وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة عبد الحميد بن باديس -مستغانم-
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري

دراسة فقهية قانونية مقارنة

مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص القانون المدني الأساسي

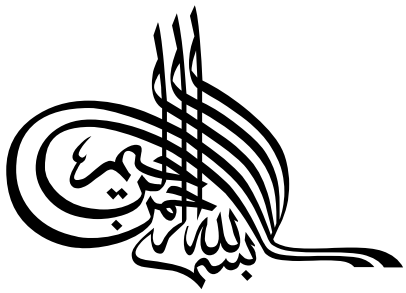
من إعداد الطالب:
عبان عميروش

تحت إشراف الأستاذ:
د. بقنيش عثمان

لجنة المناقشة

- الدكتور/ مزيان محمد أمين، أستاذ محاضر أ، جامعة مستغانم، رئيساً.
- الدكتور/ بقنيش عثمان، أستاذ محاضر أ، جامعة مستغانم، مشرفاً ومقرراً.
- الدكتور/ عباسة جمال، أستاذ محاضر أ، جامعة مستغانم، مناقشاً.
- الدكتور/ قماري بن ددوش نظرة، أستاذة محاضرة أ، جامعة مستغانم، مناقشاً.

تاريخ المناقشة: 2015/04/22



وَعَلَّمَ ءَادَمَ ٱلْأَسْمَآءَ كُلَّهَا ثُمَّ عَرَضَهُمْ عَلَى ٱلْمَلَٰٓئِكَةِ

فَقَالَ أَنۢبِـُٔونِى بِأَسْمَآءِ هَٰٓؤُلَآءِ إِن كُنتُمْ صَٰدِقِينَ ﴿٣١﴾

قَالُوا۟ سُبْحَٰنَكَ لَا عِلْمَ لَنَآ إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَآ ۖ إِنَّكَ أَنتَ

ٱلْعَلِيمُ ٱلْحَكِيمُ ﴿٣٢﴾

سورة البقرة (31،32)

إهداء

أهدي هذا العمل المتواضع

إلى أبي وأمي أطال الله في عمرهما .

إلى جميع إخوتي وأخواتي حفضهم الله .

إلى جميع زملاء الدفعة .

إلى كل من ساهم في إنجاز هذا العمل المتواضع وأخص بالذكر

كل من فارس، هواري، عبد العالي وعادل وسيف الدين.

إلى جميع الأصدقاء الذي حملهم قلبي ولم يكتبهم قلمي.

شكر وعرفان

قال تعالى: (ولئن شكرتم لأزيدنكم)

الحمد لله حمدا يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه الذي وفقني لإتمام هذا العمل .

ثم أتقدم بخالص شكري وإمتناني إلى الأستاذ المشرف الدكتور بقنيش عثمان الذي رافقني بتوجيهاته القيمة وحرصه الدائم حتى إتمام هذا العمل .

كذلك أتقدم بجزيل الشكر لأعضاء لجنة المناقشة المحترمة، الدكتور مزيان محمد أمين ، الدكتور عباسة جمال والدكتور قماري يزدوش نضرة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة .

إلى جميع الأساتذة الذين ساهموا في تكوينهاته الدفعة .

كما لا أنسى أن أشكر جميع عمال جامعة مستغانم .

مقدمة

مقدمة

ازدهرت تكنولوجيا المعلومات ومعها اقتصادياتها، وتبدلت أنماط العمل ثم الحياة و تدريجياً أخذت صناعات بكاملها تتمحور حول المعلومات، التي أخذت تلعب دوراً بارزاً في الدورة الحياتية، ومن المتوقع أن تصبح السيطرة على مخازن المعلومات ووسائل معالجتها، أكثر أهمية من الموارد الطبيعية، كمصدر للقوة الاقتصادية والاجتماعية، فمن يملك المعلومات يملك القوة التي تمكن من تطوير المؤسسات، وتبديل العقائد والأفكار.

وكان من نتيجة ذلك، أن ساد الاعتقاد بأن البشرية على أعتاب حضارة جديدة، تكون الغلبة فيها، كما ترقب البعض لمجتمع المعلومات، كبديل للمجتمع الصناعي، الذي مرت به البلدان المتقدمة إبتداءاً من القرن الثامن عشر[1].

وقد اهتزت حُجب الحواجز التقليدية بين أقطار العالم، وارتبط أفراده بشبكة يسبح فيها الجميع بحرية، أمام غياب السلطة المركزية وضعف الرقابة والتحكم فيها، ومن ثم ظهرت بذور الخير للاستفادة من ثمار التواصل والمعرفة، وتكشفت في ذات الوقت نوازغ الشر لاستغلال ذلك التقدم التقني في مجال النظم الإلكترونية[2].

والواقع أن العالم اليوم يتفاعل مع ثورة الاتصالات، التي أدت إلى إحداث تغيرات أساسية في المجتمع من كافة نواحيه العملية والعلمية، مما أحدث تطوراً في المصطلحات القانونية المختلفة، ومن بين إفرازات هذا التفاعل أن ظهرت التجارة الإلكترونية كإحدى روافد ثورة المعلومات، التي تتيح العديد من المزايا، فقد أصبح من الممكن لرجال الأعمال تجنب مشقة السفر والانتقال من بلد إلى آخر للقاء شركائهم وعملائهم وأصبح بمقدورهم توفير الوقت والمال من أجل الترويج للمنتجات والخدمات، كما أصبح في متناول المشتري أو المستهلك الحصول على ما يريده دون التنقل أو استخدام النقود التقليدية، وكان من نتيجة ذلك أن ظهر ما أصطلح عليه بالعقد الإلكتروني، هذا المولود الذي ينتمي بنسبه إلى إبداعات التقنية في الاتصال، ويجمع في نبضاته علوم الحضارات.

---

[1]- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2009، ص5.

[2]- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص4.

فالعقد الإلكتروني يعتبر القلب النابض للتجارة الإلكترونية، حيث أنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي الإرادات بين البائع أو مقدم الخدمة من ناحية والمشتري أو المستهلك من ناحية أخرى، غير أن التطور الإيجابي الذي أحدثته وسائل الاتصال الحديثة لم ينجو من سلبيات، وما يزال يكتنفه بعض الغموض من نواح متعددة، ولا سيما من الناحية القانونية مما أحدث العديد من المشكلات القانونية، لذلك كان لا بد من وجود وسط قانوني قوي تحيطه العديد من الضمانات التي تعمل على تدارك المخاطر التي قد تصيب المعاملات المبرمة عن بعد، ويواكب التطور المتنامي في مجال التجارة الإلكترونية والتي أصبحت حقيقة قائمة لا تقف آفاقها وإمكانياتها عند حد.

إن أهمية العقد الإلكتروني تجعل منه واقعاً لا يمكن إغفاله، نظراً لما يوفره من جهد ومال وربح للوقت، ولما كان الأمر كذلك فالعقد الإلكتروني يعتبر تعاقد عن بعد لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد، لأن تبادل الإرادات بين المتعاقدين يتم عبر وسيط إلكتروني، ورغم الخصوصيات التي يتميز بها العقد الإلكتروني، إلا أنه يجتمع مع العقد التقليدي في الأركان التي يتطلبها أي عقد، وهي التراضي والمحل والسبب، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني في الأحكام الخاصة بركن التراضي، وما يعتريه من شكلية معينة يتعذر إنجازها إلكترونيا، أما بالنسبة لركني السبب والمحل فتنعدم فيهما خصوصيات هذا العقد[1].

وليس من المبالغة في شيء القول إن موضوع المعاملات الإلكترونية عموماً والتجارة الإلكترونية خصوصاً ومنذ اللحظة التي ظهر فيها هذا النوع الجديد من التعامل التجاري ولدت ولا تزال عند معظم الباحثين والدارسين والمهتمين على حد سواء رغبة جامحة في تناولها كمادة لأبحاثهم ودراساتهم ومؤلفاتهم، في محاولة منهم لسبر أغوار هذا النوع الجديد من التجارة وكشف اللثام عن ملامحها وتوضيح صورتها وبيان أحكامها وطرق حمايتها وتحديد القوة التي تتمتع بها مخرجاتها في الإثبات[2].

ونظراً لأهمية التجارة الإلكترونية بصفة عامة والعقد الإلكتروني بصفة خاصة، فالضرورة تقتضي الاشتغال بالدراسات القانونية في هذا الموضوع، وبيان موقع النظم القانونية من تطور المستجدات

[1]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، الدليل الإلكتروني للقانون العربي، الكويت. 18:08 /12.07.2014/ www.arablawinfo.com ، ص06.

[2]- عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى 2009، ص13.

التكنولوجية، ودورها المؤثر، فرغم الدراسات المتتالية إلا أن هذا الموضوع لا يزال يكتنفه الغموض والذي يحيط بالكثير من فصوله، وهذا ما يجعل الدارس لهذا الموضوع يلحظ بعض التعقيد الذي يحجب جوانب مهمة منه، ويرجع السبب في ذلك إلى حداثته نسبياً.

وبما أن الأمر كذلك فإن اختيار الموضوع – التراضي في العقد الإلكتروني– يرجع بالأساس إلى أن التراضي، الذي يعد الركن الركين في إبرام العقود الإلكترونية، حيث يشمل جميع عناصر العقد بما فيها ركني المحل والسبب هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن الأمر يقتضي تسليط الضوء على ركن التراضي في العقود الإلكترونية لإزالة بعض الغموض الذي يكتنفه ومحاولة توضيح بعض الإشكالات التي يثيرها.

إن التراضي في حقيقته هو جوهر العقد ومناط وجوده، ويتعين تحقق الرضا لدى طرفي العقد، وبما يحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين، والتي تتم باقتران القبول بالإيجاب وتطابقهما، وبما أن التراضي مناطه الإرادة، فإن الإرادة التي يعتد بها لتحقق التراضي، هي الإرادة المعلنة، التي يتم التعبير عنها وإخراجها من عالم الأفكار إلى الحيز الخارجي، ويتعين أن تكون هذه الإرادة صحيحة ومعبرة عن حقيقة ما يرغبه المتعاقد[1].

إن ما يثيره إبرام العقد الإلكتروني من خصوصيات بالنسبة لركن التراضي، يتعلق بمدى صلاحية القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقد التقليدي لتنظيم التراضي في العقد الإلكتروني؟

للإجابة على هذه الإشكالية، ارتأينا أنه من الأهمية بما كان وقبل التطرق لركن التراضي، التطرق لماهية العقد الإلكتروني، وذلك لإزالة بعض الغموض الذي يكتنف بعض المفاهيم ضمن (**فصل تمهيدي**)، ثم تسليط الضوء على ركن التراضي في فصلين نخصص (**الفصل الأول**) لدراسة وجود التراضي في العقد الإلكتروني من خلال بيان الإرادة وصور التعبير عنها في البيئة الإلكترونية وأهم ما يتميز بهما كلاً من الإيجاب والقبول وكذا دراسة زمان ومكان انعقاد العقود الإلكترونية، أما (**الفصل الثاني**) فخصصناه لصحة التراضي بداية بأحكام الأهلية، ثم عيوب التراضي في العقود الإلكترونية قبل التطرق للالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني كالتزام لتنوير المتعاقد الأخر(المستهلك) لتكوين

[1]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص07.

رضاء صحيح، قبل تتويج البحث بخاتمة لأهم النتائج والمقترحات المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة.

صعوبات البحث:

تبرر صعوبات البحث في عدم وجود نصوص قانونية في التشريع الجزائري تنظم هذا النوع من المعاملات، الأمر الذي يستلزم الرجوع في كل مرة إلى الأحكام العامة في القانون المدني، وذلك بغية السعي لإيجاد إطار قانوني منظم يحكم العقد الإلكتروني عموما والتراضي في العقد الإلكتروني خصوصاً، وكونه يتم بين أطراف غائبة مكاناً، وعبر وسيلة إلكترونية يتداولها ملايين الأشخاص دون أن تمنعها حدود طبيعية أو سياسية[1].

زيادة على ما سبق قلة المراجع المتخصصة والدراسات السابقة وإن وجدت فهي لم تتناول التراضي في العقد الإلكتروني بالشكل الكافي، وإضافة إلى ما سبق انعدام القرارات القضائية المتعلقة بالموضوع وكما سبق فإن السبب يعود إلى حداثة هذا النوع من المعاملات.

منهج الدراسة:

وقد اتبعنا في ذلك كلاً من المنهج التحليلي والوصفي الذي يهدف أساسا إلى التعرف على ظاهرة معينة بطريقة تفصيلية وتحليل الحقائق تحليلاً دقيقاً، و جمع الحقائق وتحليلها وتفسيرها، ويهتم المنهج الوصفي بدراسة الظواهر والأحداث من أجل التعرف على الظاهرة أو الحدث من حيث المحتوى والمضمون، والوصول إلى نتائج وتعميمات تساعد على فهم الواقع وتطويره[2]

ولما كان موضوع دراستنا هو العقد المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة، فإن هذه الظاهرة تتطلب الوصف و خاصة وأن هذا الموضوع من الموضوعات الحديثة التي تطرح جملة من الإشكالات، هذا وقد اعتمدنا المنهج التحليلي والتأصيلي خاصة فيما تعلق بطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.

[1]- عيسى لافي حسن الصمادي، المرجع السابق، ص10.

[3]- مليكة عطوي، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، في علوم الإعلام والاتصال، قسم علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، 2010، ص15.

إضافة إلى المنهج الوصفي اعتمدنا المنهج المقارن باعتبار أن النظام القانوني لا يمكن اكتشاف ما يكتنفه من نقص أو فراغ أو عدم انسجام إلا بمقارنته بنظم قانونية لدول أخرى، غير أن المقارنة لم تكن بشكل ممنهج وثابت نظراً لانعدام القواعد القانونية التي تتعلق بكل جزئيات هذا البحث، كما لم أغفل المنهج النقدي في هذه الدراسة.

فصل تمهيدي

ماهية العقد الإلكتروني

فصل تمهيدي: ماهية العقد الإلكتروني:

لعله من بين أكثر الموضوعات إثارة للجدل على الصعيد القانوني في الوقت الحاضر، ما يصطلح على تسميته بالعقد الإلكتروني، خصوصاً في الدول التي لم تعنى بالتنظيم القانوني لهذا الموضوع، ولما كان الأمر كذلك، ارتأينا أنه من الأهمية بما كان تسليط الضوء على هذا الموضوع، لإزالة بعض الغموض الذي يكتنفه، وذلك بتحديد مفهومه من خلال تعريفه من الناحية التشريعية والفقهية ثم تمييزه عن العقود التقليدية، تمهيدا لبيان خصائصه وكذا مجال إبرامه وطبيعته القانونية في المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني:

تشهد العقود الإلكترونية نمواً متزايداً حيث باتت تمثل نسبة هائلة من حجم التجارة الدولية العالمية والمحلية، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود، وقد تطور الأمر إلى أكثر من ذلك حيث أن المنشآت التجارية العالمية أصبحت ترفض التعامل مع أي عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني[1]، وهذا الأمر يقتضي تحديد مفهوم العقد الإلكتروني، وذلك ببيان تعريفه في مطلب أول ثم عرض خصائصه ومجال إبرامه في مطلب ثانٍ:

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني:

إن أية فكرة قانونية عموماً هي من صنع الظروف الاجتماعية والتاريخية المعبرة عن أوجه النشاط المختلفة، فضلا عن أن لهذه الفكرة القانونية كياناً مستقلاً في عالم القانون يتمركز في مفهومها الذاتي من خلال الفن التشريعي أو الصناعة القانونية التي تشكل الاصطلاح القانوني، وهو أن تكون لكل فكرة لفظ يبرز في دقة وإحكام مدلولها القانوني ويكون اللفظ بمثابة حيز لها عما سواها في عالم القانون، لذلك فإن العقد الإلكتروني يعد من العقود المهمة التي وقف عندها التشريع و الفقه لدراسة ومعرفة تفاصيله[2]، وتأسيساً على ذلك فإن تعريف العقد الإلكتروني يثير عديد الصعوبات، سواء على

[1]- لما عبد الله صادق سهلب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008، ص22.

[2]- قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين، المجلد (10)، العدد (37) العراق، (2008) ص151.

المستوى التشريعي وكذا الفقهي، خصوصا في ظل تعدد مصادر التعريف التشريعية، واختلاف الآراء الفقهية بهذا الشأن، والسبب في ذلك راجع إلى حداثة هذا الموضوع، ولبيان ذلك نستعرض هذه التعريفات فيما يلي:

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني:

اختلفت التشريعات في إعطاء تعريف موحد للعقد الإلكتروني، وعليه سنكتفي بعرض التعريفات الواردة في أهم القوانين، سواء المواثيق الدولية أو التشريعات الداخلية المقارنة.

أولا: التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

يعتبر التعريف الوارد في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسترال، UNCITRAL)[1] وكذا التعريف الوارد في نصوص التوجيه الأوروبي، أهم تعريفين على مستوى نصوص المواثيق الدولية.

1- تعريف العقد الإلكتروني في القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية:

اكتفى القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية (الأونسترال) الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون الدولي والذي تم إقراره بناءاً على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51- 162 بتاريخ 16 ديسمبر 1996، بالإشارة إلى تبادل البيانات إلكترونياً، وذلك في الفقرة الثانية من المادة (02) حيث نصت على أنه:" يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية، نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات"، ورأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك العقود والأعمال التجارية المختلفة، وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة

[1]- تسمى لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي باللغة الإنجليزية:
"The United Nation Commission on International Trade Law" وتعرف اختصارا بـ (UNCITRAL) وتكونت هذه اللجنة سنة 1996 من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بموجب قرارها المرقم (2205) (D-21) في 1966/12/17 وأسندت إليها مهمة تشجيع وتعزيز التوحيد للقانون التجاري الدولي. ينظر في ذلك، آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر الانترنت، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى 2006، ص57.

فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة، في المادة (2) في فقرتها "أ" و "ب" وهي:

– نقل المعطيات من كومبيوتر إلى كومبيوتر آخر وفقاً لنظام عرض موحد.

– نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.

– النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الانترنت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس، ويرى أغلب الفقه أن القانون الموحد للتجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة، لم يعرف العقد الإلكتروني، ولكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه، كما أن هذا القانون توسع في سرد وسائل إبرام هذه العقود، فبالإضافة إلى شبكة الانترنت هناك التكلس والفاكس[1].

2– تعريف العقد الإلكتروني في التوجيه الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك:

باعتبار أن العقد الإلكتروني من طائفة العقود المبرمة عن بعد، فقد عرفت المادة (2) من التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 20 ماي 1997، والمتعلق بالعقود المبرمة عن بعد، المقصود بالتعاقد عن بعد بأنه " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه" ولما كان العقد الإلكتروني يتم بواسطة وسائل الاتصال الإلكترونية عن بعد، فقد عرفها التوجيه بأنها: " أية وسيلة تستخدم في التعاقد مابين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الطرفين"[2].

ثانيا: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني:

في غياب تعريف للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها التشريعات المقارنة في هذا المجال[3]، وكما سبقت الإشارة إلى أن القانون النموذجي بشأن التجارة

[1]- برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، 2003-2006، ص6–5.

[2]- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق جامعة الحاج لخضر، باتنة، الجزائر، 2011-2012، ص52.

[3]- برني نذير، المرجع السابق، ص6.

الإلكترونية الأونسترال لم يعرف العقد بطريقة مباشرة، ولكنه اكتفى بتعريف تبادل البيانات إلكترونياً، وهذا ما سارت عليه التشريعات الداخلية للدول، حيث عرف المشرع الفرنسي التجارة الإلكترونية في قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي رقم: 575- 2004 في الفقرة الأولى من المادة(14)، إذ جاء فيها" كل نشاط اقتصادي يعرض بموجبه شخصاً أو يضمن عن بعد وبطريقة إلكترونية، تأدية خدمة أو سلعة"[1].

أما المشرع التونسي فقد عرف المبادلات الإلكترونية في المادة (2) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[2]، المبادلات الإلكترونية بأنها " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية".

كما عرفت نفس المادة التجارة الإلكترونية بأنها" العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية".

كما عرف قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[3]، تبادل البيانات في نص المادة (2) بأنها" نقل المعلومات إلكترونياً من شخص لآخر باستخدام نظم معالجة المعلومات". وفي تعريفه لبعض المصطلحات في نفس المادة فقد عرف العقد الإلكتروني بأنه" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أو جزئياً".

يلاحظ على هذه التعاريف بأنها ركزت على الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني، إضافة إلى ذلك فإنها تعرضت لجميع المعاملات، سواء كانت عقوداً أو غيرها من الاتفاقات غير الملزمة.

---

[1]- ينظر في ذلك، رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد(10)، الشلف، الجزائر، جوان (2013)، ص97.

-CYRIL ROJINSKY et GUILLAUME TEISSONNIERE. L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004(pour la confiance dans l'économie numérique) Conférence organisée par le programme international de coopération scientifique.pag 02.

[2]- القانون رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 09 أوت 2000، المتضمن قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي. المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

[3]- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، المنشور على الصفحة 210 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4524، بتاريخ 2001/12/31.

أما المشرع المصري فقد عرف بدوره العقد الإلكتروني في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية، بأنه" كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني"[1].

إن التعريف الذي جاء به قانون التجارة الإلكترونية المصري كان أعم وأكثر دقة من المشرع الأردني، إذ اعتبر أي تصرف يسبق العقد أو يلازمه بخصوص إبرامه من حيث المرحلة السابقة لإبرام التعاقد (التفاوض) أو إبرامه، كل هذه التصرفات إذا تم القيام بها كلها أو بجزء منها عبر وسيط إلكتروني فإن هذا العقد يعد عقداً إلكترونياً، مما يعد أشمل وأدق من التعريف الذي جاء به المشرع الأردني[2].

الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني:

اختلفت الآراء الفقهية على اختلاف مشاربها في تعريف العقد الإلكتروني، ذلك أن العقد الإلكتروني يعد من العقود المهمة التي وقف عندها الفقه، وتأسيساً على ذلك فإن الفقه عموماً ذكر تعريفات متعددة لهذا العقد.

فقد عرفه الدكتور صالح المنزلاوي بأنه:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"[3].

الملاحظ على هذا التعريف أنه ركز على وسيلة إبرامه، واشترط أن تكون مسموعة ومرئية، مستبعداً بذلك الوسائل الإلكترونية الأخرى، على غرار الفاكس والتلكس.

و يرى جانب آخر من الفقه أن العقد يكفي أن يكون مبرماً ولو جزئياً بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقداً إلكترونياً، ومنه القائل:" بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً أصالة أو نيابة".

---

[1]- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر،2011- 2010، ص13.

[2]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الأردن، 2008، ص26.

[3]- نقلاً عن قيدار عبد القادر صالح، المرجع السابق، ص152.

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونياً أن تكتمل عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه، معتبراً أنه:" كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد"[1].

و لما كان العقد الإلكتروني يتميز بأنه يتم في الغالب على المستوى الدولي، فقد ذهب البعض إلى تعريف عقد التجارة الإلكتروني الدولي بأنه " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية الانترنت، بهدف إتمام العقد"[2].

فالعقد الإلكتروني إذاً هو العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية.

وتشتمل عملية التعاقد الإلكتروني بخلاف الإيجاب والقبول الإلكتروني، على العديد من المعاملات الإلكترونية، مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات، وطلبات الشراء الإلكترونية، والفواتير الإلكترونية، وأوامر الدفع الإلكترونية[3].

المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني ونطاق إبرامه:

يتميز العقد الإلكتروني بخصائص تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بين متعاقدين يجمعهما مجلس واحد، فالعقد الإلكتروني يتم باستخدام وسائل أو وسائط إلكترونية وغالباً ما يتم بين متعاقدين كل منهما في بلد، أي أن هناك بعداً مكانياً بين المتعاقدين[4]، وللعقد الإلكتروني خصائص عديدة نكتفي باستعراض أهمها، كما أن العقود الإلكترونية ما هي إلا عقود تقليدية مبرمة بوسيلة إلكترونية فإلى أي مدى يمكن استيعاب الوسائل الإلكترونية لإبرام العقود التقليدية؟ هذا ما نستعرضه في الفرعين التاليين:

[1]- برني نذير، المرجع السابق، ص8.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الدار الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى2007، ص73-74.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص74.

[4]- محمد أمين الرومي، التعاقد الإليكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، 2004، ص51.

الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني:

كما أشرنا فإن العقد الإلكتروني له من الخصائص ما يميزه عن غيره من العقود التقليدية، حيث أن العقد الإلكتروني يتميز بسمات كثيرة نكتفي بالإشارة إلى أهمها فيما يلي:

أولا: العقد الإلكتروني عقد يبرم عن بعد:

تعتبر العقود الإلكترونية بأنها نوع خاص من العقود التي تتم عن بعد[1]، ولما كانت العقود في التجارة الإلكترونية تعتمد على مفاهيم البعد وعدم تواجد أطراف العقد معاً وقت نشأته، فهي تتم عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة المختلفة، التي تحقق الاتصال بين الأطراف دون أن يتطلب ذلك الالتقاء المادي بينهم، واهم ما يميز العقود عن بعد أنها أعطت حماية للمستهلك[2] وذلك بأحكام خاصة، لا تجد مثيلاً لها في العقود المبرمة بالطرق التقليدية[3]، وفي الحقيقة أن وضع مثل هذه القواعد الخاصة في التعاقد عن بعد له ما يبرره[4]، خصوصا وأن التعاقد بين غائبين لا يوفر نفس الضمانات و الحماية التي يوفرها في التعاقد بين حاضرين من حيث التأكد من شخصية المتعاقد الآخر وكذا معاينة المنتوج.

كل هذه الأسباب دفعت التقنينات المتعلقة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، إلى إعطاء المتعاقد أو المستهلك مهلة معينة يسمح له خلالها إرجاع المعقود عليه دون أن يترتب على ذلك أية مسؤولية، وهو ما يعرف بحق الرجوع المقرر لفائدة المستهلك، وهو الحل الذي تبناه المشرع الفرنسي، وتحديداً في الفقرة السادسة من المادة (121) من تقنين الاستهلاك التي نصت على أنه" يجوز للمشتري في كل عمليات البيع عن بعد إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في

---

[1]- فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، المجلد الحادي والعشرون، العدد (2)، غزة، فلسطين،جوان (2013) ص340.

[2]- عرفت المادة (3) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش03/09، المستهلك 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".

[3]- إلياس ناصيف، العقود الدولية ، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص42.

[4]- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص57– 58.

مدة سبعة أيام كاملة محسوبة من تاريخ تسليم طلبه، وذلك دون أية جزاءات باستثناء نفقات الإرجاع..."[1].

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد يغلب عليه الطابع التجاري والاستهلاكي:

يتسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري، ولذلك يطلق عليه عادة تسمية" عقد التجارة الإلكترونية"، وهو يدور غالباً في نطاق عقود البيع أو تقديم الخدمات أو الإجارة، أو السمسرة، القرض، وسواها من العقود[2].

وكونه استهلاكي لأن السمة البارزة هي الاستهلاك فهو غالباً يخضع لقواعد وقوانين حماية المستهلك[3]، ولأن العقود الإلكترونية يغلب عليها الطابع التجاري فإن أهمية التفرقة بين الأنشطة التجارية والمدنية يكمن في عدة نواحٍ، مثل حرية الإثبات في المواد التجارية، والتضامن، والمهل القضائية للمدين، والإفلاس، والتقادم، والقانون الواجب التطبيق وغيرها، والعقود الإلكترونية قد تتخذ أشكالاً معينة مثل:

1–التجارة الإلكترونية المباشرة أو الكاملة، وهو النوع الرئيسي منها، ويشمل هذا النوع الخدمات، والمنتجات المعينة بصيغة إلكترونية من خلال الانترنت.

2– التجارة الإلكترونية الجزئية، أو غير المباشرة، وتكون هذه في كثير من الأنشطة، كالإعلان، والعروض، والمفاوضات، وإبرام العقود، وتحويل الدفعات من الأثمان إلكترونياً.

ونميز هنا بين نوعين من العقود: العقود التي تتم بين المشروعات **(B2B)**، والعقود التي تتم بين رجال الأعمال والمستهلكين **(B2C)**.

أ– العقود التي تتم بين المشروعات (B2B):

تعرف المشروعات بأنها ما يقابل اصطلاح المستهلكين، وأنها مقصورة على غير المستهلكين، ويقصد بهذا المصطلح كل المشروعات التجارية التي تسعى إلى الانتفاع بشبكة الانترنت بهدف إشباع

[1]- ينظر في هذا المعنى، مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص58.

[2]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص43.

[3]- محمود حمودة صالح منزل، إشكالات العقود الإلكترونية، مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، العدد (18)، فلسطين، رمضان (1432) هـ، أوت (2011)، ص11.

حاجاتها التجارية، أو المدنية، وتقوم بالانتفاع بشبكة الانترنت عن طريق الصفقات، التي تتم بين منشآت الأعمال، باستخدام شبكة الاتصالات، وتكنولوجيا المعلومات.

ونميز بين نوعين من العقود التي تتم بين المشروعات: العقود التي بين المشروعات بغرض إشباع حاجاتها المهنية، فهذه عقود تجارية، لأن من قام بها تاجر على صفة الاحتراف، فالتاجر قام بها بهدف تحقيق الربح، واحترف في ذلك أعمال التجارة بإتباع الوسائل اللازمة والمناسبة، والنوع الثاني هو العقود التي يبرمها التجار بهدف إشباع حاجاتهم الشخصية والمنزلية، أو العائلية، فهذه عقود مدنية على الرغم من قيام التاجر بها، إلا أنها ليست ذات علاقة بتجارته[1].

ب- العقود التي تتم بين رجال الأعمال والمستهلكين (B2C):

وهذه العقود هي التي يطلق عليها التسوق الإلكتروني[2]، وهذا النمط يعتبر من التجارة الإلكترونية يمثل البيع بالتجزئة في التبادل التجاري، وهناك ما يسمى بالمراكز التجارية للتسوق والتي تقدم خدماتها من خلال عرض السلع والخدمات[3]، حيث تروج، وتعرض البضائع لعقد الصفقات مع المستهلكين الراغبين بذلك[4].

ويكمن التساؤل في الصفة التجارية للعقد الإلكتروني، عما إذا كان هذا العقد تجارياً في جميع الأحوال؟

بالنسبة إلى مقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجارياً لأن مقدم الخدمة يريد تحقيق الأرباح عن طريق التوسط بين فئتين من البشر، وهذا هو المعيار الأساسي لوصف العمل بكونه تجارياً.

أما بالنسبة للعميل، فيختلف الأمر بين أن يكون تاجراً أو غير تاجر، فإذا كان تاجراً، يكون العقد بالنسبة إليه تجارياً بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجراً، كما لو كان باحثاً أو أستاذا جامعياً، أو محامياً مثلاً

فلا يكون هذا العقد تجارياً بل مدنياً، وبالتالي فإن عقد الدخول إلى الشبكة يعتبر عقد مختلطاً إذا تم

[1]- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2007، ص24.

[2]- يحيى يوسف فلاح حسن، نفس المرجع، ص25.

[3]- لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص15.

[4]- يحيى يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص25.

التعاقد بين مقدم الخدمة التاجر، والعميل الذي يقوم بعمل مدني[1].

ثالثا: العقد الإلكتروني يتسم غالباً بالطابع الدولي:

ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم على الخط، يسهل العقد بين طرف في دولة والطرف الآخر في دولة أخرى، ويثير الطابع الدولي للعقد الإلكتروني العديد من المسائل، كمسألة بيان مدى أهلية المتعاقد، وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الأخر، ومعرفة حقيقة المركز المالي له، وتحديد المحكمة المختصة وكذلك القانون الواجب التطبيق على منازعات إبرام العقد[2].

إضافة إلى الخصائص السابقة هناك خصائص أخرى مثل، غياب التعاصر المادي بين طرفي العلاقة التعاقدية، وكذلك فإن العقد الإلكتروني مقترن بحق العدول، حيث يستطيع القابل خلافاً للقواعد العامة الرجوع عن قبوله بعد إبرام العقد، باعتبار أن العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد، لذلك يتميز بالحماية التي أقرتها تشريعات التجارة الإلكترونية وكذا قوانين حماية المستهلك[3]، وسنتطرق لحق العدول المقرر للمستهلك في الفصل الأول من هذه المذكرة، ومن الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني أيضاً، أن يكون الإثبات عن طريق المستند الإلكتروني وذلك بدل المستندات الورقية كما أن هذا العقد من العقود الكتابية فلا تكفي المشافهة لإبرامه نظراً للطبيعة اللامادية لهذا النوع من التعاقد، بمعنى عدم الحضور المادي لطرفيه ولأنه يتم في بيئة افتراضية، وتمثل هذه المسائل أهم خصائص العقد الإلكتروني التي تميزه عن العقود التقليدية[4].

الفرع الثاني: نطاق إبرام العقود الإلكترونية:

وفقاً للقواعد العامة في نظرية العقد، يتعين لإبرام العقد صحيحاً منتجاً لآثاره توافر أركانه الأساسية وهي: الرضا والمحل والسبب والشكلية في العقود التي تتطلبها، والعقد الإلكتروني، ولكونه عقداً يخضع في إبرامه وأحكامه لهذه القواعد العامة، وبما أنه ينعقد إلكترونياً، فهو يخضع لبعض الأحكام الخاصة

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص43.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص77.

[3]- ينظر في هذا المعنى، لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص23-24.

[4]- محمود حمودة صالح منزل، المرجع السابق، ص16.

به والتي تتماشى مع صفته الإلكترونية وكونه يبرم عن بعد[1]، وبما أن العقود الإلكترونية هي عقود مبرمة بوسائل الاتصال الحديثة، فما هو مجال إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية؟

أولاً: المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية:

الأصل في التعاقد حرية الأطراف في اختيار شكل التعبير عن إرادتيهما، وقد أجازت معظم التشريعات التي نظمت مسائل التجارة والمعاملات الإلكترونية صراحة لأطراف التعامل، التعبير عن إرادتهم باستخدام الوسائل الإلكترونية، في حين أن جميع التشريعات أكدت في نفس الوقت على حرية الأطراف في الاتفاق على خلاف ذلك، بمعنى أنها لم تفرض شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة، غير أن هناك عقود لها طبيعة خاصة لا يمكن إبرامها بالوسائل الإلكترونية، وقد أوردت بعض التشريعات استثناءات على سبيل الحصر، في حين وسعت قوانين أخرى من مجال الاستثناءات[2].

ثانياً التصرفات المستبعدة من الخضوع لقواعد العقود الإلكترونية:

قد يستلزم القانون في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد، بجانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى، إلا إذا توافرت هذه الشكلية، كما أن هناك عقود تتميز بطابعها الخاص مثل عقد الزواج، حيث لا يمكن إبرامه بواسطة وسائل الاتصال عن بعد، وإضافة إلى ما تقدم فإن هناك عقود غير مشروعة وإن كان يمكن إبرامها في بعض المناطق فهي غير مسموحة في مناطق أخرى، وهذا ما سنتناوله فيما يلي:

1- الاستثناءات من حيث شكل العقد:

تعتبر الشكلية من أهم القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة، وبمقتضاها لا تكفي الإرادة وحدها لإبرام العقد، بل يلزم صياغتها في شكل معين، وتعتبر الرسمية من أهم صور الشكلية، حيث يتم التصرف بورقة رسمية يقوم بتحريرها موظف عام، فالعقد الشكلي هو الذي لا ينعقد إلا باستيفاء الشكلية التي

[1]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، المرجع السابق، ص6.

[2]- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص29.

حددها القانون، ويكون بذلك الشكل ركنا لا يتم العقد بدونه، والشكلية هنا هي شكلية الانعقاد، وليس شكلية الإثبات، فالعقد إما أن يكون عقدا مكتوباً يتبع إنشاءه إجراءات معينة كتسجيل عقود بيع العقار في دائرة التسجيل[1]، وفي هذا السياق يطرح التساؤل حول مدى إمكانية استيفاء هذه الشكلية في العقود الإلكترونية، وذلك بالكتابة على دعامات إلكترونية ؟

لقد تعرضت المادة (324) مكرر 1 من القانون المدني الجزائري[2]، للحالات التي تتطلب الشكلية وتقع تحت طائلة البطلان في حال تخلفها، وفي هذا الصدد نجد المادة (6) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، استثنت جميع العقود والمستندات والوثائق الشكلية التي تنظم وفق شكل معين اشترطه القانون، مورداً بعض المعاملات الشكلية المستثناة على سبيل المثال لا الحصر، مثل: (الوقف، والوصية، والتصرف في أموال غير منقولة وعقود إيجارها، إضافة إلى الوكالات والمعاملات في الأحوال الشخصية، والإشعارات المتعلقة بإلغاء وفسخ عقود المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة...).

يستخلص من هذه المادة، أن الاستثناءات في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، هي ضرورة التقيد بشكل معين أثناء إجراء هذه المعاملات، وأن عدم مراعاة هذا الشكل يستوجب اعتبار هذه التصرفات غير صحيحة، وبالتالي فإن هذه المعاملات لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تتم عبر الوسائل الإلكترونية نظراً لكونها تتطلب شكلاً معيناً وإلا عدت هذه التصرفات باطلة[3]، كما استثنى قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي بعض التصرفات التي لا تكفي معها السندات والسجلات الإلكترونية لتحقق الشكلية المطلوبة قانوناً، ويأتي في مقدمة العقود والمعاملات التي لا يمكن استيفاء الشكلية التي

---

[1]- ينظر في هذا المعنى، لملوم كريم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2011، ص62-63.

[2]- تنص المادة 324 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على انه" زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب، تحت طائلة البطلان، تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أو كل عنصر من عناصرها، أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي، ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.

كما يجب تحت طائلة البطلان، إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي، وتودع الأموال الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد".

[3]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص36.

تتطلبها عن طريق السجلات والسندات الإلكترونية، بعض المعاملات استثنيت من الأعمال الإلكترونية كعقود الزواج والطلاق والوصايا، والمستندات التي يتطلب القانون تصديقها أمام كاتب عدل، مثل عقود البيع الواردة على العقارات، وبصفة عامة الحقوق العينية الواردة على العقارات والتي تخضع لإجراءات التسجيل الرسمي[1].

أما المشرع الفرنسي فقد نص في المادة (1316) من القانون المدني، والتي جاءت بمفهوم واسع للكتابة يشمل بجانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الإلكتروني، أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، وقد أدى وجود هذا النص ضمن قواعد الإثبات إلى التساؤل هل يمكن أن تكون بديلة عن الكتابة التقليدية؟ وبعبارة أخرى هل يمكن للمفهوم الحديث الموسع للكتابة أن يشمل الكتابة كركن للانعقاد أو لصحة التصرف أم يبقى قاصراً على الكتابة كوسيلة إثبات التصرف في الشكل الإلكتروني؟

رغم انقسام الفقه بين اعتبار الكتابة الإلكترونية ركناً لانعقاد العقد، باعتبار أن تعريف الكتابة في هذا النص جاء بشكل موسع، هذا من جهة ومن جهة أخرى يستند أصحاب هذا الرأي إلى أن مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني طالما يخضعون للتنظيم التشريعي للدولة، فهم يَرْقَوْنَ إلى درجة الموظف العام، وبالتالي توفر الرسمية في المحررات الإلكترونية، وبين الرأي الذي يرى أن الكتابة في الشكل الإلكتروني يجب أن تقتصر على مجال الإثبات[2].

وقد حسم المشرع الفرنسي هذا الجدل حول هذه المسألة، بإصدار مرسومين لحسم الخلاف لصالح الرأي الأول وهما:

أ- المرسوم رقم 972- 2005 المعدل للمرسوم رقم 222- 56 المتعلق بالقانون الأساسي لمهنة المحضر القضائي.

ب- المرسوم رقم 972-2005 المعدل للمرسوم رقم 222- 71 المتعلق بالأعمال المنجزة من طرف الموثق، ودخل هذين المرسومين حيز التنفيذ 2006/02/01، وقد سمح هذان القانونان بإمكانية إبرام العقود التي تتطلب الكتابة الرسمية كركن لانعقادها على دعامة إلكترونية.

[1]- لملوم كريم، المرجع السابق، ص64.

[2]- ينظر في هذا المعنى، مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص37. ولملوم كريم المرجع السابق، ص64.

أما المشرع الجزائري فقد حذا حذو المشرع الفرنسي بسن المادة (323) مكرر 1 من القانون المدني، المقابلة للمادة (1316) من القانون المدني الفرنسي، فأصبح تعريف الكتابة يشمل إلى جانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الإلكتروني، أي تلك المثبتة على دعامة إلكترونية، إذ تنص المادة (323) مكرر 1:" يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وان تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

والملاحظ على هذا النص أنه اعتبر الإثبات بالكتابة الإلكترونية فقط، إضافة إلى كون المشرع الجزائري يشترط لإبرام العقود التي تخضع للكتابة الرسمية أن يشهد إبرامها موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة، وأن يوقعها ويختمها، وهذا أمر لا يمكن للكتابة الإلكترونية أن تضمنه، لذا يمكن القول بقصور هذا النص وعدم صلاحيته لاعتماده في إبرام العقود التي يشترط فيها الكتابة كركن لانعقادها، هذا ويمكن القول أن بعض التشريعات أوردت استثناءات لا مبرر لها لأن الكتابة الإلكترونية مسألة أقرتها غالبية التشريعات الحديثة بشان المعاملات الإلكترونية، ومن ثم فإن إبرام العقود الإلكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود، بل يجوز إبرام كافة أنواع العقود إلكترونيا ولو كانت عقوداً رسمية، لاسيما مع ظهور مهنة جديدة هي مهنة" الموثق الإلكتروني"، "notaire-électronique" وقد يكون هذا الوسيط شخصاً طبيعياً أو اعتباريا، وتتركز الوظائف الأساسية للموثق الإلكتروني في إثبات مضمون المستندات والعقود الإلكترونية وتوثيقها[1].

2-الاستثناءات الواردة في الأنشطة غير المشروعة أو المقيدة:

قد تكون بعض الأنشطة المعروضة على شبكات الانترنت مسموحاً بها في بعض المناطق أو الدول، وغير مسموح بها في بعض الدول الأخرى، مثل أنشطة القمار والأفلام المخلة بالآداب، وقد حكم القضاء في عدد من القضايا، وخاصة في الولايات المتحدة بمسؤولية الموقع التي توجه عن قصد أنشطتها على داخل تلك الدول أو الولايات لمخالفته لقواعد النظام العام للدولة أو الإقليم المعين،

ففي قضية Minnesota V. Granite Gate resorts اتصل عدد من مواطني ولاية مينسوتا بأحد المواقع التي تعلن عن القمار في ولاية نيفادا الأمريكية المشهورة بأندية القمار، وأعلنت المحكمة في مينسوتا

[1]- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص39-38.

اختصاصها على أساس أن المدعي عليه قصد الاتجار داخل ولاية مينسوتا عن طريق موقعه على شبكة الانترنت، وفي قضية US. V. Thomas حكمت المحكمة الفيدرالية في ولاية تينسي باختصاصها، وطبقت القانون المحلي وحكمت ضد موقع على شبكة الانترنت يمتلكه شخص في ولاية كاليفورنيا يقوم بتقديم الأفلام المخلة بالآداب ولا يعفى الموقع من الخضوع للقضاء للطبيعة السلبية للموقع على الانترنت وبعدم تحقيق أرباح من وراء الإعلان على الشبكة، ويجوز لصاحب الموقع أن يضع قيداً أو شرطاً لإنزال البرامج من الموقع بأن مشاهدة، أو إنزال الصور منه يقتصر على الأشخاص من دولة معينة، ويخلي مسؤوليته من إنزال هذه الصور، أو الأفلام في دولة أخرى[1].

إضافة على ذلك فإن بعض الدول تضع حظراً على تصدير السلع والبضائع أو الخدمات إلى دول معينة، مثل القيود التي تضعها الولايات المتحدة الأمريكية على تصدير السلع الأمريكية إلى دول كوبا، والعراق وليبيا(سابقاً)،وكوريا الشمالية، ولما كان المشتري من إحدى هذه الدول يستطيع- عن طريق الانترنت- وضع طلب شراء بضائع أمريكية، فإن قبول البائع الأمريكي يترتب عليه مسؤولية مخالفة قواعد الصادرات الأمريكية التي هي من قواعد النظام العام الأمريكي[2].

كما استبعد القانون الأمريكي الموحد للتجارة الإلكترونية بعض التصرفات والأعمال القانونية كمسائل قانون الأسرة مثل الزواج والطلاق والوصايا والتبني، وأيضا لا تنطبق أحكام هذا القانون على قرارات وأوامر المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي[3].

[1]- سمير برهان، إبرام العقد في النظرية التقليدية للالتزامات وفي التجارة الإلكترونية، ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية، (2007)، ص20,

[2]- سمير برهان نفس المرجع، ص18.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص195.

3-الاستثناءات في القانون النموذجي بشان التجارة الإلكترونية" الأونسترال":

إن مسألة البحث في الاستثناءات الواردة في القانون النموذجي الأونسترال مسألة أولية ومهمة، باعتبار أن هذا القانون يهدف إلى مساعدة الدول على تطوير تشريعاتها لتستجيب لحاجات التجارة الإلكترونية، كما تسعى إلى توحيد الأحكام وتقارب الحلول لإشكالات هذا النوع من التجارة، فهي تعتبر إذاً مهد التشريعات الحديثة في مجال التعاقد الإلكتروني.

أ- نطاق تطبيق قانون الأونسترال:

نصت المادة الأولى من قانون الأونسترال المعنونة بـ" نطاق التطبيق":" ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات التي تكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

يتجلى من هذه المادة أن هذا القانون ضيق من نطاق تطبيقه، وجعله يقتصر على التجارة الإلكترونية، إلا أنه في نفس الوقت وسع من نطاق هذه التجارة لتشمل كل الأنشطة التجارية، بدليل عدم إبداء أي تعريف لهذه الأخيرة ضمن المادة الثانية التي خصصها للتعريفات، ورأت اللجنة الخاصة بصياغة هذا القانون إبقاء التعريف مفتوحاً ليشمل كل المستخرجات الإلكترونية الممكنة، إذ ارتأت خلال إعداد هذا القانون أن استبعاد أي شكل أو واسطة عن طريق تقييد نطاقه يمكن أن يفضي إلى صعوبات عملية، وأن يتعارض مع الغرض المتوخى منه وهو توفير قواعد محايدة من حيث الوسائط.

ب- حرية الدول في تعديل القانون النموذجي بوضع استثناءات:

لقد أعطى قانون الأونسترال للدول الراغبة في تبنيه الحرية في توسيع نطاقه ليشمل جميع المعاملات التجارية، كما أعطى لها الحق في وضع استثناءات تراها مناسبة، إلا أنه حذر من جهة أخرى من استغلال هذا الحق لوضع استثناءات على بعض نصوص هذا القانون، لأن ذلك يعتبر خروجاً من روح هذا القانون وتجريداً له من مهامه وأهدافه[1].

[1]- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص32.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة:

نتناول في هذا المبحث الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، من حيث أنه عقد مساومة أو عقد إذعان في المطلب الأول، ثم تمييز العقد الإلكتروني عن غير من العقود، سواء العقود التقليدية أو عقود البيئة الإلكترونية ، وذلك في المطلب الثاني:

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية:

يقسم الفقهاء العقود من حيث مدى توافر عنصر مناقشة مضمونها وشروطها إلى عقود مساومة وعقود إذعان، وعقد المساومة هو الذي يتم عن طريق المناقشة بين المتعاقدين، بحيث يضع كل منهما ما يحقق مصلحته من شروط وتكون الإرادتان فيها غالباً متساويتين ومتكافئتين(de gré á gré) أما عقد الإذعان فالوضع فيه مختلف عن عقد المساومة، إذ أن أحد طرفي العقد فيه يستأثر بوضع شروط العقد، ولا ينتظر من الطرف الآخر سوى قبول العقد جملة أو رفضه جملة[1]، لكن التطور الحاصل في المجتمع، والتحرك في المفاهيم والقيم، وانتقال بعض الأشياء من كونها كماليات إلى كونها ضروريات، أدى إلى ظهور عقود ذات طبيعة خاصة، أطلق عليها عقود إذعان[2]، فهل العقد الإلكتروني ذو طابع تساومي يقبل المناقشة من حيث مضمونه وشروطه، أم أنه ذو طابع إذعاني، يستلزم أحكام خاصة به لحماية الطرف المُذعَن.

وتأسيساً على ما تقدم فإن الفقه اختلف في تحديد الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، فمنهم من يرى بأنه من عقود المساومة ومنهم من اعتبره من تطبيقات عقود الإذعان وفي ما يلي عرض هذه الآراء في الفرعين التاليين:

[1]- رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، المرجع سابق، ص100.

[2]- علاء الدين محمد ذيب، الإذعان والمساومة في العقود الإلكترونية، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد الثاني والعشرون، العدد (2) الأردن، (2007) ص48.

الفرع الأول: العقود الإلكترونية عقود مساومة:

اعتبر هذا الفريق أن العقد الإلكتروني هو عقد من عقود المساومة، تتساوى فيه إرادة كل طرف مع الطرف الآخر، وتتبادل فيه النقاشات بكل حرية، وليس للمتعاقد فيه أن يطالب بأي حماية خاصة، وفيما يلي نبين مضمون هذا الاتجاه وأدلته ثم مناقشتها تباعاً:

أولا: عرض الاتجاه وأدلته:

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني هو عقد مساومة، فالموجب مثلاً لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي، نظراً إلى عالمية الشبكة وطبيعتها، والخدمات المعروضة بواسطتها يصعب القول بشأنها أنها تتعلق بعقود تكون المنافسة فيها محدودة النطاق، كما أن عنصر المناقشة لا يزال يسود العقود الإلكترونية على اختلاف أنواعها، فدور المتعاقد الموجب له لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفاً، إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنت، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء، ويخلص هذا الاتجاه إلى القول بأن العقد الإلكتروني ليس بالضرورة من عقود الإذعان، بل هو من عقود المساومة باستثناء العقود الإلكترونية التي تعد في الواقع عقود إذعان، كالعقود المبرمة إلكترونياً للحصول على الخدمات الضرورية كالماء والكهرباء والهاتف[1] وكذا عقود الاشتراك في الانترنت.

ثانيا: تقدير الاتجاه:

يبدو أن هذا الرأي يعبر فعلاً عن تبني أنصاره لفكرة الإذعان الكلاسيكية التي تستند أساساً على ضرورة توافر عنصر الاحتكار لاعتبار العقد بأنه عقد إذعان، مع أن التوجه الحديث لم يعد يقصر فكرة الإذعان على شرط الاحتكار، إذ لوحظ أنه في ظل الانفتاح الاقتصادي، وانتشار المنافسة الحرة، والعرض المتدفق لكافة أنواع السلع والخدمات، وإتاحة فرص كبيرة للمستهلك في اختيار شريكه في العلاقة التعاقدية، وتتبع ما هو أصلح له من شروط، إلا أن عقد الإذعان استمر في التواجد على الساحة التعاقدية، حتى إننا لا نكون مغالين في القول إن عقد الإذعان قد زاد ذيوعه وانتشاره حتى أضحى معضلة حقيقية تعترض سبيل المستهلكين، وبالطبع لا يرجع ذلك إلى الاحتكار، لا شك أن

[1]- رباحي أحمد، المرجع السابق، ص100.

أسباب الإذعان قد تتغير تبعاً للسياسة الاقتصادية، لقد أصبحنا نصادف جملة من العقود يظهر لنا إمكانية مناقشة شروطها، أو إيجاد بديل عنها لدى عارض آخر، وفي سعينا لذلك نفاجئ بأن شروط المتدخل الثاني لا تكاد تختلف عن سابقه والتالي له، هذه المعطيات وغيرها أبعدت الفقه والقضاء الحديثين عن المفهوم التقليدي للإذعان من أجل تبني مفهوم أكثر اتساعا، ليشمل حتى العقود الإلكترونية[1].

الفرع الثاني: العقود الإلكترونية عقود إذعان:

على نقيض الرأي الأول يرى جانب من الفقه أن العقود الإلكترونية هي من قبيل عقود الإذعان، والسبب في ذلك يعود لتبني أصحاب هذا الاتجاه، المفهوم الحديث، فإلى أي مدي يمكن اعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان، حسب أنصار هذا الاتجاه؟ وعليه سنسلط الضوء أولاً على عقد الإذعان بين المفهومين التقليدي والحديث ثم نعرج إلى أدلة هذا الاتجاه ثانياً، وذلك فيما يلي:

أولاً: عقد الإذعان في المفهومين التقليدي والحديث:

في غياب تعريف في القانون المدني لعقد الإذعان، فإنه يمكن تعريفه على أنه" العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كلياً أو جزئياً، بصورة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية"[2].

هذا وقد نص المشرع الجزائري في المادة (70) من القانون المدني على أنه " يحصل القبول في الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، وحسب نص المادة فإن معيار الإذعان، هو عدم مناقشة الشروط التي يضعها الموجب، فالقابل إما أن يقبلها جملة فيتم انعقاد العقد أو يرفضها جملة.

والواقع أن هناك مفهوم تقليدي وآخر حديث لعقد الإذعان، ووفق المفهوم التقليدي تتميز عقود الإذعان، وعلى ما أُستقر عليه، باجتماع عناصر ثلاثة: أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولية بالنسبة للمستهلكين أو المنتفعين، والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا قانونياً أو فعلياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها، والثالث صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط

[1]- رباحي أحمد، المرجع السابق، ص100.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص84.

متماثلة ولمدة غير محدودة، حيث أن عقد الإذعان في حقيقته يسود في ظل الاحتكار حيث يحل الكفاح ضد الزبائن والمستهلكين محل الكفاح من أجلهم، إذ نادراً ما يوجد هذا العقد في ظل المنافسة الحرة، ومن البديهي أن انعدام الاحتكار يتيح فرصة إيجاد منتوج أو خدمة بشروط أفضل، لدى أحد المنافسين الذين تحدوهم الرغبة في جلب أكبر عدد من الزبائن، بيد أن الرأي السائد في الفقه، وهو المفهوم الحديث، يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشترط تعلق العقد بالسلع أو الخدمات الضرورية، أو أن تكون هذه السلع محل احتكار قانوني أو فعلي، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقاً بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب) بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به، أو يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر، من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة المهنية.[1]

ومن جانب آخر فان القول بعدم اشتراط الاحتكار في عقد الإذعان يتفق مع نصوص التشريعات العربية بهذا الصدد التي لم تتعرض لتعريف عقد الإذعان، ولم تستلزم وجود الاحتكار للقول بتوافر صفة الإذعان، بل اكتفت بالقول إن عقد الإذعان يتم بمجرد أن يرتضي أحد المتعاقدين ويسلم بشروط العقد التي وضعها الطرف الآخر سلفاً، ولم تشر التشريعات العربية لا من قريب ولا من بعيد إلى مسألة الاحتكار، وهذا ما نصت عليه المادة (70) من القانون المدني الجزائري، بأنه" يحصل القبول في الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها"، لهذا يظهر العقد بأنه عقد إذعان كلما كان مضمونه معداً قبل التعاقد بواسطة أحد طرفيه على نحو عام ومجرد، بحيث لا يملك الطرف الآخر مناقشة له[2].

ثانيا: العقد الإلكتروني من عقود الإذعان:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى اعتبار العقود الإلكترونية من تطبيقات عقود الإذعان، ويتمثل هذا الاتجاه في جانب من الفقه الإنجليزي والفرنسي الحديث وكذلك اتجاه بعض التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية كالقانون المصري المنظم للمعاملات والتجارة الإلكترونية في نص المادة (18) منه على أنه:" تعتبر العقود النمطية (النموذجية) المبرمة إلكترونياً من عقود الإذعان في مفهوم القانون من

[1]- ينظر في ذلك كل من، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص84. و رباحي أحمد، المرجع السابق، ص101.
[2]- رباحي أحمد، نفس المرجع، ص101.

حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ويعد شرطاً تعسفياً كل شرط يتضمن حكماً لم يجر به العرف" ويستند أنصار هذا الاتجاه إلى أن أغلبية العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت تتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر على الموقع الإلكتروني للمتدخل على شكل استمارة نموذجية إلكترونية تتضمن تفاصيل العقد، وتتوجه بشروط متماثلة للجمهور على وجه الدوام، وتكون ملزمة لفترة طويلة ولا تقبل المناقشة أو التعديل[1].

والملاحظ أن الشركات التي تمارس التجارة الإلكترونية، بالرغم من أنها توفر عبر مواقعها معلومات مفيدة بشكل عام إلا أنها لا توفر المعلومات الهامة المتعلقة بالعقد، مثل بيان شروط الإلغاء، وحالات الإعفاء من المسؤولية، ومعلومات الضمان...، وعليه أن ينفذ شروطه التي لم يملك اختيارها ولم يدرك نتائجها.

إن التصوير السابق لطبيعة المعاملات الإلكترونية هو الذي دفع التشريعات الحديثة وأعطاها المبرر لفرض الالتزام بالإعلام الإلكتروني على المتدخل– كما سيأتي بيانه بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه الدراسة– من أجل تنوير إرادة المستهلك قبل إقدامه على إبرام العقد، بقصد تحقيق المساواة بين طرفيه، لأن عدم التساوي بينهما في المعلومات يؤدي إلى ضرورة عدم التوازن العقدي لاختلاف المراكز القانونية، فالطرف الضعيف معرض للاستغلال والتعسف دائماً من الطرف القوي الذي يعد صاحب الخبرة والمعرفة، وما يؤكد هذا المعنى ما جاء في التوصية رقم (14) من التوصيات الصادرة عن الندوة العلمية حول التجارة الإلكترونية ومشاكلها القانونية بنصها على :" التنبيه على أن الطرق الحديثة للتعاقد عبر شبكات الاتصال الإلكترونية تجعل هذا التعاقد مصدراً لمخاطر عديدة للمتعاقدين، الأمر الذي يستوجب تدخل القانون لحماية الطرف الضعيف في وجه تعسف الطرف الآخر"[2].

وخلاصة رأينا في الموضوع فإننا نؤيد الاتجاه القائل بأن العقود الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان وذلك راجع للأسباب التالية:

[1]- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص17.

[2]- رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الإلكترونية، المرجع السابق، ص102.

1-أن الاحتكار لم يعد معياراً للحكم على العقد بأنه عقد إذعان أو مساومة، فمعيار القوة الاقتصادية والخبرة المهنية، والقيمة المعلوماتية التي تتوفر لدى المتدخل وغيابها لدى الزبون أو المستهلك أصبح يسبب عدم التوازن العقدي بين الطرفين، وبالنتيجة فإن المستهلك أصبح في حكم الطرف المذعن.

2- السبب الثاني وهو الشروط المعدة سلفاً من قبل الموجب، والتي لا تقبل المناقشة.

3- أن نص المادة 70 من القانون المدني الجزائري لم تنص على الاحتكار في عقد الإذعان، حيث نصت على أن الإذعان يوجد بمجرد التسليم بشروط يضعها الموجب ولا تقبل المناقشة فيها.

4- أن الشركات التجارية في علم الاقتصاد أصبحت تتجه نحو ما يسمى بالتكتلات في البيئة الإلكترونية، نظراً لما في ذلك من فائدة لأصحاب هذه الشركات وتقليل نفقات الإعلان مثلا، ومن المتوقع في المدى القريب أو المتوسط أن يظهر عنصر الاحتكار بشكل جديد.

و في رأينا فإن هذه الأسباب كافية لاعتبار العقد الإلكتروني من عقود الإذعان.

المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة:

إن الآلية التي يبرم بها العقد الإلكتروني سواء في مرحلة المفاوضات العقدية إلى مرحلة إبرامه، وتبادل الإيجاب والقبول، كل هذه المراحل تمثل أهم أوجه الخصوصية لهذا العقد عن العقود الأخرى، إضافة إلى ذلك فالعقد الإلكتروني أو عقد التجارة الإلكترونية ليس هو الوحيد الذي يتم إبرامه في البيئة الإلكترونية، فهناك عقود أخرى تبرم في محيط البيئة الإلكترونية، ومن الممكن أن تكون محيطة بالعقد الإلكتروني ومتلازمة معه، لذلك ارتأينا أنه من الأهمية بما كان تسليط الضوء على تمييز العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية، ثم تمييزه عن عقود البيئة الإلكترونية فيما يلي:

الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية:

إن العقود الإلكترونية المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية لا تشكل نوعاً جديداً من العقود تضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانوناً، كما لا تخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموماً والواردة في القوانين المدنية[1]، ولا أدل على ذلك من أن القوانين الحديثة المنظمة للتجارة

[1]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص72.

الإلكترونية، تبين أنها في كثير من المسائل الخاصة بالعقد الإلكتروني لم تورد نصوصاً خاصة به، مما يدل على أنها أرادت أن تحيل أحكامه على القواعد العامة للعقد المنثورة في القوانين المدنية، لكن هذا لا يمنع من القول بأن العقد الإلكتروني له من المميزات ما يجعله يختلف عن سائر العقود التقليدية[1]، وذلك بسبب الطبيعة الخاصة التي تتميز بها وسائل الاتصال الحديثة وخدماتها، بحيث أن القواعد العامة لا تستوعب جميع الجوانب القانونية لهذه العقود بسبب وجود مفاهيم قانونية تقليدية راسخة في القوانين المدنية تشكل عائقا أمامها.

كما تتعدد نقاط الاختلاف بين العقدين ونكتفي بأهم هذه النقاط ويمكن إيجاز هذه الخصائص التي تتميز بها العقود الإلكترونية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة عن العقود التقليدية فيما يلي:

أولا: إن أداء المقابل في العقود الإلكترونية قد يتجاوز الطرق التقليدية، إذ يمكن أن يتم تسليم المقابل في العقود الإلكترونية بأحد أساليب الدفع الإلكترونية، وهي كثيرة كالدفع عن طريق النقود الإلكترونية، والبطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية، هذا فضلاً عن الوسائط الإلكترونية التي ظهرت حديثاً، كما أنه إذا كان محل الالتزام تسليم بضاعة أو تقديم خدمة، فإنه في إطار العقد الإلكتروني يمكن أن يتجاوز الطريقة التقليدية، والمتمثلة في التسليم المادي للمحل إلى طريقة تقديم الخدمة أو البضاعة إلكترونياً، وهذا إذا كان المحل من المنتجات الإلكترونية أو الرقمية، كبرامج الحاسوب والكتب والجرائد التي يمكن للمتعاقد تحميلها إلكترونياً.

ثانيا: إن الحديث عن العقد، يعني الحديث عن المستند الورقي الذي يجسد اتفاق الأطراف، والمتضمن في نهايته التوقيع اليدوي أو الخطي[2]، كما أن القوانين القائمة لا تعرف من الدعامات التي تحمل عليها الكتابة المثبتة للمعاملات إلا الدعامات الورقية (المحررات الرسمية والعرفية) أي أن الكتابة التي وضعت تلك النصوص لتنطبق عليها هي الكتابة الورقية الموقعة ممن تنسب إليه، في الوقت الذي أتاحت الخدمات المتوفرة على شبكة الانترنت التعامل بنوع جديد من الكتابة والتوقيع عليها بأسلوب إلكتروني، والذي يطلق عليه التوقيع الإلكتروني لذلك فإن العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت دائماً تكون مثبتة على دعامة إلكترونية بخلاف العقود التقليدية التي غالباً ما تكون مدونة

[1]- رباحي أحمد، المرجع السابق، ص99.

[2]- باطلي غنية، الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، مجلة التواصل في العلوم الإنسانية و الاجتماعية، عدد (30)، الجزائر، جوان (2012) ص128.

على دعامة ورقية، ومن جهة أخرى لا يبقى الحد بين الأصل والنسخ في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت بسبب الإمكانية الهائلة للانترنت في نسخ عدد غير محدود من البيانات والمعلومات، في الوقت الذي تميز القواعد العامة التي تحكم العقود التقليدية بين أصل المحرر وصورته[1]. هذا و يشترط القانون أن تتعدد النسخ بقدر عدد أطرافها، غير أن المحرر الإلكتروني قابل للاستنساخ بصورة غير محدودة، فالنسخة الأصلية للعقد لا يمكن تمييزها عن صورتها[2].

ثالثا: لا يعتمد في إبرام العقد الإلكتروني عبر الوسائل الإلكترونية على الحضور المادي للمتعاقدين في المجلس نفسه للعقد إذا يتم الأمر عن طريق التراسل الإلكتروني بصفة تلقائية، ويتم تبادل الإرادتين وفق برامج حاسوبية معدة لهذا الغرض، وهذه الطريقة تختلف تماماً عن الأساليب التقليدية التي تتطلب في غالبها حضور المتعاقدين بالمجلس نفسه من أجل إبداء إرادتيهما بصفة مباشرة[3].

الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية:

هناك العديد من العقود المرتبطة بالعقد الإلكتروني، فهي تساعد وتسهل عملية إبرام العقود الإلكترونية، فهذه العقود تبرم بسبب تسهيل عملية تجارة السلع والخدمات ومن أجل تحقيقها دون أن تكون محلاً لها[4]، وهذه العقود كثيرة لذلك سنكتفي بعرض أهمها فيما يلي:

أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الدخول إلى الشبكة(عقد الاشتراك في الانترنت):

يعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود وأكثرها شيوعاً، لأنه المدخل الأساسي للاستفادة من الحاسوب واستخدامه في مجال التجارة الإلكترونية، وذلك لكون الشبكة وسيلة مهمة للتحاور والتفاوض ونقل المعلومات بين المستخدمين، ويمكن للمستخدم من دخول الشبكة والتجول فيها، وإجراء التصفح للموقع، والتعامل مع هذه المواقع[5]، ويطلق على مقدم الخدمة تسميات كثيرة منها متعهد الوصول أو متعهد الخدمة أو مزود الخدمة وقد يكون شخصاً طبيعياً أو معنوياً، ويعتبر التزامه ذو طبيعة فنية فهو

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص74.

[2]- بلقاسم عبد الله، المحررات الإلكترونية وسيلة لإثبات العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2013، ص83.

[3]- رباحي احمد، المرجع السابق، ص99.

[4]- محمد أمين الرومي، التعاقد الإليكتروني، عبر الانترنت، المرجع السابق، ص69.

[5]-إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص47.

الذي يمكن مستخدمي الانترنت من الوصول إلى المواقع أو البريد الإلكتروني للأشخاص الذين يريدون مخاطبتهم في أي مكان في العالم، ويتمثل دور مزود الخدمة في ربط مستخدمي الانترنت بالشبكة عن طريق عقود اشتراك تؤمن لهم الدخول إلى هذه الخدمة.

ويمكن أن يتضمن عقد الدخول إلى الشبكة التزامات مكملة، مثل الالتزام بتوريد المواد الضرورية للاتصال، الالتزام بالصيانة، الالتزام بتقديم المساعدة الفنية حتى يضمن الاتصال، مثل هذه الالتزامات مكملة للالتزام الرئيسي لمتعهد خدمة الدخول، ولا تكون ملزمة لجميع الموردين للدخول على الشبكة، وإنما فقط على الموردين الذي تتضمنها عقودهم، ومسؤولية مقدم خدمة الانترنت تعاقدية، وذلك بعدم تنفيذ أو الإخلال بالتزامه بتمكين المشترك من الدخول إلى الشبكة[1].

ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيجار المعلوماتي(عقد الإيواء):

الإيجار المعلوماتي" عقد بمقتضاه يضع مقدم الخدمة تحت تصرف المشترك بعض إمكانيات أجهزته أو أدواته المعلوماتية على شبكة الانترنت" ، يتيح مورد الخدمة للمشترك انتفاعه بمساحة على القرص الصلب بأحد أجهزة الكمبيوتر الخاصة به على نحو معين، ومثال ذلك أن يتيح له إمكانية أن يكون له عنوان بريد إلكتروني لديه، أو أن يوفر المورد لأحد العملاء موقع ويب من خلال جهاز الكمبيوتر المملوك له والمتصل بشبكة الانترنت.

ورغم أن الترجمة الحرفية لهذا العقد Contrat D'Hébergement هي عقد الإيواء إلا أن البعض يذهب إلى تكييفه بأنه عقد إيجار معلوماتي نظراً لأنه يرد على خدمة معلوماتية، بينما يراه البعض الآخر عقد إيجار أشياء، وفي هذه الحالة يخضع مورد الخدمة للقواعد العامة بشأن مسؤولية الأشياء، إذ استعمل العميل أجهزته على نحو يضر بالغير، وتكون مسؤولية مورد الخدمة تعاقدية إذا أخل بالتزامه الرئيسي المتمثل في تمكين المستخدم من استغلال أدواته المعلوماتية، كما يلتزم العميل بدفع المقابل النقدي لتلك الخدمة[2].

[1]- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص70.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص105.

ثالثا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء المتجر الافتراضي:

يكتسب هذا العقد أهمية بالغة في مجال التجارة الإلكترونية، لأنه يمكن التاجر من عرض بضائعه، ومن إبرام العقود مع عملائه بشأنها، وذلك عن طريق إنشاء موقع تجاري إلكتروني على الشبكة، وعن طريق هذا الموقع يمكن للعميل التاجر أن يعرض بضائعه بشكل يصل إلى مختلف أرجاء العالم[1].

و يطلق عليه البعض عقد المشاركة CONTRAT DE PARTICIPATION وذلك لأنه العقد الذي بمقتضاه يصبح المتجر أو البوتيك الافتراضي مشاركاً في المركز التجاري الافتراضي، الذي يجمع العديد من التجار تحت عنوان واحد[2].

والمتجر الافتراضي يتكون من صفحات ويب عادية وبرنامج لضمان أمن المعلومات المالية للعملاء، وإدارة التعاملات المالية مع البنوك ومؤسسات النقد الإلكتروني وبرامج تصل واجهة المتجر الافتراضي بقاعدة بيانات العملاء، ويحتاج إنشاء متجر افتراضي إلى مقدم خدمة الانترنت وخط مستأجر، مفتوح دائما على الانترنت وواجهة افتراضية للمتجر[3].

إضافة إلى هذه العقود، هناك عقود أخرى كثيرة للبيئة الإلكترونية، مثل عقد الإعلان الإلكتروني، عقد الاشتراك في بنوك المعلومات الإلكترونية وغيرها من العقود الأخرى، والتي تتصل اتصالا مباشراً بالعقود الإلكترونية، والتي تسهل عملية إبرام هذه العقود.

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص55.

[2]- مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص73.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص104.

الفصل الأول

وجود التراضي في العقد الإلكتروني

الفصل الأول: وجود التراضي في العقد الالكتروني

ينشأ العقد – كقاعدة عامة في معظم التشريعات الوطنية – متى توصل طرفاه إلى اتفاق بشأن أحكامه الأساسية، وهو ما يعبر عنه في الغالب بالتقاء القبول بالإيجاب، ما لم يشترط القانون شكليات محددة لانعقاد العقد[1]، وفي هذا الاتجاه ذهب المشرع الجزائري في نص المادة 56 من القانون المدني " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

ولما كانت عقود التجارة الالكترونية لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية المتداولة قانونا، لذلك فهي لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموماً وان كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى معالجات قانونية خاصة تفتقر إليها تلك القواعد العامة.

وعلى الرغم من وجود الاختلافات فان التعاقد الالكتروني هو ارتباط بين إرادتين متوافقتين ارتباطا تظهر آثاره القانونية في المعقود عليه، وذلك يستوجب توافر رضى الطرفين وأن ينصب هذا الرضى على محل معين مع وجود سبب يحمل عليه، كما يستلزم القانون في بعض العقود شكلا معينا لا يتم العقد بدونه[2].

إن التراضي ركن أساسي في تكوين العقد عموما، ولما كانت الإرادة جوهر التراضي، فإن ذلك يستوجب الوقوف من خلال هذا الفصل لدراسة الإرادة وطرق التعبير عنها في العقود الالكترونية في مبحث وفي مبحث ثان نتعرض إلى مسألة زمان ومكان انعقاد العقود الالكترونية.

المبحث الأول: التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية:

تقدم أن الإرادة هي الأساس في إنشاء العقود، وبدونها لا يحصل الرضا اللازم لقيام العقد، أي لا يمكن تصور قيام الرابطة العقدية بين طرفي العقد إذا لم تتطابق إرادة المتعاقدين لإتمام التعاقد من خلال ركن الرضا، غير أنه لما كانت الإرادة أو الرضا أمرا مستترا باطنيا لم يكن في الإمكان الاعتداد بهذه الإرادة المضمرة في النفس في إنشاء العقود ولا يترتب عليها آثار ما دامت كامنة في النفس لا يعلم بها

[1]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الثانية، 2011، ص78.

[2]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، المرجع السابق، ص89.

سوى صاحبها، حتى تبرز إلى العالم الخارجي، وهذا لا يتم إلا بالتعبير عنها بما يدل عليها ويظهرها[1].

وفي ضوء ذلك يمكن القول أن المقصود من التعبير عن الإرادة، الوسائل التي يتم من خلالها إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود الخارجي، وهذه الوسائل متعددة ومختلفة ولم تحصرها التشريعات بل تركت أمرها في أغلب الأحوال إلى المتعاقدين[2]، وتأكيدا على ما سبق لم يذكر المشرع الجزائري[3]، وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل الحصر وإنما بين أهم تلك الوسائل وهي اللفظ والكتابة والإشارة وأي موقف آخر يدل على التراضي، كما قد يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا أو صريحا، فالتعبير يكون صريحا إذا كان لا لبس فيه، ويكون ضمنيا إذا قام على الاستنتاج من خلال الملابسات التي تجعل دلالته واضحة في بيان حقيقة المقصود، وأن التعبير الصريح يكون أقوى في دلالته من التعبير الضمني[4].

إلا أن صور التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية لها ما يميزها عن الطرق التقليدية، وهو ما سنعرضه في المطلب الأول ثم نعرج في المطلب الثاني إلى الإيجاب والقبول في البيئة الالكترونية.

المطلب الأول: صور التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية:

نظرا لخصوصية التعبير عن الإرادة في البيئة الالكترونية، ارتأينا أنه من الأهمية بما كان تناول صور التعبير عن الإرادة في هذا النوع من التعاقد، من خلال الصورتين الشائعتين أولاهما: رسالة البيانات في فرع وثانيهما هي الوسيط الالكتروني(الوكيل الإلكتروني) في فرع ثان.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات:

تمثل رسالة البيانات الصورة الشائعة للتعبير الالكتروني عن الإرادة وإبرام العقود من خلال تبادلها عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتأكيدا على ذلك نجد أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة

[1]- علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، دار النفائس للنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013، ص133.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص92.

[3]- تنص المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أنه" التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شك في دلالته على مقصود صاحبه".

[4]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص92.

الالكترونية اهتمت بها، وخصصت لها نصوصا قانونية بينت من خلالها مفهوم رسالة البيانات وصلاحيتها للتعبير عن الإرادة وقيمتها القانونية في إثبات التصرفات القانونية التي تتم خلالها، فضلا عن إيراد أحكام قانونية خاصة بجوانب معينة من عملية تبادل رسالة البيانات بين أطرافها[1].

وسعيا وراء توضيح رسالة البيانات كوسيلة للتعبير عن الإرادة في البيئة الالكترونية، سنعرض مفهومها ومدى صلاحيتها للتعبير عن الإرادة، وغيرها من المسائل الأخرى المتعلقة بها.

أولا: مفهوم رسالة البيانات:

نتطرق في مفهوم رسالة البيانات إلى التعريف بها ثم تحديد طرفيها، وتمييزها عن الوسيط على الشبكة على التوالي.

1: تعريف رسالة البيانات:

يستخدم نظام تبادل رسائل البيانات في الكثير من العمليات، مثل إجراء التفاوض بين الأطراف، إبرام العقود والاستعلامات وطلبات الشراء، ومواعيد الشحن والتسليم وبيانات الإنتاج...الخ .[2] وقد جاء في نص المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996، بأن رسالة البيانات تعني المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي[3].

والبيانات هي معلومات الكترونية يمكن من خلالها الوصول إلى نتائج محددة، فهي عبارة عن كلمات أو أرقام أو رموز أو حقائق أو إحصائيات منفصلة عن بعضها، لكن بمجرد وضعها في منظومة معينة يمكن معالجتها آليا، وتوصل إلى إعطاء النتائج أو المعلومات التي يستفاد منها، وهذه البيانات هي التي تشكل لنا الكتابة في لغة الكمبيوتر. وقد أردفت الفقرة (ب) من المادة المذكورة أن تبادل البيانات الالكترونية هو" نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص93.

[2]- طمين سهيلة، الشكلية في عقود التجارة الالكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر،2011 ، ص41.

[3]- المادة الثانية، الفقرة (أ) من قانون الأونستيرال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، لسنة 1996.

عليه لتكوين المعلومات".

والكتابة أو المعلومات أو البيانات كما تسمى في العالم الرقمي تنشأ وترسل أو تستلم أو تخزن عن طريق نظام معلومات، وهذا الأخير هو مجموعة التعليمات الموحدة المعطاة إلى الكمبيوتر، اللازمة للوصول إلى النتيجة المتوخاة[1].

كما عرفها المشرع المصري الذي استخدم مصطلح "المحرر الالكتروني" بأنه (رسالة بيانات)[2]، تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية، أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة قابلة للإدراك"[3].

والى مثل ذلك ذهب المشرع الأردني بالمادة الثانية، من قانون المعاملات الالكترونية الأردني، والمشرع التونسي بالفصل الثاني من قانون مبادلات التجارة الالكترونية التونسي، والمشرع الإماراتي بالمادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي، والمشرع البحريني بالمادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية البحريني.

ولا تكاد القوانين في مختلف البلدان التي صدرت فيها تشريعات بهذا الصدد تختلف على هذه المصطلحات[4].

وفي ضوء ما ذكر بصدد تعريف رسالة البيانات، يمكن القول أن القوانين النموذجية المشار إليها في تحديد مفهوم رسالة البيانات أعطتها مفهوم واسع بتعريفها أنها البيانات التي تنشأ أو تخزن أو ترسل وتسترجع الكترونيا؛ وعليه فلم تشترط شكلا، ولا لغة معينة ولم تربطها بالدعامة التي تنشأ أو تخزن أو

---

[1]- كميني خميسه و منصور عز الدين، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشرة، الجزائر، 2005-2008، ص04.

[2]- تسمى (رسالة البيانات) بتسميات أخرى، منها تسمية (رسالة المعلومات) في قانون المعاملات الالكترونية الأردني و(الرسالة الالكترونية) و(سجل مستند الكتروني) في قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لإمارة دبي، ومصطلح (سجل الكتروني) أيضا في قانون التجارة الالكترونية لمملكة البحرين، ومصطلح (المحرر لالكتروني) في قانون التجارة الالكترونية المصري، وكذلك مصطلح (مستند الكتروني) في قانون التجارة الكويتي. وان كانت هذه المصطلحات تختلف في الألفاظ فإنها تتحد في المعاني. ينظر في ذلك، آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص95.

[3]- المادة الأولى، الفقرة (ب) من قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004.

[4]- حسين بن محمد المهدي، القوة الثبوتية للمعاملات الإلكترونية، مجلة البحوث القضائية، العدد(8) جوان (2007) ، ص47.

ترسل أو تستقبل منها؛ واشتراط فقط أن تعطي النتيجة أو المعلومة المنتظرة منها حين وضعها في نضام متفق عليه[1].

2: أطراف رسالة البيانات:

إن استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة، وبالتالي في إبرام العقود، يتم عادة من قبل أطراف يقومون بتبادلها عبر وسائل الاتصال الحديثة، ولمسألة تحديد أطراف رسالة البيانات أهمية متزايدة في العقود الالكترونية التي تتميز بعدم وجود مواجهة فعلية (وجهًا لوجه) بين طرفيها والتي قد يصعب معها تحديد كل من المنشئ والمرسل إليه، وتظهر هذه الأهمية خصوصا عند تنفيذ الالتزامات العقدية لأن أطراف العقد هم ملزمون مبدئيا بتنفيذها استناداً إلى مبدأ (نسبية العقود)، وهذا يقتضي تحديد كل من المنشئ والمرسل إليه لكي نتمكن من إسناد رسالة البيانات إلى منشئها وإلزامه بمضمونها، باعتبار أن المعلومات التي تتضمنها رسالة البيانات تعبر عن إرادة منشئها، كما يتطلب إتمام التعاقد الالكتروني تدخل أطراف أخرى إضافة إلى المنشئ والمرسل إليه، لذلك نجد من الضروري تعريف طرفي رسالة البيانات وتمييزها عن الوسيط على الشبكة[2].

أ: المنشئ (المرسل):

وفقا لما ورد في القانون النموذجي الأونسترال، فان المنشئ هو الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، قد تم على يديه أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة[3].

ويشمل شخص المنشئ والمرسل إليه كلاً من الأشخاص الطبيعية والأشخاص المعنوية والكيانات القانونية الأخرى، أما بالنسبة لرسائل البيانات التي يتم تبادلها بين الأجهزة المؤتمتة تلقائيا ودون تدخل عنصر بشري في بعض الأحيان، فتعتبر رسالة البيانات هذه ناشئة من قبل الشخص الذي قام ببرمجة الجهاز لكي يعمل باسمه ولحسابه[4].

---

[1]- حسين بن محمد المهدي، المرجع السابق، ص05.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص98.

[3]- المادة الثانية، فقرة (ج) من قانون الأونسترال بشأن التجارة الالكترونية والتوقيعات الالكترونية.

[4]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص99.

ب: المرسل إليه:

المرسل إليه بموجب قواعد القانون النموذجي الأونسترال، هو الشخص الذي يقصد المنشئ الاتصال به عن طريق إرسال رسالة البيانات تمييزا له عن أي شخص قد يتلقى أو يرسل أو ينسخ رسالة البيانات أثناء عملية الإرسال[1].

والملاحظ من التعريفين المتعلقين بكل من المنشئ والمرسل إليه يستبعدان الوسيط على الشبكة، وقد رأينا أنه من الأهمية بما كان تحديد المقصود بالوسيط على الشبكة وتمييزه عن المنشئ والمرسل إليه.

ج: الوسيط على الشبكة:

تحتاج العقود الالكترونية المبرمة بواسطة رسالة البيانات وتنفيذها عادة إلى تدخل عدد من الأطراف، فإذا أخذنا على سبيل المثال عقد البيع المبرم عبر شبكة الانترنت بواسطة تبادل رسالة البيانات، نجد أن أغلبية هذه العقود تتعلق ببيع منتجات أو خدمات قد تعود ملكيتها لأشخاص آخرين بينما يتم عرضها من خلال المواقع الالكترونية المختلفة للموردين على الشبكة، كما قد يدخل عدة أشخاص (في أغلب الأحوال تكون شركات أو مؤسسات خدمية على الشبكة) ليقوم كل منهم بدور معين في انعقاد العقد أو تنفيذه، كالشركات التجارية التي تقدم خدماتها التقنية أو الشركات الخدمية الأخرى التي تقدم خدمات مصرفية على شبكة الانترنت من خلال ما يسمى بالعمل المصرفي عبر الانترنت حيث يسهل للمشتري تنفيذ التزامه بدفع الثمن الكترونيا من خلال أساليب الوفاء الالكتروني أو ما يسمى بالدفع الالكتروني (Paiment Électronique) وان أغلبية هذه الخدمات تقدم عادة من قبل أشخاص يسمون بالوسطاء على الشبكة[2].

ولم يتجاهل القانون النموذجي والقوانين الأخرى الأهمية البالغة للوسطاء في مجال الاتصالات لذلك فانه من الضرورة تحديد مفهوم الوسيط في القانون النموذجي لإقامة التمييز الضروري بين المنشئين أو المرسل إليهم والأطراف الثالثة.

وقد عرفته الفقرة (هـ) من المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي على أنه يراد بمصطلح"

[1]- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة وسنة النشر، ص56.

[2]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص100.

الوسيط" فيما يتعلق برسالة بيانات معينة، الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر، بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيم يتعلق برسالة البيانات هذه ".

ويقصد من تعريف الوسيط أنه يشمل كلا من الوسطاء الفنيين وغير الفنيين بمعنى أي شخص (غير المنشئ والمرسل إليه) يؤدي أياً من وظائف الوسيط وقد ورد في الفقرة (هـ) ذكر وظائف الوسيط الرئيسية وهي تلقي رسائل البيانات أو إرسالها أو تخزينها نيابة عن شخص آخر ويمكن أن يؤدي مشغلوا الشبكات وغيرهم من الوسطاء غير ذلك من الخدمات ذات القيمة المضافة من ذلك مثلا إعداد صيغة رسائل البيانات، وترجمتها وتسجيلها وتوثيقها وتصديقها وحفظها، وتقيم خدمات أمنية للمعاملات الالكترونية[1].

ثانيا: مشروعية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة:

الأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين، فللمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الطرف الآخر، فكل ما يدل على وجود الإرادة يصلح قانونا للتعبير عنها. فانه يصح باتخاذ موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة التعاقد لدى الأطراف إذا كان هذا الموقف كافيا للدلالة عليها دلالة أكيدة.

وليس في القواعد العامة ما يحول دون أن يتم التعبير عن الإرادة بالوسيلة الإلكترونية، لذا فإن قيام زائر الموقع ببعث رسالة إلكترونية إلى البائع معلنا عن قبول إيجاب هذا الأخير بما يفيد الرضا بالتعاقد، والموافقة على شروطه الواردة في الموقع، يفضي إلى أن المتعاقد قد سلك مسلكاً لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي[2].

ولقد دفعت ثورة المعلومات والاتصالات وانتشار استخدام شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود، العديد من مشرعي الدول والمنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل الكترونية، وهو ما يعني أن التقاء الإرادات الكترونياً كافياً لإبرام التعاقد متى استوفى شروط صحته، وهو ما أقره قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 بتبادل

[1]- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي، المرجع السابق، ص57.

[2]- ينظر في هذا المعنى، بوديسة كريم، التحكيم الإلكتروني كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص44.

التعبير عن الإرادة، من خلال تبادل البيانات الكترونيا في الأعمال التجارية، جاء نص المادة (11) من هذا القانون وأقر صراحة استخدام رسائل البيانات الالكترونية للتعبير عن الإرادة، حيث قضي بأنه" في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"، الأمر الذي يستفاد منه جواز التعبير عن الإرادة _ الإيجاب والقبول _ بطريقة الكترونية. ومما سبق يتضح أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني، والقواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية، أجازت التعبير عن الإرادة الكترونيا متى استوفت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها.

كما تجدر الإشارة إلى أن أغلبية التشريعات استثنت بعض التصرفات القانونية من نطاق تطبيقها[1]، حيث نصت على عدم جواز استخدام رسالة البيانات في إبرام بعض التصرفات مثل، عقد الزواج والطلاق وبعض العقود التي تتطلب شكلية معينة، وهذا نظراً لخصوصية هذه المعاملات.

ثالثا: إسناد رسالة البيانات والإقرار باستلامها:

إن انتقال رسائل البيانات الالكترونية التي تحمل إرادة الإيجاب أو القبول عبر الفضاء الالكتروني، قد لا يكون مأموناً بدرجة كافية، إذ قد تتعرض أثناء انتقالها عبر شبكة الاتصال للخطأ العمد أو غير العمد أو للعبث بمحتوياتها.

ونظراً لكون التعاقد الالكتروني يتم عبر وسائط آلية، وخشية من إسناد الإرادة الالكترونية بطريق الغش أو الاحتيال أو الخطأ إلى شخص لم تصدر عنه هذه الإرادة، فان هناك حاجة ملحة للتثبت من إسنادها ونسبتها إلى صاحبها، والتوثق من مضمونها[2]، ولذلك نستعرض المسائل التي تخص إسناد رسالة البيانات، وكذا الإقرار باستلامها.

1: إسناد الرسالة الالكترونية إلى المنشئ:

في ضوء أهمية إسناد رسالة البيانات إلى من أنشاها أو أرسلها، وضعت التشريعات ضوابط يمكن الاعتماد عليها في هذا المجال، فقد خصص قانون الأونسترال النموذجي المادة (13) منه إلى إسناد

[1]- ومن هذه التشريعات ما نصت عليه المادة (6) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني، والفقرة (2) من المادة (2) من قانون مملكة البحرين للمعاملات الالكترونية.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص153.

رسالة البيانات، وبموجب الفقرة الأولى من هذه المادة، تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

بينما اعتبرت الفقرة الثانية من نفس المادة أن رسالة البيانات _ في إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه _ صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من قبل شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ سواء كان نائبا قانونيا كالولي على القاصر أو نائبا إتفاقياً كالوكيل مثل المدير المفوض للشركة، أو من خلال نظام مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا لحساب المنشئ.

أما الفقرة الثالثة من نفس المادة فتقرر قرينة لصالح المرسل إليه بأن يفترض صدور الرسالة عن المنشئ حتى ولو كانت لم تصدر عنه شخصيا أو عن وكيله أو الوسيط الالكتروني الذي يعمل نيابة عنه باسمه[1].

أ- حالات افتراض الرسالة صادرة عن المنشئ:

الحالة الأولى: إذا طبق المرسل إليه تطبيقا سليماً إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، وتبين هذه الحالة التي يتفق فيها المرسل والمرسل إليه على نظام بموجبه يستطيع هذا الأخير أن يتأكد من أن الرسالة الالكترونية أرسلت فعلا من قبل المرسل، مثال ذلك أن يتأكد مثلا من الأسلوب أو اللغة المتفق عليها في التبادل الالكتروني للبيانات، أو أن يراجع مثلًا جهة التوثيق المعتمد لديها التوقيع الالكتروني الخاص بالمرسل، أو أي إجراء آخر اتفق عليه بغرض التحقق من صدور الرسالة عن المنشئ.

الحالة الثانية: إذا استخدم المرسل طريقة معينة لإثبات أن الرسالة الالكترونية صادرة عنه فعلا، أو حتى إذا تمكن شخص آخر من الوصول إلى هذه الطريقة، بغض النظر عن ما إذا كان هذا الشخص قد توصل إلى استخدام هذه الطريقة بصورة مشروعة أم لا، وفي هذه الحالة يحق للمرسل إليه أن يعتبر أن هذه الرسالة قد صدرت عن المنشئ، وأن يتصرف على هذا الأساس، إلا إذا كان المرسل إليه سيئ النية وهو يعلم أو كان بإمكانه أن يعلم ببذل عناية معقولة أن استخدام هذه الطريقة غير

[1]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص109. و إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص30.

مشروع وتم من قبل أجنبي[1].

ب- حالات اعتبار الرسالة الالكترونية غير صادرة من المنشئ:

إذا كان القانون النموذجي قد أقر أنه من حق المرسل إليه اعتبار الرسالة الالكترونية قد صدرت عن المنشئ، وان يتصرف على هذا الأساس في الحالتين السابقتين، إلا انه يتعين استبعاد هذا الافتراض وعدم تطبيقه في الفرضين الآتيين:

الفرض الأول:إذا استلم المرسل إليه إشعارا من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه، وقد اشترط القانون لتحقق هذا الفرض أن يتاح للمرسل إليه فترة زمنية مناسبة للتصرف على أساس أن رسالة البيانات لم تصدر من المنشئ.

الفرض الثاني: إذا علم المرسل إليه أو كان بمقدوره أن يعلم أن الرسالة الالكترونية لم تصدر عن المنشئ، وذلك إذا ما بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه بين الطرفين[2].

2: الإقرار باستلام رسالة البيانات:

يستخدم نظام الإشعار بالاستلام على نطاق واسع في مجال التجارة الالكترونية بشكل عام والعقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت خصوصا، ووجد هذا النظام بهدف تحقيق المزيد من الأمان والثقة في التبادل الالكتروني لرسالة البيانات من جهة والتثبت من وصول الرسالة إلى المرسل إليه من جهة أخرى.

يتطلب هذا النظام من المرسل إليه أن يقوم بإشعار المنشئ باستلامه لرسالة البيانات منه، سواء بموجب اتفاق أو بموجب شرط يضعه المنشئ مسبقا أو مع رسالة البيانات ذاتها، ونظرا لأهمية هذا النظام وقيمته القانونية نجد أن أغلبية التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية نظمت هذه المسألة في إطار نصوص قانونية خاصة، سنحاول بحثها في ضوء هذه النصوص ووفق الفقرات الآتية:[3]

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص155.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، نفس المرجع، ص157-158.

[3]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص112.

أ_ شكل الإقرار بالاستلام:

الإقرار[1] باستلام الرسالة الالكترونية التي يرسلها المرسل إليه إلى منشئها–أي مرسلها– والذي يفيد استلامه للرسالة، يخضع من حيث الشكل والطريقة للاتفاق بين المرسل والمرسل إليه، فإذا اتفقا على شكل معين أو وسيلة معينة، كأن يتم الإقرار عن طريق البريد الالكتروني، تعين التقيد بذلك الأسلوب، فإذا لم يتفق المرسل والمرسل إليه على شكل معين أو وسيلة معينة للإقرار فقد أجازت الفقرة (2) من المادة (14) من القانون النموذجي أن يتم الإقرار على الوجه الأتي:

أ1–أي بلاغ من جانب المرسل إليه سواء أكان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى، أو:

أ2– أي سلوك من جانب المرسل إليه.

وذلك بما يكون كافياً لإعلام المنشئ بوقوع استلام رسالة البيانات.

وأيا من الطريقتين السابقتين، تكفي لإعلام المرسل باستلام المرسل إليه للرسالة الالكترونية ومن ثم ترتب أثرها[2].

ب_ الآثار القانونية المترتبة على تلقي المنشئ الإقرار بالاستلام:

افترض القانون النموذجي في المادة(5/14) أن المنشئ إذا تلقى إقرارا باستلام الرسالة الالكترونية من المرسل إليه، فان هذا الإقرار يعتبر قرينة على استلامها ولكنها تعتبر مجرد قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق القانونية.

كما أوضحت تلك المادة أن هذه القرينة على استلام الرسالة الالكترونية لا تمتد إلى مضمون الرسالة، أي يعتبر الإقرار بالاستلام مجرد إفادة بان الرسالة قد وردت، فلا يكون له أي أثر قانوني فيما يتعلق بإمكان إبرام عقد الكتروني، فيجب ألا يعتبر إقرار الاستلام قراراً من جانب المرسل إليه بالموافقة على

[1]- الإقرار هو" اعتراف شخص بحق عليه لآخر توصلاً إلى ثبوت هذا الحق في ذمة الأول، وإعفاء الآخر من عبء إقامة الدليل على صحته". والإقرار له عدة خصائص يتميز بها وهي:1_ الإقرار عمل قانوني من جانب واحد.2_الإقرار هو اعتراف أو إخبار بواقعة سابقة الحدوث. لمزيد من التفصيل ينظر خالد ممدوح إبراهيم المرجع السابق، ص159.

[2]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، المرجع السابق، ص41.

مضمون الرسالة، وذلك ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.

وبناءاً على ذلك إذا صدر الإقرار بالاستلام من المرسل إليه، وكان يفيد العلم وقبول ما ورد بمضمون الرسالة الصادرة من المنشئ، وكنا بصدد عقد بيع مثلا، فإن العقد ينعقد منذ لحظة وصول هذا الإقرار بالاستلام إلى المرسل، وذلك شريطة أن يكون القبول مطابقا للرسالة الالكترونية[1]، فإذا كان هذا الإقرار يتضمن زيادة أو نقصان في الإيجاب كنا في هذه الحالة أمام إيجاب جديد.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائط الالكترونية (الأنظمة المؤتمتة):

ازداد استخدام الوسيط الالكتروني أو ما يسمى بالنظام الحاسوبي المؤتمت[2] أو الوكيل الالكتروني، كطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة في بيئة التجارة الالكترونية، كما شاع إبرام العقود الالكترونية من خلاله، نتيجة لذلك أولت أغلبية التشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية اهتماما كبيرا بالمسائل القانونية التي أثارها التعاقد عبر الوسيط الالكتروني، خصوصا إذا عرفنا أن القانون المدني المنظم لأحكام العقد عموما لا يتضمن أحكاما قانونية خاصة بالتعاقد من خلال الوسيط الالكتروني.

ومن هذه المسائل بيان المقصود من الوسيط الالكتروني وتعريفه وكذا طبيعته القانونية، ومدى صلاحيته للتعبير عن الإرادة وصحة العقود المبرمة من خلاله[3]، وهذا ما سنتناوله تباعا ضمن العناصر التالية:

أولا: ماهية الوسيط الالكتروني:

لقد أثار الوسيط الالكتروني(الوكيل الذكي) ضجة في الأوساط العلمية والقانونية، فكان محل العديد من التساؤلات فور ظهوره، حاول العديد من الباحثين تعريفه ودراسة خصائصه، ومميزاته وكذلك معرفة استخداماته خاصة في مجال التجارة الالكترونية باعتبارها مجاله الطبيعي، حيث قيلت العديد من التعريفات بشأن الوكيل الذكي، ويمكن أن يرجع ذلك إلى حداثة هذا الموضوع وعدم توقفه عند حد

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص162.

[2]- إن لفظ (المؤتمت) ليس بلفظ في اللغة العربية وإنما أخذ من كلمة (Automate) الانجليزية التي تعني ما يمكن تشغيله آليا، أو أوتوماتيكيا، تلقائيا، أو يعمل ذاتيا، لمزيد من التفصيل ينظر، آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص123.

[3]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر الانترنت، نفس المرجع، ص124.

معين، فهذا المجال يشهد تطورا مستمرا ومتزايد بشكل ملحوظ يجعل كل كاتب ينظر إليه بمنظار معين، بالإضافة إلى تنوع أشكال الوكيل الذكي وتعدد استخداماته التي تمتد لتشمل مجالات شتى، كالمجال الطبي، والتجارة الالكترونية وجمع المعلومات، والتعليم، والهندسة، وغير ذلك[1]، وبناءا على ذلك سنتناول أهم تعريفات الوسيط الالكتروني.

1: تعريف الوسيط الالكتروني من الناحية التقنية:

تعددت تعاريف الوسيط الالكتروني[2]، وذلك نظرا لحداثة هذه التقنية، كما سبق ذكره، وكل يعرفه من زاوية معينة ومن هذه التعاريف التعريف الوارد في قاموس الحاسبات وذلك بأنه" نظام مستقل يستقبل المعلومات من بيئته، ويعالجها ويودي أعماله في تلك البيئة" ومن التعاريف أيضا بأنه" كل ما يمكن النظر إليه على انه مدرك لبيئته من خلال مستشعرات، والتأثير على البيئة من خلال مؤثرات"[3].

وتم تعريفه أيضا على أنه" برنامج مبرمج مثابر ومكرس لغرض معين، فالوكيل له أفكاره الخاصة، والغرض الخاص هو ما يميزه عن باقي التطبيقات متعددة الوظائف".

وكل هذه التعريفات تعرضت للنقد، ولم توفق في إعطاء صورة كاملة عن الوسيط الالكتروني، وأفضل تعريف للوسيط الالكتروني يكون كالآتي: هو برنامج حاسوب يعمل على تحقيق أهداف معينة في بيئة ديناميكية (حيث يكون التغير فيها طبيعيا) نيابة عن الشخص الذي يستخدمه، خلال فترة ممتدة من الزمن ودون إشراف وسيطرة مباشرة ومستمرة، ويظهر درجة كبيرة من المرونة وحتى الإبداعية في

---

[1]- فراس الكساسبة و نبيلة كردي، الوكيل الذكي من منظور قانوني تطور تقني أم انقلاب على القواعد، مجلة الشريعة والقانون، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد (55) رمضان 1434، جويلية (2013)، ص132.

[2]- اختلفت التسميات الواردة في التشريعات لهذه التقنية، فمنها ما يستخدم مصطلح " الوكيل الذكي" ومنها ما يستخدم مصطلح" الوكيل الالكتروني" ونجد كذلك" الوكيل الآلي" ،"الوسيط الالكتروني"،" نظام الرسائل الآلية" ،هذا بالإضافة إلى الاختلاف حول التسمية بين الكتاب والباحثين في ميدان المعاملات الالكترونية، ولعل التسمية التي أعطاها المشرع الأردني لهذه التقنية– الوسيط الالكتروني– أفضل من غيرها خصوصا تلك التي احتوت على لفظ "الوكيل" ذلك أن للوكالة مفهوما خاصا يربطها بالشخصية القانونية، إذ لا وكالة لمن لا شخصية قانونية له، والمقصود أنه من شروط الوكيل أن تكون له الشخصية القانونية. لمزيد من التفصيل ينظر فراس الكساسبة و نبيلة كردي، نفس المرجع، ص 148.

[3]- نقلاً عن فراس الكساسبة و نبيلة كردي، نفس المرجع، ص132.

الكيفية التي يسعى بها إلى تحويل الأهداف إلى مهمات باستخدام قدرته على الاتصال والتفاعل مع غيره من الوكلاء الأذكياء أو البشر".

ومن التعريفات السابقة، وتبسيطا للمسألة، يمكن أن نتخيل الإنسان على أنه عبارة عن وكيل ذكي، فالإنسان يملك عينين وأذنين وغيرهما من مصادر الحواس وهي هنا تمثل المستشعرات، كما أن لديه أيضا يدين ورجلين وهي تمثل المشغلات الميكانيكية أو المحركات، أما البيئة بالنسبة للإنسان فهي تمثل كل شيء يستطيع أن يتعامل معه في هذا الوجود. والوكيل الذكي يمكن أن يمتلك كاميرات، وميكروفونات ومجالات اتصال تحت الحمراء وهي تمثل المستشعرات، وفي نفس الوقت يملك محركات كثيرة لتمثيل المظهر الخارجي والتعبير أو الانتقال وهي تمثل المحركات الميكانيكية أو المحركات أو المشغلات. أما البيئة بالنسبة للوكيل الذكي فتكون حسب ما صممه له صانعه، حيث يستقبل الوكيل الذكي بيانات ومعلومات من مستخدمه ويظهر رد فعله على الشاشة أو من خلال الكتابة في ملفات. فالوكيل الذكي قد يقوم مثلا بالبحث عن عروض معينة للسلع، بناء على بيانات ومعطيات زوده بها مستخدمه، وذلك طبقاً للأسعار والمعلومات المدخلة، ومن ثم يقوم بشراء السلعة وإبرام العقد تلقائيا[1]، ويتميز تعريف الوكيل الالكتروني من الناحية التقنية بعدة خصائص.

2: خصائص الوسيط الالكتروني:

أ- **الاستقلالية:** تعد جميع برامج الحاسب الآلي من قبل شخص مختص في البرمجيات، فيتم استحداث البرنامج وتنظم طريقة عمله، فلكل برنامج مدخلات معينة يعمل عليها وتتحقق بنتيجة عمله مخرجات معينة، ولا يختلف الوكيل الإلكتروني عن غيره من البرامج في هذه الفكرة الأولية[2]، إلا أن الوكيل الذكي يعمل دون تدخل مباشر من البشر أو غيرهم، وله نوع من السيطرة على أفعاله وحالته الداخلية، فعند استخدام مصطلح الوكيل الذكي، فإننا نعني بذلك أكثر من مجرد برنامج له القدرة على الانتقال من صفحة ويب إلى أخرى، فالاستقلالية تسمح لنا بالنظر إلى الوكيل الذكي على انه كيان مستقل له أهداف معينة يسعى إلى تحقيقها ضمن مجتمع يضم العديد من الكيانات الأخرى من الوكلاء الأذكياء، فمثلا الوكيل الذكي المستخدم لشراء سلعة يجب أن تكون لديه القدرة على اتخاذ

[1]- فراس الكساسبة و نبيلة كردي، المرجع السابق، ص133.

[2]- آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني – مفهومه وطبيعته القانونية– مجلة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 7، العدد 2، جويلية 2010، ص155.

قرارات تتعلق بشراء سلع معينة دون حاجة للرجوع إلى المستخدم.

ب- المبادرة: على غير عادة البرامج الأخرى والتي يجب أن يتم تشغيلها وتوجيهها عن طريق المستخدم، يستطيع الوكيل الذكي الإحساس بالتغير الموجود في بيئة لوحده ويحدد من تلقاء نفسه متى يبدأ في تنفيذ مهمته للوصول إلى الهدف الموكول إليه تحقيقه وهكذا، تمكنه المبادرة من التصرف متى توافرت الظروف المناسبة لذلك.

ج- القدرة على التواصل الاجتماعي: يتفاعل الوكيل الذكي مع غيره من الوكلاء سواء أكانوا وكلاء أذكياء أو من البشر وذلك من خلال لغة اتصال خاصة، حيث يظهر الوكيل نوعا من التفاعل الاجتماعي الموجود لدى الجنس البشري، إذ أن للوكيل الذكي خبرات تسمح له بالتفاعل مع غيره سواء أكان إنسانا أم وكيلا ذكيا آخر يصادفه في أثناء أداء مهمته الموكلة له من المستخدم، وذلك بهدف الحصول على معلومات تفيده أو تساعده، في إكمال مهمته بنجاح، فقد يتفاوض الوكيل الذكي البائع مع الوكيل الذكي المشتري لإبرام صفقه، وهنا قد يتلق الوكيل الذكي المشتري من وكيل آخر معلومة تفيد بفتح سوق الكترونية جديدة قد تكون مفيدة فينصرف عن هذه الصفقة[1].

إضافة إلى الخصائص السابقة له خصائص أخرى مثل القابلية للتحرك عبر شبكة الانترنت فقد ينتقل مرة واحدة أو يتنقل أكثر من مرة خلال فترة زمنية معينة ثم يعود إلى نقطة انطلاقه بعد الانتهاء من تنفيذ مهمته، وذلك بهدف تنفيذ مهامه، كما انه يتميز بالدقة ويتواصل من خلال معلومات دقيقة، أما العقلانية فهي أهم ما يميزه، فهو لا يتصرف أبدا بطريقة تعيق تحقيق هدفه، وفي الأخير تجدر الإشارة إلى انه من المستحيل عمليا تصميم برنامج وكيل ذكي يصل إلى درجة الكمال وعدم توقع صدور أي خطأ في عمله.

3: تعريف الوسيط الالكتروني من وجهة نظر القانون:

بعد أن تعرفنا على الوسيط الالكتروني تقنيا وفنيا، بات لزاماً استعراض تعريفه من الناحية القانونية.

بداية لم يشر قانون الأونسترال النموذجي صراحة إلى بيان المقصود بالوسيط الالكتروني، على الرغم من أن القانون يستوعبه كطريقة للتعبير عن الإرادة بدلالة ما تنص عليه الفقرة (الثانية/ب) من المادة

[1]- فراس الكساسبة و نبيلة كردي، المرجع السابق، ص143.

(13) من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية[1].

وقد اختلفت قوانين التجارة الالكترونية في تعريفها للوسيط الالكتروني حيث عرف القانون الكندي الموحد للتجارة الالكترونية لسنة 1999 الوسيط الالكتروني بأنه:(برنامج حاسوبي أو الكتروني أو أية وسيلة الكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملا أو الرد على التسجيلات الالكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي)، ويقترب هذا التعريف من التعريف الذي أورده القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة الثانية منه والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الالكترونية في مادته (6/2) من القسم رقم (401) حيث عرفا الوسيط الالكتروني بأنه (برنامج حاسوبي أو الكتروني أو أية وسيلة الكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملا أو الرد على تسجيلات الكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي)[2].

ويبدو أن هذا التعريف للوسيط الالكتروني(الوكيل الالكتروني) يتقارب مع التعريف السابق من حيث وصفه للوكيل الالكتروني بأنه برنامج حاسوبي وقد ورد تعريف برنامج الكمبيوتر في القانون التجاري الأمريكي الموحد حيث عرف هذا القانون برنامج الكمبيوتر بأنه (مجموعة من الإرشادات أو التعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة أو غير مباشرة في معالجة المعلومات التي تحدث نتيجة معينة) كما عرف هذا القانون مصطلح الكتروني بأنه:(تقنية كهربية أو رقمية أو مغناطيسية أو بصرية أو الكترومغناطسية، أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا يضم إمكانيات مماثلة لتلك التقنيات).

وأوردت بعض التشريعات العربية للمعاملات الالكترونية تعريفاً للوسيط الالكتروني أيضا، منها ما نصت عليه المادة (2) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني على أن الوسيط الالكتروني:(برنامج الحاسوب أو أية وسيلة الكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي)، وأطلق عليه المشرع في إمارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية عبارة الوسيط الالكتروني المؤتمت، وعرفته المادة(2) منه بأنه:(

[1]- تنص الفقرة الثانية/ ب من المادة (13) من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الأونسترال على أنه" في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا (أ)-...، (ب)-من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا".

[2]- غني ريسان جادر الساعدي، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة، مجلة أهل البيت، العراق، العدد الخامس، ص280.

برنامج أو نظام الكتروني كحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له)[1].

وعليه يمكن تعريف الوسيط الالكتروني بأنه (برنامج حاسوبي أو الكتروني للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل البيانات دون الرجوع في كل مرة يقوم فيها النظام بعمل أو الاستجابة له)، إن تعريف الوسيط الالكتروني بهذه الصورة يؤدي إلى اختلافه عن الوكيل العادي، الأمر الذي يستلزم التمييز بينهما[2].

4 : الطبيعة القانونية للوسيط الالكتروني:

تعددت المحاولات الفقهية الرامية إلى تحديد الطبيعة القانونية للوسيط الالكتروني، و فيما يأتي، سنقلب ما طرح بصدد طبيعة الوسيط الالكتروني القانونية، مع بيان أي هذا المطروح أقرب إلى وجهة نظر القانون[3]، وجهة النظر التي تنادي بوجوب إعطاء الوسيط الإلكتروني الشخصية القانونية، أم وجهة النظر التي تقول بأن الوسيط الإلكتروني مجرد وسيلة اتصال؟

أ- الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى منح الشخصية القانونية وما يتبعها من أهلية قانونية وصلاحية إبرام العقود إلى الوسيط الالكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد، إذ الأصل أن الشخصية القانونية تكون للإنسان وحده، ولكن تطور الحياة اقتصاديا واجتماعيا نسف هذا التلازم بين الطبيعة الإنسانية والشخصية القانونية، فتعبير الشخص في القانون لم يعد يتطلب الآدمية بل أصبح القانون يثبت الشخصية القانونية لكيانات تجتمع فيها مجموعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال أو مجموعة من الأشخاص والأموال معاً بهدف تحقيق هدف معين، تسمى هذه الكيانات بالأشخاص المعنوية بحيث تكون لها شخصية مستقلة عن الأشخاص الذين تتكون منهم أو أولئك الذين يمثلونها، وإذا كان القانون قد ابتدع هذه الفكرة من أجل تجاوز محدودية قدرات وعمر الشخص الطبيعي (الإنسان)، فإن البعض يتساءل عن المانع من أن يقوم القانون بالشيء نفسه، وذلك بأن يخلق ما يسمى بالشخص الالكتروني وهو الوسيط الالكتروني.

---

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص126.

[2]- غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص280.

[3]- فراس الكساسبة و نبيلة كردي، الوكيل الذكي من منظور قانوني، تطور تقني محض أم انقلاب على القواعد، المرجع السابق، ص160.

فإذا كان القانون قد اعترف بالشخصية القانونية للشخص المعنوي وهو ليس له وجود مادي ولا إرادة حرة يعبر عنها بنفسه فكيف لا يعترف بها للوسيط الالكتروني، الذي يمكنه أيضا التعبير عن إرادته بنفسه نظراً للخصائص التي يتمتع بها، وهو بالتالي أقرب إلى الشخص الطبيعي من الشخص المعنوي لما له من استقلالية وحرية تصرف عند إبرام العقود، عكس الشخص المعنوي الذي يتحكم فيه أعضاؤه وممثلوه كمجلس الإدارة[1].

فهذا الرأي يؤدي إلى اعتبار الجهاز الالكتروني، كالحاسب الآلي وما يتبعه من أجهزة وبرامج إلكترونية، بمثابة الشخص القانوني، والشخص القانوني يتمتع بأهلية إبرام التصرفات.

ب- الرأي الثاني: ذهب هذا الاتجاه إلى اعتبار الوسيط الالكتروني عبارة على وسيلة وآدة اتصال والقول بغير ذلك يؤدي إلى تحميل المتعاقد تبعة هذا التعامل من غلطات في الحساب وعيوب و أخطاء أخرى في برمجة وتشغيل البرامج الالكترونية التي تقوم بعملية التعاقد، فما يصدر من البرنامج يعد كأنه صدر من المتعامل نفسه مباشرة[2]، وبالتالي فإن الوسائط الالكترونية ليست لها الشخصية القانونية (الأهلية) لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، والتي تؤهل الشخص للتعبير عن إرادته الخاصة، كما أن تلك الوسيلة الالكترونية ليست لديها إرادة مستقلة عن إرادة الشخص الذي يعمل لحسابه، لذلك لا يقصد من النصوص القانونية التي تنظم (الوسيط الإلكتروني) وصلاحيته للتعبير عن الإرادة، بأن يحل الوسيط الالكتروني محل الوكيل في العالم المادي، وهذا ما يؤكد عليه قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في مقدمة دليل تشريعه، كما دفعت هذه الحقيقة بالفريق العامل المعني بالتجارة الالكترونية الذي أعد مشروع الأونسترال لاتفاقية التعاقد الالكتروني بأن يستخدم مصطلح النظام الحاسوبي المؤتمت، بدلا من الوكيل الالكتروني[3].

ورغم كل الانتقادات الموجهة لهذا الاتجاه، باعتبار الوسيط الالكتروني مجرد وسيلة اتصال لا شخصية مستقلة له هو ما تبنته أهم القوانين التي عالجت هذا الموضوع ومنها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في(الفقرة/ ج) من المادة الثانية منه على أنه: (يراد بمصطلح منشئ رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث، قد تم على يديه

[1]- فراس الكساسبة و نبيلة كردي، المرجع السابق، ص168- 169.

[2]- إبرام الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص9.

[3]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص134.

أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيها يتعلق بهذه الرسالة).

فالقانون النموذجي اعتبر الوسيط الالكتروني مجرد وسيلة اتصال يعتمد عليها المستخدم لنقل رسالة إلى آخر ويكون هو المسؤول الوحيد أمامه حال حدوث ضرر.

والحقيقة أن هذا الاتجاه لم ينفرد به قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، حيث ذهب قانون المعاملات الالكترونية الأردني في مادته الثانية إلى أن الوسيط الالكتروني عبارة عن: (برنامج حاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي)، فبحسب هذا النص يعتبر الوسيط الالكتروني مجرد وسيلة اتصال إلكترونية لا أكثر، وكل ما يصدر عنه ينسب إلى منشئ الرسالة أي المستخدم.

وصفوة القول أنه ورغم هذا اللبس الذي أثاره ما سبق ذكره فإنه لم يقع بين أيدينا من القوانين ما يمنح الوكيل الذكي (الوسيط الالكتروني) الشخصية فيرتقي به إلى ما هو أكثر من كونه مجرد وسيلة اتصال[1].

ثانيا: مشروعية الوسيط الالكتروني للتعبير عن الإرادة:

إن ما يثيره إبرام العقد الالكتروني من خصوصيات بالنسبة لركن الرضا يتعلق بمدى إمكان التعبير عن إرادة المتعاقدين بوسائل الكترونية.

فالمبادئ الأساسية في إبرام العقد تستلزم أن تكون الإرادة التعاقدية صادرة من شخص قادر قانوناً على إبرام العقد، أي أن يكون أهلا للتعاقد، وذلك أمر يسهل التأكد منه في التعاقد التقليدي، الذي عادة ما يكون بحضور طرفيه أو ممثليهم مزودين بمستندات إثبات الهوية، أما مع العقد الالكتروني، وحيث يتم التعبير عن إرادة التعاقد، إيجاباً وقبولاً بواسطة أجهزة ووسائط إلكترونية لا تملك الإرادة أصلا[2]، فقد أثير التساؤل عن مدى صلاحية ومشروعية الوسائط الالكترونية لإبرام التصرفات القانونية؟

لا يخرج الوسيط الالكتروني مبدئيا عن إطار القواعد العامة في هذا المجال، والتي لا تشترط شكلية معينة في طريقة التعبير عن الإرادة، بل التعبير عنها بأية وسيلة لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالتها

[1]- فراس الكساسبة و نبيلة كردي، المرجع السابق، ص167.

[2]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص8.

على التراضي، ومما سبق نجد أن أغلب التشريعات والتوجيهات التشريعية المنظمة للمعاملات الالكترونية، قد نصت صراحة على جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط الالكتروني، كما اعترفت صراحة بصحة المعاملات الالكترونية المؤتمتة، وذلك بغية توفير المزيد من الثقة واليقين القانوني لدى المتعاقدين عبر الوسيط الالكتروني وخصوصاً عندما يتم بين وسيطين إلكترونيين، ومن هذه التشريعات مثلا ما تنص عليه المادة (14) من قانون المبادلات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية، التي أجازت فقرتها الأولى تكوين العقد بتحاور بين وكيلين الكترونيين من الجانبين حتى وإن لم يدخل أي شخص في التدابير التي تنفذها هذه النظم، وقد أجاز قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية التعاقد بواسطة الوكيل الالكتروني حيث نص في المادة (1/14) على أنه: (يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط الكترونية مؤتمتة متضمنة معلومات الكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة)، كما نص في الفقرة الثانية من نفس المادة: (كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه)، وهكذا يتضح من هذه النصوص إمكانية التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الإلكتروني باعتباره وسيلة مقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إبرام العقود[1].

المطلب الثاني: الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني:

من المعروف أن العقد في علاقات الأفراد فيما بينهم إنما يقوم على أساس التراضي الذي يتحقق من خلال عملية مركبة قوامها الإيجاب والقبول[2]، وقد تقدم أن الرضا يعبر عنه بالصيغة الكاشفة لحقيقة ما يكنه المتعاقدان، وحيث يكون رضا أحد المتعاقدين مطابقا لرضا الثاني يقال في ذلك: ارتبط الإيجاب بالقبول، فالعقد إذاً يتطلب إيجاباً وقبولاً متطابقين[3].

[1]- ينظر في هذا المعنى، آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص130-132، وخالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص207.

[2]- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى، 2005، ص214.

[3]- علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص158.

كما أن العقود المبرمة عبر أجهزة الكترونية لا تخرج عن هذه القاعدة، إلا أن الإيجاب والقبول يتم التعبير عنها وارتباطها بوسائل الكترونية بدلا من الوسائل التقليدية.

وعلى الرغم من أن مسألة الإيجاب والقبول تعد من أدق مسائل العقد ووجدت لها مساحة واسعة بالتنظيم في العالم المادي، إلا أنها لم تظفر بتنظيم وافٍ في القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية، إذ لم تتناول هذه التشريعات أحكاما تفصيلية بخصوصها، بل وردت فيها قاعدة عامة تفيد جواز التعبير عن الإيجاب و القبول الكترونيا، وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة (11) من القانون النموذجي والتي نصت على أنه: (في سياق تكوين العقود، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض...) ونصت الفقرة الأولى من قانون مملكة البحرين على أنه: (في سياق تكوين العقود وما لم يتم الاتفاق على غير ذلك من قبل الطرفين يجوز التعبير عن العرض وقبوله... بالكامل أو جزئيا عن طريق السجلات الالكترونية)، وعلى نفس النهج سار قانون المعاملات والتجارة الأردني في مادته (13)[1].

وبناء على ذلك نتناول خصوصيات الإيجاب والقبول في التعاقد الالكتروني .

الفرع الأول: الإيجاب في العقد الالكتروني:

إن تناول موضوع الإيجاب في البيئة الالكترونية لا يعني تفصيله في القواعد العامة وإنما بيان المقصود منه وكذا أهم ما يميزه عن الإيجاب التقليدي وذلك فيما سيأتي تباعاً.

أولا: المقصود من الإيجاب الالكتروني:

يعرف الإيجاب[2] بأنه" تعبير نهائي، جازم قاطع الدلالة على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص140.

[2]- لمزيد من التفصيل حول مفهوم الإيجاب أحكامه وفقا للقواعد العامة ينظر، منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، دراسة مقارنة، ئاراس للطباعة والنشر، كردستان، العراق، الطبعة الأولى 2006، ص90. وما بعدها و عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1981، ص171 وما بعدها. عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الحقوق الشخصية، الالتزامات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2000، ص 58، وما بعدها، و محمد حسن قاسم، مبادئ القانون، المدخل إلى القانون – الالتزامات–، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص265 وما بعدها وآخرون.

وفقا لشروط معينة، وبديهي أن هذا التعبير لا يصلح في ذاته ليتلاقى معه قبول، إلا إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد، فإذا كان الهدف إبرام عقد بيع وجب أن يتضمن الإيجاب بيان المبيع والثمن، كما يجب تحديد العين المؤجرة والأجرة إذا كان العقد إيجاراً[1].

وقد عرفه القاموس القانوني لهنري كابيتان بأنه (إعراب عن الإرادة– صريح أو ضمني– به يعرض شخص على آخر أو على عدة أشخاص آخرين– معينين أو غير معينين– إبرام عقد بشروط معينة)[2].

هذا فيما يتعلق بالإيجاب عموما، أما الإيجاب الالكتروني فنجد أن معظم القوانين المنظمة للتجارة الالكترونية، لا تتضمن تعريفاً له على الرغم من تأكيد هذه القوانين على جواز التعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية، ومنها رسالة البيانات، ولكن ورد في البند (2/3) من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية، والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يأتي: (تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كافٍ، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاباً الرسالة المتاحة إلكترونياً بوجه عام ما لم يشر إلى ذلك).

ويعرف بعض الفقه الإيجاب في العقد الالكتروني بأنه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[3].

ويخضع الإيجاب الالكتروني– بحسب الأصل– للقواعد العامة التي تنظم الإيجاب العادي التقليدي الذي يتم بالطرق العادية، ولكنه ينفرد ببعض الأحكام الخاصة به، والتي ترجع إلى طبيعته الذاتية وكونه يتم بوسائل إلكترونية[4].

ثانيا: مضمون الإيجاب:

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص316. وعدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص57.

[2]- نقلاً عن آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص142.

[3]- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص77–79. و آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص144.

[4]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص18.

يجب أن يحتوي الإيجاب الالكتروني على العناصر التي تجعله صالحا لأن ينعقد به العقد الكترونيا حين يقترن به قبول مطابق له، وهذه العناصر هي في الأقل العناصر الجوهرية، أو الأركان الأساسية التي لابد من توافرها لانعقاد العقد، وهذه العناصر منها ما يتعلق بالطرف الذي يعرض سلع أو خدمات، ومنها ما يتعلق بالسلعة أو الخدمة المعروضة حيث نص مشروع اتفاقية التعاقد الالكتروني في الفقرة الأولى من المادة (14) منه على أن أي طرف يعرض سلعا أو خدمات عن طريق نظام معلومات يمكن عامةً وصول الجمهور إليه أن يوفر للأطراف المتاح لها الوصول إلى نظام المعلومات هذا، المعلومات التالية:

أ- اسمه وكذلك، السجل التجاري المقيد به الطرف ورقمه، حيث يكون مقيدا في سجل تجاري أو سجل عام مماثل، أو وسائل مناظرة تتيح التعرف عليه في ذلك السجل.
ب- الموقع الجغرافي والعنوان الذي يوجد به مكان عمل ذلك الطرف.

جـ- بيانات مفصلة، بما فيها عنوان بريده الالكتروني، تسمح بالاتصال بسرعة والتخاطب معه بطريقة مباشرة وفعالة.

الملاحظ على هذا النص أنه جاء بصيغة قواعد قانونية آمرة، تفرض على كل طرف يعرض سلعا أو خدمات عبر شبكة الانترنت، أن يقدم قبل إبرام العقد الالكتروني جملة من المعلومات تتعلق بالعقد وشروطه، خصوصا إذا كان الطرف الآخر مستهلكاً[1].

هذا ويجب أن يتضمن الإيجاب الالكتروني وصفا دقيقا وواضحا للمنتج أو الخدمة، وذلك بتحديد الاسم والكمية والنوع، وأن يكون ذلك مقروناً بالصور والرسوم الملونة، التي تعرض صفات وخصائص المنتج بدقة ووضوح، وبطريقة صادقة أمينة.

ولابد أن يتضمن الإيجاب الالكتروني بيان الثمن والعملة التي يدفع بها، وبيان ما إذا كان هذا الثمن يشمل نفقات النقل والرسوم الجمركية والضرائب.

وبما أن الإيجاب الالكتروني هو إيجاب عابر للحدود، وموجه إلى الجمهور في كافة أنحاء العالم، وبما

[1]- لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك، آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص145-148. و C. Bernault. Directive. Commerce électronique, les communications commerciales sur Internet, juin, 2001, p220.

أنه يصطدم بصعوبات في بعض الأماكن من العالم، والتي يصعب الوصول إليها أو يكون الوصول إليها مكلفاً، ولا يتفق مع قيمة الشيء موضوع التعاقد المنوي إبرامه، فيقتضي أن يقوم الموجب بالتأكد من أن العقد المراد إبرامه لا يخالف القانون المحلي، ولا القانون الأجنبي الخاص بالطرف الآخر، وذلك لكي يحدد الأماكن الجغرافية التي يمكن أن يغطيها الإيجاب الصادر منه دون أن يتعرض لهذه الصعوبات، كما أن للإيجاب الالكتروني قوة ملزمة بالنسبة إلى الموجب الذي يلتزم بأن يحدد في إيجابه مدة معينة، يكون فيها ملزما على الإبقاء على إيجابه[1].

ثالثا: الإيجاب والدعوة إلى التعاقد:

عرفنا أن الإيجاب هو ما يعرض أولاً من كلام أحد المتعاقدين للالتزام بشيء محدد وأنه عادة ما يتم توجيه الإيجاب إلى شخص معين لإتمام التعاقد أو رفضه، لذلك يجب أن يكون موجها للشخص المقصود به، فإذا تم توجيهه إلى شخص آخر فلا يعد ذلك إيجابا ولا يرتب عليه القانون أي أثر، غير أن الصعوبة تظهر إذا كان الإيجاب موجهاً إلى أشخاص غير محددين، والذي يسمى بـ: (الإيجاب الموجه للجمهور) فهل يعتبر ذلك إيجاباً أم دعوة للتعاقد؟

اختلف الفقه والقانون بصدد هذه المسألة فيما إذا كانت العروض الموجهة للجمهور تعد إيجابا باتاً[2]، أم أنها من قبيل الدعوة للتعاقد وذلك لعدم تحديد الشخص المقصود بالعرض.

اعتبر البعض من الفقه أن العرض الموجه للجمهور لا يعتبر إيجاباً، وإنما مجرد دعوة للتعاقد وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالعرض أو الإيجاب وذلك أن اقتراحات التعاقد بواسطة الإعلانات المعروضة عبر الانترنت، أو المذاعة في الراديو والتلفزيون ونحوها، هي من قبيل الدعوة إلى الإيجاب في غالب الأحيان وليست إيجاباً حقيقياً، إذ أنها مجرد تعريف بالسلعة، وتشويق للجمهور للإقبال عليها للتعاقد بشأنها، حيث تكون أغلب العروض في شكل صيغة إعلان للكافة، وهذا وحده لا

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص94-95.

[2]- من خصائص الإيجاب أن يكون باتاً، أي أن يكون العرض جازما يعبر عن الإرادة القطعية للموجب في إنجاز العقد المرغوب فيه، وهو بذلك تعبير عن إرادة إبرام العقد بصفة لا رجعة فيها، لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، دار موفم للنشر، الجزائر، 2010، ص105,

يكفي لإبرام العقد وذلك حتى تكون هناك حماية من أي طارئ يحدث على السلعة، وتعديل الوضع، كارتفاع الأسعار مثلا، وهذا ليس إيجابا وإنما دعوة للتعاقد[1].

إضافة إلى ما تقدم فإن اعتبار العرض الموجه إلى الجمهور دعوة إلى التعاقد وليس إيجابا يتفق مع طبيعة ومستلزمات عقود التجارة الالكترونية، فقد يتسلم المُنتِج مئات أو آلاف الرسائل الالكترونية بالموافقة على شراء السلع المعروضة، إلا أنه قد يعترضه مشكل عدم كفاية الكمية المعروضة، أو عدم كفايتها مع ارتفاع الأسعار عما كانت عليه وقت الإعلان، فاعتبار العرض الصادر من المنتج يؤدي إلى التزام هذا الأخير بتوفير الكميات الزائدة وبالأسعار المعروضة وهذا ما يؤدي إلى تعرضه لأضرار مادية. ويرى أصحاب هذا الرأي أنه لتفادي هذه الخسارة ينبغي اعتبار الإعلان الالكتروني الموجه للعامة مجرد دعوة للتعاقد لتمكين العارض من رفض الطلبات الزائدة المتوفرة له وتعديل الأسعار حسب تذبذبها صعوداً وهبوطاً[2].

أما الرأي الثاني فيعتبر أن الإعلان الموجه إلى الجمهور، عبر تقنيات الاتصال عن بعد، يعتبر إيجابا موجها إلى الجمهور إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، كأن يتضمن تحديد السلعة أو الخدمة تحديدا تاما نافيا للجهالة، وأن يحدد الثمن[3].

أما بالنسبة للتشريعات المنظمة للتجارة الالكترونية فإنها لم تضع أحكاما خاصة، للتمييز بين الإيجاب الالكتروني البات، وما يلابسه من حالات أخرى تسبقه في التكوين كالدعوة إلى التفاوض، ولكن مشروع اتفاقية الأونسترال للتعاقد الالكتروني عالج هذا الأمر تحت عنوان (الدعوات إلى تقديم العروض) ووضع معياراً بخصوصه، إذ نصت الفقرة الأولى من المادة (9) منه على أن: (أي رسالة بيانات تتضمن عرضا لإبرام عقد ولا تكون موجهة إلى شخص أو أشخاص معينين، بل تكون عامة

---

[1]- ينظر في ذلك، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص334. و إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص80. وعلي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، ص161 وإيناس هاشم رشيد، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، مجلة رسالة الحقوق، المجلد الأول، العدد الثاني، (2009)، جامعة كربلاء، كلية القانون، ص192.

[2]- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص104.

[3] - Olivier Poulet, Savoir négocier ses contrats, Delmas, Paris, 2007, P 65.

في متناول الأشخاص الذين يستخدمون نظم المعلومات، مثل عرض سلع أو خدمات من خلال موقع على شبكة الانترنت، تعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض، ما لم يتبين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام به في حالة قبوله).

يلاحظ على هذا النص أنه وضع قاعدة عامة بهذا الشأن، وهي أن الأصل في العروض الالكترونية الموجهة إلى شخص أو أشخاص غير معينين(عبر المتاجر الافتراضية على الشبكة مثلا) أنها دعوة إلى التعاقد، والاستثناء على هذا الأصل هو اعتبار مثل هذه العروض إيجاباً باتاً إذا كان مقدم العروض يقصد بها ذلك، كما يستنبط من مفهوم مخالفة النص المذكور بأنه إذا كانت هذه العروض موجهة إلى شخص معين أو أشخاص معينين فتعد إيجاباً باتاً، إلا إذا اتجه قصد مقدم هذه العروض إلى اعتبارها مجرد دعوة إلى التعاقد، لذلك فإن عرض السلع والخدمات عبر المتاجر الافتراضية على الشبكة يعد مجرد دعوة إلى التعاقد توجه إلى الذين يصلون إلى هذه المتاجر، ولا يشكل هذا العرض إيجاباً، ما لم يبين مقدم العرض اتجاه قصده إلى اعتبار ذلك إيجاباً، ولكن إذا قام البائع عبر أحد المتاجر الافتراضية بتوجيه عرض إلى شخص معين أو أشخاص معينين فيعد ذلك إيجاباً ما لم يدل قصد البائع على اعتباره مجرد دعوة إلى التفاوض[1].

ونحن من جانبنا نؤيد الرأي القائل بأن الأصل في العروض الموجهة للجمهور تعتبر دعوة إلى التعاقد واستثناءا تعد إيجاباً إذا اتجهت إرادة الموجب إلى اعتبارها إيجاباً.

وفي حالة حصل نزاع بهذا الخصوص، تستطيع الجهة القائمة بالفصل من خلال سلطتها التقديرية أن تبت في النزاع من خلال استنباط معايير معينة من الظروف المحيطة بالحالة وملابساتها المختلفة، ومن المعايير التي يمكن الاعتماد عليها في هذا المجال طبيعة الوسيلة الالكترونية المستخدمة في عرض السلع والخدمات، فإذا أستخدم في العرض أسلوباً حوارياً يمكن الشخص الذي يصل إليه العرض من التفاوض والإبرام الفوري للعقد[2].

هذا وتظهر أهمية التمييز بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد، في أنه إذا استجاب شخص إلى هذه

[1]- علي محمد أحمد أبو العز، المرجع السابق، ص161 و إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص80. و آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص103.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص154.

الدعوة، فلا تعتبر هذه الاستجابة قبولا يعتبر به العقد مبرماً، في حين أن القبول في الإيجاب يشكل عقداً، فأهمية التمييز تظهر إذاً بتكوين عقد يربط بين الطرفين أو عدم تكوينه[1].

رابعا: لغة الإيجاب في العقد الالكتروني:

إن واحدة من أهم إشكالات التعاقد الالكتروني هي اللغة التي يتم بها التفاوض ثم الاتفاق فالتعاقد[2]، حيث جاء القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية خالياً من أي إشارة إلى وجوب استخدام لغة معينة في إبرام العقد من عدمه، ومؤدى ذلك أنه يجوز التعبير عن الإرادة بأية لغة كانت، غير أن الصعوبة تكمن في كون المشرع في معظم الدول يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة الوطنية، وهذا ما نص عليه المشرع الجزائري في قانون تعميم استعمال اللغة الوطنية في المادة السادسة منه على أنه " تحرر العقود باللغة العربية وحدها.

يمنع تسجيلها أو إشهارها إذا كانت بغير اللغة العربية"[3].

كما نص القانون الفرنسي رقم 94-665 الصادر في 4 أوت 1994 المسمى بقانون توبون (Toubon) المتعلق باستخدام اللغة الفرنسية، بالمادة الثانية على أنه "يجب استخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب في كل أنواع التجارة الالكترونية، وبصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل وشروط الضمان ووصف المنتج أو الخدمة والفواتير والإيصالات، وينطبق هذا على الإعلانات المرئية والمسموعة أو الناطقة أو المكتوبة"، وفي حالة مخالفة التعليمات السابقة، بشأن استخدام اللغة الفرنسية فقد نص القانون رقم 240-95 الصادر في 3 مارس 1995 على عقوبة تتمثل في غرامة مالية، ويضاعف مقدار هذه الغرامة إلى خمسة أضعاف في حالة كون المخالف شخصاً معنوياً وتطبق هذه العقوبات على مالكي مواقع الويب.

وفي محاولة للتخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة للشبكات الالكترونية ومنها الانترنت، نجد بالفعل الحكومة الفرنسية قد تدخلت فأصدر رئيس الوزراء الفرنسي منشوراً في 19 ماي 1996 يتضمن بشأن

[1]- علي محمد أحمد أبو العز، المرجع السابق، ص163.

[2]- محمود حمودة صالح منزل، إشكالات العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص20.

[3]- القانون رقم 91-05 المؤرخ في 30 جمادى الثانية عام 1411 الموافق لـ 16 يناير سنة 1991 المتضمن تعميم استعمال اللغة الوطنية.

تطبيق القانون الصادر في 4 أوت 1996 وجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات، مع إجازة أن يصاحبها ترجمة باللغة الانجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى، وهو ما يفهم منه جواز استخدام لغة أجنبية في الإيجاب، ولكن في هذه الحالة يجب ترجمتها إلى اللغة الفرنسية بحيث يكون الإيجاب واضحاً ومفهوماً وغير غامض كلما قدم باللغة الأجنبية.

وكما أجاز المشرع الفرنسي في القانون الصادر في 19 مارس 1996 استثناءاً أن يتم الإعلان التلفزيوني المصمم لإذاعته عبر الحدود استخدام لغة غير فرنسية، فإن هذا يجب أن يمتد إلى الإعلان عبر شبكات الاتصال الالكترونية أيضا ومنها الانترنت، وذلك لأنه يجب إتباع حلول واقعية عندما يتعلق الأمر بالعقود الإلكترونية[1].

بالرجوع إلى الواقع، يتبين أن معظم المواقع العالمية ذات الصبغة التجارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية كاملة لكل محتويات الموقع، سعيا منها لتسهيل دخول الزائرين لها، وجذبهم بالتعاطي معهم بلغاتهم المحلية، كما دأبت بعض المواقع الالكترونية الأخرى على تحديد مبيعاتها ضمن مناطق جغرافية معينة[2].

ويستخلص مما سبق ذكره أن اللغة الوطنية ليست قيدا على التعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت، فمن الممكن إذا للتاجر العربي أن يوجه إيجابا باللغة العربية على أن تصاحبه ترجمة بلغة أو لغات أجنبية أخرى[3].

الفرع الثاني: القبول في العقد الالكتروني:

إن القبول هو الإرادة الثانية في العقد، التي تظهر بصورة جازمة باتة معبرة عن موقف الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب، فالعقد لا يتم إلا باكتمال الرضا، والرضا لا يتم إلا باتفاق إرادتين، والقبول كالإيجاب يجب أن يكون مرتبطا بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني.

والتعبير عن إرادة القبول قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا، والقبول الالكتروني لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص219– 220.

[2]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص86.

[3]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص65.

ترجع إلى طبيعته الإلكترونية[1].

أولا: طرق التعبير عن الإرادة في القبول الالكتروني:

هناك طرق حديثة ومبتكرة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية استحدثتها التجارة الالكترونية، وهذه الطرق لم تكن مألوفة من قبل في العالم المادي، ومنها التعبير عن القبول من خلال الكتابة بما يفيد الموافقة أو قيام القابل بإرسال معلومات بطاقة الائتمان الخاصة به إلى الموجب، أو أن يقوم بتنزيل أو تحميل(téléchargement) المنتجات الإلكترونية عبر الشبكة بعد أداء مقابلها كما في عقود شراء أقراص(CD) أو برامج الحاسوب الآلي أو الكتب أو الجرائد أو الأفلام... ويتم ذلك عادة بتحميل ما تحتويه هذه المنتجات ونقله من مصدره إلى الحاسوب الشخصي للمشتري، ومن الطرق الحديثة للتعبير عن القبول أيضاً النقر(clic) بواسطة الفأرة على شاشة الحاسوب أو ملامسة مفاتيح لوحة الحاسوب الآلي أو ملامسة أيقونة القبول، وتعد طريقة النقر على أيقونة القبول من أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها مناقشات حول مدى صلاحيتها، لأن تكون طريقة للتعبير عن القبول، وبالتالي مدى صحة العقود الالكترونية التي تبرم من خلالها، فضلا عما يمكن أن ينشأ من إشكالات عملية تتعلق بإثبات ما إذا كانت اللمسة قد صدرت عن الشخص المعني أم لا، لذلك من الضروري أن نتناول هذه الطريقة بشيء من التفصيل من حيث مدى اعتبارها طريقة مقبولة قانونا للتعبير عن القبول.

لم تورد معظم التشريعات الخاصة بالتجارة الالكترونية حكماً خاصا بهذه الطريقة في التعبير عن القبول، غير أن بعض التشريعات نصت على جواز التعبير عن القبول بهذه الطريقة، منها قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية في الفقرة الأولى من المادة (20) منه على أن اللمس أو النقر لزر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب يعد طريقة للتعبير عن القبول[2].

وكذلك الشأن بالنسبة للفقرة الأولى من المادة (10) من مشروع اتفاقية الأونسترال للتعاقد الالكتروني جواز التعبير عن الإيجاب وعن قبول الإيجاب باستخدام رسائل البيانات أو تدابير أخرى تبلغ إلكترونيا بطريقة يقصد بها التعبير عن الإيجاب أو عن قبول الإيجاب، بما في ذلك على سبيل المثال لا

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص96 و إيناس هاشم رشيد، المرجع السابق، ص193. و خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص341.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص161.

الحصر، لمس أو ضغط زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

إذا كانت هذه المسألة تعد أمرا محسوما في ظل التشريعات التي تتضمن مثل هذه النصوص، فما هو حكمها في ظل التشريعات الأخرى الساكتة عن صحة التعبير عن القبول من خلال النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب.

ويرى الأستاذ" آمانج رحيم أحمد " أنه لا يوجد هناك ما يمنع من استخدام هذه الطريقة الحديثة للتعبير عن القبول حتى في ظل التشريعات التي لا تتضمن نصوصا قانونية صريحة على جواز التعبير عن القبول من خلال النقر على الفأرة أو لوح مفاتيح الحاسوب وذلك للأسباب الآتية:

1- أن التعبير عن القبول من خلال هذه الطريقة لا يخالف مبدئيا القواعد العامة الواردة في هذا المجال والتي لا تحدد طريقة معينة بذاتها للتعبير عن القبول، وإنما قد يتحقق ذلك بأية طريقة لا تدع مجالا للشك في كونها تعبيرا عن إرادة من وجه إليه الإيجاب بالقبول، والالتزام وفق الشروط الواردة في الإيجاب.

2- هناك من يرى عدم ضرورة النص صراحة على جواز التعبير عن القبول من خلال تلك الطريقة، لأن وجود مثل هذه النصوص لا يتفق مع عمومية القاعدة القانونية، وضرورة اعتماد أسلوب محايد من ناحية تحديد الوسائل والتكنولوجيا المستخدمة في التعبير عن الإرادة وإبرام العقود، خصوصا إذا علمنا أن (نهج الحياد من حيث الوسائط) يشكل مبدأً أساسيا من المبادئ التي تقوم عليها التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية وفي مقدمتها قانون الأونسترال النموذجي، وذلك لكي يستوعب القانون ما يستحدثه التقدم التكنولوجي في مجال الاتصالات من وسائل جديدة مستقبلا.

يظهر مما سبق بأن مجرد النقر أو اللمسة الواحدة على جهاز الحاسوب، يكفي للتعبير عن القبول في إطار العقود الإلكترونية[1].

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه، وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول، أن يتم عن طريق النقر مرتين(double clic) على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وفي هذه الحالة

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص164.

فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد.

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي كرقم ونوع بطاقته الائتمانية، وواضح أن القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية، بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد، حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب، كان معبرا بالفعل عن إرادته الجازمة في القبول.

وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمناً، فإنه من المتصور إمكانية ذلك في القبول الإلكتروني، حيث يتم التعبير صراحة أو ضمنا عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة، ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن التعبير عن إرادة القبول الإلكترونية لا يكون إلا صريحاً، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد، و وفق هذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول الالكتروني يمكن أن يكون إشارة متداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على حقيقة المقصود منه[1].

أما بالنسبة لرأينا في الموضوع فنرى بأن مجرد النقر على أيقونة القبول لا يعتبر قبولاً، فرغم أن النقر على أيقونة القبول لا يتعارض مع القواعد العامة للتعبير عن الإرادة إلا أن ذلك قد يثير جملة من الإشكالات، لأنه يتنافى والواقع، ذلك أن القابل قد يقع في سهو أو خطأ، إضافة إلى ذلك أن القبول تتبعه إجراءات أخرى مثل إرسال رقم بطاقة الائتمان وبعض المعلومات الأخرى، لذلك نرى أنه من الضروري إلزام الموجب بأن يقوم بإرفاق السلع والخدمات المعروضة على شبكة الانترنت بنموذج يملأ من طرف القابل حتى يتم القبول بشكل لا لبس فيه.

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص342-343.

ثانيا: السكوت كطريقة للتعبير عن القبول الإلكتروني:

من المعلوم أن السكوت عدم محض، ولا يمكن أن يكون دليلاً على الرضا بالعقد على الإطلاق[1]، لأن التعبير عن الإرادة يجب أن يتم بعمل إيجابي، أما السكوت فلا يتجاوز الحدود السلبية، ولا يفيد بالتالي القبول، إذ لا يمكن كشف خفايا الفكر الذي يبقى داخليا في ذات الإنسان، حيث أن السكوت يستند إلى أمر سلبي فهو أمر مجرد لا يفيد شيئا، إضافة إلى ذلك وبما أن السكوت يفيد العدم، فإنه يستحيل أن يستنتج منه قبول الموجب له، وجهالة حقيقة فكرة الشخص الداخلية تكفي للشك في وضوح موقف من يوجه إليه الإيجاب، ومتى قام الشك في أمر ما تعذر تفسير حقيقة الإرادة، وهذا الموقف يفيد عادة الرفض وليس القبول[2]، وهذا هو المراد بالقاعدة الفقهية السائدة القاضية بأنه: " لا ينسب لساكت قول".

وإذا كانت القاعدة العامة في هذا المجال هي أن السكوت في حد ذاته لا يصلح أن يكون تعبيرا عن القبول، ولكن هذه القاعدة العامة يرد عليها استثناء وهو حالة (السكوت الملابس)، والذي يقصد به أن تصاحب السكوت ظروف معينة ترجح دلالته على القبول[3]، وفي هذا تنص المادة (68) من القانون المدني الجزائري على أنه: " إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

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

إن أحكام السكوت المشار إليها تتفق مع القواعد العامة المتعلقة بهذا الموضوع، في التشريعات المدنية، ولكن المهم هو إمكانية تطبيق أو عدم تطبيق القواعد العامة في السكوت على القبول الإلكتروني؟

يرى بعض الفقه، تطبيقا للقواعد العامة، أن سكوت أحد المتعاقدين في التعامل السابق بينهما عبر

---

[1]- علي محمد أبو العز، المرجع السابق، ص166.

[2]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص102. و علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص117.

[3]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص166.

تقنيات الاتصال الحديثة، يمكن أن يستنتج منه القبول، شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي، وذلك لأن استعمال الوسيلة الإلكترونية، لا ينبغي أن يمثل مبرراً للخروج عن تطبيق القواعد العامة.

ويرى البعض الآخر أن السكوت لا يعتبر قبولا في العقد الإلكتروني لأن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الانترنت، تتضمن إيجاباً، يحق له أن لا يرد عليها، لأن الموجب له ليس ملزما بهذا الإيجاب.

وثمة رأي ثالث يشكل حداً وسطاً بين الرأيين، يعتبر أنه في الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها السكوت قبولا، لابد من أن تواجه هذه الحالات بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية، لأنه لا يمكن القول، لتاريخ الآن، بأن العرف يلعب دورا فعلياً في مثل هذه العقود. نظراً لحداثة هذا الشكل من أشكال التعاقد. كما أنه في الحالة التي قد يتضمن فيها الإيجاب مصلحة للمعروض عليه، فهي حالة تتضمن عملاً من أعمال التبرع، وهو فرض غير مألوف في العقود الإلكترونية، أما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، فهي تمثل الحالة الأكثر شيوعاً في العقود الإلكترونية، لأنه غالباً ما يعتاد العميل على شراء بعض السلع أو الخدمات من أحد المتاجر الافتراضية، إلا أنه لا يجوز استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق، بل لابد من أن يقترن ذلك بظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل، كما لو وجد اتفاق سابق بين الطرفين، سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنياً[1].

وخلاصة رأينا في الموضوع، نرى أن السكوت لا يمكن أن يكون تعبيراً عن القبول الإلكتروني، نظراً لحداثة هذا النوع من التعاقد من جهة، وكذا التشعب والغموض الذي يسوده من جهة ثانية، فلا مكان للعرف في هذا النوع من المعاملات إضافة إلى أن البيئة الإلكترونية لا زالت مولودا جديداً لا يستوعب معنى التعامل السابق، وعليه فمن الصعوبة بما كان تطبيق الأحكام العامة، والقول بغير ذلك سيهدد هذا النوع من التعاقد في الوقت الراهن.

ثالثا: العدول عن القبول الإلكتروني:

يعد حق العدول عن العقد الإلكتروني حق إرادي محض يترك تقديره لكامل إرادة المستهلك، وفقاً للضوابط القانونية، وهو حق يمس بالقوة الملزمة للعقد، ويشكل خروجاً عن المبدأ، حيث اعتبره بعض

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص103-104.

شراح القانون، عقداً صحيحاً غير لازم بالنسبة للمستهلك، وعقداً صحيحاً لازم للمزود، فحق العدول هو حق شخصي يخضع لتقدير المستهلك، ويمارسه وفقاً لما يراه محققاً لمصالحه، فهو ليس ملزماً بإبداء أسباب معينة لهذا العدول، بمعنى أن استعمال المستهلك لهذا الحق لا يؤدي إلى قيام أي مسؤولية[1].

ويمكن تعريف الحق في العدول كما عرفه بعض الفقه في فرنسا بأنه: " الإعلان عن إرادة مضادة، يلتزم من خلالها المتعاقد الرجوع عن إرادته وسحبها، واعتبارها كأن لم تكن، وذلك بهدف تجريدها من أي أثر كان لها في الماضي أو سيكون لها في المستقبل"، وتجدر الإشارة إلى أن من الفقه من يسميه بخيار الرجوع.

ويظهر من التعريف أن حق العدول عن القبول مقرر للمستهلك فقط، وينتج آثاره مباشرة، باعتبار أن العقد الذي تم الاتفاق عليه وإبرامه في حكم العدم[2].

هذا ويعتبر حق العدول للمستهلك عن العقد الإلكتروني حق ثابت، وذلك لأن المستهلك في عقد الاستهلاك الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فالمستهلك يتمتع بحق العدول لأن التعاقد يتم عن بعد، وقد تقرر هذا الحق بنص المادة 20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 بمقتضى المرسوم 741 لسنة 2001.

ووفقاً لنص المادة 20/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، فإن اللحظة التي يبدأ فيها سريان مهلة العدول تختلف بحسب محل العقد (سلعة أو خدمة)، فإذا كان محل العقد سلعة، فإن مهلة العدول تبدأ منذ الوقت الذي يتم فيه تسليم السلعة للمستهلك خلال سبعة أيام، أما إذا كان محل العقد خدمة، فإن مهلة العدول تبدأ في السريان منذ الوقت الذي يتم فيه العقد، أي منذ لحظة قبول المستهلك للإيجاب الصادر من المزود[3]، إضافة إلى ذلك فإن حق العدول يعد من الحقوق المؤقتة، أي محدد المدة حفاظاً على استقرار مراكز الأطراف في العقد، وينقضي إما باستعماله أو بفوات المدة المحدد له، كما أن هذا

[1]- عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2009، ص126.

[2]- عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري ، دراسة مقارنة، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد 27 (1)، (2013)، ص14.

[3]- عبد الله عبد الله محمود، المرجع السابق، ص127.

الحق متعلق بالنظام العام إذا أقره المشرع صراحة في النص[1].

كما حرص التوجيه الأوروبي الصادر سنة 1997 المتعلق بالتعاقد عن بعد على تقرير حق المستهلك في إعمال الرجوع عن العقد، وذلك في المادة (06) منه حيث نص على أنه: " يجوز للمشتري في كل عمليات البيع إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في سبعة أيام كاملة من تاريخ تسليم البضاعة، ولا يترتب على ذلك أي جزاءات ...".

وقد سارت معظم القوانين على هذا الطريق ومن ذلك نجد القانون التونسي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، قد تضمن هو الأخر النص على هذا الحق وذلك في الفصل (30) منه على أنه:" إذا باشر المشتري بإعادة البضاعة في أجل عشرة أيام من تاريخ تسليم البضاعة أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة للخدمة، فإن على البائع أن يعيد المبلغ المدفوع خلال عشرة أيام من تاريخ إعادة البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة، ويتم الإعلان بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد"، ومن بين ما نصت عليه التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية أنه يجب على المتدخل أن يوفر للمتعاقد معه بطريقة واضحة ومفهومة إمكانية العدول عن العقد وأجله، ويبدو من هذا أن البائع ملزم بتحديد نطاق العدول ويعلم به المستهلك، وكذلك كيفية ممارسته[2].

وفي الأخير يمكن القول أنه إذا انقضت المدة التي حددها المشرع للمستهلك الإلكتروني لاستعماله حقه في العدول يصبح العقد لازماً للطرفين، ويصير باتاً واجب التنفيذ، لكن إذا استعمل حقه خلال هذه المدة فيترتب على ذلك التزام المتدخل برد الثمن، وذلك خلال المدة المحددة[3].

[1]- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص15.

[2]- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص132.

[3]- عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص18.

المبحث الثاني: زمان ومكان انعقاد العقود الإلكترونية:

ينعقد العقد عموما بتلاقي الإيجاب والقبول، ويتم هذا التصرف في المكان والزمان الذي يتم فيه الاتفاق عليه بين طرفي العقد[1]، وأن هذا الاقتران إما أن يكون حقيقيا فهنا يسمى بالتعاقد بين حاضرين أو يكون الاقتران حكميا يسمى آنذاك بالتعاقد بين غائبين[2].

ولتحديد زمان ومكان انعقاد العقد أهمية بالغة فعند تحديد لحظة معينة لانعقاد العقد يمتنع بحسب الأصل على أي من طرفيه نقضه أو التحلل منه كما أنه من هذه اللحظة يبدأ عادة ترتيب العقد لآثاره، فمنذ هذا الوقت تنتقل الملكية إذا كان العقد بيعا، واقعاً على منقول معين بالذات، كما تبدو أهمية تحديد وقت انعقاد العقد من ناحية المواعيد التي يبدأ سريانها من هذا الوقت كمواعيد التقادم بالنسبة إلى الإلتزمات الناشئة عن العقد، وأيضا تبدو أهمية تحديد وقت انعقاد العقد في تحديد مدة سريان العقد وفي معرفة أهلية الأطراف المتعاقدة وقت العقد، أما من حيث المكان فتظهر الأهمية في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقود الالكترونية، التي يتم إبرامها بين أطراف قد ينتمون إلى دول مختلفة وبالتالي يخضعون إلى أنظمة قانونية مختلفة متباينة، كما تظهر أهميتها في تحديد المحكمة المختصة إقليمياً بالنظر في منازعات العقود الإلكترونية[3].

وتجدر الإشارة إلى أن مشكلة تحديد زمان انعقاد العقد هي ليست مشكلة جديدة تختص بها العقود الإلكترونية فقط، بل هي مشكلة عامة تتعلق بالتعاقد بالمراسلة بصفة عامة، أياً كانت طريقة هذه المراسلة، بريد عادي، بريد إلكتروني، برقية، رسول، وغير ذلك، ولكن إذا كان الأمر كذلك فلماذا نبحث هذه المسألة في العقود الإلكترونية؟

في الواقع إن سبب بحثها يعود إلى أن هذه العقود تتم بوسائل تقنية حديثة تكسبها خصوصية ربما تجعل من الحلول المقررة في القواعد العامة غير مناسبة[4].

---

[1]- محمد فواز المطالقة، عقود التجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص70.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص173.

[3]- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص122.

[4]-علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية– الحكومة الإلكترونية)، ص5.

وبغية الإحاطة بأهم الإشكالات التي تثيرها مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نخصص الأول إلى زمان انعقاد العقد الإلكتروني ونخصص الثاني إلى مكانه.

المطلب الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني:

يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان إذا توافرت عناصر ثلاثة وهي: عنصر وحدة المكان، عنصر وحدة الزمان، وعنصر الانشغال بشؤون التعاقد، فإذا افتقر التعاقد إلى عنصر التزامن بين لحظة صدور القبول وعلم الموجب به، فإنه يتحول إلى تعاقد بين غائبين من حيث الزمان[1]، أما إذا افتقد عنصر وحدة المكان أصبح تعاقداً بين غائبين من حيث المكان، ولكن إذا افتقد العنصرين معاً يصبح تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان والمكان معاً.

وبما أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية تتم عادة بين أطراف لا يجمعهم مكان واحد، لذلك فتدخل في وصف التعاقد بين غائبين من حيث المكان دائماً، ولكن بفضل الخدمات المتنوعة والمتعددة الأغراض التي تتيحها شبكة الانترنت، قد توفر للطرفين المتعاقدين عبر الشبكة إمكانية إبرام العقد بشكل تحاوري وآني، دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول الإلكتروني وعلم الموجب به، لذلك يمكن القول بأن التعاقد عبر الوسائل الالكترونية قد يوصف أحيانا بأنه تعاقد بين حاضرين من حين الزمان[2].

وتعد مشكلة تحديد زمان انعقاد العقد من أهم وأدق المشاكل القانونية، خاصة وأن زمان إبرام العقد الإلكتروني في بعض الأحيان يختلف من وجهة نظر الموجب عن وجهة نظر القابل، فمثلا نجد أن العقد الإلكتروني الذي تم توقيعه في اليابان يوم (7) جانفي مثلا يصادف في نفس الوقت يوم (6) جانفي في لوس أنجلس[3].

لذلك تظهر الصعوبة في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، والتي تستوجب معالجة قانونية تتماشى والطبيعة الخاصة لهذه العقود[4]، وعليه سنتناول مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني عندما يعد

[1]- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص123.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص175.

[3]- ينظر في ذلك، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص373.

[4]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص178.

تعاقداً بين غائبين في فرعين نخصص أولهما للنظريات التقليدية التي أوجدها الفقه لمعالجة هذه المسألة، ونخصص الفرع الثاني لموقف النصوص القانونية المنظمة للتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: النظريات التقليدية المحددة لزمان انعقاد العقد:

تتمثل الحلول التي أوجدها الفقه في النظريات الأحادية والثنائية، ويقصد بالنظريات الأحادية تلك التي لا تفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه، وتتلخص في أربع نظريات– إعلان القبول، تصدير القبول، تسلم القبول وأخيرا العلم بالقبول– أما النظريات الثنائية فهي التي لا ترى تلازما بين زمان انعقاد العقد ومكان ذلك، و تتلخص في اثنين تبناهما الفقيهان مالوري و شيفاليه.

و لا نرى من الضروري البحث في النظريات الثنائية ضمن موضوع زمان انعقاد العقد لأنها لم تأت بحل جديد لهذا الموضوع، كل ما في الأمر أنها تحدد زمان الانعقاد باللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول وهو الحل الوارد في نظرية العلم بالقبول.

وعليه سنتناول النظريات التقليدية المحددة لزمان انعقاد العقد في العناصر التالية تباعاً، لنخلص إلى النظرية الأكثر ملاءمة للعقد الإلكتروني.

أولا: نظرية إعلان القبول:

ويذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن العقد يتم بإيجاب وقبول متطابقين، فمتى صدر القبول المطابق للإيجاب توافر توافق الإرادتين وتم العقد، دون توقف على علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، لأن الطرف القابل للعقد تعلق حقه به بمجرد إعلان قبوله، فيمتنع على الموجب من ذلك الوقت العدول عن الإيجاب[1]، فطبقا لهذه النظرية، ينعقد العقد الإلكتروني الذي يتم من خلال البريد الإلكتروني مثلا، بمجرد قيام الشخص الذي وجه إليه الإيجاب بكتابة رسالة القبول على جهاز الحاسوب وقبل إرسالها.

وميزة هذه النظرية أنها تؤدي إلى سرعة في انعقاد العقود، وبالتالي فهي تنسجم مع ما تتطلبه المعاملات التجارية بوجه عام، والمعاملات الإلكترونية بوجه خاص، من السرعة، إلا أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها من الناحية النظرية لا تتفق مع القواعد العامة والقاضية بأن التعبير عن الإرادة لا

[1]- طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاسها على القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2011، ص221

ينتج أثره إلا إذا وصل إلى علم من وجه إليه، كما ويؤخذ عليها من الناحية العملية صعوبة إثبات صدور القبول قبل إرساله فيما لو أنكر القابل قبوله، وبالتالي فإن مصير العقد سيكون بيد أحد الطرفين، وهو من وجه إليه الإيجاب.

ومما لا شك فيه أن المشاكل العملية التي تثيرها هذه النظرية على صعيد المعاملات الإلكترونية أكبر، خصوصا إذا كان الإيجاب موجه إلى الجمهور، إذ قد يتفاجأ بارتباطه بعدد كبير من العقود دون أن يعلم بها[1]، لذلك لا يمكن تطبيق هذه النظرية في مجال العقود الإلكترونية .

ثانياً: نظرية تصدير القبول:

في هذه النظرية ينعقد العقد عند إرسال القابل قبوله، ولا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبوله وإنما يجب أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، وبذلك يخرج القبول من حيازة القابل بكتابة رسالة إلكترونية مثلا تتضمن القبول وإرسالها إلى الموجب، فتخرج الرسالة عن سيطرة القابل، بحيث لا يستطيع بعد ذلك التراجع عنها[2].

لا يمكن الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني، لأن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات للمرسل إليه أو المورد لخدمة الاتصال، وذلك لأنه من الممكن أن تتعرض رسالة البيانات إلى مخاطر في طريق إرسالها إلى المرسل إليه، مما قد يؤدي إلى تلفها أو عدم تسلمها من قبل نظام المعلومات التابع للشخص المعني، إضافة إلى ذلك يتصور أيضا أن لا يعمل النظام المعلوماتي التابع للشخص المعني، على الإطلاق أو يعمل بصورة غير صحيحة، وبالنتيجة تؤدي هذه الاعتبارات إلى عدم تحقق واقعة الإرسال وبقاء الرسالة في صندوق البريد الإلكتروني للقابل وبالتالي عدم انعقاد العقد[3].

وعلى أنقاض هذه النظرية قامت نظرية وصول القبول.

---

[1]- علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص366.

[2]- يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص60.

[3]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص180-181.

ثالثاً: نظرية وصول القبول:

القبول وفقا لهذه النظرية يعد تعبيراً إراديا واجب الاتصال، فلا يكفي مجرد إعلانه ولا تصديره بل لابد من وصوله إلى الموجب؛ ففي الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب يتم التعاقد[1]، إذ يرى أنصار هذه النظرية بأن وصول القبول قرينة على علم الموجب به، وعليه تطبيقا لهذه النظرية، ينعقد العقد الإلكتروني الذي يتم من خلال البريد الإلكتروني الخاص بالموجب وإن لم يكن قد فتح صندوق بريده ولم يعلم بمضمون هذه الرسالة.

ومما لا شك فيه فإن هذه النظرية قد تمكنت من تحقيق مزايا نظرية تصدير القبول، ولكنها لم تتمكن من التخلص من جميع سلبياتها، فهي مازالت غير متفقة مع القواعد العامة، إذ على فرض وصول رسالة القبول في العقود الإلكترونية فوراً إلى الموجب فليس بالضرورة علم الموجب بالقبول فور وصوله، إلا أن هذا الأمر لم تعد له أهمية كبيرة في الوقت الحاضر، وذلك لأن أغلب المواقع التجارية على شبكة الانترنت التي تقدم عروضاً إلى الجمهور تستخدم وسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل مع رسائل القبول ومعالجتها، وبالتالي فإن وصول رسائل البريد الإلكتروني المشتملة على القبول إلى صندوق البريد سيؤدي إلى الإطلاع عليها مباشرة من قبل هذه الوسائط، بما أن هذه الوسائط تعمل نيابة عن الموقع (الموجب) يمكن القول بأنه بمجرد وصول رسالة القبول يتم العلم به، إضافة إلى ذلك فإن من يقبل الدخول في معاملات إلكترونية يفترض فيه الاستعداد لتلبية متطلبات هذه المعاملات، ومن متطلباتها أن تكون لديه الأجهزة والأنظمة اللازمة لذلك، وأن يكون حريصا على المتابعة الدؤوبة لما تصل إليه من رسائل، وإذا ما قصر في المتابعة فعليه أن يتوقع أن هناك بعض الرسائل قد وصلت إليه[2].

أما فيما يتعلق بمدى إمكانية تطبيق هذه النظرية على التعاقد عبر الانترنت، فنرى أنه يمكن الأخذ بالحل الوارد فيها، لأنه من شأنه أن يسهل إثبات وصول القبول الإلكتروني إلى الموجب مادام لا يستطيع القابل أن يسترد الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل أن يطلع عليها[3]، إضافة

[1]- علاء الدين محمد عبابنه و مالك حمد أبو نصير، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد(4) العدد (4) ديسمبر (2012)، ص22.

[2]- علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، المرجع السابق، ص370-371.

[3]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص173.

إلى ذلك فان نظم المعلومات الحديثة توفر للمتعامل من خلال البريد الالكتروني عند إرساله رسالة القبول مثلا بوصول هذه الرسالة أو عدم وصولها من خلال إشعار يتلقاه في نظام معلوماته الخاص، وهذا ما يسهل على القابل إثبات وصول الرسالة من عدمها من خلال هذا الإشعار.

ويقول الأستاذان" علاء الدين محمد عبابنه ومالك حمد أبو نصير" إننا نميل في مجال التعاقد الإلكتروني إلى نظرية وصول القبول ولكن وفقا للضوابط التالية:

1-إذا كان التعاقد الإلكتروني من خلال البريد الالكتروني فإن العقد ينعقد في الزمان الذي تصل فيه الرسالة إلى بريد الموجب المتفق عليه، أو الذي أرسل من خلاله الموجب إيجابه في حال عدم الاتفاق.

2-وينعقد العقد في حالة التعاقد عبر الوسائط المؤتمتة، لحظة وصول القبول إلى موقع الموجب الذي تم التفاعل بين الإيجاب والقبول عبره[1].

رابعاً: نظرية العلم بالقبول:

وهي نظرية تقوم على أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه، والتعاقد بين غائبين بمثابة عملية لا تتصل حلقاتها إلا بتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين[2]، ويرى أنصار هذه النظرية بأن العقد ينعقد عند علم الموجب بالقبول، ويتخذون من وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه به، وهي قرينة قضائية قابلة لإثبات العكس وعليه تطبيقا لهذه النظرية، ينعقد العقد الإلكتروني الذي يتم من خلال البريد الإلكتروني مثلا، عندما يقوم الموجب بفتح صندوق بريده الإلكتروني والإطلاع على رسالة القبول، ومن الواضح أن هذه النظرية تقوم على أساس نظري مختلف عما هو عليه الحال في النظريات السابقة، إذ أن تلاقي الإرادتين لا يتحقق بموجب هذه النظرية عند صدور القبول، وإنما يتحقق عند علم الموجب بالقبول، وميزة هذه النظرية أنها تتفق مع القواعد العامة القاضية بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه[3].

لكن هذه النظرية تنحاز بشكل كامل إلى جانب الموجب، إذ أن مصير العقد سيكون بيد الموجب، فلو

---

[1]- علاء الدين عبابنه و مالك حمد أبو نصير، المرجع السابق، ص25.

[2]-عبد الله أحمد عبد الله غرايبة، حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص81.

[3]- علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص12.

رغب بالتعاقد اطلع على رسالة القبول وإذا لم يرغب فليس عليه إلا إهمال الإطلاع على هذه الرسالة، وإذا علم بالقبول وأراد التنصل من العقد فإنه سينكر علمه به، وليس من السهل على القابل إثبات العكس، وبذلك تكون هذه النظرية قد وقعت في المحظور الذي وقعت فيه نظرية إعلان القبول، ولكن بطريقة معكوسة لأن هذه الأخيرة قد جاءت منحازة بشكل كامل إلى جانب من وجه إليه الإيجاب، إلا أن أنصار هذه النظرية قد تنبهوا لهذه المسألة مما دفعهم إلى اعتبار وصول القبول قرينة على علم الموجب به، غير أن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس من قبل الموجب[1].

وقد أخذت معظم التشريعات المدنية بهذه النظرية، ومنها القانون المدني الجزائري، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (67) منه على أنه " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك". أما الفقرة الثانية من نفس المادة، فقد نصت على أن وصول القبول قرينة على علم الموجب بالقبول وذلك بنصها على أنه " ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

وخلاصة رأينا في النظريات السابقة فإننا نرى بأن نظرية وصول القبول هي الأكثر ملاءمة للتعاقد الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، خاصة إذا عرفنا بأن خدمات البريد الإلكتروني تتيح للموجب إمكانية التأكد من وصول الرسائل الصادرة والواردة عبره، وبالتالي فإن الموجب عند توجيه إيجابه فإنه يكون قد عين نظام معلومات[2] يستقبل من خلاله رسائل القبول، وإن لم يعين فإن البريد الذي أرسل منه الإيجاب هو البريد الذي يستقبل فيه رسائل القبول، وما عليه إلا الإطلاع عليه، وللقابل في هذه الحالة إثبات وصول رسالة القبول من خلال إشعارات الوصول التي تلقاها عبر بريده الإلكتروني.

الفرع الثاني: زمان انعقاد العقد الإلكتروني في تشريعات المعاملات والتجارة الإلكترونية:

نظراً للأهمية المتزايدة لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني ، وخصوصيتها من حيث إبرام هذا النمط من العقود دون الحضور المادي للطرفين المتعاقدين في مكان واحد، نجد أن معظم التشريعات

[1]- علي هادي العبيدي، المرجع السابق، ص12.

[2]- تنص الفقرة (و) من المادة (2) من قانون الأونسترال النموذجي على أنه" يراد بمصطلح نظام معلومات، النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو تجهيزها على أي وجه آخر).

المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وضعت أحكاما وقواعد لتحديد وقت إرسال رسالة البيانات من المنشئ ووقت تسلمها من المرسل كما وضع البعض الآخر من هذه التشريعات حلولا خاصة بتحديد زمان انعقاد العقود الإلكترونية بذاته[1].

ومما تقدم نستعرض الأحكام القانونية المتعلقة بمسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وكذا بعض النظم القانونية المقارنة.

أولا: موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسترال) :

تظهر خصوصية التعاقد بالوسائل الإلكترونية في الطرق التي ينعقد بها، خصوصا إذا تعلق الأمر بتبادل رسائل البيانات إلكترونياً، فتحديد لحظة إرسال وتسلم رسالة البيانات وثيق الصلة بزمان انعقاد العقد الإلكتروني، وعليه نستعرض موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية من هذه المسألة فيما يلي:

1: زمان إرسال رسالة البيانات:

تقضي الفقرة الأولى من المادة (15) من القانون النموذجي بأنه ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

الملاحظ على هذا النص أنه حدد واقعة الإرسال لرسالة البيانات، بأنها تحدث متى دخلت الرسالة نظام معلومات الحاسوب الآلي أو أرسلت على شبكة الانترنت، بحيث تخرج رسالة البيانات عن سيطرة المنشئ أو الشخص النائب عنه، وتكون الرسالة قد خرجت عن سيطرة المنشئ لها إذا لم يتمكن المنشئ من استرجاعها مرة أخرى من جهاز معالجة المعلومات، أما إذا أمكن بوسيلة فنية استرجاع الرسالة قبل وصولها إلى المرسل إليه وهي في طريق الإرسال فإن الرسالة لا تكون قد خرجت عن سيطرة المنشئ، هذا ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على تحقيق واقعة الإرسال بطريقة أخرى[2].

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص185.

[2]- ينظر في هذا المعنى، آمانج رحيم أحمد، نفس المرجع، ص188.

2: زمان تسلم رسالة البيانات:

تقضي الفقرة الثانية من المادة (15) من قانون الأونسترال النموذجي، بأنه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت تسلم رسالة البيانات وفق الفرضين الآتيين:

أ – فرضية تعيين نظام معلومات لتسلم الرسالة:

إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة المعلومات لتسلم البيانات، فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها وقت دخولها إلى ذلك النظام حتى ولو لم يطلع عليها المرسل إليه.

أما إذا أرسلت الرسالة إلى نظام معالجة المعلومات تابع للمرسل إليه غير الذي تم تحديده، فيعتبر إرسالها قد تم وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات والإطلاع عليها، لأن وقت استرجاع المعلومات هو الوقت الفعلي الذي يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ.

ب – فرضية عدم تعيين المرسل إليه نظام معلومات لتسلم الرسالة:

إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل البيانات، فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها إلى أي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه، حتى ولو لم يطلع المرسل إليه على الرسالة بعد.

يلاحظ على نصوص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال أنها تبنت تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، إذ تركت للأطراف حرية الاتفاق على تحديد لحظة إرسال واستلام رسائل البيانات، فيكون اتفاقهما ملزما وإلا تأتي أحكام المادة (15) لتحل النزاع حول مسألة تحديد لحظة إبرام العقد[1]. الملاحظ أيضا على نصوص القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أنها أخذت بالحل الوارد في (نظرية وصول القبول) مبدئياً، وتحدد هذه النظرية زمان انعقاد العقد بوصول القبول إلى الموجب، إذ أكدت هذه النصوص على أن العقود الإلكترونية المبرمة بواسطة رسالة البيانات لا تنعقد إلا بوصول الرسالة المتضمنة للقبول إلى الموجب، وهي تصل إليه عندما تدخل الرسالة إلى نظام معالجة المعلومات المعين من قبل المرسل إليه لهذا الغرض، حتى ولو لم يطلع عليها المرسل إليه، وهنا لا تتحقق واقعة الوصول بمجرد وصول رسالة البيانات المتضمنة للقبول إلى مورد خدمة الاتصال وإنما يجب أن تدخل

[1]- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص181.

الرسالة إلى نظام معالجة المعلومات للموجب.

استثناءا على المبدأ الوارد في الملاحظة السابقة، نجد أن هذه النصوص تأخذ بالحل الوارد في (نظرية العلم بالقبول) بدلا من(نظرية وصول القبول)، وذلك في الحالة التي ترسل فيها رسالة البيانات المتضمنة للقبول إلى نظام معالجة المعلومات تابع للمرسل إليه غير الذي تم تعيينه لهذا الغرض، فهنا يعتبر إرسالها قد تم وقت استرجاع المعلومات هو الوقت الفعلي الذي يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ (القابل)، أي أخذ المشرع في هذا القانون بمعيار مزدوج[1].

ثانيا: موقف المشرع الفرنسي من زمان انعقاد العقد الإلكتروني:

بصدور القانون الفرنسي لسنة 2004 الخاص بالمعاملات الرقمية، والذي استرشد بنص المادة (5) من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر في 08 جويلية 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، حيث تضمن هذا القانون الجديد مادة تحت رقم 2/1369 تنص على أنه يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من القابل إقراراً إلكترونياً مؤكداً قبوله، فهذه المادة تشترط لانعقاد العقد الإلكتروني تأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب، مما يدل على تبني المشرع لنظرية جديدة وهي نظرية (تصدير تأكيد القبول).

تختلف النظرية الجديدة التي أخذ بها المشرع الفرنسي عن النظريات التقليدية باستخدامها لحظة جديدة لانعقاد العقد الإلكتروني وهي لحظة تصدير تأكيد القبول (Confirmation de L'acception) من قبل الموجه إليه الإيجاب[2].

ثالثا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني في تشريعات التجارة الإلكترونية العربية:

سايرت معظم تشريعات المعاملات والتجارة الإلكترونية العربية قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، حيث أخذت بمعيار مزدوج وهو الأخذ (بنظرية تصدير القبول) كأصل عام واستثناءاً الأخذ (بنظرية العلم بالقبول) وذلك في الحالة التي ترسل فيها رسالة البيانات المتضمنة للقبول إلى نظام معالجة المعلومات تابع للمرسل إليه غير الذي تم تعيينه لهذا الغرض، فهنا يعتبر

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص191-192.

[2]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص183.

إرسالها قد تم وقت استرجاع المرسل إليه للرسالة واستخراجها للإطلاع عليها، لأن وقت استرجاع المعلومات هو الوقت الفعلي الذي يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ (القابل) [1]، وهذا ما نصت عليه في تشريعاتها، حيث نص قانون المعاملات الإلكترونية البحريني في المادة (13) على أنه "ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك ما بين المنشئ والمرسل إليه فإن إرسال سجل إلكتروني يقع:

أ- عندما يدخل نظام للمعلومات خارج عن سيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل السجل الإلكتروني نيابة عن المنشئ.

ت-إذا استعمل المنشئ والمرسل إليه نفس نظام المعلومات عندما يصبح على علم بذلك ويصبح من الممكن للمرسل إليه استخراجه والإطلاع عليه."

في نفس الإطار نص قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في نص المادة (17) [2] منه على وقت ومكان إرسال وتسلم الرسائل الإلكترونية، وكذا قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي في مادته (17)، حيث أخذت التشريعات السابقة بالنظرية التي أخذ بها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وهي (نظرية وصول القبول) مبدئياً.

وما قيل بشأن قانون الأونسترال في هذه المسألة يصدق على التشريعات السابقة، خاصة وأن معظم التشريعات العربية عبارة عن نقل حرفي لقانون الأونسترال للتجارة الإلكترونية، مع الإشارة إلى أن قانون معاملات التجارة الإلكترونية المصري تبنى حلاً يختلف عن الحلول المعروفة الواردة في النظريات الخاصة بمعالجة زمان انعقاد العقد، ويتمثل هذا الحل في (نهج تأكيد وصول القبول) والذي بموجبه ينعقد العقد الإلكتروني في اللحظة التي يتسلم فيها القابل تأكيداً من الموجب بوصول القبول

[1]- ينظر في هذا المعنى، آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص192.

[2]- تنص المادة (17) من قانون المعاملات الأردني على " أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.

ب- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالإطلاع عليها لأول مرة.

ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه.

إليه، و يتحقق ذلك بأن يقوم الموجب بإشعار القابل بتسلمه لرسالة البيانات المتضمنة القبول[1]، وهذا ما تضمنته المادة الثانية حيث نصت على أنه" يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول".

وخلاصة رأينا في مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني فإن (نظرية وصول القبول) هي الأكثر ملائمة لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني كما أشرنا سابقا، حيث تتيح خدمات البريد الإلكتروني للمتعاملين إمكانية تأكد المرسل (القابل) من وصول رسالة البيانات التي تحمل قبوله من خلال الإشعار الذي يتلقاه و يفيد تأكيد الوصول حيث تظهر هذه الإشعارات آليا في جهاز المرسل دون حاجة إلى صدور تأكيد الوصول من المرسل إليه، وهذا بفضل ما توفره التكنولوجيا الحديثة ، وبذلك تظهر خصوصيات هذا النوع من التعاقد.

المطلب الثاني: مكان انعقاد العقود الإلكترونية:

تعتبر البيئة الإلكترونية فضاءاً للالتقاء وتبادل الإرادات وعقد الاتفاقات، إلا أن تواجد الأفراد هو تواجد افتراضي، يؤثر على بعض المفاهيم التقليدية، ويخلق بعض المشاكل، مما يحتم على المتعاملين في هذا المجال البقاء مرتبطين بالعالم الأرضي باحثين عن روابط الصلة بين المتعاملين في ظل تعود الإطراف على العناوين الأرضية، والتي حلت محلها عناوين من نوع خاص تسمى بـ (IP)[2]، لذلك

[1]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص196.

[2]- رمز (IP) اختصار لمصطلح: Internet Protocol وهو رقم تسلسلي يبدأ من 0 إلى 9 وهو العنوان الخاص بكل مستخدم لشبكة الانترنت، أي أنه الرقم الذي يعرف مكان الكومبيوتر أثناء تصفح شبكة الانترنت فـ (IP) هو المعرف لجهاز الكومبيوتر المتصل حيث أن كل جهاز يرتبط بالانترنت يحمل عنوان (IP) خاص به ويتميز هذا العنوان بإنفراده، أي أنه لا يجوز وجود اثنان من (IP) في نفس الوقت على الشبكة، و(IP) مثله مثل رقم الهاتف لا يتكرر لأكثر من شخص ويتكون من أربعة أرقام، كل رقم يشير إلى عنوان معين فأحدها يشير إلى عنوان البلد، والتالي يشير إلى عنوان الشركة الموزعة، والثالث يشير إلى المؤسسة المستخدمة، والرابع يشير إلى عنوان المستخدم، مثال: 364 115 234 216. و بروتكول الانترنت (IP) مسؤول عن عنونة وترقيم وتوجيه الرسائل إلى عناوينها المقصودة. لمزيد من التفصيل ينظر في ذلك محمد طارق عبد الرؤوف الحن، جريمة الإحتيال عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى 2011، ص24.

تكتسي مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني أهمية بالغة[1]، لذلك نجد أن معظم القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وضعت قواعداً وأحكاماً خاصة بتحديد مكان إرسال رسائل البيانات باعتبارها وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي[2].

في هذا الصدد نتناول مسألة مكان انعقاد العقد من المنظور الفقهي، وذلك وفق النظريات الثنائية التي تبناها كل من الفقيهين (مالوري و شيفاليه)، حيث تفصل النظريات الثنائية في الاتجاه الفقهي الحديث بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه، ولا ترى تلازماً بين الظرفين وهذا خلافا للنظريات الأحادية السابق ذكرها، ثم نعرض مسألة مكان انعقاد العقد في العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية، من منظور تشريعات المعاملات والتجارة الإلكترونية.

الفرع الأول: النظريات الثنائية و استقلال مكان العقد عن زمان انعقاده في العقود الإلكترونية:

يذهب بعض الفقهاء إلى اعتبار مسألة مكان العقد مستقلة عن مسألة وقت حصوله، وذلك لأن مكان العقد هو المحل الذي تتلاقى فيه إرادتا المتعاقدين، ولا يمكن تصور نقل الإرادة إلى مكان معين أو ربطها فيه، ولذلك لا تعتبر أكثر من افتراض قانوني، مسألة ربط مكان العقد بوقت إعلان القبول أو وصوله إلى الموجب[3]، لذلك فإن النظريات الثنائية تمثل الاتجاه الحديث في معالجة مسألة تحديد مكان انعقاد العقد في العالم المادي، ومن أشد مؤيدي هذه النظريات الأستاذان (مالوري و شيفاليه)، ويعتمد هذا الاتجاه الحديث بدرجة أساسية على أحكام القضاء الفرنسي الذي يوصف بأنه قضاء ذو طابع واقعي ويفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكان انعقاده، ويقول الأستاذ (شيفاليه) تأكيداً على ذلك بأنه: " إذا كان تطابق الإرادتين المنشئ للتراضي يتحقق في وقت معين، غير أنه لا يتحقق في مكان معين، فالإيجاب والقبول لا يمكن أن يتواجدا في مكان معين وفي وقت معين".

فيما يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد، لم تأت النظريات الثنائية بمعالجة تختلف عن المعالجة التي نادت بها نظرية العلم بالقبول، إذ يحدد الأستاذين مالوري و شيفاليه زمان انعقاد العقد بالوقت الذي

---

[1]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص187.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص200.

[3]- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص117.

يعلم فيه الموجب بالقبول وتأكيدا على ذلك يقول الأستاذ (مالوري) أن: " الموجب ليس مجبرا بأن يلتزم تجاه الموجب له قبل أن يعلم بقبوله"، كما يقول أيضاً بأنه: " لما كانت الإرادة التي يعبر عنها الموجب في إيجابه يترتب عليها، أنه إذا قبل الإيجاب فإنه لا يجوز الرجوع عنه، تحتم أنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذي يعلم فيه بقبول القابل".

أما فيما يتعلق بمكان انعقاد العقد، فيرى كل من الأستاذين أن مكان انعقاد العقد ليس هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول كما جاء في (نظرية العلم بالقبول) بل توصل الأستاذ (مالوري) إلى أن أحكام القضاء الفرنسي استقرت على الأخذ بنظرية (تصدير القبول) والتي تقضي بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول، ويبرر استنتاجه هذا على أساس أنه لا يجوز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر عنه الإيجاب إلى التقاضي بعيدا عن محل إقامته، بل أن الذي يجب عليه أن يقاضي بعيدا عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية، وفي نفس الاتجاه يرى الأستاذ شيفاليه بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول.

وفي ضوء ذلك ينعقد العقد الإلكتروني في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا أستخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل[1].

الفرع الثاني: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية:

إذا كان تحديد مكان انعقاد العقد في العالم المادي يثير جملة من الإشكالات، فإن تحديده في العالم الافتراضي غاية في التعقيد، نظراً للخصوصيات التي يتميز بها، باعتبار أن هذا النوع من التعاقد قد يتجاوز الحدود السياسية والجغرافية للدولة، بما يعني أن تصادم وتداخل القوانين سيكون نتيجة حتمية، في ظل اختلاف طرق معالجة هذه المسألة من دولة إلى أخرى، فيما يلي نستعرض موقف قوانين المعاملات والتجارة الإلكترونية من هذه المسألة، وذلك ببيان الأحكام الخاصة بمكان إرسال وتسلم رسائل البيانات باعتبارها أهم طرق التعبير عن الإرادة في البيئة الإلكترونية.

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص201-202.

أولا: مكان إرسال وتسلم رسالة البيانات:

تقضي الفقرة الرابعة من المادة (15) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، بأنه 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 مقر عمل المرسل إليه.

وفي نفس السياق نص المشرع الأردني في المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه عمل المنشئ، وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك.

كما ذهب قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين في نفس الاتجاه في المادة (13) منه.

ومن النصوص السابقة يتبين أن قانون الأونسترال النموذجي إعتد بالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال منشئ الرسالة بالنسبة لتحديد مكان إرسال الرسالة من جهة، وبالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال المرسل إليه بالنسبة لتحديد مكان تلقي الرسالة من جهة أخرى.

فالمرسل إليه يستطيع أن يطلع على بريده الإلكتروني من أي جهاز حاسوب مرتبط بالانترنت في العالم، وهي ملايين الأجهزة في كل أنحاء العالم، فإذا ما دخلت رسالة بريده الإلكتروني، فإنها ستدخل في وقت محدد بغض النظر عن موقع جهاز الحاسوب الذي اطلع منه المرسل إليه على بريده الإلكتروني، ومن هنا حاول الفريق العامل المكلف بإعداد القانون النموذجي البحث عن معيار واضح ومحدد لتحديد مكان إرسال واستلام رسالة البيانات، واختيار مقر العمل كمكان لتحديد ذلك، وإذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل فعندئذ ينبغي البحث عن مقر العمل الأوثق بالمعاملة المعينة[1]، ويكون ذلك عن طريق البحث عن ظروف وملابسات التعاقد، وإذا تعذر على القاضي الكشف عن مقر العمل الأوثق صلة بالمعاملة، فعندئذ لا مناص من اعتبار الرسالة أنها أرسلت من مقر العمل الرئيسي، وهذا ما جاء في (الفقرة الرابعة/أ) من المادة (15) من قانون الأونسترال وكذا في (الفقرة الرابعة/أ) من المادة (14) من قانون مملكة البحرين .

[1]- علاء الدين عبابنه و مالك حمد أبو نصير، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني، المرجع السابق، ص34.

وإذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، عد عندئذ مكان الإقامة المعتاد، هو مكان إرسال وتسليم رسالة المعلومات[1]، وهذا ما قضت به (الفقرة الرابعة/ب) من المادة (15) من قانون الأونسترال النموذجي والقوانين التي ذهبت في نفس الاتجاه.

وفي هذه الفرضية الأخيرة، لابد من الرجوع إلى القواعد العامة المنظمة للموطن سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري، وقد يكون موطناً عاماً أو خاصاً، والموطن العام يتحدد كقاعدة عامة بالإقامة المعتادة مع الاستقرار بصورة دائمة أو مؤقتة، أما الموطن الخاص يتحدد بالمكان الذي يباشر فيه الشخص تجارته أو حرفته ويعتد به بالنسبة لشؤون الحرفة أو التجارة، كما يجوز أن يختار الشخص موطناً لتنفيذ عمل أو تصرف قانوني معين، كاختيار شخص مكتب محاميه موطنا مختاراً بالنسبة لتنفيذ عقد معين كإجارة عقار، إضافة إلى ذلك يكون للشخص المعنوي موطن الأشخاص المكونين له، حيث أن موطن الشخص الاعتباري هو المكان الذي يوجد فيه مركز إدارته، والذي يقصد منه مركز النشاط القانوني والمالي والإداري، أما بالنسبة للشركات التي يكون مركزها الرئيس في الخارج ولها أعمال في الداخل، فإن مركز إدارتها بالنسبة للقانون الداخلي هو المكان الذي توجد فيه الإدارة المحلية[2]، وقد عالج المشرع الجزائري أحكام الموطن في المواد، 36 حتى 39 وكذا المادة 50 من القانون المدني.

ختامًا نشير إلى قانون الأونسترال تبنى عدم وجود تلازم بين زمان انعقاد العقد الإلكتروني ومكانه، ولكنه لم يأخذ بالنظريات الثنائية كما جاء بها الفقيهان(مالوري و شيفاليه) حرفيا، بل اعتمد مقر عمل المرسل إليه معياراً لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، خاصة وان أنظمة المعلومات لا يمكن أن تكون معيارا لتحديد مكان انعقاد العقد، باعتبار أن الموجب يمكنه مثلا الإطلاع على بريده الإلكتروني في ألمانيا لتسلم رسالة البيانات التي تحمل قبول من الموجب له، بينما مقر عمله في الجزائر فالعقد في هذه الحالة ينعقد في الجزائر، وللتوضيح أكثر فإن قانون الأونسترال تبنى الرأي القائل بعدم التلازم بين زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده، فمن المثال السابق نستنتج بأن زمان انعقاد العقد منفصل عن مكانه، وحسنا فعل الفريق العامل الخاص بإعداد القانون النموذجي بتحديده لمقر العمل كمكان لانعقاد العقد الإلكتروني، لأن عدم تحديد المكان سيؤدي بالنتيجة إلى التداخل بين القوانين، خاصة وأن أنظمة

[1]- ينظر في هذا المعنى، علاء الدين عبابنه ومالك حمد أبو نصير، نفس المرجع، ص33.

[2]- ينظر في هذا المعنى، آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص206.

المعلومات المعينة لإرسال وتسلم رسائل البيانات، يمكن الإطلاع عليها من أي مكان في الأرض يتوفر على تغطية شبكة الانترنت، وهذا ما يثير جملة من الإشكالات يصعب حلها، وبالتالي فإن قانون الأونسترال والقوانين السائرة في فلكه، تكون قد أنهت الجدل في مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، هذا ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين على تحديد مكان انعقاد العقد، وهذا ما نؤيده نظراً للخصوصية التي تتميز بها البيئة الإلكترونية.

كما أنه من الضروري التأكيد على ضرورة إيجاد حلول قانونية دولية بشأن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني تأخذ بها معظم الدول، وذلك بسبب الطابع العالمي لشبكة الانترنت وتجاوزها حدود بلدان العالم والذي جعل من إمكانية التعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة وأنظمة قانونية متباينة أمرا سهلا، وأن هذه الاعتبارات تقلل بلا شك من شأن إيراد حلول قانونية بصدد تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريعات الوطنية[1].

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص213.

الفصل الثاني

صحة التراضي في العقد الإلكتروني

الفصل الثاني: صحة التراضي في العقد الإلكتروني:

أسلفنا الحديث عن وجود التراضي الذي يلزم لتوافره وجود الإرادة، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين، وبما أن وجود التراضي لوحده غير كافٍ لانعقاد العقد سواء في العقود التقليدية أو في العقود الإلكترونية، إذ لابد من أن يكون هذا التراضي صحيحا، وبما أن وجود التراضي ركن في العقد وصحته تعد شرطاً متعلقا بهذا الركن، فإن التراضي يكون صحيحاً إذا استوفى شرطين: الأول أن تصدر الإرادة من شخص ذي أهلية للتعاقد، والثاني أن يكون خاليا من العيوب التي تشوبه وهي الغلط والتدليس والإكراه و الاستغلال، هذا بالنسبة للعقود التقليدية، أما بالنسبة للعقود الإلكترونية فانه نظراً للخصوصية التي تميزه، فإنه إضافة إلى الشرطين السابقين، هناك شرط آخر يتعلق بصحة التراضي أملته ظروف هذا النوع من التعاقد، وهو الالتزام بالإعلام.

وحتى تكتمل الصورة فإنه لابد من البحث في صحة التراضي، وبما أن العقود الإلكترونية لها من الخصوصية ما يميزها عن العقود التقليدية إلا أن ذلك لا يعني استبعاد القواعد العامة التي تنظم العقد بصفة عامة، لذلك ارتأينا أنه من الأهمية بما كان التطرق إلى موضوع الأهلية في القواعد العامة ثم خصوصيتها في التعاقد الإلكتروني في مبحث أول، ثم التطرق بالدراسة للعيوب التي تشوب الإرادة، وكذا الالتزام بالإعلام في مبحث ثانٍ.

المبحث الأول:أهلية المتعاقدين في العقد الإلكتروني:

لعل أحد أهم المشكلات التي يثيرها التعاقد الإلكتروني مسألة الأهلية، خصوصاً وأن المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، بمعنى (الحضور الجسدي للمتعاقدين)، حيث تطرح أهلية المتعاقد عبر إحدى الوسائل الإلكترونية مشكلة مهمة تتعلق بالتحقق من أهلية المتعاقدين[1]، فإذا كان التحقق من أهلية المتعاقد في العقود التقليدية قد لا تثير أي إشكال، فإن التحقق منها في العقود الإلكترونية أمر يصعب التحقق منه، نظراً للخصوصية التي تتميز بها، وفي ضوء ذلك نتناول الأحكام العامة للأهلية، ثم خصوصيات الأهلية في التعاقد الإلكتروني في المطلب الأول، لنعرج إلى وسائل وطرق التحقق من

[1]- منصور الصرايرة، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد (25)، العدد الثاني، جامعة إربد الأهلية، الأردن، (2009)، ص839.

الأهلية في العقود الإلكترونية ضمن مطلب ثانٍ.

المطلب الأول: القواعد العامة المتعلقة بأهلية المتعاقدين وخصوصيات الأهلية في العقد الإلكتروني:

في غياب معالجة لأحكام الأهلية في تشريعات المعاملات و التجارة الإلكترونية، لذلك فإن معالجة مسألة الأهلية ستكون وفقاً لأحكام القواعد العامة، مع مراعاة الطابع المميز للتعاقد الإلكتروني، خصوصا وأن المتعاقدين في هذا الأخير لا يجمعهما مجلس حقيقي وحضور مادي بينهما، مما يصعب معه تحديد هوية المتعاقد معه، خاصة وأن وسائل الاتصال الحديثة توفر للمتعاقد إمكانية إبرام العقود وإجراء التصرفات مع أشخاص آخرين من مختلف الدول والجنسيات، وبالتالي صعوبة تحديد هوية المتعاقد معه، وهذا ما يدفعنا لاستعراض الأهلية في القواعد العامة ثم خصوصيات الأهلية في التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة فيما يلي:

الفرع الأول: الأهلية في القواعد العامة:

يقصد بالأهلية صلاح الشخص، لكسب الحقوق وتحمل الإلتزمات، ومباشرة التصرفات القانونية[1]، والأهلية نوعان أهلية الوجوب وأهلية الأداء، فأهلية الوجوب هي قدرة الشخص وصلاحيته لاكتساب الحقوق والتمتع بالالتزامات، وتثبت أهلية الوجوب مبدئياً لجميع الأشخاص الطبيعيين منذ وجودهم القانوني، أي منذ الولادة إلى غاية الوفاة[2].

أما أهلية الأداء وهي الأهلية التي نقصدها في مجال التعاقد، فهي صلاحية الشخص لإبرام التصرفات على وجه يعتد به قانوناً، وتذهب معظم التشريعات المدنية إلى مبدأ جوهري ضمن الأحكام العامة للأهلية، مفاده أن الأصل في الشخص أن يكون أهلاً للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أو يحد منها، وأن مناط أهلية الأداء هو الإدراك والتمييز وتدور معه وجوداً وعدماً، لأن فاقد التمييز يكون فاقداً للإرادة وبالتالي فاقداً للأهلية، وناقص التمييز يكون ناقصا للأهلية، وكامل التمييز يكون كامل

[1]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007، ص152.

[2]- ينظر في هذا المعنى، إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص122.

الأهلية، وعندما يكون الإنسان عديم الأهلية لا يحق له إجراء أي شكل من أشكال التصرفات القانونية بما فيها العقود[1]، ويدخل في دائرة عديمي الأهلية المجنون والمعتوه وفقا لنص المادة (85) من قانون الأسرة[2]، وسن التمييز في القانون المدني الجزائري 13 [3] سنة كاملة وبالتالي فمن لم يبلغ 13 سنة تعتبر تصرفاته باطلة بطلاناً مطلق، ومن بلغ 13 سنة ولم يبلغ 19 سنة فتصرفاته إما أن تكون نافعة نفعاً محضاً فهي نافذة وإما أن تكون ضارة ضرراً محضاً فهي باطلة وأما إذا كانت دائرة بين النفع والضرر فهي متوقفة على إجازة من له حق الإجازة وفقا لأحكام النيابة، إضافة إلى ما تقدم فإن القاصر المرشد المأذون له بممارسة بعض الأعمال، الذي بلغ 18 سنة يعتبر كالبالغ سن الرشد وهذا وفقا لنص المادة (5) من القانون التجاري[4]، أما الشخص الذي بلغ من العمر تسعة عشر سنة ولم يعتريه أي عارض من عوارض الأهلية أو مانع يمنعه من ممارسة التصرفات كان كامل الأهلية في نظر القانون الجزائري، وفقا لنص المادة (40) منه[5]،

---

[1]- ينظر في هذا المعني آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص218.

[2]- تنص المادة 85 من قانون الأسرة الجزائري على أنه " تعتبر تصرفات المجنون والمعتوه والسفيه غير نافذة إذا صدرت في حالة الجنون أو العته".

للإشارة فإن هذه المادة أضافت مصطلح السفيه الذي يدخل في حكم الصبي المميز (ناقصي الأهلية) وليست في حكم (عديمي الأهلية) كما أشار النص، وهو بذلك يكون قد خالف نص المادة 43 من القانون المدني.

[3]- تنص المادة 42 من القانون المدني الجزائري على أنه" لا يكون أهلاً لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، أو عته، أو جنون".

تنص المادة 43 من نفس القانون على أنه" كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقا لما يقرره القانون".

[4]- تنص المادة 5 من القانون التجاري الجزائري على أنه " لا يجوز للقاصر المرشد، ذكراً أم أنثى، البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة والذي يريد مزاولة التجارة أن يبدأ في العمليات التجارية، كما لا يمكن اعتباره راشداً بالنسبة للتعهدات التي يبرمها عن أعمال تجارية:

– إذا لم يكن قد حصل مسبقاً على إذن والده أو أمه أو على قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من المحكمة، فيما إذا كان والده متوفياً أو غائباً أو سقطت عنه سلطته الأبوية أو استحال عليه مباشرتها أو في حالة انعدام الأب والأم.

– ويجب أن يقدم هذا الإذن الكتابي دعماً لطلب التسجيل في السجل التجاري.

[5]- تنص المادة 40 من القانون المدني الجزائري على أنه" كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية.

وسن الرشد تسعة عشر(19) سنة كاملة.

الفرع الثاني: خصوصيات الأهلية في العقد الإلكتروني:

أسلفنا الحديث عن الأهلية في القواعد العامة، ولا تخرج الأهلية في التعاقد الإلكتروني عن هذا الإطار، إلا أن الإشكال يكمن في صعوبة التأكد من شخصية المتعاقد الآخر وأهليته، وذلك أن العقد يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ومن دون حضور مادي للمتعاقدين، فضلا عن أن عدداً كبيراً من مستخدمي الانترنت، هم من المراهقين وصغار السن، ولا سيما أن بعضهم، بوسيلة أو بأخرى، قد يستخدم البطاقة المصرفية لأحد والديه، في التعاقد مع تاجر حسن النية، كما أن شخصا آخر قد يقدم على سبيل اللهو والعبث على التعامل عن بعد، مع شخص آخر حسن النية، وإذا أضفنا إلى ذلك، أن الانترنت معرضة للاختراق والتدخل الأجنبي والقرصنة الإلكترونية، مما يثير صعوبات ومشكلات متعددة يتميز بها التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، ولا سيما الانترنت، تأكدت لنا أهمية الأهلية في التعاقد الإلكتروني[1].

وهذا ما حذا ببعض الفقه إلى القول بأنه ينبغي معالجة مشكلات الأهلية، في التعاقد الإلكتروني عن طريق التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر (Théorie de l'apparence) وترجيح مصلحة المهنيين، وتطبيقاً لهذه النظرية، إذا اختلس القاصر بطاقة الاعتماد المصرفي الخاصة بأحد والديه، واستخدمها مع تاجر حسن النية، فيحق لهذا التاجر أن يدلي بأن القاصر، باستخدامه هذه البطاقة، يكون قد توفر فيه مظهر صاحبها، أي مظهر شخص راشد، كما يستطيع هذا التاجر أيضاً أن يرجع على القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية، وبالتالي يكون من مصلحة الآباء والأوصياء مراقبة استعمال أبنائهم القاصرين لتقنيات الاتصال الحديثة، فضلاً عن المحافظة على بطاقاتهم السرية، والرقم السري الخاص بها[2].

في هذا الإطار ميز القانون الفرنسي بين الأعمال الاعتيادية للقاصر المميز والتي توصف بأنها أعمال حياته اليومية كشراء الكتب أو الألعاب، إذ أجاز للقاصر القيام بها، وبين التصرفات التي لا تدخل ضمن هذه الأعمال، والتي تمت بواسطة بطاقة ائتمان أحد والديه أو توقيعه الإلكتروني، ففي هذه الحالة يكون الوالد ملزما بهذا العقد كما لو كان هو من أبرمه، هذا دون الإخلال بقواعد المسؤولية

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص125.

[2]- إلياس ناصيف، نفس المرجع ، ص122.

التقصرية التي يمكن للتاجر التمسك بها للرجوع على القاصر[1]، والأعمال الثانية هي العقود الأخرى التي تخرج عن نطاق عقود الضروريات مثل عقود بيع السيارات أو شرائها وكذلك العقارات وغيرها، فإنها تخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود لمصلحة القاصر انصياعاً لأحكام المسؤولية المدنية التي تعتمد عادة على معيار حسن نية المتعاقد مع القاصر أو سوء نيته، فإذا كان المتعاقد مع القاصر سيئ النية وكان عالماً بنقص الأهلية، فهنا هو الذي يتحمل المسؤولية ولكن إذا كان المتعاقد مع القاصر حسن النية ويعتقد بأن من تعاقد معه عبر شبكة الانترنت هو كامل الأهلية، وذلك ببذل عناية معقولة للتأكد من ذلك فهنا يتحمل القاصر أو وليه المسؤولية القانونية عن هذه الأضرار[2]، وهناك رأي آخر في هذا المجال يرى عدم السماح بإبطال العقد لنقص أهلية القاصر الذي يظهر بمظهر البالغ و يستعمل بطاقة الائتمان المملوكة لغيره في تسديد الثمن وذلك حماية لمصلحة التاجر ما دام تبين له من ظاهر الحال بأن من يتعاقد معه هو كامل الأهلية، وهذا الحل يشجع ذوي القاصر على مراقبة استعمال أولادهم لخدمات شبكة الانترنت والمحافظة على الأرقام السرية للبطاقات الإلكترونية التي تستخدم من قبلهم في دفع الأموال على الشبكة وتحمل تبعة إهمالهم وتقصيرهم في مراقبة القاصر[3].

ومما تقدم فإن المتعاقد عبر الوسائل الإلكترونية يبقى عرضة لإشكالية التحقق من هوية المتعاقد معه، نظراً لحداثة هذا النوع من التعاقد، من جهة و عدم وجود وسائل للتحقق من هوية المتعاقد معه بصفة حاسمة، وإن وجدت فهي على قلتها وغير متاحة بصفة يمكن الرجوع إليها في جميع الأحوال، وفي ما يلي عرض لأهم وسائل التحقق من أهلية المتعاقد معه.

المطلب الثاني: وسائل التحقق من الأهلية في العقد الإلكتروني:

لانعقاد العقد الإلكتروني صحيحاً يتوجب على أطراف المعاملة التدقيق في مسألة الأهلية بأية وسيلة متاحة، لاحتمال ورود بيانات غير صحيحة من طرف أحد المتعاقدين، الشيء الذي يؤثر بالتأكيد على صحة العقد، ويهدد العقد بالانهيار وربما يعرض كلا المتعاقدين للمسؤولية.

ألزمت اتفاقية الأونسترال للتعاقد الإلكتروني في فصلها الأول تحت عنوان" اتفاقية" في البند الأول منه،

---

[1]- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص75.

[2] - Ali Nasir, Legal Issues Involved In E- Commerce, p6.
https://www.uop.edu.jo/download/research/members v4i49. 17/01/2015.

[3]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص123.

الموجب بإدخال بياناته الكاملة وهي اسم الشركة وعنوانها، رقم سجلها التجاري وسجلها المهني ورقم الهاتف والفاكس وعنوان البريد الإلكتروني، كما ألزمت القابل بإدخال نفس البيانات للتعريف بهويته، أما التوجيه الأوروبي رقم (31-2000) الصادر بتاريخ 2000/01/08 بشأن التجارة الإلكترونية فقد شدد على ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية، غير أن ذلك غير كافٍ لتحديد هوية المتعاقد معه[1]، لذلك سنحاول استعراض بعض الوسائل التي من شأنها تحديد هوية المتعاقد معه.

لا يوجد لتاريخ الآن، وسائل تقنية كاملة وحاسمة، للتحقق من الأهلية، إلا انه ثمة محاولات جادة توصلاً إلى هذه الوسائل، ومع ذلك فقد توصل أهل الفن والتقنية إلى استنباط وسائل احتياطية وتحذيرية، من أهمها: البطاقات الإلكترونية، والاستعانة بوسيط إلكتروني، واستخدام وسائل تحذيرية.

الفرع الأول: البطاقات الإلكترونية:

يمكن عن طريق البطاقة الإلكترونية تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها، كالاسم، والسن ومحل الإقامة والمصرف المتعامل معه، وسواها من البيانات الخاصة والشخصية، وتعتبر هذه البطاقة بمثابة الحاسوب المتنقل، الذي يحتوي على سجل كامل من المعلومات والبيانات الشخصية، وهي تتمتع برقم سري، ومن أهم ما تتضمنه هذه البطاقة، أنها مزودة بعدة عناصر لحماية صاحبها من عمليات التزوير وسوء الاستخدام من قبل الغير، في حال ضياعها أو سرقتها، أو محاولة تقليدها.

ولكن مع كل وسائل الحماية المزودة بها هذه البطاقة، والاحتياطات التي يتخذها المتعاملون عبر تقنيات الاتصال الحديثة، لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقاتهم الإلكترونية، فإنها لم تكن عصية على أصحاب الدهاء الإلكتروني الذين يتفننون في ابتداع الطرق غير المشروعة، لاختراق الاتصالات عبر تقنيات هذه البطاقات، واستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية، و الإستلاء على بيانات المتعاملين وأموالهم عبر هذه التقنيات[2].

أما الوسائل التحذيرية فتعتبر من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحاضر، وهي تمارس عن طريق وضع تحذيرات على الانترنت، تنبه إلى عدم الدخول إلى موقع الانترنت، إلا من قبل شخص يتمتع

[1]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص75.

[2]- ينظر في ذلك، إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص125، و مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص76.

بالأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص، قبل الدخول إلى الموقع، بالكشف عن هويته، والإفصاح عن سنه، وذلك من خلال ملئ نموذج معلومات معروض على الانترنت، فإذا كان هذا الشخص متمتعاً بالأهلية القانونية، فإنه يستطيع دخول الموقع وإبرام العقود، وعلى العكس من ذلك فهو لا يستطيع الدخول إلى الموقع إذا لم يقم بملأ المعلومات، أو إذا اتضح منها عدم أهليته، كما قد يتم وضع نماذج للعقود على الانترنت، تحول صياغتها، بشكل واضح وملائم، دون تعاقد الفئات غير المرغوب فيها، وتتضمن بنودها نصاً صريحاً بضرورة توفر الأهلية القانونية الكاملة في المستخدم، وإلا فإنه لن يبرم العقد.

غير أن هذه الوسائل التحذيرية لا تخلو من محاذير، كما هو الأمر فيها لو قام المستخدم بوضع بيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته[1].

الفرع الثاني: الوسيط على الشبكة (جهات التصديق الإلكتروني):

يمكن للمتعاقدين الاستعانة بوسيط إلكتروني على الشبكة، يكون طرفاً ثالثاً محايداً، بالنسبة إلى طرفي العقد، ويسند إليه تنظيم العلاقة بين أطراف هذا العقد، ويلجأ إليه للتحقق من هوية الطرفين المتعاقدين، وأهليتهم القانونية[2]، وهذا الوسيط هو جهات التوثيق الإلكتروني، وللتوثيق الإلكتروني أهمية كبيرة في المجال الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات، حيث يعمل على خلق بيئة إلكترونية آمنة للتعامل عبر الانترنت، فجهات التوثيق الإلكتروني تقوم بدور الوسيط بين المتعاملين في التعاملات الإلكترونية، فتؤكد هوية الأطراف وتحدد أهليتهم للتعامل، كما تضمن سلامة محتوى البيانات المتداولة عبر الشبكة وتصدر شهادات إلكترونية معتمدة، وأمام الدور المهم لهذه الجهات قامت التشريعات المختلفة بتحديد التزاماتها والمسؤولية التي تقع على عاتقها في حال إخلالها بهذه الالتزامات[3].

وبما أن التزام مزود الخدمة في شأن شهادات التصديق هو التزام بتحقيق نتيجة وليس التزاماً ببذل عناية، فهو ملزم بإصدار شهادة رقمية مضمونها صحة البيانات الواردة فيها سواء اعتمد في ذلك على

---

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص128.

[2]- إلياس ناصيف، نفس المرجع ، ص128. و.: Froomkin (Michale); the essential role of trusted Thiard parties in électronique commerce, 14 Oct. 1996, p,41)

[3]- زهيرة كيسي، النظام القانوني لجهات التوثيق (التصديق) الإلكتروني، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد (7)، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر، جوان (2012) ص213.

تحرياته الشخصية أو ثقته في الأطراف التي أدلت بالمعلومات عن هذه الشهادة، وتترتب عليه مسؤولية عقدية فإذا ثبت خطأ مزود الخدمة على نحو ما سبق، كان ملزماً بتعويض الأضرار قبل المضرور، وهذه هي القواعد العامة التي تحكم المسؤولية المدنية في نطاق العقد، كما يمكن أن تترتب على مزود خدمة التصديق المسؤولية التقصيرية إذا أصاب الغير ضرر، يرجع في مصدره إلى هذه الشهادة، وسواء تعمد حصول الخطأ أو لم يتعمده، لأنه حتى قبل الغير ملزم بتحقيق نتيجة، والنتيجة هنا هي أنه يضمن صحة البيانات الواردة في هذه الشهادة، والتي بناءاً عليها يدخل الغير في معاملات إلكترونية ترتب أثاراً مالية وقانونية خطيرة في حقه[1].

وقد تم تنظيم هذه الخدمة في العديد من القوانين الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية، منها التوجيه الأوروبي رقم (1999/93) للتوقيعات الإلكترونية، والذي عرف مزود خدمات التصديق بـ:" الشخص الطبيعي أو الكيان القانوني الذي يصدر الشهادات أو يوفر الخدمات الأخرى المتعلقة بالتوقيعات الإلكترونية"، وكذا القانون التونسي رقم (2000/83) الذي أنشأ "الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية وكذا القانون الإماراتي رقم(2002/02).

وقد نظم قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لعام (2001) الجهة التي تقوم بتحديد التوقيع الإلكتروني والواجبات التي يتحملها الموقع وما يبذله من عناية حيال التوقيع، وقد سايرت العديد من الدول هذا القانون، واقتبست من أحكامه، كما صدر في فرنسا قانون ينظم إجراءات وقواعد التوقيع الإلكتروني عام (2001)[2].

ودون شك فإن رؤية المشرعين بضرورة إيجاد طرف محايد يؤكد أن التوقيع الإلكتروني صادر عن صاحبه وأنه صحيح، وأن البيانات الموقعة لم تحور أثناء إرسالها، تعد خطوة ناجحة وأساسية في تطوير وانتشار التجارة الإلكترونية، إذ يربط هذا الوسيط هوية مرسل المحرر الإلكتروني، وذلك من

خلال شهادة إلكترونية تحتوي مجموعة من البيانات[3]

[1]-عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ص220.

[2]- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص81.

[3]- عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009، ص112.

المبحث الثاني: عيوب الإرادة والالتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية:

من المقرر وفقاً للقواعد العامة وما وردت به نصوص القانون المدني، أنه يجب لتمام إبرام العقد وجود إرادتين متطابقتين، أي إيجاب معين وقبول مطابق له عن تراضٍ صحيح، وتتحقق صحة التراضي إذا كانت إرادة كل من الطرفين صادرة من ذي أهلية و خالية من العيوب، وإلا أصبح العقد باطلاً أو قابلاً للإبطال[1].

لا شك أن القواعد العامة في التدليس والغلط والاستغلال والإكراه تستوعب نظرية عيوب الإرادة في مجال العقد الإلكتروني؛ إلا أن البيئة التي ينعقد فيها هذا الأخير، تؤثر بدرجات متفاوتة على القواعد القانونية التقليدية، كما أن طبيعة العقد الإلكتروني تقتضي أن يبرم العقد عن بعد، بين متعاقدين في أغلب الأحيان غير متكافئين، بحيث أحدهما المنتج أو مقدم الخدمة، والذي يملك خبرات فنية وقانونية وإمكانات اقتصادية، ومن جهة ثانية نجد العميل الذي هو طرف لا يمتلك مثل هذه الإمكانيات، لذا كان من الضروري توفير نوع من الحماية القانونية لطرفي العقد، لضمان أكثر استقرار في العقود والمعاملات الإلكترونية[2]، وذلك بسبب عدم وجود توازن حقيقي بين الطرفين المتعاقدين سواء من حيث القوة الاقتصادية أو المعلوماتية، لاسيما وأن عدم التوازن يتفاقم تستراً وراء التقنيات الإلكترونية التي تتطور يوما بعد يوم في ظل ثورة تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات[3].

لم تعد نظرية عيوب الإرادة كافية وفعالة لضمان استقرار المعاملات الإلكترونية، لذلك رأى المشرع ضرورة توسيع نطاق شروط الطعن لإبطال العقد الإلكتروني، بالاستعانة بالالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد، فالالتزام قبل التعاقدي في العقود الإلكترونية، هو التزام بتبصير إرادة المتعاقد غير المحترف أو عديم الخبرة، حتى تكون إرادته غير مشوبة بعيب من عيوب الإرادة وهي الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، وإن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد من الطرف المتضرر، وهذا ما جعل لعيوب الإرادة الإلكترونية خصوصيات تميزها عن العيوب المعروفة في

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص179.

[2]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص82.

[3]- أسامة أحمد بدر، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، مجلة الشريعة والقانون، العدد (40) أكتوبر (2009) ص438.

القواعد العامة[1].

وفي ضوء ما سبق ارتأينا استعراض عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني ثم الالتزام بالإعلام والتبصير فيما يلي:

المطلب الأول: عيوب الإرادة و تطبيقاتها في العقود الإلكترونية:

يقصد بعيوب الإرادة أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد التراضي، فالرضاء موجود، غاية الأمر أن الإرادة لا تجيء سليمة[2]، وعيوب الإرادة هي الغلط والتدليس والاستغلال والإكراه، ولا تختلف عيوب الإرادة في القواعد العامة، عن عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني كثيراً، غير أن الاختلاف يكمن في الوسيلة التي برم بها هذا الأخير، مع بعض الخصوصيات التي يتميز بها هذا النوع من التعاقد، وهذا ما سنتطرق إليه في الفروع التالية:

الفرع الأول: عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية:

لكي ينعقد العقد صحيحاً لا يكفي وجود الإرادة وتطابق الإيجاب والقبول، وإنما يلزم فوق ذلك أن تكون الإرادة سليمة غير معيبة[3]، وعيوب الإرادة التي نص عليها المشرع هي الغلط والتدليس والإكراه و الاستغلال، وعليه نتناول عيوب الإرادة فيما يلي:

أولا: الغلط في العقود الإلكترونية:

يرتكز الغلط على الاعتقاد أن ما هو خطأ صحيح وأن ما هو صحيح خطأ، وبصورة أدق يفترض الغلط عدم الملائمة بين التصور الفكري للصفة الجوهرية للشيء موضوع العقد من جهة أولى والحقيقة من جهة ثانية[4]. ويمكن أن نعرف الغلط عموماً بأنه توهم غير الواقع، أو هو وهم يقوم في ذهن العاقد يحمله على اعتقاد غير الواقع، ويمكن أن يؤدي الغلط بحسب فقه القانون المدني إلى نتائج مختلفة:

---

[1]- مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص82.

[2]- ينظر في هذا المعنى، محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص161.

[3]- محمد حسن قاسم، مبادئ في القانون، المدخل إلى القانون، الالتزامات، المرجع السابق، ص274.

[4]- جاك غستان ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني– تكوين العقد– المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، 2008، ص510.

منع تكوين العقد، وهذا ما يسمى بالغلط المانع، إلحاق عيب في رضا المتعاقد دون التأثير على تكوين العقد أو إبرامه وهذا ما يسمى بالغلط المعيب، وأخيراً قد لا يكون للغلط أي تأثير لا على تكوين العقد ولا على رضا المتعاقد، وهذا ما يسمى بالغلط غير المؤثر[1].

وفي ضوء ما سبق نستعرض درجات عيب الغلط مع الإشارة إلى تطبيقاته على العقود الإلكترونية.

1: الغلط المانع:

هذا الغلط من وجهة نظر هذه النظرية، يؤثر في أركان العقد ذاتها، فيؤدي إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، لأنه يعدم وجود ركن التراضي فيه الذي يعتبر ركنه الركين، ومن الأمثلة على ذلك ما يأتي:

أ- الغلط الذي ينصب على طبيعة أو ماهية العقد المراد إبرامه ومثال ذلك أن يبرم الشخص عقداً إلكترونياً عبر إحدى الوسائل الإلكترونية معتقداً أن هذا العقد ينصب على حق استغلال بينما يقصد الطرف الآخر منحه حق الاستعمال فقط، فهنا انصب الغلط على طبيعة العقد فمنع التراضي لعدم تطابق الإرادتين.

ب- الغلط الذي ينصب على محل الالتزام، كما لو كان للبائع مجموعة من السيارات من أصناف مختلفة، وأراد البائع أن يبيع إحداها، لكن المشتري لم يكن يقصد هذه السيارة.

ج- الغلط الذي ينصب على سبب الالتزام، حيث يكون العقد باطلا إذا وقع على الغلط في وجود سبب الالتزام، على الرغم من عدم العثور على تطبيقات للغلط في وجود سبب الالتزام في العقود الإلكترونية، إلا أن هذا لا يمنع من إبطال العقد الإلكتروني إذا وقع الغلط في سبب الالتزام استنادا إلى القواعد العامة الواردة في القانون المدني في العالم المادي كأن يعقد الشخص تأميناً على عقاره ضد الحريق وهو العقار الذي آل إليه إرثا ثم يتضح أن المورث كان قد أمن على العقار ذاته ضد الحريق[2].

2: الغلط المؤثر في صحة التراضي:

[1]- عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية، المرجع السابق، ص130.

[2]- ينظر في ذلك، عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى 1997، ص103. و آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص230.

هذا النوع من الغلط على عكس سابقه، وهو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها، وذلك بان يتوهم أمراً على خلاف الواقع، فهو لا يعدم التراضي إنما يعيبه بالتأثير في صحته، ومن ثم فإنه لا يجعل العقد باطلا بطلاناً مطلقاً، بل يجعله قابل للإبطال لمصلحة الشخص الذي وقع فيه سواء أكان في صفة جوهرية في الشيء، أم كان في شخص المتعاقد الآخر.

أ- الغلط في صفة جوهرية للشيء:

ويقع الشخص في هذا الغلط، عندما يقوم بالتعاقد على شيء ضناً منه أن الشيء تتوافر فيه الصفات الجوهرية التي يريدها، والدافعة له على التعاقد عليه، كمن يشتري ألبسة على أنها جلدية بينما هي من مادة مقلدة شبيهة بالجلد.

ب- الغلط في شخصية المتعاقد أو في صفاتها:

ويقع الشخص في هذا الغلط عندما تكون شخصية المتعاقد أو أحد صفاتها، محل اعتبار في التعاقد[1]، ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع آخر على أنه خبير وذو كفاءة عالية في إدارة نظم المعلوماتية، وتبين فيما بعد أنه عكس ذلك[2]، ويترتب على ذلك حق طلب إبطال العقد وفق نص المادة (81) من القانون المدني الجزائري[3].

3: الغلط غير المؤثر:

لا يؤثر هذا النوع من الغلط في العقد، وهو الغلط الذي يقع في صفة عرضية أو ثانوية للشيء أو للشخص، كالغلط في شخص المتعاقد إذا لم تكن شخصيته محل اعتبار، وكذا الحال بالنسبة للغلط المادي أو الغلط في الحساب، وفي أمور معتادة في التعامل، ويعد الغلط غير المؤثر من أكثر صور الغلط وقوعاً في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت، كالغلط الذي يقع عند تحرير رسالة البيانات التي تتضمن السند المثبت للعقد بأن يكتب صفراً بالزيادة فجعل المائة ألفاً أو بالعكس، ففي مثل هذه الأحوال يبقى العقد صحيحاً ولا يؤثر عليه الغلط طالما أن إرادة كل من المتعاقدين لم تصدر

[1]- عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص103.

[2]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص232.

[3]- تنص المادة (81) من القانون المدني الجزائري على أنه " يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري وقت إبرام العقد، أن يطلب إبطاله".

عن غلط وتطابقت الإرادتان، ويصحح الغلط المادي، وأن الغلط يتحقق أثناء إبرام العقد الإلكتروني مع وسيط إلكتروني(جهاز مؤتمت) يعد غلطا ماديا ويجب تصحيحه وذلك إذا كان بإمكان الشخص أن يصحح الغلط من خلال الوسائل التقنية[1]، و التي أكدت عليها الفقرة الثانية من المادة (12) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين[2].

مع الإشارة إلى أن معظم قوانين التجارة الإلكترونية، لم تتعرض للغلط مع الوسيط الإلكتروني، على غرار قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية والقانون التونسي.

وقد عالج القانون المدني الجزائري في المواد من (81) إلى (85) وهي نفس المواد في القانون المصري والتي تكاد تتطابق، ويشترط للطعن العقد بسبب الغلط في القانون المدني الجزائري شرطان هما:

أ-أن يكون الغلط جوهريا:

ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدي إلى قابلية العقد الذي يبرمه إلى الإبطال، بل يجب أن يكون الغلط جوهرياً، والغلط يكون جوهرياً إذا كان هو الدافع الرئيسي إلى التعاقد، وهذا المعيار ذاتي، وليس مادي، وقد أتى القانون بأمثلة لحالات الغلط الجوهري، وبالتالي يكون مؤثراً وهي إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لما لابس العقد من ظروف وما ينبغي في التعامل من حسن نية، وإذا وقع الغلط في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته وكانت تلك الذات أو الصفة، السبب الرئيسي في التعاقد، وهذا ما نصت عليه المادة (81) من القانون المدني

---

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص231.

[2]- تنص الفقرة الثانية من المادة (12) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لمملكة البحرين على أنه " تكون المعاملة الإلكترونية بين الفرد والوكيل الإلكتروني قابلة للإبطال بناء على طلب الفرد إذا تحققت الشروط الآتية:

أ – وقوع الفرد في خطأ مادي في أي سجل إلكتروني أو في أية معلومات إلكترونية تم استعمالها في المعاملة أو كانت جزءاً منها.

ب– عدم إتاحة الوكيل الإلكتروني الفرصة للفرد لتلافي وقوع الخطأ أو تصحيحه.

ج– قيام الرد فور اكتشافه الخطأ بإبلاغ الطرف الآخر به دون إبطاء.

د– قيام الفرد في حالة تسلمه لمقابل إثر الخطأ بإعادة هذا المقابل أو التصرف فيه طبقا لما هو متفق عليه بين الطرفين أو بموجب تعليمات الطرف الآخر، أو التصرف فيه بطريقة معقولة عند عدم وجود تعليمات، وذلك كله ما لم تكن هناك منفعة مادية عادت على الفرد نتيجة لهذا التسلم.

الجزائري[1]، والغلط في صفة جوهرية ومن الأمثلة على ذلك ما قضى به القضاء المصري، بأن بيع الشيء على أنه أثري مع أنه تقليد يجوز إبطاله للغلط، ومن الأمثلة على الغلط في شخص المتعاقد، أن يتبرع شخص لآخر بمال معتقداً أنه ابن عزيز لديه، ومن الأمثلة على الغلط في صفة من صفات الشخص، أن يتعاقد شخص مع أخر ضناً منه أنه محامي أو مهندس أو غيرها من المهن الحرة[2].

ب-أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر:

رأينا أن الغلط الجوهري، يقاس بمعيار ذاتي، يتعلق بالمتعاقد الغالط، الذي توهم غير الواقع، وكان هذا التوهم هو الدافع إلى ارتضائه التعاقد، ولولا هذا الدافع ما كان ليرتضيه.

ولكن لو طبق هذا المعيار منفرداً لأدى إلى زعزعة التعامل بين الناس، واستقرار التعامل من أهم مهام القانون في المجتمع، ولذلك اشترط القانون أن يكون هذا الغلط الجوهري متصلا بالمتعاقد الآخر، وهذا الشرط يعد قيداً على مبدأ سلطان الإرادة الذي يقضي بأن توافر الشرط الأول كافيا لطلب إبطال العقد، طالما أن أحد طرفي العقد أو كليهما، قد دفعه أو دفعهما إليه، توهم غير الواقع وهو الغلط الجوهري، إلا أن الحاجة إلى استقرار التعامل بين الناس هو الدافع إلى اشتراط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر، لأن لا جريرة لهذا الأخير لكي يؤخذ بها لإبطال عقده بسبب وقوع من تعاقد معه في غلط جوهري، وهو لا صلة له به[3].

واستنادا إلى القواعد العامة في القانون المدني فإن حكم العقد المبرم عبر إحدى الوسائل الإلكترونية، والذي اقترن بغلط جوهري واتصل به علم المتعاقد الآخر يكون عقداً موقوفاً، ويجوز للعاقد الذي وقع في الغلط أن ينقض العقد بعد تبين الغلط أو أن يجيزه[4].

---

[1]- تنص المادة (82) من القانون المدني الجزائري على أنه " يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط.

ويعتبر الغلط جوهرياً على الأخص، إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظراً لشروط العقد وحسن النية.

إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد.

[2]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص169-171.

[3]- عبد الحميد عثمان محمد، المرجع السابق، ص109.

[4]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص233.

ثانيا: عيب التدليس في العقود الإلكترونية:

هو إيهام الشخص بغير الحقيقة بالالتجاء إلى الحيلة و الخداع لحمله على التعاقد، ويقترب التدليس من الغلط فإذا كان الأخير وهماً تلقائياً، فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر ولذا يسمى التغليط، أي الإيقاع في الغلط[1]، وللتدليس عنصران، الأول موضوعي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، والثاني نفسي وهو تضليل المتعاقد الآخر وحمله على التعاقد، ومن شروط الإبطال للتدليس باعتباره عيباً في الرضا أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، واتصال التدليس بالمتعاقد الآخر.

وقد تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء الفرنسي واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان، ولذلك يثور التساؤل، هل تعتبر الإعلانات الإلكترونية الكاذبة أو المضللة تدليساً؟ خاصة وأن الإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت أصبحت أحد أهم المعالم البارزة لعصر ثورة الاتصالات والمعلومات وبحكم انتشارها وتنوع أساليبها تؤثر في سلوك المستهلك بل قد تحرضه على التعاقد، لذلك نرى أن الكذب في الإعلانات والدعاية الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات يدخل في مجال التدليس، طالما تجاوز الحد المألوف وكان مؤثراً في إرادة المدلس عليه ودافعاً إلى التعاقد، ويعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته[2].

فالمستهلك في التعاقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما في التعاقد التقليدي، وإنما يعاين الشيء من خلال شاشة الكمبيوتر أو شاشة التلفاز، لذلك يرى البعض أنه في حالة عقد البيع إذا قام البائع بخداع المشتري عن طريق استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتج أو الخدمة فإنه يجب إبطال العقد لوجود هذا التدليس، وفي هذا الصدد نجد أن القضاء الفرنسي قد أتاح للمستخدم في مجال برامج الكمبيوتر أن يطلب إبطال العقد بسبب التدليس الناجم عن كتمان مورد البرامج للمعلومات التي كانت تتيح له حسن اختيار البرنامج والتعاقد في ضوء إرادة واعية ومبصرة، ولا يشترط لكي يكون الكتمان العمدي تدليساً لأن يتعلق بكتمان معلومات كاملة فحسب، بل أيضاً حبس جزء من المعلومة الكاملة يعتبر تدليساً، ولذلك فمثلاً في حالة بيع الدواء عبر الانترنت عن طريق الصيدلية الإلكترونية،

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص176.

[2]- ينظر في هذا المعنى، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص179-180.

إذا لم يقم الصيدلي بذكر أحد البيانات الهامة الخاصة بالعقار الطبي، كأن لا يذكر موانع الاستعمال، أو لا يحدد التاريخ الذي تنتهي فيه صلاحية الدواء للاستعمال، فإنه يكون قد حبس جزء من المعلومة مما يعتبر معه تدليسا[1].

وتقتضي الإشارة إلى أن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة، تطرح مشكلة بشأن إثبات الخداع الذي يقع عبر هذه التقنيات، ولا سيما أن مرتكب أفعال الاحتيال غالباً ما يسعى إلى إخفاء عملياته الاحتيالية، وإزالة آثارها بأساليب تقنية، بحيث يعجز من وقع عليه التدليس عن اكتشاف هذا التدليس وإثباته، وخصوصاً أن إزالة البيانات والمعطيات ذاتها، لا تترك أثراً مادياً ملموسا، بخلاف المستندات الورقية التي تتم بصورة مادية، يمكن إثباتها بسهولة، وإذا أضفنا إلى ذلك أن مرتكبي أفعال التدليس الإلكتروني، غالباً ما يكونون على مستوى عالٍ من الذكاء والخبرة الفنية بأسرار تقنيات الاتصال، تبدت لنا صعوبات إثبات التدليس الإلكتروني، ومع ذلك فثمة محاولات حثيثة، للتغلب على بعض هذه المشكلات، حيث يمكن اللجوء إلى تدابير احتياطية وقائية، كالاستعانة بطرف ثالث محايد ومتخصص للكشف عن هذه العمليات، كجهات التصديق الإلكتروني، التي يمكن الاستعانة بها عند إبرام العقود عن بعد[2]، فدورها ليس قاصراً على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها وعن جديتها ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين لها عدم توافر الثقة والأمان في أحد المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقيته، وأن الموقع وهمي لا وجود له، أو أن الموقع غير مسجل لدى المنضمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO)، أو غير مقيد لدى إحدى شركات الانترنت المكلفة بتسجيل أسماء النطاق، بالأسماء والأرقام[3].

ثالثا: الإكراه في العقود الإلكترونية:

يعرف الفقه الإكراه على أنه" استخدام وسائل ضغط غير مشروعة تحدث في نفس المتعاقد رهبة،

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص181.

[2]- ينظر في هذا المعنى، إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، المرجع السابق، ص 133.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص183.

تحمله على التعاقد دون رضاه"[1].

فالمكره لا يريد التعاقد، فيما لو توفر له، عنصرا الحرية والاختيار، ولكن الخوف الذي يولده الإكراه، في نفسه يؤدي إلى اضطراب إرادته الواعية، فتلجأ إلى التعاقد متأثرة بدوافع الرهبة والجزع، تخلصاً من شر قد ينزل بصاحبها، فيما لو رفض التعاقد، وهكذا تكون إرادته معيبة، ولا تتوارى إرادة المكره، بل تظل موجودة، ولكنها ليست حرة، إذ يتجاذب المتعاقد موقفان، فإما أن يقرر تحمل الأذى، أو يختار التعاقد، درءاً لهذا الأذى، الذي قد يلحق به أو بغيره، من أفراد عائلته، ولو لا خوفه لما أقدم على التعاقد[2]، وحتى يعيب الإكراه الإرادة لابد من توافر الشروط التالية: إجراء المتعاقد التصرف تحت سلطان رهبة تولدت في نفسه دون وجه حق، وأن تكون هذه الرهبة وليدة فعل المتعاقد الآخر أو كان يعلم بها أو كان مفروضاً فيه أن يعلم بها حتماً، وأخيراً اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر[3].

وفيما يتعلق بالعقد الإلكتروني، يبدو للوهلة الأولى، أنه يصعب تصور الإكراه في مجال هذا العقد، لأنه لا يمكن تصور الخطر المحدق الذي يهدد المتعاقد في ماله أو نفسه، لأن العقد يتم عن بعد، و لأن المستخدم هو الذي يتصرف بالجهاز الإلكتروني، فيمكنه أن يغير المحطة التي تبث الإعلان، أو يغير الموقع الإلكتروني على الانترنت أو أن يغلق الجهاز، وبالتالي فإن المبادرة ترجع دائما إليه، ومع ذلك فقد يحصل الإكراه في المجال الإلكتروني بسبب التبعية الاقتصادية، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي، وبالتالي يمكن تصور الإكراه بسبب الاحتكار واضطرار المتعاقد إلى التعاقد بشروط مجحفة، تحت تأثير الرهبة والخوف بسبب تهديد مصالحه، عندما يقبل على التعاقد بالرغم من الإجحاف اللاحق به، بسبب تهديد مصالحه[4].

ونرى من جانبنا أن المثال السابق عن الإكراه، أقرب إلى الإذعان أكثر منه إلى الإكراه، هذا من جهة ومن جهة أخرى فإن عناصر الإكراه التقليدية لا تنطبق على هذا المثال، ونظراً لندرة الأمثلة على الإكراه، فإن عيب الإكراه قد لا يتصور في العقود الإلكترونية، إلا إذا كان وفقاً لنظريات جديدة قد تظهر بالممارسة لهذا النوع من التعاقد في قادم الأيام.

---

[1]- عدنان إبراهيم سرحان و نوري حمد خاطر، المرجع السابق، ص119.

[2]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص134.

[3]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص191.

[4]- إلياس ناصيف، العقود الدولية، العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص134.

رابعا: الاستغلال في العقود الإلكترونية:

يعرف الاستغلال على أنه" الإفادة من حالات الضعف النفسي، للوصول إلى عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وما يأخذه"[1].

وقد نص المشرع الجزائري على أحكام الاستغلال في المادة (90) من القانون المدني، حيث تنص على أنه "إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناء على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد.

ويتضح من ذلك أن الاستغلال يفترض توافر عنصرين، عنصر مادي يتمثل في عدم التعادل مابين ما يعطيه المتعاقد وما يأخذه، وعنصر معنوي يتمثل في استغلال أحد المتعاقدين للضعف النفسي للمتعاقد الآخر.

1: العنصر المادي:

وهذا العنصر يتضمن عدم التعادل البتة بين ما حصل عليه المتعاقد من فائدة وما تحمله من التزامات، وبمعنى آخر اختلال التعادل اختلالاً فادحاً، فيجب أن يكون التفاوت صارخاً بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وهذا يتمثل كما هو ظاهر في غبن فادح جسيم يلحق أحد المتعاقدين لصالح الآخر[2].

2: العنصر المعنوي:

يلزم أن يكون الغبن نتيجة استغلال المتعاقد طيشاً بيناً أو هوى جامحا في الطرف المغبون، وهذا هو

[1]- عبد الحميد عثمان محمد، المفيد في مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص127.

[2]- محمد صبري السعدي، الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة، المرجع السابق، ص199.

العنصر النفسي أو المعنوي وهذا هو الذي يجعل الاستغلال من عيوب الإرادة[1].

حيث يلجأ أحد المتعاقدين إلى استغلال وضع المغبون لجهة حاجته أو طيشه أو ضعفه أو قلة خبرته، فلا يصدر رضاه عن اختيار كافٍ، فيصبح غير مشروع، ومؤثراً في توجيه الإرادة، لدرجة يصح معها القول: أن المتعاقد لو كان حراً في اختياره، لما قبل بالتعاقد[2].

الفرع الثاني: مدى تطبيق نظرية عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية:

يمكن القول بأنه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات على درجات متفاوتة في العقود الإلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في العقود التقليدية المبرمة في العالم المادي، فإن هذا لا يعني التقليل من أهمية هذه النظرية في العقود الإلكترونية[3]، فلو أخذنا موضوع الاستغلال في التعاقد الإلكتروني، فإنه يبقى بعيداً عن التصور، فإذا كان عيب الغلط وعيب التدليس من المتصور حدوثهما، وبدرجة أقل الإكراه في التعاقدات الإلكترونية، فإن الاستغلال أبعد ما يمكن التصور في هذا النوع من التعاقد، وذلك نظرا للتباعد المكاني بين أطراف العقد من جهة، و حداثة التعاقد الإلكتروني من جهة ثانية، إضافة إلى ذلك فإن البيئة الإلكترونية لا تتوفر على الأمن والحماية التي تتمتع بها العقود في العالم المادي، نتيجة لضعف البنية القانونية، سواء تعلقت بالإثبات، وكذا التنازع القانوني والقضائي، في التصرفات ذات العنصر الأجنبي، وجملة من الإشكالات استحدثها التعاقد الإلكتروني، كل هذه العوامل، تزيد من الإحجام والتحفظ عن التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية خاصة إذا كانت مواقع شبكة الانترنت غير معروفة ولا توفر أي ضمانات، وهذا ما يجعل نظرية عيوب الإرادة لا ترتقي إلى مكانة هذه النظرية في العالم المادي.

لذلك فإنه من المفضل البحث عن البضائع والخدمات على الشبكة في المتاجر الإلكترونية ذات السمعة العالية والتي توفر الآمان لزبائنها، وذلك من خلال محركات البحث التي يمكن استخدامها للبحث في صفحات الويب ويمكن مشاهدة النتائج التي يتم الإعلان عنها بتنسيقات مختلفة وفقاً للاحتياجات الخاصة، كما تفضل المتاجر الافتراضية التي تقدم عروضاً توضيحية، كما يمكن لغرض

[1]- محمد صبري السعدي، المرجع السابق، ص200. وهدى عبد الله، دروس في القانون المدني –العقد– الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى 2008،ص 189.

[2]-إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص136.

[3]- آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر الانترنت، المرجع السابق، ص247.

التأكد من موقع التاجر ومركزه المالي البحث في الويب وكذا جهات التصديق الإلكتروني، لمعرفة ما إذا كان اسم البائع موجوداً في مواقع التجار الجديرين بالثقة أو يدخل ضمن المواقع التي يحذر من التعامل معها[1].

المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام في التعاقد الإلكتروني:

إن مبدأ احترام صحة رضا المتعاقد في القانون المدني أصبح غير كافٍ لتحقيق حماية المستهلك، لهذا أصبح من الضروري تقرير حماية أوسع[2]، إن التطور التقني والتكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات والمعلومات قد أدى إلى التلاشي التدريجي للمبادئ القانونية التقليدية التي افترضت تساوي طرفا التعاقد في القدرة ليحل محلها اهتمام فقهي وتشريعي بحماية الطرف الأقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية، ومن بين ما قام به الفقه والقضاء في سياق التطور السابق، توسعهما في فهم المقصود بعيوب الإرادة، بهدف تحقيق الحماية للطرف الأقل قدرة أو خبرة، ومن ثم فإذا لم يوفر الطرف الأكثر خبرة للطرف الآخر المعلومات الكافية التي كان يجب عليه الإدلاء بها، جاز للمتعاقد غير الخبير أن يتمسك بعدم تبصره بالدقائق التكنولوجية والفنية للمنتج أو الخدمة المتعاقد عليها، وما يترتب عن التعامل بشأنها من آثار قانونية[3].

وبما أن تعقيد الحياة الاقتصادية، أوضح بشكل لا يقبل النقاش، أن الكثير من المتعاملين ليس لديهم ما يكفي من الخبرة للإحاطة الكاملة بالمعقود عليه ومواصفاته وعيوبه ومدى فعاليته وخطورته، لذا وضعت التشريعات الحديثة ضمانات متعددة لحماية المستهلك، وخاصة من المنتج أو المهني المحترف، ومن تلك الضمانات، الالتزام بالإعلام في العقود وخاصة تلك التي تتم عن بعد، وبخصوصية أكثر العقود التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية[4]، ولإزالة الغموض عن هذا الموضوع، نسلط الضوء على الالتزام بالإعلام من خلال بيان مفهومه في فرع أول، ثم الجزاءات المترتبة على

---

[1]- آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص247.

[2]- مامش نادية، مسؤولية المنتج دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص14.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص184.

[4]- عقيل فاضل حمد الدهان وغني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، مجلة أهل البيت، العدد الخامس، ص205.

الإخلال بهذا الالتزام في فرع ثانٍ,

الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني:

يترتب على المتدخل (المهني)[1]، التزام بأن يدلي بعدة معلومات للمستهلك[2]، وذلك قبل أن يقوم هذا الأخير بإبرام العقد، وهذا ما يطلق عليه الالتزام بالإعلام (التبصير)، والهدف من ذلك أن يبرم المستهلك العقد بناء على رضاء مستنير ومتبصر[3]، والالتزام بالإعلام جاء نتيجة لمعيار جديد يعرف بـ (اختلال التوازن المعرفي)، بين محترف يعرف أو يفترض فيه المعرفة، لأن بإمكانه بل يجب عليه أن يعرف كل ما هو مهم بشأن ما يعرضه من سلع أو يقدمه من خدمات، ومستهلك جاهل بالسلع والخدمات التي يطلبها، ولا يفترض فيه العلم، لخروجها عن إمكانياته وتخصصه ودرايته، فيكون بذلك في غالب الأحيان غير قادر على الإحاطة بالسلع والخدمات المعروضة في السوق على نحو يسمح له بالمقارنة بينها واختيار أحسنها جودة وسعراً[4]، هذا بالإضافة إلى أن المستهلك عبر الوسائل الإلكترونية، لا يستطيع معاينة السلعة معاينة مادية، وليس لديه أي فكرة مع من يتعامل، لهذه الأسباب ولأخرى يلقى على عاتق المتدخل الالتزام بالإعلام[5]، وفي هذا الصدد نتناول المقصود من الالتزام بالإعلام.

أولا: تعريف الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني:

يهدف هذا النمط بشكل أساسي إعلاماً أفضل لجعل الرضا أكثر تنورً، ويظهر بهذا المعنى، كنوع من

[1]- عرفت الفقرة الثامنة من المادة (3) من قانون حماية المستهلك 09/ 03، المتدخل بأنه" كل شخص طبيعي أو معنوي يتدخل في عملية عرض المنتوجات للاستهلاك". للإشارة يطلق الفقه لفظ المهني أو المحترف بدل المتدخل.

[2]- عرفت الفقرة الثانية من المادة (3) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 09/ 03، المستهلك 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."

[3]- خلوي نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت دراسة مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر 2013، ص16.

[4]- عدنان إبراهيم سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق، (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات) دراسة مقارنة في القانونين الإماراتي و البحريني، مجلة المفكر، العدد الثامن، ص12.

[5]- خلوي نصيرة، المرجع السابق، ص17.

الوقاية من عيوب الرضا[1]. وعنصر اللأتزام بالإعلام من أهم العناصر التي تعطي الثقة للمستهلك عبر وسائل الإتصال الحديثة[2].

ويعرف بعض شراح القانون الالتزام بالإعلام بأنه" التزام سابق على التعاقد، يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر قبل إبرام العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضا كامل سليم ومتنور، بحيث يكون المتعاقد الآخر على علم بكافة تفصيلات هذا العقد".

من هذا التعريف يمكن أن نقول أن التزام المتدخل بتبصير المستهلك عن كل ما يتعلق بعملية التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، و يكون سابقاً على التعاقد، لكي يكون المستهلك على بينة من أمره حول الخدمة أو السلعة المعروضة عليه[3].

وأهم ما يميز الالتزام بالإعلام الإلكتروني، كونه التزام سابق على نشوء العقد، وهي مرحلة ميلاد الرضا وتصحيحه، مما يفيد أنه ليس التزاما عقدياً إذ أنه لا يتصور نشوء التزام في مرحلة سابقة على وجود مصدره، كما انه التزام قانوني يجد مجاله في مبدأ حسن النية قبل وأثناء التعاقد[4].

وإذا كان الالتزام بالإعلام تبرره حالة الضعف التي يوجد فيها المستهلك في علاقته بالمتدخل[5]، وكذا الخصوصية التي يتميز بها التعاقد الإلكتروني من حيث أن المستهلك أو المتعاقد لا يرى السلع والمنتجات بصفة مادية محسوسة كما في التعاقد التقليدي، لذلك تكتسي البيانات والمعلومات في إطار العقد الإلكتروني أهمية خاصة، ذلك أن أطراف العقد متباعدون مكانياً ووسيلة التواصل فيما بينهم هي وسائل إلكترونية، بصورها المتعددة بالكتابة أو بالصوت والصورة بحسب ما هو متوافر من وسائط إلكترونية، أو التعاقد عن طريق الإيجاب العام الموجه للجمهور، وهي الصورة الأهم في التعاقد الإلكتروني، ذلك أن المستهلك عند دخوله الموقع الإلكتروني يرى ما هو معروض من سلع وخدمات، وهو لا يعلم أي شيء عنها إلا ما يقدمه له المنتج أو البائع من خلال ذلك الموقع من معلومات،

---

[1]- جاك غستان ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني– تكوين العقد– المرجع السابق،ص661.

[2] - HOTAIT Mazen. Protection du consommateur dans les contrats sur internet (étude comparative : droit farçais- droit libanais), thèse pour le doctorat en droit, Université PANTHEON- ASSAS (Paris), 2008,p34.

[3]- ينظر في ذلك، خلوي نصيرة، المرجع السابق، ص17.

[4]- عبد الرحمان خلفي، حماية المستهلك في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص7.

[5]- سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى 2008، ص30.

خاصة وان أحد أطراف العقد هو متدخل محترف والطرف الأخر غالباً، هو شخص عادي ليس له دراية كافية بتلك السلعة أو الخدمة، ومن ثم يقع على عاتق المنتج أو البائع أن يوضح للمستهلك إلكترونياً كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بتلك السلعة أو الخدمة محل العقد، ومثال ذلك أن يحدد مواصفات تلك السلعة وطريقة استعمالها ودرجة خطورتها ووسائل الأمان المتاحة فيها وكافة المعلومات الأخرى التي تعطي للمستهلك صورة واضحة وكافية عن محل العقد وتكوين رضاً صحيحاً للمستهلك[1].

ثانيا: شروط الالتزام بالإعلام ونطاقه في العقد الإلكتروني:

سبق أن رأينا أن الهدف من الالتزام بالإعلام هو تبصير وتنوير المتعاقد، بالمعلومات عن المنتج أو السلعة المتعاقد بشأنها، وذلك حتى يتمكن المتعاقد أو المستهلك من معرفة هذا المنتج أو السلعة، وهذا لتكوين رضا صحيح، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال قيام المتدخل بإعلام المتعاقد، وذلك وفقا لشروط معينة وضمن نطاق معين، وهو ما سنعرضه فيما يلي:

1: شروط الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني:

تنص المادة (18) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش 03/09 على ما يلي:

" يجب أن تحرر بيانات الوسم[2] وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج وكل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة، يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين، وبطريقة مرئية ومقروءة ومتعذر محوها".

من نص هذه المادة نخلص إلى أن تنفيذ المتدخل لالتزامه بالإعلام لا يتم إلا إذا توافرت مجموعة من

[1]- عقيل حمد الدهان وغني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص207.
و j. Calais – Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, précis, DALLOZ. 5e éd. 2000,p.49.

[2]- عرفت الفقرة 4 من المادة الثالثة من القانون03/09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، الوسم بأنه" كل البيانات أو الكتابات أو الإشارات أو العلامات أو المميزات أو الصور أو التماثيل أو الرموز المرتبطة بسلعة، تظهر على كل غلاف أو وثيقة أو لافتة أو سمة أو ملصقة أو بطاقة أو ختم أو معلقة مرفقة أو دالة على طبيعة منتوج مهما كان شكلها أو سندها، بغض النظر عن طريقة وضعها.

الشروط، وهي أن يكون الإعلام كاملا، ومكتوباً باللغة العربية، واضحاً ومرئياً، وأخيراً يكون لصيقاً بالمنتجات.

أ- أن يكون الإعلام كاملا:

نعني بالإعلام الكامل، أن تكون المعلومات والبيانات المقدمة للمستهلك كافية وكاملة لجذب انتباه المستهلك إلى خصائص السلعة وعناصرها[1] وطريقة الاستعمال، وسعرها وتحديد هوية المتدخل، ومصاريف التسليم وطريقة الدفع، وكيفية تنفيذ العقد، وكذا تبصير المستهلك بوجود حق له في العدول عن العقد الذي يتم إبرامه عبر الوسائل الإلكترونية، ومدة العقد وغيرها، على أنه يجب تبصير المستهلك بها قبل إبرام العقد الإلكتروني بوقت كافٍ[2]، ومعيار الإعلام الكامل، هو أي معلومة يمكن أن يعتبرها المتعاقد أو المستهلك مهمة ولو كانت ثانوية، ويرجع الفصل في ذلك إلى قاضي الموضوع الذي يحدد ماهي المعلومات والبيانات التي تكون من الإعلام من عدمها.

ب- أن يكون الإعلام باللغة العربية:

حماية المستهلك تقتضي أن تكون المعلومات والبيانات التي توجه إلى المستهلك باللغة الوطنية وهي اللغة العربية، وذلك حتى تكون واضحة لضمان علم المستهلك بها، كما يمكن للمتدخل أن يضيف لغة أو عدة لغات ، وهذا لضمان تأدية الوسم للغرض الذي أنشئ من أجله وهو أعلام المستهلك إعلاما كافياً نافياً للجهالة، وقد أوجب المشرع الجزائري الإعلام باللغة العربية، وذلك تكريساً لتعميم استعمال اللغة الوطنية بموجب القانون رقم91-05 المتعلق بتعميم استعمال اللغة الوطنية[3].

ج- أن يكون الإعلام مرئياً:

اشترط المشرع بموجب المادة (18) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكافة النصوص المتعلقة بوسم المنتوجات، أن يكون تحرير الوسم بصفة مرئية، بحيث يمكن للمستهلك رؤيتها دون عناء، أي

[1]- شعباني نوال، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق جامعة مولود معمري، تيزي وزو، الجزائر، 2012، ص76.

[2]- درار نسيمه، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2012-2011، ص23.

[3]- ينظر في ذلك، شعباني نوال، المرجع السابق، ص77 وعدنان إبراهيم سرحان، حق المستهلك في الحصول على الحقائق، المرجع السابق، ص 34.

أن يكتب بخط واضح وألوان ظاهرة لتلفت انتباه المستهلك، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة (10) من المرسوم التنفيذي رقم 97-37 المحدد لشروط و كيفيات صناعة مواد التجميل والتنظيف البدني و توضيبها واستيرادها وتسويقها في السوق الوطنية، على ضرورة كتابة بيانات الوسم بشكل ظاهر للعيان، حيث تكون البيانات لافتة لانتباه المستهلك عند أول وهلة، إذ يؤتي الإعلام ثماره، إذا كان ملفت لنظر المستعمل ويجذب انتباهه على الفور، بحيث يصطدم بنظره من الوهلة الأولى، وللمتدخل الحرية التامة في اختيار الوسيلة التي يرى أنها تظهر إفضاءه وإعلامه للمستعمل[1].

د- أن يكون الإعلام لصيقاً بالمنتوجات:

لا يكفي أن يكون الإعلام كاملا ومرئياً وباللغة العربية بل يجب أن يكون لصيقاً للمنتوجات أي ملازماً لها ولا ينفلت عنها مطلقاً، لهذا لا يكفي أن تكتب هذه البيانات على المستند المرفق بالمنتوج والمسلم للمستهلك، بل يجب أن يكتب على المنتوج ذاته فإذا كان من المنتجات الصلبة، كما هو الحال بالنسبة للأجهزة والآلات، وجب طبع الإعلام على جسمها مباشرة أو طبعه على قطعة معدنية تثبت على الآلة أو الجهاز، أما إذا كان من المنتجات التي تعبأ في عبوات كالأطعمة ومواد التنظيف والمشروبات والمنتجات الدوائية، فإنه ينبغي طبع الإعلام بما فيها التحذير على العبوة نفسها، وإن كانت هذه الأخيرة توضع في أغلفة خارجية كعلب الكرتون مثلاً، فإنه يفضل كتابة الإعلام على التغليف الخارجي دون أن يغني ذلك عن وجوب كتابته على العبوة ذاتها[2].

وإضافة إلى ما سبق يجب أن يكون الإعلام ظاهراً غير غامض وبسيط غير معقد، وذلك حتى يكون المستهلك على بينة من هذا المنتوج أو السلعة، كما يكون تنفيذ الالتزام بالإعلام سواء عن طريق الوسم، وكذا عن طريق الإشهار أو بأي وسيلة أخرى وهذا ما نصت عليه المادة (17) من قانون حماية المستهلك وقمع الغش[3].

---

[1]- شعباني نوال، المرجع السابق، ص78.

[2]- عليان عدة، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة، بن يوسف بن خده، الجزائر، 2009-2008، ص70. و شعباني نوال، المرجع السابق، ص78.

[3]- تنص المادة 17 من القانون 03/09 على أنه" يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة".

2: نطاق الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني:

ينبغي على المتدخل تبصير المستهلك بالمعلومات اللازمة لبيان الأوصاف المادية للشيء محل العقد حتى يتسنى للمتعاقد الدخول في إبرام العقد من عدمه؛ فيكون على بينة من أمره وعليه فيجب أن يكون المشتري عالماً بالمبيع علماً كافياً، باشتمال العقد على المنتوج وأوصافه الأساسية، وكذا شخصية المتدخل و سعر المنتوج[1]، وعليه يجب على المتدخل إعلام المتعاقد بما يلي:

أ- وصف المنتج أو الخدمة محل العقد:

يجب على المتدخل الموجب أن يقوم بوصف المنتج أو الخدمة محل العقد، وصفاً دقيقاً يحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد بشكل واضح وكامل، نافياً للجهالة، وعلى المتدخل أن يلتزم بإيضاح الخصائص الضرورية للسلعة، ليتمكن المستهلك من الإطلاع على جميع خصائص السلعة، أو الخدمة، وأن تعكس الصورة المعروضة للسلعة المواصفات الحقيقية لها، وأن يتجنب آية دعاية خادعة، فعندما يتم التعاقد الإلكتروني، على المتدخل الالتزام بإبلاغ المستهلك بجميع المعلومات السابقة، سواء أكان ذلك بالكتابة، أو بأي طريقة أخرى، وفي الواقع فإن المتدخل هو الطرف القوي، وهو الذي يعلم الوصف القانوني الدقيق لمنتجه، أو الخدمة التي يتعهد بتوريدها، لهذا يجب عليه التعهد بإعلام المستهلك بهذا الوصف، وفقاً لمبدأ حسن النية والثقة المشروعة في المعاملات[2]، حيث يعتبر الحق في الإعلام والتبصير بخصائص وصفات السلع والخدمات المعروضة، الباعث الرئيسي لدى المستهلك على التعاقد[3].

ب- معرفة وتحديد شخصية المتدخل أو المزود:

من أهم الأمور التي تثير قلق المستهلك الإلكتروني هو عدم معرفة شخصية البائع الذي يتعامل معه، وذلك لأن تحديد شخصية المتدخل، توفر عنصر الأمان لدى المستهلك[4]، فمن واجب المتدخل في

[1]- ينظر في ذلك عقيل حمد الدهان و غني ريسان جادر الساعدي، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص211.

[2]- ينظر في هذا المعنى، يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص33-34

[3]- خلوي نصيرة، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص25.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص438.

نطاق مبدأ حسن النية والثقة المشروعة أن يعلم المستهلك بالبيانات المحددة عن شخصه، كالاسم التجاري والعنوان، وإذا كان شركة، فيكون ذلك ببيان اسمها وعنوانها وعنوان البريد الإلكتروني والفاكس وغيره من أدوات الاتصال، وقد ذهب التوجيه الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد الصادر في 20 ماي 1997، إلى أنه من الأفضل لحكومات الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي أن تحث الجهات الإدارية المختصة بالسجلات التجارية بعرضها عبر شبكة الانترنت وذلك من أجل خلق سجل تجاري إلكتروني أوروبي أو عالمي[1]، وتتجه الجزائر حالياً في نفس السياق، حيث أصدرت الحكومة مشروع السجل التجاري الإلكتروني.

جـ- ثمن المنتج أو مقابل الخدمة:

يجب على المتدخل وقت الإيجاب الصادر منه، إعلام المستهلك بالمقابل النقدي لكل منتج أو كل خدمة، شاملاً كافة الضرائب والرسوم[2]، ويعد الثمن من العناصر المهمة، التي يرتكز عليها المستهلك في مقابل حصوله على السلعة أو الخدمة، لهذا يعد الثمن عنصراً أساسياً في عقد الاستهلاك، الذي سيبرمه المستهلك مع المنتج أو المتدخل، ويجب أن يكون الثمن مبلغاً من النقود، ، وتكون السلعة مسعرة إذا تم تحديد ثمنها وفقاً للقانون، ولا يجوز عندئذ تجاوزه، ويكون التعامل بين الأشخاص على أساسه، ويبين المستهلك قراره في الإقدام على شراء سلعة معينة، بناءاً على إمكانياته المادية، مع تمسكه في الحرص على عدم دفع أكثر من القيمة الحقيقية للسلعة، لهذا يجب على المتدخل إعلام المستهلك بالمقابل النقدي لكل منتج، أو خدمة وقت الإيجاب الصادر منه، وفقا لمحل هذا الإيجاب، وبصدد الإيجاب الإلكتروني، فإن المواقع الإلكترونية تعد وسيلة مناسبة لذلك، وعليه فإن غالبية المواقع التجارية عبر شبكة الانترنت تقوم بالإعلام عن أسعار المنتجات والخدمات[3].

وفي هذا الصدد خصص القانون المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية[4]، الفصل الأول من

---

[1]- ينظر في هذا المعنى، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص439-440.

[2]- إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية القانون، جامعة الجزائر، 2005-2006، ص48.

[3]- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانون للعقود الإلكترونية، المرجع السابق، ص35.

[4]- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جويلية سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر العدد 41، المؤرخة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 15. أوت سنة 2010، ج ر العدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

الباب الثاني لموضوع الأسعار تحت عنوان" الإعلام بالأسعار والتعريفات وشروط البيع".

الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني:

لا نجد نصوصاً مفصلة تحكم مخالفة الإخلال بالحق في الإعلام، وهذا ما جعل الفقه يغلب إعمال القواعد العامة في هذا الشأن، فالإخلال بهذا الحق يؤدي إلى تغليب إرادة المستهلك عديم الخبرة، مما يسمح له بالمطالبة بفسخ العقد على أساس العيب الخفي، أو المطالبة بإبطاله إذا وقع في غلط أو تدليس، ويمكن الرجوع على المتدخل بقواعد المسؤولية المدنية[1]، وبما أن المشرع أغفل بيان الجزاء المدني المترتب على الإخلال بالالتزام بالإعلام، فإن الفقه قد انقسم بين مؤيد ومعارض لتطبيق الجزاءات الواردة في القانون المدني[2]، وعليه نستعرض هذه الحلول ضمن العناصر التالية:

أولا: الجزاء في إطار عيوب الإرادة (الغلط والتدليس):

يمكن أن يترتب على الإخلال بهذا الالتزام وهم في ذهن المتعاقد (المستهلك) يدفعه إلى التعاقد وان ما يترتب على هذا الوهم قد يكون غلطاً أو تدليساً.

1: الجزاء في إطار نظرية الغلط:

من المستقر عليه أن الغلط الذي يعيب التراضي هو الغلط الجوهري، وهذا سواء في صفة الشيء الجوهرية، أو في صفة المتعاقد، وتكون هذه الصفة هي الدافع إلى التعاقد، بحيث ما كان ليبرم العقد لو لم يقع في الغلط[3].

ولكن هل يعتبر إخلال المتدخل في العقد الإلكتروني بالتزامه بالإعلام تجاه الدائن بالنسبة لبعض المعلومات، غلطاً يمكن أن يتمسك به الدائن لإبطال العقد الإلكتروني؟

لابد أن نشير أولاً إلى أن المتدخل يجب أن يكون له دور بتبصير المتعاقد معه في العقد الإلكتروني بالأمور الجوهرية للعقد المنوي إبرامه، بالقدر الذي يمتنع معه احتمال إلتباس الأمر عليه فلا يتوهم

[1]- ينظر في هذا المعنى، عبد الرحمان خلفي، المرجع السابق، ص09.

[2]- ينظر في هذا المعنى، كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خده، الجزائر، 2010-2011، ص103.

[3]- كيموش نوال، نفس المرجع، ص105.

أمراً خلاف الواقع، ومن ثم فإن عدم قيام المدين بالالتزام بالإعلام بالوفاء بذلك الالتزام بشكل كافٍ قد يؤدي إلى إلتباس الأمر على الدائن ويندفع بالتالي إلى إبرام العقد تحت تأثير الوهم فينشأ بذلك عيب الغلط[1].

إن وجود الالتزام بالإعلام في التعاقد الإلكتروني يسهل كثيراً في مطالبة الدائن بإبطال الدائن بإبطال العقد استنادا إلى الغلط، ذلك أن وجود الالتزام بالإعلام يعد قرينة على اتصال الغلط بعلم المدين وكذلك يقيم قرينة على أن الغلط كان جوهرياً لأن العلم بالبيانات محل الالتزام بالإعلام كان من شأنه أن يحجب المستهلك في العقد الإلكتروني عن إبرام العقد، كما أن طريقة عرض المنتج عن طريق الانترنت، والتي تكون غالباً عن طريق عرض صورة للشيء المبيع في الموقع الإلكتروني(web site)، لا تعد كافية لإحاطة المتعاقد علماً بكافة خصائص و مواصفات المنتج المعروض، لذا وضعت قوانين التجارة الإلكترونية، التزامات على المتدخل بأن يوضح للمتعاقد كافة البيانات المتعلقة بذلك المنتج، وهذا ما ورد في قانون التجارة الإلكترونية الفرنسي في الفقرة الأخيرة من البند الرابع، حيث نص على: (لا تدخل الصورة الفوتوغرافية للمنتجات الموضحة في نطاق العقد فإذا نتج من ذلك غلط فلا يكون التاجر مسؤولاً عن ذلك على آية حال)[2].

2: الجزاء في إطار نظرية التدليس:

تقضي القواعد العامة لطلب إبطال العقد أن يقوم المدلس باستخدام طرق وأساليب احتيالية، ووجوب صدور هذه الأساليب الاحتيالية من المدلس أو يكون على علم بها، ويقصد تضليل المتعاقد الآخر.

والتساؤل الذي يطرح مرة أخرى هو هل يمكن أن يقود الإخلال بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني إلى إبطال العقد بسبب التدليس؟

إن الالتزام بإعلام المستهلك هو التزام يتعلق بتنوير المستهلك حتى يقدم على التعاقد عالماً بظروفه، وخصائص المنتوج أو الخدمة محل العقد[3]، لذا فإن الإخلال به يؤثر على رضا المتعاقد بما يؤدي إلى

[1]- عقيل حمد الدهان و غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص213.

[2]- ينظر في هذا المعنى، عقيل حمد الدهان و غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص214.

[3] - GARON Fréderic. La protection du consommateur sur le marche européen des droits de séjour a temps partage, revue trimestrielle de droit européen n, 2, Dalloz, 2002, p 264.

تعيب الإرادة، فإذا أبرم العقد بناءاً على بيانات كاذبة أو غير كافية، فإن العقد يكون قابلاً للإبطال استنادا إلى المادتين (87/86) من القانون المدني الجزائري، والطرق الاحتيالية قد تقتصر على كتمان الحقيقة على المتعاقد، وإخفاء بيانات لو اطلع عليها وعلمها لما أقدم على التعاقد، وقد تكون بيانات كاذبة مغرية، تحمل بحكم الكذب المتعاقد إلى إبرام العقد، حيث لولا الطرق الاحتيالية لما أبرم العقد، وإذا وقف الأمر عند حد الكتمان أو الاحتيال كان هذا تدليساً يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال لمصلحة المستهلك بشرط أن يثبت نية التضليل لدى المتدخل، وبشرط أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد، وللقاضي السلطة التقديرية في ذلك، فهو الذي يقرر حسب الظروف التي تحيط بالأطراف وبالعقد[1].

وتقل أهمية نظرية عيوب الإرادة في العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، لأن المستهلك الإلكتروني في حالة وقوعه في غلط أو تعرضه للتدليس، يتمكن من إرجاع المنتج في إطار ما يسمى حق الرجوع أو العدول[2]، ولكن يبقى لتمسك المستهلك بالإبطال استنادا لنظرية عيوب الإرادة فوائد عدة أهمها، أنه لن يتحمل في حالة الإبطال بسبب وقوعه في الغلط أو تعرضه للتدليس مصروفات النقل والتي يتحملها المتدخل، كذلك لن يستطيع المتدخل في حالة التدليس أن يتمسك بالشروط التي تحظر إرجاع السلعة أو تقيد ذلك بشروط معينة، كما يستفيد المستهلك بالمدة المقررة لرفع دعوى الإبطال بسبب عيوب الإرادة، وهي تتجاوز بكثير المدة المقررة لاستعمال الحق في الرجوع في العقد الإلكتروني[3].

ثانياً: الجزاء في إطار العيوب الخفية:

إن وجد عيب في المنتوج فإنه يحول دون انتفاع المتعاقد به الانتفاع المقصود، ولذا يجب أن يضمن

---

[1]- كيموش نوال، المرجع السابق، ص104.

[2]- بموجب القوة الملزمة للعقد ووفقاً للقواعد العامة لا يمكن للقابل في حالة قبوله أن يرجع عنه فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول وقام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزماً ولا رجعة فيه، لكن نظراً لان المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول، وهذا ما يعني تخويل المستهلك حق نقض العقد بالإرادة المنفردة، وهو ما يعد مخالفاً لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين، وهذا ما نصت عليه العديد من التشريعات ، كالقانون الفرنسي والقانون الأمريكي وغيرها، حيث نصت على أحقية المستهلك في العدول، بشان العقود الإلكترونية، خلال فترة السماح. لمزيد من التفصيل ينظر خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص346 وما بعدها.

[3]- إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص60.

المتدخل خلو المنتوج من العيوب الخفية، وبقدر تعلق الأمر بالإخلال بالالتزام بالإعلام، فإن التساؤل يثور عن إمكانية تمسك المتعاقد بدعوى ضمان العيوب الخفية عند جهله بمعلومات عن المبيع خفيت عليه ولم يوضحها له المتدخل الملتزم بالإعلام؟

يشترط لاعتبار العيب خفياً غير ظاهر وليس من السهل التحقق منه بالفحص العادي[1]، لذا فإن علم المتعاقد بالعيب لا يجعل من ذلك العيب خفياً، إن أقدم المتعاقد على إبرام العقد رغم علمه بالعيب، إنما هو دليل على رضائه بالمبيع وبعيوبه، ولكن ما الحكم لو أن المتدخل نفسه لم يكن يعلم بالعيب ومن ثم لم يُعلم المتعاقد به، فهل يكون للمتعاقد حق التمسك بإخلال المتدخل بالالتزام بالإعلام ومن ثم يطلب فسخ العقد؟

اتجه القضاء الفرنسي إلى التوسع في ضمان العيوب الخفية لتشمل كل عيب ولو لم يعلم به البائع والمنتج ما دام أنه محترف، فالبائع المحترف يعد عالماً أو من المفروض أن يعلم بوجود تلك العيوب ويلتزم بإعلام المستهلك بها ولو أنه كان يجهل وجود هذا العيب[2].

ثالثاً: الجزاء في إطار قواعد المسؤولية المدنية:

تعد المسؤولية المدنية المترتبة عن الإخلال بالالتزامات المقررة في قانون حماية المستهلك وقمع الغش وكذا قانون الممارسات التجارية إشكالية تطرح نفسها في ظل غياب نصوص قانونية منظمة لها، حيث وجدنا أن المشرع قد اكتفى في ظل هذا القانون بالنص على العقوبات ذات الطابع الجزائي، ورغم أهمية هذه الأخيرة وضمانها لقدر من الحماية للمستهلك، إلا أنها لابد أن تستكمل بوجود جزاءات مدنية نظراً لتمام الأضرار التي تلحق بالمستهلك جراء الإخلال بهذه الإلتزمات[3]، وبالتالي فإنه من الأهمية بما كان الرجوع إلى القواعد العامة لتحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المترتبة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام، وفي هذا الشأن اختلف الفقه في تحديد طبيعة هذه المسؤولية فمنهم من اعتبرها مسؤولية عقدية، ومنهم من اعتبرها مسؤولية تقصيرية وفي ما يلي نستعرض هذه الاتجاهات في العناصر التالية:

[1]- أسعد دياب، القانون المدني العقود المسماة، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت لبنان،2008،ص482.

[2]- ينظر في هذا المعنى، عقيل حمد الدهان و غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص217.

[3]- كيموش نوال، المرجع السابق، ص97.

1- المسؤولية العقدية:

ذهب بعض الفقه إلى أن المسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقد مسؤولية عقدية، وقد استند أصحاب هذا الاتجاه الفقهي إلى وجود عقد سابق على العقد الأصلي وهو المصدر للالتزام قبل التعاقد بالإعلام، وقد صور البعض هذا العقد بأنه عقد ضمان مقترن بكل تعاقد ولقد كان الفقيه الألماني (اهرنج) أول من قال بهذه النظرية ثم تبعه فقهاء آخرون، حيث قال الفقيه (سالي) بوجود عقد ضمني بالضمان في كل عقد ومن ثم أسس المسؤولية الناتجة عن الإخلال بالالتزام بالإعلام على أساس العقد، وتصور البعض هذا العقد بأنه عقد(وعد بالتعاقد) أو عقد وعد بضمان صحة العقد التالي عليه، وقد انتقد هذا الاتجاه الفقهي وما ذهب إليه وخاصة فكرة وجود عقد سابق على العقد الأصلي؛ حيث أن ذلك لا أساس له ولا دليل، بالإضافة على أن افتراض وجود مثل هذا العقد يؤدي إلى اعتباره تعهداً ثانوياً يبطل ببطلان التصرف الأصلي مما يؤدي إلى إنكار وجود الالتزام قبل التعاقدي إلا مستقلاً عن فكرة العقد، فضلاً عن ذلك فإن الالتزام بالإعلام، خاصة في العقد الإلكتروني، أصبح مصدره الأساسي والمباشر القانون ومن ثم لا يحتاج الأمر إلى البحث عن عقد سابق على العقد الأصلي يوجب مثل هذا الالتزام، فقانون التجارة الإلكترونية التونسي والتوجيهات الأوربية وقوانين حماية المستهلك الفرنسي، كلها تفرض مثل هذا الالتزام بالإعلام تجاه المستهلك[1].

2- المسؤولية التقصيرية:

يذهب معظم الفقه إلى أن المسؤولية الناشئة عن إخلال المتدخل بالالتزام بالإعلام، هي مسؤولية تقصيرية، لكونها مسؤولية بحكم القانون، نتيجة الإخلال بالواجب القانوني الذي يخضع له كل شخص وهو عدم الإضرار بالغير، وهذه المسؤولية تستوجب التعويض، ومن ثم يجب إثبات جميع أركان المسؤولية التقصيرية، ويبرر أصحاب هذا الاتجاه رأيهم هذا بأن الرضا هو أحد أركان العقد لم يتحقق بعد، حيث أن الالتزام بالإعلام في المرحلة السابقة على التعاقد لا يمكن أن ينشأ قبل نشوء أصله، وأن ينشأ الالتزام قبل نشوء مصدره، فالعقد لم يبرم حتى يمكن القول بأن هذا الالتزام هو التزام تعاقدي[2].

ويعد الالتزام بالإعلام التزام مستقل عن العقد وسابق له، وهو كمثله من الالتزامات الأخرى التي تنشأ

[1]- عقيل حمد الدهان و غني ريسان جادر الساعدي، المرجع السابق، ص217.

[2]- كيموش نوال، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، المرجع السابق، ص101.

بنص قانوني، والقانون عندما ينشأ التزاماً معيناً، فإنه يهدف إلى أغراض اجتماعية، واقتصادية وأدبية، وهو عندما انشأ الالتزام بإعلام المستهلك كان غرضه اجتماعيا، وهو حماية هذا الأخير من الغش الذي يمكن أن يصدر من المتدخل، وعليه فإن الإخلال بهذا الالتزام في المرحلة السابقة على التعاقد يكون التعويض عنه استنادا إلى المادة 124 من القانون المدني، ويعتبر الاستناد إلى المسؤولية التقصيرية في التعويض عن الأضرار الناجمة عن المرحلة السابقة على تعاقد المتدخل مع المستهلك يتضمن فائدة كبيرة لهذا الأخير، حيث لا يمكن إعفاء المتدخل من المسؤولية أو التخفيف منها، كما أن قواعد هذه المسؤولية تسمح للمضرور أن يعوض عن كل الأضرار التي تلحقه سواء كانت متوقعة أو غير متوقعة[1].

[1]- ينظر في هذا المعنى، كيموش نوال، المرجع السابق، ص101-102.

الخاتمة

الخاتمة

تناولت دراستنا التراضي في العقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام الأجهزة الإلكترونية الحديثة وبصفة خاصة شبكة الانترنت، ذلك العقد الذي شاع استعماله، ليس فقط في مجال التجارة الدولية، وإنما أيضاً وبصورة ملحوظة في العقود الاستهلاكية التي تبرم بين تجار متدخلين ومستهلكين للسلع والخدمات المختلفة محلياً ودولياً.

وفي ضوء ما تقدم نخلص إلى مجموعة من الاستنتاجات يمكن تلخيصها فيما يلي:

1. رغم الاختلاف الفقهي في تحديد معيار يمكن من خلاله اعتبار العقد من العقود الإلكترونية أم أنه لا يعدو أن يكون عقداً تقليدياً، إلا أننا نرى أنه يكفي لاعتبار أن العقد إلكتروني أن يتم إبرامه ولو جزئيا عبر وسائل الاتصال الحديثة.
2. تعتبر العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، وبالتالي تنطبق عليها ولو جزئياً بعض قواعد اتفاقية الأمم المتحدة للعقود المبرمة عن بعد.
3. الطبيعة الكتابية التي يتميز بها هذا النوع من التعاقد فلا يكفي لإبرامه مجرد المشافهة والمحاورة، نظراً للطبيعة اللامادية له إضافة إلى ذلك فهو يتم في وسط افتراضي بما يقتضي أن يكون مكتوباً.
4. يمكن القول أن العقد الإلكتروني يخضع في تنظيمه إلى مجموعة من القوانين عكس العقود التقليدية، فهو يخضع لقوانين المعاملات و التجارة الإلكترونية، وبصفته عقداً يبرم عن بعد فهو يخضع لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن العقود المبرمة عن بعد، ونظرا لكونه من العقود الاستهلاكية فهو يخضع لقانون حماية المستهلك، إضافة إلى ما تقدم فإنه يخضع للقواعد العامة الناظمة للعقد في القانون المدني التي يمكن الرجوع إليها من حين إلى آخر.
5. يمكن اعتبار العقود الإلكترونية من عقود الإذعان وفقاً للنظريات الحديثة.
6. تعتبر رسالة البيانات و كذا الوكيل الإلكتروني، أكثر الصور شيوعاً للتعبير عن الإرادة في الوسط الإلكتروني، وهذا ما حذا بلجنة القانون التجاري الدولي إلى التطرق بالتنظيم لهاتين الصورتين بالتفصيل، ضمن قواعد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.
7. يعد الإيجاب الموجه للجمهور مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاباً، فمن خصائص الإيجاب أن يكون موجها لشخص معين أو مجموعة من الأشخاص مع بيان ثمن هذه السلع أو الخدمات وكذا

الخصائص الجوهرية للعقد، وهذا ما لا يتوفر في الإيجاب الموجه للجمهور، كما يتميز الإيجاب الإلكتروني بطابعه العالمي ونتيجة لذلك قد يتم قبوله من قبل عدد غير محدود من الأشخاص، الأمر الذي يستلزم معه تحديد نطاق نفاذه من الناحية الجغرافية وبحدود الكمية المتوفرة من السلع والخدمات المعروضة.

8. تلزم القوانين الحديثة المتعلقة بحماية المستهلك خصوصاً في العقود الإلكترونية الموجب بأن يتضمن إيجابه الموجه إلى المستهلك مجموعة من المعلومات والبيانات الضرورية حماية للمستهلك عندما يكون طرفاً في العقود الإلكترونية وهذا ما يعرف بالالتزام بالإعلام،

9. على نقيض العقد التقليدي الذي لا يمكن نقضه من طرف واحد فإن القابل في العقد الإلكتروني يمكن أن يتحلل من قبوله بعد إبرام العقد، وذلك للطبيعة الخاصة لهذا النوع من التعاقد وهذا ما يعرف بحق العدول أو الرجوع عن العقد.

10. يعتبر العقد الإلكتروني أحياناً بأنه عقد بين حاضرين من حيث الزمان، وذلك عندما لا يكون هناك فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، ذلك أن الانترنت أسقطت الحواجز الزمنية والمكانية حيث أصبح بالإمكان إبرام العقود بين أطراف من بلدان مختلفة.

11. إذا كان الأصل في العقد التقليدي توازن كفتي طرفا العقد، فإنه بعد صدور قانون حماية المستهلك من جهة، ولأن العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد من جهة أخرى، أدى إلى ظهور ضمانة جديدة للمستهلك وهي الالتزام بالإعلام وذلك في ظل عدم كفاية نظرية العيوب الخفية لحماية طرفي العقد، وعدم وجود توازن معرفي بين المتدخل والمستهلك.

12. الملاحظ على القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أنه ورغم نصه على الانترنت، إضافة إلى الفاكس والتلكس وغيرها كوسائل لإبرام العقد الإلكتروني، إلا أن العقد الإلكتروني في حقيقته هو العقد المبرم عبر الانترنت خصوصاً وأن الفاكس والتلكس يعتبران وسائل تقليدية نسبياً مقارنة بالانترنت فظهور الفاكس كان سنة 1907، إضافة إلى ذلك فإن مصطلح العقد الإلكتروني لم يظهر إلا بعد ظهور الانترنت.

وفي الأخير يمكن القول أن القواعد الكلاسيكية وإن كان يمكن الاعتماد عليها من حين إلى آخر، إلا أن ذلك يبين قصور القواعد التقليدية لمواجهة وتنظيم العقد الإلكتروني بصفة عامة والتراضي الإلكتروني بصفة خاصة وذلك لما يتميز به هذا النوع من التعاقد من خصوصيات تجعل من القواعد الكلاسيكية غير قابلة لاحتواء هذا الزحف الجديد من التعاقد، فإضافة إلى توفير الكفاءات البشرية

فإنه لابد من صياغة قانون ينظم التعاقد الإلكتروني بصفة مستقلة، حيث أنه لا يمكن تعديل القواعد العامة المنظمة للعقد لأن القول بغير ذلك سيجعل من القواعد العامة أكثر عرضة للتعديل، نظراً للتطور المستمر في وسائل الاتصال الحديثة ومنه وسائل التعاقد الإلكتروني.

أما بالنسبة للمنظومة القانونية في الجزائر وإن تعززت بتعديل قواعد الإثبات من خلال تعديل المادة 323 من القانون المدني وما بعدها وذلك باستحداث الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، وكذا مصادقة مجلس الوزراء على مشروع قانون التصديق والتوثيق الإلكتروني، إلا أن ذلك لا يكفي لمواكبة التطور الحاصل على صعيد التجارة الإلكترونية، ولا بد من سن قواعد تنظم هذا النوع من التعامل على غرار الدول العربية، هذا من جهة ومن جهة أخرى لا بد من توفير وسط وبيئة قوية لاحتضان التعاقد الإلكتروني ولا يتأتى ذلك إلا من خلال تنمية بشرية وتعديل في النظم المصرفية بصفة خاصة و الاقتصادية بصفة عامة وغيرها حتى يتسنى زيادة حجم التجارة الإلكترونية والاستفادة من مزاياها.

المقترحات:

1. ضرورة اللجوء إلى القواعد العامة الناظمة للعقد كحل ظرفي ومؤقت لتنظيم العقد الإلكتروني، في ظل هذا الفراغ التشريعي إلى غاية صياغة قانون ينظم المعاملات والتجارة الإلكترونية.

2. بما أن القاعدة القانونية وليدة الواقع فإن الواقع اليوم يفرض أكثر من أي وقت مضى صياغة قانون لتنظيم المعاملات والتجارة الإلكترونية، وذلك يعتبر ضرورة ملحة في ظل الحركية المتزايدة للمعاملات و التجارة الإلكترونية، وهذا من شأنه توفير مناخ مناسب للاستفادة من مزايا التجارة الإلكترونية، على غرار زيادة وتنويع خيارات التسوق، توسيع نطاق الأسواق التجارية، توفير الجهد والمال والوقت وغيرها من المزايا.

3. ضرورة تحيين القوانين ذات العلاقة بالتجارة الإلكترونية، على غرار القانون التجاري خصوصاً ما تعلق بالأوراق التجارية.

4. العمل على إلغاء التعامل النقدي وتعميم التعامل ببطاقات الدفع الإلكتروني، للقضاء على المظاهر السلبية للتعامل النقدي التقليدي، الذي أصبح يقف عائقاً أمام تطور التجارة الإلكترونية.

5. ضرورة توفير بيئة آمنة تحتوي التجارة الإلكترونية للاستفادة من مزاياها خصوصاً منها جلب الاستثمار.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

أولا: المراجع العامة:

أ: المؤلفات:

1.السرحان عدنان إبراهيم و خاطر نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية الالتزامات**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، الطبعة الأولى، 2000.

2.السعدي محمد صبري، **الواضح في شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامة للالتزامات، العقد والإرادة المنفردة**، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الرابعة، 2007.

3.السنهوري عبد الرزاق، **الوسيط في شرح القانون المدني**، المجلد الأول، دار النهضة العربية، الإسكندرية، 1981.

4.الفضل منذر، **الوسيط في شرح القانون المدني**، دار ئاراس للطباعة والنشر، كردستان العراق، الطبعة الأولى، 2006.

5. جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، **المطول في القانون المدني– تكوين العقد–** المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر، بيروت، الطبعة الثانية، 2008.

6.دياب أسعد، **القانون المدني العقود المسماة**، الجزء الأول، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان،2008.

7.عبد الله هدى، **دروس في القانون المدني –العقد–** الجزء الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2008.

8.فيلالي علي، **الالتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر، الجزائر،2010.

9.قاسم محمد حسن، مبادئ في القانون، **المدخل إلى القانون– الالتزامات**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.

10.محمد عبد الحميد عثمان، **المفيد في مصادر الالتزام**، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، 1997.

11. نوح مهند مختار، **الإيجاب والقبول في العقد الإداري**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى2005.

ثانياً: المراجع المتخصصة:

أ: المؤلفات:

1.إبراهيم خالد ممدوح، **إبرام العقد الإلكتروني**، الدار الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2007.

2.أبو العز علي محمد أحمد، **التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي**، دار النفائس للنشر والتوزيع، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2013.

3.أبو الهيجاء إبراهيم، **عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الطبعة الثانية، 2011.

4.أحمد آمانج رحيم، **التراضي في العقود الإلكترونية عبر الانترنت**، دار وائل للنشر، عمان، الطبعة الأولى، 2006.

5.الجنبيهي منير محمد و الجنبهي ممدوح محمد، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة وسنة النشر.

6.الخن محمد طارق عبد الرؤوف، **جريمة الاحتيال عبر الانترنت**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2011.

7.الرومي محمد أمين، **التعاقد عبر الانترنت**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2004.

8. الكسواني عامر محمود، **التجارة عبر الحاسوب، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الطبعة الأولى، 2009.

9. المطالقة محمد فواز، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2008.

10. حجازي عبد الفتاح بيومي، **التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون طبعة وسنة النشر.

11. ربضي عيسى غسان، **القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

12. سعداوي سليم، **عقود التجارة الإلكترونية**، دار الخلدونية، الجزائر، الطبعة الأولى، 2000.

13. عجيل طارق كاظم، **ثورة المعلومات وانعكاسها على القانون المدني**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان،الطبعة الأولى، 2011.

14. غرايبة عبد الله أحمد عبد الله، **حجية التوقيع الإلكتروني في التشريع المعاصر**، دار الراية للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2009.

15. منصور محمد حسين، **المسؤولية الإلكترونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.

16. ناصيف إلياس، **العقود الدولية، العقد الإلكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، الطبعة الأولى، 2009.

ثالثا: الرسائل والمذكرات:

1: الرسائل:

أ: أطروحات الدكتوراه:

1. عبد الوهاب مخلوفي، التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل دكتوراه العلوم في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر،2012،2011.

2. عطوي مليكة، الحماية القانونية لحقوق الملكية الفكرية على شبكة الانترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، في علوم الإعلام والاتصال، قسم علوم الإعلام والاتصال، جامعة الجزائر، 2010.

ب: رسائل الماجستير:

1. حسن يحيى يوسف فلاح، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2007.

2. سهلب لما عبد الله صادق، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2008.

3. سهلية طمين، الشكلية في عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع القانون الدولي للأعمال، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2011.

4. عبد الله بلقاسم، المحررات الإلكترونية وسيلة لإثبات العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013.

5. عدة عليان، الالتزام بالتحذير من مخاطر الشيء المبيع، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خده، الجزائر، 2008، 2009.

6. قطاف إسماعيل، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2005، 2006.

7. كريم بوديسة، التحكيم كوسيلة لتسوية منازعات عقود التجارة الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012.

8. كريم لملوم، الإثبات في معاملات التجارة الإلكترونية بين التشريعات الوطنية والدولية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تبزي وزو، الجزائر، 2011.

9. محمود عبد الله ذيب عبد الله، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس فلسطين، 2009.

10. نادية مامش، مسؤولية المنتج دراسة مقارنة مع القانون الفرنسي، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012.

11. نسيمه درار، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بوبكر بلقايد، تلمسان، الجزائر، 2011، 2012.

12. نصيرة خلوي، الحماية القانونية للمستهلك عبر الانترنت دراسة مقارنة، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2013.

13. نوال شعباني، التزام المتدخل بضمان سلامة المستهلك في ضوء قانون حماية المستهلك وقمع الغش، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012.

14.نوال كيموش، حماية المستهلك في إطار قانون الممارسات التجارية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة بن يوسف بن خده، الجزائر،2010، 2011.

15.نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر، 2012.

16. وسيلة لزعر، تنفيذ العقد الإلكتروني، رسالة لنيل شهادة الماجستير في القانون، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2010، 2011.

2: المذكرات:

1. خميسة كميني وعز الدين منصور، الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة السادسة عشر، الجزائر، 2008/2005.

2. نذير برني، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الدفعة الرابعة عشر، الجزائر، 2004/2003.

رابعا: المقالات والمجلات:

1.أبو الليل إبراهيم الدسوقي، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، **الدليل الإلكتروني للقانون العربي**، الكويت، 12.07.2014/ www.arablawinfo.com

2. أحمد رباحي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، **الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية**، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، العدد العاشر، الشلف، الجزائر، جوان 2013.

3. الدهان عقيل فاضل حمد و الساعدي غني ريسان جادر، الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني، **مجلة أهل البيت**، العدد الخامس، العراق، دون سنة.

4. الساعدي غني ريسان جادر، النظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة، **مجلة أهل البيت**، العدد الخامس، العراق، دون سنة.

5. الشوابكة فيصل عبد الحافظ، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، **مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية**، المجلد الحادي والعشرون، العدد الثاني، غزة، فلسطين، جوان 2013

6. الصرايرة منصور، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الإلكترونية، دراسة في التشريع الأردني، **مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية**، المجلد (25)، العدد الثاني، جامعة إربد الأهلية، الأردن، 2009.

7. الكساسبة فراس و نبيلة كردي، الوكيل الذكي من منظور قانوني تطور تقني أم انقلاب على القواعد، **مجلة الشريعة والقانون**، كلية القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، السنة السابعة والعشرون، العدد 55، رمضان 1434، الكويت، جويلية، 2013.

8. المهدي حسين بن محمد، القوة الثبوتية، للمعاملات الإلكترونية،**مجلة البحوث القضائية**، العدد 8، جوان 2007.

9. بدر أسامة أحمد، ضمانات المشتري في عقد البيع الإلكتروني، **مجلة الشريعة والقانون**، العدد(40)، الإمارات العربية العربية، أكتوبر 2009.

10. خلفي عبد الرحمان، حماية المستهلك الإلكتروني في القانون الجزائري، دراسة مقارنة، **مجلة جامعة النجاح للأبحاث**، (العلوم الإنسانية)، المجلد 27، نابلس، فلسطين، 2013.

11. ذيب علاء الدين محمد، الإذعان والمساومة في العقود الإلكترونية، **مجلة مؤتة للبحوث والدراسات**، ، المجلد الثاني والعشرون، العدد الثاني، الأردن،2007.

12. رشيد إيناس هاشم، التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية، **مجلة رسالة الحقوق**، المجلد الأول، العدد الثاني، جامعة كربلاء، كلية القانون، العراق، 2009.

13. سرحان عدنان إبراهيم، حق المستهلك في الحصول على الحقائق، (المعلومات والبيانات الصحيحة عن السلع والخدمات) دراسة مقارنة في القانونين الإماراتي و البحريني، **مجلة المفكر**، العدد الثامن، بسكرة، الجزائر، دون سنة.

14. صالح قيدار عبد القادر، إبرام العقد الإداري الإلكتروني، وإثباته، **مجلة الرافدين**، المجلد العاشر، العدد، 37، جامعة الموصل، العراق، 2008

15. عبابنه علاء الدين محمد و أبو نصير مالك حمد، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني، **المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية**، المجلد4، العدد 4، الأردن، ديسمبر 2012.

16. غنية باطلي، الكتابة الإلكترونية كدليل إثبات، **مجلة التواصل في العلوم الإنسانية و الاجتماعية**، عدد 30، جامعة عدن، جوان 2012.

17. كيسي زهيرة، النظام القانوني لجهات التوثيق(التصديق) الإلكتروني، **مجلة دفاتر السياسة والقانون**، العدد السابع، المركز الجامعي تمنراست، الجزائر جوان 2012.

18. منزل محمود حمودة صالح، إشكالات العقود الإلكترونية، **مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية**، العدد 18، رمضان 1432هـ، فلسطين، أوت 2011.

خامسا: الندوات و المؤتمرات:

1. العبيدي علي هادي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، **مؤتمر المعاملات الإلكترونية، التجارة الإلكترونية**، الحكومة الإلكترونية، الإمارات دون سنة.

2.برهان سمير، إبرام العقد في النظرية التقليدية للالتزامات وفي التجارة الإلكترونية، **ندوة صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية**، شرم الشيخ، جمهورية مصر العربية،2007.

سادسا: النصوص القانونية والمراسيم:

1: النصوص القانونية الداخلية:

1. الأمر رقم 75/ 58 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون المدني الجزائري، المعدل والمتمم بالقانون رقم 05/07 المؤرخ في 2007/05/13 ج ر، العدد 31 المؤرخة في 2007/05/13.

2.الأمر رقم 59/75 المؤرخ في 1975/09/26، المتضمن القانون التجاري الجزائري، المعدل والمتمم بالأمر رقم بالأمر رقم 27/96 المؤرخ في 1996/12/09 ج ر، العدد 77 المؤرخة في 1996/12/11.

3.القانون رقم 11/84 المؤرخ في 09 رمضان 1404 الموافق لـ 07/09/ 1984 المتضمن قانون الأسرة، المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/02/27 ج ر، العدد 15 المؤرخة في 2005.

4.القانون 03/09 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق لـ 02/25/ 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر العدد15 المؤرخة في 03/08 2009.

5.القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 جويلية سنة 2004، المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ج ر العدد 41، المؤرخة في 27 جوان 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق لـ15 أوت سنة 2010، ج ر العدد 46 المؤرخة في 18 أوت 2010.

2: النصوص القانونية الأجنبية:

1.قانون رقم 2000/ 230، المؤرخ في 2000/03/13، معدل للقانون المدني الفرنسي.

2.قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة 2002.

3. قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001، ج ر، العدد 4524 المؤرخة في 2001/12/31.

4. قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي لسنة 2004.

5.قانون رقم 83 المؤرخ في 2000/08/09، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية.

3: المراسيم الأجنبية:

1.المرسوم رقم 972-2005 المعدل للمرسوم رقم 222- 56 المتعلق بالقانون الأساسي لمهنة المحضر القضائي الفرنسي.

2. المرسوم رقم 972-2005 المعدل للمرسوم رقم 222- 71 المتعلق بالأعمال المنجزة من طرف الموثق في فرنسا.

4: الاتفاقيات الدولية:

1.اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولية للبضائع لعام 1980.

2. التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية وحماية المستهلك رقم 2000/31 المؤرخ في 08 جويلية 2000.

3. التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 للتوقيعات الإلكترونية.

5: القوانين النموذجية:

1. قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 الصادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996/09/16.

2. قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.

المراجع باللغات الأجنبية:

1. Ali Nassir, legal issues involved In E- Commerce. https://www.uop.edu.jo/download/research/members v4i49.17/01/2015.
2. C. Bernault. Directive. Commerce électronique, les communications commerciales sur Internet, juin, 2001, p220.

3. CYRIL ROJINSKY et GUILLAUME TEISSONNIERE. L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 juin 2004(pour la confiance dans l'économie numérique) Conférence organisée par le programme international de coopération scientifique.

4. Froomkin (Michael) : the essential role of trusted Thiard parties in Électronique commerce, 14 Oct. 1996.

5. GARON Fréderic. La protection du consommateur sur le marche européen des droits de séjour a temps partage, revue trimestrielle de droit européen n, 2, Dalloz, 2002.

6. HOTAIT Mazen. Protection du consommateur dans les contrats sur internet (étude comparative: droit farçais- droit libanais), thèse pour le doctorat en droit, Université PANTHEON- ASSAS (Paris), 2008.
7. j. Calais – Auloy et F. Steinmetz, Droit de la consommation, précis, DALLOZ. 5e éd. 2000.

8. Olivier Poulet, Savoir négocier ses contrats, Delmas, Paris, 2007

الفهرس

الفهرس

مقدمة 01

فصل تمهيدي:ماهية العقد الالكتروني **07**

المبحث الأول: مفهوم العقد الالكتروني. 07

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني. 07

الفرع الأول: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني. 08

أولا: التعريف الوارد في المواثيق الدولية. 08

1: تعريف العقد الإلكتروني في القانون النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية 08

2: تعريف العقد الإلكتروني في التوجيه الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك 09

ثانيا: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني. 09

الفرع الثاني:التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني. 11

المطلب الثاني:خصائص العقد الإلكتروني ونطاق إبرامه. 12

الفرع الأول: خصائص العقد الإلكتروني. 13

أولا: العقد الإلكتروني عقد يبرم عن بعد. 13

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد يغلب عليه الطابع التجاري والاستهلاكي. 14

ثالثا: العقد الإلكتروني يتسم بالطابع الدولي. 16

الفرع الثاني: نطاق إبرام العقود الإلكترونية. 16

أولا: المبدأ في إبرام العقود الإلكترونية. 17

ثانيا: التصرفات المستبعدة من الخضوع لقواعد العقود الإلكترونية. 17
1: الاستثناءات من حيث شكل العقد. 17
2: الاستثناءات الواردة في الأنشطة غير المشروعة والمقيدة. 20
3: الاستثناءات في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية" الأونسترال".... 21
أ: نطاق تطبيق قانون الأونسترال. 22
ب: حرية الدول في تعديل القانون النموذجي بوضع استثناءات. 22
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من الأنظمة المشابهة 23
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعقود الإلكترونية. 23
الفرع الأول: العقود الإلكترونية عقود مساومة. 24
أولا: عرض الاتجاه وأدلته 24
ثانيا: تقدير الاتجاه 24
الفرع الثاني: العقود الإلكترونية عقود إذعان. 25
أولا: عقد الإّذعان في المفهومين التقليدي والحديث. 25
ثانيا: العقد الإلكتروني من عقود الإذعان. 26
المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من الأنظمة المشابهة. 28
الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية. 28
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن عقود البيئة الإلكترونية. 30
أولا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الدخول إلى الشبكة. 30
ثانيا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد الإيجار المعلوماتي. 31
ثالثا: تمييز العقد الإلكتروني عن عقد إنشاء المتجر الافتراضي. 32

الفصل الأول: وجود التراضي في العقد الإلكتروني 34

المبحث الأول: التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية. 34

المطلب الأول: صور التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية. 35

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات. 35

أولا: مفهوم رسالة البيانات 36

1: تعريف رسالة البيانات 36

2: أطراف رسالة البيانات 38

أ: المنشئ (المرسل) 38

ب: المرسل إليه 39

ج: الوسيط على الشبكة 39

ثانيا: مشروعية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة 40

ثالثا: إسناد رسالة البيانات والإقرار باستلامها. 41

1: إسناد الرسالة الإلكترونية إلى المنشئ 41

أ: حالات افتراض الرسالة صادرة عن المنشئ. 42

ب: حالات اعتبار الرسالة الإلكترونية غير صادرة من المنشئ. 43

2: الإقرار باستلام رسالة البيانات 43

أ: شكل الإقرار بالاستلام 44

ب: الآثار القانونية المترتبة على تلقي المنشئ الإقرار بالاستلام. 44

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائط الإلكترونية (الأنظمة المؤتمنة) 45

أولا: ماهية الوسيط الإلكتروني 45

1: تعريف الوسيط الإلكتروني من الناحية التقنية. 46

2: خصائص الوسيط الإلكتروني. 47

أ: الاستقلالية 47

ب: المبادرة 47

ج: القدرة على التواصل الاجتماعي. 48

3: تعريف الوسيط الإلكتروني من وجهة نظر القانون. 48

4: الطبيعة القانونية للوسيط الإلكتروني. 50

ثانيا: مشروعية الوسيط الكتروني للتعبير عن الإرادة. 52

المطلب الثاني: الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني. 53

الفرع الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني. 54

أولا: المقصود من الإيجاب الإلكتروني. 54

ثانيا: مضمون الإيجاب 55

ثالثا: الإيجاب والدعوة إلى التعاقد 57

رابعا: لغة الإيجاب في العقد الإلكتروني. 60

الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني. 61

أولا: طرق التعبير عن الإرادة في القبول الإلكتروني. 62

ثانيا: السكوت كطريقة للتعبير عن القبول الإلكتروني. 65

ثالثا: العدول عن القبول الإلكتروني. 66

المبحث الثاني: زمان ومكان انعقاد العقود الإلكترونية. 69

المطلب الأول: زمان انعقاد العقود الإلكترونية. 70

الفرع الأول: النظريات التقليدية المحددة لزمان انعقاد العقد. 71

أولا: نظرية إعلان القبول 71

ثانيا: نظرية تصدير القبول 72

ثالثا: نظرية وصول القبول 73

رابعا: نظرية العلم بالقبول 74

الفرع الثاني: زمان انعقاد العقد الإلكتروني في تشريعات المعاملات الإلكترونية 75

أولا: موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية" الأونسترال". 76

1: زمان إرسال رسالة البيانات 76

2: زمان تسلم رسالة البيانات 77

أ: فرضية تعيين نظام معلومات لتسلم الرسالة. 77

ب: فرضية عدم تعيين المرسل إليه نظام معلومات لتسلم الرسالة. 77

ثانيا: موقف المشرع الفرنسي من زمان انعقاد العقد الإلكتروني. 78

ثالثا: زمان انعقاد العقد الإلكتروني في تشريعات التجارة الإلكترونية العربية.... 78

المطلب الثاني:مكان انعقاد العقود الإلكترونية. 80

الفرع الأول: النظريات الثنائية واستقلال مكان العقد عن زمان انعقاده في العقود الإلكترونية 81

الفرع الثاني: موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية..... 82

أولا: مكان إرسال وتسلم رسالة البيانات. 83

الفصل الثاني: صحة التراضي في العقد الإلكتروني 87

المبحث الأول: أهلية المتعاقدين في العقد الالكتروني. 87

المطلب الأول: القواعد العامة المتعلقة بأهلية المتعاقدين وخصوصيات الأهلية في العقد الإلكتروني 88
الفرع الأول: الأهلية في القواعد العامة. 88
الفرع الثاني: خصوصيات الأهلية في العقد الإلكتروني. 90
المطلب الثاني: وسائل التحقق من الأهلية في العقد الإلكتروني. 91
الفرع الأول: البطاقات الإلكترونية والوسائل التحذيرية. 92
الفرع الثاني: الوسيط على الشبكة (جهات التصديق الإلكتروني). 93
المبحث الثاني: عيوب الإرادة والالتزام بالإعلام في التعاقد الإلكتروني. 95
المطلب الأول: عيوب الإرادة وتطبيقاتها في العقود الإلكترونية. 96
الفرع الأول: عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية. 96
أولا: الغلط في العقود الإلكترونية. 96
1: الغلط المانع 97
2: الغلط المؤثر في صحة التراضي. 98
أ: الغلط في صفة الشيء 98
ب: الغلط في شخصية المتعاقد أوفي صفاتها. 98
3: الغلط غير المؤثر. 98
ثانيا: عيب التدليس في العقود الإلكترونية. 101
ثالثا: الإكراه في العقود الإلكترونية. 103
رابعا: الاستغلال في العقود الإلكترونية. 104
1: العنصر المادي..... 104
2: العنصر المعنوي 104

الفرع الثاني: مدى تطبيق عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية. 105
المطلب الثاني: الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني. 106
الفرع الأول: مفهوم الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني. 107
أولا: تعريف الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني. 107
ثانيا: شروط الالتزام بالإعلام ونطاقه في العقد الإلكتروني. 109
1: شروط الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني. 109
أ: أن يكون الإعلام كاملا 109
ب: أن يكون الإعلام باللغة العربية 110
ج: أن يكون مرئيا 110
د: أن يكون الإعلام لصيقا بالمنتوجات. 111
2: نطاق الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني. 111
أ: وصف المنتج أو الخدمة محل العقد. 112
ب: معرفة وتحديد شخصية المتدخل أو المزود. 112
ج: ثمن المنتج أو مقابل الخدمة 113
الفرع الثاني: جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني. 113
أولا: الجزاء في إطار عيوب الإرادة 114
1: الجزاء في إطار نظرية الغلط 114
2: الجزاء في إطار نظرية التدليس. 115
ثانيا: الجزاء في إطار العيوب الخفية 116
ثالثا: الجزاء في إطار قواعد المسؤولية المدنية. 117
1: المسؤولية العقدية 117

2: المسؤولية التقصيرية 118

الخاتمة 121

قائمة المراجع 125

الملاحق 137

الفهرس 158