MAZEAUD (H.L.J.), et CHABAS (F.), Leçons de droit civil, t. II, v. I, Obligations, Montchrestien, 9^e éd. DELTA, 1998, p.95.

¹ يرى البعض أن الفاصل الزمني ليس بالمعيار الحقيقي وأعطوا مثالا عن التعاقد عبر الهاتف إذ يتصور أن تعاقدت ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به وعندئذ تطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين، في حين يرى الآخر أنه معيار غير كاف للتمييز بين التعاقد بين الغائبين إذ يجب توافر ثلاثة عناصر وهي: الزمن + المكان + ظروف التعاقد. أكثر تفصيلاً راجع: د. محمود يوسف مراد مطلق، المرجع السابق، ص 47.

² أنظر: د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 112.

³ سمير حامد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 130.

جاءت الآراء حول مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف مختلفة ومتعددة ويمكن إجمالها فيما يلي:

الفرع الأول: التعاقد بالهاتف هو تعاقد بين حاضرين

يرى البعض أن التعاقد عبر الهاتف وما يدخل في حكمه يعد صورة من صور التعاقد بين الحاضرين وذلك على أساس الوحدة الزمانية لمجلس العقد¹. ففي التعاقد عبر الهاتف وما يشبهه يستطيع كل من المتعاقدين أن يسمع كلام الآخر ويتبينه في نفس الوقت. ولا يتطلب وجود فترة زمنية بين صور القبول ووقت العلم بوصوله وبذلك يتحد زمان الإيجاب والقبول أي ما يعرف باتحاد الوحدة الزمنية لمجلس العقد فيصبح مجلس العقد هو زمن الاتصال²، وما دامت المحادثة في شأن التعاقد قائمة فإن المجلس يبقى قائماً. وبالتالي أمكن القول أن مجلس العقد عبر الهاتف يتحدد بزمن المحادثة الهاتفية كما أنه ينفذ بانتهائهما أو بتغيير موضوع المحادثة والانتقال إلى موضوع آخر مستقل عن الأول³. فيظل الإيجاب قائماً طول هذه المدة طالما بقي المتعاقدين منشغلين بالتعاقد ويسقط بانتهائهما فينقض مجلس العقد إلا إذا اتفقا الطرفين صراحة أو ضمناً على مهلة القبول⁴. فحدود مجلس العقد بين الطرفين زمنية هي بداية سماع الإيجاب وحتى الرد عليه بضوابط مجلس العقد بين الحاضرين، كما أن صوت كل من طرفين والذي يعد جزءاً من صاحبه يعد كأنهما مجتمعان بدنياً في مكان واحد طالما بقي الاتصال بينهما قائماً، بحيث

¹- د. مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، ص323. ولقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة في دورته السادسة المنعقدة بجدة من 14 مارس إلى 20 مارس 1990 وذهب في المادة 02 من القرار الصادر عنه رقم 54 / 06/03/ 1990 إلى أن التعاقد بالهاتف وما يشبهه يعتبر تعاقد بين حاضرين. أنظر: مجلة مجمع الفقه الإسلامي . العدد السادس . جزء 02. راجع الرابط التالي : <http://shamela.ws/browse.php/book-8356#page-8461>
²- راجع: د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001، ص 282.
³- أنظر: د. بشار طلال أحمد المومني، المرجع السابق، ص 79.

⁴- ولقد أعيب على هذا الرأي اعتماده على الوحدة الزمنية فقط في حين تجاهل العنصر المكاني لمجلس العقد حيث لكل من الشرطين شروط وأثار تتعلق بهما. حول ذلك، راجع: د. جميل الشراقوي، المرجع السابق، ص 217. وكذلك: د. جابر عبد الهادي الشافعي، المرجع السابق، ص 283.

يعلم الموجب بالقبول لحظة صدوره، فيصبح مجلس العقد هو الجامع بينهما تطول مدة بقاءه وقيامه متى كان الطرفين منشغلين بالعقد¹.

غير أن الرأي السائد في الفقه والقضاء وغالبية التشريعات أن التعاقد بالهاتف يعد وضعاً وسطاً بين حالتي التعاقد وذلك لعدم وجود الفاصل الزمني بين وصول القبول إلى الموجب. كما لو كنا في مجلس عقد واحد، فالحوار المتبادل بينهما يجري بصورة آلية دون وجود فاصل زمني. لذا استقر هذا الرأي على أن التعاقد بالهاتف يعد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان².

الفرع الثاني: التعاقد عبر الهاتف تعاقد يجمع بين حاضرين زماناً و غائبين مكاناً

يكيف هذا الاتجاه التعاقد عبر الهاتف بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقدًا بين غائبين من حيث المكان، وحثهم في ذلك أن ما يميز التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين هو وجود تلك الفترة الزمنية بين صدور القبول و علم الموجب به وهو غير محقق في النوع الأول على خلاف النوع الثاني من التعاقد³.

إذن مجلس العقد عبر الهاتف هو مجلس مختلط فشق منه هو تعاقد بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني وبالتالي فهو ينعقد فور وصول القبول إلى علم الموجب⁴، أما الشق الثاني فهو تعاقد بين غائبين من حيث المكان لوجود التباعد المكاني والجغرافي والجسدي بين الموجب والموجب له، فمكان كل منهما هو غير مكان الآخر مما يجعل مجلس العقد هنا حكماً أو افتراضياً بينهما⁵.

وقد أعيب على هذا الرأي أنه لا يعقل أن يكون للعقد مجلسان فيخضع كل شق منه لحكم مختلف عن الآخر، فذلك قد يؤدي إلى تجزئة أحكام مجلس العقد عبر الهاتف فضلاً

¹ - راجع: د. محمد نجيب عوضين المغربي، المرجع السابق، ص 190.

² - أنظر: MAZEAUD (H.L.J.), et CHABAS (F) , op.cit,p.37.

³ - د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص 146 .

⁴ - هذا ما أكدته المادة 61 من القانون المدني الجزائري.

⁵ - أنظر: د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 183. ود. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 162.

عن كونه يؤدي إلى خلل في بعض الأمور فيما يتعلق بتحديد الأحكام القانونية التي تسري على ركني هذا المجلس معاً وهما ركن المكان وركن الزمان¹.

الفرع الثالث: التعاقد عبر الهاتف هو تعاقد بين غائبين

يعطي هذا الاتجاه التعاقد عبر الهاتف وصف التعاقد بين الغائبين وبالتالي يسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، وذهبوا في تبرير رأيهم إلى تشبيه التعاقد عبر الهاتف مثل التعاقد بواسطة الرسول. فالهاتف كالرسول في نقل الكلام أو الإيجاب إلى من وجه إليه، ذلك أن الرسول وسيلة من وسائل نقل التعبير في مجلس العقد الحكمي، فهو شخص يقوم بنقل إرادة الموجب لا إرادته هو ولذلك لم يعتبر نائباً²، فلا يعدو أن يكون مجرد آلة أداة لنقل الإيجاب شأنه في ذلك شأن الهاتف وكل ما هناك أن الوسيلة في الرسول قد تكون إنساناً وفي الهاتف هو آلة ميكانيكية أو آلية، فالعبرة إذن هي نقل الكلام أو الإيجاب³.

ولا يؤثر في ذلك إن قيل أنه هناك فرق بينهما يتمثل في كون التعاقد بالهاتف يتكلم الرسول بلسانه هو لا بلسان الموجب ويعد بمثابة سفير عنه ومعبّر وناقلاً لكلام الموجب، إذن فالمسألة هي في طريقة إرسال التعبير عن الإرادة مما يؤكد ويدعم أن التعاقد بالهاتف هو تعاقد بين غائبين يفصلهما مسافات شاسعة حتى ولو كان التبليغ لم يتم بلسان الموجب كالتعاقد عن طريق الرسول⁴.

يعاب على هذا الاتجاه أنه هناك اختلاف جلي بين التعاقد عبر الهاتف والتعاقد عن طريق الرسول. فالأول ينعدم فيه الفاصل الزمني بين صدور القبول والعلم به كما لو كان التعاقد بين حاضرين على خلاف التعاقد عن طريق الرسول الذي ينقل إرادة أحد الطرفين

¹- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 134. وأنظر تعقيباً عن هذا النقد: د جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 284.

²- النائب تحل إرادته محل إرادة الأصيل وهو يعبر عن إرادته هو إنما يتقيد بحدود النيابة. حول ذلك راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 216.

³- راجع: د. محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 29. وكذلك: د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 286.

⁴- أنظر: د. سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 133.

إلى الآخر وهذا ما يتطلب مرور فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، وهي صورة تتشابه مع التعاقد عبر البريد أو التلغراف ولهذا يعد تعاقدًا بين غائبين¹.

وبشأن تكييف مجلس العقد عبر الهاتف يضيف الدكتور سمير حامد عبد العزيز الجمال أنه ما قيل حول طبيعة مجلس العقد عبر الهاتف يتعلق فقط بالهاتف التقليدي، حيث أن التطور التقني المتسارع أدى إلى ظهور أنواع متطورة من الهاتف النقال بأجياله المتعددة وبما يتيح من استخدامات متنوعة إذ يمكن نقل الصوت ونقل الرسائل المكتوبة والاتصال بشبكة الإنترنت وعليه يجب التفرقة بين الوضعين.

- **الوضع الأول:** إذا كان الاتصال مباشراً فإنه يعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان شأنه شأن الهاتف التقليدي.
- **الوضع الثاني:** إذا كان الاتصال بالرسائل الإلكترونية القصيرة (SMS) عبر الهاتف النقال فإنه ينبغي أن نفرق بين حالتين:

1. إذا كان الاتصال بالرسائل الإلكترونية مباشراً بحيث لا يوجد فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها والرد عليها برسالة فورية أو اتصال شفوي فيعتبر التعاقد قد تم بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان².

2. أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة الإلكترونية وبين العلم بها أو الرد عليها فإنه يعتبر تعاقدًا بين غائبين³.

إن الرأي الذي يعتبر التعاقد عبر الهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان هو الرأي الأقرب إلى الصواب لأنه له نصيب من الصحة والمنطق إذ لا يعقل القول أنه تعاقد بين غائبين مطلقاً أو بين حاضرين مطلقاً.

¹- راجع: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 211.

²- أنظر: د. سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 135.

³- د. محمد نجيب العوضين المغربي، المرجع السابق، ص 204.

كما أنه يتوافق ويتناسق مع فكرة العلم بالقبول في انعقاد العقد الذي تأخذ بها أغلب التشريعات الوضعية بما فيها المشرع الجزائري، مما يجعل من اعتبار التعاقد بين الغائبين مكاناً أحد سمات التعاقد عبر الهاتف من ناحية وغياب الفاصل الزمني بين القبول والعلم به في هذا التعاقد يضيف عليه صفة التعاقد بين حاضرين زماناً¹.

المطلب الثاني: مجلس العقد عبر الفاكس وما يماثله.

الفاكس هو عبارة عن جهاز لنقل المستندات والأوراق المكتوبة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلاً مطابقاً لأصلها، فهو جهاز استنساخ بالهاتف² إذ يتم تركيبه وربطه على خط هاتفي بحيث يقوم بإرسال ونقل الأوراق عن طريق صورة طبق الأصل على أوراق بيضاء موجودة بداخله³.

ويحمل كل جهاز الفاكس بيانات بداخله لا يعمل بدونها تحمل اسم صاحب الجهاز ورقم هاتفه المرتبط بالجهاز وساعة إرساله مما يسمح بإعطاء تعريفاً بالمرسل. وعند الإرسال تخرج من جهاز الفاكس ورقة مطبوعة تبين أن الرسالة وصلت أم لم تصل وزمن إرسالها وغير ذلك من المعلومات⁴.

ومن الأجهزة الإلكترونية التي تقترب من الفاكس نجد التلكس والتلغراف، فهما كذلك ينقلان الرسائل المكتوبة عن طريق رموز معينة تنقل من مكان إصدارها إلى جهاز مستقبل في المكان المرسل إليه حيث تترجم إلى الألفاظ التي رمزت إليها، كما لا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها⁵.

¹ - أنظر خلافاً لذلك: د. جابر عبد الهادي الشافعي، المرجع السابق، ص 290.

² - راجع: مناني فراح، المرجع السابق، ص 38.

³ - حول تفصيل أكثر عن الجهاز. راجع: د.رامي علي وشاح، المرجع السابق، ص 48.

⁴ - أنظر: د. محمد نجيب العوضين المغربي، المرجع السابق، ص 203.

⁵ - راجع في ذلك :

ولقد ازداد شيوع استعمال جهاز الفاكس كوسيلة إلكترونية في التعاقد على إثر ازدهار التجارة الإلكترونية والتقدم المذهل في مجال تقنيات الاتصال عن بعد نظراً للسرعة الفائقة التي يستغرقها وصول الأوراق والمستندات المكتوبة بين أماكن تفصلها مسافات شاسعة.

وكانت الآراء قد اختلفت بشأن طبيعة التعاقد الإلكتروني عبر الفاكس والتلکس يمكن جمعها في التالي :

الفرع الأول: التعاقد عبر الفاكس تعاقد بين غائبين مكاناً وزماناً

يرى هذا الاتجاه أن التعاقد عبر الفاكس هو بمثابة المراسلات البريدية وبالتالي تأخذ حكم التعاقد بين غائبين مكاناً وزماناً، ذلك أن المتعاقدين غير متواجدين بمكان واحد كما أنهما لم يعبرا عن إرادتهما هاتفياً حتى وإن كان جهاز الفاكس مرتبط به فضلاً على أن التعبير الذي يصدر من الموجب له يستغرق بعض الوقت لوصوله إلى الطرف الآخر¹.

فالمتعاقدين عبر جهاز الفاكس لا يجمعهما مجلس واحد مما يجعل هذا النوع من التعاقد لا يخرج عن كونه تعاقدًا بالمراسلة بطريقة الكتابة، فهي بهذه الوسيلة تشبه المراسلات التقليدية². مع الإشارة أن الكتابة في هذه الأحوال لم يقصد بها أن تكون وسيلة إثبات وإنما القصد منها ابتداء التعبير عن الرغبة والرضا وإرادة التعاقد بذاتها³.

فالإيجاب والقبول المرسل عن طريق هذه الوسائل يرسل في صورة مكتوبة وواضحة حتى ولو لم تكن بخط المتعاقد فهي تعمل على نقل الصورة طبقاً لأصل الوثيقة محل الإرسال عبر آلة ميكانيكية أو إلكترونية، ويتمثل الفارق بين التعاقد بالفاكس والتعاقد بالمراسلة في أن الأول يتم عبر آلة إلكترونية في حين يتم الثاني بخطاب محمول عن طريق رسول أو ساعي البريد⁴.

¹- د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص 147.

²- أنظر: د. عمرو خالد زريقات، المرجع السابق، ص 153.

³- د. محمد نجيب العوضين المغربي، المرجع السابق، ص 205.

⁴- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 136.

وسمة هذا النوع من التعاقد أنه يتم بين غائبين زماناً ومكاناً، وذلك راجع لكون كلا من المتعاقدين غير حاضرين أو متعاصرين في مكان واحد، ولا يسمع أحدهما الآخر فور أداء عباراته، الأمر الذي يتطلب بالضرورة مرور فترة زمنية (طالت أم قصرت) بين تعبير الموجب له بقبول العرض ووصوله إلى علم الموجب¹. فالمتعاقدين لم يعبرا عن إرادتهما هاتفياً حتى يكونا في حكم الحاضرين زماناً، إذ أن كل واحد منهما لم يسمع الآخر والتعبير الذي يصدر من الموجب له يحتاج إلى وقت لكي يصل إلى الطرف الآخر، هذا فضلاً على أن هذه الوسيلة تترك أثراً مكتوباً تجعل التعاقد بواسطتها مثل التعاقد عن طريق المراسلة والكتابة بين غائبين².

الفرع الثاني: التعاقد عبر الفاكس تعاقد بين حاضرين زماناً و غائبين مكاناً

يذهب هذا الرأي إلى تكييف التعاقد عبر الفاكس وما يماثله بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان بشرط حدوث اتصال مباشر بين المتعاقدين، وألا تفصل مدة زمنية ما بين صدور القبول وعلم الموجب به بالإضافة إلى وجوب وضوح عبارات الإيجاب والقبول من الطرفين³.

ويعتبر التعاقد عبر الفاكس بمثابة التعاقد بالهاتف باعتبار أن المتعاقدين يعملان على نقل التصريحات المكتوبة بواسطة الهاتف من خلال ذبذبات كهربائية⁴ وأن الاتصال في الوسيطتين يكون مباشراً أي أن التوافق بين الإيجاب والقبول لا يفصل بينهما مدة زمنية⁵.

ولا جدل أن التعاقد عبر الفاكس يجمع متعاقدين متباعدين مكاناً لذا يوصف على أنه تعاقد بين غائبين مكاناً، أما من حيث مسألة الزمان فالمؤكد أن وقت استغراق وصول القبول الذي تحمله الرسالة لا يتعدى بعض الثواني لأن هذه الأخيرة تظهر في جهاز الفاكس

¹ - راجع: د. عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 151.

² - أنظر: د. أنور سلطان، المرجع السابق، ص 85.

³ - د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 285.

⁴ - د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 89.

⁵ - د. عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 153.

المستقبل لحظة إرسالها طالما أن هذا الجهاز لم يتعطل وبقي مزوداً بطاقة كهربائية ومتصلاً بالهاتف¹.

ولما كان المهم في تحديد التعاقد بين غائبين اللذين لا يجمعهما مجلس واحد هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به²، فإن وصف التعاقد بالفاكس وما شابهه هو تعاقد بين غائبين أو حاضرين من حيث الزمان متوقف على هذا الفاصل الزمني لوصول التعبير عن القبول. وعليه إذا تمت رؤية وقراءة رسالة الفاكس بمجرد وصولها إلى الموجب له فهنا نكون بصدد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لوصول القبول فوراً، أما إذا وصلت الرسالة إلى جهاز الفاكس المستقبل ولكنه تعذر على الموجب له المستقبل الاطلاع على جهاز الفاكس الخاص به وقراءة هذه الرسالة أو كان قد كلف أحداً بقراءتها لاحقاً وتقديم تقرير عنها فهنا نكون بصدد تعاقد بين غائبين من حيث الزمان³.

المطلب الثالث: مجلس العقد في التعاقد عبر الإنترنت.

إن تمييز التعاقد عبر الإنترنت بالطابع الإلكتروني وتواجد أطراف العلاقة في مكانين متباعدين جغرافياً أدى إلى ذهاب أغلب الشراح على اعتباره تعاقداً بين غائبين، وهو ما يبدو في الوهلة الأولى. والواقع أن عدم وجود المتعاقدين في نفس المكان لا يعني بالضرورة أنهما غائبين فيما يتعلق بزمان تكوين العقد⁴.

هذا فضلاً عما تحققه شبكة الإنترنت من صفة التفاعلية والحضور الافتراضي تعطي عدة قراءات لطبيعة مجلس التعاقد في العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت⁵. فهل الإنترنت⁵ فهل يعد هذا الأخير تعاقداً بين غائبين أم تعاقداً بين حاضرين أم أنه مجلس عقد مختلط؟

¹ - راجع: د. جابر عبد الهادي الشافعي . المرجع السابق. ص 293.

² - أنظر: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 289.

³ - راجع: د. محمد نجيب العوضين المغربي، المرجع السابق، ص 213.

⁴ - كان الفقيه (سافيني) قد تنبأ بالمشاكل التي يمكن أن يثيرها التعاقد بين غائبين مستقبلاً.

⁵ - د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق. ص 125

لقد تعددت الاتجاهات الفقهية حول تكييف وصف التعاقد عبر شبكة الإنترنت ويمكن إجمالها في الآتي:

الفرع الأول: التعاقد عبر الإنترنت تعاقد بين غائبين.

يرى هذا الاتجاه أن طبيعة التعاقد عبر الإنترنت هو تعاقد بين غائبين زماناً ومكاناً¹، لأن العقد قد يتم كتابة بين الطرفين كالمراسلة أو بالحوار الصوتي كالهاتف أو بالصوت والصورة والكتابة معاً، فهو لا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها².

ويأخذ التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت حكم مجلس العقد الحكمي افتراضي وهو مجلس وصول وعلم الموجب بالقبول³. فصدور الإيجاب والقبول في هذا النوع من العقود لا يتم في لحظة واحدة بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره⁴. كما أن طابع الغياب نلمسه من حيث المكان ذلك أن مكان الموجب يختلف تماماً عن مكان القابل، فلا يتواجدان في نفس المكان وهو السمة البارزة في التعاقد عبر الإنترنت، ويمكن القول أن نقل شبكة الإنترنت للإيجاب ما هو إلا نقل عن طريق المراسلة كالرسول مع بعض التحفظ⁵. وكل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني⁶. الأمر الذي من شأنه شأنه أن يحقق مصلحة المستهلك، فالتعاقد عن البعد باستفادته من حق الرجوع في البيع⁷.

ومن الانتقادات التي وجهت لهذا الاتجاه أنه تجاهل الجانب الزمني في التعاقد الإلكتروني خاصة إذا تم عبر الإنترنت، فهذا الأخير قد يتم لحظياً وأنيا فيكون هناك تعاصر بين الإيجاب والقبول حيث يكون كل من المتعاقدين على اتصال مباشر بالآخر، كما هو الشأن

¹ -راجع :

BENSOUSSAN(A). op.cit., p.68.

² - أنظر: د. بشار طلال أحمد المومني، المرجع السابق، ص 82.

³ أنظر: LINANT DE BELLEFON(X) et HOLLAND(A),op.cit, p.10

⁴ - راجع: د. ممدوح خالد إبراهيم، المرجع السابق، ص 287.

⁵ - د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 299.

⁶ - أكثر تفصيل بهذا الشأن أنظر: د. سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 63.

⁷ - د. عبد الفتاح حجازي، المرجع السابق، ص 49.

في التعاقد عبر البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة والمشاهدة، ففي هذه الحالة فإن عنصر الزمن يتلاشى مما يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين¹.

الفرع الثاني: التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين.

هذا الاتجاه جاء معاكساً للاتجاه الأول ويرى في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت أنه تعاقد بين حاضرين حيث ينطبق هذا الوصف على العقد بالرغم من كون المتعاقدين متباعدين²، لأنه ليس هناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، فيكون مجلس العقد حينئذ مجلساً حكماً تطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين³.

فأطراف التعاقد هم على اتصال دائم عبر شبكة الإنترنت كالتعاقد عبر غرف المحادثة والمشاهدة الذي يتم بالصوت والصورة، الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني ويكون تبعاً لذلك تعاقداً بين حاضرين حتى ولو كان الحضور هنا اعتبارياً وافترضياً⁴. فهو تبعاً لذلك يتحقق فيه الاتصال المباشر والسريع الذي يحصل فيه التبادل للإيجاب والقبول تبادلاً لحظياً، حين يفقد معه عنصر الزمن لكل وجود له ويتلاشى، فلا يكون عائقاً للعلم بإرادة الطرف الآخر وعامل تأخير فيه. فيبقى مجلس العقد منعقداً كما لو كانوا حاضرين⁵.

الفرع الثالث: التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً

يتخذ هذا الاتجاه حلاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين، إذ يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن التعاقد عبر شبكة الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، فهو يعتبر تعاقداً بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني ويعتبر تعاقداً بين

¹- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 288

²- د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 144.

³- د. محمد السعدي رشدي، مرجع سابق، ص 39.

⁴- أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 367. ويشبه البعض هذا النوع من التعاقد عبر التلفزيون حيث يسمع الموجب والقابل كل منهما للآخر وكان القابل قد أبدى قبله فوراً عبر الهاتف. أكثر تفصيلاً راجع: د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 86.

⁵- أنظر: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت محمد متولي، المرجع السابق، ص 180

غائبين من حيث المكان لعدم وجود أطراف العلاقة العقدية في مكانٍ واحدٍ سواء داخل إقليم دولة واحدة أو خارجها كما هو الحال في المراسلة التقليدية عبر البريد¹.

فالإتصال بين الطرفين عبر شبكة الإنترنت هو في الأصل اتصال مباشر مثله مثل التعاقد عبر الهاتف إذ يتشابهان من ناحية العلم الفوري، حيث بمجرد إرسال القبول عبر الإنترنت فإنه يصل في نفس اللحظة عبر الشبكة إلى جهاز المستقبل للموجب له² مما يسمح بالتفاعل بين الطرفين يضمهما مجلس عقد واحد حكمي واقتراضي. وعلى هذا الأساس يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان³.

كما يتميز التعاقد عبر الإنترنت بطابع خاص هو الطابع المكاني إذ توجد مسافة مكانية بين المتعاقدين لأن كليهما بعيد عن الآخر الأمر الذي أدى إلى تصنيف هذا العقد ضمن طائفة العقود التي تتم عن بعد أو عقود المسافات. إذن فالتعاقد هنا يتم بين غائبين من حيث المكان⁴.

غير أنه يعاب على هذا الاتجاه أنه يتعذر تجزئة مجلس العقد إلى تعاقدين غائبين وبين حاضرين، فمجلس العقد هو وحدة زمانية ومكانية إذ يتطلب وحدة المكان كما يتطلب استمرارية زمنية متصلة⁵، ذلك إن اعتماد هذا الاتجاه السابق ذكره يؤدي إلى تجزئة هذه الوحدة ويفصل بين عنصر الزمان والمكان فلا يعقل أن يكون هناك مجلس عقد مختلط وهي فكرة غريبة وغير مستساغة لأن المجلس إما يكون حقيقياً أو حكماً⁶.

الفرع الرابع: التعاقد عبر الإنترنت تعاقد من نوع خاص.

¹ - أنظر: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 154. وكذلك:

JEAN- BAPTISTE (M),op.cit,p.98

² - راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 93.

³ - أنظر: د. ممدوح محمد هشام، المرجع السابق، ص 19. وكذلك: أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 38.

⁴ - راجع: د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 48.

⁵ - د. بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 82. وكذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 23.

⁶ - راجع: د. جابر عبد الهادي سالم شافعي، المرجع السابق، ص 297.

لقد نبذ هذا الاتجاه ما جاءت به الآراء السابقة، ويرى أن التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت هو تعاقد بين غائبين من نوع خاص إذ لا يمكن إعطاء وصف التعاقد بين حاضرين لهذا العقد ، فإذا كان أطراف التعاقد الكلاسيكي يتبادلون التعبير عن الإرادة من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات التي تستغرق فترة زمنية بين إرسال الموافقة أو القبول وعلم الموجب به، إنما يكون من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت حيث يتحقق لهم الاتصال المباشر، فإن غاب الالتقاء المادي الملموس للمتعاقدين إلا أنه هناك نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن¹.

كما لا يطبق أيضا على التعاقد الإلكتروني وصف التعاقد بين غائبين لأن هذا الأخير يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً، في حين أن هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني حيث يكون أطراف العقد على اتصال في وقت واحد².

الفرع الخامس: تنوع المجالس العقدية في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت.

يرى هذا الاتجاه أنه لا يمكن تعميم التعاقد عبر الإنترنت في وصف واحد حتى نبحث عما إذا كان تعاقداً بين حاضرين أم غائبين، فشبكة الإنترنت هي عالم افتراضي رقمي يوفر كل الوسائل المتطورة والممكنة في العالم الواقعي كما أنها تحقق أيضاً تمايزاً بين الوسائل المتاحة عبرها باختلاف نوعية الاتصال وجديته³.

ولشبكة الإنترنت عدة استخدامات مختلفة نتيجة لما يتضمنه من وسائل للاتصال متنوعة وتقنيات متعددة تسمح للأفراد باعتمادها كوسيلة للتعبير عن الإرادة مثل البريد الإلكتروني وشبكة المواقع الإلكترونية وغرف المحادثة المباشرة أو المشاهدة⁴.

ولهذا ينبغي أن نفرق بين هذه الاستخدامات لتحديد طبيعة مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت وهذا على النحو المبين أدناه:

¹ - أنظر: ITENAU (O), op.cit, p.27.

² - راجع: BENSOUSSAN (A), op.cit, p.63

³ - أنظر: JEAN-BAPTISTE (M), op.cit, p.98.

⁴ - أنظر: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت ، المرجع السابق، ص 180.

البند الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني

إن القبول عبر البريد الإلكتروني قد يتحقق آنياً، وقد لا يتحقق فيه الاتصال المباشر واللحظي كما لو كان جهاز الحاسوب الخاص بالموجب مغلقاً أو مقفلاً أو أن صاحبه قد تغيب لفترات طويلة عن الاتصال بالشبكة أو أنه نادراً ما يتفقد صندوق بريده الإلكتروني أو كان هناك عطل بالشبكة مما يمنع وصول القبول إلى الموجب فوراً وعليه نميز بين الفرضين:

الفرض الأول: إذا كانت الرسائل الإلكترونية قد انتقلت على الفور من احد

المتعاقدين إلى البريد الإلكتروني للمتعاقد الآخر بحيث لا يكون هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول أو كان الفاصل الزمني لا يكاد يذكر نظراً لما يخوله البريد الإلكتروني من النقل الفوري للرسائل المتبادلة، فهنا يعتبر التعاقد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان لعدم استغراق وصول القبول إلى الموجب والعلم به وتعاقداً بين غائبين من حيث المكان لأنه من البديهي أن استخدامات شبكة الإنترنت بما فيها البريد الإلكتروني تربط بين طرفين متباعدين مكاناً.

الفرض الثاني: إذا كانت رسالة البيانات المتبادلة لم تتمكن من الوصول إلى الجهة

المقصودة فوراً واستغرق وصولها مدة من الزمن بسبب مؤثر خارجي كانقطاع الكهرباء الذي يمنع التمرير المباشر والسريع للمعلومات، أو كانت الرسالة قد ضلت طريقها إلى عنوان خاطئ فهنا تطبق عليها صفة التعامل بين غائبين مكاناً وزماناً¹، فخدمة البريد الإلكتروني على هذا النحو ليست خدمة تفاعلية يحتاج نقل القبول عبرها إلى فترة من الزمن².

البند الثاني: التعاقد عن طريق المواقع الإلكترونية

¹- أنظر: د. عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 155.

²- د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 163.

في حالة دخول الشخص للموقع الإلكتروني للتصفح على الشبكة، وقام بإرسال إيجابه وانتظر فترة من الزمن لتلقي القبول، فهنا نكون أمام تعاقد بين غائبين مكاناً وزماناً أما لو تلقى هذا الشخص القبول فوراً فنكون أمام تعاقد بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً¹. بالرغم من أن التكييف الأول هو الأكثر تحققاً من الثاني.

البند الثالث: التعاقد عبر غرف المحادثة والمشاهدة

إن التعاقد عبر غرف المحادثة أو المشاهدة يتيح استعمال تقنية الاتصال المسموع والمرئي عبر الإنترنت حيث يستطيع كلا الطرفين ومن خلال إضافة جهاز الكاميرا الرقمية من الالتقاء بالصوت والصورة وكذا تبادل الرسائل الإلكترونية النصية بشكل حي و مباشر عبر الإنترنت ، مما يؤدي إلى انعدام الفاصل الزمني بين المتعاقدين ويتحقق التفاعل والتزامن بينهما إلى أقصى درجاته مما يجعل تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان².

المبحث الثاني: الجدل الفقهي حول توقيت إبرام العقد الإلكتروني.

إن ما يميز المعاملات الإلكترونية هو تقزيمها لعنصر الزمن بصورة مذهلة، إذ يمكن لمستخدم الإنترنت مثلاً إنجاز تعاقدات عبر الشبكة في دقائق معدودة، فهذه السرعة الغير المسبوقة في إتمام المعاملات وتكوين العقود تختلف عن العقود التقليدية التي كان أطرافها يتمتعون بالقدر الكافي لفحص ومعاينة العروض والمنتجات ثم اتخاذه القرار بالشراء أو التعاقد من عدمه³.

ولقد بحث الفقه في مسألة زمان إبرام العقود بين الغائبين واستقر على أن العقد يتكون لحظة توافق الإيجاب مع القبول وفي مكان هذا الالتقاء، أي أن العقد يبرم حيث يتكون⁴، ذلك أن تحديد المكان يتبع تحديد زمان انعقاد العقد.

¹- راجع: د. خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 90. ود. عاطف أحمد حسن، المرجع السابق، ص 137.
²- د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص 152. وكذلك: د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 145.
³- أنظر: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 342.
⁴- أنظر: GHESTIN (J), op.cit, p.410

ولكن هذا المبدأ واجه بعض الصعوبات في تطبيقه في حالة عقود التجارة الإلكترونية، إذ لا يكون الطرفان حاضرين حضور مادي في مكان واحد، فمكان التعاقد الإلكتروني يختلف عن تحديد زمانه وتوقيته¹.

وكان التساؤل حول توقيت إبرام العقد الإلكتروني ينحصر خصوصاً حول ما إذا كان العقد الإلكتروني يكون قد أبرم عند دخول الرسالة الإلكترونية (المتضمنة القبول) إلى نظام الحاسوب الخاص بالموجب المنشئ؟ أم عندما يصل القبول إلى نظام الحاسوب ويسجلها جهازه؟ هو أن العقد يبرم عندما يصل القبول إلى نظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالاطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها².

ورجوعاً إلى نص المادة 61 من القانون المدني الجزائري فإن التعبير عن الإرادة ينتج أثره القانوني: " في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

فإذا كان العقد ينعقد في اللحظة التي يلتقي فيها القبول بالإيجاب وفقاً لنص المادة السابق ذكرها، فإن تحديد لحظة هذا الالتقاء كان محل جدل فقهي أدى إلى تعدد النظريات والمذاهب بشأن هذه المسألة³، لذا سنبحث في هذا الموضوع عن مضمون هذه النظريات ولكن ليس بمجرد إعادة طرحها بالصورة التقليدية وإنما للتأكد من مدى فعاليتها وفي تبديد الغموض والإشكال الذي يتعلق بتحديد وقت وزمان إبرام العقد الإلكتروني، وخاصة المبرم عن طريق الإنترنت.

ومن هذا المنطلق سنتعرض في هذا المبحث إلى ثلاثة أقسام، القسم الأول ندرس فيه النظريات الفقهية حول زمان انعقاد العقد وما جدوى تطبيقها على العقد الإلكتروني، أما القسم الثاني نتطرق إلى موقف القوانين والاتفاقيات الدولية في حين يتضمن القسم الثالث موقف القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية.

¹ - راجع في ذلك: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 91.

² - د. سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 144.

³ - أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 239.

المطلب الأول: فعالية "المذاهب الأربعة" بشأن زمان العقد الإلكتروني.

لقد اختلفت الآراء وتشعبت النظريات حول مسألة تحديد زمان إبرام العقد، وظهرت مذاهب أربعة أصبحت شهيرة في تحديد توقيت انعقاد العقد لا سيما في التعاقد بين الغائبين، ولقد ذكر أغلب الشراح¹ أنه من المتصور أن يتم الاعتماد على هذه النظريات الأربعة لمحاولة تحديد هذا الزمان في التعاقد الإلكتروني بصفة عامة والتعاقد عبر الإنترنت على وجه الخصوص².

فهذه النظريات الأربعة تستند كلها إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان القبول أم لحظة تصديره وإرساله أم ينعقد وقت وصول القبول أم هي لحظة العلم بالقبول. ومن الظاهر أن هذه النظريات الأربعة يمكن دمجها في نظريتين رئيسيتين هما: نظرية إعلان القبول والعلم به، أما الثانية فهي نظرية تصدير القبول والتسليم فهما مشتقتان من النظريات الأربعة أو معدلة لهم³. ولذا سيتم دراسة كل نظرية لاعتمادها كحل عند حكم تحديد زمان التعاقد الإلكتروني ولا سيما المبرم عبر شبكة الإنترنت، وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: مذهب إعلان القبول

يرى أنصار هذا المذهب أن العقد بصفة عامة يتم بمجرد إعلان القبول إلى الموجب دون الحاجة إلى إرساله أو حتى علم هذا الأخير به حيث يكون الإيجاب في هذه اللحظة قد اقترن بالقبول لا بمجرد صدوره من الموجب له. وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد⁴. فبهذا القبول يتحقق توافق الإرادتين الذي بطبيعة الحال يلزم لانعقاد العقد، فالعقد هنا يبرم دون الحاجة إلى علم الموجب بالقبول أو عدم علمه. لأن القابل تعلق حقه بالعقد بمجرد إعلان

¹ - أنظر : HANCE et DIONN-BALZ (O) .op.cit .p.155

² - د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 164.

³ - راجع : بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام ، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 80.

⁴ - أنظر : MAZEAUD (H.L.J.), et CHABAS (F), op.cit, p.121. GHESTIN (J), op.cit, p. 319.

قبوله، ويمتنع على الموجب العدول عن إيجابه لتمام العقد¹. فالعبرة في تحديد وقت انعقاد العقد تكون في اللحظة التي تتطابق فيها الإرادتين وبها يتحقق وجود العقد².

إذن تطبيق هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني تفيد بأن هذا الأخير يكتمل كيانه بعد قيام المرسل إليه بقراءة الرسالة في بريده الإلكتروني المتضمنة إيجاباً، ويقبل بهذا العرض دون أن يقوم هو بدوره بأي تصرف كإرسال رسالة قبوله إلى الموجب ودون أن ينتظر علم الموجب (المنشئ) بهذا القبول. فعندئذ يتم القبول وينعقد العقد في هذه اللحظة حتى قبل الضغط على الزر الخاص بإرسال هذه الرسالة³.

ويستوي أيضاً في هذه النظرية أن يقرأ الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة يتضمن إيجاباً ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل رداً للطرف الآخر⁴. ففي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن قبولاً دون تصديرها أو إرسالها للموجب، عندها ينعقد العقد بالرغم من أن القبول لم يخرج عن سلطة القابل وبقي في مرحلة إعلان القبول⁵.

ورغم ما تضمنته نظرية الإعلان من استجابة لمقتضيات السرعة التي تتطلبها المعاملات الإلكترونية⁶، إلا أنه يعاب عليها بأنها فكرة تتناقض ومنطق التوافق بين الإرادتين الذي هو قوام العقد. فالتعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجبه إليه⁷، لذلك يجب أن لا ينتج القبول أثره من وقت إعلانه وقبل العلم به⁸.

¹ - راجع: د. عبد الحي الحجازي، المرجع السابق، ص 660.

² - راجع: علي فيلاي، المرجع السابق، ص 97.

³ راجع: HANCE et DIONN-BALZ (O), op.cit. p.147.

⁴ - أنظر: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 164.

⁵ - د. محمد فواز محمد المطالفة، المرجع السابق، ص 70.

⁶ - راجع: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 344. وكذلك: د. محمد السعي رشدي، المرجع السابق، ص 34.

⁷ - أكدته المادة 61 من القانون المدني الجزائري.

⁸ - راجع: د. علي فيلاي، المرجع السابق، ص 105. وكذلك: د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، المرجع السابق، ص 186.

ويؤخذ على هذه النظرية أنها تهمل مصلحة الموجب، لأنه قد لا يعلم بالقبول إذا كان المخاطب بالإيجاب الإلكتروني قد أرجأ إرسال قبوله لفترة معينة ويصادف فيها تغيير الأوضاع و الظروف مما يلحق ضرراً للموجب¹.

كما يعاب على هذه النظرية أنها تجعل الفضل في إبرام العقد من عدمه بين يدي القابل، إذ يمكن لهذا الأخير أن ينكر صدور القبول منه دون أن يتمكن الموجب من إثباته ما دام لم يعلم به، هذا من جهة، كما أن الموجب قد يتفاجأ بالدعاوى القضائية المرفوعة ضده من قبل أشخاص أعلنوا قبولهم ولم يخبروه بذلك، من جهة أخرى، مما قد يؤدي إلى اضطراب وعدم استقرار المعاملات ولا يستقيم مع واقع التجارة والمعاملات الإلكترونية².

هذا فضلا عن صعوبة إثبات الحالة التي يكون فيها القابل قد حرر رسالة الموافقة وتركها على حاسوبه الخاص دون أن يرسلها ويعلم بها أحد. فعلى سبيل المثال اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالته الإلكترونية دون إرسالها فإن الوجود القانوني لهذا القبول يبقى محصوراً فقط على جهاز حاسوبه الخاص، مما يشكل صعوبة إثبات الموجب المنشئ أن القابل قد أبدى قبوله³. كما أن الموجب قد يوجه إجابته إلى الجمهور عبر مواقع إلكترونية فلا يمكن أن نطلب منه في هذه الحالة أن يستنتج عدد الأشخاص الذين قبلوا العرض طالما لم يصله قبول إلا من عدد محدد⁴.

الفرع الثاني: نظرية تصدير القبول.

وفقا لهذه النظرية فإن اللحظة التي ينعقد فيها العقد تتأخر مقارنة بالنظرية السابقة إلى الوقت الذي يقوم فيه القابل بتصدير قبوله، أي إرساله إلى الموجب بحيث لا يملك أن يسترده⁵.

¹- د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 141.

²- أنظر: د. محمد عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 165.

³- د. محمد السعدي رشدي، المرجع السابق، ص 41.

⁴- أنظر: د. عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 198. ود. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 235.

⁵- راجع: CARBONNIER (J), op.cit, p.31. GHESTIN (J), op.cit, p.320.

وعليه فلا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن عن قبوله بل لا بد أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، ذلك أن إخراج القبول من حيازة القابل دليل على صدوره¹. فهذه النظرية تتجاوز ما ذهبت إليه نظرية الإعلان، إذ اشترطت حصول واقعة مادية وهي إرسال القبول وتصديره حتى يكون نهائياً ويمنع العدول عنه أو استرداده وذلك بأن يرسل القبول فعلاً إلى الموجب ويؤدي إلى خروج هذا الردّ من يد صاحبه².

وتطبيقاً لهذه النظرية يعد العقد الإلكتروني مبرماً بمجرد خروج الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول من البريد الإلكتروني الخاص بالموجب والموجودة على موقعه عبر شبكة الإنترنت³ فتخرج بالتالي هذه الرسالة عن سيطرة الموجب له وتظهر رسالة القابل تخبره أن رسالته قد بعثت، وبالتالي لا يعود بإمكانه التراجع عن قبوله الذي أصبح باتاً⁴.

وتطبيقاً لذلك أيضاً ينعقد العقد عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر (الموجب) في خدمة غرف المحادثة وذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول في لوحة مفاتيح الحاسوب، أو عندما يضغط القابل بالمؤشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على مواقع الويب (site WEB)، لأن الضغط عليها هنا يعتبر إرسالاً للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب⁵.

إن اعتماد هذه النظرية في التعاقد الإلكتروني أعطى تأثيراً إيجابياً في التعاملات الإلكترونية وخاصة في الحد من مخاطر ضياع الرسالة الإلكترونية حيث كان يستلزم على المرسل إليه زيادة الحرص واتخاذ التدابير اللازمة لضمان العلم بمحتوى الرسالة لحظة وصولها إلى مزود الخدمة (الوسيط)⁶ فضلاً عن إرهاب القابل في التحقق والتأكد من

¹ - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 82.

² - د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 309.

³ - راجع: د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 141.

⁴ - انظر: DEMOULIN (M), op.cit, p.249.

⁵ - راجع: HANCE (O)et DIONN-BALZ, op.cit, p.148

⁶ - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 346.

وصول القبول إلى الموجب، لأن انعقاد العقد قد تحقق بمجرد إرساله للقبول فيزيل العبء عن كاهل القابل في التأكد من وصول رده إلى الموجب¹.

ومن جانب آخر فإن هذا الاتجاه يتناسب مع السرعة المطلوبة لإبرام العقد الإلكتروني كما يساهم في التغلب على مشاكل الإثبات في تأكيد القبول².

ولكن هذه النظرية لم تسلم من الانتقادات بشأن جدوى فعاليتها في التعاقد الإلكتروني ومن أهمها نذكر:

- إن القول بأخذ مضمون هذه النظرية في كونها تسهل إثبات القبول بحجة أن الدليل على حصول القبول هو تصديره، هو قول محل نظر، لأن القبول المعتبر قانوناً هو القبول الذي يتضمن إرادة نهائية و الحال أن القابل الموجب له وفقاً لهذه النظرية يمكن له أن يرجع في قبوله قبل أن تصل الرسالة الإلكترونية إلى الموجب وذلك بإخطار هذا الأخير عن طريق الهاتف بعدوله عن القبول³.

هذه النظرية تثير نوع من اللبس والغموض في اعتماد لحظة القبول كإحدى اللحظات المقترحة لانعقاد العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الإنترنت على وجه الخصوص، ذلك أنه لا يمكن تصور تصدير القبول دون تسلمه في تقنية الإنترنت⁴، فالتصور السابق يعني أن هناك فارقاً زمنياً بين تصدير القبول وتسلمه والذي يمكن أن نلمسه في التعاقد العادي كالتعاقد عبر المراسلة بالبريد التقليدي في حين لا يمكن تصور هذا الطرح في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ذلك أن هذا الفارق الزمني بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوساً بل هو على وشك الاندثار والانعدام لأن التصرفات الإلكترونية هي تصرفات تعقد عن بعد ولكنها فورية متعاصرة⁵. هذا فضلاً عن مشاكل احتمال عدم تسلم الرسالة الإلكترونية لسبب خلل تقني أو فني في جهاز المرسل أو لدى

¹ - د. إيمان مأمون، المرجع السابق، ص 98.

² - راجع: LINANT DE BELLEFON(X) et HOLLAND (A), op.cit,p.17.

³ - د. محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص 82.

⁴ - راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في شرح قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 236.

⁵ - أنظر: LINANT DE BELLEFON(X) et HOLLAND(A), op.cit, p.18.

مقدم خدمة الاتصال أو بسبب انقطاع البث عبر الشبكة، أو توقف الشبكة عن العمل لعدة ساعات بسبب اعتداءات الفيروسات، مما يؤدي إلى تعطيل وصول الرسالة¹.

الفرع الثالث: نظرية تسليم القبول.

تفيد هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول وتُسميت بنظرية الوصول أي وصول القبول إلى الموجب، ويرى أنصار هذه النظرية أن القبول يمكن استرداده لحظة إرساله وتصديره في حين أن هذا القبول يكتمل نهائياً عندما يصل إلى من وجه إليه، ففي هذا الوقت يتم العقد سواء علم الموجب بالقبول أو لم يعلم². ويقصد بالوصول هنا هو السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه³.

وتطبيقاً لهذه النظرية في مجال التعاقد عبر البريد الإلكتروني يكون العقد مبرماً في لحظة وصول الرسالة الإلكترونية أو دخولها إلى صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الحاسوب الخاص بالموجب حتى ولو لم يكن هذا الأخير قد فتح صندوق بريده ولم يعلم بمضمون الرسالة فالعبرة بتسليم القبول وليس بالعلم به⁴، لأن الموجب لا يلزمه أن يقوم بمراجعة صندوق بريده الإلكتروني وقراءة الرسالة الواردة إليه لكي يتحقق من الوصول بل يكفي مجرد دخولها لصندوق بريده ولو لم يعلم بها⁵.

فالمهم أن رسالة القبول قد وصلت إلى الموجب، وباستطاعته أن يطلع على مضمونها في الحال، فإذا ما تأخر في الاطلاع عليها يعتبر مهملًا يتحمل مسؤولية تقصيره وإهماله لأن العقد قد تم انعقاده⁶.

¹- أنظر: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 167.

²- أغلب أنصار هذا الرأي الفقهاء الألمان وعلى رأسهم (GIERKE).

³- راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 297.

⁴- راجع: د. أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 95.

⁵- د. عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص 159.

⁶- أنظر في ذلك: د. أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 87. ود. سمير عبد السميع الأودن، ص 61.

وتحقق هذه النظرية التوزيع العادل لمخاطر الطريق بين الموجب والموجب له، حيث يتحمل هذا الأخير الأخطار المحتملة من وقت تصدير قبوله إلى وقت وصوله لكونه يهيمن على هذا الوضع، ويتحمل الموجب الأخطار المحتملة من وقت تسلمه للقبول إلى وقت الإعلام به أي الاطلاع عليه، وبعبارة أخرى يتحمل القابل خطر الضياع أو تأخير القبول في حين يتحمل الموجب تبعة عدم علمه بالقبول وذلك من وقت وصوله¹.

غير أن هذه النظرية لم تسلم من النقد هي كذلك، إذ يؤخذ عليها أن واقعة وصول القبول ما هي إلا واقعة مادية ليست لها دلالة قانونية فتسلم القبول بذاته لا يقطع بعلم الموجب به، وبالتالي لا يتحقق في هذه اللحظة تلاقي الإرادتين، وكونها مجرد واقعة ليس لها قيمة قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول، فإن تسليم القبول لم يضيف شيئاً لإعلانه من الناحية القانونية²، فالتصدير والتسليم هما تزيّد وإضافة لا فائدة فيه³. كما أن تطبيق هذه النظرية فيه إجحاف لحق الموجب فقد يعلم بوصول القبول و قد لا يعلم به بالرغم من وصول القبول إلى حيث يوجد الموجب⁴.

كما يؤخذ على هذه النظرية أنها لا تتضمن حلاً حاسماً لمسألة الغش الذي يمكن تحققه في هذا المجال، فالموجب يبقى قادراً على أن يحول دون استلام القبول فيمتنع بالتالي انعقاد العقد.

ولكن في انعكاسات هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني يثار التساؤل في حالة ما إذا وصلت رسالة القبول إلى مقدم خدمة الإنترنت ولم تصل إلى الموجب في الوقت المحدد. مثلاً الموجب يحدد لإيجابه فترة زمنية معينة تنتهي في تمام الساعة الواحدة مساءً وأرسل

¹ - راجع: د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص 160.

² - أنظر: د. عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 292.

³ - د. محمد السعيد الرشدي، المرجع السابق، ص 36.

⁴ - أنظر : DEMOULIN(M), op.cit,p.249.

الموجب له (القابل) قبوله قبل الموعد المحدد، ولكن لوجود عيب تقني في شبكة الاتصالات قام مقدم خدمة الإنترنت¹.

توصيل الرسالة ولكن بعد فوات الميعاد المحدد، أي بعد الواحدة مساءً، فهل ينعقد العقد في هذه الحالة؟ أم أن الموجب غير ملزم بالعقد لأن الرسالة وصلت بعد انتهاء الميعاد الذي حدده؟²

¹ - هم فئة تضع إمكانياتها التقنية تحت تصرف مستخدم الانترنت و من تم تمكينهم من وضع المصنفات السمعية و السمعية البصرية على الانترنت و تختلف أسماءهم على حسب طبيعة أدوارهم منهم متعهد الوصول و مورد المضمون و متعهد الإيواء و مقدم خدمات البحث الآلي :

(01) متعهد الوصول إلى الانترنت les fournisseurs d'accès à internet: هو كل مشروع يتيح للعميل

الوصول إلى الانترنت أو إلى أي شبكة اتصال بوجه عام و ذلك عن طريق تقديم الوسائل الفنية اللازمة للحصول على هذه الخدمة، فيقوم بتأمين الاتصال بين متعهدي الإيواء باعتباره مقدم الخدمة و مصدر المضمون الالكتروني من ناحية، و المستخدم من ناحية أخرى.

(02) مورد المضمون الالكتروني: le fournisseur de contenu هو كل يورد المضمون المعلوماتي إلى

المواقع الالكترونية فقد يكون شخصا يضع سيرته الذاتية على الانترنت أو شركة تبيث معلومات تتعلق بنشاطها أو مؤلف يضع كتاباته أو مدير موقع الويب الذي يصمم المواقع تصميميا فنيا بحيث ينقل المعلومات التي تلقاها من المؤلف إلى سجلات الكترونية سهلة الاستخدام، و يستوي في ذلك أن تكون طبيعة المضمون صورا أو نصوصا ، او يكون المضمون سمعيا أو بصريا.مقدم خدمات الآلي : يعمل على الربط و الوصل بين مستخدمي الانترنت و موردي المعلومات كما يساعد على ظهور مواقع الويب التي يجب أن تكون مفهومة في وسائل البحث.

(03) متعهد الإيواء : هو كل شخص طبيعي أو معنوي يضع ن ولو بدون مقابل ن تحت تصرف الجمهور عبر

الانترنت، تخزين النصوص و الصوت و الصورة و الرسائل أيا كانت طبيعته اي ان دور متعهد الإيواء ينحصر في تقديم خدمة التخزين ، و ذلك عن طريق تخصيص جزء من القرص الصلب لأجهزته لإيواء المعلومات التي يتلقاها نحت يتمكن مستخدم الانترنت من الاطلاع عليها عن طريق المواقع التي يؤويها. أكثر تفصيل حول هذه التعاريف راجع:

MORGAN (L). La responsabilité délictuelle sur internet. Mémoire. UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL – FACULTÉ DE DROIT, 2002/2003, .p.44. sur : <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/91-1.pdf>

وكذلك : د. أشرف جابر سيد مرسي، مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت عن المضمون الالكتروني غير المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010 ، ص ص17.

² - راجع: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 349.

يذهب بعض الفقهاء إلى أن الموجب هنا ملزم بإبرام العقد ولا يكون أمامه سوى الرجوع على مقدم خدمة الإنترنت طبقاً لقواعد المسؤولية المقررة قانوناً¹.

وكان البعض الآخر يرى بأن الانتقادات التي قيلت بشأن هذه النظرية تتلشى لو استخدمت في التعاقد الإلكتروني نظراً لخصوصية البيئة الإلكترونية، ذلك أن أغلب المواقع الإلكترونية التجارية على الشبكة توجه عروضها إلى الجمهور وتنتظر الرد عبر رسائل البريد الإلكتروني ولا تستخدم اليد العاملة البشرية في التعامل مع هذه الرسائل الإلكترونية وإنما تستخدم وسائط تقنية مؤتمنة تكون مبرمجة للتعامل مع الرسائل ومعالجتها وتجهيز الطلبات². وبالتالي فإن وصول رسائل البريد الإلكتروني إلى الصندوق سيؤدي إلى الاطلاع عليها مباشرة من قبل هذه الوسائط الإلكترونية والعلم بمضمونها. وبما أن هذه الوسائط تعمل نيابة عن الموقع والموجب فإنه يمكن القول أنه في بيئة الإنترنت يكون وصول رسالة القبول متزامناً مع العلم بها³.

الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول.

يرى أنصار هذه النظرية أنه لا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل قبوله أو أن يرسله ولا حتى أن يصل القبول إلى الموجب وإنما يجب أن يعلم أن الموجب الآخر قد علم بقبوله، لذا فإن التعاقد قد يتم في اللحظة التي يعلم فيها الموجب فعلاً بالقبول.

فحسب هذه النظرية إذا كان العقد لا ينعقد إلا بالتقاء إرادتي أطرافه فإن هذا الالتقاء لا يتحقق إلا من الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول⁴، ذلك أن توافق الإرادتين لا يمكن التحقق منه إلا إذا ثبت على وجه اليقين أن الإيجاب كان قائماً فعلاً وقت صدور القبول وهذا لا يمكن التأكد منه قطعاً في النظريات السابقة ذكرها⁵.

¹- راجع: HUET (J) .op.cit, p.180.

²- انظر: د. فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص 101. وكذلك: VIVANT (M), op.cit, p.298.

³- أنظر: مجد الدين إسماعيل السوسوة، المرجع السابق، ص 345.

⁴- حول ذلك راجع: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 80. ود. علي فيلال، المرجع السابق، ص 106.

⁵- د. محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص 117.

ولهذا ذهب هذا الاتجاه إلى القول بأنه يكفي وصول القبول للدلالة على العلم به فهم بذلك يتفقون مع أنصار نظرية استلام القبول في هذا الشأن ولكن القرينة هنا غير قاطعة بل يمكن إثبات عكسها فللموجب الذي يدعي أنه لا يعلم بالقبول رغم وصوله، عليه أن يثبت ذلك فلا يعتبر العقد قد تم بمجرد وصول القبول في حالة إثبات عدم العلم به¹.

وتطبيق هذه النظرية بشأن العقود الإلكترونية لا سيما المبرمة عبر الإنترنت يفيد أن العقد ينعقد ويتأصل وجوده في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي عند قيامه بفتح بريده الإلكتروني والاطلاع على رسالة القابل والتحقق من قبول هذا الأخير للإيجاب المعروض عليه². فعندما يسترجع الموجب نظام المعلومات الخاص به ويطلع على مضمون الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول لعرضه فإنه في هذه اللحظة ينعقد العقد الإلكتروني³. غير أن مجرد وصول الرسالة الحاملة للقبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب يعد قرينة على العلم بها وهو ما يسمى بالعلم الافتراضي⁴.

وأيضاً من تطبيقات هذه النظرية أنه لا يكفي الضغط على خانة القبول في نماذج العقود على المواقع الإلكترونية لمواقع الويب بل يجب أن يصل هذا القبول إلى علم الموجب سواء كان العلم حقيقياً أم افتراضياً.

والملاحظ على هذه النظرية أنه لا يوجد ما يلزم الموجب بالاطلاع على رسالة القبول والعلم به طالما أن وصول هذه الرسالة لا يكفي لانعقاد العقد وبالتالي فإن هذه النظرية تترك أمر التعاقد بيد الموجب وحده، فمتى أراد أن يطلع على بريده الإلكتروني وقرأ رسالة القبول الواردة إليه انعقد العقد ومتى رفض الاطلاع فلا يمكن القول بقيام العقد هذا فضلاً على إمكانية إثباته بأنه لم يكن يعلم بالقبول رغم تسلمه له. كما أن تطبيق هذه

¹ - أنظر: د. أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص 297.

² - د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 82.

³ - راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 101.

⁴ - د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص 89.

النظرية فيه إجحاف لحق الموجب فقد يعلم بوصول القبول و قد لا يعلم به بالرغم من وصول القبول إلى حيث يوجد الموجب¹.

وبالرغم أن هذه النظرية حاولت تفادي العيوب أو المآخذ التي قيلت بشأن النظريات السابقة إلا أنها لم تسلم هي كذلك من الانتقادات، فقد قيل بشأنها أنها تتيح للموجب- رغم اشتراط علمه بالقبول- التلاعب بالإثبات²، إذ لا يكفي لدفع هذا العيب القول بان تسلم القبول قرينة على العلم، إذ يبقى القابل المرسل قاصراً عن دفع حجج الموجب لنفي علمه بالقبول مما يؤدي اعتماد هذه النظرية إلى تسهيل وتيسير الغش من قبل الموجب وزعزعة الاستقرار الواجب للمعاملات³.

كما يتساءل البعض عن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في حالة تطبيق نظرية العلم بالقبول، فهل هي اللحظة التي يفتح فيها مستعمل الشبكة جهاز حاسوبه الخاص أم اللحظة التي يبدأ فيها بالتجول والإبحار عبر الشبكة أم هي اللحظة التي يتصل فيها بموقع الموجب له أم هي اللحظة التي يقرأ فيها الرسالة المتضمنة القبول⁴.

المطلب الثاني: موقف التشريعات الإلكترونية الدولية والوطنية من مسألة توقيت إبرام العقود الإلكترونية.

إن مسألة ترجيح أحد هذه النظريات الأربعة واعتمادها في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني ليس بالأمر الهين وهذا مرده لأمرين هما:

الأمر الأول: إن كل واحدة من هذه النظريات الأربعة تتمتع بمزايا وعيوب إذ لا نجد أي واحدة منها سلمت من الانتقادات حول فعالية تطبيقها، مما أدى ببعض رجال الفقه إلى

¹- راجع: د. محمود عبد الرحيم شريفات، المرجع السابق، ص 172.

²- انظر: د. عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 144.

³- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 83.

⁴- أنظر: LINANT DE BELLEFON(X) et HOLLAND (A), op.cit,p.19.

القول أن الأمر يتعلق بمشكلة يصعب إيجاد حل لها على المستوى النظري، لينتهي إلى القول بأن الحل لا يمكن أن يكون إلا عن طريق المشرع¹.

الأمر الثاني: إن هذه النظريات تقدم حلاً واحداً لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه. إذ ترى تلازماً حتمياً بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكان انعقاده، لذا سميت بالنظريات الأحادية² على خلاف النظريات والرؤية الحديثة التي لا ترى في المسألة ضرورة وجود هذا التماثل بين زمان ومكان إبرام العقد، وتعطي لكل شق منه حلاً مختلفاً عن الآخر، وقد أطلق على هذه النظريات الحديثة اسم النظريات الثنائية. إذ يشير أصحاب هذا الرأي أنه ليس حتماً أن تنشأ التزامات كل من المتعاقدين في وقت واحد. فالفكرة الجوهرية هي الفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكانه. إذ يتبين من دراسة أحكام القضاء الفرنسي أنه يأخذ بنظرية العلم بالقبول عند تحديد زمان انعقاد العقد وفيما يتعلق بتحديد مكان انعقاده فيطبق نظرية إرسال وتصدير القبول³.

لذا سيتم عرض موقف التشريعات الدولية والإقليمية من مسألة تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في قانون الأمم المتحدة

النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

سبقت الإشارة أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لم يتطرق في كافة نصوصه إلى بحث مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد المبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية، وإنما اقتصر بحثه على مسألة زمان ومكان إرسال رسائل البيانات (Data Message)،

¹- راجع:

STARCK (B) et ROLAND (H), Droit civil, obligations, 2 contrat, 3^{éd}. LITED, 5^{ème} éd. 1996, p.129.

²- الظاهر أن نظرية العلم بالقبول المعدلة لنظرية استلام القبول هي النظرية التي اكتسبت أنصاراً أكثر من غيرها من النظريات الثلاث. راجع في ذلك: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، المرجع السابق، ص 304.

³- راجع:

STARCK (B) et ROLAND (H) ,op.cit ,p.131.

وذلك نظرا لأهميتها باعتبار أن هذه الوسائل هي التي تحمل الإرادة التعاقدية سواء كانت قبولاً أم إيجاباً¹.

غير أن ما أثير بهذا الصدد هو مسألة تحديد الإرسال، ذلك أن الإرسال يكون بقيام الشخص بالإجراء التقني الذي ينتج عنه إرسال الرسالة في حين أن خروج هذه الأخيرة عن سيطرة المنشئ ودخولها في نظام معلومات الطرف الآخر فهي واقعة لاحقة لإجراء الإرسال وهي ليست عملية الإرسال ذاتها².

ولقد تنبّهت لجنة الأمم المتحدة أثناء إعدادها لصياغة القانون النموذجي إلى هذه المسألة، ف جاء في تقريرها عند صياغة المادة 15 ما يلي: " أعرب عن قلق مفاده أنه من غير المناسب تحديد (إرسال) رسالة البيانات في الفقرة بالرجوع إلى حادثة وقعت في الحقيقة بعد الإرسال أي اللحظة التي تدخل فيها الرسالة إلى نظام معلومات لا تخضع لسيطرة المنشئ"³.

إذن فلحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تدخل فيها هذه الرسالة إلى نظام معلومات (الخاص بمقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه المرسل) والذي لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من ينوب عنه أي بمعنى آخر هي اللحظة التي تخرج فيها رسالة البيانات عن سيطرة المنشئ فلا يعود بإمكانه استرجاعها وتعديلها.

أما عن وقت وصول وتسليم رسالة البيانات فقد نصت المادة 15 من ذات القانون أنه: " ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال البيانات عندما تدخل الرسالة نظم المعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة بيانات نيابة عن المنشئ ويتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

أ. إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع

الاستلام كالاتي:

¹- راجع: د. ممدوح خالد إبراهيم، المرجع السابق، ص 299.

²- أنظر: عباس العبودي، المرجع السابق، ص 164.

³- راجع تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عن أعمال دورتها التاسع والعشرون، 28 ماي- 04 جوان 1996، الجمعية العامة للأمم المتحدة، الملحق رقم 17-51117/A، ص 26.

- وقت دخول رسالة البيانات نظام معلومات معين.
- وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت إليه رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.
- ب. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

ونشير هنا أن القانون النموذجي كرس مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف في تحديد وقت إرسال رسالة البيانات إذ ترك لهم مبدئياً الاتفاق على زمان ومكان الإرسال والاستلام على أن يكون اتفاقهما ملزماً. أما في حالة عدم وجود اتفاق مسبق بين الأطراف على تحديد ذلك، فيتبع ما جاء في الفقرة الأولى والثانية من المادة 15 المشار إليها أعلاه.

إن قراءة نص هذه المادة الذي تطرق لتحديد لحظة استلام رسالة البيانات قد فرق

بين وضعين هما:

- **الوضع الأول:** عندما يقوم المرسل إليه بتحديد وتعيين نظام معلومات لتلقي واستقبال الرسائل الواردة إليه، ففي هذه الحالة يتحدد وقت الاستلام والوصول بوقت دخول الرسالة إلى نظام المعلومات الذي تم تعيينه¹، أما إذا أرسلت الرسالة إلى نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه غير النظام الذي حدده هذا الأخير فإن لحظة استلام الرسالة يتحدد بالوقت الذي يسترجع فيه المرسل إليه رسالة البيانات من هذا النظام².
- **الوضع الثاني:** إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستقبال رسالة البيانات، ففي هذه الحالة يتحدد وقت استلامها بوقت دخولها إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولا يشترط في هذه الحالة علم المرسل إليه³.

¹- راجع: د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 118.

²- د. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 127.

³- د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 385.

ولقد أوضح الدليل الإرشادي لسن القوانين النموذجي المرفق بهذا القانون أن المقصود بدخول نظام معلومات هو الوقت الذي تصبح فيه رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة والعرض داخل نظام معلومات المرسل إليه، أما مجرد وصول الرسالة نظام المعلومات وكانت غير قابلة للمعالجة والعرض فتعد الرسالة وكأنها لم تصل، كما لو وجد خلل تقني أو وظيفي في نظام المعلومات يمنع من عرض الرسالة¹.

ولأجل تبسيط الوضعين السابقين نسوق المثال التالي:

قيام شخص بإنشاء موقع إلكتروني لعرض الكتب والمجلات تحت عنوان مكتبة الأمازون وذلك على شبكة الإنترنت، وكان يملك أكثر من بريد إلكتروني أحدهما لدى شركة "ياهو" (Yahoo) وهو amazon@yahoo.com، والعنوان الآخر لدى شركة "هوتمايل" (Hotmail) وهو amazon@hotmail.com. فإذا طرح موقع مكتبة الأمازون عرضاً لبيع الكتب على صفحات موقعه الإلكتروني وطلب من الجمهور أن يرسلوا القبول على العنوان البريدي الأول، فأى رسالة إلكترونية تتضمن قبول تدخل صندوق البريد الإلكتروني الموجود لدى شركة (Yahoo) تعتبر قد استلمت من وقت دخولها في هذا الصندوق البريدي. أما أية رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبولاً تصل إلى عنوان البريد الإلكتروني الآخر الموجود لدى شركة (Hotmail) فلا تعتبر قد استلمت إلا من وقت قيام صاحب المكتبة باستخراجها من هذا البريد الإلكتروني، ولا يعتد بتاريخ دخولها في هذا الصندوق كما هو الحال في الصورة الأولى².

وبقراءة الفقرتين الأولى والثانية من نص المادتين 15 المشار إليه أعلاه فإن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قد احتاط لحالة عدم إرسال رسالة البيانات كرسالة القبول إلى موضع الطرف الآخر في التعاقد كأن ترسل الرسالة إلى وسيط يتولى إرسالها بدوره للعائد الآخر. ففي هذه الحالة فإن وصول الرسالة لا يتحقق إلا من وقت دخولها نظام المعلومات

¹- راجع الفقرة الثانية من المادة 103 من الدليل الإرشادي.

²- نقلاً عن: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 178.

التابع للمرسل إليه أي دخولها لصندوق البريد الإلكتروني للمرسل إليه وليس مجرد وصول الرسالة فقط¹.

ويجب التنويه هنا أن نص المادة 15 المذكورة آنفا اكتفت فقط على تحديد لحظة استلام رسائل البيانات دون التطرق صراحة إلى مسألة لحظة وزمان انعقاد العقد الإلكتروني، ويرجع السبب في ذلك إلى رغبة هذا القانون في ترك المسألة للتشريعات الوطنية التي تحكم تكوين العقود²، باعتبار أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وضع لأجل صياغة أحكام نموذجية للدول قصد الاهتداء والاسترشاد بها في تنظيم تشريعاتها الداخلية وذلك أملاً في تقريب وجهات النظر المتباينة حول بعض المسائل القانونية المختلفة كمسألة زمان ومكان انعقاد العقد وفكرة مجلس العقد³.

إذ جاء في الدليل التشريعي الإرشادي لهذا القانون ما يلي: " إن تبرير موقف القانون النموذجي في تجنب تحديد وقت انعقاد العقد هو احترام لسيادة القوانين الوطنية ومنعاً للتعارض بينها وبين هذا القانون في حالة تبنيه لنظرية معينة"⁴. فهو بهذا التبرير يؤكد ترك المسألة للقوانين الوطنية كل حسب النظرية التي تتبناها فيما يتعلق بتحديد قوت انعقاد العقد الإلكتروني⁵.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد

الإلكتروني.

إن البحث في مسألة موقف المشرع الجزائري من فكرة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني يتطلب توضيح النقاط التالية:

¹ - راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 117.

² - أنظر: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 121.

³ - د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 360.

⁴ - أنظر الفقرة 14 من الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي، ص 51.

⁵ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد، المرجع السابق، ص 286.

عالج المشرع الجزائري مسألة تحديد زمان انعقاد العقد التقليدي وأوضح موقفه من النظريات الأربعة التي تصدت لهذه المسألة، وكان ذلك في نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري إذ جاء فيها ما يلي: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".
والمؤكد أن المشرع الجزائري اعتنق مذهب العلم بالقبول بصورتيه العلم الحقيقي والعلم الحكمي من خلال صياغته للقرينة البسيطة القابلة لإثبات العكس.

غير أن هذا الموقف المكرس في المادة 67 لا يمكن اعتماده كحل ملائم في التعاقد الإلكتروني عند البحث في تحديد توقيت انعقاد العقد الإلكتروني خاصة المبرم عن طريق الإنترنت وهذا لسبب أن حكم نص هذه المادة يتعلق بالتعاقد الذي يتم بين غائبين فقط أي لا يجمعهما مكان واحد ولا يتعاصران في الوقت نفسه وهو ما يعرف بالنظرية الأحادية التي تعتمد حلاً متلازماً بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد في حين أن مجلس العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصة .

ثانياً: إن اعتماد نص المادة 67 في التعاقد الإلكتروني خاصة المبرم عن طريق الإنترنت لأجل تحديد زمان إبرامه قد يجعل الأمر خاضعاً لسيطرة الموجب الذي يمكنه التحلل من العقد لمجرد إنكار علمه بوصول رسالة القبول الإلكترونية حتى أن مسألة قرينة العلم تحتاج إلى إثبات وهو أحد أهم مشكلات التعاقد الإلكتروني.

ثالثاً: التعاقد الإلكتروني ليس تعاقد بين غائبين في كل صورته خاصة التعاقد المبرم عن طريق الإنترنت فمثلاً التعاقد الإلكتروني عبر غرف المحادثة مع المشاهدة المتصلة بألة الكاميرا، هو تعاقد بين حاضرين رغم البعد المكاني، ونفس الأمر بالنسبة للتعاقد عبر البريد الإلكتروني الآني، مما يجعل اعتماد نص المادة 67 من القانون المدني غير ملائم للعقود الإلكترونية في كل الأحوال نظراً لخصوصيتها في حين أن نطاق تطبيق هذه المادة يقتصر على العقود التي تتم بين غائبين.

الفرع الثالث : موقف المشرع الفرنسي من زمن انعقاد العقد الإلكتروني

تماشياً مع التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر في 08 جوان 2000 و المتعلق بالتجارة الإلكترونية فإن القانون الفرنسي رقم 575/20004 و الصادر في 21 جوان 2004 و المتضمن الثقة في الاقتصاد الرقمي و الذي أضاف مادة جديدة في القانون المدني الفرنسي فإنه نص على أن العقد المبرم عن طريق وسائل إلكترونية لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من طرف القابل.

فالمشرع الفرنسي جاء بنظرية جديدة بشأن تحديد زمن انعقاد العقد الإلكتروني و هي نظرية تصدير تأكيد القبول، و لعل الهدف من تأخير لحظة انعقاد العقد إلكترونيا لحين تأكيد القبول هو لحماية متلقي العرض من احتجاج و تذرع الموجب من عدم علمه بوصول القبول أو تسلمه.

في حين ذهب جانب من الفقه إلى نقد هذا الموقف إذ يرى أنه يجب التفرقة بين صحة القبول و بين تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني ، فصحة القبول تقتضي أن يتم الضغط على الأيقونة المخصصة لذلك مرتين لتأكيد القبول و تفادياً لإلزام القابل بالقبول الذي قد يقع عن طريق الخطأ نتيجة لمس هذه الأيقونة ، فإنه يتوجب تأكيد القبول بالضغط مرتين مما يعني صحة القبول لكنه لا يفيد أن ذلك هو وقت أو لحظة انعقاد العقد الإلكتروني¹.

الفرع الرابع: موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.

لقد اعتمدت اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية المنهج الذي سار عليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية من حيث أنها لم

¹ راجع:

GAUTRAIS(V), Droit du commerce électronique , MONTREAL,Thémis , p.135.

تتعرض مباشرة لمسألة زمان انعقاد العقد، وإنما اكتفت بتنظيم مسألة زمان ومكان إرسال رسالة البيانات واستلامها وذلك نظراً لأهمية هذه المسألة في تطبيق قواعد أخرى لدقتها عند استخدام تقنيات الاتصال الإلكتروني¹.

و نصت الفقرة الأولى من المادة 10 من الاتفاقية على مسألة إرسال الخطاب الإلكتروني وأقرت بأن وقت الإرسال هو الوقت الذي تغادر فيه رسالة البيانات نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الشخص الذي يتصرف نيابة عنه، وهذا بقولها:

- وقت إرسال الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي تغادر فيه رسالة البيانات نظام المعلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابة عن المنشئ أو وقت تلقي الخطاب الإلكتروني إذا لم يكن غادر نظام معلومات يقع تحت سيطرة المنشئ أو الطرف الذي أرسل الخطاب نيابة عن المنشئ".

أما عن النظرية التي أخذت بها الاتفاقية فيما يتعلق بزمان إبرام العقد الإلكتروني فهي نظرية العلم بالقبول² حيث جاء في المادة العاشرة الفقرة الثانية بأن: " وقت تلقي الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على عنوان إلكتروني يعينه المرسل إليه، ووقت تلقي الخطاب الإلكتروني على عنوان إلكتروني آخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان ويصبح المرسل إليه على علم بأن الخطاب الإلكتروني قد أرسل إلى ذلك العنوان، ويفترض أن يكون الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه".

والملاحظ من قراءة هذه الفقرة أن اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالخطابات الإلكترونية في العقود الدولية قد تبنت موقفاً مغايراً لذلك الذي أخذ به القانون النموذجي

¹- أنظر: د. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 125.

²- راجع: د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 354.

للتجارة الإلكترونية حيث اعتنقت نظرية العلم بالقبول مستبعدة نظرية الوصول التي أخذ بها القانون النموذجي، لأنها حددت وقت إبرام العقد الإلكتروني في الوقت الذي يصبح فيه الخطاب أو الرسالة الإلكترونية قابلة للاستخراج أي وقت علم الموجب بالقبول¹.

أما المفعول القانوني لاستخراج الرسالة لا يندرج في نطاق هذه الاتفاقية بل هو متروك للقانون المطبق أي أن عبارة "قابلاً للاستخراج" تتعلق بمسألة الواقع إذ يفترض بأن الخطاب الإلكتروني يصبح قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل إلى عنوانه الإلكتروني وهو افتراض يمكن إثبات عكسه ودحضه بالأدلة التي تظهر أن المرسل إليه ليس لديه في واقع الأمر أي وسيلة لاستخراج الخطاب الإلكتروني وهذا يعتبر في بيئة التجارة الإلكترونية مسألة صعبة².

ولقد ذكرت المذكرة الإيضاحية للاتفاقية أنها لم تدرج أي قاعدة محددة بشأن وقت وتكوين العقود ومكانه في الحالات التي يجري فيها تقديم عرض أو قبول عرض بواسطة رسائل إلكترونية وذلك من أجل عدم التداخل مع القانون الوطني المُطبَّق على تكوين العقود³.

الفرع الخامس : موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا 1980).

سيتم التطرق إلى موقف اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع الموقعة في 11 أبريل 1980، حول مسألة زمان إبرام العقد الإلكتروني بالرغم من أن هذه الاتفاقية استبعدت البيوع مع المستهلكين⁴، كما أنها لا تطبق إلا على عقود البيع ذات الصفة الدولية للأموال المنقولة، وهذا ما لا يتناسب مع البيوع عبر الإنترنت والتي تبرم في معظمها مع المستهلكين. إلا أن الإشارة إلى هذه الاتفاقية هو لكون أن أحكامها جاءت لتنظيم عقود البيع

¹ - راجع: د. أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 125.

² - د. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 122.

³ - أنظر: المذكرة الإيضاحية لاتفاقية الرسائل الإلكترونية، الفقرة 130، ص 47.

⁴ - كذلك يستبعد من نطاق هذه الاتفاقية بيوع المزداد العلني، والبيوع الإجبارية وبيع الصكوك والأوراق المالية والتجارية، وبيع السفن والطائرات. لأجل التفصيل راجع المادة الثانية من اتفاقية فيينا 1980.

الدولي الذي يتم عن بعد¹. وبغض النظر عن أية وسيلة التي أبرمت خلالها، فقد أجازت هذه الاتفاقية إبرام هذه العقود بأي وسيلة كانت². وبالتالي فإن أحكام هذه الأخيرة تطبق على العقود الدولية سواء أبرمت بطريقة تقليدية أو بوسيلة إلكترونية³.

كما أن هذه الاتفاقية تتضمن حلاً لمسائل خلافية فيما بين التشريعات الوطنية ما يمكن اعتبارها مؤشر على إمكانية تحديد المواقف بشأن وقت انعقاد العقد بموجب اتفاقية مماثلة⁴.

وقد تبنت هذه الاتفاقية نظرية وصول القبول في تحديد لحظة وزمان إبرام العقد إذ جاء في المادة 23 منها ما يلي: " ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية". ومع أن هذا النص ترك تحديد هذه اللحظة إلى نص المادة 18 في فقرتها الثانية والتي جاء فيها: " يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه".

والمقصود بوصول إعلان إلى الموجب فقد وضحته المادة 24 من ذات الاتفاقية بقولها: " في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن العقد قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويًا أو تسليمه إليه شخصياً بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي".

إذن العبرة بوصول التعبير لا العلم به إذ يعتبر التعبير عن الإرادة إيجاباً أو قبولاً قد وصل إلى المخاطب به وقت تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي ولو لم يكن يعلم به في هذا الوقت⁵.

¹- أنظر: د. عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 162.

²- أنظر المادة 11 من الاتفاقية التي لم تشترط أن يتم البيع أو الإنابة لأي شكل معين.

³- راجع: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 173.

⁴- أنظر: د. محمود سمير الشرفاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، الطبعة الثانية،

دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، ص 73.

⁵- راجع: د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988، ص 117.

ونفس الحكم اعتمده مبادئ عقود التجارة الدولية¹ في الفقرة الأولى من المادة الأولى التي أشارت إلى أنه تعتبر المراسلات والإخطارات قد وصلت إلى المرسل إليه بمجرد تسلمه لها شخصياً أو في موطن أعماله أو في عنوانه البريدي، ولا يلزم أن تصل إلى يد المرسل إليه بل يكفي أن توضع في صندوق بريد المرسل إليه أو يستقبلها جهاز الفاكس أو التلكس أو الحاسب الآلي التابع له.

وتطبيقاً لذلك إذا أبرم عقد البيع الدولي عبر الإنترنت بين دولتين منضمتين إلى الاتفاقية أو بين أفراد تلك الدولتين من خلال تبادل رسائل البريد الإلكتروني، فإن العقد يعتبر قد انعقد في اللحظة التي يصل إلى صندوق بريد الموجب رسالة إلكترونية تتضمن قبولاً بحيث تكون هذه المسألة جاهزة لمعالجتها وقراءتها دون الحاجة لفتحها ومعرفة مضمونها².

المبحث الثالث: مكان إبرام العقد الإلكتروني وإشكالاته.

تمتاز شبكة الإنترنت بأنها تصل بين أشخاص متباعدين مكاناً، فالعقود التي تبرم عبر هذه الشبكة تكون عقوداً بين غائبين من حيث المكان ولكن يجب أن يكون مفهوم عدم التواجد المادي للمتعاقدين في نفس المكان لا يعني دائماً أن التعاقد هو دوماً تعاقدًا بين غائبين متى تعلق الأمر بالتعاقد عبر الإنترنت³، فقد يبرم العقد عبر غرف المحادثة أو المشاهدة وهي أحد تقنيات شبكة الإنترنت ومع ذلك يأخذ حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وهي الصورة المشابهة للتعاقد عبر الهاتف⁴.

¹ - هي مجموعة المبادئ الموحدة للعقد الدولي قام بإعدادها المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص بروما. لمزيد من

التفصيل حول هذه المبادئ راجع الموقع الإلكتروني: www.UNIDROIT.org

² - أنظر: د. محمود عبد الرحيم الشريقات، المرجع السابق، ص 174. ود. محمد سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص 175.

³ - أنظر: إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 54.

⁴ - د. عباس العبودي، المرجع السابق، ص 136.

فشبكة الإنترنت تضع المتعاقدين في حالة اتصال مباشر وأني بحيث لا يفصل بين صدور القبول والعلم بوصوله¹ سوى لحظات زمنية لا تكاد تذكر، كخدمة هاتف الإنترنت وغرف المحادثة وخدمة للمواقع الإلكترونية، فعندما ينقر المتعاقد على خانة القبول بالمؤشر أو بالفأرة للحصول على هذه الخدمات فإن المتعاقد الآخر يعلم فوراً بهذا القبول. لذا يعد تعاقد بين غائبين مكانا وبين حاضرين من حيث الزمان على خلاف العقود التي تبرم عبر البريد الإلكتروني التي تمتاز بوجود فاصل زمني في نقل الإرادات التعاقدية بين المتعاقدين فخدمة البريد الإلكتروني لا تقدم خدمة تفاعلية إذ يحتاج نقل القبول عبرها إلى فترة من الزمن، فإنه لا جدال بأن العقود التي تبرم عبر البريد الإلكتروني هي عقود بين غائبين من حيث الزمان والمكان معاً².

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

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

وضعت هذه المادة قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يتم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك³، كما صاغت نفس هذه المادة افتراض مفاده أنه مجرد وصول القبول إلى مكان الموجب له، قرينة على علم الموجب له غير أن هذه القرينة بسيطة يمكن إثبات عكسها⁴ وذلك بقولها في الفقرة

¹ - هذا الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به هو الذي يميز التعاقد بين الغائبين. فالعبرة ليست في اختلاف مجلس العقد بل بتلك الفترة الزمنية. راجع: أحمد عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 289.

² - أنظر: د. محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 163.

³ - المحامي يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر التجارة الإلكترونية التي إقامته منظمة الاسكوا، الأمم المتحدة خلال الفترة 8-10 تشرين الثاني 2000، بيروت، لبنان، منشور على الموقع الإلكتروني التالي:

<http://doc.abhatoo.net.ma/IMG/doc/dro31.doc>

⁴ - د. علي فيلال، المرجع السابق، ص 107.

الثانية: " ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

غير أن هذه القاعدة التي تضمنتها المادة لا تثير إشكالا بالنسبة للعقود التي تتم بين غائبين لأن تبادل الوثائق والخطابات المكتوبة يبدو سهلاً نظراً للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين كالمراسلة البريدية العادية في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير الكثير من التساؤلات¹. ذلك أن الطبيعة الدولية لشبكة الإنترنت بكونها شبكة تربط الدول ببعضها البعض في لحظة واحدة يجعل من تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني في دولة معينة أمر عسير، كما أن صعوبة تحديد هذا المكان يرجع إلى صعوبة تحديد مكان إرسال أو استقبال الرسالة الإلكترونية كونها تتم عبر فضاء إلكتروني وكذا صعوبة تحديد مكان نظام المعلومات الذي انطلقت منه الرسائل سواء رسالة الإيجاب أو رسالة القبول². فقد يكون هو محل إقامة الموجب له أو المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أو مكان تسجيل الموقع الإلكتروني أو عنوان بريده الإلكتروني³.

إلى جانب هذه المعطيات والافتراضات التي يطرحها التعاقد الإلكتروني والتي يصعب على نص المادة 67 من القانون المدني استيعابها واعتماده كنص لمعالجة هذه المشاكل فإنه يؤخذ على نص هذه المادة في عدم كفايتها كبديل شامل لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني ويظهر ذلك جلياً بأن هذا الأخير تعطي حلاً فقط بشأن مكان التعاقد الذي يبرم بين غائبين مكاناً وزماناً وهو ما يعرف بالنظريات الأحادية، في حين أن وجود متعاقدين في مكانين مختلفين لا يعني بالضرورة أن التعاقد يأخذ نفس الوصف فيما يتعلق بتحديد وقت وزمان تكوين العقد، إذ من الممكن أن يترتب على استخدام الوسيط الإلكتروني في التعبير عن الإرادة وصولها لحظة صدوره إلا أنها لا تلغي حقيقة وجود المتعاقدين في مكانين مختلفين. كما أن مفهوم المكان في البيئة الإلكترونية له دلالات وصور متعددة غير

¹ - راجع: د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، المرجع السابق، ص 80.

² - أنظر: د. أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 94.

³ - يحدث أن يشير الموقع الإلكتروني في آخر بيان له على اسم الدومين يدل على تبعيته لدولة معينة في حين أن هذا الوضع لا يدل فعلياً على وجود عنوان التجاري المحدد لصاحب الموقع في دولة معينة وإنما كل ما يشير إليه هو الجهة المرخصة فقط. وهذا لا يمنع إطلاقاً أن لا يكون صاحب هذا الموقع وجود فعلي على أرض هذه الدولة. أكثر تفصيل راجع: د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص 170.

مألوفة في التعاقد التقليدي فهو لا ينحصر في مكان وجود المقر الرئيسي للسكن الذي يتواجد فيه أو المكان الذي يمارس فيه تجارته، فمفهوم المكان في التعاقد الإلكتروني له أبعاد أكبر من أن يتضمنها نص المادة 36 و37 من القانون المدني. كما قد يكون نظام المعلومات في مكان مختلف تماما عن المكان الذي تعتبر رسالة البيانات - التي تضمنت القبول - قد سلمت فيه¹. كما قد يكون المكان هو مكان البريد الإلكتروني ليس هو مكان تسجيل الموقع أو مكان محل إقامة الموجب له كما سبق بيانه.

لذا سنحاول عرض موقف التشريعات الإقليمية والوطنية التي نظمت المعاملات الإلكترونية لتحديد موقفها حول مكان إبرام التعاقد الإلكتروني.

المطلب الأول: تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني وفقا لتشريعات المعاملات الإلكترونية.

من الثابت أن دولية العقد تعد مسألة أولية و لازمة لإعمال قواعد تنازع القوانين، حيث لا تثار مشكلة تنازع القوانين حينما نكون بصدد علاقة داخلية، فمثل هذه العلاقة تخضع للقانون الداخلي في الدولة²، ومن ثم فلا يكون هناك الحديث حول تحديد القانون الواجب التطبيق ذلك أن دخول الرابطة القانونية في نطاق القانون الدولي الخاص مرهون باتصافها بالصفة الدولية³.

وسبق الإشارة إلى بيان الآراء التي اختلفت في تحديد الصفة الدولية للعقد الإلكتروني من عدمه و خلص أن العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي . لذا فإن القانون النموذجي لهيئة الامم المتحدة المتعلق بالتجارة الإلكترونية قد عمد إلى عدم التمييز بين المعاملات الداخلية و المعاملات الدولية لتطبيق القانون النموذجي، ومن ثم يمتد نطاق تطبيقه ليشمل المعاملات الإلكترونية بمفهومها الواسع ، دون تمييز فيما بين ما يعد العقد داخلي أو دوليا ، كما أتاح للدول المتعاقد خيار قصر نطاق تطبيق القانون على المعاملات الدولية فقط. و كان يريد من ذلك توحيد القواعد التي ستطبق على المعاملات الإلكترونية

¹ - أنظر: د. صلاح علي يوسف، المرجع السابق، ص418.

² - د: صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص138.

³ - د. هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، منشأة المعارف ، الإسكندرية، 1998، ص51.

نظرا لما تتميز به من خصائص في اسلوب التعاقد تختلف عن العقود التي تبرم بالطرق التقليدية من جهة و لصعوبة وضع معيار لما يعد دوليا و ما يعد داخليا من جهة أخرى¹.

وكانت لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي في الدورة الثامنة و الثلاثين بنيويورك بتاريخ 15 مارس 2002 قد أشارت إلى صعوبة تحديد مكان النشاط التجاري للأطراف المتعاقدة عبر رسائل البيانات في حالة عدم تحديدها بوضوح من جانب الأطراف المتعاقدة لأنه خلص بأن مكان إبرام التقليدي المتعارف عليه في القانون الدولي الخاص لا يصلح كمعيار لحل عملي في البيئة الإلكترونية لتحديد دولية العقد المبرم بواسطة رسالة البيانات².

أما عن موقف التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية من مكان إبرام العقد الإلكتروني فقد جاء في المادة 15 الفقرة الثانية من القانون النموذجي للأمم المتحدة المتعلق بالتجارة الإلكترونية تحت عنوان : زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات على ما يلي: " ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:

- إذا كان للمنشئ أو للمرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل هذه المعاملة.
- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل فيعتد بمحل إقامته المعتاد"³.

كما أن نفس هذه القواعد جاءت بها اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية إذ جاء في المادة 10 الفقرة الثالثة منها والتي جاء فيها:

¹- أنظر:د. صلاح علي حسين. المرجع السابق.ص155.
²- أنظر: لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الفريق العامل الرابع (التجارة الإلكترونية) الدورة التاسعة و الثلاثون، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، نيويورك 11، 15 مارس 2002. ص9.
³- تقابلها المادة 17 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية والمادة 15 من القانون البحريني للتجارة الإلكترونية والمادة 18 من القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية.

"... يعتبر الخطاب الإلكتروني قد أرسل من المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المنشئ

ويُعتبر قد استلم في العنوان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه حسبما تقرهما المادة السادسة:

- تنطبق الفقرة الثانية من هذه المادة بصرف النظر عن احتمال أن يكون المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الداعم لعنوان إلكتروني مغايراً للمكان الذي يعتبر الخطاب الإلكتروني قد استلم فيه بمقتضى الفقرة الثالثة من هذه المادة".

وكانت المادة السادسة المتعلقة بمكان أطراف الخطاب الإلكتروني قد نصت على أنه : "

1 - لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

2 - إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل لأغراض هذه الاتفاقية هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

3 - إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد.

4 - لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:

أ. توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد.

ب. المقر الذي يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام معلومات المعني.

5 - إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أنه مقر عمله يوجد في ذلك البلد".

إن قراءة نصوص هذه المواد يوضح القواعد التالية:

1) إن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أشار بشأن تحديد مكان إرسال رسالة البيانات ومكان تلقيها واستلامها، فإنه في غياب وجود اتفاق بين المنشئ والمرسل إليه على الحكم الواجب إتباعه، فإن مكان إرسال الرسالة يتحدد بالمكان الذي يقع فيه موطن المرسل (المنشئ) في حين أن مكان استلام الرسالة هو موطن أعمال المرسل إليه، وسبب ذلك راجع لظروف التجارة الإلكترونية التي لا تتلاءم معها قواعد التشريعات الوضعية¹.

وينبغي التنبيه هنا أن نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه أين يتلقى فيه الرسائل واسترجاعها منه قد يكون في أغلب الأحيان موجوداً في مكان غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه نفسه، لذا فإن القانون النموذجي قد وضع في اعتباره عند تحديد مكان الاستلام المكان الذي يسمح للمرسل (المنشئ) التحقق منه بسهولة، وهو ما يتحقق بالنسبة لمكان وجود نظام المعلومات التابع للمرسل إليه أو غيره².

ولذلك تم الاعتداد بالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال المنشئ بالنسبة لتحديد مكان إرسال الرسالة هذا من جهة وبالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال المرسل إليه بالنسبة لمتلقي هذه الرسالة الإلكترونية من جهة أخرى³.

أما في حالة تعدد موطن أعمال طرفي الرسالة الإلكترونية، فقد يكون للمنشئ مقر عمل رئيسي وآخر فرعي وكان القانون التوجيهي قد نص على أن المقصود بمقر العمل في حالة تعدده هو ذلك المكان الذي يكون له علاقة وثيقة بالأعمال⁴ أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد معاملات. وإن لم يوجد مقر لطرف الرسالة كانت العبرة بمحل إقامته المعتاد. وهو نفس الحكم الذي أكدته المادة السادسة المذكورة آنفاً.

ولقد أعطت المادة 10 والمادة 15 المذكورتين آنفاً توضيحاً يتعلق بعنوان البريد الإلكتروني، إذ أشارت أن مجرد استخدام الموجب اسم النطاق أو عنوان البريد الإلكتروني

¹ - أنظر: د. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 125.

² - أنظر: د. فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 269.

³ - قد أخذ بهذا الحل المادة 10 من اتفاقية الأمم المتحدة باستخدام الرسائل الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2007.

⁴ - هذا ما يتماشى مع نص المادة 37 من القانون المدني الجزائري.

لدى بلد معين فهذا ليس قرينة قاطعة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد¹، فعنوان البريد الإلكتروني أو اسم النطاق لا يصلحان في نظر هذا القانون أن يكونا كمؤشر للدلالة على مكان عمل الأطراف حيث لا يمكن اعتبار أي أحد منهما المعادل الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل أحد المتعاقدين². فمثلا في حالة العناوين المرتبطة بأسماء نطاق لبلدان معينة مثل العنوان الذي ينتهي بـ Dz إشارة إلى الجزائر، و Fr إشارة إلى فرنسا و Eg إشارة إلى مصر³، فهذه ليست قرينة على أن مقر العمل للموجب أو القابل يوجد في هذا البلد، ذلك أن اسم الدومين أو العنوان البريد الإلكتروني هو المقابل أو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل أحد طرفي التعاقد، فقد نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات تعرض بعض المنتجات والخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها مقر العمل المعروف للموجب المعني، كما لا يمكن الاحتفاظ بسلعة ما بغرض التوزيع لمنطقة معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدولة المرتبطة بأسماء النطاق⁴.

وذكرت المادة السادسة من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة بالخطابات الإلكترونية الأمكنة التي لا يعد فيها مقراً لأعمال ويتعلق الأمر بالمكان الذي يوجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات، وكذا مكان تواجد مقدم خدمة الإنترنت لا يعتبر مقراً للعمل⁵.

كما يلاحظ من خلال هذه القراءات أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية ميز بين المكان الذي تتلقى فيه الرسالة الإلكترونية (مقر الأعمال) والمكان الذي تصل إليه بالفعل رسالة البيانات وقت تلقيها، فالعبرة وفقاً لهذا القانون بالمكان الأول في تحديد مكان إرسال الرسالة وهذا التحديد هو الذي يؤخذ به حيثما يكون مطلوباً بموجب قواعد تنازع القوانين مثلاً، في حين أن هذه الأحكام التي سبق بيانها في تحديد مكان إبرام العقد

¹ - أنظر: إبراهيم الدسوقي أبو ليل، المرجع السابق، ص 172. وكذلك: د. وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 128.

² - أنظر: د. صلاح علي حسين. المرجع السابق، ص 424.

³ - راجع: د. بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 71.

⁴ - راجع: د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 309.

⁵ - وائل حمدي أحمد، المرجع السابق، ص 129.

الإلكتروني لا يؤخذ بها إلا في حالات بث الرسائل عبر أجهزة الحاسوب الآلية والبريد الإلكتروني وغرف المحادثة، في حين لا يمكن تطبيقها على حالات البث الأخرى كالتلكس والفاكس¹. و نفس الحل إعتده قانون المعاملات الإلكترونية الأردني (18 الفقرة 02) و قانون المبادلات الإلكترونية البحريني (المادة 15 الفقرة الثالثة).

و يتضح من خلال ذلك أن تشريعات التجارة الإلكترونية حرصت على جعل مقر العمل هو المعيار الذي يتحدد من خلاله مكان انعقاد العقد الإلكتروني فيكون مقر عمل المنشئ لرسالة البيانات هو المكان الذي أرسل منه الرسالة ، و يكون مقر عمل المرسل إليه هو المكان الذي تم استلام الرسالة فيه. و في حالة تعدد مقر العمل فيعتمد بالمقر الذي له صلة وثيقة بالمعاملة المعنية، فإن لم يتيسر مثل هذا التحديد كان المقصود هو مقر العمل الرئيسي

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

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

- غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

يتضح من خلال قراءة هذه المادة أن المشرع الجزائري قد بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاث ضوابط: أحدهما أساسي وهو قانون إرادة المتعاقدين، وآخران احتياطيان وهما قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد².

¹- أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 124.

²- د. أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، دار هومة، الجزائر، 2002، ص 302.

هذا ويلاحظ أن المشرع الجزائري بعد تعديل 20 جوان 2005 للقانون المدني تجنب

الانتقادات الموجهة سابقا للمادة 18 الفقرة الأولى، وأقر بمبدأ حرية اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق على العقد الدولي ولكن ربط حريتهم في الاختيار بضرورة وجود صلة حقيقية بين القانون المختار والعقد من ناحية أطرافه أو موضوعه، وهو ما ينبئ عن نزاهة الاختيار وجديته وأن الأطراف استعملوا هذه الرخصة في الإطار المسموح به قانوناً¹.

كما نلمس من قراءة الفقرتين الثانية والثالثة أن المشرع ركز على الرابطة العقدية في محل الموطن المشترك أو بالاستناد إلى قانون الجنسية المشتركة، وإلا فيطبق قانون محل إبرام العقد كحل نهائي وهو ما يسمى بقاعدة الإسناد الجامد².

وعلى ضوء المادة 18 المذكورة أعلاه، فإن اختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم بين المتعاقدين على شبكة المواقع الإلكترونية (web) أو من خلال الرسائل المتبادلة عبر البريد الإلكتروني فيتفقان عبر هذه الوسائط الإلكترونية على القانون الواجب التطبيق بعد الاتفاق على البنود العقدية الأخرى. ومن ثمة فإن مشاكل قانون الإرادة المتعارف عليها في العقود التقليدية تطرح نفسها أيضاً في التعاقد الإلكتروني، ذلك أن العلاقة التي اشترطتها المادة 18 من القانون المدني بين قانون الإرادة والعقد قد تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان التنفيذ. ولكن هذين المعيارين لا يعبران في جميع الأحوال عن علاقة جديّة بالعقد في التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر الإنترنت على وجه الخصوص³.

ذلك أن التعاقد الإلكتروني يفترض اتصال العقد بجميع الدول من خلال شبكة الإنترنت في آن واحد، فالسندات الإلكترونية تتميز بقابلية الانتقال عبر هذه الشبكات سواء المحلية أو الموسعة، فوجودها على شبكة الإنترنت يعطيها وصف الوجودية في كل مكان

¹ - أنظر: د. الطيب زروتي، المرجع السابق، ص 243.

² - د. علي سليمان، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 89.

³ - راجع: القاضي برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، دفعة 2003-2006، ص 34.

لتعدد التمرکز الجغرافي للمعلومات والعروض على هذه الشبكة¹. فالإنترنت نفسه هو وسط غير مادي إلكتروني يتم فيه إبرام العقد من دون أن يكون مرتبطاً بإقليم دولة معينة فضلاً على أن مكان تنفيذه لا يخلو من الصعوبة.

والملاحظ أن المنهج التقليدي لتنازع القوانين لم يعد ينسجم مع المعاملات التي تتم عبر الإنترنت ذو طبيعة غير مادية. فأغلب العلاقات العقدية التي تتم عبر هذه الشبكة هي علاقات تجمع بين أطراف تختلف جنسياتهم وأماكن إقامتهم وكذلك تتعلق بمواقع لا يعلم مكانها ولا مكان الجهة التي تديرها، ولا موقع الخادم الخاص بها، مما يجعل من الصعب حصر هذه العلاقة في إقليم دولة معينة ومنطقة جغرافية محددة، الشيء الذي جعل فكرة الحدود الجغرافية تزول وتتلاشى². فلم تعد الدولة قادرة على صد أو رفض ما يبث إليها من وراء الحدود، الأمر الذي أدى إلى إفلات هذه العلاقات من الخضوع إلى منهج الإسناد ومن يقود إليه من تطبيق القوانين الوطنية³.

ولا يجب أن يفهم من قراءة المادة 11 المذكورة أنفاً من القانون النموذجي الصادر من هيئة الأمم المتحدة المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أنه قد عالج مسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني بل تجنب ذلك ولم ينظمها إذ جاء في المذكرة الإيضاحية لنص المادة 11 بأن إغفال القانون التوجيهي لموضوع تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني كان بغية عدم المساس بالقانون الوطني الساري على تكوين العقد، ذلك أن أي نص يعالج هذه المسألة قد يتجاوز الهدف من القانون النموذجي الذي ينبغي أن يقتصر على النص بأن الرسائل الإلكترونية تحقق نفس الدقة القانونية التي تحققها وسائل الإبلاغ الورقية.

إن إدماج القواعد القائمة حالياً بشأن تكوين العقود بالأحكام الواردة في المادة 15 يهدف إلى تبديد عدم اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يتم فيها تبادل العرض أو القبول إلكترونياً⁴.

¹- د. مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص 56.

²- أنظر: د. ممدوح خالد إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص 310.

³- راجع: صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص 255.

⁴- راجع وثائق الأمم المتحدة، ص 45.

ويجب التنويه هنا أنه هناك فرق بين تحديد مكان انعقاد العقد وبين عملية تحديد مكان وصول الرسالة الإلكترونية، فالأول هو مسألة قانونية تتعلق بعملية تبادل التراضي بشقيه الإيجاب والقبول في حين يعتبر الثاني مسألة فنية تقنية لا تأثير لها على الناحية القانونية لمسألة مكان الانعقاد القانوني¹.

والظاهر أن هذا الطرح غير صحيح، فوصول الرسالة الإلكترونية يتضمن قبولاً كتعبير عن الإرادة إلكترونياً وبالتالي فتحديد مكان وصول هذه الرسالة وإن كان يبدو مسألة فنية تقنية فيمكن من خلاله تحديد مكان وصول القبول لوجود التلازم بين المسألتين، فالجانب التقني يكون دائماً قابلاً للتكييف القانوني.

هذا فضلاً على أن مبدأ سلطان الإرادة اعتمده أغلب التشريعات كضابط إسناد رئيسي في العقود الدولية لم يعد يتلاءم مع معطيات البيئة الإلكترونية التي يتم فيها التعاقد، خاصة وأن هذا المبدأ أدى إلى فقدان التوازن بين الأطراف في العقد نتيجة حدة الضغط على الطرف الضعيف من جانب الطرف القوي فأصبح هذا الوضع يشكل خطورة كبيرة على عقود الاستهلاك².

المطلب الثالث: الحلول البديلة.

إن المخاطر السابقة دفعت بالفقه إلى القول بإلزامية البحث عن قواعد موضوعية تحكم المجتمع الجديد الذي نشأ بفضل شبكة الإنترنت، حيث بدأت الجهود تبذل في هذا الإطار من قبل المنظمات العالمية والإقليمية لإيجاد حلول لهذه المشاكل بالبحث عن قانون ذو طبيعة عالمية بعيدة عن القانون الدولي الخاص³ من جهة ومحاولة إيجاد وسائل جديدة فعالة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، خاصة ما يتعلق منها بالقانون الواجب التطبيق

¹- راجع:

FALAISE (M), Réflexion sur l'avenir du contrat de commerce électronique, préc. p.6.

ذكره: فاروق الأباصيري، ص 68.

²- أنظر خلاف ذلك مع التفصيل: د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص 95.

³- د. مراد محمود يوسف مطلق، مرجع سابق، ص 148.

والاختصاص القضائي كالتحكيم والوساطة، لتتجاوز بذلك الإنترنت نفسه ضمن ما يعرف بالتسوية الإلكترونية أو المحاكم الإلكترونية¹.

كما أنه لم يعد لمكان إبرام العقد دوراً تلقائياً في تحديد القانون الواجب التطبيق على شكل العقد. فالمادة 09 الفقرة الثانية من معاهدة روما المؤرخة في 08 جوان 1980 والتي دخلت حيز التنفيذ في فرنسا منذ أول أبريل 1991، تعتبر العقد صحيحاً من حيث الشكل إذا استوفى الشروط المنصوص عليها في إحدى دول موطن أحد المتعاقدين².

ولقد شكك بعض الشراح في جدوى هذه القاعدة في العقود الإلكترونية فهذه الأخيرة لا يمكن اعتبارها بداية عقوداً رسمية، ولا تخضع لقواعد إثبات خاصة، وليس من المؤكد أن تعتبر الوسيلة الإلكترونية لنقل المعلومات شكلاً بالمفهوم القانوني³، ولا شك أن هذا الرأي جاء في وقت لم يكن فيه من المتصور أن تبرم العقود الرسمية إلكترونياً⁴.

ومما يزيد من صعوبة تطبيق القواعد المذكورة آنفاً على التعاقد الإلكتروني أن العديد من النظم القانونية لا تتضمن حتى الآن تشريعات منظمة لمسائل تقنية المعلومات والمعاملات الإلكترونية الأمر الذي يؤثر سلباً على معرفة وتحديد قانون الإرادة في ارتباطه بدولة واحدة وكذا مسألة الاختصاص القضائي⁵.

كما يضيف البعض من رجال الفقه على أن العقود الإلكترونية صنعت لنفسها مجال خاص ينأى عن الخضوع لقواعد القانون الدولي الخاص ويرجع سبب ذلك إلى أن هذا الوليد الجديد من العقود لا يتلاءم مع قواعد الإسناد ومبدأ الإقليمية القوانين، فهذا الأخير يستحيل تطبيقه في العالم الافتراضي، كما أن المفاهيم التقليدية للاختصاص التشريعي

¹- راجع: د. يونس أعراب، منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 07.

²- أنظر:

BLAISE (E): Le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert internet, mémoire de D.E.A Université Paris V, Faculté de droit.

³- راجع: ITEANU, op.cit, p.38.

⁴- د. صابر عبد العزيز سلامة، المرجع السابق، ص 137.

⁵- المحامي يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 16.

والقضائي التي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول وأقاليم يفصل بينهما حدود سياسية وجغرافية لا تتلاءم مع مجتمع إلكتروني لا يعترف بالحدود¹.

فإذا كان أطراف التعاقد الإلكتروني وإن تم عن بعد قد وقع في بلد واحد ولم يكن يشمل على العنصر الأجنبي فإن الأمر لا يثير مشكلة في تحديد القانون الواجب التطبيق، لأنه في هذا الفرض فإن معظم القواعد الواجب تطبيقها على هذا التعاقد هي ذاتها القواعد العامة المطبقة على سائر العقود لقانون ذلك البلد الذي تم فيه². ولكن الصعوبة تتعلق بالإيجاب الإلكتروني عندما يتعدى الحدود الإقليمية لدولة واحدة ويرسل إلى أماكن مختلفة تتجاوز هذه الحدود وكانت الأماكن المرسل إليها تتعدى صورها كأن تكون الشركة الموجبة صاحبة العرض قائمة على الشبكة في مكان معين في حين أن مقرها يتواجد في مكان آخر وقد تكون الشركة القائمة على إدارة الموقع مجرد وسيط يتلقى الطلبات لتحويلها إلى الشركة صاحبة المنتج محل التسويق والتي تقوم بكل الالتزامات التعاقدية، من هذا المنطلق يكون من الصعب تحديد المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول³.

ومع اتساع رقعة التجارة الإلكترونية وتسارع نموها عبر الحدود وتأكيد عدم نجاعة وملائمة القوانين الوطنية لحل منازعات العقد الإلكتروني وتحديد القانون الواجب التطبيق، فإنه تم طرح واقتراح بعض الحلول لأجل امتصاص مشكلة تحديد القانون الواجب التطبيق. و نذكر على الأخص ضرورة صياغة قانون موضوعي يتضمن قواعد المعاملات الإلكترونية و كذا اعتماد آلية التحكيم الإلكتروني و هذا على النحو التالي:

الفرع الأول: صياغة قانون موضوعي إلكتروني موحد

يعد القانون الموضوعي أحد تطبيقات المنهج المباشر في القانون الدولي الخاص كما يعد منها مستقلاً عن منهج التنازع بحيث يقوم إلى جانبه و يتعايش معه بل و ينافس في

¹- راجع:

NICOLE TORTELLO et PASSCOL, LOINTIER, Internet pour les juristes, Paris V, Faculté de droit, 1996- 197, p.35.

²- د. محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 92.

³- أنظر: د. بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص 149.

حل مشاكل الحياة الدولية¹، و يعتمد هذا القانون على التطبيق المباشر للقواعد المادية التي تحكم العلاقات الخاصة الدولية و هو بذلك يستغني عن القواعد الإسناد غير المباشرة².

البند الأول: تعريف القانون الموضوعي الالكتروني.

يعرف القانون الموضوعي أو المادي بأنه: " القانون الذي يضع مباشرة تنظيمًا موضوعيًا خاصًا و مستقلاً عن حلول القوانين الوطنية للمعاملات القانونية بالنظر إلى صفتها الدولية، فالتنظيم الذي يحتويه عبارة عن مجموعة حلول و قواعد موضوعية خاصة بالعلاقات ذات الطابع الدولي و متميز عن القانون الداخلي الذي يحكم العلاقات الوطنية³.

وفي بيئة الانترنت فإن القانون الموضوعي الالكتروني الدولي و عملياته هو كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليات التي تتم عبر الانترنت⁴، و يشير البعض إلى أنه في هذا المجال الالكتروني يمثل مجموعة من القواعد التي تهدف إلى تنظيم الأنشطة التي تمارس في الفضاء الالكتروني، فهو إذن يقدم مجموعة مماثلة لقواعد قانون التي تحكم العلاقات بين التجار في المعاملات الدولية⁵.

لذلك فإن القانون الموضوعي يستمد قواعده من العادات و الممارسات المقبولة التي نشأت و استقرت في المجتمع الافتراضي للانترنت و طورته المحاكم و مستخدمو الشبكة و حكومات الدول في مجال التكنولوجيا الاتصال و المعلومات⁶، وكذا التوصيات و الاتفاقيات الدولية في مجال تكنولوجيا المعلومات و أدواتها، مثاله: توصيات منظمة التعاون و التنمية الأوربية (O.C.D.E) حول حماية الحياة الخاصة و تدفق المعلومات ذات الطابع الشخصي عبر الحدود سنة 1980، كما يستمد هذا القانون⁷ قواعده من القوانين

¹- راجع : صلاح علي حسين ، المرجع السابق، ص238.

²- أنظر: د. هشام علي صادق، المرجع السابق، ص325.

³- أ. درار نسيمية ، المرجع السابق، ص206.

⁴- راجع : د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص48.

⁵- د. فاروق الأباصيري ، المرجع السابق، ص135.

⁶- راجع : TRUDEL (P) , La lex Irx electronic , Accessed June 04. 2111. Sur: :

www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/lexe_lect/ronicaturdel.pd

⁷- عن خصائص هذا القانون الموضوعي و مصادره راجع تفصيلاً عنه : د.صلاح علي حسين ، المرجع السابق، ص242.

القوانين النموذجية التي تتضمن تحديد القواعد التي قد تتبناها الدول عند تنظيم التجارة الالكترونية كما هو الحال في قانون النموذجي للتجارة الالكترونية 1996 و القانون النموذجي للتوقيعات الالكترونية لسنة 2001.

البند الثاني: حدود خضوع التعاقد الالكتروني للقانون الموضوعي

كان البعض قد وجه انتقادات لهذا القانون النظام القانوني بحجة أن مفهوم النظام القانوني لا ينطبق على القانون الموضوعي إذ يغيب وجود هذا التجانس، مما يؤدي إلى صعوبة خلق وحدة اجتماعية التي يحكمها هذا القانون¹، غير أن هذا النقد سرعان ما تبدد بدليل أن التباين في المصالح بين الجماعات أو الطوائف المهنية داخل مجتمع الانترنت تعد من مقتضيات العمل التجاري بل و من عوامل وحدته وليس انقسامه كما يتوهم البعض، حيث يبقى دائما حد أدنى من المصالح بين تلك الجماعات يدفعهم إلى التضامن سعياً لتحقيقها².

كما عاب البعض على هذا القانون أن قواعده لا تتضمن الجزاء الذي يكفل احترامها حتى و إن وجدت فتبقى جزاءات غير فعالة و مرده أنها قواعد مستمدة من الإرادة الذاتية للمهنيين و المتعاملين مع الشبكة بحيث يعتمد تطبيقها على إرادتهم³.

و يزداد الطين بلة وجود المنافسة الشرسة بين الشركات التجارية التي تستخدم شبكة الانترنت فهي في تعاملاتها لا تراعي إلا مصالحها الذاتية دون المصلحة العامة ، الأمر الذي يتطلب تدخل الدولة لإقامة التوازن بين المصالح الخاصة للمتعاملين عبر الشبكة و بين المصلحة العامة ولا يتحقق ذلك إلا من خلال الردع بتوقيع الجزاءات القانونية و هو ما يفتقده القانون الموضوعي⁴.

أن هذا الزعم بغياب الجزاءات الفعالة في القانون الموضوعي الالكتروني لا يمكن التسليم بصحته ذلك أن فكرة الربط بين النظام القانوني و الجزاء الذي تكفله الدولة بما تملكه

1- د. عادل أبو هشيمة ، المرجع السابق، ص148.

2- د. صلاح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص210.

3- د. أحمد عبد الكريم سلامة ، المرجع السابق، ص213.

4- أنظر: د. أشرف وفا محمد، المرجع السابق، ص209.

من وسائل الجبر و القهر هي فكرة غير مطلقة إذ يكفي أن يشعر الأفراد بأهمية القاعدة القانونية و ضرورتها لتنظيم المجتمع¹.

فتطبيق القانون الموضوعي أو المادي لا يحتاج إلى تدخل السلطة العامة² أي أنه قانون تلقائي التطبيق³، وتتحقق تلك التلقائية من ناحية رضا الأطراف مقدما به و بالتالي التزامهم طوعا بها . و من تم فهم الذين أرسو دعائمه و وضعوا قواعده الأولى بممارستهم و عاداتهم، ومن ناحية أخرى فهو قانون يلاءم طبيعة و مقتضيات التعاملات عبر الشبكة.

وعليه فإن كل الانتقادات التي وجهت إلى قواعد القانون الموضوعي كقانون مقترح لحكم المعاملات الالكترونية و خاصة تلك التي تتم عبر الانترنت يجب أن لا تأخذ محمل جد بل يتعين التريث في الحكم على هذا القانون لأن ذلك من شأنه وأد الفكرة و إجهاضها في المهد و أي حكم سلبي على فعاليته يكون أمرا سابقا لأوانه⁴، إذ تبقى قواعد القانون الموضوعي الالكتروني مصدرا هاما للقواعد التي تطبق على المجتمع المعلوماتي دون إهدار للسيادة الوطنية للدول.

إن وجود قانون موضوعي خاص بالمعاملات الإلكترونية⁵ من شأنه أن يؤدي إلى إزالة المشاكل الخاصة باختيار القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني وتنظيم حركة التجارة الدولية الإلكترونية، ويتم صياغة هذا القانون الموحد من خلال وضع صياغة لكل المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية عن طريق المنظمات والهيئات الدولية وذلك بتجميعه في نظام قانون متماسك ومستقل عن القوانين الوطنية⁶. على أن يعهد القيام بهذا التجميع لهيئة دولية ذات سلطة ونفوذ يكون لها اختصاص ودراية بالجوانب القانونية للمعاملات

¹- د. صلاح المنزلاوي ، المرجع السابق، ص211.

²- ما يميز القانون المادي أو الموضوعي أنه لا يصدر عن سلطة رسمية كما هو الحال في القوانين الوضعية ذلك أن الانترنت شبكة لا تتبع سلطة دولة معينة تهيمن على نشاطها فهو قانون عابر للحدود. حول ذلك راجع: أ.درار نسيمه، المرجع السابق، ص206.

³- التلقائية تفيد أن القانون الوضعي لا يحتاج لتدخل الدولة فهي تجعل قواعده مرنة تتبع من معطيات واقعية تعكس حاجات المتعاملين عبر الشبكة الدولية تتأثر بكل ما يطرأ على الفضاء الالكتروني الافتراضي من مؤثرات تكنولوجية أو اقتصادية. أنظر: .

⁴- أنظر: ديونس عرب ، العقود الالكترونية، المرجع السابق، ص15.

⁵- المقصود بالموضوعية في هذا القانون هو تضمنه لقواعد تحكم موضوع النزاع دون الارتباط بمكان معين.

⁶- د. فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 279.

الإلكترونية كهيئة الأمم المتحدة التي تتمتع بقدرة ترسيخ الشعور الدولي على احترام قواعد هذا القانون¹ على غرار اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع الصادر في 1980 واتفاقية روما الصادرة في 1980/06/19 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية².

الفرع الثاني: قضاء التحكيم الإلكتروني.

نظرا لشيوع استخدام تقنيات المعلومات و الاتصالات و إبرام العقود وتنفيذها أحيانا ، تزايد عدد الحالات التي ينشأ عنها نزاعات بين مستخدمي الشبكة و مزودي خدمة الوصول للشبكة من جهة ، و مقدمي الخدمة و الشركات بوجه عام من جهة أخرى من جهة أخرى³، فظهرت فكرت تسوية ما قد ينشأ عن استخدام هذه التقنية من منازعات و ذلك من خلا استخدام ذات التقنية لتكون التسوية عبر شبكة الاتصال الإلكترونية دون أن يستلزم تواجد مادي لأطراف النزاع أو التسوية سواء المتقاضين أو الأشخاص المنوط لهم حسم النزاع و هو ما عرف بالتحكيم الإلكتروني⁴.

البند الأول : تعريف التحكيم الإلكتروني

وقع اختلاف فقهي حول تعريف التحكيم الإلكتروني وانقسم إلى اتجاهين الأول موسع يرى أن الوسيلة المستعملة في اتفاق وإجراءات التحكيم هي ما يضيف عليه الصفة الإلكترونية و بالتالي فإن ما يميزه عن التحكيم التقليدي هي الوسيلة الإلكترونية⁵ و لكنهم اختلفوا في مسألة اشتراط تمام التحكيم بأكمله بوسيلة إلكترونية لإضفاء عليه الصفة الإلكترونية أم يكفي استعمال وسائل الكترونية في أية مرحلة من مراحل فقط⁶ ؟.

¹ - أنظر: د. حفيظ الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003، ص 475.
² - إن اتفاقية فيينا للبيع الدولي عاجلت مسألة زمان العقد في حين لم تشر إلى مكان انعقاده في حين أن اتفاقية روما تحدثت عن مكان انعقاد العقد.
³ - د.صلاح علي حسين، المرجع السابق، ص257.
⁴ - راجع : يونس عرب ، العقود الإلكترونية ، أنظمة الدفع و السداد الإلكتروني، المرجع السابق، ص44.
⁵ - أنظر: د. محمد عماد الدين ، طبيعة و أنماط التحكيم عبر الانترنت ، موقع المؤتمر التجاري الدولي ، منشور على الموقع التالي: http://slconf.uaeu.ac.ae/arabic_research.asp
⁶ - أ.رجاء نظام حافظ ، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير في القانون الخاص كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس ، فلسطين، 2009، ص10.

يرى الاتجاه الأول بأن: التحكيم يعد الكترونيا سواء تم بأكمله عبر وسائل الكترونية أم اقتصر على بعض مراحل فقط و أي كانت المرحلة التي تستخدم فيها الوسيلة الالكترونية، إذ يمكن اقتصار استخدام هذه الوسيلة في مرحلة إبرام اتفاق التحكيم أو في مرحلة خصومة التحكيم في حين تمت المراحل الأخرى بالطرق التقليدية¹.

أما الاتجاه الثاني فيرى: أن التحكيم لا يكون إلكترونيًا إلا إذا تم بأكمله عبر وسيلة إلكترونية إذ ينبغي أن يبدأ التحكيم باتفاق التحكيم الإلكتروني و يمر بإجراءات التحكيم تتم باستعمال وسائل الاتصال الالكترونية إلى أن ينتهي بإصدار حكم الكتروني²

أما الاتجاه المضيق و هو الاتجاه السائد يرى أنه لا يمكن وصف التحكيم بأنه إلكتروني لمجرد استخدام الانترنت في إجراءاته بل يجب أن صفة العملية التي يتم على إثرها التحكيم هي المعيار المحدد للطبيعة الالكترونية له ، بحيث يكون النزاع قد نشأ بسبب نشاط أو صفقة أبرمت بوسيلة الكترونية³.

ويغلب العديد من الفقهاء الاتجاه المضيق على الاتجاه الأول لأن التحكيم التقليدي أصبح لا يخلو من استعمال الوسيلة الالكترونية في مرحلة من مراحلها كان يتم تبليغ احد الأطراف أو إرسال الوثائق عبر البريد الالكتروني فمثل هذه التقنيات الاتصال الحديثة أصبح لا غنى

¹ - راجع:

GRAHAM (J -A) , Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel, thèse pour obtenir le grade de docteur, discipline droit privé et sciences criminelles, Université PATHEON- SORBONNE, PARIS, 2001, p 217

² - راجع:

SCHULTZ(T) , Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne, L.G.D.J, 2005, p 183 .

³ - راجع:رجاء نظام حافظ، المرجع السابق، ص11.

عنها في ظل العولمة و تطور التكنولوجيا و مع ذلك يبقى تحكيما تقليديا مادامت كل مراحلها لا تتم الكترونيا¹.

و عليه يعرف التحكيم الإلكتروني بأنه وسيلة من وسائل تسوية وفض النزاع دخلت فيها الوسائل الإلكترونية كبديل لاجتماع المحكمين و أطراف النزاع في مكان واحد بحيث يتم تداول كل موضوع النزاع عن طريق الوسائط الإلكترونية².

كما عرف أنه: " أسلوب الذي يتفق بموجبه الأطراف على إخضاع منازعاتهم الناشئة عن صفقات أبرمت ، في الغالب الأعم ، بوسائل إلكترونية إلى شخص ثالث يفصل فيها بموجب سلطة مستندة و مستمدة من اتفاق أطراف النزاع و باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، تختلف عن الوسائل التقليدية المستخدمة في التحكيم التقليدي"³. أو هو نظام قضائي من نوع خاص يتفق بموجبه الأطراف على إحالة النزاع و بشكل اختياري إلى طرف ثالث محايد يسمى (مقدم خدمة التسوية الإلكترونية) لتعيين شخص أو عدة أشخاص (هيئة التحكيم) لتسوية النزاع باستخدام وسائل الاتصال الحديثة وفقا لقواعد تنظيمية ملائمة لموضوع النزاع و أسلوب التسوية، وذلك لإصدار حكم ملزم للأطراف⁴.

البند الثاني : مزايا و عيوب التحكيم الإلكتروني

يوفر التحكيم الإلكتروني لأطرافه العديد من المزايا نظرا للبيئة الإلكترونية التي يتم فيها ، و لكنه شأنه كأية آلية حديثة له مآخذ و عيوب يمكن جمعها في الآتي:

الفقرة الأولى: المزايا

¹- أنظر:د. حسام الدين فتحي ناصف ، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دراسة على ضوء الاتفاقيات الدولية، دار النهضة العربية ، القاهرة، مصر، 2005، ص15.
²- أنظر:د.محمد حته، التحكيم الإلكتروني كأحدث طرق الحل، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.ARABLAW.org
³- راجع:د.سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004، ص.
⁴- أنظر: د. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الأول ، السنة الثامنة و الأربعون، مصر، 2006 ، ص12.

* السرعة في إيجاد حلول و حسم النزاع في مدة قصيرة مما يتلاءم مع الديناميكية الحركية للتجارة و يناسب حسم النزاعات بين التجار و المستهلكين و بين المستهلكين فيما بينهم بعيدا عن إجراءات التقاضي الطويلة و المعقدة التي تميز التحكيم التقليدي¹.

* المساهمة في خفض التكاليف و المصاريف المرتبطة بعملية التحكيم ، إذ يجنب أطراف التحكيم و الشهود في تحمل نفقات التنقل و السفر و الإقامة في الفنادق بالإضافة إلى رسوم المحاكم و الخبرة وهو ما يتناسب مع حجم العقود الدولية الالكترونية².

* يعد التحكيم الالكتروني حلا مناسباً لتجاوز مشاكل تنازع الاختصاص القضائي والقانوني في منازعات عقود التجارة الالكترونية خاصة أمام صعوبة توطين العلاقات القانونية التي تجري في إطارها باعتباره من طائفة العقود الدولية تعتمد على شبكة الانترنت المفتوحة على العالم بأكمله من جهة ، و لقيامه على الإرادة الحرة للمتنازعين في اختيار المحكم و تحديد القانون الذي يحكم موضوع النزاع³.

* إن التحكيم الالكتروني كوسيلة بديلة لحل النزاعات الكترونياً و خاصة العقود المبرمة عبر الانترنت يقدم خدمة كبيرة فيما يتعلق بتقريب المسافات إذ أن أغلب المنازعات التجارية الالكترونية تتم بين أطراف تختلف جنسياتهم و تتباعد أماكن إقامتهم⁴. و بالتالي فهو يحسم النزاعات في مناطق جغرافية بعيدة و منعزلة التي يصعب على الأطراف السفر إليها، وفي الحالة التي لا يرغب الأطراف التقابل فيها وجها لوجه إذ لا يلزمهم التواجد المادي و إنما فقط الحضور الافتراضي عبر شبكة الانترنت⁵.

¹ - أنظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص 253.

² - راجع: بوديسة كريم ، التحكيم الالكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير تخصص قانون التعاون الدولي، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012/6/02/20، ص21.

³ - راجع : د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الالكتروني، الوسائل الالكترونية لفض النزاع، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009 ص58.

⁴ - راجع: د. ممدوح خالد إبراهيم، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص252.

⁵ - أنظر: د. محمد أمين الرومي ، النظام القانوني للتحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006، ص93.

* يتسم التحكيم الإلكتروني بصفة الملاءمة التي تبرز من خلال بقاءه متاحا للأطراف النزاع على مدار أربعة و عشرون ساعة و في كل أيام الأسبوع مما يسمح للمتخاصمين من إرسال مستنداتهم و تقديم طلباتهم في أي وقت دون التقيد بفترات زمنية محددة كما هو عليه الحال في المحاكم التقليدية ، وممارسة التحكيم الإلكتروني في أي مكان سواء في العمل أو البيت أوفي أي مكان آخر¹.

* غالبا ما تتميز المنازعات التجارية الإلكترونية بجانبها الفني و التقني البالغ الدقة الذي يصعب على أهل القانون بصفة عامة و القضاة بصفة خاصة فهم تفاصيلها لنقص الخبرة في موضوع النزاع مما يضطرهم إلى الاستعانة بالخبراء، وهذا ما ينجر عنه زيادة النفقات على الأطراف و الإطالة في مدة الخصومة ولكن أنظمة التحكيم الإلكتروني لا تتطلب كل هذا أو تشتت في المحكم للفصل في المنازعة أن يكون قانونيا بل يكفيه الخبرة الواسعة والإلمام بمجال المنازعة المعروضة على التحكيم الإلكتروني مما يضمن مواكبة أحكام التحكيم تطور التجارة الإلكترونية في المجال الفني و القانوني².

البند الثاني: عيوب و سلبيات التحكيم الإلكتروني.

إذا كان التحكيم الإلكتروني يحقق كل هذه المزايا السابق بيانها إلا أنه تعثره بعض السلبيات و العيوب نظرا لحدثة نشأته و من أبرزها نذكر:

* من الدوافع المهمة في اللجوء إلى التحكيم كبديل عن القضاء العادي هو الحفاظ على السرية و عدم سير جلساته و النطق بأحكامه في جلسات علنية مفتوحة للجميع ، غير أن التحكيم الإلكتروني لا يحقق هذه السرية المبتغاة لأنه يتم عبر شبكة الانترنت التي أضحت تتعرض للاختراق و التخريب و القرصنة³. مما يشكل تهديدا لسرية التحكيم و الأسرار التجارية لأطراف النزاع⁴.

1 - أ.رجاء نظام حافظ، المرجع السابق، ص16.

2 - أنظر: د.خالد ممدوح إبراهيم، التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص251.

3 - عن مفهوم القرصنة و المخربين راجع: ، ص

4 - أنظر أكثر تفصيل: د.محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص66.

* رغم التطور الذي عرفته التجارة الالكترونية إلا أنه لا يوجد نظام قانوني خاص على مستوى الدولي بشأنها¹، مما يجعلها تخضع لقوانين وطنية مختلفة و متعارضة، كما يتعذر على التحكيم الالكتروني استفاء الشكليات و الشروط التي تتطلبها التشريعات الوطنية و الدولية و التي وضعت أصلا لحكم المعاملات التجارية التقليدية ذات الطابع المادي ، ففي هذه الحالة يكون التحكيم الالكتروني غير مجدي و لا يمنح لأحكامه و تنفيذها الشرعية المعترف بها لقرارات التحكيم التقليدي².

* يعاب كذلك على التحكيم الالكتروني هو وجود التفاوت بين دول العالم في استخدام تكنولوجيا الاتصالات ، فالأشخاص في الدول النامية لا يحصلون على نفس المستوى المناسب للاتصالات السلكية و اللا سلكية بقدر ما يتمتع به أفراد الدول المتقدمة ، فهذه الفجوة الرقمية بين دول العالم تعد من أبرز معوقات نجاح التحكيم الالكتروني و تعميم استخدامه كبديل لفض و تسوية منازعات التجارة الالكترونية³.

و الحقيقة أن ظهور التحكيم الالكتروني كان نتيجة طبيعية لظهور شبكة الانترنت كوسيلة رئيسية لعقد العديد من العقود و الصفقات التجارية و سوقا للمعاملات التجارية، وقد تمكنت شبكة الانترنت كسوق تجارية من إيجاد تنظيم قانوني لها على مستوى الدولي في صورة اتفاقيات دولية كالقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 و التوجيهات الأوروبية مثل التوجيه الأوربي رقم 2000-31 الخاص بالتجارة الالكترونية، أو على مستوى الوطني في صورة تعديل لأحكام القانون المدني في بعض الدول لتتماشى نصوصه مع خصوصية التجارة الالكترونية، وإذا كانت شبكة الانترنت أن تجبر المشرع الدولي و

¹ - هناك قانون الأونسترال النموذجي لهيئة الأمم المتحدة الصادر في 11 ديسمبر 1985 المتعلق بالتحكيم التجاري الدولي المعدل في ديسمبر 2006 ثم 2010 و للاطلاع علي راجع الموقع التالي : http://www.uncitral.org/uncitral/ar/uncitral_texts/arbitration/1985Mode

² - راجع : د. خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني، المرجع السابق، ص 255. و كذلك: أرجاء نظام حافظ، المرجع السابق، ص20.

³ - الفجوة الرقمية هي الفارق بين من لديهم إمكانيات باستخدام الحاسوب و من هم أقل حظا من هذه الناحية راجع في ذلك : د.طلال أبو غزالة ، الجمعية الدولية للملكية الفكرية و أهمية العلامات التجارية الفجوة الرقمية، ص 07 ،مقال منشور على الرابط التالي: www.tagorg.com/download.file.aspx?file-ide=127.

الوطني من إصدار قوانين التي تتلاءم مع طبيعتها و خصوصيتها، فليس من المستغرب إذا أن يخلق التحكيم الإلكتروني هو الآخر نصوص قانونية جديدة و شاذة لفض المنازعات التي تنشأ عن التجارة الإلكترونية¹.

ولهذا سعت العديد من المنظمات و الجمعيات الدولية إلى تقديم مشاريع و تجسيد تجارب تقدم من خلالها خدمات لحل منازعات التجارة الإلكترونية وفقاً لأسلوب التحكيم الإلكتروني، كنظام "القاضي الافتراضي"² الذي يمكن من خلاله إجراء التحكيم عبر شبكة الانترنت و كذا المحكمة الفضائية³ التي تقدم الوساطة و التحكيم من بدايتها إلى نهايتها عن طريق وسائط الكترونية، و كذلك نظام "التحكيم السريع" المكرس من طرف المنظمة العالمية للملكية الفكرية⁴ (W.I.P.O) التي تجسد فكرة عملية التحكيم الإلكتروني.

ويهدف التحكيم الإلكتروني إلى تأمين بيئة العمل الإلكتروني وما يتصل بها من خلال تسوية أو حل المنازعات الإلكترونية القائمة وتقديم الخدمات الاستشارية التي من شأنها منع حدوث المنازعات من أجل مجتمع رقمي معافى وذلك من خلال ما يلي:

- تقديم خدمات التحكيم عن طريق محكمين خارجيين عبر وسائط إلكترونية لتسوية النزاعات الناشئة عن علاقات قانونية عقدية كانت أو غير عقدية.

¹- أنظر: رفعت فضل محمد الراعي، النظام القانوني للتحكيم الإلكتروني في التجارة الإلكترونية، رسالة الماجستير، أكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، قسم القانون الخاص، قانون التجارة و الاستثمارات الدولية 2013، ص 120. متاح على الرابط التالي: <http://library.nauss.edu.sa>

²- و هو فكرة أمريكية تم إرساء دعائمها في مارس 1996 من قبل أساتذة مركز القانون و أمن المعلومات الموجود على الرابط التالي: <http://vmag.law.vill.edu:8080/>

³- نشأت هذه المحكمة في كلية الحقوق بجامعة مونتريال الكندية في سبتمبر 1996. ووفقاً لنظام هذه المحكمة تتم كافة الإجراءات إلكترونياً على موقع المحكمة الإلكتروني، بداية من طلب التسوية مروراً بالاجراءات إنتهاء بإصدار الحكم و تسجيله على موقعها الإلكتروني الموجود على الرابط التالي: <http://www.cybertribunal.org>

⁴- الويبو هي المنتدى العالمي للخدمات و السياسة العامة و التعاون و المعلومات في مجال الملكية الفكرية و الويبو وكالة من وكالات الأمم المتحدة التي تمول نفسها بنفسها و يبلغ عدد أعضائها 187 دولة عضواً.

و مهمتنا الاضطلاع بدور ريادي في إرساء نظام دولي متوازن وفعال للملكية الفكرية يشجع الابتكار و الإبداع لفائدة الجميع. وترد ولايتنا و هيئاتنا الرئاسية و إجراءاتنا التنظيمية في اتفاقية الويبو التي أنشئت بموجبها الويبو في عام 1967. راجع موقع التالي: www.wipo.int

- تقديم الخبرة الاستشارية في المعاملات الإلكترونية مثل الاستجابة لطلب جهات معينة لتكملة عقد معين به بعض أوجه النقص أو لمراجعة أحكام عقد معين في ظل ظروف معينة أو تقديم الخبرة الاستشارية في النظم والتقنية المعلوماتية والمحاسبة التطبيقية للجهات القانونية¹.

الخاتمة:

إن تزايد الصفقات والتعاملات التجارية أدى إلى تزايد المشكلات والتحديات القانونية بشأن ضوابط إبرام العقود، فتكنولوجيا المعلومات والاتصالات ساهمت بشكل كبير في تحول أنماط العمل في مختلف الأنشطة. الأمر الذي أدى إلى بروز التجارة الإلكترونية التي شهدت نقلة نوعية في إتمام المعاملات من خلال الاعتماد على الوسائل الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت بما في ذلك الخدمات التجارية كالتبادل الإلكتروني للبيانات والتحويلات الإلكترونية للأموال والبريد الإلكتروني.

فقرءة للأبعاد القانونية لظاهرة التجارة الإلكترونية أكدت إمكانية الاستغناء عن بعض الأدوات والمستلزمات المادية التي ترسخت في التجارة التقليدية مما يتطلب إعادة النظر في المفاهيم ذات الطابع المادي، هذا الأخير الذي بدأ في التراجع وحلت محله ثروة المعلومات والمعرفة ذات الطبيعة غير المادية².

وإن كان البعض يرى أنه يمكن الاكتفاء بالقواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني لإسقاط حكمها على التعاقد الإلكتروني وذلك لأن هذه الأخيرة ليست أكثر من تحقيق لفكرة التعاقد بين الغائبين، فإن هذا القول ينطوي على نظرة قاصرة لأن هناك أبعاد تنظيمية أفرزته الوسائل التقنية والتكنولوجية من أنماط جديدة للعلاقات القانونية وتحديداً في حقل التجارة الإلكترونية مستغلة ما وفرتة هذه الوسائل من قدرات اتصالية لأشخاص متباعدين مكاناً، فإن ذلك جعل الوليد الجديد من العقود يثير العديد من التساؤلات بدءاً من مسألة

¹ - حفيظة الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، طبعة 1998، ص 14.

² - د. هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 459.

مشروعيته والصور الخاصة للإيجاب والقبول وطرق تطابقهما وتحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد¹.

الأمر الذي أدى (من خلال هذه الدراسة) إلى تأكيد على خصوصية التعاقد الإلكتروني وتميزه عن العقود التقليدية ذلك يطرح بعض المسائل لا تجدي القواعد العامة لنظرية العقد في التصدي لها، ويمكن جمع هذه المواطن في النقاط التالية:

- غياب نصوص قانونية تنظم مرحلة التفاوض الإلكتروني بالرغم من الأهمية القصوى لهذه المرحلة الأساسية وكثرة شيوعها بين الناس كما هو الحال بشأن تحديد مسؤولية المفاوض الإلكتروني ومجالها، لذا يستحسن أن يهتم المشرع الجزائي بهذه المرحلة²، وأن يتبنى واجب التفاوض بحسن النية بنصوص صريحة وواضحة، كما يستوجب عليه ضرورة تنظيم تصرفات الأطراف خلال فترة التفاوض بإقرار ضمانات التفاوض وحماية الطرف الضعيف وذلك من خلال النص على حرية كل طرف في المفاوضات وترتيب مسؤولية على كل مفاوض يتسبب في قطعها أو العدول عنها بدون سبب جدي أو بسوء نية.
- غياب التجسيد المادي للبنود العقدية في وعاء تقليدي محسوس سواء وقت إبرام العقد أو أثناء تنفيذه قد يؤدي دون ادنى شك إلى مشكلة مدى إمكانية انسجام هذا الوسط الجديد مع المفاهيم التقليدية للعقد والتي تعتمد على الوثيقة الورقية المادية³.

وحذر البعض أنه إذا لم يدرس أثر استخدام التكنولوجيا الجديدة على الطبيعة القانونية للحقوق بشكل كاف، فإنه قد ينتج عنه تحولات خطيرة بالنسبة للأدوات القديمة ويضربون على ذلك ثلاث أمثلة: المثال الأول يتعلق بلا مادية القيم المنقولة، والثاني يتعلق

¹ - د. يونس عرب، التشريعات والقوانين المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية، مقال مقدم في مؤتمر التكنولوجيات المصرفية العربية والدولية، في 28 و29 تشرين الأول 2002 بفندق الميريديان، عمان، الأردن.

² - بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة للتعاقد، مرجع سابق، ص 186.

³ - د. فاروق الأباصيري، مرجع سابق، ص 23.

بتأثير التسويات بين البنوك عن طريق الحوالة الإلكترونية على انتقال الديون، والمثال الثالث يخص التوقيع الإلكتروني¹.

- إن اعتماد المعاملات الإلكترونية في إبرامها وتكوينها على الوسائط الإلكترونية يفيد مشروعيتها واعتمادها كوكيل أو نائب عن المتعاقدين في إبرام العقد الإلكتروني، مما يستدعي إعادة صياغة أحكام الوكالة والنيابة في القانون المدني لجعلها تشمل الوسائط الإلكترونية بدلاً من اقتصارها على الأشخاص الطبيعيين².

- إن الطابع الدولي الذي يغلب على التعاقد الإلكتروني يفرض ضرورة تبني مفاهيم قانونية موحدة بشأن التجارة الإلكترونية بهدف إيجاد لغة قانونية مشتركة وتوحيد مصطلحات هذه التجارة لتسهيل شرعية المعاملات وتعزيز الثقة، مع السعي على تبنيتها في التشريعات الوطنية التي ستنظم المعاملات الإلكترونية في الجزائر مستقبلاً وذلك بالاسترشاد بأحكام القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية إذا أصبح هذا التنسيق ضروري بالنظر إلى عالمية التعاقد الإلكتروني لا سيما المبرم عبر الإنترنت خاصة أمام شيوع استعمال هذه الأخيرة باعتبارها شبكة مفتوحة للجميع.

- إن الإيجاب الإلكتروني لا يتوقف على وسيلة واحدة بل تتعدد صورته فقد يكون إيجاب يتم عرضه عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق المشاهدة أو المحادثة أو عبر مواقع الويب الإلكترونية، وهذا ما يستتبع صياغة نصوص قانونية تميز بين هذه الصور من التعبير عن الإرادة الإلكترونية.

- تفادي كل السلبات المأخوذة عن القبول الإلكتروني الذي يتم في صورة اللمسة الواحدة على زر الموافقة وذلك من خلال التأكيد على يتم هذا القبول من خلال الضغط مرتين على الفأرة المتصلة بجهاز الحاسوب وإما بإرسال وثيقة الأمر بالشراء إلى الموجب

¹ - انظر في تفصيل هذا الموضوع:

(F). DEKEUWER- DEFOSSEZ, "Tendances contemporaines du formalisme en droit commercial", Mélanges offerts à Charles Freyria Ester, avec le concours de la faculté de droit de l'université de Lille II, 1994, p. 53, spécialement, p. 64.

² - د. عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص 221.

و هذا تفاديا للشك حول التعبير عن إرادة الموجب له وأخطاء اليد¹. في حين أن مسألة السكوت ومدى اعتماده كقبول عن الإرادة، فإن ما جاءت به القواعد العامة في القانون المدني الجزائري ولا سيما المادة 68 منه لا يمكن تطبيقها على التعبير الإلكتروني كحالة استثنائية للسكوت للملابس.

- إن التعاقد الإلكتروني أعاد طرح إشكالية التعاقد بين الغائبين ذلك أن السمة البارزة لهذا النوع من العقود هو عدم التواجد المادي الملموس لأطراف العقد نتيجة استعماله للوسائط الإلكترونية، وتضاربت الآراء حول ما إذا كان العقد الإلكتروني عقد بين حاضرين أم بين غائبين، أم هو عقد يجمع بين الأمرين، أي مجلس عقد مختلط. ليستقر الأمر على أن تكييفه لا يؤخذ على إطلاقه بل يتحدد حسب ما إذا كان بين غائبين أم حاضرين كما يتحدد على حسب الوسيلة المستخدمة في التعبير عن الإرادة إلكترونياً، إذ يوجد فارق كبير بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول عن طريق المحادثة أو المشاهدة.

- إن التعاقدات والمعاملات التي تتم في بيئة إلكترونية تقوم على تبادل وتوافق الإرادتين مما يكرس مبدأ الرضائية الذي تنشده جميع النظم القانونية، غير أن عدم التلاقي المادي للطرفين يثير مسألة التثبيت والتأكد من شخصية وأهلية المتعاقدين، وكذا صلاحية من يمثل المؤسسات والشركات، الأمر الذي يستلزم اعتماد طريقة التوقيع والتوثيق والتشفير² مع إنشاء جهات التوثيق الإلكتروني المعتمدة لتوثيق التوقيع الإلكتروني بكل صوره، مع ضرورة إحاطة نظام التوثيق الإلكتروني والتشفير بقواعد قانونية ملائمة لضمان أداء وظيفتها على أكمل وجه³. مما يمكن المتعاقد من إبرام العقد عن بيئة من أمره ومدركاً لعواقب اختياره، الأمر الذي سيؤدي إلى التقليل من عيوب الرضا أو حتى إلغاؤها تماماً⁴، وبالنتيجة تحقيق الأمان القانوني وبعث الثقة لدى المتعاقدين.

¹ - راجع: القاضي برني نذير، المرجع السابق، ص 63.

² - انظر: د. نضال سليم برهم، المرجع السابق، ص 263.

³ - هادي يونس البشكاني، مرجع سابق، ص 461.

⁴ - راجع في ذلك: د. بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 272.

- ضرورة صياغة تشريع خاص بالمعاملات الإلكترونية في الجزائر يتماشى مع ما جاء به أحكام القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية، حتى يساير ويتناسق مع أغلبية التشريعات العربية والأجنبية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، لأن وجود هذا التناسق والتوحيد ضروري بالنظر إلى عالمية التعاقد الإلكتروني خاصة المبرم عبر شبكة الإنترنت التي أصبحت مفتوحة للاستعمال أمام الجميع وألغت الحدود الجغرافية بين الدول.

قائمة المراجع

أولا: المراجع باللغة العربية

(أ) المراجع القانونية

01- المراجع العامة :

- د. أحمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.

- د. أحمد عبد الرزاق السنهوري:

* الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، 1981.

* نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998.

* مصادر الحق في الفقه الإسلامي. الجزء الرابع. الطبعة الثالثة. دار النهضة العربية القاهرة.

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002.

- د. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، العقد، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2004.

- أحمد محمد الهوارى، حماية العاقد الضعيف في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.
- د. السيد أحمد عبد الخالق ، دراسة تحليلية في الجوانب الاقتصادية للإعلانات التجارية ، دار النهضة العربية، مصر، 1998.
- د. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول، تنازع القوانين، مطبعة الفسيلة، الجزائر، 2008.
- د. أنور سلطان ، مصادر الالتزام، الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية ، بيروت، 1983.
- د. بلحاج العربي :
- * النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004.
- *مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 2011.
- د. بوعبد الله رمضان ، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، دار الخلدونية ، القبة، الجزائر، ط. الأولى، 2007.
- د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، مصر، 2001.
- د. جلال حمزة المسؤولية الناشئة عن الأشياء غير الحية في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1988.
- جمال بوشنافة ، شهر التصرفات العقارية في التشريع الجزائري ، دار الخلدونية، 2000.

- د. حسن عبد الباسط الجميعي، إثبات التصرفات القانونية عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.
- د. حفيظ الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.
- خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة، 2002.
- د. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2001.
- د. حسام الدين عبد الغني الصغير، تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2001.
- د. حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضا المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- د. حفيظ الحداد، المبادئ العامة في تنازع القوانين، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2003.
- د. خالد عبد الفتاح محمد، حماية المستهلك في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- د. خليل أحمد حسن قدارة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الطبعة الرابعة، 2010.
- د. رأفت رضوان، عالم التجارة الالكترونية، دار الفكر الجديدة، القاهرة، مصر، 1999.

- أ. ذبيحة زيدان، الجريمة المعلوماتية في التشريع الجزائري والدولي، دار الهدى، عين
مليلة، الجزائر،؟؟؟؟

- د. سعيد جعفرور:

* تصرفات ناقص الأهلية المالية في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، دار هومة،
الجزائر، 2002.

* إجازة العقد في القانون المدني و الفقه الإسلامي ، دار هومة ، الجزائر، 2000.

- د. سعيد سعد عبد السلام، الالتزام بالإفصاح في العقود، دار النهضة العربية، 2000.

- د. عبد المنعم فرج الصدة، نظرية العقد في قوانين البلاد العربية، دار النهضة العربية،
بيروت.؟؟؟

- د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، الطبعة
الثانية، 2009.

- د. علي سليمان ، مذكرات في القانون الدولي الخاص، ديوان المطبوعات الجامعية ،
الجزائر، 1992.

- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، الجزائر، 2001.

- د. فضيل العيش ، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجديد، منشورات أمين،
الجزائر، 2009.

- د. عمر سعد الله، قانون التجارة الدولية، النظرية المعاصرة، دار هومة، الجزائر، الطبعة
الثانية، 2009.

- طارق عبد العال، التجارة الالكترونية، المفاهيم و التجارب و التحديات، الدار
الجامعية، 2007.

- أ. لبني مختار، وجود الإرادة و تأثير الغلط عليها في القانون المقارن، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1984.
- لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1990.
- أ. لزهر بن سعيد، النظام القانون لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة، الجزائر، 2012.
- د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية ، دار النهضة العربية ، القاهرة، 1998.
- د. محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، العقد والإرادة المنفردة، دار الجامعة، 2000.
- د. محمد حسن قاصد، التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية ، دار الجامعة الجديدة ، مصر.
- د. محمد حسنين:
- *الوجيز في نظرية الالتزام ،مصادر الالتزام، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، 1983.
- * عقد البيع في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.
- محمد سداوي ، القانون الدولي الخاص وتطبيقاته في النظام القانوني الجزائري، دار الخلدونية، الطبعة الأولى، 2009.
- د. محمد صبري السعدي ، الواضح في شرح القانون المدني ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر ، 2012.
- د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1988.

- مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989.

- د. منير محمد الجنيهي و ممدوح محمد الجنيهي ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، مصر.؟؟؟

- د. شريف محمد غنام، أثر الظروف في العقود التجارية الدولية، دار النهضة العربية، مصر، 2000.

- د. هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2001.

02- المراجع الخاصة:

- د. العبودي عباس ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني ، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للتوزيع و النشر ، عمان، 1997.

- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة " التراسل الإلكتروني " ، مطبوعات لجنة التأليف والتعريب والنشر، جامعة الكويت ، الطبعة الأولى ، 2003.

د. أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 2009.

- د. أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت، المكتبة القانونية، الأردن، 2002.

- د. أحمد أسامة بدر:

* حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.

- * الوسائط المتعددة بين واقع الدمج الإلكتروني للمصنفات وقانون حماية الحقوق ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- د. أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دراسة في القوانين النموذجية، دار الكتب المصرية، مصر، 2008.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد:
- * الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007.
- * خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ،مصر، 2003.
- د. أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2009.
- د. أشرف جابر سيد مرسي، مسؤولية مقدمي خدمات الإنترنت عن المضمون الإلكتروني غير المشروع، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2010.
- د. إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.
- د. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة، الأردن، 2010.
- د. بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر. 2011.
- د. جمال عبد الرحمان محمد علي ، المسؤولية المدنية للمتفاوض، نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الإنترنت، دون دار النشر، 2004.
- د. خالد ممدوح إبراهيم:
- * إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، مصر، طبعة 2007.
- * حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، القاهرة، مصر، 2007.
- * التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، ط 01، الإسكندرية، مصر، 2008.

- * أمن المستهلك الإلكتروني، الدار الجامعية، مصر، 2008.
- د. حسن عبد الباسط الجميحي، إثبات التصرفات القانونية عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- د. حازم الصمادي، المسؤولية في العمليات المصرفية الإلكترونية، دار النشر و التوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2003.
- داود علي بوجمعة، تقنيات التجارة الإلكترونية وتطبيقاتها على المؤسسة الجزائرية، دار الغرب للنشر والتوزيع، وهران، 2008.
- د. رضا متولي وهدان، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر و القانون، مصر، 2008.
- د. سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- د. سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، مصر، 2005.
- د. شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.
- د. شريف محمد غنام، التنظيم القانوني للإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، 2008.
- د. صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- د. صلاح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، 2008.
- د. صلاح علي حسين، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2012.

- أ. طارق عبد العال ،التجارة الالكترونية ،المفاهيم و التجارب و التحديات، الدار الجامعية،مصر، 2005.
- د.عباس العبودي ،التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ،1997.
- د. عماد حداد، التجارة الإلكترونية، مكتبة الأسرة، 2005.
- د. عابد فايد عبد الفتاح فايد، الكتابة الإلكترونية في القانون المدني ، الفكرة والوظائف، دار النهضة العربية،2007.
- د. عادل أبو هشيمة محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة،2004..
- د. عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.
- د. عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الانترنت ، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، الطبعة الأولى، 2010.
- د.عبد الحميد البسيوني ،التجارة الالكترونية، دار الكتب العلمية للنشر والتوزيع،القاهرة،2003 .
- د. عبد العزيز المرسي محمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في العقود التي تتم عن بعد،دون دار النشر، 2005.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي:
- * التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الأول، دار الكتب القانونية، مصر، 2007.
- * التجارة عبر الإنترنت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- د.عبد الهادي فوزي العوضي ، الجوانب القانونية للبريد الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة،2005.

- د. محمد السيد عبد المعطي خيال، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، 1998.

- د. عماد حداد، التجارة الإلكترونية، مكتبة الأسرة، 2005.

- د. عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2009.

- د. عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد، الأردن، 2007.

- د. عمر محمد بن يونس، الأيكان، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2005.

- د. عمرو عبد الفتاح علي يونس، الجوانب القانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، دار النهضة العربية، 2009.

- د. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، طبعة 2003.

- د. مجد الدين محمد إسماعيل السوسوة، إبرام عقد البيع عبر الإنترنت، دون دار النشر، الطبعة الأولى، 2010.

- د. محمد السعيد رشدي:

* التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة معارف، مصر، 2008.

* الإنترنت والجوانب القانونية لنظام المعلومات، دار النهضة العربية، 2004.

- د. محمد المرسي زهرة، الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008.

- د. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004.
- د. محمد حسام لطفي:
- * استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، د. د. ن.، 1999.
- * الإطار القانون للمعاملات الإلكترونية، دار الفكر، مصر، 2005.
- د. محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- د. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- د. محمد حسن قاصد، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2008.
- د. محمد نجيب العوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، دون سنة النشر.
- د. محمد نور برهان ود. عز الدين خطاب، التجارة الإلكترونية، الشركة العربية المتحدة للتسويق، القاهرة، 2008.
- د. محمود السيد عبد المعطي خيال:
- * الانترنت و بعض الجوانب القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، دون سنة النشر.
- * التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، النسر الذهبي، 2000.

03) الرسائل و المذكرات:

- د.بشار طلال أحمد مومني ،مشكلات التعاقد عبر الانترنت ،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،جامعة المنصورة ، مصر، 2002-2003،
- أ. د. بودالي محمد، الحماية القانونية للمستهلك في الجزائر، دراسة مقارنة، الجزء الأول، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه ، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2002- 2003.
- أ. بوديسة كريم ، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الدولية، دراسة مقارنة ، رسالة ماجستير تخصص قانون التعاون الدولي،جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2012/6/02/20 .
- القاضي برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة التخرج من المدرسة العليا للقضاء،الجزائر،دفعة 2003-2006.
- أ. درار نسيمة ، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية،دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير في قانون مسؤولية المهنيين ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، الجزائر ، 2011-2012.
- د . سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات اتصال الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق ، القاهرة ، 2004-2005.
- أ. عبد الله نيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين ، 2009.
- د. محمد سعيد إسماعيل، أساليب الحماية الإلكترونية لمعاملات التجارة الإلكترونية،دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة عين شمس، مصر، 2005-2006.

- د. مخلوفي عبد الوهاب ، التجارة الالكترونية عبر الأنترنت، رسالة الدكتوراه في العلوم في الحقوق ، قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012.

- د. ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العلم وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، القانون المدني ، جامعة الإسكندرية ، مصر ، 1997-1998.
- د. مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق الوسائل الاتصال الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، مصر، 2007.

- أ. مرزوق نور الهدى ، التراضي في العقود الالكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، فرع المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ، الجزائر ، 2011-2012.

- د. رامي علي وشاح، الإثبات عبر الوسائل التقنية الحديثة ودور القاضي في سد الفراغ التشريعي، رسالة دكتوراه في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجيلالي الياصب، سيدي بلعباس، الجزائر، 2009-2010.

- أ. رجا نظام حافظ ، الإطار القانوني للتحكيم الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير في القانون الخاص كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس ، فلسطين، 2009.

(04) المقالات و المجلات:

- د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، التوقيع الإلكتروني و مدى حجيته في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد 04، سنة 2005.

- د. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة و القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 10-12 مايو 2003. راجع الرابط التالي:

<http://www.aladalacenter.com>

- د. بلال الصنديد، ملاحظات حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية، مداخلة في الملتقى العلمي تحت عنوان " تحديات التجارة الإلكترونية " المنعقدة في جامعة الكويت بتاريخ 05 إلى 07 أبريل 2005.

- جمال فاخر النكاس ، العقود و الاتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ،العدد الأول ،مارس 1996.
- د.حسام الدين الأهواني،المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الأولي،مقال منشور في مجلة العلوم القانون و الاقتصادية، جامعة عين الشمس ،مصر،العدد03، 2 جوان 1996.

- د. خالد سعد زغول، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية ، مجلة الحقوق الكويتية ،العدد 05،????????

- د. عبد الله أحمد باقر الكندري، تعليق على بعض نصوص قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، مجلة الحقوق،جامعة الكويت ،العدد 04،سبتمبر 2005.

- د. محمد حته، التحكيم الإلكتروني كأحدث طرق الحل، مقال منشور على الموقع الإلكتروني: www.ARABLAW.org

- د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية للتجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوربي، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 02، 2003.

- د. مصطفى قصابوي،اتفاقية أمريكا الشمالية للتبادل الحر مقال على الرابط التالي www.achamel.info:

- أ. ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، مداخلة في المؤتمر العلمي المغربي الأول حول " المعلوماتية والقانون " المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009 بطرابلس،الرابط التالي:

<http://www.startimes.com>

- د. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و اثبات التعاقد الالكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد 04، ديسمبر 2002.

- د. يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، مقال منشور على الرابط

التالي: www.2rablaw.org

05) المصادر الرسمية

أ. المصادر الرسمية الجزائرية

أ. 01- القوانين

- القانون المدني الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد 78 المؤرخة في 30 سبتمبر 1975.

- القانون التجاري الجزائري الصادر بموجب الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية العدد المؤرخة في

- قانون الأسرة الجزائري رقم 84-11 المؤرخ في 26 سبتمبر 1984، المعدل و المتمم. الجريدة الرسمية، العدد 24، المؤرخة في 12 جويلية 1984.

- القانون رقم 07/95 المؤرخ في 1995/01/25 المتعلق بقانون التأمينات المعدل و المتمم، الجريدة الرسمية، العدد 13، المؤرخة في 1995/03/08.

- القانون رقم 03-2000، المؤرخ في 05 أوت 2000 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، الجريدة الرسمية، العدد 48، المؤرخة في 06 أوت 2000.

- القانون رقم 02/04 المؤرخ في 2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسة التجارية، الجريدة الرسمية، العدد 41 المؤرخة في 2004/06/27.

- القانون رقم 08/04 الصادر بتاريخ 14 أوت 2004 المتعلق بشروط ممارسة الأنشطة التجارية المعدل و المتمم ، الجريدة الرسمية عدد 52 الصادرة بتاريخ 18 أوت 2004.
- القانون رقم 09-08 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، الجريدة الرسمية العدد 21 الصادرة بتاريخ 25 فيفري 2008.
- القانون رقم 03/09 المؤرخ في 25/02/2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الجريدة الرسمية ،العدد15 المؤرخة في 08/03/2009.
- القانون العضوي رقم 05-12 المؤرخ في 12 يناير 2012، المتعلق بالإعلام الجريدة الرسمية العدد 02، المؤرخة في 15 يناير 2012.

أ.02-المراسيم التنظيمية:

- المرسوم التنفيذي رقم 39/90 الصادر بتاريخ 30 يناير 1990 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش¹ (الجريدة الرسمية عدد 05 الصادرة بتاريخ 31 يناير 1990) المعدل و المتمم بالمرسوم التنفيذي² رقم 01 – 315 الصادر بتاريخ 16 أكتوبر 2001 (الجريدة الرسمية العدد 61 الصادرة بتاريخ 21 أكتوبر 2001).
- المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 المتضمن شروط و كفاءات إقامة خدمات الأنترنات واستغلالها المعدل و المتمم ،الجريدة الرسمية العدد 63 المؤرخة في 26 أوت 1998.
- المرسوم التنفيذي رقم 01-123 الصادر بتاريخ 09 مايو 2001 المتعلق بالاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات

المواصلات السلكية و اللاسلكية ، الجريدة الرسمية العدد 27 ، العدد 27، المؤرخة في 13ماي 2001.

- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المتعلق بنظام استغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية ، الجريدة الرسمية العدد 37، المؤرخة في 07 جويلية 2007.

ب.المصادر الرسمية الدولية و العربية

- القانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية ، الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة بموجب قرار رقم 162/15 الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996 منشور على الرابط التالي:

http://www.UNICITRAL.org/pdf/arabic/texts/electcom/ml-ecomm-a_ebook.pdf

- قانون المبادلات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية (U.E.T.A) الصادر سنة 1999، منشور على الرابط التالي:

<http://www.yozons.com/linkedDocs/UETA.pdf>

- التوجيه الأوربي رقم 07/1997 الصادر بتاريخ 20 ماي 1997 و المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرم عن بعد بتاريخ 04 جوان الجريدة الرسمية رقم 144 الصادرة بتاريخ 04 جوان 1997. منشور على الرابط التالي:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR>

- التوجيه الأوربي رقم CE/93/1999 المؤرخ في 13 ديسمبر 1999، المتعلق بالتوقيع الإلكتروني الجريدة الرسمية 2000/01/19.

التشريع الكندي الموحد المتعلق بالتجارة الإلكترونية لسنة 1999 ، منشور على الرابط التالي: <http://www.law.ualberta.ca/albri/ulc/curent/euecafin.htm>.

التوجيه الأوربي رقم CE/31/2000 المؤرخ في 08 جوان 2000 والخاص بالتجارة الإلكترونية ، الجريدة الرسمية الأوربية رقم 178 الصادرة بتاريخ 17 جويلية 2000 ، منشور على الرابط التالي: <http://eur-lex.europa.eu> اتفاقية الأمم المتحدة رقم A/RES/60/21 المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، بتاريخ 2005/12/09، منشور على الرابط التالي:

- http://www.uncitral.org/pdf/arabic/texts/electcom/0657450_Ebo_okf

القانون الفرنسي رقم 94-655 الصادر بتاريخ 04 أوت 1994 المسمى بقانون toubon ، المتعلق باستعمال اللغة الفرنسية ، الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 05 أوت 1994 ، المنشور على الموقع التالي: <http://www.legifrance.gouv.fr> قانون رقم 2004/575 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي الفرنسي المعدل و المتمم. الجريدة الرسمية الفرنسية الصادرة بتاريخ 22 جوان 2004 ، منشور على الرابط التالي:

- <http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do>

القانون التونسي رقم 2000/83 الصادر بتاريخ 09 أوت 2000 ، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية. المعدل و المتمم بقانون رقم 85-2001 الصادر في 31 كانون الأول 2001.

القانون الأردني رقم 2001/85 الصادر بتاريخ 2001/12/11 ، الخاص بالمعاملات الإلكترونية.

قانون إمارة دبي الصادر في 2002/02/12 ، المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية.

- قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية رقم 28/2000 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2002، المعدل و المتمم بقانون رقم 13/2006.

06) المقالات و المجلات

- د. إبراهيم الدسوقي أبو ليل، التوقيع الإلكتروني و مدى حجيته في الإثبات، دراسة مقارنة، مجلة الحقوق الكويتية ، العدد 04، سنة 2005.

- د. إبراهيم محمد الحمود، تعليق على بعض نصوص قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، مجلة الحقوق الكويتية، عدد 03، سبتمبر 2005 .

- د. أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة و القانون بجامعة الإمارات العربية المتحدة، 10-12 مايو 2003. راجع الرابط التالي: <http://www.aladalacenter.com>

- د. بلال الصنديد، ملاحظات حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية ، مداخلة في الملتقى العلمي تحت عنوان " تحديات التجارة الإلكترونية " المنعقدة في جامعة الكويت بتاريخ 05 إلى 07 أبريل 2005.

- د. بلال عبد المطلب بدوي، التحكيم الإلكتروني لتسوية منازعات التجارة الإلكترونية ، مجلة العلوم القانونية و الاقتصادية، العدد الأول ، السنة الثامنة و الأربعون، مصر، 2006 .
- جمال فاخر النكاس ، العقود و الاتفاقات الممهدة للتعاقد و أهمية التفرقة بين العقد و الاتفاق في المرحلة السابقة على العقد، مجلة الحقوق، جامعة الكويت ، العدد الأول ، مارس 996.ص133.

- د. حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد الأولي، مقال منشور في مجلة العلوم القانون و الاقتصادية، جامعة عين الشمس ، مصر، العدد 03، 2 جوان 1996.

- د. طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية و الاتفاقات الدولية، رسالة دكتوراه، الجامعة اللبنانية، 2002.

- د. عبد الله أحمد باقر الكندري، تعليق على بعض نصوص قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الثالث، سبتمبر 2005.

- د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية للتجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوربي، مجلة الحقوق والبحوث القانونية والاقتصادية، جامعة الإسكندرية، العدد 02، سنة 2003.

- أ. ناجي الزهراء، التجربة التشريعية الجزائرية في تنظيم المعاملات الإلكترونية المدنية والتجارية، مداخلة في المؤتمر العلمي المغاربي الأول حول: المعلوماتية والقانون المنعقد في الفترة من 28 إلى 29 أكتوبر 2009 بطرابلس. الرابط التالي:

<http://www.startimes.com>

- د. رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت و اثبات التعاقد الالكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، ديسمبر 2002.

- د. يونس عرب، منازعات التجارة الإلكترونية، الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة، المركز العربي للقانون والتقنية العالية، مقال منشور على الرابط التالي:

www.2rablaw.org

ب) المراجع غير القانونية

- أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور، لسان العرب، الجزء الرابع، الطبعة الثالثة، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، 1997.

- ابن عابدين، حاشية رد المختار على الدر المختار، شرح تنوير الإبصار، دار الفكر، بيروت، لبنان، 1995.

- إبن عبد الواحد كمال الدين بن الهمام ، شرح فتح القدير، الجزء السادس، دار الفكر، بيروت ، لبنان،1984.
- د. عبد العزيز محمد عزام، الخيارات في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة في المذاهب الأربعة، دار الهدى للطباعة، الطبعة الأولى،1983.
- علاء الدين بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع، ، الكتاب الثاني، الطبعة الثانية،دار الكتاب العربي،بيروت، لبنان، 1982.
- محمد أمين بن عمر ، الشهير بابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الكتب العلمية ، الجزء الرابع.
- محمد بن أبي بكر عبد القادر الرازي، مختار الصحاح، دار الحديث، القاهرة، مصر، 1983
- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الناس، دار الأميرية، القاهرة،مصر، الطبعة الثامنة، 1983.
- مصطفى شلبي، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي ، دار النهضة العربية، القاهرة،1989.
- د. نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون، الطبعة الأولى، دار الثقافة، عمان، الأردن،2000.
- د. وهبة الزحيلي ،الفقه الإسلامي و أدلته ،الجزء الرابع ، النظريات الفقهية و العقود ،دار الفكر، الطبعة الاولى،1984.

ثانيا :المراجع باللغة الأجنبية:

(أ) المراجع العامة:

- **BENABENT. (A)**: Droit civil, les obligations, MONTCHRESTIEN, paris, 1996.
- **BERGEL (Jean-Louis)**, Théorie générale du droit, 3^e éd., Dalloz, 1999.
- **BERLIOZ (George)**: Le contrat d'adhésion, 2^eme éd. L.G.D.J, 1999.
- **BERNARDEU (Ludovic)** .Droit communautaire et protection des consommateurs .J.C.P.2000.
- **BIZUEL. (Bruno)**: Le Télé-achat et le droit des contrats, thèse, paris, 1998.
- **CALAIS-AULOY(Jean) et STEINMETZ (Frank)**, Droit de la Consommation, 6^eéd, Dalloz, Paris, 2003.
- **FABRE-MAGNAN (Muriel)**: De l'obligation d'information dans les contrats, Essai d'une théorie, thèse paris, éd. L.G.D.J.1992.
- **GHESTIN (Jacques)**, Traité de droit civil, La formation du contrat, 3^em éd, Paris, L.G.D.J, 1993.
- **HUET (Jérôme) et MAISL(Herbet)**: Droit de l'informatique et des télécommunications, état des questions, droit privé, LITEC, 1989.
- **MAZEAUD (Henri, Léon et Jean) et CHABAS (François.)**, Leçons de droit civil, t.2, Vol. 01, Obligations, 9^eme éd, Montchrestien, 1998.
- **MALAURIE(Philippe) et AYNES(Laurent) et STOFFEL-MUNCK (Philippe)**, Les obligations, 02^eéd, DEFRESNOIS, 2005.
- **MARTINE ()**: La vente à domicile, thèse paris, 1996.
- **MARTY (G) et RAYNAUD (P)**, Droit civil, les obligations, Tome 02, Les sources, 2^eme éd, SIREY, Paris,1988.

- **MAYER(Pierre) et HEUZE (Vincent)** , Droit international privé, 8 ème. Edition, Montchrestien, Paris, 2005.
- **POULET(Olivier)**, Savoir négocier ses contrats,DELMAS, Paris,2007.
- **RAYNARD (Jacques). FABRE (Régis) et. MOUSSERON(Jean-Marc) et PIERRE(Jean-Luc)**, Droit du commerce international, Droit international de l'entreprise, LEXIS NEXI, 2012.
- **STARCK (Boris), ROLAND (Henri). et BOYER (Laurent)**, Droit civil, Les obligations, Tom 2, contrat, LITEC, 3^{ème} éd,1999.

المراجع الخاصة (ب)

- **BENSOUSAN (Alain):**
 - Le commerce électronique, aspects juridiques, édition HERMES, paris, 1998.
 - Internet, aspects juridiques, 2ème édition HERMES, paris, 1998.
- **BOUCHURBERG (Lionel)**, Internet et commerce électronique, Encyclopédie DELMAS, 1ère éd., 1999.
- **BOUCHARD (Jean)**, L'offre dans le commerce électronique, Collection de faculté de droit et sciences sociales, Editer par Université de Poitiers, 2005.
- BERNAULT (Carine.)**, Directive commerce électronique les communications Commercial es sur internet, in Expertises, juin 2001.
- BREESE (Pierre) et KAUFMAN (Gautier)**,Guide juridique de l'internet et du commerce électronique, Librairie Vuibert, Paris, 2000.

- **CAPRIOLI(Éric)**. Et **SORIEUL (Renaud)**, Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales, 2èd, J. D. I.1997.
- **D'AUZON (Oliver)**, Le droit du commerce électronique, éd du puits fleuri Paris, France, 2004.
- **GUINCHARD (Serge), HARICHAUX (Michèle), et De TOURDENET(R.)**, Internet pour le droit, Montchrestien, 1999.
- HOLLAND(Alain) et LINANT DE BELLEFONDS (Xavier)**, Pratique du droit de l'informatique et de l'internet, 6 éd, DELMAS, 2008.
- **RABAGNY- LAGOA (Agnès)**, Droit du commerce électronique. ELLIPSES. 2011.
- **HANCE(Olivier)**, Business et droit d'internet, Best of édition, 1996.
- **HUET (Jérôme) et DREYER (Emmanuel)**, Droit de la communication numérique, L.G.D.J.
- **JEAN-BAPTISTE. (Michelle)**, Gérer et exploiter un commerce électronique, éd. LITEC, paris, 1998.
- **LETOURNEAU (Philippe)**, contrats informatiques et électroniques, Dalloz, 2008.
- **VIVANT (Michel) :**
 La conclusion des contrats du commerce électronique, L.G.D.J, 2005.
 Les contrats du commerce électronique, LITEC, 1999.

ج) المقالات

- **AMORY (Bernard) et THUNIS (Xavier)**, Aspects juridiques de l'utilisation du télécopieur. Droit de l'informatique, doctrine, N°1, 1988.

- **AZZABI (Sofiane)**, Le nouveau régime probatoire français après l'adoption de la loi portant adaptation du droit la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique du 13 mars 2000, 3 juin 2000, publié sur :

http://rechtsinformatik.jura.uni-sb.de/cbl/comments/cbl-comment_20000013.htm.

BENSOUSSAN(Alain) .et COUSIN(Anne), De la tradition et de la modernité de la coutume sur internet, GAZ.pal, juin 2000.p.14

- **BEAURE D'AUGERES (Guillaume). BREES (Pierre) et THUILIER (Stéphanie)**, Paiement numérique sur internet, Etat de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson, 1997.

- **COSTES (Lionel) :**

* Aperçu: Le droit du commerce électronique aux Etats-Unis, droit et patrimoine, N°55, décembre 1997.

* Transactions en ligne, paiement électronique, galerie marchandes virtuelles, Bulletin d'actualité du Lamy droit de l'informatique, novembre 1997.

- **CHARBONNEAU (Cyrille) et PANSIER (Frédéric-Jérôme)**, "Le droit de la preuve" est un totem moderne (Le commerce électronique), Gazette du. Palais, N°91 du 31 mars 2000.
<http://www.FIPANSIER.com>.

- **COUTELLIERS (Séverin) et DURINDEL (Ludovic)**, La loi applicable aux contrats conclusion sur Internet, mémoire de DESS droit de l'informatique et de la communication, Université d'Orléans 2000-2001.

- **COURNU (Gérard)** : Sous la direction de vocabulaire Juridique Association HENRI. CAPITANT, PUF, coll. quadrige, 7e éd 2002.

- **DEMOULIN(Marie)**. Information et transparence sur les réseaux électroniques, Les Cahiers du C.R.I.D., no 19, Bruylant Bruxelles, n 185 ,2001.

- **FALAISE (M)**, Réflexion sur l'avenir du contrat de commerce électronique, Petite Affiches , 07aout1998 , N 94.

- **GAUTRAIS (Vincent)**, La formation des contrats en ligne, dans Daniel POULIN, *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003. sur :

<http://www.gautrais.com/publications/la-formation-des-contrats-en-ligne>.

- **GRYNBAUM (Luc)**, « La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour de l'individualisme juridique », in *La Semaine juridique*, n° 12, 21 mars 2001. sur : <http://www.lexisnexis.fr/droit-document/article/la-semaine-juridique-edition-generale/12-2001>.

- **HUET (Jérôme)**: Aspects juridiques du commerce électronique: Approche internationale. Les petites affiches, N° 116, 26 septembre 1997.

-**KALLEL (Sami)**, Arbitrage et commerce électronique, ARDI, n°1, 2001, pp.13-28.

LAUTRETTE (Laurence): Téléx, télécopie, télégramme: Valeur juridique et force probante, Les petites affiches, 10 mai 1996, n° 57.

- **LINANT DE BELLEFONDS (Xavier)** : La problématique Française, colloque du 13 mai 1998: Commerce électronique et avenir des circuits de distribution, Gazette du Palais, dimanche 18 au

mardi 20, 1998. sur : <http://www.creda.cci-paris-idf.fr/colloques/pdf/1998>

- **MESTRE (Jaques)**. la période précontractuelle et la formation du contrat, L.P.A. N° spécial .05 mai 2000.

- **MOREAU (Franck)** .La protection du consommateur dans les contrats a distance, petit affiches, 20/03/2002, n°57.

-**PAISANT (Gilles)**: La loi du 06 Janvier 1988 sur les opérations de vente à distance et le "télé-achat", J.C.P. éd. G. 1988.

- **POTTIER (Lionel)**: Le commerce électronique sur internet, Gazette de Palais, 04 Avril, 1996.

- **ITEANU (Olivier)**: Internet et droit, aspects juridiques du commerce électronique, éd. EYROLLES, Avril 1996. sur : http://fr.wikipedia.org/wiki/Olivier_Iteanu.

- **TREBULLE (F.-G)**. La réforme du droit de la preuve et le formalisme, Petites Affiches n°79, 20 avril 2000.

TRUDEL (P), La lex lrx electronic , Accessed june 04. 2111. Sur: - [www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/lexe lect/ ronicaturdel.pdf](http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt3808/lexe%20lect%20ronicator%20del.pdf)

- **THOUMYRE (Lionel)**. L'échange des consentements dans le commerce électronique, disponible sur web site: <http://www.lex-electronica.org>

- **SEDSLLIAN (Valérie)**. La responsabilité de l'employeur en tant que fournisseur d'accès à Internet, Légicom. , n°27-2002/2.

- **STROWEL (Alain)**: Responsabilité d'intermédiaires: actualités législatives et jurisprudentielles, Droit nouvelles Technologies, édit10/10/2000. sur: <http://www.droit-technologie>.

- **BLAISE (Cyril)**, Le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet), Mémoire pour l'obtention du D.E.A en droit des obligations et commerciales, Faculté de droit, Université René Descartes, Paris 5, 2001.

- **MOREAU (Nathalie)**, La formation du contrat électronique: dispositif de protection du cyber consommateur et modes alternatifs de règlement des conflits (M.A.R.C.), Mémoire, DEA Droit des contrats, Faculté des Sciences Juridiques, Université de Lille 2,30/09/2003.

- **MORGAN (Lavanchy.)**. La responsabilité délictuelle sur internet. Mémoire. UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL – FACULTÉ DE DROIT, 2002/2003, sur : <http://www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/91-1.pdf> .

- **TORRES (CHLOE.)**, l'internet et la vente aux consommateurs, thèse de doctorat, université de paris x-Nanterre, 1999.sur : <http://www.theses.fr/1999PA100070>

المقدمة.....

الباب الأول: القواعد العامة للتعاقد الإلكتروني خصوصياته.....

الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني.....

المبحث الأول: تحديد مفهوم العقد الإلكتروني على ضوء الفقه والتشريعات الوضعية.....

المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية.....

الفرع الأول: التعريف الفقهي.....

الفرع الثاني: التعريف التشريعي.....

المطلب الثاني: تعريف العقد الإلكتروني.....

الفرع الأول: تعريف العقد بصفة عامة.....

الفرع الثاني: التعريف الخاص للعقد الإلكتروني.....

البند الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.....

البند الثاني: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني.....

المطلب الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عن بعض العقود.....

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود على أساس طريقة التعاقد.....

البند الأول: العقد الإلكتروني والعقد التقليدي.....

البند الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عبر الإنترنت عن التعاقد عبر الهاتف.....

البند الثالث: تمييز العقد الإلكتروني عبر الإنترنت والتعاقد عن طريق التلفاز.....

البند الرابع: العقد الإلكتروني والتعاقد بالكتالوج.....

البند الخامس: العقد الإلكتروني والبيع في الموطن في مسكنه أو مكان عمله،.....

الفرع الثاني: أنواع العقود الإلكترونية على أساس البيئة الإلكترونية.....

..... البند الأول: عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت.

..... البند الثاني: عقد إنشاء المتجر الافتراضي.

..... البند الثالث: عقد الإيجار المعلوماتي.

..... البند الرابع: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية.

..... **المبحث الثاني:** خصوصية العقد الإلكتروني.

..... **المطلب الأول:** العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد.

..... **المطلب الثاني:** العقد الإلكتروني عقد مبرم عن طريق الوسائط الإلكترونية.

..... الفرع الأول: شبكة الإنترنت.

..... الفرع الثاني: البريد الإلكتروني.

..... الفرع الثالث: الشبكة العنكبوتية العالمية.

..... الفرع الرابع: التبادل الإلكتروني للبيانات.

..... الفرع الخامس: الفاكس.

..... الفرع السادس: التيلكس.

..... الفرع السابع: الهاتف.

..... **المطلب الثالث:** العقد الإلكتروني ذو طابع دولي.

..... الفرع الأول: المعيار القانوني.

..... الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي.

..... البند الأول: معيار الصفة الدولية النسبية للعقد الإلكتروني.

..... البند الثاني: معيار الصفة الدولية المطلقة للعقد الإلكتروني.

..... الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.

..... البند الأول: صعوبة تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص.

البند الثاني: كفاية تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص.....

الفقرة الأولى: إشكالية تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونية.....

أولاً: حدود الاتفاق الصريح والضمني في تحديد القانون الواجب التطبيق.....

ثانياً: الحلول البديلة لغياب قانون الإرادة.....

ثالثاً: فعالية ضابط الأداء المميز في تحديد قانون العقد الإلكتروني.....

الفرع الأول: تحديد المحكمة المختصة بتسوية منازعات العقود الإلكترونية.....

البند الأول: غياب العنصر الأجنبي في العقد الإلكتروني.....

البند الثاني: تضمن العقد الإلكتروني عنصراً أجنبياً.....

الفقرة الأولى: اختصاص محكمة موطن المدعى عليه.....

الفقرة الثانية: اختصاص المحكمة المتفق عليها.....

الفقرة الثالثة: تحديد الاختصاص القضائي لمحكمة إبرام أو تنفيذ العقد.....

المطلب الرابع: العقد الإلكتروني بين الإذعان والمساومة.....

الفرع الأول: مدى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان.....

الفرع الثاني: حدود اعتبار العقد الإلكتروني عقد مساومة.....

الفرع الثالث: الاتجاه التوفيقى.....

المطلب الخامس: التعاقد الإلكتروني والشكلية.....

الفرع الأول: مفهوم الكتابة الإلكترونية.....

الفقرة الأولى : الكتابة الإلكترونية كوسيلة للإثبات.....

الفقرة الثانية : الكتابة الإلكترونية كركن للانعقاد.....

الفقرة الثالثة : موقف المشرع الجزائري.....

الفرع الثاني : التصرفات المستبعدة من الخضوع لقواعد الشكلية الإلكترونية.....

الفصل الثاني: مظاهر التعبير عن الإرادة الكترونيا في مرحلتي التفاوض و العقد النهائي.....

المبحث الأول: التعبير في مرحلة التفاوض الإلكترونية.....

المطلب الأول: مفهوم المفاوضة الإلكترونية.....

الفرع الأول: تعريف المفاوضة.....

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الإلكتروني.....

المطلب الثاني: مراحل التفاوض الإلكتروني.....

الفرع الأول: مرحلة تحديد الاحتياجات:.....

الفرع الثاني: مرحلة إعداد دفتر الشروط:.....

الفرع الثالث: مرحلة اختيار مقدم الخدمة:.....

المطلب الثالث: عقد التفاوض الإلكتروني:.....

الفرع الأول: تعريف عقد التفاوض الإلكتروني:.....

الفرع الثاني: التزامات المتعاقدين في عقد التفاوض الإلكتروني:.....

البند الأول: الالتزام بحسن النية.....

البند الثاني: الالتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني:.....

البند الثالث: الالتزام بالمحافظة على الأسرار في التفاوض الإلكتروني:.....

البند الرابع: الالتزام بالتعاون في التفاوض الإلكتروني:.....

البند الخامس: الالتزام بالاعتدال و الجدية في المفاوضات الإلكترونية:.....

المطلب الرابع: المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني:.....

الفرع الأول: طبيعة المسؤولية في التفاوض الإلكتروني:.....

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من المسؤولية التقصيرية في مرحلة التفاوض السابقة للتعاقد الإلكتروني.....

المبحث الثاني: التعبير عن الإرادة عبر الوسائل الالكترونية في التعاقد النهائي:.....

المطلب الأول: مبدأ جواز التعبير عن الإرادة الكترونياً:.....

الفرع الأول: جواز التعبير عن الإرادة الالكترونية وفقاً للقواعد العامة لنظرية العقد.....

الفرع الثاني: جواز للتعبير الالكتروني وفقاً للتشريعات الدولية و الإقليمية.....

المطلب الثاني: الطرق المستحدثة في التعبير عن الإرادة الالكترونية.....

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني.....

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة عبر الدخول إلى المواقع الالكترونية.....

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة بطريق المحادثة و المشاهدة.....

الفرع الرابع: التعبير عن الإرادة عن طريق التنزيل عن بعد.....

الفرع الخامس: التعبير عن الإرادة عن طريق العقد الإطار.....

المطلب الثالث: مسألة اللغة في التعبير الالكتروني عن الإرادة:.....

المطلب الرابع: مشكلة تأثير الموت و فقدان الأهلية على التعبير الالكتروني عن الإرادة:.....

المبحث الثالث: حدود تأثير البيئة الالكترونية على فكرة عيوب الإدارة في التعاقد الالكتروني:.....

المطلب الأول: الغلط كعيب للإرادة في التعاقد الالكتروني:.....

المطلب الثاني: أثر التدليس في العقود الالكترونية:.....

الفرع الأول: مفهوم التدليس الالكتروني و مدى خضوعه للقواعد العامة.....

الفرع الثاني: أثر الإعلانات الالكترونية الكاذبة في تدليس المتعاقد.....

البند الأول: الركن المادي.....

الفقرة الأولى: مدى تصور الكتمان العمدي في المعاملات الالكترونية:.....

المطلب الثالث: حدود تصور الإكراه في التعاقد الالكتروني.....

المطلب الرابع: مجال نُشر الإرادة الالكترونية بعبء الاستغلال.....

المطلب الخامس : الأهلية القانونية لأطراف التعاقد الإلكتروني.....

الفرع الأول: ماهية الأهلية و آثارها على العقد الإلكتروني.....

الفرع الثاني: الوسائل التقنية للتحقق من الأهلية و إثباتها.....

البند الأول: التوثيق الإلكتروني.....

البند الثاني: البطاقات الائتمانية الإلكترونية.....

الفرع الثالث: العقود النموذجية.....

المبحث الرابع : نيابة الوسائط الإلكترونية في التعبير عن الإرادة:.....

المطلب الأول: القواعد العامة للنيابة في التعاقد و مدى تطبيقها على التعاقد الإلكتروني.....

الفرع الأول:مسألة الوضع الظاهر:.....

الفرع الثاني: مسألة حسن النية في تجاوز حدود النيابة :

الفرع الثالث:مسألة تعاقد الشخص مع نفسه:.....

المطلب الثاني: إشكالية التكيف القانوني للوسيط الإلكتروني :

الفرع الأول:خضوع الوسيط الإلكتروني لأحكام الوكالة :

الفرع الثاني:إنكار صفة الوكالة و النيابة على الوسيط الإلكتروني:.....

الفرع الثالث:التقييم.....

المطلب الثالث : مدى حدود مسؤولية الوسيط الإلكتروني:.....

الفرع الأول:تحميل المنشئ مسؤولية أخطاء الوسيط:.....

الفرع الثاني : الاتجاه الرافض لمسؤولية المنشئ:.....

الباب الثاني: تطابق الإرادتين في التعاقد الإلكتروني.....

الفصل الأوّل المميزات الخاصة لتطابق الإرادتين في التعاقد الإلكتروني.....

المبحث الأول: الإيجاب الإلكتروني بين القواعد العامة والخصوصيات التقنية.....

المطلب الأول: ماهية الإيجاب الإلكتروني.....

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني.....

الفرع الثاني: الإعلانات عبر تقنيات الاتصال الحديثة والإيجاب الإلكتروني.....

البند الأول: الإعلان هو دعوة إلى العقد.....

البند الثاني: تميز الإعلان عن الدعوة إلى العقد.....

المطلب الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني.....

الفرع الأول: الخاصية الأولى: الإيجاب الإلكتروني إيجاب عابر للحدود.....

الفرع الثاني: الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد.....

الفرع الثالث: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية.....

المطلب الثالث: الحدود الفاصلة بين العرض الإلكتروني و الإيجاب الإلكتروني.....

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعروض المقدمة على شبكة الإنترنت.....

البند الأول: التحفظات غير المحددة.....

البند الثاني: التحفظات المحددة.....

المطلب الرابع: صور الإيجاب الإلكتروني.....

الفرع الأول: صور الإيجاب الإلكتروني حسب الوسيط المستخدم.....

البند الأول: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني.....

الفقرة الأولى: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بين الإيجاب

والقبول.....

الفقرة الثانية: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الاتصال بالكتابة.....

البند الثاني: الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية.....

..... البند الثالث: الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الإنترنت.

..... الفرع الثاني: الإيجاب العام والإيجاب الخاص

..... البند الأول: الإيجاب الإلكتروني العام

..... البند الثاني: الإيجاب الإلكتروني الخاص

..... **المبحث الثاني: ماهية القبول الإلكتروني**

..... **المطلب الأول: إشكالية عدم تطابق صيغ القبول مع صيغ الإيجاب الإلكتروني**

..... الفرع الأول: القاعدة والاستثناء للسكوت كتعبير عن الإرادة الإلكترونية

..... الفرع الثاني: فعالية تطبيق المادة 68 من القانون المدني على القبول الإلكتروني

..... **المطلب الثاني: حدود صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني**

..... الفرع الأول: القاعدة والاستثناء للسكوت كتعبير عن الإرادة الإلكترونية

..... الفرع الثاني: فعالية تطبيق المادة 68 من القانون المدني على القبول الإلكتروني

..... **المطلب الثالث: أشكال القبول في التعاقد الإلكتروني**

..... الفرع الأول: جواز التعبير الضمني في القبول الإلكتروني

..... البند الأول: موقف التشريعات الحديثة

..... البند الثاني: إشكالية الضغط أو اللمسة كتعبير عن القبول الإلكتروني

..... الفقرة الأولى: اللمسة الواحدة كتعبير عن القبول الإلكتروني

..... الفقرة الثانية: اللمسة أو النقرة المزدوجة

..... الفقرة الثالثة: القيمة القانونية للقبول عن طريق النقر المزدوج

..... الفرع الثاني: التحميل عن بعد والقبول الإلكتروني

..... **المطلب الرابع: الحق في العدول عن القبول الإلكتروني**

..... الفرع الأول: العدول عن القبول في النصوص التشريعية

الفرع الثاني: مجال تطبيق حق العدول الإلكتروني.....

البند الأول : عقود توريد الخدمات.....

البند الثاني: عقود توريد السلع التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك.....

ثالثاً: عقود توريد التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرامج المعلوماتية والمعطيات الإعلامية،.....

رابعاً: عقود شراء الصحف والمجلات والدوريات.....

الفرع الثالث: إشكالية تحديد موضوع ومضمون حق العدول.....

المطلب الخامس: العناصر الأساسية التي يرد عليها الرضا في العقد الإلكتروني.....

الفرع الأول: أوجه الخصوصية في المحل للعقد الإلكتروني.....

البند الأول: شرط التعيين للمحل الإلكتروني.....

البند الثاني: شرط مشروعية المحل الإلكتروني.....

الفرع الثاني: السبب في العقد الإلكتروني.....

البند الأول: تعريف السبب.....

البند الثاني : مشروعية السبب في العقد الإلكتروني.....

الفصل الثاني: الفوارق الزمنية والمكانية في التعاقد الإلكتروني وفكرة مجلس العقد.....

المبحث الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني وتحديد طبيعته.....

المطلب الأول: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف وما يماثله.....

الفرع الأول: التعاقد بالهاتف هو تعاقد بين حاضرين.....

الفرع الثاني: التعاقد عبر الهاتف تعاقد يجمع بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا.....

الفرع الثالث: التعاقد عبر الهاتف هو تعاقد بين غائبين.....

المطلب الثاني: مجلس العقد عبر الفاكس وما يماثله.....

الفرع الأول: التعاقد عبر الفاكس تعاقد بين غائبين مكاناً وزماناً.....

الفرع الثاني: التعاقد عبر الفاكس تعاقد بين حاضرين زماناً و غائبين مكاناً.....

المطلب الثالث: مجلس العقد في التعاقد عبر الإنترنت.....

الفرع الأول: التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين غائبين.....

الفرع الثاني: التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين.....

الفرع الثالث: التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين زماناً و غائبين مكاناً.....

الفرع الرابع: التعاقد عبر الانترنت تعاقد من نوع خاص.....

الفرع الخامس: تنوع المجالس العقدية في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت.....

البند الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني.....

البند الثاني: التعاقد عن طريق المواقع الإلكترونية.....

البند الثالث: التعاقد عبر غرف المحادثة والمشاهدة.....

المبحث الثاني: الجدل الفقهي حول توقيت إبرام العقد الإلكتروني.....

المطلب الأول: فعالية "المذاهب الأربعة" بشأن زمان العقد الإلكتروني.....

الفرع الأول: مذهب إعلان القبول.....

الفرع الثاني: نظرية تصدير القبول.....

الفرع الثالث: نظرية تسليم القبول.....

الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول.....

المطلب الثاني: موقف التشريعات الإلكترونية الدولية والوطنية من مسألة توقيت إبرام العقود

الإلكترونية.....

الفرع الأول: تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة

الإلكترونية.....

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.....

الفرع الثالث: موقف المشرع الفرنسي من زمن انعقاد العقد الإلكتروني.....

الفرع الرابع: موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية.....

الفرع الخامس: موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع.....

المبحث الثالث: مكان إبرام العقد الإلكتروني وإشكالاته.....

المطلب الأول: تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني وفقا لتشريعات المعاملات الإلكترونية.....

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية.....

المطلب الثالث: الحلول البديلة.....

الفرع الأول: صياغة قانون موضوعي إلكتروني موحد.....

البند الأول: تعريف القانون الموضوعي الإلكتروني.....

البند الثاني: حدود خضوع التعاقد الإلكتروني للقانون الموضوعي.....

الفرع الثاني: قضاء التحكيم الإلكتروني.....

البند الأول : تعريف التحكيم الإلكتروني.....

البند الثاني : مزايا و عيوب التحكيم الإلكتروني.....

الفقرة الأولى: المزايا و الايجابيات.....

الفقرة الثانية: عيوب و سلبيات التحكيم الإلكتروني.....

الفرع الأول: الحل الأول: صياغة قانون موضوعي إلكتروني موحد.....

الفرع الثاني: الحل الثاني: قضاء التحكيم الإلكتروني.....

الخاتمة.....

المراجع.....

الفهرس.....

