المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار ايليزي
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر معهد الحقوق
تخصص: قانون خاص معمق

والموسومة بعنوان:

شروط الرضا في العقود الإلكترونية

إعداد الطالبين:

- **معطاالله عبد الجبار**
- **معطاالله الهاشمي**

نوقشت علنا أمام اللجنة المكونة من:

الاسم واللقب	الدرجة العلمية	المؤسسة الجامعية	الصفة
بضياف عمر عبد اللطيف	أستاذ التعليم العالي	المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار ايليزي	رئيسا
أمين بن قردي	أستاذ محاضر "ب"	المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار ايليزي	مشرفا
خالد العمري	أستاذ محاضر "ب"	المركز الجامعي المقاوم الشيخ أمود بن مختار ايليزي	عضوا مناقشا

السنة الجامعية:
2023 /2022

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿وَأَوْفُوا بِعَهْدِ اللَّهِ إِذَا عَاهَدْتُمْ وَلَا تَنْقُضُوا الْأَيْمَانَ بَعْدَ تَوْكِيدِهَا وَقَدْ جَعَلْتُمُ اللَّهَ عَلَيْكُمْ كَفِيلًا إِنَّ اللَّهَ يَعْلَمُ مَا تَفْعَلُونَ﴾ (النحل: 91)

شكر وعرفان

الحمد لله على أن أنعم وسهل وأرشد فله الحمد كله

وله الشكر كله على ما توصلنا ومنحنا الصبر ومكننا لإنجاز هذا العمل

وبعد:

تتقدم بالشكر الجزيل ووافر الامتنان والعرفان مع فائق الاحترام والتقدير

للأستاذ المشرف الدكتور: أمين بن قردي

على قبوله الإشراف على الموضوع، حيث لم يبخل علينا بتوجيهاته ونصائحه السديدة

كما نقدم بخالص الشكر للجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل

كما نتقدم بخالص الشكر إلى الأساتذة الكرام أعضاء الهيئة التدريسية

في قسم الحقوق، تخصص قانون خاص

الإهـــداء

أهدي هذا العمل الذي تم انجازه بعون الله تعالى وفضله

إلى الوالدين العزيزين الكريمين أطال الله عمرهما

إلي من شجعوني على مواصلة درب العلم

والبحث وكانوا لي سندا

وإلى كل الأصدقاء والأحباب

إلى كل من يحملهم قلبي ولم يحضروني الساعة

قائمة المختصرات

الاختصار	العبارة
ج ر ج ج	الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية
ص	الصفحة
ج	الجزء
مج	المجلد
ع	العدد
ق م ج	القانون المدني الجزائري
ق ت ج	القانون التجاري الجزائري
ط	طبعة
م	المادة
ص.ص	من صفحة إلى صفحة
د.ت.ن	دون تاريخ النشر

مقدمة

مقدمة:

شهد القرن الواحد والعشرين تطور رهيب في مجال تكنولوجيا الاتصال الحديثة المتمثلة في الأنترنت، التي استطاعت في سنوات قليلة أن تغير نمط الحياة العصرية، لتغدو شاغلاً لمختلف شرائح المجتمع الذين يرمون للحصول على ما يتوافق مع احتياجاتهم اليومية في جميع المجالات.

حيث أن الاتصالات الحديثة المتمثلة في الأنترنت حولت العالم إلى قرية صغيرة لا تعترف بالحدود السياسية والجغرافية للدول؛ حيث هيأت هذه لمستخدميها سبل الاستفادة من خدماتها بما يتوفر بها من معلومات، فكان لها الفضل في تبادل المعلومات بين الأفراد في أي وقت ومن أي مكان، ما أدى إلى إحداث تغييرات في المجتمع من نواح عدة؛ اجتماعية واقتصادية وأيضًا من الناحية القانوني، ذلك أن تبادل المعلومات عبر شبكة الأنترنت أثر بشكل كبير على مختلف المعاملات، ومنها إنشاء العقود؛ هذه الأخيرة التي تعد من أهم آليات التعامل التي ابتدعتها الجماعة الإنسانية ومن دونها لا يمكن تنظيم الحياة في مختلف مجالاتها فهي أساس الروابط مهما كان نوعها، بحيث تُمكن الأفراد من بناء علاقاتهم وتلبي مختلف حاجاتهم؛ بتبيان التزاماتهم وحقوقهم، كما تنظم معاملاتهم المالية الوطنية منها والدولية.

والعقد قد يتم بالطرق التقليدية المعروفة، كما يتم بوسائل حديثة؛ منها شبكة الأنترنت ليظهر بذلك نوع جديد من العقود وهي العقود الإلكترونية والحال أنها تخضع في تكوينها للقواعد العامة التي يخضع لها أي عقد؛ من حيث اشتراط وجود التراضي والمحل والسبب إلا أن ما يميزها أنها تتم عن بعد بين طرفين، قد ينتمي كلاهما لدولة واحدة، وقد ينتمي كلاهما لدولة غير دولة الطرف الآخر؛ وهو الغالب وذلك باستخدام الوسائل الإلكترونية، ولا شك أن استخدام هذه الوسائل يمنح هذا النوع من العقود خصوصية غير تلك التي تتميز بها العقود التقليدية.

حيث أن العقود الإلكترونية اكتسبت صيغة وطابع إلكتروني، (إيجاب إلكتروني وقبول إلكتروني).

من خلال الإطار العام جاءت دراستنا موسومة بـ: **"شروط الرضا في العقود الإلكترونية".**

تأتي **أهمية دراسة الموضوع** في كون "الرضا في العقود الإلكترونية" أصبح يشهد انتشار واسع في التعامل والتعاقد عبر شبكة الأنترنت بين الأفراد في ظل الدعايات والإعلانات المتطورة التي يطلعون عليها عبر هذه الشبكة، وحيث أن التعاقد عبر هذه الوسيلة أصبح يزداد يوما بعد يوم وذلك في شكل عقود دولية بل أصبح أمرا مفروضا على الدول والأفراد بالنظر لما تحققه من قيمة مادية واقتصادية وما توفره من جهد ووقت بدلا من الانتقال والسفر من بلد إلى آخر ومن أهم الهيئات التي تصب اهتمامها على هذه العقود نجد لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي ومنظمة التجارة العالمية.

كما تبرز **أهمية الموضوع** في كون ركن الرضا هو أول وأهم ركن ينعقد به العقد لما للإرادة من دور وكيان مستقل في تكوين العقد، لذا كان من الضروري تسليط الضوء أكثر على هذا الركن في إطار العقد الإلكتروني لما له من خصوصيات قصد إبرازها وتبيانها.

أما عن أهداف الدراسة فنجد من بين أهم أهداف هذا الموضوع هو تبيان ما إذا كانت القوانين المنظمة لهذا التعامل كفيلة بضمان حقوق الأطراف من جراء استغلالهم لهذا النوع من العقود الالكترونية باستعمالهم لوسائط افتراضية للتعبير عن الإرادة المخالفة للطبيعة المادية في

التعامل بين الأفراد، بالإضافة إلى معرفة مدى إجازة القوانين والتشريعات لهذه التعاملات الالكترونية بالرغم من الإشكالات التي يثيرها هذا النوع من العقود الالكترونية.

أماعن **أسباب ودوافـــــع اختيارنا لهذا الموضوع**، منها ماهو**ذاتي** ومنها ما هو **موضوعي**، فأما الأسباب **الذاتية** فهي اهتمامنا الشخصي بالإلمام بموضوع العقود الإلكترونية، بالإضافة إلى كون الموضوع يدخل في مجال التخصص. أما الأسباب **الموضوعية** فلأنه ينظم المعاملات الإلكترونية من خلال شروط الرضا في العقود الإلكترونية والطبيعة القانونية المنظمة للاتفاق بين الأفراد ومدى صحة التعبير القانوني عن الإرادة بينهم.

إن نطاق هذه الدراسة محدد بتحديد شروط الرضا في العقود الإلكترونية، من خلال التشريعات الدولية، بالإضافة إلى بيان خصوصية التعبير عن القبول الإلكتروني بالنظر إلى القواعد العامة في التقنين المدني، وكذا مدى تطابق شروط القبول الإلكتروني مع الشروط المنصوص عليها في القواعد العامة.

انطلقت دراستنا لهذا الموضوع من خلال إشكالية مفادها:

ما هي خصوصية شروط الرضا في العقد الإلكتروني؟

ومن خلال هذه الإشكالية برزت عدت تساؤلات منها: **ماهي طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني؟ وما هي الاستثناءات التي ترد على إجازة التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية؟ وفيما تتمثل صيغ الإرادة الإلكترونية ودور مجلس العقد الإلكتروني؟**

للإجابة على الإشكالية والإشكاليات الفرعية اعتمدنا على عدة **مناهج علمية**، بداية **بالمنهج التحليلي** عند محاولة إلمامنا بمختلف الجوانب المتعلقة بركن الرضا وكيفية قيامه صحيحا في العقد الإلكتروني، **والمنهج المقارن** من خلال عرض ومقارنة وتحليل مختلف التشريعات والاتفاقيات والتوجيهات الصادرة بشأن التجارة الإلكترونية والمتعلقة بالموضوع.

أما عن **الصعوبات التي واجهتنا في دراستنا:** فهي ندرة الدراسات القانونية المتخصصة في الموضوع، وعدم وجود قانون في الجزائر ينظم التجارة الإلكترونية وعلى العموم المعاملات الإلكترونية ويحدد المسؤولية في إطار العقود الإلكترونية.

وفي سبيل عرض هذه الدراسة في قالب منظم للوصول إلى الهدف المنوط به ثم تقسيمها إلى فصلين:

بالنسبة **للفصل الأول** والذي تطرقنا فيه إلى التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني من خلال مبحثين خُصص **المبحث الأول** لوجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني، احتوى على مطلبين تناول **المطلب الأول** تعريف التعبير عن الإرادة وقيمتها القانونية، **والمطلب الثاني** مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه، أما **المبحث الثاني** كان طرق وصور التعبير عن الإرادة إلكترونيا والمشاكل التي يثيرها، قسمناه هو الأخرى إلى مطلبين احتوى **المطلب الأول** طرق وصور التعبير الإلكتروني عن الإرادة، أما **المطلب الثاني** فتناول المشاكل التي يثيرها التعبير الإلكتروني عن الإرادة.

أما عن **الفصل الثاني** فكان بعنوان صيغ الإرادة الإلكترونية ومجلس العقد الإلكتروني، احتوى على مبحثين تطرقنا في **المبحث الأول** إلى صيغ الإرادة الإلكترونية، من خلال مطلبين تناول **المطلب الأول** الإيجاب الإلكترونية بعرض مفهومه وذكر خصائصه والشروط الواجب توفرها فيه، أما **المطلب الثاني** فتناول القبول الإلكتروني بعرض مفهومه وذكر خصائصه والشروط الواجب توفرها فيه.

أما **المبحث الثاني** فكان بعنوان مجلس العقد الإلكتروني وظرفي تلاقي الإرادتين إلكترونيا، حيث تناولنا في **المطلب الأول** مفهوم مجلس العقد الإلكتروني من خلال عرض ماهيته وصور مجلس العقد وتحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني أما **المطلب الثاني** فتناول الظرف الزماني والمكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا.

وأنهينا دراستنا **بخاتمة** تضمنت إجابات على إشكالية الدراسة تساؤلاتها.

الفصل الأول :
التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني

تمهيد :

يمثل العقد[1] أهم وأبرز المصادر الإرادية للالتزام، ومتى اتجهت الإرادة إلى إحداث أثر قانوني معين كنا بصدد عقد أو اتفاق، ويستوي في ذلك أن يتمثل هذا الأثر القانوني في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه.

ولا تختلف العقود الإلكترونية كثيرًا عن العقود التقليدية، فالعقود الإلكترونية تحكمها بصور عامة القواعد القانونية الواردة في نظرية العقد بصفة عامة، ومصدر الالتزام فيها هو انصراف إرادة الأطراف للأخذ بها، لأن العقد شريعة المتعاقدين، ولهذا فإن أركان العقد الإلكتروني هي نفسها أركان العقد التقليدي، سواء في طريقة إبرامه أو في آثاره، مع وجود اختلاف جوهري في وسيلة انعقاده[2]. فإذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد بصفة عامة يتم بالإفصاح عنها بأي طريقة من طرق التعبير الخارجي على وجه يعتد به القانون؛ فإن التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية بما يتماشى مع طبيعته، وهذا ما يميزها عن العقود التي تتم في بيئة تقليدية؛ مما يعيث خضوعه التام للقواعد العام التي تحكم التعاقد التقليدي.

وحتى يكون الرضا معبرًا ومنتجًا لأثاره القانونية في التعاقد الإلكتروني لابد أن يصدر عن شخص تتوافر فيه أهليه التعاقد، ولا يشوب عيب من عيوب الإرادة طبقًا لما تشترطه القواعد العامة.

ولتفصل في التعبير عن الإدارة في التعاقد الإلكتروني قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين: تطرقنا في المبحث الأول وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني، أما المبحث الثاني فتناولنا في وسائل وطرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة والمشاكل التي يثيرها.

المبحث الأول: وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني

يعتبر الرضا ركن أساسي في القواعد العامة للعقد في نظرية الالتزام، ويتحقق التراضي في التعاقد أيًا كانت صفته تقليديًا أو إلكترونيًا بتوافق إرادتين متطابقتين، يُعبر عنهما وفقًا للقانون، ولما كان الرضا ركنًا أساسيًا في العقد فهو لا يتجسد إلا بالتعبير عنه، وتبعًا لذلك كانت القواعد العامة لانعقاد العقد التقليدي تشترط وجود إرادة تعاقدية؛ فإنها لا تشترط طريقة معينة للتعبير عن هذه الإرادة، وبما أن العقد الإلكتروني يُبرم عبر شبكة افتراضية تتسم باللامادية، فإن هذا الأمر يثير إشكالية في استخدام الوسائط الإلكترونية للتعبير عن الإرادة في إبرام العقد، ومدى اعتراف التشريعات بجواز التعبير عن الإرادة عبر هذه الوسائط.

من خلال هذا نتطرق في هذا المبحث لتعرف على وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني وذلك بتعريف التعبير عن الإرادة وقيمتها القانونية (المطلب الأول)، ومدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه (المطلب الثاني).

---

[1]- العقد هو تطابق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين؛ يتطلب يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين في معنى إحداث أثر قانوني، هو إنشاء التزام أو تعديله أو زواله، وهذا هو التراضي، وهو الركن الأول من أركان العقد، والإرادة المتجهة إلى إنشاء الإلتزام أو نقله أو تعديله، لابد أن تكون واعية مدركة، وتهدف من وراء ما تقوم به إلى تحقيق غاية معينة، هذه الغاية تسمى في الاصطلاح القانوني بسبب الالتزام، وهو الركن الثاني من أركان العقد، إضافة إلى ذلك فغن الالتزام محل ينصب عليه، والمحل يمثل الركن الثالث من أركان العقد. جابر محجوب علي وآخرون، **النظرية العامة للالتزام**، الجزء الأول: مصادر الالتزام في القانون المصري (المصادر الإرادية وغير الإرادية)، دون دار النشر، Google Books، ط1، 2022، ص74.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، **التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية**، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1437ه/2016م، ص28.

المطلب الأول: تعريف التعبير عن الإرادة وقيمتها القانونية

نتطرق من خلال هذا المطلب لاستعراض المفاهيم المتعلقة بالتعبير عن الإرادة (الفرع الأول)، ثم نتعرف على القيمة القانونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التعبير عن الإرادة

الإرادة هي "انعقاد العزم على إجراء العملية القانونية محل التعاقد، والتعبير عن الإرادة التعاقدية يتم باستخدام وسيلة تدل على وجودها"[1]. ويقصد بالإرادة العمل النفسي، الذي ينعقد به العزم على شيء معين، أو ذلك الأمر الكامن في التنفس الذي يستدعي نشاطا ذهنيا معينا. وتلك القوة النفسية هي التي تنتج أو توجه عمل المرء القصدي بصورة نهائية. ويقرر علماء النفس في تحليلهم للإرادة كظاهرة نفسية، أنها قبل أن تظهر للوجود فهي تمر بمراحل ثلاثة فأول مرحلة هي الإدراك أو التصور وذلك من خلال اتجاه الفكر إلى أمر معين، ثم يلي ذلك التدبر من خلال دراسة الشخص لهذا الأمر والتفكير فيه، ثم تعقبها مرحلة ثالثة وهي إمضاء العزيمة في إمضاء العزيمة في هذا الأمر والبث فيه وهذه هي الإرادة[2].

لا شك أن الإرادة مسألة داخلية لا يكترث بها القانون طالما ظلت حبيسة نفس صاحبها، فالقانون لا يهتم بالإرادة ولا يرتب على توجهها أثرا إلا إذا خرجت إلى العالم الملموس وتم الإفصاح عنها، والإفصاح عن الإرادة يتم بالتعبير عنها، والواقع أن القانون لم يشترط وسيلة معينة أو شكلاً خاصًا للتعبير عن الإرادة، فالشخص يمكنه أن يعتبر عن إرادته بالطريقة التي تروق له، وهذا انعكاس لمبدأ الرضائية الذي يقضي بأن الإرادة تكفي بذاتها لإبرام العقد دون الحاجة لشكل خاص[3].

والأصل في العقود الرضائية أن القانون لا يشترط لها مظهرًا خاصًا، ولا طريقة خاصة يتم بها تعبير الشخص عن إرادته؛ إذ يستوي في ذلك أن يكون التعبير عنها صريحًا أو ضمنيًا بوسائل تقليدية أو إلكترونية، فمثلاً إذا عرض البائع البضائع على موقعه الإلكتروني على شبكة الانترنت، أو عبر المتاجر الافتراضية، مع بيان مواصفاتها وأسعارها، يُعد ذلك تعبيرًا صريحًا عن الإرادة[4].

وعلى ذلك يصح أن يتم التعبير عن الإرادة التعاقدية عبر وسائل الاتصال الإلكترونية وخاصة عبر شبكة الانترنيت، وعليه فإن الرضا في العقد الإلكتروني يتحقق عندما يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكترونيين، رغم أن البيئة الإلكترونية التي يتم من خلالها إبرام العقد، أثرت منذ البداية على ركن الرضا بوصفه بالإلكتروني، إلا أنها لم تؤثر في تكوينه بحيث لا يزال يتفرع إلى عنصرين وإن اتسما بدورهما بالصفة الإلكترونية، إلا نهما يظلان عبارة عن إرادتين تسمى إحداهما إيجابا والأخرى قبولا.

بفضل تقنيات الاتصال الحديثة المُعتمدة في إبرام التعاقدات الإلكترونية القائمة في ظل البيئة الرقمية، فقد عملت هذه الأخيرة على توفير للمتعاقدين إمكانية التعبير عن إرادتيهما المكونة لمتعاقد عن طريق ما يُسمى بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات، والذي يكون بواسطة إحدى تقنيات الاتصال المعتمدة في هذا الغرض والحيز الذي يمكن للأطراف أن تتجه إرادتيهما إلى إحداث أثرا قانونيا.

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، ط2، 2011، ص163

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأزل، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص149.

[3]- جابر محجوب علي وآخرون، مرجع سابق، ص77.

[4]- وسيلة لزعر، **التراضي في العقود الإلكترونية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص: القانون الخاص كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-الجزائر، 2019/2018م، ص14.

وفيما يلي نستعرض بإيجاز الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني كأهم اثر قانوني ناتج عن التعبير عن الإرادة وهذا عن طريق وضع مفهوم للعقد الالكتروني (أولاً)، وتبيان خصائصه (ثانيًا).

أولاً: تعريف العقد الإلكتروني

بالرغم من أن العديد من التشريعات لم تتطرق الى تعريف شامل للعقد الالكتروني بطريقة مباشرة وكتفت في مجملها بتبيان الطبيعة القانونية للتعامل بهذا النمط من خلال نصوص قانونية توحي بطريقة أو بأخرى غير مباشرة لهذا النمط المستحدث.

وعرفه قانون الانسيترال النموذجي حول التجارة الالكترونية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 162/51 في المادة الثانية منه على انه " تبادل لبيانات الكترونية عن طريق نقل معلومات من حاسوب إلى حاسوب أخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين معلومات"[1].

أي أن تبادل المعلومات يكون بواسطة وسائل تكنولوجية حديثة كالحاسوب وما يكون مماثلا له مع اتفاق الأطراف حول هذه التقنية.

كما عرفه قانون التوجيه الأوربي في نص المادة الثانية من القانون رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك بقوله" كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات ابرم من مورد أو مستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد من تنظيم المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه" [2]

أما بالنسبة للدول العربية فنجد القانون الأردني حيث عرفته المادة الثانية من قانون المعاملات الأردنية بقولها " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط الكترونية كليا آو جزئيا"[3].

وقد عرفه القانون التونسي بقوله" أن العقود الالكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع أحكام القانون"[4]

ثانيًا: خصائص العقد الإلكتروني

ما يميز العقد الالكتروني من خلال مجمل التعريفات السابقة في كونه من العقود دو الوسيلة المختلفة في طريقة إبرامه كما انه ينفرد عن غيره من العقود الكلاسيكية بخصوصيات تتعلق بالطابع الغالب في هذا النمط الحديث كونه يتم إبرامه بوسائل تكنولوجية متطورة بالإضافة إلى كونه من العقود التي تبرم عن بعد كما انه يرد في الأصل على المعاملات التجارية بحسب اغلب التشريعات الدولية.

1- ارتباط العقد الالكتروني بوسائل تكنولوجية:

قد يشترك العقد الالكتروني مع العقد التقليدي في طريقة إبرامه للعقود وأثاره القانونية، لكن يختلف اختلافا كليا وجوهريا من حيث الوسيلة المبرمة في انعقاده[5]. فإذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد بصفة عامة يتم بالإفصاح عنها بأي طريقة من طرق التعبير الخارجي على وجه يعتد به القانون؛ فإن التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني يتم عبر وسائط إلكترونية بما يتماشى مع طبيعته، سواء كان مرئيا أو مسموعا أو غيرها من الوسائل التكنولوجية الحديثة والمتطورة.

---

[1]-المادة رقم 51/162 ،المتضمن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة، المرجع السابق.

[2]-المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي1997 ،المتعلق بحماية المستهلك.

[3]-قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

[4]-الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي

[5]- خالد ممدوح إبراهيم، **التراضي في تكوين عقود التجارة الإلكترونية**، ط1، مكتبة القانون والإقتصاد، الرياض-المملكة العربية السعودية، 1437ه/2016م، ص28.

2- العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد:

لقد استطاعت الاتصالات الحديثة أن تقرب المسافات دون أن تعترف بحدود جغرافيا معينة وتفسح المجال لتعامل التجاري بينهم لتلغي بذلك المجلس الحقيقي في التعامل التقليدي ويستبدل بمجلس افتراضي حكمي يدار بوسائل تكنولوجية تمكن الأطراف من سماع ومشاهدة بعضهم البعض وتبادل المعلومات عن بعد، دون التواجد المادي أي انه يندرج ضمن العقود التي تتم بين حاضرين في الزمان وغائبين في المكان[1].

3- العقود الالكترونية عقود ذات طابع تجاري:

يغلب في العقد الالكتروني النشاط التجاري بحسب طبيعة التعامل السائد في هذا النمط والمعبر عنه في اغلب التشريعات الفقهية بمصطلح " التجارة الالكترونية" بالإضافة إلى أن العديد من التشريعات عرفة العقود الالكترونية على أنها معاملات رقمية تعنى بالأنشطة التجارية أو بمصطلح العمليات التجارية.

الفرع الثاني: القيمة القانونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة

لتكون الإرادة صحيحة ومحدثة أثرا قانونيا لابد أن تكون صادرة من شخص يتمتع بالأهلية القانونية اللازمة لقبول التصرف الصادر منه (أولاً)، بالإضافة إلى أثارها المنقصة أو المعدمة لها (ثانيًا).

أولاً: الأهلية القانونية للتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية

يقصد بأهلية الشخص المتعاقد إلكترونيًا صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل التزامات ومباشرة تصرفات قانونية المتعلقة بهذه الحقوق، وحسب القواعد العامة[2].

تعد الأهلية لدى المتعاقدين شرطًا أساسيًا ولازمًا لقيام العقد صحيحًا، ولوجود الإرادة وصحتها في نظر القانون،فإن انعدمت الأهلية كان العقد باطلا، وإن كانت ناقصة أصبح العقد قابلا للإبطال. تشترط القواعد العامة لصحة العقد توافر الأهلية القانونية اللازمة لإبرامه لدى طرفيه، وهو الأمر اليسير التحقق منه في العقود التقليدية المادية لكن الأمر ليس كذلك بالنسبة للعقد الإلكتروني لأنه يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ومن دون حضور مادي للمتعاقدين خاصة الانترنيت التي تعتبر وسيلة اتصال عالمية لا مركزية وغير خاضعة لأية سلطة تراقبها أو تتحكم فيها ولكون التعاقد الإلكتروني يجرى عن بعد، مما لا يسمح بالتحقق من شخصية كلا المتعاقدين ولا التأكد من الهوية الحقيقية والأهلية اللازمة لمباشرة التعاقد، مما يجعل من صبي أن يتعامل بالبطاقة المصرفية الخاصة بأحد والديه مع تاجر حسن النية ويظهر في الغالب بمظهر الراشد[3].

يتم التعاقد عبر مواقع شبكة الإنترنت، بالدخول مباشرة في الموقع دون أن يعرف كل طرف من أطراف العقد ما إذا كان يتعامل مع أصيل أو مع وكيل، ومع بالغ أم مع قاصر، معسر أو موسر، بل قد يجد المتعاقد نفسه مع مجرد موقع وهمي وضع بغرض النصب والاحتيال على المترددين عليه[4].

---

[1]- د/ محمد حسين منصور،دار الجامعة الجديدة.الإسكندرية 2003،ص23.

[2]- مفيدة العوادي، **التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الانترنت**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي-الجزائر، 2016/2015م، ص45.

[3]- العربي شحط أمينة، مرجع سابق، ص160.

[4]- محمد رامي علوان، **التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني**، مجلة الحقوق الكويتية، مج 26، ع 04 2002م، ص225.

كما قد يترتب على الانفصال المكاني بين أطراف العقد الإلكتروني عدم معرفة كل المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض، وهذا نظرا للطابع الخاص للوسائل المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني، التي تتيح إمكانية التعاقد بين أشخاص من دول وجنسيات وأعمار مختلفة، وقد يخضعون لأنظمة قانونية مختلفة في تحديد سن الرشد، ولذلك أصبحت مسألة التأكد من أهلية المتعاقدين مسألة ينفرد بها العقد الإلكتروني، وعلى ذلك يجدر بالمتعاملين عبر شبكة الأنترنيت وضع شرط يسمح بالتحقق من سن المتعاقد الآخر وأهليته، بحيث إذا ما ارتكب القاصر غشا أو تدليسا يجوز للمتعاقد الآخر معه عند إبطال العقد مطالبته بالتعويض، وقد أمكن التغلب على مسألة التحقق من أهلية المتعاقد لإبرام العقد إلى حد ما بالعديد من الطرق منها بطاقات الائتمان وإلزام القابل بتسجيل بيانات معينة تكشف عن هويته مثل" اسم المستخدم "و"كلمة الدخول"، كذلك يمكن اللجوء لجهات متخصصة تتولى أمر الرقابة، ويطلق على تلك الجهات جهات التوثيق أو سلطات الإشهار، وهي طرف ثالث محايد، كما تعرف كذلك بالشخص الوسيط الإلكتروني في العلاقة التعاقدية، وتتمثل في شركات يمكن أن تكون عامة أو خاصة ناشطة في ميدان خدمات التقنية، حيث تنظم العلاقات بين الطرفين على الخط، فتقوم بتحديد هوية الطرفين وأهليتهما القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت حقائق معينة متعلقة بالتعاقد الذي يجرى عبر الانترنيت[1].

ثانيًا: أنواع الأهلية في العقد الالكتروني:

بالنظر لطبيعة العقود الالكترونية التي تبرم عادة بين طرفين غير متكافئين من الناحية الفنية والتقنية لموضوع العقد مما يزيد من فرص وقوع المستهلك غير الخبير وغير المختص في مشاكل من شأنها أن تؤثر على طبيعة المعاملات بين الأطراف وعليه وجب التفريق بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء وأثارهما القانونية.

1- أهلية الوجوب :

تعرف أهلية الوجوب على أنها صلاحيات الشخص لاكتساب ماله من حقوق اقرها له القانون وتحمل ماله من التزامات تجاه الآخرين .أي أن أهلية الوجوب تكون بين قسمين قسم يكتسب به الشخص مجموعة الحقوق التي يقرها له القانون وقسم لمجموعة الالتزامات التي يوجبها عليه القانون.

كما أن أهلية الوجوب تثبت للشخص مند ولادته حيا وترافقه إلى غاية وفاته.

2- أهلية الأداء:

تنشا أهلية الأداء ببلوغ الشخص السن القانونية، حيث نجد أن المادة 40 من القانون المدني الجزائري نصت على مايلي " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقواه العقلية ولم يحجز عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد 19 سنة كاملة"[2].

كما أنها تعرف أيضا بصلاحيات الشخص للقيام بتصرفاته القانونية بنفسه وعلى وجه يعتد به القانون .

كما أن صلاحية الشخص لمباشرة حقوقه بنفسه يشترط فيها أن يكون قادرا على التميز بين الأعمال التي تكون ضارة ونافعة في نفس الوقت على النحو التالي:

ا***أهلية الأداء بالنسبة لشخص الغير مميز:**

[1]- لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012م، ص104.

[2]- المادة 40 من القانون المدني الجزائري.

حسب المادة 42 من القانون المدني المعدلة فإنه " لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقدا للتميز لصغر سنه أو عثة أو جنون "[1]
كما يعتبر غير مميز من لم يبلغ سن 13 سنة ويبطل كل تصرفاته ولو كان التصرف نافعا له.

ب* أهلية الأداء بالنسبة للشخص الراشد:

وتعتبر هذه المرحلة للشخص ما بعد سن 13 سنة وما دون سن 19 سنة، بحيث يكون الشخص هنا راشدا مع نقص في الأهلية بحسب المادة 43 المعدلة والتي نصت على مايلي "[2] كل من بلغ سن التميز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان ناقصا للأهلية وفقا لمل يقره القانون "

وهنا تحسب جميع التصرفات التي تنشأ من الصبي المميز على اعتبارات معينا تكون بين النافعة له نفعا محضا كقبوله لهيبة أو وصية وهنا التصرف يكون صحيحا مادام لصالح الصبي ولمنفعته.

ويكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا إذا كان هذا التصرف ضارا له ضرر محضا ويكون هذا البطلان من طرف القاضي حتى إذا أجاز الولي أو الوصي هذا التصرف.

بالإضافة إلى بطلان التصرف بطلانا نسبيا إذا كان التصرف يقع بين الضرر والنفع ويكون كذلك بإبطاله من طرف الولي أو الوصي، فإن اعتبرنا أن التقادم في هذا البطلان يكون بمدة خمس سنوات فإن الصبي عند بلوغه سن الرشد يمكن له لن يفعل ذلك أي أن يقوم بإبطال التصرف بنفسه.

المطلب الثاني: مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه

لما كان التراضي عبر شبكة الانترنت يثير العديد من المخاوف؛ فقد استوجب ذلك الوقوف على مدى اعتراف القانوني بالتعبير عن الإرادة لغرض إنشاء العقد في بيئة إلكترونية، وبالذات عبر استخدام شبكة الانترنت، من خلال بيان موقف التشريعات العربية والدولية.

رسخت القواعد العامة في التشريعات الحديثة قاعدة مفادها جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير الشك في رضى المتعاقد بالتصرف، تغليبًا لمبدأ سلطان الإرادة، والذي قامت عليه معظم تلك التشريعات، إضافة إلى قيام عدد من الدول بإصدار قوانين خاصة؛ نظمت مسألة التجارة والمعاملات الإلكترونية، وبحثت مسألة التعبير عن الإرادة بالوسائط الإلكترونية، ومن ضمنها شبكة الانترنت[3].

ومن خلال هذا المطلب نتطرق إلى دراسة مدى جواز التعبير عن الإرادة إلكترونيًا (الفرع الأول)، والاستثناءات الواردة عليه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

وجد مبدأ الرضائية تطبيقا حديثا له في عصر ثورة المعلومات والاتصالات؛ بحيث يكون التقاء الإرادات إلكترونيا كافيًا لإبرام العقد؛ متى استوفى شروط صحته، بغض النظر عن وسيلة الاتفاق عليه، وكما لا يوجد في القواعد العامة في معظم التشريعات الحديثة؛ سواء الدولية منها

[1]- المادة 42 ق.م المعدلة بالأمر 05 – 10 المؤرخ في 2005/06/20.
[2]- المادة 43 ق.م المعدلة بالأمر 05 – 10 المؤرخ في 2005/06/20.
[3]- محمد عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت ـدراسة مقارنة**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان الأردن، 2009م، ص40.

أو العربية، ما يمنع انعقاد العقد باستخدام شبكة الانترنت، بل أن هذه القواعد فيها من المرونة ما يستوجب مثل هذه الوسيلة لاعتبارها صورة أخرى من صور التعبير عن الإرادة[1].

مما سبق نستعرض في هذا الفرع، قاعدة جواز التعبير عن الإدارة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الدولي (أولاً)، ثم التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الداخلي (ثانيًا).

أولاً: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الدولي:

من خلال هذا العنصر نتطرق لقاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الدولي، باستعراض ما نصت عليه في هذا الخصوص كل من اتفاقية فيينا القانون النموذجي للتجارة الإلكتروني (اليونسترال) الذي أصدرته منظمة الأمم المتحدة، وفي الأخير نتطرق لقاعدة جواز التعبير عن الإدارة بكافة الوسائل الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الأوروبي.

1- قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل الخاصة بالمعاملات الإلكترونية حسب الاتفاقيات الدولية:

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

ب- **القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال):** ولما كانت هذه الاتفاقية تتعلق فقط بتنظيم عقد البيع، وتخص فقط عقد البيع الدولي دون عقود البيع الوطنية، بقيت الشكوك حول إستعمال الوسيلة الإلكترونية قائمة إلى أن أصدرت منظمة الأمم المتحدة، ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المسمى اليونسترال (UNCITRAL) بتاريخ 1996/12/16. وأهم ما جاء فيه هو نصه في الفقرة الأولى من مادته الثانية على أن وسائل الإتصال التي تتم عن طريقها التجارة الإلكترونية مذكورة على سبيل المثال لا الحصر[3]، وقد رسخ هذا القانون مشروعية استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وتكوين العقود بغض النظر عن الوسيلة المستعملة لذلك.

ج- **على صعيد الاتحاد الأوروبي:** وعلى صعيد الاتحاد الأوروبي فقد ورد في التعليمة الخاصة بالتجارة الإلكترونية رقم 2000/31 الصادرة بتاريخ 2000/06/08 في الفقرة الأولى من المادة التاسعة ما يلزم الأعضاء في الاتحاد الأوروبي بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، بحيث أن إبرامها بوسائل إلكترونية لا يمس صحتها ولا قابليتها للتنفيذ[4].

---

[1]- وسيلة لزعر، مرجع سابق، ص20.

[2]- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص24.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني -دراسة مقارنة-**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، ط2، 2011، ص127.

[4]- مبروكة بن مهدي، **الرضا في العقد الإلكتروني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة-الجزائر، 2017/2016، ص17.

ثانيًا: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الداخلي:

من خلال هذا العنصر نتطرق بإيجار لذكر بعض الدول على سبيل المثال لا الحصر السباقة في جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل الخاص بالمعاملات الإلكترونية:

1- الولايات المتحدة الأمريكية:

لقد كانت الولايات المتحدة الامريكية من الدول السباقة لتشجيع استخدام أسلوب التجارة الإلكترونية في التعاقد إذ أصدرت قانون النقل المصرفي بالطرق الإلكترونية عام 1978 والذي يسمح بإجراء عمليات الإيداع نقدا أو بالشيكات أو النقل المصرفي بالطرق الإلكترونية[1].

2- فرنسا:

كما أصدر فرنسا القانون رقم 525/80 المتعلق بإثبات التصرفات القانونية التي تتم عن طريق وسائل الإتصال الفوري ذات المعالجة الآلية سنة 1980، ثم قانون الاتصالات السمعية والبصرية سنة 1989، وقد بين هذا القانون أن المقصود من إصطلاح الاتصالات عن بعد هو الإصطلاح الذي يشمل كل تعامل وكل إرسال أو استقبال للعلامات والإشارات والخطوط المكتوبة والصور والمعلومات، مهما كان نوعها، سواء كانت سلكية، لا سلكية، بصرية، سمعية أو بالأنظمة الأخرى[2]، وقد سايرت هذا الاتجاه كل من إيطاليا وكندا بسنهما لقانون التجارة الإلكترونية عام 1999.[3]

وأصدرت فرنسا بعد ذلك القانون رقم 2000/230 في شأن الإثبات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني أين وسعت من تعريف التجارة الإلكترونية وجعلتها تشمل تبادل المعلومات والمعاملات التجارية المتعلقة بالمعدات والمنتجات وكذا الخدمات. وأصدرت كذلك القانون المؤرخ في 2044/06/21 المتمم بموجب المرسوم المؤرخ في 2005/06/16 الذي ينظم نوعا خاصا من العقود وهي العقود الإلكترونية[4].

3- على الصعيد العربي:

أما على الصعيد العربي فرغم أن معظم الدول العربية لم تشرع قانوا لتنظيم المعاملات الإلكترونية إلا أن مجموعة منها حدت حذو القانون النموذجي للتجارة الإلكتروني (اليونسترال) في تناول مسألة التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية، وتعتبر تونس أول دولة عربية أصدرت قانونا خاصا بالتجارة الإلكترونية سنة 2000 تحت رقم 83 والذي تضمن القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الإلكترونية، وقد نص هذا القانون على أن العقود الإلكترونية تخضع لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون[5].

وقد سن المشرع الأردني قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001 الذي أجاز بموجبه صراحة استخدام رسالة المعلومات كوسيلة مقبولة للتعبير عن الإرادة[6]. وقد سايره

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، **أمن المستهلك الإلكتروني**، الدار الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2008م، ص33.

[2]- مبروكة بن مهدي، مرجع سابق، ص17.

[3]- مدحت عبد الحليم رمضان، **الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2001م، ص12.

[4]- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص24.

[5]- أمير فرج يوسف، **عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري والإلكتروني**، المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية- مصر، 2009م، ص459.

[6]- أمير فرج يوسف، المرجع نفسه، ص446.

المشرع الإماراتي في سنه للقانون رقم 2002/02 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية[1]، وكذا المشرع البحريني بوضعه للقانون رقم 2004/28،

ثالثًا: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريع الجزائري.

1- حسب القانوني المدني الجزائري:

إن استغلال وسائل تقنية المعلومات في التعبير عن الإرادة في إبرام العقود ومختلف التصرفات القانونية، يثير العديد من التساؤلات حول مدى اعتراف المشرع الجزائري بهذه الوسائل الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول، وبناء عناصر التعاقد، وبالرجوع إلى القانون المدني الجزائري فإنه لا يتضمن نصوصًا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة، إلا أنه يمكن استخلاص مشروعية التعاقد عبر الانترنت من القواعد العامة لنظرية العقد؛ إذ الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته المادة 60 من ق.م.ج[2]، والتي تعطي المتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران عن إرادتهما، ومن ذلك التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، إضافة إلى ذلك ما كرسه المشرع في قواعد الإثبات، والتي بمقتضاها أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانًا بارزًا ضمن قواعد القانون المدني الجزائري، وهو ما بينه القانون رقم 05-10 المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، حيث نصت المادة 323 مكرر 1 على "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"[3]، حيث يعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر أعلاه[4].بالرجوع إلى المادة 64 من ق.م، التي نصت على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص أخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"؛ استنادًا لهذه المادة فإن عبارة "بأي طريق مماثل" تشير إلى أية وسيلة تقترب فنيًا من الهاتف، فالنص القانوني السابق يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة منها الانترنت، كون الاتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية، وأن الطرق الإلكترونية الأخرى للتعبير عن الإرادة؛ كالبريد الإلكتروني تشبه أيضًا الطرق التقليدية مثل المراسلة[5].

2- حسب القانوني 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية:

وإن كان المشرع الجزائري قد تدارك الأمر بأن أجاز صراحة إمكانية التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية، وذلك من خلال القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية،

---

[1]- محمود عبد الرحيم شريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت دراسة مقارنة**، دار الثقافة، ط1، الأردن، 2009م، ص ص32

[2]- تنص المادة 60 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، السالف الذكر على أن: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفًا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيًا، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحًا". ص993.

[3]- المادة 323 مكرر 1 من القانون رقم 05-10، المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموق لـ 20 يونيو سنة 2005،المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم ج.ج.ج.ج، العدد 44، الصادرة في 26 يونيو سنة 2006م، ص24.

[4]- الفقرة الثانية من المادة 327 من القانون رقم 05-10، المعدل والمتمم، السالف الذكر، ص24.

[5]- مناني فراح، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة-الجزائر، 2009م، ص133.

وبمقتضى هذا القانون أجاز لكل من المورد والمستهلك الإلكترونيين أن يعبروا عن إرادتهم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة ومنها شبكة الانترنت[1].

وفي ذلك ألزم المورد الذي يتقدم بالعرض التجاري عبر شبكة الأنترنت أن يكون بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة وهو ما يدل على إمكانية التعبير عن الإرادة عن طريق مختلف الوسائل الإلكترونية المتاحة والتي من بينها: المواقع، غرف المحادثة والبريد الإلكتروني.

الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

أجازت معظم التشريعات التي نظمت مسائل التجارة الإلكترونية والمعاملات الإلكترونية صراحة لأطراف التعامل التعبير عن إرادتهم باستخدام الوسائل الإلكترونية، في حين أن جميع التشريعات أكدت في نفس الوقت على حرية الأطراف في الإتفاق على خلاف ذلك، بمعنى أنها لم تفرض شكلا معينا للتعبير عن الإرادة إلكترونيًا، ومتى إتفق أطراف المعاملة على التعبير عن إرادتهم بالوسائل التقليدية كالبريد العادي أو التليفون كان ذلك ملزما لهم، فلا يجوز لهم إجراؤها بطريقة إلكترونية، إضافة إلى أنه يسهل حاليا إيجاد حرية غير مقيدة لاسيما في المجال الاقتصادي[2]، لذلك فإن إجازة التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية ترد عليه استثناءات نتناولها كما يلي:

أولاً: الاستثناءات الواردة في الشريعة الإسلامية:

أجمع فقهاء الشريعة على اعتبار العقد وسيلة من وسائل التعامل بين الناس، لأن الإنسان لا يستطيع العيش بمفرده، مما يجعله في حاجة ربط علاقاته مع الآخرين يستعين بهم لقضاء حاجاته، فكان ذلك سببا لمشروعية العقد[3] ومن هنا جاء اتفاق علماء الشريعة على صحة إبرام العقد بالكتابة إذا لم يحضر مجلس العقد، لأن القاعدة الفقهية تشير أن "الكتاب كالخطاب"؛ أي أن الكتابة كأنها نطق من الحاضرين عن التغيب عن مجلس العقد، وبالتالي تشكل الانترنيت وسيلة حديثة لتوصيل الكتابة مثلها مثل رسائل البريد التي أجيز إبرام العقد بواسطتها[4].

ويشيرون أن العقد يقوم ركن ركين يتمثل في تبادل الإيجاب والقبول من المتعاقدين ووصول كل منهما إلى علم المتعاقد الآخر وفهم كلاهما للآخر، وهذا الأمر يتحقق في التعاقد بواسطة شبكة الانترنيت أو عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة والمشاهدة فينبرم العقد ويرتب الآثار بين طرفيه. ولقد نص القرار رقم (6/3/52) الصادر عن مجمع الفقه الإسلامي لدورته السادسة على صحة إبرام العقود بواسطة أدوات الاتصال الحديثة ومنها الحاسب الآلي وبين بعض الأحكام الخاصة بذلك[5].

حسب قرار مجمع الفقه الإسلامي:

- إذا تم العقد بين غائبين وكانت وسيلة الاتصال لإبرام العقد الكتابة أو الرسالة، فينشأ العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.
- إذا تم العقد بين الأطراف في زمن واحد لا يجمعهما مكان واحد (بواسطة الهاتف واللاسلكي) فإن المتعاقدان يعتبران حاضرين.

---

[1]- ينظر المادة 10 و11 من القانون 18-05، المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 28، الصادرة في 16 مايو سنة 2018م، ص06-07.

[2]- مبروكة بن مهدي، مرجع سابق، ص21.

[3]- محمد سعيد الرملاوي، **التعاقد بالوسائل المستخدمة في الفقه الإسلامي**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2007م ص27.

[4]- محمد سعيد الرملاوي، مرجع سابق، ص27.

[5]- مناني فراح، مرجع سابق، ص 122.

- إذا أُصدر الموجب -العارض- باستعمال الوسائل المتمثلة في الهاتف واللاسلكي إيجابا منه محدد الزمن فإنه يبقى ملزما بالبقاء على هذا الإيجاب خلال تلك المدة وليس له العدول عنه.
- إن الحالات السابقة المقررة، لا تنطبق على بعض العقود المتمثلة في عقد النكاح لاشتراط الإشهاد فيه، ولا عقد الصرف لاشتراط التقابض، ولا عقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال[1].

وعليه فالعقود المستثناة من صحة التعاقد بطريقة الأنترنيت في مجال الأحوال الشخصية هي: عقد النكاح، عقد الصرف، عقد السلم.

ثانيًا: الاستثناءات الواردة في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال):

من أهم أهداف القانون النموذجي هو مساعدة الدول في تطوير تشريعات تستجيب لحاجات التجارة الإلكترونية بغية الوصول إلى توحيد الأحكام، وتماثل الحلول المطروحة؛ لأية مشكلة قانونية تتعلق بهذه النوعية من التجارة، بالإضافة إلى تهيئة بيئة قانونية أكثر أمانًا لظاهرة التجارة الإلكترونية، وعليه فقد قَصرَ القانون النموذجي نطاق تطبيقه على التجارة الإلكترونية؛ أي الأنشطة التجارية التي تمارس عبر وسائل إلكترونية، لذلك فقد جاء في مادته الأولى والمعنونة بنطاق التطبيق أنه: "ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية"، وفي موازاة ذلك لم يمنع القانون النموذجي الدول من توسيع نطاق تطبيق هذا القانون إذا ما رغبت بتبنيه لتشمل التعاملات غير التجارية باستخدام الوسائل الإلكترونية[2]، كما جاء في الحاشية أو الهامش رقم 4 الواردة في المادة الأولى منه ما يلي: تقترح اللجنة النص التالي على الدول التي ترغب في توسيع نطاق انطباق هذا القانون: "ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات يكون في شكل رسالة بيانات باستثناء الحالات التالية: [...]"[3].

كما ارتأى من 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 في توفير قواعد محايدة من حيث الوسائط من جهة، ومن جهة أخرى أن هذا القانون ينبغي أن يتضمن الإشارة إلى أنه يركز على الحالات التي هي من النوع المصادف في المجال التجاري، كما رأت اللجنة الخاصة بصياغة هذا القانون إبقاء تعريف مصطلح التجارة الإلكترونية مفتوحًا ليشمل كل المستجدات الإلكترونية الممكنة، ومع ذلك أعطى الحرية للدول لاستثناء ما تراه مناسبًا من مستخرجات الوسائل الإلكترونية الخاصة بالكتابة، والتوقيع، وتكوين ونفاذ العقد، واعتراف الأطراف بوسائل المعلومات، ومكان وزمان بث وصول الرسائل الإلكترونية ووثائق النقل[4].

يفهم من هذا أنه ورغم سعي القانون النموذجي (الأونسيترال) إلى تضييق نطاق تطبيقه حتى يقتصر على التجارة الإلكترونية؛ إلا أنه وسع من نطاق التجارة الإلكترونية، وهذا حتى تشمل جميع الأنشطة التجارية التي تجري عن طريق الوسائل الإلكترونية؛ مما يعني أن هذا القانون أجاز التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، وهذا بغرض إنشاء العقد أو تعديله، أو إلغائه، ولم يورد أي استثناءات.

---

[1]- المرجع نفسه، ص 123.

[2]- محمد عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 53.

[3]- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 ومع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمد في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2000م، ص03.

[4]- لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص27-28.

ثالثًا: الاستثناءات الواردة في القوانين الوضعية

لتفادي إجراءات الشكلية والرسمية في العقود فإن هناك من القوانين الوطنية المختلفة من استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة، وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني، باعتبار أن هذه الأمور ليست متعلقة بالنشاط التجاري وليس لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية، وإنما هي فقط مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة، كالزواج والهبة والوصية، أو لكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها. مثال ذلك رهن السفينة، وتسجيل العقار، والحقوق العينية الواردة على العقار بصفة عامة، وأحكام وقرارات المحاكم وأوراق مستندات التقاضي[1].

ونظرًا لأهمية وخطورة مثل هذه التصرفات فقد رأى مشرعو بعض الدول عدم جواز استخدام قواعد البيانات أو التوثيق الإلكتروني بشأنها، ومن هذه القوانين: القانون الأمريكي، والكندي، وقانون إيرلندا الشمالية، والصين، وإمارة دبي والأردن[2].

الحال أن أي عقد أو مستند رسم له القانون لإجرائه شكلاً معينًا يجب أن يتم وفقا لهذا الشكل، وأن عدم مراعاة هذا الشكل يستوجب اعتبار هذه التصرفات غير صحيحة؛ كالعقود الواردة على العقارات، ومعاملات الأحوال الشخصية، والوصية في إنشائها أو تعديلها، وإنشاء الوقف وتعديله، وبيع السيارات والمركبات، فمثلاً إذا أبرمت معاملة بشأن أي من هذه المسائل المذكورة على سبيل المثال لا الحصر عبر الانترنت فإن العقد يعتبر باطل لعدم استيفائه الشكلية التي أوجبها المشرع، لأن الانترنت لم تحقق هذه الشكلية[3].

المبحث الثاني: طرق وصور التعبير عن الإرادة إلكترونيًا والمشاكل التي تثيرها

بعد التعرف على وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني ومدى جواز التعبير الإلكتروني عنها والاستثناءات الواردة عليه، نتطرق في هذا المبحث إلى طرق وصور التعبير عن الإرادة إلكترونيًا (المطلب الأول)، ثم نستعرض المشاكل التي يثيرها التعبير الإلكتروني عن الإرادة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: طرق وصور التعبير الإلكتروني عن الإرادة

إن مجرد وجود الإرادة لا يكفي لانعقاد العقد، كونها أمر باطني لا يمكن التحقق من وجوده إلا بوجود ما يدل عليه، ويقصد بذلك التعبير عن الإرادة الذي يمكن أن يكون صريحًا أو ضمنيًا، وهو ما نصت عليه القواعد العامة لمختلف التشريعات؛ إذ لم تشترط هذه الأخيرة شكلاً خاصًا لتعبير عنها، وإخراجها من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود المادي، بل أتت وسائل التعبير عنها على سبيل المثال لا الحصر؛ إذ من أشهرها اللفظ، الإشارة.

وبظهور العقود الإلكترونية أجازت التشريعات التعبير عن الإرادة بوسائل وطرق إلكترونية[4]، متماشية مع طبيعة هذه المعاملات، وهو ما يدفعنا إلى تسليط الضوء على هذه المسألة،

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 195.

[2]- المرجع نفسه، ص 195.

[3]- فراس بحر محمود، **التعبير الإلكتروني عن الإرادة**، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، مج16، ع3، 2014م، ص38.

[4]- المادة 10 من القانون رقم 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، (ع27)، الصادرة في 13 ماي سنة 2018م، ص6-9. على "إن التعبير عن الإرادة الإلكترونية هو التعبير عن الإرادة الذي يتم عبر وسائل اتصالات إلكترونية، وقد عرف القانوني رقم 18-04 الاتصالات الإلكترونية في المادة 10 منه: كل إرسال أو تراسل أو استقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية".

من خلال دراسة طرق التعبير عن الإرادة إلكترونيًا (الفرع الأول)، ثم صورة التعبير عن الإرادة إلكترونيًا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة

يتحقق التراضي في العقود الإلكترونية كغيرها من العقود الأخرى من خلال التعبير المتبادل والمتطابق للأطراق عن الإيجاب والقبول، ويقترنان عادة بأساليب ووسائل إلكترونية أجازتها معظم التشريعات، ومن أهم هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة نجد رسائل البيانات (أولاً)، والتعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الإلكتروني (ثانيًا).

أولاً: التعبير عن الإرادة عن طريق رسائل البيانات

تعتبر رسالة البيانات أكثر الصور شيوعا للتعبير الإلكتروني عن الإرادة وإبرام المعاملات القانونية من خلال تبادلها عبر مختلف وسائل الاتصال الحديثة المستوعبة لها، ونتيجة لذلك نجد أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد اهتمت بها وخصص لها نصوصا قانونية حددت من خلالها مفهوم رسالة البيانات، وأقرت بصلاحيتها للتعبير عن الإرادة، كما حددت قيمتها القانونية في إثبات التصرفات المبرمة بواسطتها[1].

1-**تعريف رسالة البيانات:** عرفت رسالة البيانات بناءًا على الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية بأنها: "المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها وتخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية، أو للبريد الإلكتروني، أو البرق[2]، أو التلكس[3]، أو النسخ البرقي". ومعنى ذلك أن رسالة البيانات لها صور عدة يجوز أن يتم بها الإيجاب والقبول، كأن تكون مرسلة عن طريق الفاكس أو التلكس أو ما شابه ذلك[4].وإذا كانت رسالة البيانات تقوم أساسًا على المعلومات فإن هذا يقودنا إلى تعريف المعلومات، التي عرفها المشرع الأمريكي في قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الصادرة سنة 1999 بالفقرة العاشرة من المادة الثانية بأنها: "تشمل البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل وبرامج الكمبيوتر والبرامج الموضوعة على الأقراص المرنة وقواعد البيانات أو ما شابه ذلك"[5].

يتبين من التعريف السابق بأنه أعطى مفهوما موسعا وشاملا للمعلومة، إذ أجاز أن تكون في أي شكل كانت ويمكن أن نستنتج من عبارة "ما شابه ذلك" أنه ترك المجال مفتوحا وذلك تحسبا لأي مستجدات قد تطرأ على الوسائل التي تنقل بواسطتها المعلومة. وأخذت تبعا لذلك معظم

---

[1]- من هذه التشريعات نجد قانون اليونسترال النموذجي، وقانون المعاملات والتجارة لإمارة دبي، وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، أما قانون التجارة الإلكترونية الجزائري فجاء خاليا من الإشارة إليها. انظر: منية نشناش، التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، 2021م، ص41.

[2]- البرق أو تلغراف؛ نظام لنقل الرسائل باستخدام جهاز يسمى المبرقة، ويسمى كذلك بشفرة موريس. انظر: إلياس ناصيف **العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009م، ص12.

[3]- التلكس: جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة دون وجود فاصل ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها. انظر: محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت**، دار المطبوعات الجامعية، ط1، الإسكندرية، مصر 2004م، ص15.

[4]- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**، دار الفكر للنشر، الإسكندرية-مصر، دون تاريخ النشر، ص140.

[5]- مفيدة العوادي، **التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الانترنت**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص: قانون أعمال، كلية الحقو العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016/2015م، ص14.

التشريعات الحديثة[1] للدول، حيث أصدرت قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية بنفس المفهوم لرسائل البيانات وأعطتها الاعتراف القانوني والحجة في الإثبات[2].

2- إسناد رسالة البيانات: حيث أن رسالة البيانات غالبا ما يتم تبادلها عبر وسائل إلكتروني، فإن مستخدميها كطريقة للتعبير عن الإرادة قد يجدون أنفسهم في أماكن جغرافية متباعدة، لذلك كان من الضروري وضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإسناد الرسائل إلى منشئيها وإلزامهم بمضمونها على نحو يضمن للمرسل إليه صحة الرسالة وجديتها، ويمكنه من تحديد هوية مرسلها.

في ضوء أهمية هذه العملية -إسناد رسالة البيانات- حرصت التشريعات وفي مقدمتها قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تحقيق الثقة والأمان في المعاملات المبرمة إلكترونيا من خلال نص المادة 13 منه المتعلقة بإسناد رسالة البيانات إلى الشخص مصدرها بقوة القانون[3].

والمستخلص من نص هذه المادة أن القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية قد وضع مبدأ عاما أو قرينة مفادها أن رسالة البيانات -وهي المتضمنة للتعبير عن الإرادة- طالما كانت مرسلة من المرسل ذاته أو من جهاز تحت سيطرته أو من نائبه فإنها تعتبر وكأنها مرسلة من الشخص ذاته، لكن هذه القرينة ليست بقاطعة وإنما هي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس، عن طريق إثبات المرسل أن تلك الرسالة قد أرسلت عن طريق الخطأ، أو أنها أرسلت من شخص آخر غير مرخص له بإرسالها[4]، أو بأن يرسل المرسل إلى المرسل إليه إشعارا يبلغه فيه أن الرسالة غير صادرة عنه، وأن عليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ، تعد عندها -هذه الحالات- الرسالة كأنها لم تكن، وينعدم تبعا لذلك كل أثر قانوني مترتب على إرسالها. يمكن من خلال نص المادة 13 من قانون اليونسترال النموذجي تعداد الحالات التي تسند فيها رسالة البيانات إلى المنشئ بقوة القانون، وهو الحل المنشود للإشكال المطروح وهي[5]:

- **الحالة الأول:** حالة تكون الرسالة صادرة عن المنشئ نفسه.
- **الحالة الثانية:** حالة اعتبار الرسالة صادرة عن المنشئ وذلك في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه دون غيرهما، أين تعتبر رسالة البيانات المتضمن للتعبير عن الإرادة صادرة عن المنشئ إذا أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات أو من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا (الفقرة 2 من المادة 13).
- **الحالة الثالثة:** حسب الفقرة 03 من المادة 13، إذ يحق في مثل هذه الحالة للمرسل إليه التصرف على أساس أن الرسالة صادرة عن المنشئ، وذلك أيضًا في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، إذا طبق المرسل إليه تطبيقا سليما من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، إجراء سبق وأن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض أو كانت رسالة البيانات كما تسلمها

---

[1]- فقد عرفها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 رقم 58 من خلال المادة 13 بأنها "الوسيلة التي تعبر عن الإرادة وهي مقبولة قانونا من أجل إبداء الإيجاب أو القبول بغرض إنشاء التزام تعاقدي". أما القانوني الإماراتي بشأن المعاملات التجارية الإلكترونية فقد عرف رسالة البيانات من خلال المادة 2 بأنها "معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أيا كانت وسيلة استخراجها والمكان المستلمة فيه".

[2]- بلقاسمي حامدي، **إبرام العقد الإلكتروني**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015/2014م، ص66.

[3]- منية نشناش، مرجع سابق، ص ص44-45.

[4]- منير محمد الجنبيهي، ممدوح محمد الجنبيهي، مرجع سابق، ص142.

[5]- ينظر: آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنيت**، دار وائل للنشر والتوزيع، ط1، عمان الأردن 2006م، ص ص109-113. صالح المنزلاوي، **القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية-مصر، 2008م، ص ص376-378.

المرسل إليه ناتجة عن تصرفات شخص يمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسائل البيانات صادرة عنه فعلا.

كما قد أوردت الفقرة (4) من المادة 13 نفسها الحالات التي يستبعد فيها تطبيق الفقرة (3)، بحيث يكون فيها للمنشئ الحق في أن يتمسك بعدم صدور الرسالة الإلكترونية عنه حتى مع توافر الحالتين المنصوص عليهما في الفقرة 03 وهي:

أ- اعتبارا من الوقت الذي تسلم فيه المرسل إليه إشعارا من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ وتكون قد أتيحت فيه أيضًا للمرسل إليه فترة معقولة للتصرف على هذا الأساس

ب-بالنسبة لحالة تخضع للفقرة 3 (ب)، في أي وقت عرف فيه المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف، إذا بدل العناية المعقولة أو استخدام أي إجراء متفق عليه، أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ.

وقد سارت في نفس منحى قانون اليونسترال النموذجي بشأن الأحكام المقررة بموجب المادة 13 عديد القوانين الوطنية، على غرار قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 15 لسنة 2015، بموجب المادتين 10 و11 منه، وقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم 2 سنة 2005 بموجب المادتين 15 و16 منه، في حين خلا قانون التجارة الإلكترونية الجزائري من أية إشارة كما سبق التنويه إليه[1].

ثانيًا: التعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الإلكتروني

إنّ مصطلح الوكيل الإلكتروني، مصطلح حديث النشأة نتج عما أحدثه التطور التكنولوجي، وعرف كذلك بالأجهزة المؤتمتة[2].

1- تعريف الوكيل الإلكترونية:

اختلفت قوانين التجارة الإلكترونية في تعريفها للوكيل الإلكتروني، حيث عرف القانون الكندي الموحد للتجارة الإلكترونية لسنة 1999 الوكيل الإلكتروني بأنه: "برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على التسجيلات الإلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي"[3]، ويقترب هذا التعريف من التعريف الذي أورده القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة الثانية منه والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية في المادة (6/2) من القسم رقم (401) حيث عرفا الوكيل الإلكتروني بأنه "برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على تسجيلات إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي"[4]. ويبدو أن هذا التعريف للوكيل الإلكتروني يتقارب مع التعريف السابق من حيث وصفه للوكيل الإلكتروني بأنه برنامج حاسوبي، وقد ورد تعريف برنامج الكومبيوتر في القانون التجاري الأمريكي الموحد، حيث عرف هذا القانون برنامج الكومبيوتر بأنه: "مجموعة من الإرشادات أو التعليمات التي تستخدم بطريقة مباشرة، أو غير مباشرة في معالجة المعلومات التي تحدث نتيجة

---

[1]- منية نشناش، مرجع سابق، ص 46.

[2]- فاطمة الزهراء قلواز، أحمد رباحي، **الوكيل الإلكتروني آلية حديثة للتعبير عن الإرادة**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، مج06، ع01، 2020م، ص13.

[3]- غني ريسان جادر الساعدي، **النظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة**، مجلة أهل البيت، جامعة البصرة-العراق ع05، دون تاريخ، ص ص 279-280.

[4]- فاطمة الزهراء قلواز، أحمد رباحي، مرجع سابق، ص13.

معينة"، كما عرف هذا القانون مصطلح إلكتروني بأنه: "تقنية كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو بصرية أو إلكترو مغناطيسية أو أي شكل آخر من أشكال التكنولوجيا يضم إمكانيات مماثلة لتلك التقنيات"[1].

وقد عرف قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية الوكيل الإلكتروني المؤتمت بأنه: "برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الإستجابة له"[2].

وعليه يمكن تعريف الوكيل الإلكتروني بأنه برنامج حاسوبي أو للاستجابة كلياً أو جزئياً لرسائل بيانات دون تدخل شخص طبيعي في كل مرة يقوم فيها النظام بعمل أو الإستجابة له.

ومن التشريعات العربية التي أغفلت تعريف الوكيل الإلكتروني، التشريع التونسي، وكذا التشريع الجزائري؛ الذي لم يتطرق إلى الوكيل الإلكتروني في نصوصه، ولم يقتد بالتشريعات التي سبقته بتناول الوكيل الإلكتروني في نصوصها، بالرغم من تأخره في إصدار قانون التجارة الإلكترونية[3].

ويعد التعبير عن الإرادة وفق ما يعرف بالوكيل الإلكتروني، التصرف الأكثر تطورا مع اختلاف تسميته لحداثته حسب كل تشريع، فقد سماه التشريع الأمريكي لسنة 1999 الوكيل الإلكتروني، وفي القانوني الأردني وقانون إمارة دبي سمي بالوسيط الإلكتروني.

ويتم التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني عن طريق برمجة خاصة، يحددها مالك الموقع التجاري، تتولى إبرام العقود بشكل روتيني، ويتم التعاقد بين وكيلين إلكترونيين، أو بين وكيل إلكتروني وأشخاص طبيعية، أو اعتبارية، حيث تظهر بصفة الموجب، أو القابل، دون مراجعة لبنود العقد[4].

ومن الأمثلة عن الوكيل الإلكتروني؛ جهاز الصراف الآلي المبرمج على أنه بمجرد إدخال البطاقة مع الرقم السري يقوم بصرف المبلغ المحدد، ويتم ذلك عن طريق البرمجة المسبقة له، والحال نفسه بالنسبة لموقف السيارات الآلي، وكذلك في حال شراء تذكرة الطائرة وما يرافقها من تصرفات من أحد مواقعها الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني، كل هذا يتم آليا دون أي تدخل شخصي[5].

2- مشروعية التعاقد مع الوكيل الإلكترونية:

إذا كانت الوكالة قد تكون صريحة أو ضمنية بالنسبة للوكيل العادي فإنها بالنسبة للوكيل الالكتروني فلا يمكن تصورها إلا أن تكون وكالة صريحة، حيث أن الوكيل الالكتروني ما هو إلا كمبيوتر مبرمج مسبقا.

فنجد أن أغلبية التشريعات والتوجيهات التشريعية المنظمة للمعاملات الالكترونية، فقد نصت صراحة على جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسيط أو الوكيل الالكتروني، كما اعترفت صراحة بصحة المعاملات الالكترونية المؤتمتة وذلك بغية توفر المزيد من الثقة واليقين القانوني لدى المتعاقدين عبر الوكيل الالكتروني وخصوصا عندما يتم بين وكيلين الكترونيين[6].

---

[1]-غني ريسان جادر الساعدي، مرجع سابق، ص280.

[2]- قانون إمارة دبي رقم 2002/02، الصادر بتاريخ 2002/02/12، المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، ج.ر، العدد05.

[3]- فاطمة الزهراء قلواز، أحمد رباحي، مرجع سابق، ص14.

[4]- محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص 75.

[5]- علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص118.

[6]- آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص128.

ومن هذه التشريعات مثلا ما تنص عليه المادة 14 من قانون المبادلات الالكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية والتي أجازت فقرتها الأولى تكوين العقد بتحاور بين وكيلين الكترونيين من الجانبين حتى وإن لم يتدخل أي شخص في التدابير التي تنظمها هذه النظم، وأجازت الفقرة الثانية من نفس المادة تكوين العقد بتحاور بين وكيل الكتروني وشخص طبيعي[1].

ونجد مشروع الاتفاقية بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات والمعد من قبل لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسيترال قد جاء في نفس المعنى، حيث نص في المادة (1/11) على أنه "ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك يجوز تكوين العقد بتحاور بين نظام حاسوبي مؤتمن وشخص طبيعي، أو بين حاسوبين مؤتمنين حتى وإن لم يستعرض أي شخص طبيعي إلا من التدابير الفردية التي تتخذها مثل هذه النظم أو الاتفاق الناتج عنها "[2].

ويترتب على المعاملات الالكترونية التي تتم بواسطة الوكيل الالكتروني كافة الآثار القانونية المترتبة على العقد الذي يبرمه الأفراد بالطرق التقليدية، ومن ثم تنصرف آثار العقد إلى الموكل فيكون طرفا العقد الالكتروني هما الموكل ومن تعاقد معه الوكيل الالكتروني[3].

الفرع الثاني: صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة

إذا كان التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة فإن وسائل التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني تختلف وتتعدد، فقد يتم التعبير عن الإرادة الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني (أولاً)، أو عن طريق موقع الانترنت (ثانيًا) أو عن طريق المحادثة والمشاهدة (ثالثًا).

أولاً: التعبير عن الإرادة عبر البريدي الإلكتروني

يعتبر البريد الالكتروني خدمة مجانية، ويقصد به تبادل الرسائل بين الأطراف ولكن بطريقة الكترونية[4]. ففكرة البريد الالكتروني تقوم على نفس فكرة الصندوق العادي للبريد، حيث لكل شخص مشترك بهذه الخدمة صندوق مراسلات خاصة توفره أغلب المواقع الالكترونية عبر شبكة الانترنت[5]؛ إذ بواسطة البريد الخاص بالمستخدم الذي يرغب في التعاقد يتم التعبير عن الإيجاب والقبول بسهولة من خلال لوحة المفاتيح في جهاز الحاسوب[6].

وللاتصال بالآخرين عن طريقه لا بد من معرفة عنوان البريد الالكتروني للشخص المراد الاتصال به ثم كتابة هذا الأخير في المكان المخصص له في صفحة الويب، وصياغة موضوع الرسالة في المكان المخصص له، كما يمكن للمرسل إضافة ملفا مرفقا يتمكن من خلاله نقل الوثائق والأفلام المختلفة والمتعددة وبعد ذلك يكتب نص الرسالة المراد إرسالها في المكان المخصص للكتابة. وللإرسال يتم الضغط على أيقونة الإرسال بعد كتابة عنوان المرسل إليه كما يستطيع المرسل إرسال أكثر من رسالة في آن واحد[7].

---

[1]- المرجع نفسه، ص129.

[2]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص63.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص207.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص168.

[5]- مصطفى موسى العجارمة، **التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت**، دار الكتب القانونية، دار شتات لنشر والتوزيع مصر، 2010م، ص74.

[6]- بشار طلال المومني، **مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت دراسة مقارنة**، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، الأردن 2004م، ص33.

[7]- مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص74.، ص168.

أما وسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني هي الكتابة ولا تختلف هذه الأخيرة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في الوسيلة فهي تكون على دعائم الكترونية[1].

ثانيًا: التعبير عن الإرادة عن طريق موقع الويب

يعرف موقع الويب بأنه: مجموعة من الصفحات على شبكة الانترنت حول تنظيم ما أو موضوع خاص[2]، بحيث تعمد غالبية الشركات التجارية إلى عرض سلعها وخدماتها على شبكة الويب، حيث تقوم بتصوير السلعة بطريقة ثلاثية الأبعاد مع تسجيل سعرها ومواصفاتها، ويكون ذلك في موقع خاص بالشركة ومفتوح على الجمهور، وفي المقابل يقوم الراغب في التعاقد بالبحث في شبكة الويب عن السلعة المراد أو المطلوبة تحديدها من خلال مفتشات البحث ويختارها من اللائحة النهائية التي تظهر على شاشة الحاسوب وليثبت رغبته في اقتناء السلعة يضغط على مفتاح الموافقة أو يقوم بكتابة كلمات تفيد القبول[3].

وهكذا يجد المشتري أو القابل نفسه أمام عقد نموذجي معد من قبل الشركة العارضة ويتضمن آلية الدفع وشروط التعاقد وكيفية التسليم، فالتعبير الالكتروني عن الإرادة عبر الويب يكون بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة إضافة إلى استخدام بعض الإشارات والرموز المتعارف عليها بين مستخدمي شبكة الانترنت كإرسال الوجه المبتسم دلالة على القبول وإرسال الوجه الغاضب دلالة على الرفض[4].

ثالثًا: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة والمشاهدة

تعد غرف المحادثة أو المشاهدة من أحدث التطبيقات العلمية لشبكة الانترنت، وذلك كنتيجة لتطور أنظمة الحاسب الآلي وإدخال أنظمة الوسائط المتعددة على الشبكة، مما أدى إلى ظهور برامج الاتصال المسموعة والمرئية التي تسمح لمجموعة من الأشخاص في أماكن مختلفة من تبادل الحديث والحوار فيما بينهم مباشرة وهذه المحادثة تكون بتبادل الحوار مباشرة عن طريق الصوت فحسب أو بالصوت والصورة معا[5]؛ إذ يستطيع مستخدمي برنامج المحادث (IRC) التحدث مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلان بأحد أجهزة خدمة (IRC)، يقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيرى ما يكتبه الطرف الآخر على الجزر الثاني من صفحة البرنامج، كما يمكن إضافة كاميرا رقمية تسمح بأن يشاهد كل متعاقد الآخر، ومن الملاحظ أن التعبير عن الإرادة هنا يكون باللفظ، الكتابة والإشارة حيث يرى ويسمع المتعاقد كل منهما الآخر[6].

ففي هذه الحالة يمكن تصور أن يصدر الإيجاب من أحد الأطراف ويصادفه قبول من الطرف الآخر وبذلك ينعقد العقد بناءا على تلاقي الإيجاب والقبول في مجلس عقد حكمي أو افتراضي[7].

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص169.

[2]- بشير طلال المومني، مرجع سابق، ص34.

[3]- مندى عبد الله محمد حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدنية دراسة مقارنة، دار المناهج لنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2010م، ص59.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ص 170-171.

[5]- مندى عبد الله محمد حجازي، مرجع سابق، ص 60.

[6]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص 171.

[7]- مندى عبد الله محمد حجازي، مرجع سابق، ص 60.

المطلب الثاني: المشاكل التي يثيرها التعبير عن الإرادة إلكترونيًا

ما دام العقد الالكتروني ينعقد بين متعاقدين بعدة المسافات بينهما، وإن المعلومات التي تصل الأطراف هي رحلة رقمية تتم عبر عالم رقمي عبر فضاء افتراضي مصطنع، مما يصعب مسألة معرفة الوجهة التي يقصدها المسافر فيها ويصعب التعرف على مصدر تلك المعلومات ومكان صدورها، الأمر الذي يثير العديد من الصعوبات والمشاكل، أهمها كيفية التأكد من هوية الشخص المتعاقد ووسيلة التحقق من أهليته (الفرع الأول)، ثم إشكالية عيوب الإرادة وأثرها في التعاقد الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد هوية الشخص المتعاقد

وجود الارادة في العقد لا يكفي لانعقاده؛ بل لابد أن تكون هذه الإرادة صادرة من شخص كامل الأهلية والأهلية هي ذاتها التي مناطها التمييز، فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن نقص تمييزه نقصت أهليته ومن كان عديم التمييز كان عديم الأهلية[1].

مما سبق ومن خلال هذا الفرع نحاول التعرف على خصوصية الأهلية في التعاقد الإلكترونية (أولاً)، ثم وسيلة التحقق منها (ثانيًا).

أولاً: خصوصية الأهلية في التعاقد عبر الانترنت

تظهر الصعوبة في مسألة التأكد من مدى توافر أهلية الأداء لدى طرفي العقد عموما إذا كان التعاقد بين غائبين وبما أن العقود الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت تدخل ضمن هذه العقود، لذلك تظهر أهمية مسألة التأكد من أهلية الأطراف في التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، وخوصًا إذا عرفنا أنه لا توجد مواجهة حقيقية وفعلية بين الطرفين المتعاقدين، ولا تعارف متبادل بينهما؛ لذلك فمن الصعب التأكد من أهلية المتعاقد معهم عبر الشبكة، وحسب القواعد العامة للأهلية إذا كان المتعاقد غير مميز أو قاصر، فلا ينعقد العقد أصلا أن يكون العقد موقوفا حسب مقتضى الحال[2].

في سبيل تأمين التعاملات عبر الانترنت فإن القواعد العامة في كثير من التشريعات عمدت إلى ربط الحق في إبطال العقد الممنوح للقصر بشرط الالتزام بالتعويض إذا استعمل القاصر طرقا احتيالية لإخفاء نقص الأهلية، وهناك من تمسك بمسؤولية متولي الرقابة باعتبار أن الوالد مسئول عن أعمال ابنه القاصر، وعليه فإن دخول الأبناء بكل حرية إلى المواقع الالكترونية والتعاقد مع الغير حسن النية يقيم على الأهل مسؤولية مراقبة أبنائهم وتحمل تبعات تصرفاتهم[3].

وقد ذهب جانب من الفقه الحديث إلى ضرورة التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر théorie de l'apparence لترجيح مصلحة المهنين المتعاملين بحسن النية، ففي حالة استعمال القاصر لبطاقة الائتمان الخاصة بأحد والديه خلسة لإبرام عقد معين، فإنه يجوز للتاجر المتعامل معه متى كان حسن النية أن يتمسك بتوفر مظهر صاحب البطاقة في القاصر، ومن ثم مظهر الشخص الراشد، فيلزم الأب بالعقد الذي أبرمه ابنه، وذلك لإجبار الآباء على مراقبة تصرفات أبنائهم والحفاظ على بطاقاتهم المصرفية والرقم السري الخاص بها[4]، كل ذلك من أجل توفير الثقة

---

[1]- عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مصادر الإلتزام، ج4، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981م ص108.

[2]- آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص ص 220-221.

[3]- ينظر المادة 134 و135 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 07-05، السالف الذكر، ص997.

[4]- محمود السيد عبد المعطي خيال، **الانترنت وبعض الجوانب القانونية**، دار النهضة، القاهرة، 1998م، ص123.

والأمان لدى المتعاقدين عبر وسائل الإتصال الحديثة، وحفاظا على استقرار مثل هذه المعاملات حتى لا يفاجأ المتعامل حسن النية بنقص الأهلية لإبطال العقد[1].

وقد ميز القانون الفرنسي بين الأعمال الإعتيادية 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 إئتمان أحد والديه أو توقيعه الإلكتروني، ففي هذه الحالة يكون الوالد ملزما بهذا العقد كما لو كان هو من أبرمه هذا دون الإخلال بقواعد المسؤولية التقصيرية التي يمكن للتاجر التمسك به للرجوع على القاصر. وقد حدى المشرع الأمريكي حذو المشرع الفرنسي، في حين تركت التشريعات العربية (المصري، الجزائري والأردني...إلخ) مسألة الأهلية في العقود الإلكترونية للقواعد العامة[2].

نظرًا لخصوصية العقد الإلكتروني فإن ناقص الأهلية إذا أبرم عقدًا واتخذ هذا الأخير مظهر البالغ والكامل الأهلية وكان من يتعاقد معه عبر الانترنت غير عالم بذلك، فإنه ينبغي حماية المتعاقد حسن النية، وهذا عملاً بنظرية الظاهر وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وكذا حفاظًا على استقرار التعامل حتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، ولم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد هذا الأمر لا غنى عنه في مجال العقود الإلكترونية.

ثانيًا: وسائل التحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية

تعد الأهلية شرطًا لصحة التراضي، وباعتباره ركن من أركان العقد فلا بد من توفر شرط الأهلية في كل من المتعاقدين، للوصول لإبرام عقد صحيح منتج لأثاره القانونية، التي ينبغي على طرفي العقد تنفيذها بحسن نية وإذا اختل شرط الأهلية بأن كان أحد المتعاقدين أو كلاهما عديم الأهلية أو ناقصا فذلك سيعرض العقد للبطلان، لذلك وجب التحقق من أهلية المتعاقدين، حتى ينشأ العقد صحيحًا مهما كان نوعه تقليديًا كان أو إلكترونيًا.

أمام تطور التقنيات المستعملة في التعاقد الإلكتروني، فإن مسألة التحقق من أهلية المتعاقد بمثل هذه التقنيات هي مسألة فنية دقيقة، تستدعي تكاثف جهود علماء متخصصين وفقهاء القانون الدارسين لهذا المجال، بغية البحث عن وسيلة تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين[3]، عجز العلماء والتقنيين من ايجاد وسيلة تقنية تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين في المجال الإلكتروني، إلا أنه توجد وسائل احتياطية وأخرى تحذيرية يمكن استخدامها للتقليل من الوقوع في فخ العقود المبرمة من طرف ناقصي الأهلية أو عديمها وهي البطاقات الإلكترونية، التوقيع الالكتروني، جهات التوثيق الالكتروني[4].

1-البطاقة الإلكترونية:

البطاقة الإلكترونية هي رقائق إلكترونية تحتوي على وحدات وشرائح فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم والسن، محل الإقامة والمصرف المتعامل معه، فهي حاسوب متنقل لاحتوائها على مجمل البيانات الشخصية لحاملها والرقم السري له[5].

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الإتصال الفوري -دراسة مقارنة-**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006م، ص156.

[2]- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص74.

[3]- محمد سعد خليفة، **مشكلات البيع عبر الانترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2004م، ص70.

[4]- العربي شحط أمينة، مرجع سابق، ص170.

[5]- محمد حسين عبد العال، **ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي**، دار النهضة، القاهرة، 1999، ص169.

وهي مزودة بعدة عناصر للحماية ضد عمليات التزييف والتزوير، وسوء الاستخدام من جانب الأخرين في حال سرقتها، أو محاولة تقليدها، نظرا لنوع اللدائن المستخدمة، والشريط الممغنط، والصور الفوتوغرافية لصاحبها، والرقم السري، وعدم القدرة على فتح الغطاء الخارجي لها، ولم تحقق هذه الوسيلة على الرغم من فاعليتها النسبية وقدرتها من الناحية النظرية على التحقق من شخصية المتعاقدين انتشارًا واسعًا[1]، وتستعمل بكثرة في أوروبا والولايات المتحدة الأمريكية واليابان[2]، إلا أن القرصنة الإلكترونية

وعلى الرغم من الاحتياطات المتخذة من قبل المتعاملين بمثل هذه الوسيلة لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقتهم إلا أنها لم تكن عصية على أصحاب الدهاء الإلكتروني، الذين يتقنون في ابتداع الطرق غير المشروعة لاختراق الاتصالات عبر تقنيات هذه البطاقة، واستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية، والاستيلاء على بيانات المتعاملين وأموالهم عبر هذه التقنية[3]. لذا لم تعد هذه الوسيلة تضمن التحقق من أهلية الطرف الآخر، لذا ظهر ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني.

2-التوقيع الإلكتروني:

عرفه القانون الفدرالي الأمريكي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 2000/06/20 على أن "التوقيع الإلكتروني عبارة عن أصوات أو إشارات أو رموز أو أي إجراء آخر يتصل منطقيا بنظام معالجة لمعلومات إلكترونية ويقترن بمتعاقد أو مستند أو محرر، ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر"[4].

ويعرف التوقيع الإلكتروني عامة بكونه "طريقة إيصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الانترنت"[5].

وعلى هذا الأساس فإن التوقيع الإلكتروني عبارة عن إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة بإعتماد التوقيع، ومرتبطة إرتباطا وثيقا بالتصرف القانوني، بحيث تسمح بتمييز شخص صاحبها وتحديد هويته، و تكشف دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني[6].

3-جهات التوثيق الإلكتروني:

جهات التوثيق الإلكتروني هي الجهات التي يلجأ إليها المتعاقدون، ويتمثل في طرف ثالث محايد هو الوسيط الإلكتروني، ويسمى جهات التصديق أو سلطات الإشهار، تتولى مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الإلكتروني من خلال التأكد من هوية الطرفين وأهليتهم القانونية، ثم إصدار شهادة مصادق عليها تتضمن كافة المعلومات حول أطراف العقد الإلكتروني[7].

الفرع الثاني: إشكالية عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني

بجانب اشتراط الأهلية في التعاقد لقيام العقد، يلزم كذلك أن يكون الرضا صادرًا ممن هو أهلاً له، منزها عن العيوب التي تشوب الإرادة، وتحتل عيوب الإرادة مكانة بارزة في إطار العقد الإلكتروني.

---

[1]- علاء محمد الفواعير، **العقود الإلكترونية -دراسة مقارنة-**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014م، ص174.

[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص157.

[3]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ص 127-128.

[4]- محمد بودالي، **التوقيع الإلكتروني**، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، مج13، ع2، الجزائر، 2003م، ص54.

[5]- محمد خالد جمال رستم، **التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006م ص39.

[6]- حسن عبد الباسط جمعي، **إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت**، دار النهضة العربية، مصر 2000م، ص24.

[7]- مناني فراح، مرجع سابق، ص152.

إن الإلتزام التعاقدي في العقود الإلكترونية هو إلتزام بتبصير إرادة المتعاقد غير المحترف أو عديم الخبرة، حتى نكون إرادته مشوبة بعيوب من عيوب الإرادة وهي الغلط، التدليس، الإكراه أو الاستغلال، وإن الإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى المطالبة بإبطال العقد من الطرف المتضرر، وهذا ما جعل لعيوب الإرادة الإلكترونية خصوصيات تميزها عن العيوب المعروفة في القواعد العامة، كما أن الالتزام بالإعلام في العقود الإلكترونية يسهل كثيرًا من المطالبة بإبطال العقد بناء على عيب الغلط، باعتبار أن الإخلال بهذا الالتزام يعتبر قرينة لا تقبل إثبات العكس في ثبوت اتصال الغلط بالمتعاقد المحترف[1]. مما سبق نتطرق في هذا الفرع لإشكالية عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني وهي، الغلط (أولاً)، التدليس (ثانيًا)، ثم الإكراه (ثالثًا).

أولاً: الغلط المعيب للإرادة في التعاقد الإلكتروني.

الغلط الذي عيب الإرادة في التعاقد هو ذلك الغلط الذي يحدث عند تكوين الإرادة في ذهن صاحبها، بأن يتوهم أمرًا على خلاف الواقع، ويقع هذا الغلط في صفة جوهرية في الشيء محل الالتزام، أو في ذات التعاقد، أو في صفة جوهرية من صفاته؛ فإذا تعاقد شخص مع آخر على أنه خبير، وذو كفاءة عالية في إدارة نظم المعلوماتية، ثم تبين أنه عكس ذلك، فهنا يحقق للمتعاقد أن يطلب فسخ العقد[2]. ويشترط لتحقق الغلط المعيب للرضا توافر شرطين:

أ- أن يكون الغلط جوهريًا: نصت عليه المادة 82 من ق.م.ج[3]، ويعد الغلط جوهريًا إذا كان هو الدافع لتعاقد أي هو الذي حمل المتعاقد الواقع فيه على إبرام العقد، بحيث لولا وقوعه في هذا الغلط ما كان ليبرم العقد[4]، وقد يسمى بالغلط الدافع، والمعيار الذي يعتمد عليه لتقدير جوهرية الغلط هو معيار ذاتي، يقتضي تحليل موقف المتعاقد الواقع في الغلط لتقدير أثر الغلط على موفقه من العقد، وهذا يقتضي البحث عن نية المتعاقد لمعرفة مدى جوهرية الغلط بالنسبة إليه[5]، لذا فالغلط الجوهري قد يقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف، وبما ينبغي في التعامل من حسن نية أو في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد[6].

في مجال المعاملات الإلكترونية تعد صفة عدم الاحتراف أو عدم الخبرة عنصرًا جوهريًا في قبول إعداد المتعاقد قد وقع في غلط جوهري، خاصة في الأشياء الفنية ذات التكنولوجيا المتطورة، فتلك الصفة تعد من القرائن التي يستعين بها القاضي في تقدير مدى توافر الغلط، ويصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص، كذلك الحال إذا كانت البيانات التي قدمها الموزع كافية لتلافي الوقوع في الغلط، ونفس الحكم إذا ثبت تقصير مدعي الغلط؛ كما أن المشرع الأوروبي

---

[1]- العربي شحط أمينة، مرجع سابق، ص170.

[2]- آمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص232.

[3]- نصت المادة 82 من القانون رقم 75-58، المعدل والمتمم بالقانون رقم 07-05، المتضمن القانون المدني، السالف الذكر ص994، على أنه "يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حدًا من الجسامة، بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط، ويعتبر الغلط جوهريًا على الأخص إذا وقع في صفة للشيء يراها المتعاقدان جوهرية، أو يجب اعتبارها كذلك نظرًا لشروط العقد ولحسن النية إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد".

[4]- علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص195.

[5]- شيراز عزيز سليمان، **حسن النية في إبرام العقود**، منشورات دار دجلة، ط1، عمان-الأردن، 2008م، ص303.

[6]- فادي محمد عماد الدين توكل، **عقد التجارة الإلكترونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، ط1، بيروت-لبنان، 2010م، ص ص98 99.

حريص على تلافي أي غلط قد يقع فيه المتعاقد، ويكون ناتجًا عن نقص في البيانات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة أو المتعلقة بالموجب نفسه[1].

ب- اتصال المتعاقد الآخر بالغلط:

حماية للمتعاقد الآخر وضمانًا لاستقرار المعاملات أوجب المشرع للأخذ بالغلط باعتباره عيبًا من عيوب الإرادة اتصال المتعاقد الآخر بالغلط، ويكون ذلك الاتصال بأن يقع المتعاقدان معا في الغلط، فيكون الغلط مشتركًا، ومثاله أن يعتقد المشتري أنه يشتري شيئًا أصليًا، ويعتقد البائع الشيء نفسه، بينما الشيء في حقيقته مقلد[2]. ومن ذلك فإنه لا يجوز للمتعاقد الذي وقع في غلط جوهري أن يطلب بطلان العقد، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله في الغلط أو كان على علم به، أو كان من السهل عليه أن يتبين، لأن الغلط الفردي يؤدي إلى مفاجأة المتعاقد الآخر بطلب بطلان العقد وهو لا علم له بالسبب، أما في الغلط المشترك ففيه تنتفي المفاجأة[3].

ثانيًا: خصوصية عيب التدليس في التعاقد الإلكتروني.

يحتل التدليس مكانة كبيرة في مجال عقود التجارة الإلكترونية؛ نظرًا لقدرة بعض العابثين والمحتالين على اختراق النظام المعلوماتي للشبكة، وإساءة استخدامها، وغالبًا ما يمتثل التدليس في الإعلان الخادع أو الكاذب[4]. والملاحظ أن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر شبكات الاتصال الحديثة تطرح العديد من المشكلات بشأن إثبات التدليس الذي وقع عبر هذه التقنيات، لاسيما وأن مرتكب أفعال التدليس غالبًا ما يعمد إلى إخفاء العمليات التدليسية، وإزالة أثارها بأساليب تقني، يعجز ضحية هذا التدليس عن اكتشافه أو إثباته[5].

يمكن الحد من ظاهرة الغض والتدليس في التعاقد الإلكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدم خدمة التوثيق، فدورها ليس قاصرًا على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية الإلكترونية إلى منشئها، بل التأكد من أن جدية هذه الإرادة وبعدها عن وسائل الغش والتدليس[6]، ويكون ذلك عن طريق قيام هذه الجهات بتقييم المواقع التجارية عبر الانترنت بالتحري عنها وعن صحتها ومصداقيتها في التعامل، فإذا تبين عدم جدية أحد المواقع، فإنها تقوم بتحذير المتعاملين عبر الشبكة عن طريق إرسال رسائل تحذيرية تبين فيها عدم مصداقية هذا الموقع، أو أن الموقع وهمي لا وجود له، أو أنه غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية، أو غير مقيد لدى شركات الانترنت المكلفة بتسجيل أسماء الدومين بالأسماء والأرقام[7].

ثالثًا: خصوصية عيب الاكراه في التعاقد الإلكتروني.

يعرف الإكراه بكونه "رهبة تقوم في نفس الشخص فتدفعه إلى التعاقد"، فيشترط الإكراه لإعتباره عيبا يشوب الرضا أن يتم التعاقد تحت سلطات الرهبة التي بعثت في نفس المتعاقد بغير وجه حق بفعل المتعاقد الآخر[8].

---

[1]- بلقاسم حامدي، **إبرام العقد الإلكتروني**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون الأعمال كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة-الجزائر، 2015/2014م، ص ص 133-134.

[2]- محمد علاء الفواعير، مرجع سابق، ص195.

[3]- بسمان نواف الراشدي، **عقود التجارة الإلكترونية وقواعد إبرامها**، دار الفكر الجامعي، ط1، الإسكندرية-مصر، 2015م، ص ص 124-125.

[4]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص103.

[5]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص169.

[6]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص103.

[7]- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص104.

[8]- مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص87.

يبدو من الوهلة الأولى أنه يصعب تصور حدوثه في نطاق إجراء المعاملات الإلكترونية لكون هذه الأخيرة تتم عن بعد والمشاهد أو المستخدم حر في إتخاذ القرار الذي يناسبه بأخذ المبادرة لإبرام العقد بالقيام ببعض الأعمال المادية كالإتصال برقم الهاتف أو الموقع ولا يمكن القول أنه مهدد في ماله أو نفسه[1]. إلا أنه قد يقع الإكراه في مجال العقد الإلكتروني بسبب التبعية الإقتصادية أين يتم الضبط على المتعاقد بسبب العوز الإقتصادي كإحتكار أحد المنتجين أو الموردين لسلعة معينة ويعرضها للبيع بشروط مجحفة فيضطر المشتري للتعاقد بسبب تهديد مصالحه وبالتالي لا يكون أمامه بديل غير قبول التعاقد[2]، وفي هذه الحالة نرجع إلى القواعد العامة للقانون المدني التي تحكم الإكراه.

وقد عالجت المؤتمرات والمنظمات وغرفة التجارة الدولية مسألة الإحتيال الإلكتروني وقدمت العديد من التوصيات لحل هذه المشكلة نوجزها فيما يلي:

- إلتزام الأطراف المتعاقدة بالدقة في تعاملهم وإستعمال التعبير السليم حتى لا يستدل منها أنها أمرا بالشراء ويقع عليهم تبعات القبول[3].
- الإنضمام إلى معاهدة "بروكسل لسنة 1924 المعدلة عام 1957 والإستفادة من الإلتزامات الواردة فيها فيما يتعلق بالتعويض عن حوادث الإحتيال والغش[4].
- تدريب رجال البحث الجنائي ورجال القانون على أحدث التقنيات الحديثة في مجال الإتصالات لفهمها وإستيعابها للتوصل إلى الكشف عن مرتكبي الجرائم الإلكترونية.
- الإنضمام إلى معاهدة بودابست لمكافحة جرائم نظم وشبكات الاتصالات[5].

ينبغي الإشارة إلا أن عيب الإستغلال لا يتميز بأية خاصية في العقود الإلكترونية، وإن كان متصور الوقوع، كحالة وقوع المستهلك ضحية طيشه وهواه الجامح في علاقة تعاقدية لمجرد أن طرفها الآخر شخصية إجتماعية بارزة مثلا فإن حدث أن استغلت هذه الشخصية طيش هذا المتعاقد وضعف نفسه لتعقد معه، ونتج عن ذلك إختلال فادح في التوازن العقدي بين قيمة المبيع والثمن، يتحقق عيب الإستغلال الذي يشوب الإرادة، إلا أن حدوثه في المجال الإلكتروني أقل إحتمالا وأبعد تصورا.

خلاصة الفصل:

من خلال ما سبق تناوله في هذا الفصل حول التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني وكخلاصة لما تم التطرق له من خلال المبحثين، نورد النتائج التالية:

يعتبر الرضا ركن أساسي من القواعد العامة للعقد في نظرية الالتزام، ويتحقق التراضي في التعاقد أيًا كانت صفته تقليديًا أو إلكترونيًا بتوافق إرادتين متطابقتين، يُعبر عنهما وفقًا للقانون، ولما كان الرضا ركنًا أساسيًا في العقد فهو لا يتجسد إلا بالتعبير عنه.

بفضل تقنيات الاتصال الحديثة ألمعتمدة في إبرام التعاقدات الإلكترونية القائمة في ظل البيئة الرقمية، فقد عملت هذه الأخيرة على توفير للمتعاقدين إمكانية التعبير عن ارادتيهما المكونة لمتعاقد عن طريق ما يُسمى بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات، والذي يكون بواسطة إحدى تقنيات الاتصال المعتمدة في هذا الغرض، بحيث يترتب عن ذلك توافر ارادةُ أولى تُسمى بالإيجاب، والتي

[1]- محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفون، النسر الذهبي للطباعة، القاهرة، 2000م، ص75.
[2]- محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2006م، ص75.
[3]- محمد حسن رفاعي العطار، **البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007م، ص97.
[4]- آمال حابت، **استغلال خدمات الانترنت**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2004م ص92.
[5]- محمد حسين رفاعي العطار، المرجع السابق، ص98.

تُعبر عن المرحلة الأولية الدخول في علاقة تعاقدية وتقابلها ضرورة صدور إرادة ثانية ومُطابقة لها يُعبر عنها بالقبول أو الموافقة على العرض المقدم من صاحب الإيجاب.

غير أن إجازة التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية ترد عليه استثناءات، فالشريعة الإسلامية استثنت عقد النكاح وعقد الصرف وعقد السلم. أما عن القوانين الوضعية فهناك من القوانين الوطنية المختلفة من استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة، وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني، باعتبار أن هذه الأمور ليست متعلقة بالنشاط التجاري وليس لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية، وإنما هي فقط مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة، كالزواج والهبة والوصية، أو لكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها. مثال ذلك رهن السفينة، وتسجيل العقار، والحقوق العينية الواردة على العقار بصفة عامة، وأحكام وقرارات المحاكم وأوراق مستندات التقاضي.

أما عن طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني، فهي تختلف وتتعدد، فقد يتم التعبير عن الإرادة الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق موقع الانترنت أو عن طريق المحادثة والمشاهدة.

الفصل الثاني :
صيغ الإرادة الإلكترونية ومجلس العقد الإلكتروني

تمهيد :

مما لا شك فيه أن العقد الإلكتروني يتم مثله مثل أي عقد بتبادل الطرفان المتعاقدين التعبير عن إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني معين، وكان من اللزوم لقيامه وجود التراضي بين أطرافه، فالرضا هو الركن الأساسي لوجود العقد وحتى يقوم هذا الركن لابد من أن توجد الإرادة في كل أطرافه، وذلك بأن يكون الشخص مدركان لما هو مقبل عليه وبأن تتجه إرادته جديا إلى إحداث أثر قانوني.

وإذا كانت القواعد العامة تشترط لإنعقاد العقد وجود إرادة تعاقدية وضرورة التعبير عنها بأية وسيلة تدل على وجدها، فإن العقد الإلكتروني يبرم عبر شبكة إلكترونية توصف بأنها لا مادية أي بيئة افتراضية، ومن هنا يثور التساؤل عن كيفية التعبير عن صيغ الإرادة إلكترونيا.

وهو سوف نتعرف عليه من خلال هذا الفصل بالتعرف على صيغ الإرادة الإلكترونية ودور مجلس العقد الإلكتروني، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: صيغ الإرادة الإلكترونية.

المبحث الثاني: مجلس العقد الإلكتروني.

المبحث الأول: صيغ الإرادة الإلكترونية

يعتبر التراضي عموما تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني، ويستوجب ذلك وجود ثلاث مسائل قانونية، أولها صدور إيجاب من أحد الطرفين يعرض رغبته وعزمه على التعاقد والثاني هو صدور قبول من الطرف الآخر لهذا العرض وثالثهما هو ارتباط القبول بالإيجاب، وبذلك تتحقق الإرادة المشتركة للمتعاقدين المكونة للعقد والعقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الأنترنت لا تخرج عن هذه القاعدة إلا أن الإيجاب والقبول يتم التعبير عنهما وارتباطهما بوسائل إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية. وهو ما سنتطرق له من خلال هذا المبحث باستعراض صيغة الإيجاب الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم القبول الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: الإيجاب الإلكتروني

نتطرق من خلال هذا المطلب لاستعراض المفاهيم المتعلقة بالتعبير عن الإرادة (الفرع الأول)، ثم نتعرف على القيمة القانونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني

يعد الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، ولتصور ذلك لابد من بيان تعريفه (أولاً)، ثم بيان نطاقه وأنواعه (ثانيًا).

أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني

يُعرف الإيجاب بأنه "التعبير البات المُنجز الصادر عن أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الأخر بقصد إحداث أثر قانوني"[1].

[1]- نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2005، ص53.

كما يعرف بعض الفقه "'إعراب عن الإرادة -صريح أو ضمني- به يعرض شخص على آخر أو على عدة أشخاص آخرين -معينين أو غير معينين- إبرام عقد بشروط معينة"[1].

ويعرف التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه اتصال عن بعد يتضمن جميع العناصر اللازمة التي تُمكن المُرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ولا يدخل في هذا النطاق مجرد الإعلان[2].

وحتى يتم تعريف الإيجاب الإلكتروني لابد من مراعاة الطريقة التي تم بها هذا الإيجاب، والذي يكون عبر الوسائط الإلكترونية، وعليه يمكن تعريف الإيجاب الإلكتروني بأنه "التعبير البات والصادر من أحد العاقدين والموجه إلى المتعاقد الأخر عبر شبكة المعلوماتية بقصد إبرام عقد ي مجال المعاملات الإلكترونية"[3].

وعرف قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونسيترال الإيجاب الإلكتروني بالقول أنه "قي سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته، أو قابليته، لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"[4].

كما تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكتروني والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي: "تُمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابًا لإبرام عقد مُرسل إلى شخص واحد أو أشخاص مُحددين، ما داموا معروفين على نحو كافٍ وكانت تشير إلى نية مُرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابًا الرسالة المتاحة إلكترونيًا بوجه عام، ما لم يُشر إلى غير ذلك"[5].

أقر المشرع التونسي في قانون المبادلات الإلكتروني اخضاع العقود الإلكترونية لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ[6].

ويذهب به الفقه إلى القول أنه من الصواب الإبقاء على تعريف الإيجاب دون تغيير، سواء تم التعبير عنه تقليدًا أن إلكترونيًا، على أساس أن وصف الإيجاب الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد كونه قد تم عبر الوسيط الإلكتروني، ويضيف أصحاب هذا الرأي بالقول أن لفظ إلكتروني إذا ما أضيفت للإيجاب فإنها لا تنال من المراد منه في إطار القواعد التقليدية في

---

[1]- محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط2، 2011، ص128-129.

[2]- نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص53.

[3]- كاظم كريم علي، **العقد الإلكتروني: دراسة قانونية مقارنة**، مقال في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل-العراق، مج1، ع1، 2009، ص138-139.

[4]- المادة 11 الفقرة 1 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 ومع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمد في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2000م، ص03.

[5]- نشناش أمينة، **التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، 2021/2020م ص86.

[6]- الفصل الأول من القانون عدد 83 لسنة 2000، المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، متاح على الموقع:

https://www.justice.gov.tn/fileadmin/medias/Textes_et_documents/References_juridiques/L_2000_83_ar.pdf، تاريخ الاطلاع: 2023/03/12، الساعة: 20:21.

قانون العقد، فالأمر لا يَعْدو أن يكون وصفا يلحق بالإيجاب ناشئ عن اختلاف في وسيلة التعبير عن الإرادة، والمتمثلة في تقنيات حديثة تُتيحها الوسائط الإلكترونية[1].

وهو ما عمل بع المشرع الجزائري في المادة 2/6 من قانون التجارة الإلكترونية، حيث أحال تعريف العقد الإلكتروني إلى مفهومه وفق القانون رقم 04-02،[2] الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، فجعل المشرع العقد الإلكتروني يتم وفق إطار القواعد التقليدية، وإضافة على ذلك انه يتم إبرامه عن بعد، عن طريق الوسائط الإلكترونية دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه.

من المهم توضيح أن الإيجاب الإلكتروني يتطلب أكثر من العناصر الجوهرية المطلوبة في الإيجاب التقليدي حيث لا يعتبر العقد مبرمًا إلا إذا اتفق المتعاقدين على المسائل الجوهرية، حسب نص المادة 65 من القانون المدني التي لم تحدد أي مدلول لهذه المسائل الجوهرية، وبالتالي يبقى تحديد مفهومها لقاضي الموضوع حيث تُعرف على أنها العناصر الأساسية في تعريف العقد المراد إبرامه، يضاف إلى ذلك أي شرط يرقى إلى نظر من وجهة الإيجاب إلى مرتبة العناصر الجوهرية، حتى ولو كان هذا الشرط أمرًا ثانويًا ولا أهمية له[3].

أما في الإيجاب الإلكتروني لم يكتفي المشرع الجزائري على غرار التشريعات المقارنة بتحديد المسائل الجوهرية؛ بل أضاف إلى ذلك التزامات تقع على عاتق المُورد في حالة كان من وجه إليه الإيجاب مستهلكًا، تتمحور هذه الالتزامات في وجوب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني مجموعة من البيانات والمعلومات الضرورية، وهو ما نصت عليه المادة 13 من قانون التجارة الإلكترونية بما يلي: "يجب أن يتضمن العقد الإلكتروني على الخصوص المعلومات التالية:

- الخصائص التفصيلية للسلع أو الخدمات.
- شروط وكيفيات التسليم.
- شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع.
- شروط فسخ العقد الإلكتروني.
- شروط وكيفيات الدفع.
- شروط وكيفيات إعادة المنتوج.
- كيفيات معالجة الشكاوى.
- شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الإقتضاء.
- الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الإقتضاء.
- الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه.
- مدة العقد حسب الحالة"[4].

---

[1]- بلقاسم حامدي، **إبرام العقد الإلكتروني**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة-الجزائر، 2015/2014م، ص67-68.

[2]- القانون رقم 04-02، المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج. العدد41، الصادر بتاريخ 27 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-06 المؤرخ في 5 رمان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010، ج.ر.ج.ج، العدد 46، الصادرة بتاريخ 18 غست سنة 2010م.

[3]- آمال حابت، **التجارة الإلكترونية في الجزائر**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2015/2014م، ص150-151.

[4]- المادة 13 من القانون رقم 18-05، المؤرخ في 24 شعبان عام 143 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 28، الصادرة بتاريخ 16 مايو سنة 2018م، ص07.

ثانيًا: نطاق الإيجاب الإلكتروني وأنواعه

1- نطاق الإيجاب الإلكتروني:

الإيجاب الذي يكون عبر شبكة الإنترنت، قد يكون إيجابا خاصا موجها إلى أشخاص محددين، وهو ما يكون عادة عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق برامج المحادثة؛ كما قد يكون الإيجاب عاما موجها إلى أشخاص غير محددين وإلى كل متصفح لمواقع الويب، وبالتالي يكون الإيجاب له صفة دولية، ومع ذلك قد يكون الإيجاب محددا بنطاق مكاني بالنص على ذلك صراحة[1].

وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب، وذلك لأن بعض القوانين الأجنبية قد تتضمن حالات يحظر فيها التعامل أو تقر قيودا أخرى يفرضها التصور الخاص بها لحماية المستهلكين؛ ولذلك ينصح في كثير من الأحيان التاجر الفرنسي أن يحدد مقدما النطاق الجغرافي الذي يغطيه الإيجاب تجنبا لوقوعه في هذه المشكلة[2].

وفيما تعلق بتحديد الإيجاب، هناك اختلاف في الرأي، حيث ترى بعض التشريعات أن العرض الموجه للجمهور عن طريق الإعلانات مثلا، يفقد صفة التحديد ومن ثم لا يكون إيجاباً. في حين ترى بعض القوانين خلاف ذلك، مثل القانون الفرنسي والقانون الإنجليزي التي تجيز توجيه الإيجاب إلى العالم كله، وهو الاتجاه الذي يؤيده أغلب الفقه الذي يرى أن هذا يعتمد على طريقة العرض، فإذا كان العرض يتمثل في إعلان المنتج عن السلعة في التلفاز أو الصحف أو الراديو ويدعو الجمهور إلى شرائها، فإن العرض في هذه الحالة لا يمثل إيجابا، لأنه غير موجه إلى شخص معين أو أشخاص معينين، أما إذا كان المُنتج عرض سلعته واصفا إياها ومحددا مزاياها وثمنها ويعلن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلبها بالشروط المبينة في الإعلان، فإن هذا العرض يعبر عن إرادة صاحبه في الالتزام بالتعاقد مع كل شخص يبدي قبوله، ويعتبر إيجابا صريحا[3].

2- أنواع الإيجاب الإلكتروني. انقسم الإيجاب الالكتروني إلى إيجاب خاص وإيجاب عام:

أ- الإيجاب الالكتروني الخاص :قد يوجه التاجر إيجابه الالكتروني في التعاقد عبر شبكة الانترنت إلى شخص أو أشخاص معنيين، أو إلى فئة معينة من الاشخاص اعتقادا منه أنهم يهتمون بسلعته وخدماته دون سواهم من الجمهور. فيحرر إليهم عبر البريد الالكتروني رسالة الكترونية تمثل إيجابا خاصا، ومتى فتح الموجب له صندوق بريده تبدأ في تلك اللحظة فعالية هذا النوع من الإيجاب ويكون له حرية قبوله برسالة الكترونية من جانبه، وبهذا تكون تقنية البريد الالكتروني قد سهلت العلم بالعروض التعاقدية عبر شبكة الانترنت، إضافة إلى أنها تساعد بتحقيق الشروط التي تتطلبها التقنيات المدنية في الإيجاب دون صعوبة كبيرة، ويجب أن تحرر الرسالة الالكترونية على النحو الذي يجعلها إيجابا[4].

ب- الإيجاب الالكتروني العام :غالبا ما يعرض التاجر سلعه وخدماته على صفحات الويب دون تحديد لفئة معينة من الاشخاص، ففي هذه الحالة يكون إيجابه عاما أو جماعيا، فالإيجاب هنا

---

[1]- لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، دار هومة للطباعة والنشر التوزيع، الجزائر، 2012 ص7475.

[2]- عقوني محمد، **التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني على ضوء التشريع الجزائري**، مقال في مجلة العلم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة- الجزائر، مج33، ع13، جوان 2022، ص244.

[3]- نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص54.

[4]- جليل الساعدي، **مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت**، مكتبة السنهوري للنشر والتوزيع، بغداد، ط1، 2011، ص68.

موجه للجمهور العالمي، وهذا النوع من الإيجاب ويواجه مشكلتي نفاذ المخزون لدى التاجر والنطاق الإقليمي للإيجاب الالكتروني العام[1].

الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني والشروط الواجب توافرها فيه

من خلال هذا الفرع نستعرض الخصائص التي يتميز بها الإيجاب الإلكتروني (أولاً)، ثم شروطه (ثانيًا).

أولاً: خصائص الإيجاب الإلكتروني.

يتميز الإيجاب الإلكتروني ببعض الخصائص التي تقتضي الخروج عما هو مستقر عليه في القواعد العامة، ويمكن حصر هذه الخصوصيات في كونه عالمي، يتم عن بعد عبر وسيط إلكتروني يتميز بالإستمرارية، له طابع جازم تحقيقا لأغراض معينة.

1- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: يعد الإيجاب الإلكتروني الموجه عبر شبكة الأنترنيت إيجابا موجها عن بعد وهي الخاصية النابعة أصلا من إعتبار العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الأنترنيت ينتمي لطائفة العقود المبرمة عن بعد سيما التي أشار إليها التوجه الأوربي رقم 97-7 وكذا المرسوم الفرنسي رقم 741-2001. وكنتيجة ملازمة لصفة البعد فإنه إيجاب يتم عبر وسيط إلكتروني قد يكون سمعيا أو بصريا أو مصورا أو مكتوبا[2].

كما يعرف أيضا بأنه مقدم خدمة الأنترنيت حيث يقوم بعرض الإيجاب من خلاله، وبالتالي فإن الإيجاب لا يكون فعالا بمجرد صدوره من الموجب، وإنما من الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب من خلال الأنترنيت. إذ يتحقق الوجود المادي للإيجاب من هذه الفترة ويترتب على هذا التصرف كافة الآثار القانونية المترتبة على الإيجاب[3].

2- الإيجاب الإلكتروني دولي في الغالب: يتسم بصفة الدولية التي تجعله يخضع إلى القانون الدولي الخاص، وذلك بالنظر إلى غياب الحدود وسهولة الإتصال بأشخاص من جنسيات مختلفة وتضمنه في كثير من الأحيان العنصر الأجنبي مما يجعل العديد من الأنظمة القانونية تتنازع حول حكمه[4].

3- إستمرارية الايجاب الإلكتروني: لقد حل البريد الإلكتروني محل الكلام الذي كان يعبر عن إرادة أطراف العقد فيتم إرسال الإيجاب من خلال المواقع الإلكترونية والتي تقوم بنقل الصورة مباشرة للطرف الآخر فهو لا يختلف عن الإيجاب الموجه من خلال التلفاز أو أية وسيلة تقليدية إلا من حيث الإستمرارية، إذ يقتصر الإيجاب بالطرق التقليدية على مدة زمنية معينة، في حين يستمر الإيجاب عبر شبكات الأنترنيت على مدار الأربع والعشرين ساعة. فهو يتميز بأنه مستمر بحيث يستطيع الموجه له الإيجاب في كل وقت أن يعود ليقرأ مرة أخرى الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني[5].

4- الإلتفاف حول الطابع الجازم للإيجاب تحقيقا لأغراض معينة: للإيجاب الإلكتروني ميزة إستهداف العرض لأشخاص معينين وهو ما يسمى بالإيجاب الخاص ويتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة، وذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يهتمون بمنتوجه فيقوم بإرسال رسالته

---

[1]- جليل الساعدي، المرجع نفسه، ص96.

[2]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص79.

[3]- محمد فواز محمد المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط3، 2011، ص63.

[4]- يحيى يوسف فلاح حسن، **التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة القانون الخاص، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين، 2007م، ص23.

[5]- نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص93.

الإلكترونية إلى صناديق البريد الإلكتروني الخاصة بهم، وبمجرد وصول الرسالة لعلم المرسل إليه تبدأ فعالية الإيجاب[1]. وقد يكون الإيجاب عاما موجها إلى أشخاص غير محددين[2].

ليس للإيجاب في الأصل أية قوة ملزمة إذ للموجب الحق في الرجوع عن إيجابه مادام لم يقترن به قبول إلا أن الفقه القانوني ساغ القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني لتوفير الثقة في التعامل بناء على أن الموجب لا يصل إلى مرحلة الإيجاب إلا بعد مفاوضات بينه وبين الطرف الآخر وأن الرجوع عن الإيجاب قد يرتب أضرار بالغة للموجه إليه[3].

ثانيًا: الشروط الواجب توفرها في الإيجاب الإلكتروني.

يشترط طبقا القواعد العامة كي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا شرطين أساسيين[4]: أولهما أن يكون محددا ودقيقا بمعنى أن يتضمن الإيجاب كل شروط العقد بحيث بإمكان الموجه له الإطلاع بدقة على مضمون العقد المفروض عليه فينعقد العقد بمجرد صدور القبول[5]، وثانيهما أن يكون التعبير باتا ونهائيا.

1- أن يكون الإيجاب الإلكتروني دقيقا:

يجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني عرضا دقيقا وواضحا ويكون بأسلوب لا يثير أية شكوك على عزم صاحبه للتعاقد إذا ما إقترن بقبول مطابق، ولا يصح في ذلك السكوت كما أن شرط الدقة مطلوب ليعتد بالإيجاب الإلكتروني على أنه إيجاب ينعقد به العقد إذا وجد قبول من الطرق الآخر.

2- أن يكون الإيجاب الإلكتروني بات ونهائي:

يقصد به أن تنجه إرادة الموجب بشكل كامل ومحدد ذلك بأن تكون عبارات الإيجاب صريحة تدل على رغبته النهائية لإبرام العقد فهناك من يشترط في الإيجاب الإلكتروني حتى يستوفي شرط الجزم والوضوح أن يكون محررا بأسلوب إلكتروني واضحا ومفهوما بعيد عن أي غموض أو لبس[6].

المطلب الثاني: القبول الإلكتروني

تتطلب العقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية في حالة وجود إيجاب صدور قبول إلكتروني مطابق للإيجاب الإلكتروني حتى تنعقد وترتب أثارها، إلا أن وجه الخصوصية فيها يكمن في الوسيلة المستعملة للتعاقد والتي أضفت بعض المميزات على القبول الإلكتروني شأنه شأن الإيجاب الإلكتروني، ولتوضيحها سنتناول مفهوم القبول الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم نتطرق لخصائص القبول الإلكتروني والشروط الواجب توافرها فيه (الفرع الثاني).

---

[1]- أسامة أبو الحسن مجاهد، **خصوصية التعاقد عبر الأنترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص70.

[2]- عمر خالد رزيقات، **عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت**، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، ص121.

[3]- عباس العبودي، **التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني** (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص112.

[4]- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العام للعقد، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2005، ص88.

[5]- العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 2005 ج1، ص69.

[6]- ناصر حمودي، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009/2008م، ص157.

الفرع الأول: مفهوم القبول الإلكتروني

من خلال هذا الفرع نتطرق لاستعراض مفهوم القبول الإلكتروني، من خلال تعريفه (أولاً)، ثم التعرف على طرق التعبير عنه (ثانيًا).

أولاً: تعريف القبول الإلكتروني.

يعتبر القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، يفيد موافقته عن الإيجاب فهو الإرادة الثانية في العقد، بحيث لا يمكن أن ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين.

عَرف بعض الفقه القبول بأنه "التعبير عن رضا الموجب له بإبرام العقد بالشروط التي عينها الموجب"[1]. كما يعُرف القبول بأنه التصرف الذي بمقتضاه يعلن المُوجب له إرادته بالموافقة على التعاقد، بحيث يُعلن من وجه إليه الإيجاب صراحة أو ضمنا على موافقته على العرض الموجه إليه؛ ولابد أن يصدر القبول والإيجاب قائمًا، لأن العقد لا يبرم إلا بتلاقي الإرادتان والتطابق بينهما[2].

قد يكون التعبير صريحاً كأن يبعث القابل رسالة عبر البريد الإلكتروني مثلا، تتضمن قبولا صريحا للعرض الذي قدمه الموجب، كما يمكن أن يكون القبول ضمنيًا في حالة اتخاذ القابل أي تصرف يفيد موافقته على العرض. ما جعل بعض الفقه يعتبر النقر على أيقونة القبول هو من قبيل القبول الضمني، في حين ذهب فريق أخرى إلى اعتباره قبولا صريحا وفق المعيار المتعارف عليه في أسلوب وطريقة التعبير عبر الوسائط الإلكترونية[3].

أما بالنسبة للقوانين المقارنة، نجد قانون المبادلات الإلكتروني التونسي يعرف القبول في عقد التجارة الإلكترونية بأنه التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرًا معينا عن إرادته قصد إحداث أثر قانوني معين، بحيث ينشأ القبول إذا قبل من وجه من وجه إليه هذا التعبير، فما يميز القبول في هذا النوع من العقود هو أنه يتم عبر الوسائط الإلكترونية التي يستعمل فيها الوثائق الإلكترونية[4]. كما نص القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية على أن رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة لإبداء الإيجاب أو القبول، بقصد إبرام العقد. وبالتالي فإن القبول يجوز أن يتم عبر شبكة الإنترنت من خلال رسالة المعلومات[5].

لم يفصل المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية في هذه المسألة ما يجعل الحكم فيها طبقا للقواعد العامة التي جاء بها القانون المدني.

من خلال ما سبق يتضح جلياً أن القبول في عقود التجارة الإلكترونية لا يختلف عن مضمون القبول في العقود التقليدية، إلا في الوسيلة التي يتم بها والتي تكون عبر الوسائط الإلكترونية، فهو قبول عن بعد، وعليه يخضع لنفس القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي تعود إلى طبيعة المعاملات الإلكترونية[6].

---

[1]- محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص143.

[2]- فادي محمد عماد الدين توكل، **عقد التجارة الإلكترونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2010، ص87.

[3]- نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص62.

[4]- الفصل الأول والثاني من قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، رقم 83 لسنة 2000، مرجع سابق.

[5]- المادة 13 من القانون رقم 85 لسنة 2001 الخاص بالمعاملات الإلكترونية الأردني، ج.ر، العدد 4524، الصادر بتاريخ 2001/12/3، ص6. متاح على الرابط: https://www.atwanlaw.com/library/arabic/44_4.pdf تاريخ التصفح: 2023/04/02، الساعة: 17:12.

[6]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص87.

ثانيًا: طرق القبول في عقد التجارة الإلكترونية

تتم طُرق القبول في العقود الإلكترونية بنفس طُرق الإيجاب، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم بواسطة التلكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الإلكتروني بالكتابة، وهي كتابة لا تختلف عن الكتابة العادية، سوى في أنها تكون على دعامة إلكترونية عوض ورقية، كما تكون صور التعبير عن القبول في العقود التي تتم بواسطة المشاهدة والمحادثة عبر شبكة الإنترنت باللفظ أو الإشارة المتداولة عرفًا[1]، ولا يمُنع أن يتم القبول بطريق إلكتروني غير الطريق الذي صدر الإيجاب بواسطته، غير أن اللجوء إلى وسيلة مغايرة عن الوسيلة التي تم عن طريقها الإيجاب قد يشُكك في انعقاد العقد، إذا ظهر نزاع بشأنه، ولتجنب مثل هذه الشكوك، فإن المُوجب في بعض الأحيان قد يشترط تلقي القبول بنفس الطريقة التي تم بها الإيجاب.

كما أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية اليونسيترال يشترط في القبول حتى يكون صحيحا و ينتج أثره إرساله عبر ذات وسيلة تلقي الإيجاب. يتم إثبات القبول من عدمه عبر عدة طُرق مُحددة، فإما يتم ذلك عبر الطريق الأكثر شيوعا والمتمثل في الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة والقبول، والموجودة على جهاز الحاسب الآلي، كما يمكن أن يتم القبول أيضا عن طريق البريد الإلكتروني، أو المحادثة الفورية[2]. وأكد المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية على ضرورة أن يكون الإختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة عند تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد[3].

كما قد يكون القبول الإلكتروني من خلال إلزام بعض المواقع الإلكترونية لمن يتعامل معها، بأن يحُرر أمرا بالشراء على صفحة الويب، فإذا قام العميل بتحرير هذه الأوامر عند دخوله على الموقع الإلكتروني، فهذا يعني قبولاً منه بالتعاقد[4]. وقد يشترط الموجب في إيجابه أن يتم القبول عن طريق النقر مرتين (Double Click) على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على شاشة الكمبيوتر، وهذا من أجل التأكد من صحة إجراء القبول وفي هذه الحالة، فإن النقرة مرة واحدة لا يعُد قبولاً، ولا يرُتب أثرا بشأن انعقاد العقد[5]؛ حيث أن هذه الطريقة للتعبير عن القبول تواجه عدة صعوبات في إثبات تحقق القبول من عدمه وتبيان هل هو صادر من الشخص المعني أم لا، وعلى هذا الأساس لا بد من التفرقة بين التعبير عن القبول وإثباته وعليه يقترح عند التعبير عن القبول النقر أكثر من مرة على الأيقونة الموجود على شاشة الحاسوب أو أن يكتب القابل عبارة تفيد القبول صراحة[6].

إضافة لما سبق، قد يكون التعبير عن القبول من خلال قيام القابل بإرسال معلومات بطاقة الائتمان الخاصة به إلى الموجب، أو أن يقوم بتنزيل أو تحميل المُنتجات الإلكترونية عبر الشبكة، بعد أداء مقابلها، كما في البيوع المتعلقة بشراء أقراص أو برامج الحاسب الآلي، فيكون ذلك عادة بتحميل ما تحتويه هذه المنتوجات ونقلها من مصدرها إلى الحاسوب الشخصي للمشتري. وقد يعمل المُوجب على اتخاذ بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة عن بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل، مثل تحديد محل إقامته الذي يجب إرسال

---

[1]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 89-90.

[2]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص90.

[3]- المادة 12 من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق، ص07.

[4]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص88.

[5]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص91.

[6]- آمال حابت، **التجارة الإلكترونية في الجزائر**، مرجع سابق، ص162.

المنتج إليه أو كتابة بعض البيانات الخاصة. والقصد من كل هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وإبرام العقد[1].

الفرع الثاني: خصائص القبول الإلكتروني والشروط الواجب توافرها فيه

من خلال هذا الفرع نستعرض الخصائص التي يتميز بها القبول الإلكتروني (أولاً)، ثم نتعرف على الشروط الواجب توافرها فيه (ثانيًا).

أولاً: خصائص القبول الإلكتروني.

يخضع القبول الالكتروني للقواعد العامة التي تحكم القبول التقليدي، إلا انه يتميز ببعض الخصوصية ومن أهمها نجد:

- يتم عند بعد عبر وسائط ودعائم الكترونية.
- يتصف بأنه يمكن من التعبير عن الإرادة بأي طريقة طالما تكون كافية للإفصاح عنه.
- يتميز باقترانه بعقد الإذعان حيث تقل فرصة التفاوض والمساومة على شروط التعاقد[2].

ثانيًا: الشروط الواجب توفرها في القبول الإلكتروني.

يجب أن يتوفر في القبول عدة شروط وهي كما يلي:

1- أن يصدر القبول والإيجاب لازال قائما:

حيث أكد المشرع الجزائري بأنه إذا عُين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الأجل، ويحُدد الأجل من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة[3].

ويبقى الإيجاب قائما في المعاملات الإلكترونية في عدة حالات، منها إذا حُدد موعد لقبول الإيجاب، يجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، وإن تأخر القبول عن هذا الموعد، فلن يعتد به. وهذا ما قضى به مشروع العقد النموذجي الإلكتروني الذي أعدته لجنة اليونسيترال، حيث نص في البند (4-2-3) منه بالقول "يعتبر القبول مقبولا إذا تسَلم مُرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد"[4].

2- أن يكون القبول مطابق للإيجاب:

حيث ينص القانون المدني الجزائري على أن القبول الذي يغُير من الإيجاب يعتبر إيجابا جديدًا[5]؛ وبالتالي لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابق للإيجاب.

فلا يجب أن يتضمن القبول حتى يعتبر مطابقا للإيجاب أي تعديل في هذا الأخير، سواء بزيادة أو بنقصان وهو ما سارت عليه جل التشريعات المقارنة، وما أكدته اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في فقرتها الأولى من المادة 19 .[6]

3- يشترط في القبول أن يكون باتا جازمًا:

الأصل أن تطابق القبول مع الإيجاب كفيل بحد ذاته لإبرام العقد و يصبح العقد ملزما لكلا الطرفين، استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين، إلا أن بعض التشريعات وفي العقود التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية وبغية حماية المستهلك دَرجت على إعطاء الحق للمستهلك في العدُول

---

[1]- فادي محمد عماد الدين توكل، مرجع سابق، ص91.

[2]- نادية ياس البياتي، **التوقيع الإلكتروني عبر الانترنت ومدى حجيته في الإثبات (دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي)**، دار البداية للنشر، عمان، الأردن، ط1، 2014، ص65-66.

[3]- المادة 63 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 07-05، السالف الذكر.

[4]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص149.

[5]- المادة 66 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 07-05، السالف الذكر.

[6]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص151.

عن قبوله، وإعادة السلعة إلى البائع؛ وهو ما قضى به قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم: (92- 960)، لسنة 1992، حيث جاء في المادة 6/121 منه،أن للمشتري في كل عملية بيع عن بعد الحق في إعادة البضائع في مدة سبعة أيام كاملة، ابتداء من تاريخ تسليم طلبيته لإبدالها أو لاسترداد الثمن، دون مسؤولية أو نفقات، باستثناء المصاريف المرتبطة بالرد.

ويؤسس بعض الفقه ضرورة النص على حق العدُول في العقود الإلكترونية الغير معروف في العقود التقليدية على أن القابل لا يستفيد من وجود خيار الرؤية، لأن المواقع الإلكترونية عادة ما ترافق عروضا بصورة للمبيع قد تكون صور مُتحركة، أو ذات أبعاد ثلاثية، مما يجعل المستهلك يرَى المبيع رُؤية أشبه بالحقيقة؛ وبناء عليه فإنه من الصواب أن يمنح قانون المعاملات الإلكترونية الحق للمتعاقد الضعيف (المستهلك) حق العُدول عن العقد، من أجل تحقيق توازن عقدي بين البائع والمشتري[1].

لم ينص المشرع الجزائري على حق العدُول ومدته في قانون التجارة الإلكترونية، في حين ذكر في نص المادة 11 منه، العدُول الإتفاقي عند الاقتضاء؛ ويكون المشرع بهذا قد خالف جُل التشريعات المقارنة، من بينها القانون المتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، في الفصل 30 منه، الذي قضى بما يلي: "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العُدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحُسب بالنسبة للبضائع،بداية من تاريخ تسَلمها من قبل المستهلك، أما بالنسبة للخدمات، فبداية من تاريخ ابرام العقد.

يكون الإعلام بالعدول عبر الوسائط الإلكترونية التي تم عبرها التعاقد، وفي هذه الحالة، يجب على المُورد إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل، من تاريخ إرجاع البضاعة، أو العُدول عن الخدمة، ويلتزم المستهلك بالمصاريف المتعلقة بإرجاع البضاعة[2].

4- أن يصدر القبول الإلكتروني صريحا واضحا وحرًا:

طبقا للقواعد العامة قد يتم القبول صراحة، سواء باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفاً أو بإتخاذ موقفا لا يدع مجالا للشك في دلالته على حقيقة المقصود[3]، كما يجوز أن يكون القبول ضمنيا في حالة عدم نص القانون أو اتفاق الأطراف على خلاف ذلك، غير أن هذا الحكم الأخير يصعب تطبيقه على العقود الإلكترونية، حيث يكون القبول في الغالب صراحة ومن الصعب أن يكون ضمنياً، وما يعزز هذا القول خُلاصة ما يستشف من النصوص التشريعية، حيث نجد العقد الإلكتروني لليونسيترال ينص في المواد (2،3،4) على ما يلي: "يعتبر القبول مقبولا ... إذا تسلمه مُرسل الإيجاب..."، وكلمة تسَلم هنا تفيد أن القبول يتم تسلمه من خلال رسالة مكتوبة وهو ما يعد تعبيرا صريحًا[4].

نفس الحكم ذهب إليه قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في نص المادة 11، التي تقضي بما يلي: "في سياق تكوين العقود... يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض..." [5].

---

[1]- نفس المرجع، ص.ص156-160.

[2]- نضال سليم برهم، مرجع سابق، ص72.

[3]-المادة 60 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 07-05، السالف الذكر.

[4]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص.ص82-83.

[5]- المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، مرجع سابق، ص03.

من خلال ما ذكرنا من نصوص، يتضح أن القبول يجب أن يصدر صريحاً، سواء بإستعمال اللفظ الدال مباشرة عن المعنى المقصود منه، من خلال إجراء محادثة عبر الإنترنت، أو من خلال الكتابة التي تتم عبر البريد الإلكتروني أو مجرد الضغط على مفتاح في لوحة مفاتيح الحاسب الآلي، أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة، حيث يعتبر كل ما سبق تعبيرا صريحا عن الإرادة، على أساس أن هذا الفعل هو الوسيلة التى تظُهر إرادة المتعاقدين في المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، فالقبول الإلكتروني يتم عبر برامج وأجهزة إلكترونية تعمل آليًا، وبالتالي لا يمكن لهذه الأخيرة استخلاص واستنتاج إرادة المتعاقد[1].

ألزم المشرع الجزائري التحقق من تفاصيل الطلبية من طرف المستهلك الإلكتروني لاسيما فيما يخص ماهية المنتوجات أو الخدمات المطلوبة والسعر الإجمالي والوحدوي والكميات المطلوبة بغرض تمكينه من تعديل الطلبية وإلغائها أو تصحيح الأخطاء المحتملة؛

-تأكيد الطلبية الذي يؤدي إلى تكوين العقد

يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبرا عنه بصراحة

يجب ألا يتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره[2].

المبحث الثاني: مجلس العقد الإلكتروني وظرفي تلاقي الإرادتين إلكترونيا

يعتبر مجلس العقد مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد الذي يتم إثر مفاوضات تجري بين الطرفين من أجل الاتفاق على بنود العقد، تتوج في النهاية بتطابق الإيجاب والقبول، فننتقل إلى مرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه ويستفاد من ذلك أن مجلس العقد يعد الحلقة الأخيرة في سلسلة الفترة السابقة على التعاقد ومرحلة قيام العقد فعلا، ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد وبدونها لا ينعقد لكن إذا كان من الممكن الإستغناء عن مرحلة المفاوضات فلا يمكن ولا يجوز الإستغناء عن مجلس العقد[3].

ويعتبر العقد منعقدا في اللحظة التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، بإعتبار أن إلتقاء الإرادتين هو الذي يخلق العقد، وهو الذي يحدد وقت تحقق الرابطة القانونية، غير أن الإشكال يطرح في العقد الإلكتروني بإعتباره عقدا مبرما عن بعد، فالبعد المادي لطرفيه ووسيلة إبرامه قد ألغيا كل المفاهيم المرتكزة على عنصر التحديد المكاني، مما أثار خلافا فقهيا حول الطبيعة القانونية لهذا العقد، الذي أثر على ماهية مجلس العقد الإلكتروني.

إن تحديد ماهية العقد الإلكتروني يؤدي إلى حل العديد من الإشكالات القانونية التي يثرها ظرفي تلاقي الإرادتين وهما الزمان والمكان. وهو ما سنتناوله من خلال هذا المبحث من خلال تحديد مفهوم مجل العقد الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم نستعرض ظرفي تلاقي الإرادتين إلكترونيا (المطلب الثاني).

---

[1]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص83.

[2]- انظر الفقرة الثانية والثالثة من المادة 12، من القانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

[3]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص87.

المطلب الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

نتطرق في هذا المطلب لتحديد مفهوم العقد الإلكتروني من خلال التطرق لماهية مجلس العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، وبيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ماهية مجلس العقد الإلكتروني

لتحديد ماهية مجلس العقد الإلكتروني، يتعين علينا التطرق لتعريف مجلس العقد (أولاً)، ثم نتطرق لعناصر مجلس العقد ومدى توافرها في العقد الإلكتروني (ثانيًا).

أولاً: تعريف مجلس العقد الإلكتروني

يُعرف مجلس العقد الإلكتروني من نواحٍ عدة:

1- التعريف اللغوي لمجلس العقد:

المجلس لغة؛ من الفعل جلِس وبكسر اللام، موضع أو مكان الجلوس والجلوس القعود وهو نقيض القيام ونطلق لفظ المجلس على كل موضع يجلس فيه الإنسان لقوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا قِيلَ لَكُمْ تَفَسَّحُوا فِي الْمَجَالِسِ فَافْسَحُوا يَفْسَحِ اللَّهُ لَكُمْ وَإِذَا قِيلَ انشُزُوا فَانشُزُوا يَرْفَعِ اللَّهُ الَّذِينَ آمَنُوا مِنكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَاتٍ وَاللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ**﴾ **[المجادلة: 11]** واشتَقت كلمة جلسة من المجلس، وهي حصة من الوقت يجلس فيها جماعة يختصون بالنظر في شأن من الشؤون، وهي مغلقة إذا لم يشهدها إلا أعضاؤها، ومفتوحة إذا شهدها معهم غيرهم، والمقصود به هنا زمان ومكان إبرام العقود عند الفقهاء[1].

2- التعريف الفقهي لمجلس العقد:

لقد تعددت المجالات التي تناولت تعريف مجلس العقد فيعرفه فريق من الفقه بأنه: "الحالة التي ينشغل فيها المتبايعان بالبيع بما تستلزمه من المكان والزمان وظروف الانشغال بالتعاقد"، ويلاحظ على هذا التعريف أنه قد جاء في سياق مجلس عقد البيع إلا أنه يصلح لتعريف مجلس العقد بصفة عامة، كما يتميز بإبراز عنصري الزمان والمكان، ويؤكد أيضًا على ضرورة إنشغال المتعاقدين بأمور التعاقد طالما بقي مجلس العقد قائما، ويتسع هذا التعريف ليشمل مجلس العقد الحقيقي والحكمي، وبالتالي يصلح في إطار العقد التقليدي والإلكتروني ويبين دور ظروف الإنشغال بالتعاقد التي قد ترتبط بالإشتراك بطبيعة الوسائل المستخدمة في إبراز العقد وتبادل الإرادة بين طرفي العقد، ويرى بعض الفقه أن هذا التعريف ليس واضحا أو متناسقا ويعيب عليه إستخدام لفظ "الحالة"، الذي من شأنه جعل مجلس العقد وحدة معنوية ما يعد محلا للنقد[2].

ويعرفه جانب آخر من الفقه أنه: "مكان وزمان التعاقد الذي يبدأ بالإنشغال البات بالصيغة وينقضي بإنتهاء الإنشغال بالتعاقد"، إن هذا التعريف يمتاز بانه جاء عام ومشتمل على عنصري مجلس العقد ألا وهما العنصرين المكاني والزماني، كما يبين هذا التعريف أن مجلس العقد يعد إحدى الفترات التي تسبق التعاقد، لذلك فإن أشخاص المجلس يطلق عليهم المتعاقدين لا العاقدين، لأن العقد لا ينعقد إلا في نهاية مجلسه، كما يحدد هذا التعريف النطاق الزماني

---

[1]- ميكائيل رشيد علي الزيباري، **العقود الإلكترونية على شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون**، أطروحة دكتوراه، كلية الشريعة، الجامعة العراقية، العراق، 2012، ص228.

[2]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، دار الجامعية الجديدة للنشر الإسكندرية، 2001، ص65. 163.

للمجلس من حيث بدايته التي تنطلق مع بدء الإنشغال بصيغة العقد ونهايته التي ترتب إما بإبرام العقد فعلا أو إنتهاء الإنشغال بأمور التعاقد[1].

وهناك من الفقه من يُعرف مجلس العقد بأنه: "الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد ويتبادلان فيه التعبير عن الإيجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المستحدثة" إن هذا التعريف يحرص على شمول وبيان عدة أمور مهمة في مجلس العقد ألا وهي[2]:

- تجنب الإيجاز المخل والإسهاب الممل من خلال سرد أمور تستفاد ضمنا وتستخلص من السياق.
- التأكيد على عنصري مجلس العقد الحقيقي والحكمي سواء أكان التعاقد بالوسائل التقليدية أو المستحدثة.
- تحديد بداية ونهاية المجلس حيث يستفاد أن مجلس العقد يبدأ بأمور التعاقد (الإيجاب والقبول)، وينفض إمام بالإبرام أو الإعراض.

3- التعريف التشريعي لمجلس العقد:

فيما يتعلق بالتعريف التشريعي لمجلس العقد نورد تعريف المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 64 من ق.م.ج على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل قبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"[3].

من خلال التعاريف السابقة نجد أنه لا يمكن إعطاء تعريف جامع وشامل لمجلس العقد الإلكتروني نظرًا لإختلاف الفقهاء في تحديد طبيعته تبعا لمدى توافر العنصر المادي والزماني فيه وذلك ما سنتطرق إليه في العنصر الموالي.

ثانيًا: عناصر مجلس العقد.

يتكون مجلس العقد كما سبق الذكر من عنصرين؛ أحدهما مادي وهو العنصر المكاني والثاني معنوي وهو العنصر الزماني، وفيما يلي سنتطرق لهذين العنصرين وإلى مدى توافرهما بشأن مجلس العقد الإلكتروني.

1- العنصر المادي لمجلس العقد الإلكتروني (العنصر المكاني):

إن مجلس العقد هو الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما لحظة إبرام العقد ويمثل العنصر المكاني أحد عنصري مجلس العقد[4]، وتتجلى أهميته في التعاقد بين حاضرين حيث يلتقيان فعليا في مكان واحد يجمعهما طول الفترة اللازمة لإبرام العقد، وقد يكون المكان الذي يبرم فيه العقد أي العنصر المادي للمجلس مكانا مفتوحا أو مغلقا، كما يمكن أن يكون حيزا ثابتا لمكتب أحد المحامين أو منزل أحد الطرفين أو متحركا كإبرام العقد على متن باخرة متحركة[5]، وسنتطرق للعنصر المادي لمجلس العقد من خلال تحديد مقصوده ثم بيان مدى توافره في العقد في مجلس العقد الإلكتروني.

---

[1]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص128.

[2]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص87.

[3]-المادة 64 من الأمر رقم 75-58، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 07-05، السالف الذكر.

[4]-يزيد أنيس نصير، **الإيجاب والقبول في القانون المدني، القوة اللازمة للإيجاب**، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون الجامعة الأردنية، عمان، ع1، 2003، ص114.

[5]- أشرف عبد الرزاق ويح، **التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين العربية)**، مجلة روح القوانين، جامعة طنطا، مصر، ع33، 2004، ج1، ص33.

أ- المقصود بالعنصر المادي (المكاني) لمجلس العقد: هو ذلك الحيز الثابت أو المتحرك الذي يجمع المتعاقدين فعليا أو إفتراضيا أثناء إنشغالهما بالتعاقد[1].

والجدير بالذكر أن مكان المجلس الذي يجتمع فيه الطرفين يجب أن يسمح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه بوضوح، وإلا فلا يستطيع كل طرف أن يصدر قراره عن بينة وبالتالي تنتفي حكمة مجلس العقد أصلاد، بمعنى آخر فإن مفهوم مجلس العقد يستلزم أن يتم تبادل الإيجاب والقبول بشكل شفوي ومباشر، الأمر الذي يعني أن كل طرف يسمع كلام الآخر ويدرك ما يتلفظ به، فمجلس العقد يستدعي فهم الموجب إليه للإيجاب الموجه له وإدراكه وكذا فهم الموجب للقبول، وإدراكه حيث يكون لكل منهما الإستفسار من الآخر عن أي أمر غامض في الإيجاب والقبول، ففي الإيجاب والقبول بين حاضرين يعد وقت إكتمال التعبير عن الإرادة

هو وقت فهمه وإدراكه وليس وقت سماعه[2].

ب-مدى توافر العنصر المادي (المكاني) في مجلس العقد الإلكتروني:

يتوقف وجود العنصر المكاني بالمفهوم الضيق على وصف مجلس العقد بكونه حقيقيا أو حكميا، ولما كان التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد فإنه يعد تعاقدا بين غائبين من حيث المكان؛ إذ لا يلتقي الطرفان فعليا في حيز مكاني واحد، على أن بعض صور التعاقد الإلكتروني قد تتيح لكل طرف أن يرى الآخر ويحاوره ويسمعه بوضوح ويفهم كلامه بيسر، لعل ذلك ما جعل البعض من الفقه[3]، يذهب إلى أنه إعتراف في إزالة الحواجز الجغرافية وجعل العالم قرية صغيرة، يتواصل من في شرقها تمام التواصل مع من في غربها، كما لو كان يتواجد معه فعليا في ذات الغرفة، ويتيح لكل منهما أن يحاور ويفاوض الآخر بشأن كافة تفاصيل التعاقد، ما يفترض أنهما التقيا إلكترونيا ليلتقيا افتراضيا في ذات المكان المتمثل في الفضاء الإلكتروني وينتهي هذا الفقه إلى أنه في حالة التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت يصبح من المتاح نقل الكتابة والصوت والصورة معا بحيث ينعدم الفاصل الزمني بين إعلان إرادة الطرف الأول (الموجب) وعلم الطرف الثاني (القابل) به والعكس، ويعد التعاقد الذي يبرم بهذه الآلية تعاقدا بين حاضرين مفترضا من حيث المكان.

الواقع أن التفسير على إطلاقه يمكن أن يؤدي بنا إلى نتائج عملية غير التي يريدها الفقه نفسه فلا شك أنه في حالة عم إتفاق الطرفين على مكان إبرام العقد سيتم إعمال الأحكام القانونية الخاصة بالتعاقد بين غائبين لحل هذه المشكلة وسنعتد عندئذ بالمكان الذي علم فيه الموجب بالقبول مع الأخذ بالإعتبار ان وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به[4].

2- العنصر المعنوي لمجلس العقد الإلكتروني (العنصر الزماني):

يعد العنصر المعنوي جوهر مجلس العقد فهو يعمل على تحقيق حكمته ويبرر سبب وجود نظرية مجلس العقد وهي كسب بعض الوقت للتفكير والتروي قبل إعلان الإرادة والعدول عنها بعد إعلانها متى توافرت شروط الإعتداد بهذا العدول، وسنقوم بتحديد المقصود من هذا العنصر ثم مدى توافره في التعاقد الإلكتروني.

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة (دراسة مقارنة)**، دار النهضة العربية، القاهرة ط2 2007، ص145.

[2]- وحيد الدين سوار، **التعبير عن الإدارة في الفقه الإسلامي**، دار الثقافة، عمان، ط2، 1998، ص102.

[3]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص152.

[4]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص87.

أ- المقصود بالعنصر المعنوي (الزماني) لمجلس العقد:

يمكن تعريف هذا العنصر بأنه الفترة الزمنية التي يظل المتعاقدين منشغلان فيها بأمور العقد المراد إبرامه[1] وتتمثل هذه الفترة في تلك المدة الواقعة بين صدور الإيجاب والعلم بالقبول ويتعين وجود هذا العنصر سواء كان المجلس حقيقيا أو حكميا أو كان التعاقد تقليديا أو إلكترونيا فقد أصبح المقصود باتحاد مجلس العقد تعاصر إنشغال الطرفين بإبرام العقد حتى ولو كان التعاقد يتم عن بعد من خلال الوسائط الإلكترونية أو غيرها من وسائل الإتصال المباشر، وبالتالي فإن اتحاد مجلس العقد هو بصفة أساسية اتحاد الزمان الذي يكون الطرفين خلاله منشغلين بأمور التعاقد، فإن التعاقد الإلكتروني يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان لكون الكتابة بين الغائبين من خلال الشبكة تماثل التعبير باللفظ في التعاقد بين الحاضرين (الكتبة كالخطاب) [2].

ب- مدى توافر العنصر المعنوي (الزماني) في مجلس العقد الإلكتروني:

إنه فيما يخص تحديد الفترة الزمانية لمجلس العقد الإلكتروني التي تعد بداية تحقق العنصر المعنوي فعن الأمر يختلف وفقا لأسلوب وطريقة التعاقد، فإذا كان التعاقد يتم مباشرة من خلال الموقع الإلكتروني (Web) سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافق الموجود (Ok) أو عن طريق التنزيل عن بعد (Downloade) فإن النطاق الزماني لمجلس العقد يبدأ من لحظة دخول الموجب إلى الموقع الإلكتروني الذي صدر منه الإيجاب ويستمر العنصر الزماني طول فترة المناقشات والمفاوضات حتى يخرج القابل أو الموجب من الموقع او يعدل إيجابه رغم بقائه على الموقع وإذا كان التعاقد يتم من خلال الرسائل الإلكترونية المرسلة غبر البريد الإلكتروني (E-mail)، أو بواسطة الكتابة المتبادلة بين الطرفين فإن مجلس العقد الإلكتروني يبدأ منذ لحظة صدور الإيجاب ويستمر لحين خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع، أما إذا كان التعاقد غير مباشر (غير لحظي) فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة إطلاع القابل على المعروض عليه سواء كان منتجا أو خدمة ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف وإن كنا نرى أنه ونظرا لحداثة التعاقد الإلكتروني لا توجد حتى الآن أعراف يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن، أما في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبتدئ من حيث صدور الإيجاب ويستمر حتى الإنتهاء من المحادثة[3].

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

تعددت الاتجاهات الفقهية حول بيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، فهناك من يعتبره تعاقدا بين حاضرين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، وهناك من يراه تعاقدا بين غائبين يسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، ويتوسطهما رأي وسط. هناك من الفقهاء من يعتد بمعيار الزمن فقط للتمييز بين التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين، ففي الأول تزول الفترة الزمانية بين صدور القبول والعلم به، فيعلم الموجب بالقبول في وقت صدوره أما في التعاقد بين غائبين، فإن هناك فترة زمنية ملحوظة تفصل بين وقت صدور القبول وعلم الموجب به، إلا أن أغلبية الفقهاء ترى أن معيار الزمن ليس مانعا جامعا، بل ينبغي

[1]- أشراف عبد الرزاق ويح، مرجع سابق، ص33.
[2]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص362.
[3]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص363-364.

أن تجتمع ثلاث عناصر متمثلة في الزمان والمكان والانشغال بشؤون العقد[1]، وعلى هذه الأسس ظهرت ثلاث آراء.

أولاً: العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين

1- مضمون الرأي:

ينطبق مفهوم مجلس العقد حسب هذا الرأي على كل متعاقدين انصرافا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما شاغل آخر، وكان بينهما اتصال مباشر عبر الانترنت، بحيث يستمع أو يرى أحدهما الآخر، فلا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير ووصوله إلى علم الموجه إليه، دون النظر إلى البعد المكاني للمتعاقدين، فمجلس العقد هنا حكميا وليس حقيقيا[2].

ويرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين، لكون أطراف التعاقد على اتصال دائم عبر شبكة الانترنت، إما عن طريق الكتابة (برنامج فري تيل Free Tell) أو عن طريق الحوار (chat)- وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة وذلك إذا كان الكمبيوتر مزودا بكاميرا وميكرفون، الأمر الذي يحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني الذي يكون تبعا لذلك تعاقدا بين حاضرين مفترضا من حيث الزمان والمكان[3]، فهذا الرأي يعبر عن وجهة نظره باتحاد الوحدة الزمانية لمجلس العقد، وبذلك فمجلس العقد هو زمن الإتصال عبر الانترنت فيبدأ ببدء الإتصال وينفض بانتهائه.

2- النقد الموجه لهذا الرأي:

يفترض هذا الرأي أن لمجلس العقد ركن واحد هو الزمان، وينظر إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمانية فقط وقد سبق التأكيد على أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما: المكان والزمان، فالركن المكاني يعتبر ركنا ماديا للمجلس والركن الزماني هو الركن المعنوي، ولكل واحد منهما شروط وأحكام، فإن قصر المجلس على أحدهما دون الآخر ترتب عليه خلل في ضبط الكثير من الأمور[4].

ثانيًا: التعاقد الإلكتروني تعاقد بين عائبين

1- مضمون الرأي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطرق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون، ولا يختلف عنهما إلا من حيث الوسيلة المستعملة التي أصبحت إلكترونية[5]. وقد أخذ بهذا الرأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في مارس 1990، والذي قرر: "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاينة، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة(الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسوب، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله"[6].

---

[1]- فراح مناني، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى، الجزائر، 2009، ص99.

[2]- محمد السعيد رشدي، **الأنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات**، مؤسسة دار الكتب للطباعة والنشر والتوزيع، الكويت 1997، ص33.

[3]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص97.

[4]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص282.

[5]- إبراهيم رفعت الجمالي، **انعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة (دراسة فقهية مقارنة)**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2005، ص112.

[6]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص298.

هناك من يعبر التعاقد عبر الأنترنت تعاقد بين غائبين لعدم صدور إيجاب وقبول في نفس اللحظة، إضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين، مما يجعل مجلس العقد في هذه الحالة حكميا تطبق عليه أحكامه. ويرجع البعض الآخر اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين إلى استفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحه إياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد[1].

2- النقد الموجه لهذا الرأي:

يتجاهل أصحاب هذا الرأي التعاقد الإلكتروني الذي يتم مباشرة بين المتعاقدين ولا يفصل بين الإيجاب والقبول إلا جزء من الثانية، إذ يتلاشى عنصر الزمن، وبذلك ينتفي ركن الزمن المشترط في مجلس العقد الحكمي، مما يصعب معه اعتبار مثل هذا التعاقد تعاقدا بين غائبين، لذا ظهر رأي ثالث وسط يتبنى مجلس العقد المختلط.

ثالثًا: مجلس العقد مختلط

1- مضمون الرأي:

يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وذلك لإنعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، لأنه يتم بوسيلة سمعية بصرية عبر شبكة الانترنت مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي يشبه في ذلك التعاقد بالتليفون من ناحية العلم الفوري ويأخذ نفس حكمه أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمن[2]، وفكرة الفروق الزمنية تفرضها عملية التعاقد بين غائبين غير المتوافرة بالنسبة للعقد الإلكتروني، لا يعني أن من وجهت إليه الرسالة قد علم بها لحظة وصولها، فقد يكون الكمبيوتر المرسل إليه مغلقا في هذا الوقت وقد لا يكون متسلم الرسالة الإلكترونية فقد يتسلمها أحد مقدمي خدمات الانترنت التي يبلغها له فيما بعد، ففي كلتا الحالتين يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول وعلم من وجهت إليه بمحتواها[3].

ويعتبر كذلك تعاقدا بين غائبين من حيث المكان لكون طرفي العقد الإلكتروني قد يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الإلتزامات إلكترونيا[4].

3- النقد الموجه لهذا الرأي:

لم يسلم هذا الرأي من النقد فهناك من رفض فكرة اعتبار التعاقد عن بعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان لعدم جواز تجزئة مجلس العقد، لأن هذا الأخير يتطلب وحدة المكان واستمرارية زمانية متصلة، إلا أن هذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هاتين الوحدتين، فضلا عن كونه يخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، فلا وجود لمجلس مختلط، مما يؤدي إلى صعوبة تطبيق أحكام المجلس الحقيقي على زمان المجلس وأحكام المجلس الحكمي على مكان المجلس[5].

رغم أن وسائل الاتصال الحديثة أصبحت البديل للتعاقد بالمراسلة والهاتف إلا أن التشريعات العربية في مجملها تخلو من نصوص تبين حكم التعاقد عن طريق هذه الوسائل لا سيما الانترنت، واكتفت بتكييف التعاقد الذي يحدث عبر الهاتف. لقد نص القانون المدني الأردني على: "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة أخرى مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين

---

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبراهم العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص288.

[2]- يزيد أنس نصير، مرجع سابق، ص114

[3]- أحمد شرف الدين، **عقود التجارة الإلكترونية**، كلية الحقوق بجامعة عين شمس، مصر، (د.ت.ن)، ص155.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبراهم العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص289.

[5]- جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص296.

متعاقدين لا يضمها مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس". ومن هنا يمكن ترتيب نفس الحكم الذي رتبه المشرع للتعاقد بين غائبين بالهاتف على باقي الوسائل المستحدثة كالفاكس والكمبيوتر والانترنت كونها تتشابه مع طريقة التعاقد بالهاتف من حيث اختلاف المكان وتمام العقد ، في الوقت الذي يتسلم فيه الموجب الرد بالقبول[1].

بعد عرض كل هذه الآراء المتناقضة حول الطبيعة القانونية للعقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة يمكن استنتاج الوصف الأكثر ملائمة لهذا النوع من التعاقد من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد وبالتحديد وسيلة القبول. ولا شك أن هناك فرق جوهري بين القبول الصادر عن طريق البريد الإلكتروني والقبول الصادر عن طريق زر الموافقة أو غرف المحادثة أو الوسائل المرئية، ففي جميع هذه الحالات يكون الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي له اتصالا لحظيا، إلا أنه استثناءا قد لا يتحقق الاتصال اللحظي في حالة استعمال البريد الإلكتروني لعدم وصول القبول لوجود عائق ما، كغلق جهاز الكمبيوتر من طرف الموجب، أو حدوث عطب في الشبكة...الخ[2].

وعليه ينبغي التفرقة بين حالتين في حالة الاتصال عن طريق البريد:

- الحالة الأولى: إن كان الاتصال فوريا أي لا وجود لفاصل زمني نكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.
- الحالة الثانية: إن كان التعاقد غير لحظي، فإننا نكون بصدد تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا.

يتبين بأن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، إلا في حالة التعاقد غير اللحظي، حيث يكون بين غائبين زمانا ومكانا[3]، وهذا ما يثير مشكلة زمان ومكان تلاقي الإرادتين وتثير هذه المسألة أهمية كبيرة في تحديد القانون الواجب التطبيق، وقت نفاذ العقد، بيان تاريخ الإستحقاق والالتزام ... الخ.

المطلب الثاني: الظرف الزماني والمكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا

لتحديد زمان إبرام العقد أهمية بالغة، فيترتب عليه معرفة الوقت الذي يحق فيه للمستهلك العدول عن التعاقد وكذلك تحديد وقت إنتقال الملكية وتحمل تبعات الهلاك وحساب بداية مواعيد التقادم وغيره، ويترتب على تحديد مكان إبرام العقد تحيد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة للفصل في النزاع في حالة حدوثه. ومنه فسنتعرض في هذا المطلب إلى الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا (الفرع الأول)، والظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا

حظيت مسالة تحديد زمان إنعقاد العقدة بشكل عام بإهتمام كبير من الفقه والتشريعات، وذلك لأهمية النتائج المترتبة على تحديد نقطة بداية آثار العقد، ومن خلالها أيضا يتحدد القانون الواجب التطبيق وهوه القانون الساري وقت انعقاد العقد[4].

ونظرا للأهمية التي حظيت بها مسألة زمان إنعقاد العقد، نجد أن الحلول المقترحة لمعالجتها قد تعددت، فالفقه قد اقترح أربع نظريات لحل هذه المسألة، لكن أثبتت قصورها في

---

[1]- أمجد محمد منصور، **النظرية العامة للإلتزامات (مصادر الإلتزام)**، دار الثقافة والدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان 2003، ص81.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبراهم العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص372.

[3]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص138.

[4]- نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، مرجع سابق، ص58.

عالم الأنترنت، وبدا من الضروري إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان إنقاد العقد الإلكتروني كما اختلفت الحلول القانونية لحل هذه المسالة، تبعا لكل ذلك سنقوم بدراسة مضمون هذا الفرع من خلال النقاط التالية:

أولاً: قصور النظريات التقليدية المحددة للظرف الزماني لتلاقي الإرادتين في التطبيق على التعاقد الإلكتروني:

تبنى الفقه عدة نظريات يتحدد وقت انعقاد العقد، وتستند هذه النظريات على لحظة اقتران القبول بالإجاب ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان القول أو تصديره أو العلم به وسنبين كل هذا على النحو التالي:

1- نظرية إعلان القبول:

أ- مضمون نظرية إعلان القبول: يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم الموجب[1]، فلا أهمية لعلم الموجب بالقبول أو عدم علمه، فالقبول وفقا لهذه النظرية تعبير إرادي غير واجب الإتصال يكفي مجرد إعلانه من صاحبه دون الحاجة لوصول ذلك للموجب، فهذه النظرية تسعى لتحقيق مصلحة القابل حيث يمنع على الموجب بعد هذه اللحظة العدول عن الإيجاب[2].

ب- تطبيق نظرية إعلان القبول في التعاقد الإلكتروني: إنه في إطار التعاقد الإلكتروني يكفي أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد الكتروني تتضمن إيجابا ويقول قبلت دون أن يقوم باي تصرف بإرسال رسالة نصية في غرف المحادثة تتضمن إيجابا ويعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل ردا للطرف الآخر[3]. وهكذا فإن العقد الإلكتروني ينعقد من حيث الزمان في اللحظة التي ينتهي فيها القابل من تحرير رسالة الكترونية تتضمن القبول دون تصديرها ويضيف البعض أنه يمكن إعلان القبول الإلكتروني عن طريق قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة حيث تظهر كلمة موفق (Ok/ Accepte)، على الرغم أن القابل هنا قد لا يضغط على المفتاح الخارجي بالإرسال بالضغط على مفتاح التوقف (stop) الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكتروني حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل وسيبقى ذلك في مرحلة إعلان القبول[4].

ج-النقد الموجه لنظرية إعلان القبول: يعاب على هذه النظرية خروجها عن العواقد العامة التي تقضي بأن التعبير الإرادة لا يحدث أثره بمجرد إعلانه وإنما من وقت العلم به[5]، أضف إلى ذلك أن هذه تجاهلت إرادة الموجب، فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة، ولم يرتبط به القبول فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه، حتى لو كان المتعاقد الآخر قد اعلن قبوله ولا يرسله، ويتراجع عنه متى شاء دون ان يستطيع أحد إثبات ذلك، سيما أن البيئة الإلكترونية افتراضية لا ترتكز على أية مرتكزات مادية كالأنترنت[6]. كما أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي من الناحية العملية إلى زيادة وتعقيد المشاكل الخاصة بإثبات

---

[1]- عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البوير-الجزائر، 2012/2011م، ص65.

[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص136.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص372.

[4]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص،ص101.101.

[6]- عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص158.

التعاقد عبر الإنترنت والتي تعد من أهم المشاكل القانونية الناجمة عن استخدام الأنترنت في إبرام العقود، حيث غالبا ما يلجأ القابل إلى إنكار صدور القبول منه فيعد الموجب تحت رحمة وسلطان القابل إن شاء تمسك بهذا القبول وإن شاء أنكر، دون أن يتمكن أحد من التثبيت من حقيقة قيام العقد، مما يزعج إستقرار التعامل فالقبول عندئذ لا يكون له وجود في اطار التعاقد الإلكتروني إلا على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالموجب له، ومن ثم يتعذر على الموجب إثبات أن القابل قد كتب رسالة بيانات تتضمن قبولا في الوقت الذي يبقى القبول في صندوق البريد الإلكتروني دون أن يتم إرساله فعلا إلى الموجب، هذا من وجهة أخرى لا يمكن اعتبار الرسالة قرينة على علم الموجب بها، فالأخذ بهذه النظرية لا يستقيم مع واقع المعاملات الإلكترونية[1].

2- نظرية تصدير القبول:

أ-مضمون نظرية تصدير القبول: وفقا لهذه النظرية فإن العقد لا ينعقد بمجرد إعلان القبول من جانب القابل إنما بتصدير القبول أي بإرساله فعلا، بحيث يكون نهائيا لا رجعة فيه، فلا يستطيع القابل استرداده أو العدول عنه وهكذا فإنه لا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبوله بل يشترط حصول واقعة مادية هي تصدير القبول إلى الموجب أي خروج القبول من يد صاحبه[2].

ب- تطبيق نظرية تصدير القبول في التعاقد الإلكتروني: وفقا لهذه النظرية عندما يكتب القابل رسالة إلكترونية تتضمن قبوله ويضغط على زر الإرسال فتخرج هذه الرسالة عن سيطرته، ولا يعود بإمكانه التراجع عن القبول فيصبح قبوله باتا، وتطبيقا لذلك أيضا ينعقد العقد عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر (الموجب) في خدمة غرف المحادثة، وذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول (Enter) في لوحة مفاتيح الحاسوب، أو عندما يضغط القابل بالمؤشر المتحرك للحاسوب على خانة القبول في العقود المعروضة على مواقع الويب (Web sites)، لأن الضغط عليها هنا يعتبر إرسالا للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب[3].

ج- النقد الموجه لنظرية تصدير القبول: يؤخذ على هذه النظرية بأن تصدير القبول ما هو في حقيقة الأمر إلا واقعة مادية ليست لها أية قيمة قانونية ولا تكفي لتوافق الإرادتين الذي يعد جوهر انعقاد العقد[4]، كما يعاب عليها أيضا أن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات المرسلة إليه، أو لمورد خدمة الإتصال لأنه من الممكن أن يتعرض نظام المعلومات التابع للشخص المعني إلى خلل أو عيب يحول دون استقبال الرسالة[5]، كما يرى البعض بأن هذه النظرية لا تتلاءم مع العقود الإلكترونية باعتبارها تتضمن وقتا بين التعبير عن القبول واستلامه من قبل الموجب في حين أن التراضي في العقود الإلكترونية يتميز بالسرعة التي ألغت الفوارق الزمنية، بحيث يكفي أن يضغط الشخص على الزر ليصل قبوله إلى الموجب في ثوان وهو ما يجعل هذه النظرية لا تتلاءم مع العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت[6].

3- نظرية تسليم القبول (نظرية وصول القبول):

---

[1]- بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص101.
[2]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص112.
[3]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص166.
[4]- حمودي ناصر، مرجع سابق، ص211..
[5]- محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص71.
[6]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص67-68.

أ- **مضمون نظرية تسليم القبول:** يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب الطرف القابل حيث أن استلام القبول يجعل منه نهائيا؛ إذ تنتفي إمكانية استرداده، ويستوي علم الموجب بالقبول من عدم علمه إذ أن وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على العلم به[1].

ب- **تطبيق نظرية تسليم القبول في التعاقد الإلكتروني:** بمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد الإلكتروني لحظة دخول الرسالة الإلكترونية في صندوق البريدي الإلكتروني سواء قرأت هذه الرسالة أم لم تقرأ، فالعبرة بتسلم القبول وليس العلم به[2]. ويختلف الأمر وفقا لما إذا كان الموجب (المرسل إليه) قد حدد نظاما معينا للمعلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية من عدمه، فإذا كان قد حدد نظاما للمعلومات يتم بموجبه إستلام القبول أو الرسالة الإلكترونية التي تشتمل عليه، فإن العقد الإلكتروني يتم في اللحظة التي يتلقى فيها الموجب الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول وتتحدد لحظة إتمام التعاقد الإلكتروني في هذا الفرض بوقت دخول الرسالة الإلكترونية السالف ذكرها، في نظام المعلومات الذي حدده الموجب، وعلى ذلك فإنه إذا تم إرسال القبول عن طريق البريد الإلكتروني فإن العقد يتم لحظة وصول القبول إلى البريد الإلكتروني للموجب، وهو أمر يسهل إثباته من جانب الطرفين.

وتجدر الإشارة إلى أن العقد يبرم في هذه الحالة حتى لو لم يطلع الموجب على محتويات بريده الإلكتروني بحيث يعلم فعليا بالقبول الذي أدرج به[3].

ج- النقد الموجه لنظرية تسليم القبول: إن هذه النظرية تتأرجح بين النظريتين السابقتين، فهي تأخذ بنظرية التصدير متأنية حتى يصل القبول إلى الموجب، وتأخذ بنظرية العلم متعجلة؛ إذ تجعل وصول القبول قرينة على العلم به، فهي تعتبر القبول مجرد واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية فالعبرة بعلم الموجب بالقبول[4].

4- نظرية العلم بالقبول:

أ- **مضمون نظرية العلم بالقبول:** وفقا لهذه النظرية ينعقد العقد في الوقت الذي يعلم به الموجب فعلا بالقبول[5].

ب-**تطبيق نظرية العلم بالقبول في التعاقد الإلكتروني:** تطبيقا لمضمون النظرية على التعاقد الإلكتروني، فإن لحظة إنعقاد العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول، وتتجسد عندما يفتح الموجب صندوق البريد الإلكتروني ويقرأ الرسالة التي تتضمن القبول، أو يطلع على موقعه على شبكة الويب فيعلم عندها بأن هنالك قبولا قد أرسل إليه وفقا للعقد النموذجي الذي أعده المرسل (الموجب) ابتداء[6].

---

[1]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص112.

[2]- عمر خالد الزريقات، مرجع سابق، ص159.

[3]- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية (دراسة الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الإتصال الحديثة- التراسل الإلكتروني)، مجلس النشر العلمي، الكويت، 2003، ص118.

[4]- محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص71.

[5]- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، **عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق، المنازعات العقدية وغير العقدية)**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط1، 2005، ص53.

[6]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص68-69.

ج- **النقد الموجه لنظرية العلم بالقبول:** يؤخذ على هذه النظرية البطء في سير المعاملات، والأخذ بها بالشكل المطلق تجعل القابل تحت رحمة الموجب لأن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يصعب على القابل إثباته[1].

لكن تطور البرمجيات المستمر والمتسارع أتاح إمكانية معرفة ما إذا كان البريد الإلكتروني الذي أرسل إلى شخص ما قد تم العلم به، فبرنامج "مايكروسفت أوتاوك" يوفر هذه الميزة، حيث يظهر عند مرسل البريد الإلكتروني تقرير في اللحظة التي يفتح فيها الشخص الذي استلم البريد الإلكتروني الرسالة يبين هذا التقرير الساعة والتاريخ الذين تم فيهما فتح الرسالة مع إمكانية طباعته على الورق، وبذلك يسهل إثبات علم الموجب بالقبول[2].

ثانيًا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

ثبت الدور الفعال لمبدأ سلطان الإرادة في ظل العقود التقليدية وتم تكريسه في معظم الأنظمة القانونية التي نظمت المسألة، فأقرت للأطراف كامل الحرية في تحديد زمان انعقاد العقد كأصل، وأما في حالة عدم وجود مثل هذا الاتفاق فإنه يأخذ بالحل الوارد في النصوص القانونية، والعقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية، تعتد بمبدأ سلطان الإرادة لتحديد زمان انعقاد العقد. ويتم اتفاق الطرفين المتعاقدين المحدد لزمان انعقاد العقد الإلكتروني عادة من خلال ما يسمى باتفاقيات التبادل الإلكتروني للبيانات، ويعد هذا النوع من الاتفاق الحل الأمثل لتفادي اختلاف وتباين الحلول الواردة سواء في الفقه، أو التشريع[3].

الإرادة هي "انعقاد العزم على إجراء

ثالثًا: موقف بعض الإتفاقيات والقوانين من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

لم يقتصر الخلاف في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني فحسب بل تباينت مواقف القوانين الوطنية وحتى الدولية في هذه المسألة وسنبين ذلك كما يلي:

1- موقف بعض الإتفاقيات من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

سنقتصر دراستنا بشأن الإتفاقيات الدولية والإقليمية على اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع ومن ثم سنعرض موقف أهم الإتفاقيات الأوروبية المتناولة للمسألة.

أ- **موقف إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع**: جاءت هذه الإتفاقية لتنظيم البيع بغض النظر عن الوسيلة التي أبرم من خلالها، فقد أجازت هذه الإتفاقية إبرام هذه العقود بأي وسيلة، وبالتالي فإن أحكامها تطبق على عقود البيه الدولية مهما كانت وسيلة إبرامها تقليدية أم إلكترونية[4].

وقد تطرقت الإتفاقية في المادة 23 منها إلى تحديد وقت انعقاد العقد، والتي أقرت أن العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره، دون توضيح أكثر أو تحديد دقيق أو فعلي يوضح ماهية هذه اللحظة، كما أضافت المادة 02/18 منها أنه لا ينعقد العقد إلا بعد أن يصل القبول إلى الموجب في المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود هذا

---

[1]- عتيق حنان، المرجع نفسه، ص69.

[2]- لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الإلكتروني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس-فلسطين، 2008، ص129.

[3]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص 69.

[4]- لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص137.

الشرط[1]. وتضيف المادة 24 أن العقد ينعقد عندما يتسلم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر عما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم[2].

وتطبيقا لذلك، إذا أبرم عقد بيع دولي عبر الأنترنت بين دولتين منضمتين إلى الإتفاقية أو بين أفراد تلك الدولتين من خلال تبادل رسائل بريد إلكتروني، فإن العقد يعتبر قد انعقد في اللحظة التي تصل فيها إلى صندوق بريد الموجب رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبولا للإيجاب بحيث تكون هذه الرسالة جاهزة لمعالجتها[3].

ب- **موقف الإتفاقيات الأوروبية من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيًا:** نص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات على أنه: "يعتبر العقد الذي يتم بإستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا للعوض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض"[4]، وهذا ما يعني أخذه بنظرية وصول القبول كما أقر العقد الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات نظرية الوصول فيما يتعلق بزمان انعقاد العقد حيث نص في مادته الثالثة في فقرتها الثالثة 3/3 على أنه: "تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات، اللحظة والمكان اللذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب"[5]. وكذا أقر التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/06/08 بذات الاتجاه عندما نص على أنه: "يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"، وقد حدد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكتروني وبذلك لم يكتف التوجيه بانعقاد العقد بلحظة استلام القبول من القابل، وإنما باستلام تأكيد مزود الخدمة بصحة القبول، محاولا بذلك تحقيق الأمان القانوني عبر الشبكة[6].

2- موقف بعض القوانين الداخلية من الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

اختلفت وتباينت مواقف مشرعي الدول إتجاه تحديد انعقاد العقد الإلكتروني، فنجد المشرع الجزائري قد تبنى نظرية العلم بالقبول من خلال نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري. أما المشرع الفرنسي فقد ساير ظهور المعاملات الإلكترونية من خلال تعديل المادة 05/1369 من القانون المدني الفرنسي والتي تقر بأن العقد المبرم عبر الطرق الإلكترونية لا يكون صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب (القابل) أي تبنى نظرية جديدة وهي نظرية تأكيد القبول[7].

وقد تبنى المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية المؤقت رقم 85 لسنة 2001، نفس الأحكام التي وردت في قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، فلم يتطرق إلى مسألة زمان انعقاد العقود الإلكترونية وإنما بحث مسألة زمان إرسال وتسلم رسائل المعلومات في نص المادة 17 منه، وقد سار على نفس النهج القانون الإماراتي رقم 2 لسنة

---

[1]- حمودي ناصر، مرجع سابق، ص 217.

[2]- مرجع سابق، ص137

[3]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص173.

[4]- خالد ممدوح، **إبراهم العقد الإلكتروني دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص381.

[5]- إيمان محمود أحمد سليمان، **إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)**، دار الحامد الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص143.

[6]- لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص138.

[7]- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه، ص383.

2002 بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، والقانون البحريني بشأن التجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 2002/09/14، وقد كرست كل هذه القوانين مبدأ سلطان الإرادة فتركت للمتعاقدين (الموجب والقابل) حرية الاتفاق على زمان انعقاد العقد الإلكتروني، ليكون اتفاقهما في هذه الحالة ملزما، أما في حال غياب مثل هذا الاتفاق فتأتي الأحكام الواردة في القانون المطبق على العقد لسد هذا النقص[1].

الفرع الثاني: الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا

حظيت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد هي الأخرى اهتماما كبيرًا فقهيا وتشريعيا، وذلك لأهمية النتائج المترتبة على تحديده وتعاظمت هذه الأهمية في ظل التعاقد الإلكتروني الذي غير المفاهيم التقليدية و أوجد مفاهيم حديثة، وتظهر أهمية تحديد مكان انقاد العقد في معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني وكذا تحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات التي يقيرها العقد، ومن خلال هذا الفرع سنقوم بدراسة الظرف المكانية لتلاقي الإرادتين إلكترونيًا بالتطرق لقصور النظريات التقليدية في تحديد الظروف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيًا (أولاً) ثم ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظروف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيًا، وفي الأخير نستعرض موقف بعض الإتفاقيات والقوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيًا (ثالثًا).

أولاً: قصور النظريات التقليدية في تحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

تبنى الفقه في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني نظريتين الأولى تعتد بمكان إقامة الموجب والثانية تعتد بمكان إقامة القابل، ولكل من النظريتين مجموعة من الحجج يستند عليها في تبرير وجهة نظره،وسنبين مضمون كل نظرية ومدى تطبيقها على التعاقد الإلكتروني ثم النقد الموجه لها.

1- نظرية محل إقامة الموجب:

أ- **مضمونها:** يذهب أنصار نظرية العلم بالقبول إلى أن مكان العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول[2].

ب- **تطبيقها في التعاقد الإلكتروني:** يذهب أنصار هذا الإتجاه إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلك وبذلك تعد لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة إبرام العقد الإلكتروني، ومكان إقامة الموجب هو مكان إبرام العقد الإلكتروني[3].

ج- **النقد الموجه لنظرية محل إقامة الموجب:** يعاب على هذه النظرية أن العقود الإلكترونية التي تبرم عن طريق الأنترنت غالبا ما تتم بين طرفين أحدهما تاجر مهني يتخذ في أغلب الصور شركات تجارية كبرى، والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية، لذلك فإن اعتبار مكان إقامة الموجب هو مكان انعقاد العقد يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحصول على حقوقه، لأنه إذا أرد رفع دعوى على الموجب

[1]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص77-78..
[2]- محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص72.
[3]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص79.

فيجب أن يعرفها في محل إقامته والذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم فيها[1].

كما يصعب على القابل (المستهلك) أن يتعرف في بعض الأحيان على محل إقامة الموجب الحقيقي إذ أن مجرد استخدام الموجب إسم النطاق أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، لا ينشئ قرينة على تواجد مكان عمله في ذلك البلد، ولا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل الموجب، فقد نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات تستعرض بعض المنتجات والخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها محل بالمعنى المعروف، كما أنه يمكن عرض سلع لتوزيعها في مناطق معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق[2].

2- إقامة القابل: نظرية محل

أ- **مضمونها:** يرى أنصار هذه النظرية بأن مكان إنعقاد العقد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (أي المكان الذي يصدر فيه القبول)، عند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره، يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية[3].

ب- **تطبيق نظرية محل إقامة القابل في التعاقد الإلكتروني:** تطبيقا على العقد الإلكتروني فإن المكان الذي يعد فيه منعقدا هو المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل[4].

ت- **النقد الموجه لنظرية محل إقامة القابل:** إن هذه النظرية تتفق مع متطلبات المعاملات الإلكترونية، إلا أن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الأنترنت يتم بين طرفين أحدهما تاجر والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام الدولة التي يقيم فيها، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني الذي يعد مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية[5].

ثانيًا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

إن إعمال مبدأ سلطان الإرادة هو الحل الأمثل لتحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا، ذلك لأن الإختلاف حول مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني عد عقبة في إزدهار المعاملات الإلكترونية وإعطاء الحرية للأطراف المتعاقدة لتحديد مكان انعقاد العقد هي قاعدة كان لها دور كبير في العقود التقليدية والتي تعاظم دورها في العقود الإلكترونية التي تواجه فراغا تشريعيا كبيرًا[6].

---

[1]- إيمان مأمون أحمد سليمان، ، **إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)**، دار الحامد الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص149.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة**، مرجع سابق، ص 390.

[3]- لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص 133.

[4]- المرجع نفسه، ص 133.

[5]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص 81.

[6]- المرجع نفسه، ص 81.

ثالثًا: موقف بعض الإتفاقيات والقوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

لقد أدى التعارض بين النظريات التقليدية ومحاولة تطبيقها على التعاقد الإلكتروني إلى قصور استدعى ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وسنبين فيما يلي موقف بعض القوانين من هذه المسألة.

1- موقف بعض الإتفاقيات من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

تبنت إتفاقية فيانا للبيع الدولي للبضائع نظرية تسليم القبول للموجب بالنسبة لمسألة الروف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا، حيث نصت المادة 24 منها على أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان، وحسب هذا النص فإن مكان انعقاد العقد هو مكان تسليم القبول للموجب، أو المكان الذي تم فيه تسليمه رسالة القبول، أو مكان عمل الموجب إذا تسلم رسالة القبول هنالك أو عنوان البريد للموجب، أو مكان سكنه المعتاد إذا تسلم القبول في مكان سكنه بسبب عدم وجود مكان عمل أو عنوان بريدي له[1].

في حين أقرت اتفاقية روما الصادرة في 1980/06/19 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية، في مادتها الثالثة (03) مبدأ حرية الأطراف في تحديد القانون الذي يحكم العقد، وفي حالة سكوت الأطراف يطبق قانون الدولة التي يتصل بها العقد بروابط أكثر وثوقا، وتضمنت المادة الرابعة (04) منها المقصود بالقانون الأوثق صلة بالروابط العقدية ناصة على أنه: "يفترض أنه للعقد الرابط الأكثر وثوقا مع الدولة التي يوجد فيها لحظة إبرام العقد محل الإقامة المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالآداب المميز"[2].

بينما تركت التوجيهات الأوروبية مسألة الاتفاق على تحديد مكان انعقاد العقد لحرية الدولة لتحديدها في قوانينها الداخلية، التي عادة ما تترك المسألة لحرية الأطراف وفي حال غياب اتفاقهما الصريح تتم الاستعانة بالحلول الموجودة في النظرية العامة للعقود في مجال التعاقد بين غائبين، خاصة وأن العقد الإلكتروني من بينها[3]. نص الاتفاق الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبينات على أنه: "يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت وفي المكان الذي تصل فيه الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم للعرض"، وهذا يعني أنه اعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان وصول رسالة القبول لنظام كمبيوتر الموجب، كما أخذ بنفس الإتجاه العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني للبيانات في مادته الثالثة (03/03)[4].

2- موقف بعض القوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

سنتطرق من خلال هذه النقطة إلى تحديد موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية في مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا ثم إلى موقف بعض التشريعات.

أ- موقف قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية من الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا: لم يتطرق قانون اليونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على بحث مسألة مكان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية وإنما اقتصر بحثه على مسألة مكان إرسال رسائل البيانات ومكان تسلمها، وذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الوسائل هي التي تحمل الإرادات

[1]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 173-174. إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص151.
[2]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص 83.
[3]- حمودي ناصر، مرجع سابق، ص 222.
[4]- لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص 142.

التعاقدية وقد حددت المادة الخامسة عشر في فقرتها الرابعة (04/15) منه مسألة مكان إرسال وتسليم رسالة البيانات، حيث جاء فيها ما يلي: "ما لم يتفق المنشئ أو المرسل 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 ولأغراض هذه الفقرة:

- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.
- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثمة إلى محل إقامته المعتادة".

فوفقا لهذا النص تكون مسألة تحديد مكان إرسال رسالة البيانات ومكان تسليمها ابتداء بيد المتعاقدين فإذا اتفقا على المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات قد أرسلت منه، والمكان الذي يعتبر أنها قد سلمت فيه فإن اتفاقهما ملزم[1].

أما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من محل واحد فإن العبرة في تحديد مكان إرسال وتسليم رسالة البيانات، هي المكان الذي يوجد فيه المقر الأوثق صلة بالمعاملة المعنية[2]، وبطبيعة الحال فإن مسألة المقر الأكثر صلة بالمعاملة هي مسألة موضوع، لذلك لم يضع قانون اليونسترال النموذجي أي مؤشرات لتحديدها، فيختص قاضي الموضوع بتحديد المقر الأكثر صلة بالمعاملات عن طريق المؤشرات التي يراها مناسبة[3].

فإذا لم يكن بالإمكان تحديد المقر الأكثر صلة لعدم وجود ما يرجح ذلك، أو لعدم ارتباط المعاملة بأي مقر فيؤخذ في هذه الحالة بالمكان الذي يوجد فيه مقر العمل الرئيسي للمنشئ بالنسبة لمكان إرسال الرسالة، والمرسل إليه بالنسبة لمكان تسلم الرسالة، اما إذا لم يكن لدى كل من المنشئ أو المرسل إليه أو كليهما مقر عمل يؤخذ بمحل الإقامة المعتاد للمنشئ أو المرسل إليه[4].

ب- موقف بعض القوانين الداخلية من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:

لقد أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري واعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان علم الوجب بالقبول، إلا أن هذا النص ليس أمرا إنما هو نص مكمل لإرادة الطرفين، ففي حالة عدم وجود اتفاق مسبق لأطراف التعاقد لتحديد مكان إبرام العقد اعتبر مكان علم الموجب بالقبول هو مكان انعقاد العقد[5].

أما المشرع الأردني فلم يتطرق في قانون المعاملات الإلكتروني المؤقت رقم 85 لسنة 2001 لمسألة مكان إبرام العقود الإلكترونية، وإنما بحث في مسألة مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات"[6]. وأخذ بمقر العمل سواء للمنشئ أو المرسل إليه كمعيار لتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات، ولم يأخذ بمعيار مكان وجود نظام معالجة المعلومات، وهو المنحى السليم الذي ينسجم مع العقود الإلكترونية، إلا أنه لم يحدد مكان إبرام العقود عبر الأنترنت من خلال النص السابق، وعليه لابد من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون الأردني؛ إذ يرى المشرع الأردني ابتداء أن المسألة متروكة لاتفاق المتعاقدين فإذا وجد اتفاق أخذ به، وإذا لم

---

[1]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 181.

[2]-المرجع نفسه، ص 182.

[3]- فيصل محمد كمال عبد العزيز،**الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية**، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 288.

[4]- عتيق حنان، مرجع سابق، ص 85.

[5]- مرجع سابق، ص 86.

[6]- محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 74. إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص391.

يوجد مثل هذا الاتفاق فإم المشرع الأردني حسم المسألة بتبنيه نظرية إعلان القبول، ويعتبر أن العقد قد انعقد في مكان إعلان القابل أي محل إقامة القابل[1].

أما المشرع التونسي فقد أقر في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بأن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان عنوان البائع وذلك في نص المادة 28 والتي نصت على أنه: "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك"[2].

خلاصة الفصل:

من خلال ما سبق تناوله في هذا الفصل حول صيغ الإرادة الإلكترونية ومجلس العقد الإلكتروني وكخلاصة لما تم التطرق له من خلال المبحثين، نورد النتائج التالية:

يجوز التعبير عن الإرادة التعاقدية باستخدام الوسائل الإلكترونية، حيث أنه لا يوجد في القواعد العامة لمختلف التشريعات ما يمنع من استيعاب هذه الوسائل كطريقة لتبادل الإرادات التعاقدية وإن لم تنص صراحة على جواز هذا النمط من التعبير.

وعلى الرغم من حداثة العقد الإلكتروني إلا أنه يبقى مجرد عقد عادي يتميز بوسيلة إبرامه، التي ألغت الدعائم الورقية، لذلك يشترط لانعقاده كقاعدة عامة التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، ولابد أن تتجسد في شكل صيغة لكي تنتج أثارها وذلك عن طريق إيجاب وقبول إلكترونيين في بيئة لا مادية من دون أن تتأثر متطلباتهما القانونية.

ولم تقيد التشريعات حرية الأطراف في اختيار الطريقة التي يرونها مناسبة في التعبير عما يشاؤون من العقود طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، وفي ذلك ترك المجال للدول في وضع قواعد وإنشاءات بما يخدم مصالحها ومصالح الأفراد بكل حرية.

يعتبر مجلس العقد مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد، الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالعقد والغرض منه منحها فترة للتدبر والتروي في أمر التعاقد طيلة مجلس العقد الذي يبدأ بالإنشغال البات بالصيغة (الإيجاب) فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه، كما يثبت لمن وجه إليه الإيجاب خيار القبول أو الرفض طالما لم ينقض المجلس كما أن لمجلس العقد أهمية للعقد تتمثل في تحديد مكان وزمان العقد الذي يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة قيام نزاع، ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي وحكمي، يفرق بينهما عنصر الزمان والمكان إلا أن إجماع الفقه على أن معيار التزامن هو ضابط التمييز بنيهما وبالتالي يقوم على ركنين المادي وهو المكان والمعنوي وهو الزمان، كما يشترط لتكوين مجلس العقد الإلكتروني شرطان، لأولهما هو حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورا افتراضيا، وثانيهما بدء الإنشغال بالصيغة أي الإيجاب، أما بشأن الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني فرأينا أنه تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا إلا أن في التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانا ومكانا، وتثير هذه المسألة أهمية كبيرة تتعلق بوقت نفاد العقد والقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بحل النزاع.

[1]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 184. لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص144.

[2]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص 142.

خاتمة

خاتمة:

في ختام دراستنا لموضوع شروط الرضا في العقود الإلكتروني، لا يسعنا إلا التأكيد مجددًا على أهمية هذا الموضوع، لاسيما في ظل التطور التكنولوجي الهائل لوسائل الاتصال الحديثة، والذي أدى إلى انتشار هذا النوع من العقود، فبعد أن كانت العقود تبرم في بيئة تقليدية؛ وتقوم على التواجد المادي لطرفي العلاقة العقدية، صارة تتم عبر شبكة الأنترنت، والتي اختصرت الزمان والمكان معًا، وقيام عديد الدول بوضع تقنين لهذا النوع من المعاملات فالمسائل المتعلقة بأحكامها أضحت من المسائل الهامة التي تشغل فكر القانونيين، ومحل نقاش لعدد من المؤتمرات القانونية المحلية والدولية.

ومع تزايد انتشار المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت غدت العقود الإلكترونية طريقًا مألوفًا للتعاقد باعتبار المزايا الكثيرة التي أضحت توفرها للمتعاقدين، مما أثار العديد من الإشكاليات القانونية على المستويين الوطني والدولي أهمها تلك المتعلقة بوجود التراضي على هذه العقود، خاصة وأن التراضي يعد ركنًا أساسيًا لتكوين العقد بصفة عامة ومنها بطبيعة الحال العقود الإلكترونية، مما دفع بعد ذلك عديد المشرعين إلى تعديل قوانينهم التقليدية حتى تستوعب هذا النوع من المعاملات أو استحداث قوانين خاصة بهذه المعاملات.

وكإجابة على الإشكالية وتساؤلات الدراسة توصلت إلى النتائج التالية:

- يعتبر الرضا ركن أساسي من القواعد العامة للعقد في نظرية الالتزام، ويتحقق التراضي في التعاقد أيًا كانت صفته تقليديًا أو إلكترونيًا بتوافق إرادتين متطابقتين، يُعبر عنهما وفقًا للقانون، ولما كان الرضا ركنًا أساسيًا في العقد فهو لا يتجسد إلا بالتعبير عنه.
- بفضل تقنيات الاتصال الحديثة ألمعتمدة في إبرام التعاقدات الإلكترونية القائمة في ظل البيئة الرقمية، فقد عملت هذه الأخيرة على توفير للمتعاقدين إمكانية التعبير عن ارادتيهما المكونة لمتعاقد عن طريق ما يُسمى بنظام التبادل الإلكتروني للبيانات، والذي يكون بواسطة إحدى تقنيات الاتصال المعتمدة في هذا الغرض، بحيث يترتب عن ذلك توافر ارادةُأولى تُسمى بالإيجاب، والتي تُعبر عن المرحلة الأولية الدخول في علاقة تعاقدية وتقابلها ضرورة صدور إرادة ثانية ومُطابقة لها يُعبر عنها بالقبول أو الموافقة على العرض المقدم من صاحب الإيجاب.
- إجازة التشريعات الحديثة والقواعد العامة في القانون المدني التعبير الإلكتروني عن الإرادة، وذلك بتبادل أطراف العقد إرادتهما باستخدام الوسائل الإلكترونية، فيكون الواحد منهما بعيدا عن الآخر، بحيث قد ينتمي كل منها دولة واحدة، كما قد ينتمي كل منهما لدولة غير الدولة التي ينتمي إليها الطرف الآخر، وهو ما يضفي صفة الدولية على هذا النوع من العقود.
- على الرغم من حداثة العقد الإلكتروني إلا أنه يبقى مجرد عقد عادي يتميز بوسيلة إبرامه، التي ألغت الدعائم الورقية، لذلك يشترط لانعقاده كقاعدة عامة التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، ولابد أن تتجسد في شكل صيغة لكي تنتج أثارها وذلك عن طريق إيجاب وقبول إلكترونيين في بيئة لا مادية من دون أن تتأثر متطلباتهما القانونية.
- لم تقيد التشريعات حرية الأطراف في اختيار الطريقة التي يرونها مناسبة في التعبير عما يشاؤون من العقود طبقا لمبدأ سلطان الإرادة، وفي ذلك ترك المجال للدول في وضع قواعد وإنشاءات بما يخدم مصالحها ومصالح الأفراد بكل حرية.

خاتمة:

- تطور موقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة التعبير الإلكتروني عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني من إجازته الضمنية ضمنن أحكام القانوني المدني إلى إجازته صراحة من خلال القانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.
- يكتسي القبول الإلكتروني طابعا خاصا في البيئة الإلكترونية من خلال صور التعبير عنه، حيث يعتبر القبول صراحة سواء بالضغط على زر القبول أو الفأرة، عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق المحادثة والمشاهدة أما التعبير الضمني والسكوت الملابس فلا يوجد لهما نصيب في المعاملات الإلكترونية؛ إذ أن التشريعات الإلكترونية لم تتطرق للحالات الواردة في التقنين المدني، وبالتالي لا يمكن أن تنطبق هذه الحالات على التعاقد الإلكتروني نظرا لحداثته، ففي حالة التعامل السابق بين الطرفين لا يمكن اعتبار السكوت قبولا إلا إذا ورد إتفاق صريح أو ضمني بين الطرفين يقضي بذلك. وبالنسبة لشروط القبول الإلكتروني فإن إصدار القبول عبر تقنية المحادثة والمشاهدة يجب أن يكون فوريا فلا يجوز تراخي القابل على عكس تقنيتي البريد الإلكتروني أو النقر على الفأرة بحيث يمكنه التراخي لإصدار القبول.
- يعتبر مجلس العقد مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد، الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالعقد والغرض منه منحها فترة للتدبر والتروي في أمر التعاقد طيلة مجلس العقد الذي يبدأ بالإنشغال البات بالصيغة (الإيجاب) فيثبت للموجب خيار الرجوع عن إيجابه، كما يثبت لمن وجه إليه الإيجاب خيار القبول أو الرفض طالما لم ينقض المجلس كما أن لمجلس العقد أهمية للعقد تتمثل في تحديد مكان وزمان العقد الذي يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة وكذا القانون الواجب التطبيق في حالة قيام نزاع، ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين حقيقي وحكمي، يفرق بينهما عنصر الزمان والمكان إلا أن إجماع الفقه على أن معيار التزامن هو ضابط التمييز بنيهما وبالتالي يقوم على ركنين المادي وهو المكان والمعنوي وهو الزمان، مكا يشترط لتكوين مجلس العقد الإلكتروني شرطان، لأولهما هو حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورا افتراضيا، وثانيهما بدء الإنشغال بالصيغة أي الإيجاب، أما بشأن الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني فرأينا أنه تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا إلا أن في التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانا ومكانا، وتثير هذه المسألة أهمية كبيرة تتعلق بوقت نفاد العقد والقانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بحل النزاع.
- هناك استثناءات ترد على إجازة التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، حيث استثنت الشريعة الإسلامية عقد النكاح وعقد الصرف وعقد السلم. أما عن القوانين الوضعية فهناك من القوانين الوطنية المختلفة من استبعدت تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الإلكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة، وفضلت إبرامها في الشكل التقليدي دون الشكل الإلكتروني، باعتبار أن هذه الأمور ليست متعلقة بالنشاط التجاري وليس لها علاقة بالمعاملات التجارية الإلكترونية، وإنما هي فقط مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة، كالزواج والهبة والوصية أو لكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها. مثال ذلك رهن السفينة، وتسجيل العقار، والحقوق العينية الواردة على العقار بصفة عامة، وأحكام وقرارات المحاكم وأوراق مستندات التقاضي.

ومن خلال النتائج المتوصل إليها ارتأينا تقديم بعض التوصيات:

خاتمة:

- على المشرع الجزائري أن ينظم ويبين طرق وصور التعبير عن الإرادة، وذلك في قانون التجارة الإلكترونية، أو تعديل وتطويع أحكام النظرية العامة للعقد لتستوعب ذلك.
- على المشرع الجزائري إعادة النظر في أحكام القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، وذلك بتضمينه مختلف الجوانب المتعلقة بإبرام العقد الإلكتروني، خاصة منها القواعد المتعلقة بالإيجاب والقبول وأهمية التعاقد وعيوب الإرادة.

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

أولا: المراجع العامة: القران الكريم
ثانيا: المراجع المتخصصة
أ: الكتب:

1. إلياس ناصيف، **العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2009م
2. آمانج رحيم أحمد، **التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنيت**، دار وائل للنشر والتوزيع ط1 عمان-الأردن، 2006م.
3. أمير فرج يوسف، **عالمية التجارة الإلكترونية وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري والإلكتروني** المكتب الجامعي الحديث، الإسكندرية- مصر، 2009م.
4. إيمان مأمون أحمد سليمان، **إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)** دار الحامد الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
5. خالد ممدوح إبراهيم، **أمن المستهلك الإلكتروني**، الدار الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2008م.
6. سعد غالب على الشمري، **التحكيم الإلكتروني ووسائل إثباته في عقود التجارة**، المصرية للنشر والتوزيع 2018م.
7. عبد الرزاق أحمد السنهوري، **نظرية العقد**، الجزء الأزل، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 1998.
8. عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مصادر الإلتزام، ج4، دار النهضة العربية القاهرة 1981م.
9. العربي بلحاج، **النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري**، ديوان المطبوعات الجامعية الجزائر ط1،2005، ج1.
10. علي فيلالي، **الإلتزامات، النظرية العامة للعقد**، موفم للنشر والتوزيع، الجزائر، ط2، 2005.
11. عمر خالد رزيقات، **عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت**، دار الراية للنشر والتوزيع عمان (د.ت).
12. فادي محمد عماد الدين توكل، **عقد التجارة الإلكترونية**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ط1 2010.
13. فراح مناني، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى الجزائر 2009.
14. لزهر بن سعيد، **النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر 2012م.
15. محمد بودالي، **التوقيع الإلكتروني**، إدارة، المدرسة الوطنية للإدارة، مج13، ع2 الجزائر2003م.
16. محمد حسن رفاعي العطار، **البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة**، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية 2007م.

17. محمد حسين عبد العال، **ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي**، دار النهضة القاهرة 1999.
18. محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية**، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2006م.
19. محمد خالد جمال رستم، **التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم**، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، 2006م.
20. محمد سعيد الرملاوي، **التعاقد بالوسائل المستخدمة في الفقه الإسلامي**، دار الفكر الجامعي الإسكندريةمصر، 2007م.
21. محمد سعيد جعفور، **التصرف الدائر بين النفع والضرر في التقنين الجزائري**، دار هومةالجزائر 2002م.
22. محمد عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت -دراسة مقارنة**، ط1 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2009م.
23. محمد فواز محمد المطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ط3 2011.
24. محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان ط2، 2011.
25. مصطفى موسى العجارمة، **التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت**، دار الكتب القانونية، دار شتات لنشر والتوزيع، مصر، 2010م.

26- مناني فراح، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع عين مليلة-الجزائر، 2009م.

ب: أطروحات ومذكرات الماجستير ورسائل الماستر

27 - ناصر حمودي، **النظام القانوني لعقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2009/2008م.
28. آمال حابت، **التجارة الإلكترونية في الجزائر**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم تخصص قانون كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2015/2014م.
29. بلقاسم حامدي، **إبرام العقد الإلكتروني**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة باتنة-الجزائر 2015/2014م.
30. نشناش أمينة، **التعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة الإلكترونية في القانون الجزائري** أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو-الجزائر، 2021/2020م.

31. وسيلة لزعر، **التراضي في العقود الإلكترونية**، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي-أم البواقي-الجزائر، 2019/2018م.
32. آمال حابت، **استغلال خدمات الانترنت**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق جامعة تيزي وزو، 2004م.
33. عتيق حنان، **مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون تخصص قانون التعاون الدولي، المركز الجامعي العقيد أكلي محند أولحاج، البوير-الجزائر 2012/2011م.
34. لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الإلكتروني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح، نابلس-فلسطين، 2008.
35. مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الإلكترونية**،رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، مدرسة الدكتوراه "القانون الأساسي والعلوم السياسية" جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012/2011م.
مبروكة بن مهدي، **الرضا في العقد الإلكتروني**، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة-الجزائر 2017/2016.
36. هنية حميشي، **الإرادة الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسة، قسم القانون الخاص، جامعة أكلي محند أولحاج البويرة-الجزائر 2016/2015م.
37.مفيدة العوادي، **التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الانترنت**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي-الجزائر، 2016/2015م.
38.عبد العالي فارس، **حماية المستهلك في العقد الإلكتروني**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسوم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي-الجزائر 2014/2013م.
39.مفيدة العوادي، **التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الانترنت**، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر تخصص: قانون أعمال، كلية الحقو العلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي 2016/2015م.
40.يحيى يوسف فلاح حسن، **التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة القانون الخاص، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، كلية الراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس-فلسطين 2007م.

ج: المقالات:

41.العربي شحط أمينة، **التراضي في العقد الإلكتروني في ظل التغيرات المستجدة**، مقال في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، جامعة الجلفة، مج 14، ع03، 2021م.
42.عقوني محمد، **التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني على ضوء التشريع الجزائري**، مقال في مجلة العلم الإنسانية، جامعة منتوري، قسنطينة- الجزائر، مج33، ع13، جوان 2022.

43.غني ريسان جادر الساعدي، **النظام القانوني للوكيل الإلكتروني دراسة مقارنة**، مجلة أهل البيت، جامعة البصرة-العراق، ع05، دون تاريخ.
44.فاطمة الزهراء قلواز، أحمد رباحي، **الوكيل الإلكتروني آلية حديثة للتعبير عن الإرادة**، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، جامعة حسيبة بن بوعلي بالشلف، الجزائر، مج06، ع01 2020م.
45.فراس بحر محمود، **التعبير الإلكتروني عن الإرادة**، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق مج16 ع3، 2014م.
46.كاظم كريم علي، **العقد الإلكتروني: دراسة قانونية مقارنة**، مقال في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل-العراق، مج1، ع1، 2009.
47.محمد رامي علوان، **التعبير عن الإرادة عن طريق الأنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني**، مجلة الحقوق الكويتية، مج 26، ع 04، 2002م.
48.نور الدين دناي، **الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية**، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية ع02، ديسمبر 2017م.
49.يزيد أنيس نصير، **الإيجاب والقبول في القانون المدني، القوة اللازمة للإيجاب**، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، عمان، ع1، 2003

ثانيًا: النصوص القانونية الوطنية:

50.القانون رقم 04-02، المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج. العدد41، الصادر بتاريخ 27 يونيو سنة 2004، المعدل والمتمم 51.بالقانون رقم 10-06، المؤرخ في 5 رمضان عام 1431 الموافق 15 غشت سنة 2010 ج.ر.ج.ج العدد 5 الصادرة بتاريخ 18 غست سنة 2010م.
52.القانون رقم 05-10، المؤرخ في 13 جمادى الأولى عام 1426 الموق لـ 20 يونيو سنة 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58، المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني المعدل والمتمم ج.ر.ج.ج، العدد 44، الصادرة في 26 يونيو سنة 2006م.
53. القانون رقم 18-04 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 ماي 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، (ع27)، الصادرة في 13 ماي سنة 2018م.
54.القانون رقم 18-05، المؤرخ في 24 شعبان عام 143 الموافق 10 مايو سنة 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 28، الصادرة بتاريخ 16 مايو سنة 2018م.
54. الأمر رقم 75-58، المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق 26 سبتمبر سنة 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، بالقانون رقم 07-05، المؤرخ في 13 ماي سنة 2007 ج.ر.ج.ج، (ع78) الصادرة في 30 سبتمبر سنة 1975.

ثالثًا: النصوص القانونية الدولية والأجنبية:

55. قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996 ومع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمد في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، نيويورك، 2000م.
56. قانون إمارة دبي رقم 2002/02، الصادر بتاريخ 2002/02/12، المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ج.ر، العدد05.

57. القانون عدد 83 لسنة 2000، المؤرخ في 9 أوت 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي متاح على الموقع:
https://www.justice.gov.tn/fileadmin/medias/Textes_et_documents/References_juridiques/L_2000_83_ar.pdf ، تاريخ الاطلاع: 2023/03/12، الساعة: 20:21.
58. القانون رقم 85 لسنة 2001 الخاص بالمعاملات الإلكترونية الأردني، ج.ر، العدد 4524، الصادر بتاريخ 2001/12/3، ص6. متاح على الرابط:
https://www.atwanlaw.com/library/arabic/44_4.pdf تاريخ التصفح: 2023/04/02 الساعة: 17:12.

فهرس الموضوعات

فهرس الموضوعات

شكـر وعـرفان
إهـــــداء
قائمة المختصرات
مقدمة: 1
الفصل الأول : التعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني
تمهيد : 5
المبحث الأول: وجود الإرادة في التعاقد الإلكتروني 5
المطلب الأول: تعريف التعبير عن الإرادة وقيمتها القانونية 6
الفرع الأول: تعريف التعبير عن الإرادة 6
أولاً:تعريف العقد الالكتروني 7
ثانيًا: خصائص العقد الالكتروني 7
الفرع الثاني: القيمة القانونية للتعبير الإلكتروني عن الإرادة 8
أولاً: الأهلية القانونية للتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية 8
ثانيًا: انواع الاهلية القانونية 9
المطلب الثاني: مدى جواز التعبير الإلكتروني عن الإرادة والاستثناءات الواردة عليه..... 10
الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل 10
أولاً: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الدولي: 11
ثانيًا: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية على الصعيد الداخلي: 12
ثالثًا: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل في التشريع الجزائري..... 13
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل... 14
أولاً: الاستثناءات الواردة في الشريعة الإسلامية: 14
ثانيًا: الاستثناءات الواردة في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال): . 15
ثالثًا: الاستثناءات الواردة في القوانين الوضعية 16
المبحث الثاني: طرق وصور التعبير عن الإرادة إلكترونيًا والمشاكل التي تثيرها 16
المطلب الأول: طرق وصور التعبير الإلكتروني عن الإرادة 16
الفرع الأول: طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة 17
أولاً: التعبير عن الإرادة عن طريق رسائل البيانات 17
ثانيًا: التعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الإلكتروني 19
الفرع الثاني: صور التعبير الإلكتروني عن الإرادة 21
أولاً: التعبير عن الإرادة عبر البريدي الإلكتروني..... 21
ثانيًا: التعبير عن الإرادة عن طريق موقع الويب..... 22
ثالثًا: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة والمشاهدة..... 22
المطلب الثاني: المشاكل التي يثيرها التعبير عن الإرادة إلكترونيًا..... 23
الفرع الأول: تحديد هوية الشخص المتعاقد 23
أولاً: خصوصية الأهلية في التعاقد عبر الانترنت 23

ثانيًا: وسائل التحقق من الأهلية في العقود الإلكترونية 24
الفرع الثاني: إشكالية عيوب الإرادة في التعاقد الإلكتروني 25
أولاً: الغلط المعيب للإرادة في التعاقد الإلكتروني. 26
ثانيًا: خصوصية عيب التدليس في التعاقد الإلكتروني 27
ثالثًا: خصوصية عيب الاكراه في التعاقد الإلكتروني. 27
خلاصة الفصل: 28
الفصل الثاني : صيغ الإرادة الإلكترونية ومجلس العقد الإلكتروني
تمهيد :..... 31
المبحث الأول: صيغ الإرادة الإلكترونية 31
المطلب الأول: الإيجاب الإلكتروني 31
الفرع الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني 31
أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني 31
ثانيًا: نطاق الإيجاب الإلكتروني وأنواعه 34
الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني والشروط الواجب توافرها فيه 35
أولاً: خصائص الإيجاب الإلكتروني. 35
ثانيًا: الشروط الواجب توفرها في الإيجاب الإلكتروني 36
المطلب الثاني: القبول الإلكتروني 36
الفرع الأول: مفهوم القبول الإلكتروني 37
أولاً: تعريف القبول الإلكتروني. 37
ثانيًا: طرق القبول في عقد التجارة الإلكترونية 38
الفرع الثاني: خصائص القبول الإلكتروني والشروط الواجب توافرها فيه 39
أولاً: خصائص القبول الإلكتروني. 39
ثانيًا: الشروط الواجب توفرها في القبول الإلكتروني 39
المبحث الثاني: مجلس العقد الإلكتروني وظرفي تلاقي الإرادتين إلكترونيا 41
المطلب الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني 42
الفرع الأول: ماهية مجلس العقد الإلكتروني 42
أولاً: تعريف مجلس العقد الإلكتروني 42
ثانيًا: عناصر مجلس العقد. 43
الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني 45
أولاً: العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين 46
ثانيًا: التعاقد الإلكتروني تعاقد بين عائبين 46
ثالثًا: مجلس العقد مختلط 47
المطلب الثاني: الظرف الزماني والمكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا 48
الفرع الأول: الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا 48
أولاً: قصور النظريات التقليدية المحددة للظرف الزماني لتلاقي الإرادتين في التطبيق على التعاقد الإلكتروني: 49
ثانيًا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا: 52

ثالثًا: موقف بعض الإتفاقيات والقوانين من مسألة الظرف الزماني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:..... 52
الفرع الثاني: الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا..... 54
أولاً: قصور النظريات التقليدية في تحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا: 54
ثانيًا: ضرورة إعمال مبدأ سلطان الإرادة لتحديد الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:..... 55
ثالثًا: موقف بعض الإتفاقيات والقوانين من مسألة الظرف المكاني لتلاقي الإرادتين إلكترونيا:..... 56
خلاصة الفصل: 58
خاتمة: 60
قائمة المصادر والمراجع.....خطأ! الإشارة المرجعية غير معرّفة.
فهرس الموضوعات 93
ملخص:..... 93

ملخص:

هدفت هذه الدراسة إلى معرفة شروط الرضا في العقود الإلكترونية التي إجازتها التشريعات الحديثة والقواعد العامة في القانون المدني، نظرا لتزايد انتشار المعاملات التي تتم عبر شبكة الأنترنت والتي غدت العقود الإلكترونية طريقًا مألوفًا للتعاقد باعتبار المزايا الكثيرة التي أضحت توفرها للمتعاقدين، مما أثار العديد من الإشكاليات القانونية على المستويين الوطني والدولي أهمها تلك المتعلقة بوجود التراضي على هذه العقود، خاصة وأن التراضي يعد ركنًا أساسيًا لتكوين العقد بصفة عامة، ومنها بطبيعة الحال العقود الإلكترونية، مما دفع بعد ذلك عديد المشرعين إلى تعديل قوانينهم التقليدية حتى تستوعب هذا النوع من المعاملات أو استحداث قوانين خاصة بهذه المعاملات.

وتتمثل أهمية الموضوع في بيان شروط الرضا في العقود الإلكترونية التي حددتها التشريعات الحديثة والقواعد العامة في القانون المدني.

الكلمات المفتاحية: العقود الإلكترونية، شروط، الرضا، التجارة الإلكترونية، وسائل الإتصال الحديثة.

Abstract :

This study is against the conditions of consent in electronic contracts that are faced by modern contracts and the general aspects of public law, due to the increasing spread that takes place through the Internet. The terms of contracting contracts, especially since the default is a cornerstone of the formation of the contract in general, with regard to electronic contracts, which then prompted these transactions.

Participation in cases related to the terms of consent in contracts defined by modern hadiths in common law.

Keywords: electronic contracts, conditions, satisfaction, electronic commerce and modern means of communication.