رقم القيد:


الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

République Algérienne Démocratique et Populaire

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

Ministère de L'enseignement Supérieur et de La Recherche Scientifique

جامعة عين تموشنت - بلحاج بوشعيب

Université Ain Témouchent -Belhadj Bouchaib

كلية: الحقـــوق

قسم: الحقـــوق

مخبر: الأسواق، التشغيل، التشريع والمحاكاة في الدول المغاربية


## أطـروحــة

## مقدمة من أجل نيل شهــادة الدكتــوراه

ميدان: الحقـوق العلوم السياسية

شعبة: الحقـــوق

تخصص: قانون العقود والمسؤولية


من إعداد: الطالب ستاوي سيدي محمد


# النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري

ناقش علناً، بتاريخ: 23 فبراير 2025، أمام أعضاء لجنة المناقشة المكونة من:

| الإسم واللقب | الرتبة | الصفة | مؤسسة الإنتماء |
|---|---|---|---|
| قدودو جميلة | أستاذ التعليم العالي | رئيســاً | جامعة عين تموشنت |
| شيخ نسيمة | أستاذ التعليم العالي | مشرفاً ومقـرراً | جامعة عين تموشنت |
| عبد اللاوي خديجة | أستاذ التعليم العالي | مشرفاً مساعداً | جامعة عين تموشنت |
| عبد اللاوي جواد | أستاذ التعليم العالي | عضـواً مناقشاً | جامعة..... تلمسان |
| مهداوي محمد صالح | أستاذ التعليم العالي | عضـواً مناقشاً | جامعة عين تموشنت |

السنة الجامعية: 2024 ~ 2025

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

﴿إِنمَا يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِۚ أُحِلَّتۡ لَكُم بَهِيمَةُ ٱلۡأَنۡعَٰمِ إِلَّا مَا يُتۡلَىٰ عَلَيۡكُمۡ غَيۡرَ مُحِلِّي ٱلصَّيۡدِ وَأَنتُمۡ حُرُمٌۗ إِنَّ ٱللَّهَ يَحۡكُمُ مَا يُرِيدُ﴾

سورة المائدة، الآية الأولى.

صَدَقَ اللهُ العَظِيمُ

# شكر وامتنان

تم بعون الله العلي القدير إنجاز هذه الأطروحة، ولا يسعنا في هذا المقام، إلا السجود لله حمداً وشكراً لتوفيقه لنا.

أتوجه بالشكر الجزيل والإمتنان الكبير إلى:

إلى الأستاذتين المشرفتين شيخ نسيمة وعبد اللاوي خديجة.

إلى أساتذة الكلية جميعا وكل أستاذ له بصمة في إنجاز العمل العلمي المتواضع.

إلى زملائي خاصة د.بساس محمد وشاطري عبد القادر اللذان لهما بصمة خاصة ومصدر التحفيز والعمل طيلة مدة إنجاز البحث.

وأشكر الأستاذة بن محمد هوارية على دعمها وتشجيعها المستمر للنجاح و إتمام البحث.

**سيدي محمد ستاوي**

# إهـداء

أهدي هذا العمل العلمي المتواضع لكل باحث في ميدان الحقوق وكل متطلع عن الموضوع مستقبلا و إلى الأستاذة بن محمد هوارية على وجه الخصوص.

**سيدي محمد ستاوي**

# قائمة أهم المختصرات

**أولا: باللغة العربية:**

| | |
|---|---|
| **ج** | جزء. |
| **ج.ر** | الجريدة الرّسمية "للجمهوريّة الجزائريّة الديمقراطيّة الشعبيّة". |
| **د.د.ن** | دون دار النشر. |
| **د.س.ن** | دون سنة النشر. |
| **د.ط** | دون طبعة. |
| **ص** | صفحة. |
| **ص ص** | صفحات متعدّدة. |
| **ط** | طبعة. |
| **ق.م.** | القانون المدني. |
| **ق.ت.** | القانون التجاري. |
| **ق.إ.م.أ** | قانون الإجراءات المدنية و الإدارية. |
| **ق.ت.إ** | قانون التجارة الإلكترونية. |

**ثانياً: باللغة الأجنبية**

| | |
|---|---|
| **Ed** | Edition |
| **N** | Numéro |
| **Op.cit** | Œuvre précité |
| **P** | Page. |
| **P.P** | Plusieurs Pages. |
| **REV** | Revue. |
| **S.N.Ed** | Sans numéro d'édition. |

# مقدمـــــة

تلعب التكنولوجيا دورا مهما في ميادين الحياة حيث تعتبر محرك التغيير في القرن الحالي إذ تكرست في عدة مجالات متعددة خاصة برامج الحاسوب إذ أصبحت مختلف المعاملات تقع في شكل إلكتروني في الدول المتطورة و تنتقل للدول الأقل تطورا في إطار نقل الخبرات والسفر والملاحظة و وصف النقاط المختلفة كالتكنولوجيا والآلات و غيرها.

وزاد هذا التطور المستمر لوسائل الإتصالات الإلكترونية وتقنيات الاتصال عن بعد على إيجاد وسائل أكثر سرعة وأقل تكلفة و أكثر شمولية بين الأفراد في كل أنحاء العالم. وكان متصورا في هذه البيئة التقنية أن يعمل الإنسان في تطوير الوسائل التعاقد والتواصل، وهذا ما كان الدافع الرئيسي وراء انتشار العقود الإلكترونية نسبة إلى الوسيلة التقنية والتكنولوجية المستخدمة في إبرامها حسب ما نص عليه قانون التجارة الإلكترونية مؤخرا[1].

وعلى وتيرة متسارع جدا إلتفت الإنسان نحو إبرام معاملاته وتصرفاته القانونية باستخدام تلك الوسائل التقنية، نتيجة لما توفره من ظروف تتيح تبادل الإرادتين بصورة سهلة و فورية لا تعترف بالحدود أو العوائق المادية.

من المعلوم أن النظام التعاقدي يحظى بمكانة تشريعية هامة في مختلف القوانين، بالنظر إلى أنه يعد من أهم التصرفات القانونية في معاملات الإنسان اليومية، كما يعتبر محركا للنشاط الاقتصادي بين أشخاص القانون الخاص، فإن استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في إبرام العقد قد طغى على القواعد التي تحكم نظرية العقد وتشكل محورا للقانون المدني.

وبما أن التعاقد يتأثر دائما بالتطورات الإجتماعية المتلاحقة التي تحدث في البيئة المحيطة به وبأطرافه، فإن نظرية العقد قد تأثرت تأثرا بالغا بالتطور المذهل لوسائل الاتصال الحديثة.[2]

وأمام هذا الوضع، دأب فقهاء القانون المدني على الاهتمام بمسألتين من أهم مسائل المعاملات الإلكترونية هما: التعاقد الإلكتروني، والإثبات الإلكتروني الذي نص عليها المشرع في قانون خاص بهما تحت رقم 15-04[1].

---

[1] القانون 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439الموافق 10مايو 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر العدد 28،2018.

[2] ستاوي سيدي محمد وشيخ نسيمة، مدى خضوع العقد الإلكتروني للنظرية العامة للعقد، مجلة الفكر القانوني والسياسي،المجلد07،العدد01،2023،ص.03.

أما العقد الإلكتروني كان يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد التي تعد كافية، لاستيعاب هذه الوسيلة الحديثة في التعاقد لكن تدخل المشرع الجزائري بوضع قانون على وسائل التعاقد الإلكتروني المعتمدة قانونا في قانون ينظم الإتصالات الإلكترونية[2]، فالعقد يتطلب هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة وإبرام العقد.

بعض الإشكالات التي أفرزها شيوع استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود فمعظم المشرعين في دول العالم قد تفطنوا لسن تشريعات مستقلة لتنظيم هذا النوع من المعاملات أو إدخال نصوص في التقنينات المدنية لاستيعاب هذه الوسائل عندما تستخدم في نقل الإرادة و هو ما سلكه المشرع الجزائري حيث سن قانون خاص بالتجارة الإلكترونية السابق الذكر رقم 18-05. لكن قبل هذا كانت المعاملات الإلكترونية معترف بها ضمن القواعد العامة في القانون المدني لاسيما المادة 323 مكرر وما بعدها حسب ما في تعديل القانون المدني لسنة 2005 بالقانون 05-10 المعدل والمتمم للأمر 75-58 المؤرخ في 1975-09-26 المتضمن التقنين المدني المعدل والمتمم.

وكما هو واضح، أثر هذا بأن نصوص القانون المدني الجزائري لم تعد تشمل العقود والتصرفات التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية بعد أن أصبحت واقعا مفروضا بالتطور السريع لوسائل الاتصال، ورغبة الإنسان المتزايدة في استخدامها في أغلب معاملاته اليومية.

رغم ما جاء في هذه الفقرة أدخلت بعض التعديلات على التقنين المدني بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 وتم إضافة نص المادة 323 مكرر1 وتعديل نص المادة 327 وهما مادتان خصصتا لبيان الحجية القانونية للإثبات بالطرق الإلكترونية.

غير أن التعديلات لم تكن كافية في تنظيم المعاملات الإلكترونية خاصة العقد الإلكتروني ولم تصل إلى توضيح كيفية إبرام العقد باستخدام الوسائل الإلكترونية، وأشكال التعبير عن الإرادة عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة واعتراف القانون باستخدامها، وبيان الوسائل التي تمكن

---

[1] القانون رقم15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 01 فبراير سنة 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين,

[2] قانون 18-04 مؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والإتصالات الإلكترونية.

الطرفين من التأكد من نسبة الإرادة لصاحبها، والتحقق من أهلية كل طرف ومكان إبرام العقد عندما يتم بهذه الطريقة.

هذا النقص أو الغياب التشريعي إلى غاية 2018 يثير التساؤل حول إمكانية استيعاب القواعد العامة في التقنين المدني لها، وما إذا كان سكوت المشرع عن تلك المسائل واقتصاره على تقنين أحكام الإثبات بالطرق الإلكترونية، وإغفاله أحكام التعاقد بالوسائل الإلكترونية في النصوص المعدلة قبل قانون التجارة الإلكترونية و قانون التصديق والتوثيق الالكترونيين، لكن بعد أن فتح باب التشريع حوله بدت في البداية الدراسات السابقة تتمحور حول العقد الإلكتروني والنظرية العامة للعقد فيها ما يكفي من الأحكام للإحاطة بكل ما يثيره التعاقد الإلكتروني من تساؤلات وإشكاليات.

قد يرى البعض أن المشرع، بسكوته قبل سنة 2018 عن تنظيم التعاقد بالطرق الإلكترونية بالقانون رقم 05-10 واقتصار التعديلات والتتميم الذي أدخل على التقنين المدني على أحكام الإثبات بالوسائل الإلكترونية، لم يكن كافيا بل اعتنق وجهة نظر الرأي الأول الذي يرى أن المعاملات التي تتم بالوسائل الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم إلا فيما يخص الإثبات بهذه الوسائل، وأن التعاقد يظل خاضعا لأحكام نظرية العقد التي تكفي لمواجهة ما يثيره استخدام هذه الوسائل في التعاقد.

كانت الإجابة ستقف عند هذا الحد لو أن المشرع اكتفى بتلك التعديلات، لكنه أعاد إظهار قلقه في عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع الذي لم يعرض للمناقشة أو المصادقة عليه بعد، حيث جاء في فقرة من فقرات عرض الأسباب ما يلي: "...**كما لا يوجد أحيانا أي تنظيم للتقنيات الجديدة التي تتم بموجبها عمليات البيع ومن ثم تكون لإرادة البائعين الحرية الكاملة مثلما هو الأمر في البيوع عن بعد...**".

وفي نصوص هذا المشروع، نجد القائم على إعداده يهتم بتعريف البيع عن بعد بأنه كل عقد بيع يبرم عبر وسائل اتصال وتقنيات حديثة، ويبين أحكامه ويفصل مسائل حماية المتعاقد الضعيف وطرق تنفيذ العقد.

ورغم أن هذه النصوص القانونية لا تأتي شاملة في إصدارها باعتبار ان القاعدة القانونية قاعدة إجتماعية، فإنه يمكن أن يلمس فيها إصرارا من المشرع على تنظيم استخدام تقنيات الاتصال في إبرام العقود.

وفي خضم هذا الواقع التقني والتكنولوجي، الذي جعل من التعامل بالوسائل الإلكترونية أمرا شائعا ومفروضا، وبناء على الموقف غير الواضح للمشرع الجزائري من المسألة، فإن هذه الدراسة قد اتجهت نحو بحث النظام القانوني للتعاقد بالطرق الإلكترونية، محاولة منا الإجابة عن الإشكالية التالية:

"**ما هي مجهودات المشرع الجزائري المبذولة في تنظيم وتأطير العقد الالكتروني؟**"

وللبحث تساؤلات فرعية تدور حول مفهوم التعاقد بالطرق الإلكترونية نجاع نصوص المشرع الجزائري في استيعابها، ثم التمعن في الوسائل الإلكترونية ومشروعية التعامل بها ونقل الإرادة من خلالها.

ولعل أهم التساؤلات التي يثيرها النظر الدقيق في مشروع تعديل التقنين المدني تدور حول كون العقد الإلكتروني وليدا جديدا في النظام التعاقدي، بمعنى هل يحتاج إلى تنظيم قانوني خاص لانفراده بخصائص ومميزات تجعل تنظيمه بنصوص خاصة أمرا ضروريا. ثم هل تكفي الوسائل المعروفة في التقنين المدني لتوفير حماية لأطراف العقد.

فالوسائل التقنية تتيح لأطراف متباعدين يقيم كل منهما في دولة معينة إبرام عقد حول سلعة أو خدمة معينة، فكيف يمكن لكل طرف التحقق من هوية المتعاقد الآخر والتأكد من سلامة أهليته وصلاحيته لإبرام هذا العقد، وما هي الطرق الكفيلة التي تسمح لكل متعاقد التأكد من مواصفات السلعة أو الخدمة التي يريد التعاقد عليها، وكيف يتم تحديد زمان ومكان إبرام هذا العقد.

إن الإجابة عن هذه الإشكالية وتلك التساؤلات لن تتأتى إلا بالبحث في التشريع الجزائري بوضع إطار تشريعي لتنظيم مختلف مسائل التعاقد الإلكتروني، وما يثيره استخدام الوسائل التقنية في التعبير عن الإرادة.

وبإلقاء نظرة سريعة على المنظومة التشريعية الدولية في تنظيمها لهذا الموضوع،سنجد في صدارتها القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي أعدته لجنة القانون التجاري الدولي

التابعة لمنظمة الأمم المتحدة سنة 1996، ثم قوانين الدول العربية المتعلقة بتنظيم المعاملات الإلكترونية، ومنها تونس التي أصدرت قانون التجارة الإلكترونية بتاريخ 09 أوت 2000، ثم تلتها الأردن بإصدار قانون التجارة الإلكترونية بتاريخ 11 ديسمبر 2001، وغيرها من الدول العربية التي سبقت الجزائر في وضع تنظيم قانوني للمعاملات الإلكترونية خاصة العقد الإلكتروني. وقد انتهى عدد من المشرعين في باقي الدول العربية من إعداد مشاريع تنظم المعاملات الإلكترونية كما هو الحال في مصر والكويت وفلسطين.

وبذلك فإن دراستنا لموضوع النظام القانوني للعقد الإلكتروني ستكون دراسة تحليلية وصفية، نتطرق فيها بإذن الله على وضع نصوص التشريع الجزائري التي تنظم هذا الموضوع موضوع دراسة، لنسلط البحث بعد ذلك على نصوص المشرع الجزائري، بالمناقشة والتحليل.

واتساقا مع الهدف الذي رسمناه للدراسة، وهو الوصول إلى توضيح مجهودات المشرع الجزائري بخصوص تنظيم العقد الإلكتروني، فإننا نقف، عبر جميع مراحل البحث، على الجزئيات المعروفة في القواعد الخاصة بالمعاملات الإلكترونية والأحكام العامة في نظرية العقد متى دعت الضرورة لذلك الذي تقتضيه الدراسة، وهذا كله لأن الغاية المرجوة هي جمع كل المقتضيات والأحكام التي تتصل بالتعاقد بالطرق الإلكترونية، فكل جزئية في القواعد العامة تكفي لاستيعاب وتنظيم هذا النوع من التعاقد نثمنها ونشير إلى أهميتها، وكل جزئية يحتاجها هذا العقد ولم تكن في أذهان واضعي التقنين المدني عند وضعه وفرضها التطور العلمي سنركز عليها.

وبطبيعة الحال فإن التحليل والوصف بين مختلف نصوص المشرع الجزائري التي نظمت التعاقد بالوسائل الإلكترونية، ستكون منهجا لنا نسير عليه في كل الدراسة. كما أننا سنعمد إلى تحليل الآراء الفقهية، لنجيب في نهاية الدراسة ونصل لمفهوم العقد الإلكتروني حسب التشريع الجزائري وتنظيم المعاملات الإلكترونية في شقيها التعاقد والإثبات، وهل هي كافية وشاملة أم الواقع العملي والتجريبي كشف عن نقائص تشريعية.

وبذلك يتضح أن نطاق الدراسة هو توضيح النظام القانوني للعقد الإلكتروني بنصوص المشرع الجزائري التي سن عدة قوانين قصد تأطير هذا العقد.

والتزاما بالنهج الذي رسمناه، فإننا قسمنا هذه الدراسة إلى بابين، تناولنا في الباب الأول ماهية العقد الإلكتروني ووسائله وصوره وقسمناه إلى فصلين: عالجنا في الأول منهما ماهية العقد الإلكتروني وأدواته، حيث تطرقنا فيه إلى تحديد مفهوم العقد الإلكتروني وفقا للقانون الجزائري باستعراض التعريف التشريعي الجزائري و التعريفات الفقهية ومناقشتها وتحليلها، وفي هذه الجزئية حاولنا الإجابة عما إذا كانت النصوص القانونية الخاصة و العامة تؤطر الوسائل الإلكترونية.

وفي هذا المبحث أيضا وقفنا على خصائص العقد الإلكتروني التي تبين، من خلال عرضها، أن هذا العقد يجمع عدة خصائص لا تجتمع في غيره من العقود، فهو عقد دولي وتجاري غالبا وهو عقد استهلاكي أحيانا وعقد عن بعد دائما.

وفي المبحث الثاني من الفصل الأول تطرقنا إلى تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من باقي العقود التي تشابهه سواء في طريقة انعقاده، أو تتعلق به لكونها تتم في بيئة إلكترونية وتكون لازمة لتحققه، وفي هذا المبحث تتبدى خصوصية العقد الإلكتروني أكثر من سابقه.

ثم تناولنا في الفصل الثاني من الباب الأول دائما أدوات التعاقد الإلكتروني وصوره، وفيه تطرقنا للوسائل التي يتم استعمالها في نقل الإرادة من طرف لآخر، وهو ما يسمى بالتبادل الإلكتروني للبيانات وفق ما أسماه المشرع الجزائري بالاتصالات الّإلكترونية، حيث وقفنا عند تعريف تبادل البيانات وتحديد أطرافه، وصلاحيته لنقل الإرادة، وكيفية تبادل البيانات الإلكترونية، وإمكانية التحقق وإسناد الرسالة الإلكترونية إلى من صدرت عنه، لنتولى بعد ذلك حديثا عن صور التعاقد الإلكتروني ومنها إبرام العقد عن طرق البريد الإلكتروني، وإبرامه عن طريق شبكة الإنترنت والتفاعل المباشر، ثم الحديث عن التعاقد عن طريق الوكيل الإلكتروني وجواز ذلك من الناحيتين الفقهية والتشريعية.

وليكتمل وضع نظام قانوني للتعاقد الإلكتروني خصصنا الباب الثاني من الدراسة لعملية إبرام العقد الإلكتروني وتكوينه، حيث تناولنا في الفصل الأول منه التراضي في العقد الإلكتروني وفيه تطرقنا للتفاوض على إبرام العقد فعرفنا التفاوض وبينا أهميته ومراحله وآثاره بالنسبة إلى العقود الإلكترونية في المبحث الأول، في حين خصصنا المبحث الثاني لمرحلة التعاقد الإلكتروني وفيه تطرقنا لخصوصية الإيجاب والقبول في هذا العقد والإشكاليات التي تثيرها مسألة تحديد لحظة إبرام

العقد وزمان ومكان انعقاده ومدى انطباق القواعد العامة على هذا النوع من التعاقد، ثم تصدينا لمسألة تولاها الفقه بالمناقشة وحظيت بالاهتمام هي مشكلة اللغة والتواصل بين أطراف هذا العقد عندما يبرم بين طرفين يقيم كل منهما في دولة تختلف لغتها عن لغة الدولة التي يقيم فيها الطرف الآخر.

وعالجنا في الفصل الثاني الآليات القانونية للعقد الإلكتروني، وتناولنا الوسائل المعروفة في قانون التجارة الإلكترونية والقوانين التابعة له وحتى القواعد العامة والهيئات القضائية المستحدثة لمناعات التجارة الدولية ما إذا كانت إلكترونية وفق ما أسماه المشرع الجزائري–المحاكم التجارية المتخصصة–.

وبما أن الخاصية الهامة للعقد الإلكتروني هي كونه عقدا يبرم عن بعد، وختمنا هذه الدراسة بجملة من النتائج نراها كفيلة لتوضيح الموضوع وإبراز مجهودات المشرع الجزائري في سبيل تنظيم العقد بالإلكتروني والمعاملات الإلكترونية بصفة عامة خاصة أنه في الفترة الحالية ظهرت عوامل ستغير لابد في المعاملات كالذكاء الاصطناعي والعملات الرقمية وغيرها من العوامل التي لا زال التطور العلمي والتكنولوجي والاجتماعي يكشف أو لنا الجديد باستمرار.

# الباب الأول

# العقد الإلكتروني وأدواته

يحتل النظام القانوني للتعاقد مكانا متميزا ومهما في مختلف الأنظمة التشريعية، فهو يعبر عن أهم التصرفات القانونية في تعاملات الأفراد اليومية، ويعد محورا لنشاطهم الاقتصادي الذي تنشأ عنه أغلب الالتزامات بينهم.

وتأكيدا لأهميته تلك، فقد أحاطته التشريعات بعناية خاصة والمشرع الجزائري كذلك، فأقر له مجموعة من الأحكام القانونية، كما عكف فقهاء القانون المدني على دراسة النظرية العامة للعقد دراسة تحليلية لمعرف انه يلزم نصوص تشريعية بالعقد الإلكتروني كونه عقد مسمى.

غير أنه ونظرا للتطور السريع والمتلاحق لأنظمة الاتصال وتقنياته، ظهرت وسائل الاتصال الحديثة وشاع استخدامها في إبرام العقود، ما أدى إلى أن طفا على سطح الساحة التشريعية والفقهية العديد من التساؤلات حول التعاقد باستخدام وسائل الاتصال الحديثة ومدى تأثيرها في النظرية العامة للعقد، أو احتواء هذه الأخيرة لأحكام العقد الإلكتروني رغم حداثة عهده بالبيئة القانونية.

وفي سبيل الوصول إلى ماهية العقد الإلكتروني ومعرفة مدى انطباق أحكام النظرية العامة للعقد عليه أو خروجه عنها، فإننا نخصص هذا الباب للبحث في حقيقة هذا العقد ومظاهر الخصوصية فيه من خلال فصلين، نتناول في الأول منهما ماهية العقد الإلكتروني بالوقوف عند مفهومه وخصائصه، ثم تمييزه عن غيره في العقود، لنتناول في الفصل الثاني بيان وسائل التعاقد الإلكتروني وهي الوسائل التي تخرج هذا العقد عن الطرق المعروفة في التقنين المدني.

# الفصل الأول

# ماهية العقد الإلكتروني وأدواته

شهدت السنوات الأخيرة نموا متزايدا للعقود الإلكترونية إذ أصبحت تمثل نسبة عالية في حجم المعاملات سواء بين الأفراد أو الشركات. ولعل السبب في ذلك يرجع إلى سهولة وسرعة إبرام تلك العقود بالنظر إلى شيوع وسائل الاتصال المتطورة ولجوء الأفراد إلى إبرام أغلب عقودهم ومعاملاتهم بها، ما يثير التساؤلات حول ماهية هذا العقد المبرم بالوسائل الإلكترونية، وجواز استخدام تل ك الوسائل في التعبير عن الإرادة ومدى اختلاف هذا العقد عن غيره من العقود.

وبغرض الوقوف على ماهية العقد الإلكتروني نرى ضرورة ضبط المفهوم الدقيق للعقد من خلال استعراض مختلف التعريفات الفقهية والتشريعية له، ثم بيان خصائصه، وهو ما نخصص له المبحث الأول من هذا الفصل، لنكرس المبحث الثاني لتمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له.

## المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

يشمل تحديد مفهوم العقد الإلكتروني، في نظرنا، اختيار تعريف له، وهو ما لا يتسن ى لنا إلا بعد استعراض مختلف التعريفات الفقهية له، ثم التعريفات الواردة في مختلف التشريعات المقارنة.

كما أن مفهوم العقد الإلكتروني لم يحدد قبل سنة 2018 في القانون الجزائري لكن بخصوص التشريعات المغاربية فتم وضع تعريف له قبل المشرع الجزائري،لكن بخصوص التشريعات الأوروبية فقد كان هذا العقد هو محور البحث والتطوير التشريعي لمدة زمنية معتبرة منذ وضع مسألة جواز التعبير عن الإرادة وإبرام العقد بالوسائل الإلكترونية، أي بيان مشروعية العقد الإلكتروني. وهذا ما نخصص له المطلب الأول، في حين نستعرض في المطلب الثاني خصائص هذا العقد في نظر الفقه وتلك التي يمكن استنباطها من مجمل التعريفات التي سنوردها ونناقشها.

### المطلب الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني وبيان مشروعيته

أن العقد الإلكتروني لا يشكل نوعا جديدا من العقود المدني، ورغم أن القانون المدني لم يهتم بطريقة التعبير عن الإرادة لتحديد نوع العقد إلا أن القانون 18-05 إهتم بشكل مفصل بطريقة التعاقد حيث عرفه في المادة 06 منه، فإن العقد الإلكتروني لم يكن محل اتفاق في تعريفه سواء من الوجهة الفقهية أو التشريعية. كما أنه لم يكن موضع اتفاق حول مشروعيته وجواز التعبير عن الإرادة فيه بالوسائل الإلكترونية.

ومن أجل الوصول إلى تعريف دقيق ومتكامل للعقد الإلكتروني، نتعرض لمختلف التعريفات الفقهية والتشريعية في الفرع الأول، لنتولى مناقشة مشروعية التعاقد بالطرق الإلكترونية في الفرع الثاني.

#### الفرع الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني

أثار تعريف العقد الإلكتروني الكثير من الجدل واختلفت فيه وجهات النظر رغم أنه تم تنظيمه في أغلب التشريعات يجب معرفة ماهية هذا العقد من مختلف الجوانب والزوايا وأيضا ومن جهة أخرى نتطرق إلى التعريف الفقهي له وبعض التشريعات قصد التبصر بمدى إحكام المشرع الجزائري في وضع تنظيم قانوني للعقد الإلكتروني بالمقارنة لما تم وضعه في القوانين الأخرى.

كما أن بعضا من التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد حاولت وضع تعريف له ونظرا لتباينها فإننا نورد أهمها فيما يلي:

**أولا: التعريف الفقهي**

عرف جانب من الفقه العقد الإلكتروني بأنه: "**اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل**"[1].

يلاحظ على هذا التعريف أنه قصر العقد الإلكتروني على المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنيت فقط. ومن المعلوم أن تقنيات الاتصال متعددة ومختلفة وبالإمكان إبرام العقد عن طريقها،كما أنه من غير الدقيق أن يرتبط تعريف العقد الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة وهي الوسائل التي تتطور يوما بعد يوم، وسيتضح عبر مراحل الدراسة أن شبكة الاتصال الدولية ليست هي الوسيلة الوحيدة للتعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية. كما يلاحظ أن التعريف السابق للعقد الإلكتروني لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات عقدية[2].

غير أن فقهاء آخرين يرون أن هذا التعريف مهم لكونه ركز على خصوصية هذا العقد التي تتمثل في الوسيلة التي ي برم بها، إضافة إلى أنه لم يغفل صفة هامة من صفاته وهي انتماؤه إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد[3].

وهناك من الفقه، من ركز، في محاولته تعريف العقد الإلكتروني، على الصفة الدولية فيه حيث رأى بأنه: "**العقد الذي تتلاق ى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية،من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد**"[4].

---

[1] Olivier ITEANU,Internent et le droit; aspects juridiques du commerce électronique , Ed Ayrolle, 1996, p. 23.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2006، ص52.

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبرالانترنت، رسالة دكتوراه، غير منشورة، جامعة القاهرة، 2008، ص 38.

[4] صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص 12.

إن هذا التعريف لا يعبر، في نظرنا، بدقة عن العقد الإلكتروني لسببين:

الأول: إن شبكة الاتصال الدولية لا تعرف الحدود الجغرافية، إذ من الممكن إبرام عقد إلكتروني بين شخصين عن طريق الشبكة الدولية وهما في دولة واحدة، فليس العقد إلكتروني عقدا دوليا بالضرورة.

والثاني: إن الشبكة الدولية، كما سبق بيان ذلك، ليست الوسيلة الوحيدة لإبرام العقد الإلكتروني فهناك وسائل أخرى تستعمل لإبرامه كما سنرى.

ولأن العقد الإلكتروني يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الإلكترونية ويعد الأداة الأساسية لها،فإن هناك من الفقه من رأى بأن عقد التجارة الإلكتروني هو: "**تنفيذ بعض المبادلات المرقمة المرتبطة بالأنشطة التجارية بين المشروعات والأفراد أو بين المشروعات والإدارة، ويتميز بإلغاء المسافات الجغرافية واقتصار الوقت**"[1].

وكما هو واضح، فإن هذا التعريف ركز على الصفة التجارية والاستهلاكية للعقد، والواقع أنه وإن كانت تلك الصفة تغلب على العقد لاستئثار البيوع التجارية على البيئة الإلكترونية بمختلف وسائلها، فإن هذا العقد الإلكتروني يمكن أن يتم بين الأفراد العاديين الذين ليسوا تجارا، كما يمكن أن يرد على الخدمات والعقود المدنية البحتة كالإيجار والعارية، ولذلك فإنه لا يمكن أن تكون صفة أطراف العقد غالبة على تعريفه[2].

وفي محاولة لإيجاد تعريف عام للعقد الإلكتروني بتفادي الانتقادات السابقة،سعى جانب من الفقه إلى وضع تعريف له مركزا على وسيلة إبرامه وتنفيذه وبعض خصائصه.

جاء في: "**العقد الإلكتروني هو اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقدين،بإيجاب وقبول، يمكن التعبير عنهما من خلال هذا الوسائط وذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإبرام العقد**"[3].

[1] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة،، طبعة 2005، الإسكندرية، ص13، ص14.

[2] رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة الإسكندرية، 2006، ص45.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 14، 15.

ورغم أن هذا التعريف يتدارك بعض الانتقادات التي وجهت للتعريفات السابقة،فإنه يخلو من الإشارة إلى النتيجة المترتبة على التعاقد، وهي إنشاء التزامات عقدية، مكتفيا بإيراد الغرض من التعاقد وهو إشباع الحاجات المتبادلة للأطراف[1].

كما يؤخذ عليه تركيزه على خصائص الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد وانعدام الحضور المادي للأطراف وما سماه الصفة التفاعلية،مع ملاحظة حرصه من البداية تأكيد إبرام العقد وتنفيذه بوسيلة إلكترونية[2]، غير أنه عاد وذكر أنها الوسيلة ذاتها المستخدمة في التعبير عن الإيجاب والقبول، رغم أن معنى الإبرام ينصرف إلى ذلك وهو تفصيل زائد ما كان ينبغي إيراده[3].

**ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني**

إذا كانت تلك هي أبرز المحاولات الفقهية لتعريف العقد الإلكتروني، فإن التشريعات الدولية والوطنية قد حاولت بدورها وضع تعريف لهذا العقد.

**1- تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية وتوجيهات الاتحاد الأوروبي**

أهم التشريعات وأسبقها في تعريف العقد الإلكتروني هو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة المسماة **الأونسترال**[4] وقد حاو ل هذا القانون[5] وضع تعريف للعقد الإلكتروني من خلال تعريف الوسائل التي يتم من خلالها إبرامه،حيث جاء في نص المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات في الفقرة "أ" ما يلي:

---

[1] المرجع نفسه، ص 18.

[2] المرجع نفسه، ص 21.

[3] تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 39.

[4] الأونسترال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة لمنظمة الأمم المتحدة تم إنشاؤها بموجب القرار رقم2205 المؤرخ في 12/17/ 1966 تضم في عضويتها غالبية الدول الممثلة للأنظمة القانونية المختلفة، أنشئت من أجل تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة العالمية. وقد حققت هذه اللجنة العديد من الإنجازات أهمها اتفاقية فيينا للبيوع الدولية عام 1980، ويرمز إليها اختصارا باللغة الإنكليزية UNCITRAL وباللغة الفرنسية CNUDCI .

[5] صدر هذا القانون عن اللجنة في 1996/06/12، وتم إقراره بناء على التوصية رقم 51/162 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 1996/12/16 وهو يتكون من 17 مادة مقسمة إلى بابين الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية في المواد 01 إلى 10، في حين يتكون الباب الثاني من فصل وحيد يتعلق بعقود نقل البضائع،وألحق بهذا القانون خطاب موجه إلى الدول يوصي بضرورة اعتماده من طرف الدول عند سن تشريعاتها أو تنقيحها في استعراض القانون النموذجي

يراد بمصطلح "**رسالة بيانات**" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني، أو النسخ البرقي.

يراد بمصطلح " **تبادل البيانات الإلكترونية**" نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق معليه لتكوين المعلومات...".

كما نصت المادة 11 من هذا القانون على ما يلي: "**في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض...**".

يتضح من خلال هذين النصين، أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لمح إلى تعريف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه لوسائل التعبير عن الإرادة عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة، إذ عرف رسالة البيانات بأنها كل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة. ثم أعطى أمثلة عن الوسائل التي يمكن استخدامها في نقل المعلومات، منها البريد الإلكتروني، والبرق، والتلكس، والنسخ البرقي[1].

كما بينت المادة 11 ذاتها الواردة تحت عنوان" تكوين العقود وصحتها "، أنه يمكن استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإيجاب أو القبول، وأن العقد لا يفقد صحته أو للتنفيذ لمجرد أن قابليته والإيجاب القبول أو أحدهما تم بواسطة رسالة بيانات[2].

وبالنظر إلى النصين السابقين فإنه يتجلى أن قانون الأونسترال لم يعرف العقد الإلكتروني بطريقة مباشرة وصريحة، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في إبرامه. كما يلاحظ أنه توسع في تعداد وسائل إبرام هذا العقد، فالانترنت حسب هذا القانون ليست هي الوسيلة الوحيدة في إبرام العقد

---

ودليله التشريعي راجع، وائل أنور بندق، قانون التجارة الإلكترونية قواعد الأونسترال ودليلها التشريعي مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، الطبعة الأولى2009، موقع اللجنة على الشبكة www.uncitral.org.

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 27،

[2] باسيل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الانترنيت والبريد الإلكتروني، بحث منشور بمجلة "دراسات قانونية"، تصدرها بيت الحكمة، بغداد، العراق، السنة الثانية، العدد الرابع، ديسمبر 2010، ص 66.

الإلكتروني كما فعل بعض الفقهاء عند محاولتهم تعريفه . كما يتبين من هذا القانون أن العقد يمكن أن يوصف بأنه إلكتروني بمجرد استعمال وسيلة اتصال في الإيجاب أو القبول.

وينبغي أن نشير إلى أن قانون الأونسترال لا يعد قانونا ملزما للدول، كما لا يعد نظاما تشريعي للمعاملات الإلكترونية، وإنما هو مجرد وسيلة تقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دوليا بهدف إزالة عدد من العقبات القانونية، وتساعد على تهيئة بيئة قانونية أكثر أمانا للمعاملات الإلكترونية. كما يساعد القانون النموذجي على تدارك وتجاوز مواطن القصور في التشريعات الداخلية وتذليل العقبات التي تظهر من جراء شيوع استعمال تقنيات الاتصال العصرية في التفاوض على العقود وإبرامها، ولذلك فإن نصوصه غير ملزمة بل كان الهدف الرئيسي من وضعها توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية[1].

وتكريسا للمبادئ التي وضعها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 97-07 في20-05-1997 الخاص بحماية المستهلك[2] في العقود عن بعد، وقد تضمن هذا التوجيه تعريفا للعقد الإلكتروني من خلال تعريف العقد عن بعد في المادة الثانية منه التي تنص على ما يلي[3]:

"**العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد**"[4].

فالتعاقد عن بعد، وفقا لأحكام التوجيه الأوروبي، هو كل عقد مبرم بواسطة وسيلة اتصال حديثة بما فيها شبكة الانترنيت. ولأن هذا العقد يتم بوسيلة أ وأكثر من وسائل الاتصال الحديثة

---

[1] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 43.

[2] التوجيه الأوروبي رقم 97- 07 الصادر في 97/05/20 الجريدة الرسمية ليوم 1997/06/04 عدد رقم 144 ص 119. متاح على موقع القوانين الفرنسية والأوروبية: www.legifrance.gouv.fr

[3] تجري صياغة المادة الثانية من التوجيه باللغة الفرنسية كما يلي: "Le contrat à distance comme tout contrat concernant des biens ou services, conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication du contrat y-compris la conclusion du contrat elle-même "

[4] محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2006، ص 250.

فقد عرف هذا التوجيه وسائل الاتصال بأنها:"**أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف**[1].

ويتضح من خلال نصوص التوجيه الأوروبي رقم 97-07 أن كل عقد تم بوسيلة اتصال حديثة هو عقد عن بعد، مما يعني أن العقد الإلكتروني الذي يتم بوسائل الاتصال الحديثة هو عقد عن بعد.

ووفقا لأحكام هذا التوجيه، كان على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي إصدار التشريعات اللازمة أو موائمة تشريعاتها القائمة بما يتفق ومقتضياته، بموجب المادة 15 منه التي ألزمت الدول أعضاء الاتحاد بموائمة تشريعاته المقتضى التوجيه خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ دخوله حيز النفاذ[2].

وبتاريخ 2000-06-08 أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 2000- 31 المتعلق بالتجارة الإلكترونية. ورغم أن هذا التوجيه لم يحدد المقصود بالتجارة الإلكترونية، فإن المادة الأولى منه حددت الهدف منه ومجال تطبيقه وهو إنشاء مقدمي خدمات تكنولوجيا المعلومات، الاتصالات التجارية، العقود الإلكترونية[3].

ويلاحظ أن هذا التوجيه جاء تكملة للتوجيه 97-07 سابق الذكر[4].

### 2- تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الفرنسي

التزاما من المشرع الفرنسي بأحكام التوجيه الأوروبي رقم 97-07 و2000-31، صدر الأمر رقم 2001-741 المتعلق بالبيع عن بعد،الذي تولى فيه المشرع وضع مفهوم للعقد عن بعد من خلال إضافة المادة 121-16 إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي التي تضمنت تعريفا للعقد عن

---

[1] مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني،رسالة دكتوراه غير منشورة، جامعة عين شمس، مصر، 2007، ص 82.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 17.

[3] تجري الصياغة الفرنسية لنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من هذا التوجيه كما يلي:

"La présente directive rapproche,dans la mesurenécessaire à la réalisation de l'objectifvisé au paragraphe 1،certaines dispositions nationalesapplicables aux services de la société de l'information et qui concernent le marchéintérieur, l'établissement des prestataire,les communications commerciales,les contrats par voie électroniques…" .

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 65.

بعد،وقد نصت على ما يلي: "**تنطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال أو أداء خدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد،على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد**"[1].يتضح من هذا النص،أن المشرع الفرنسي عرف العقد الإلكتروني من خلال تعريفه للعقد عن بعد، وذلك لأن العقد الإلكتروني يتم بوسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة دون حضور مادي معاصر لأطراف العلاقة العقدية،وقد تجسد هذا التعريف وتوسع في ظل القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية المسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي الذي يحمل رقم 2004-575 الصادر في06-21-2004[2].

فقد عرفت المادة 14 منه التجارة الإلكترونية على أنها: "**نشاط اقتصادي يقوم شخص من خلاله بتأكيد تبادل السلع أو الخدمات عن بعد بطريقة إلكترونية**".

وفي تعليقه على هذا القانون، رأى بعض الفقه، أنه أعطى تعريفا واسعا جدا للتجارة الإلكترونية، وقد رد الفقه ذلك إلى حداثة هذا القانون وتأثره بالتطور السريع لوسائل الاتصال الذي لا يقف عند حد[3].

### 3- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية

إذا كان وضع تعريف العقد الإلكتروني على هذا المستوى من الاهتمام على الصعيد الأوروبي والساحة التشريعية الفرنسية، فإن بعض التشريعات العربية تصدت للعناية بتنظيم المعاملات الإلكترونية، محاولة تهيئة بيئة قانونية حيوية للعقد الإلكتروني. وقد أوردت أغلب التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية تعريفا للعقد الإلكتروني أو بيانا لوسائل إبرامه. فقد رأينا

---

[1] تجري صياغة المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

"les dispositions de la présente section, s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance."

[2] نشر هذا القانون بالجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية رقم 143 بتاريخ 2004/06/22، ص 1168، وهو متاح على الموقع التالي: www.legifrance.gouv.fr

[3] VERBIEST Thibault, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur: www.droit-technologie.org

ذكر هذه التعريفات من باب التربصات التي قمنا بها في تونس شخصيا و تم الإطلاع على المؤلفات التونسية بخصوص هذا الموضوع وحتى تركيا لكن لصعوبة اللغة و عدم وجود مراجع بالإنجليزية لم يتم البحث بصفة معمقة مقارنة بتونس وسيتم ذكر تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني حسب ما جاء في القانون 18-05 السابق الذكر حيث عرفه في المادة السادسة في الفقرة 2 كما يلي" **العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادي الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية .و يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني**"[1]، فهذا كان التعريف التشريعي للمشرع الجزائري وأهم ما يثير البحث في هذا التعريف هو تحديد أطرافه والوسيلة المستعملة في إبرامه التي عرفها المشرع في المادة 10 من القانون 18-04 بأنها" **كل إرسال أو تراسل أو إستقبال علامات أو إشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها،عبر الأسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية**"[2].

أما بخصوص أطرافه فقد نصت عليها المادة 06 في الفقرة 03 و04 تحت اسم "**المورد الإلكتروني** و**المستهلك الإلكتروني**".

وقد كانت تونس أول دولة عربية تضع تقنينا خاصا بالمعاملات الإلكترونية وهو التقنين رقم 83 لسنة 2000[3]، وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل الأول منه على أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

وقد وضح القانون التونسي المقصود ببعض المفاهيم المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، حيث عرف المبادلات الإلكترونية بأنها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية، كما عرف التجارة الإلكترونية بأنها عبارة عن العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية[1].

---

[1] القانون 18-05، مرجع سابق، ص 29.

[2] القانون18-04، مرجع سابق، ص05.

[3] أرجلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني –دراسة مقارنة-،أطروحة دكتوراه، جامعة أدرار، الجزائر،2018،ص65.

وباستقراء المادتين الأولى والثانية من القانون التونسي المذكور يتجلى بأن هذا القانون، وإن لم يورد تعريفا صريحا للعقد الإلكتروني، حاول إيضاح معالمه بأنه عقد تنطبق عليه أحكام العقود الكتابية أو التقليدية، من حيث التعبير عن الإرادة وآثارها القانونية، وصحتها وقابليتها للتنفيذ،وبأن العقد الإلكتروني يختلف عنها في وسيلة إبرامه وهي الوسيلة الإلكترونية[1].

غير أنه يلاحظ قصور محاولة المشرع التونسي عن تحديد المقصود بالوسيلة الإلكترونية، وهي سبب الاختلاف حول تعريف العقد الإلكتروني.

أما المشرع الأردني فقد اهتم بضبط المفاهيم المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية[2] وكذلك فعل المشرع في إمارة دبي[3] وقانون مملكة البحرين[4] على النحو التالي:

عرفت الفقرة الأولى من المادة الثانية من القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية المعاملات بأنها: "**إجراء أو مجموعة من الإجراءات،يتم بين طرفين أو أكثر الإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أية دائرة حكومية**".

وعرف بعد ذلك المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية،كما عرفت الفقرة الثالثة من المادة نفسه مصطلح الإلكتروني بأنه:" **تقنية استخدام وسائل كهربائية أ ومغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها**"[5].

ثم عرفت الفقرة الثانية من نفس النص العقد الإلكتروني بأنه: "**الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كليا أو جزئيا**".

كما تناولت المادة الثانية من قانون إمارة دبي توضيح المقصود بالإلكتروني حيث جاء فيها:

---

[1] فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى، 2008، ص 163.

[2] أرجلوس رحاب، مرجع سابق، ص78.

[3] المرجع نفسه، 95.

[4] المرجع نفسه، ص97-98.

[5] عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 135.

"**إلكتروني: ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو ما شابه ذلك**".

ثم عرفت المعاملات الإلكترونية بأنه "**أي تعامل أو عقدي واتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية**، وعرفت التجارة الإلكترونية بأنها **المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية**".

كما ورد بالمادة الأولى من القانون البحريني الخاص بالمعاملات الإلكترونية أنه يراد بمصطلح **إلكتروني**: "**تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بايومترتية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة**".

وباستقراء تلك النصوص يلاحظ ما يلي:

حرص القانون الأردني، في الفقرة الأولى من المادة الثانية، على النص صراحة على أن المعاملات الإلكترونية التي ينظمها هذا القانون قد تتعلق بعمل تجاري أو بالتزام مدني،[1] وهذا حتى ينفي ما ذهب إليه بعض الفقه في تركيزه على تعريف العقد الإلكتروني واقتصاره في التعريف على الصفة التجارية للعقد. أشرنا، فيما سبق، إلى بعض الفقه، قد حصر تعريف العقد الإلكتروني في الأنشطة التي تتم بين التجار أو بينهم وبين المستهلكين باستخدام وسائل الاتصال[2].

وبناء على ذلك فإن المعاملات الإلكترونية تشمل جميع المعاملات التي تتم بالطريق الإلكتروني سواء كانت مدنية أو تجارية[3].

تمييز قانون إمارة دبي بين مصطلحي المعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، بحيث أصبح مصطلح التجارة الإلكترونية قاصرا على المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية،مما يعني أن المعاملات الإلكترونية أوسع نطاقا من التجارة الإلكترونية، وهوما يؤكد أن تعريف العقد الإلكتروني، من خلال تعريف التجارة الإلكترونية من طرف الفقه، هو تعريف غير دقيق كما أوضحنا سابقا.

---

[1] فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 162.

[2] راجع في التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني ما سبق ص 14.

[3] أسامة أبوالحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 130، محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، طبعة 2006، ص 26.

ملاحظة أن المشرع الأردني قد عرف المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي **تنفذ** بوسائل إلكترونية، في حين عرف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا، كما عرف قانون دبي المعاملات الإلكترونية بأنها أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية [1].

إن من يطالع بدقة تلك النصوص يجد نفسه أمام تساؤلين هامين، تتكفل الإجابة عنهما بضبط تعريف دقيق للعقد الإلكتروني وهما:

التساؤل الأول: مدى إعتبار العقد كونه إلكتروني بانعقاده أم بتنفيذه؟

تم التطرق فيما سبق إلى أن القانون الأردني عرف المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية، ولذلك فإنه يبدو للوهلة الأولى أن الصفة الإلكترونية تطلق على المعاملة متى نفذت بوسيلة إلكترونية.

ولأن العقد الإلكتروني صورة من صور المعاملات الإلكترونية، فقد كان منتظرا أن يعرفه القانون الأردني بأنه العقد الذي ينفذ بوسيلة إلكترونية، أولا يعرفه أصلا ويكتفي بتعريف المعاملات الإلكترونية.

غير أن القانون الأردني عرف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية، كليا أو جزئيا.

ولذلك يتضح التناقض بين النصين، وذلك أن المعاملة الإلكترونية، إذا أبرمت بوسيلة إلكترونية ولم تنفذ بوسيلة إلكترونية لا تكون معاملة إلكترونية لعدم انطباق التعريف عليه . أما العقد الإلكتروني فإنه يكون إلكترونيا طالما انعقد بوسيلة إلكترونية ولو لم ينفذ بها، وصورة ذلك أن يتفق طرفان، بواسطة شبكة الانترنيت، على بيع منتوج استهلاكي، ويتم تنفيذ العقد بشكل مادي لتعلقه بسلعة، فهذا العقد يعد عقدا إلكترونيا ولكنه ليس معاملة إلكترونية[2].

ولو تم إبرام اتفاق على بيع برنامج علاجي طبي بالطريق العادي وكانت بنود الاتفاق تنص على تنفيذه بالطريق الإلكتروني،أي أن يلجأ الطرف المشتري إلى الشبكة لتحميل البرنامج، فإن هذا

[1] بشار محمود دودين، الرسالة السابقة، ص 57.

[2] عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 137.

العقد لم ينعقد بالطريق الإلكتروني فه وليس عقدا إلكترونيا، ولكنه نفذ بالطريق الإلكتروني فهو معاملة إلكترونية.

هذا ما يستفاد من مطابقة الفقرة الثانية من المادة الثانية بالفقرة الثامنة من المادة نفسها. ووفقا لهذا التناقض غير المقصود،يرى بعض الفقه أنه لما كانت إزالة التناقض تقتضي إخراج العقد الإلكتروني من تحت مظلة المعاملات الإلكترونية، وهو أمر غير ممكن بأي حال من الأحوال لأن العقد الإلكتروني هو الصورة الأكثر شيوعا وأهمية في المعاملات الإلكترونية، ولذلك تم تفسير إرادة المشرع الأردني بأن المقصود بالمعاملات الإلكترونية هو كل المعاملات التي تبرم أو تنفذ بوسيلة إلكترونية وأن العقد الإلكتروني هو العقد الذي ينعقد أو ينفذ بوسيلة إلكترونية[1].

وقد تنبه المشرع في إمارة دبي فلم يقع في هذا التناقض، وأورد تعريفا واحد للمعاملات الإلكترونية، ولم يخصص تعريفا للعقد الإلكتروني، على اعتبار أن الأول أشمل من الثاني، فنصت الفقرة 24 من المادة الثانية على أن المعاملات الإلكترونية هي" أي تعامل أو عقد أو اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

وإجابة عن التساؤل الذي طرحناه، فإن الصفة الإلكترونية تلحق بالعقد متى تم إبرامه أو تنفيذه باستخدام وسيلة إلكترونية، سواء في إبرامه أو تنفيذه أو كليهما معا.

**التساؤل الثاني: هل يكفي لتحقق الصفة الإلكترونية في عقد ما أن تلحق هذه الصفة بجزء منه فقط؟**

استعمل المشرع الأردني عبارتي "**كليا أو جزئيا**"، واستعمل مشرع إمارة دبي عبارة "**بشكل كلي أو جزئي**"، وهما يقصدان إبرام العقد أو تنفيذه. فيكفي أن يبرم العقد أو أن ينفذ جزئيا بوسيلة إلكترونية حتى ينطبق عليه وصف العقد الإلكتروني وتسري عليه أحكام المعاملات الإلكترونية[2].

غير أنه إذا كان استخدام الوسيلة الإلكتروني هامشيا أو بصفة محدودة سواء في إبرام العقد أو في تنفيذه، فإنه لا يمكن أن يوصف بالعقد الإلكتروني في نظر بعض الفقه، فلو وجهت شركة ما دعوة للتعاقد عبر وسيلة إلكترونية فاتصل المشتري بها وأبرم العقد بصفة تقليدية ونفذه، فلا

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 133.

[2] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 26.

يمكن القول إن هذا العقد قد أبرم بشكل جزئي بوسيلة إلكترونية لعدم تأثير الوسيلة الإلكترونية في رضا المشتري أوفي تكوين العقد[1].

**ثالثا: تعريف العقد الإلكتروني في بعض مشاريع القوانين**

عند بداية الاهتمام بمختلف مسائل المعاملات الإلكترونية ظهر اتجاهان فقهيان.

يرى الإتجاه الأول أن المعاملات الإلكترونية لا تحتاج إلى تنظيم تشريعي خاص إلا فيما يتعلق بالإثبات الإلكتروني، أما العقد فحسبه أن يخضع للقواعد العامة في نظرية العقد التي تعد كافية في نظره، لاستيعاب هذه الوسيلة الحديثة للتعاقد. في حين يرى الاتجاه الثاني وجوب أن يتضمن التنظيم التشريعي للمعاملات الإلكترونية المسألتين معا، فالنظرية العامة للعقد قد لا تكفي في هذا الشأن، ولو من باب إيجاد بعض الحلول لكثير من المسائل المستجدة التي لم تكن في أذهان واضعي التقنينات المدنية[2].

وقد رأينا فيما مضى أن بعض التشريعات وضعت تنظما للعقد الإلكتروني والإثبات في تقنين واحد[3]، في حين عمد بعض المشرعين إلى وضع تنظيم للإثبات الإلكتروني فقط وأهمل تنظيم العقد الإلكتروني، أخذا بما ذهب إليه الاتجاه الأول ومن هم المشرع المصري الذي أصدر قانون التوقيع الإلكتروني[4] بتاريخ 04-22-2004.

غير أن المشرع المصري، وكأنه قد اعترف بقصور نظرة الاتجاه الأول، عاد ووضع مشروعا لتنظيم التجارة الإلكترونية هو المشروع الذي أيقن بموجبه بأهمية ضبط مفهوم دقيق للعقد الإلكتروني رغم أنه ليس من مهام التشريع وضع التعريفات، فقد نصت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من المشروع الذي لم يصادق عليه بعد تعريف للعقد الإلكتروني أنه: "**كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أوكليهما أويتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني**".

---

[1] عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 65؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 134.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص 8.

[3] كالتشريع التونسي والأردني وقانون إمارة دبي، وقانون مملكة البحرين.

[4] القانون رقم 15 لسنة 2004 الصادر بالجريدة الرسمية عدد 17، راجع في شرح التقنين والتعليق عليه، عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 2005، ص 9.

وكان المشرع المصري قبل ذلك قد عرف الوسيط الإلكتروني في قانون التوقيع الإلكتروني المشار إليه في المادة الأولى من فقرة "د" بأنه: "**أداة أ وأدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني**"[1].

يلاحظ على تعريف العقد الإلكتروني في مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري أنه يكفي ليوصف العقد بأنه عقد إلكتروني أن تصدر إرادة طرف واحد عبر وسيلة إلكترونية، ولا يهم أن يتم تطابق الإرادتين عبر هذه الوسيلة.

كما يلاحظ أن المشروع ذاته أغفل العقد الذي يتم تنفيذه بالطرق الإلكترونية وإن لم يبرم بواسطتها، كما رأينا في بعض التشريعات، إذ يمكن أن يبرم العقد بطريقة غير إلكترونية ولكنه ينفذ بها، وعندئذ يوصف بأنه عقد إلكتروني وتنطبق عليه أحكام المعاملات الإلكترونية.

وفي لبنان، لم يصدر لحد الآن قانون يعنى بالمعاملات الإلكترونية لا من حيث إبرامها وتنفيذها ولا من حيث إثباتها، رغم أنه بتاريخ 2004-04-22 قدم إلى البرلمان اللبناني مشروع قانون يتضمن تنظيم المعاملات الإلكترونية ينقسم على قسمين، ينظم الأول أحكام المعاملات الإلكترونية، ويتعلق الثاني بإنشاء هيئة للتواقيع الإلكترونية[2]. وقد تضمنت المادة الثانية منه ضبط لمصطلحات التجارة الإلكترونية، حيث إذ في الفقرة 38 منها، **عقد إلكتروني: يعني عقدا تم جزئيا أو كليا بواسطة عملية إلكترونية**، وكانت الفقرة الأولى من هذه المادة قد عرفت لفظ **إلكتروني بأنه كهربائي، أو رقمي، مغناطيسي، ممكن، لاسلكي، مغناطيسي، بصري، ضوئي، وكل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة والانترنيت وذو قدرات تقنية أخرى مشابهة.**

ومن الملاحظ أن المشروع اللبناني لم يبين ما إذا كان المقصود بالعقد الإلكتروني العقد الذي يبرم بالطريق الإلكتروني أم الذي ينفذ أم كلاهما، وذلك أنه استعمل عبارة: "**عقد تم جزئيا أو كليا**".

وفي دولة الكويت أعدت غرفة تجارة وصناعة الكويت مشروع قانون ينظم التعاملات الإلكترونية. ورغم أن هذا المشروع خصص المادة الثانية منه لتحديد وضبط المصطلحات، فإنه لم

[1] أسامة أحمد شتات، قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية، دار الكتب القانونية،مصر، طبعة 2006.

[2] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 463، 465 ؛ محمد خالد جم الرستم، المرجع السابق، ص 89 وما بعدها.

يتضمن ونصت في المادة الثامنة منه بأنه يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك[1].

أما فيما يتعلق بالقانون الجزائري فقد جاء في عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني، في جزئه المتعلق بعقد البيع، والذي لم يصادق عليه بعد، أن المشروع يرمي إلى تحقيق مجموعة من الأهداف، منها سد الفراغات الموجودة في التقنين المدني عن طريق تنظيم أصن اف جديدة لعقد البيع، ومنها عقود البيع عن بعد التي تعرف تطورا ملحوظا في الجزائر[2].

ومن خلال المادة 412 مكرر 1 أراد القائمون عل ى التعدي ل ضبط تعريف للعقد عن بعد، إذ قضت بما يلي:" **يعتبر بيعا عن بعد كل عملية بيع تبرم دون حضور مادي للأطراف في آن واحد وفي نفس المكان، بين مشتري مستهلك وبائع مهني بواسطة تقنية اتصال عن بعد أو أكثر دون سواها**".

لهذا يتضح أن مشروع التعديل حاول وضع تعريف للعقد الإلكتروني باعتباره عقدا عن بعد يتم إبرامه أو تنفيذه بواسطة تقنية للاتصال عن بعد.

وقد تفادى المشروع الانتقادات التي وجهها الفقه للتعريفات التشريعية للعقد الإلكتروني فرغم أنه قصر العقد عن بعد في عقد البيع بين مستهلك ومهني فقط، فإنه ركز على وسيلة إبرامه وهي تقنيات الاتصال الحديثة[3].

وبعد هذا العرض لمختلف المحاولات التشريعية والفقهية لضبط تعريف للعقد الإلكتروني، يمكننا القول أن العقد الإلكتروني هو **كل عقد يتم إبرامه أو تنفيذه كليا أو جزئيا بواسطة وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة.**

هذا التعريف هو الذي نرتضيه، لسببين هما:

تركيزه على أن وصف العقد بأنه إلكتروني يعود إما إلى وسيلة إبرامه أو وسيلة تنفيذه.

---

[1] محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص245؛ محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى، 2004، ص 230.

[2] عرض أسباب المشروع التمهيدي لتعديل التقنين المدني المعد من طرف اللجنة المكلفة بمراجعة التقنين المدني بوزارة العدل، وثيقة غير منشورة، ص 04.

[3] قارة مولود، التوثيق الالكتروني شكله وإجراءاته، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية،المجلد 06،العدد02،2021،ص02.

استبعاده أية صفة أو خاصية من خصائص العقد الإلكتروني سواء الدولية أو الاستهلاكية أو التجارية. فقد رأينا أن هناك من الفقهاء من ركز في تعريفه على الصفة الدولية، ومنهم من ركز على الصفة التجارية، ومنهم من ركز على انتماء هذا العقد لزمرة عقود الاستهلاك. والواقع، كما سبق بيانه، أن العقد يوصف بأنه إلكتروني متى استعملت الوسيلة الإلكترونية سواء، في إبرامه أو في تنفيذه، مهما يكن نوعه دوليا أو غير دولي، تجاريا أم مدنيا، استهلاكيا أو تبادليا[1].

وإذا ما انتهينا إلى القول بان العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم استخدام الوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة فيه، فإنه حقيق بنا أن نتساءل، هل يجيز التقنين المدن ي استخدام هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة؟ وهل يعتد بهذه الوسائل ويرتب عليها آثارا؟ التساؤل نحاول الإجابة عن هذا التساؤل في الفرع التالي.

**الفرع الثاني: مشروعية العقد الإلكتروني**

تقتضي المبادئ الأساسية في إبرام العقود صدور الإرادة من شخص يجيز له القانون التعبير عن إرادته ويعتد بها. غير أنه بمناسبة العقد الإلكتروني الذي يتم فيه التعبير عن الإرادة بواسطة أجهزة ووسائط إلكترونية اختلف فقهاء القانون المدني حول مسألة جواز إبرام العقد بتلك الوسائل.

وفي الإجابة عن هذا التساؤل، تعددت المحاولات الفقهية الرامية إلى إجازة تحقق الإرادة التعاقدية عن طريق الوسائط الإلكترونية وما يترتب على ذلك من إضفاء صفة المشروعية على العقد الإلكتروني، كما اعترض كثير من الفقهاء على استعمال تلك الوسائل في التعبير عن الإرادة، وساق كل اتجاه حججه وآراءه.

وفيما يلي نناقش رأي كل اتجاه وحججه ثم نعرض موقف التشريعات من المسألة:

**أولا: عدم مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية**

يرى بعض الفقه أن التقنين المدني، بأحكامه الحالية، لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، وأنه لا يمكن بحال من الأحوال تفسير نصوص التقنين

[1] محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص.245

المدني تفسيرا موسعا وقياس وسائل الاتصال الحديثة على الهاتف إذ ذكرته معظم التشريعات، فلو أراد المشرع إباحة استخدام تلك الوسائل في التعبير عن الإرادة لذ كر ذلك صراحة كما فعلت بعض التشريعات [1].

ويدعم هذا الجانب من الفقه رأيه بأن استخدام وسائل الاتصال الحديثة والمتطورة يوما بعد يوم في إبرام العقود يؤدي إلى مخاطر لا يمكن تلافي نتائجها، فهي لا تسمح لأطراف العلاقة العقدية بالتأكد من هوية المتعاقد الآخر أوصفاته أو جديته في التعاقد[2].

ووفقا لهذا الرأي فإن المشرع الجزائري عندما عدل التقنين المدني بموجب القانون 10-05 وأضاف النصوص المتعلقة بالإثبات بالطرق الإلكترونية وبالضبط المادتين 323مكرر1 و324 ف إن ذلك لا يعني أنه يقر استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، إذ يجوز إثبات عقد عادي وحفظه بالطرق الإلكترونية.

**ثانيا: مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية**

خلافا للرأي السابق، يذهب جانب كبير من الفقه إلى الحكم بمشروعية العقد الإلكتروني تأسيسا على أحكام التقنين المدني، وانقسموا في تبرير مشروعيته إلى عدة اتجاهات:

**1**- ذهب بعضهم إلى منح الشخصية القانونية وما يتبعها من أهلية قانونية وصلاحية لإبرام العقود للجهاز الإلكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد، فهم يرون أن الجهاز الإلكتروني بمثابة الشخص القانوني الذي يتمتع بأهلية إبرام العقود[3].

غير أن هذا القول يصعب قبوله من الناحية القانونية، فمن يتمتع بالشخصية القانونية يتمتع بالذمة المالية، ومن ليس له ذمة مالية لا تثبت له شخصية قانونية.

---

[1] تنص المادة 64 من التقنين المدني على مايلي:" **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أ وبأي طريق مماثل**".

[2] SANTIAGO Cavanillas Mugica, les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat, edition delta, Beyrouth, Liban, 2001,p 99.

[3] عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 227 ؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق،ص 73.

وغني عن البيان أن الجهاز الإلكتروني ليس له ذمة مالية، ولذلك ليست له شخصية قانونية وتنعدم لديه الأهلية، إضافة إلى ذلك إن الشخصية القانونية، وما يتبعها من أهلية قانونية وذمة مالية، لا تثبت لغير الأشخاص الطبيعيين إلا بالاعتراف القانوني، وهذا الأخير مقصور على مجموعات الأشخاص والأموال، ولا يمتد إلى الآلات[1].

**2**- ذهب البعض الآخر إلى تصوير الجهاز الإلكتروني، الذي يتم إبرام العقد بواسطته، بأنه أداة أو وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين شأنه شأن الهاتف والفاكس. ووفقا لهذا الرأي فإن الوسيلة الإلكترونية لا تعبر عن إرادة ذاتية خاصة بها، وإنما تقوم فقط بنقل إرادة كل من المتعاقدين إلى المتعاقد الآخر.

ويدعم أصحاب هذا الاتجاه موقفهم بما جاء في نصوص التقنينات المدنية الخاصة بالتعبير عن الإرادة المطابقة لنص المادة 64 من التقنين المدني التي تنص على ما يلي:

" **إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل**"[2].

ولم يسلم هذا الاتجاه من النقد، فقد قرر بعض الفقهاء أن الجهاز الإلكتروني كالحاسوب[3]، لا يقتصر على نقل إرادة المتعاقدين، بل يترتب على توسطه انعدام التفاوض بينهما، ولا يكون لإرادة المتعاقد أي دور، وفي هذا يختلف دور الحاسوب عن بعض الأجهزة الأخرى كالهاتف أو الفاكس.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 163.

[2] يقابل هذا النص نص المادة 94 من التقنين المدني المصري، والمادة 95 من التقنين المدني السوري، والمادة 102 من التقنين المدني الأردني، ويقترب من معنى نص الفصل 27 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية رغم أنه لم يذكر عبارة: بأي طريق مماثل واقتصر على ذكر الهاتف، في حين كان التقنيين المدني اليمني أكثر وضوحا في إقرار مشروعية التعاقد الإلكتروني إذ ذكرت المادة 156 منه جواز إبرام العقد بوسائل الاتصال السلكية واللاسلكية.

[3] لفظ الحاسوب مقابله في اللغة الفرنسية ordinateur وفي الإنجليزية computer وفي اللغة العربية تعددت الاصطلاحات، حيث كان يطلق عليه بادئ الأمر العقل الإلكتروني، ثم سمي بعد ذلك الحاسب الآلي، وفي عام 1987 صدر معجم الحاسبات عن مجمع اللغة العربية واستخدم مصطلح الحاسب على وزن فاعل. وقد اعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الأونسترال مصطلح الحاسوب، وهو المصطلح الذي نفضله لتمشيه مع لغة التشريع الدولي الموحد لقواعد المعاملات الإلكترونية.

وضربوا لذلك مثالا جاء فيه أنه إذا أراد شخص ما شراء تذكرة طيران لإحدى شركات الطيران عن طريق موقعها على شبكة الانترنيت، فيستطيع أن يطلع على مواعيد الرحلات وثمن التذكرة ويقوم بحجز مقعد في الطائرة التي يريد السفر على متنها بعد أن يقوم بدفع قيمة التذكرة عن طريق إحدى وسائل الدفع الإلكترونية أو بطاقة ائتمان مثلا، ويتصل بمكتب الشركات في المطار لي ستلم التذكرة ففي هذه الحالة تنشأ علاقة تعاقدية بين الشخص والوسيط الإلكتروني ألا وهو جهاز الحاسوب، ويختفي أي دور لممثل شركة الطيران في إبرام العقد[1].

**3** – برر آخرون مشروعية العقد الإلكتروني بفكرة مفادها اعتبار الجهاز الإلكتروني المستخدم في إبرام العقد بمثابة الوكيل الذي يبرم عقدا نيابة عن المتعاقد وباسمه ولحسابه[2].

وفي نظر هذا الاتجاه فإن المشرع، إذ أجاز التعاقد عن طريق الوكالة في نص المادة 571 من التقنين المدني الجزائري[3]، لم يحدد المقصود بالوكيل ما إذا كان شخصا طبيعيا أم جهازا إلكترونيا[4]. وهذا القول يبعد كثيرا عن الصحة والمنطق، فهو يجعل من الجهاز الإلكتروني وكي لا، وهو ما لا يمكن قبوله لسبب قانوني سديد هو عدم إمكان تصور قيام عقد الوكالة وهو عقد رضائي، بين الجهاز والموكل. ويمكن إلحاق هذا الرأي بالرأي السابق الذي يجعل للجهاز شخصية قانونية[5].

ويلاحظ بأن المبرر القانوني وراء اعتبار بعض الفقه الجهاز الإلكتروني نائبا عن المتعاقد في إبرام العقد، ما قضت به بعض قوانين المعاملات الإلكترونية من إجازة لإبرام العقد بين وسائط إلكترونية، تسمى **الوسائط الإلكترونية المؤتمتة**[6]، وهي التي يقصد بها كل برنامج أو نظام

---

[1] في تحليل الفكرة وعرض المثال راجع، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 162.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص79.

[3] يطابق هذا النص نص المادة 699 من التقنين المدني المصري التي استشهد بها هذا الجانب من الفقه في عرض وتبرير رأيه.

[4] عمر وعبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 227 ؛ د /خالد ممدوح إبراهيم، المرجع نفسه،ص 161.

[5] آمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، مطبوعة من طرف دار وائل للنشر، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2006، ص 133.

[6] اشتق قانون إمارة دبي لفظ **مؤتمت** من اللفظ automatique ويقصد به الآلي، مع ملاحظة أن لفظة **مؤتمت** لفظ غريب عن اللغة العربية، في انتقاد هذا الاشتقاق راجع: أسامة أبوالحسن مجاهد، المرجع السابق ص 172.

إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب ل لتصرف بشكل مستقل كليا أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له[1].

كما أجازت تلك القوانين إبرام العقد بين شخص طبيعي ووسيط إلكتروني، فقد نصت المادة الرابعة عشر من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية على ما يلي:" **كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم، أو من المفترض أن يعلم، أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه**"[2].

غير أنه يجب ألا يغيب عن الأذهان أن الجهاز إنما قام بإبرام العقد بعد أن تمت برمجته من طرف شخص طبيعي، لذلك نصت الفقرة الأولى من المادة 14 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، الواردة تحت عنوان الفصل الثالث منه الخاص بإنشاء العقود على ما يلي: "**يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظام معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة**".

وقد اعترض بعض الفقه على اعتبار إبرام العقد عن طريق الوسيط الإلكتروني من قبيل عقد الوكالة لعدم اتساق هذا التكييف مع أساس عقد الوكالة وهو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، فالنائب وإن لم يتعاقد باسمه ولحسابه فإنه يتعاقد بإرادته هو ولا يستعير إرادة الأصيل، وهذا ما يفرق بين الرسول والوكيل[3].فالوكيل الإلكتروني ليس إلا حاسوبا أو أية وسيلة إلكترونية تستخدم لإجراء تصرف معين دون تدخل من أي شخص وقت إجراء التصرف، ولذلك فلا يمكن بأي حال من الأحوال نسبة الإرادة التعاقدية لهذه الوسيلة. وقد اقترح بعض الفقهاء تسمية الوسيط الإلكتروني بالرسول الإلكتروني طالما أن دوره ينحصر في مجرد نقل تعبير عن إرادة أحد المتعاقدين إلى

---

[1] راجع المادة الثانية من قانون إمارة دبي المعاملات الإلكترونية المذكور آنفا، مع الإشارة إلى أن القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية أورد التعريف نفسه للوسيط الإلكتروني لكنه لم يستعمل لفظ مؤتمت.

[2] في نفس المعنى ما نصت علي ه ا لمادة 12 من التقنين البحريني الخاص بالتجارة الإلكترونية التي جاء فيها :" **يجوز إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني كما يجوز أن يتم بين وكلاء إلكترونيين**".

[3] إبراهيم الدسوقي أبو الليل،المرجع السابق،ص82؛ أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 134.

POULET Yves, la conclusion du contrat par un agent électronique, édition Delta, Beyrouth, Liban, 2001, p . 130.

المتعاقد الآخر، غاية ما في الأمر أنه قد تم إعداد هذه الإرادة مسبقا بحيث يتم التعبير عنها آليا دون حاجة لتدخل صاحب الإرادة[1].

**ثالثا: موقف التشريعات من مشروعية التعاقد الإلكتروني**

يمكن القول أن الأجهزة المستخدمة في إبرام العقد لا يمكن أن نصنفها كوكيل يقوم بإبرام التصرف لأنها لا تخرج عن كونها أداة في يد أحد المتعاقدين أوكليهما لنقل إرادة كل منهما إلى الآخر، وهذا التكييف لدور الجهاز الإلكتروني في إبرام العقود الإلكترونية ينسجم مع ما أخذ به قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية حيث نصت المادة 11 منه على ما يلي: "**في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض**".

كما نصت المادة 125 منه على ما يلي :" **في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أ وغيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه ورد على شكل رسالة بيانات**"[2].

كما نصت المادة 13 من نفس القانون على إسناد رسالة البيانات إلى منشئها وليس إلى الجهاز المستعمل في إرسالها.

واعتبر المشرع الأردني الأجهزة الإلكترونية المستخدمة في إبرام العقود مجرد وسائل للتعبير عن الإرادة فقد نصت المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ما يلي: "**تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه ولحسابه أوسيط معد للعمل أوتوماتيكيا بواسطة المنشئ إلكتروني بواسطة وبالنيابة عنه**".

ودلت على مشروعية إبرام العقد بالطرق الإلكترونية المادة 13 من نفس القانون التي جاء فيها أن رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.

---

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 174.

[2] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 17.

وكانت قبل ذلك المادة السابعة من نفس القانون قد اعتبر ت العقد الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على العقود العادية، وأنه لا يمكن إغفال الأثر القانوني لها لمجرد إجرائها بوسائل إلكترونية[1].

كما اعترف قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية للعقد الإلكتروني بمشروعيته إذ نصت المادة السابعة منه على أن الرسالة الإلكترونية لا تفقد أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني، ومن المعلوم أن الرسالة الإلكترونية هي وسيلة التعبير عن الإرادة.

وبصريح العبارة أقرت المادة 13 من نفس القانون بمشروعية التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية إذ جاء فيها:" **لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكتروني**".

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة:" **لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر**".

ولإيراده هذه التفصيلات، يرى بعض الفقه أن قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية يعد أكثر القوانين في العالم انسجاما مع قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية[2].

وفي نفس السياق أورد قانون مملكة البحرين الخاص بالتجارة الإلكترونية نص المادة 10 منه تحت عنوان إبرام العقود جاء فيها:" **في سياق إبرام العقود يجوز التعبير، كليا أو جزئيا، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك ذمة أي تعديل أو عدولاً وإبطال للعرض الالكتروني والموافقة على العرض، عن طريق السجلات الإلكترونية. ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك**[3].

ودون حاجة على إيراد نص صريح، رأى المشرع التونسي أن التعبير عن الإرادة بالطرق والوسائل الإلكترونية أمر جائز قانونا إذ أشار إلى أنه يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 161؛ محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،ص58.

[2] بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنيت. عالم الكتاب الحديث، الأردن، طبعة 2004 ص 30.

[3] أسامة أبوالحسن مجاهد، المرجع نفسه، ص 163؛ الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 440.

الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة، ومفعولها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون، وهذا ما قضى به الفصل الأول من القانون[1].

كما أجاز مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية في المادة الأولى منه المخصصة للتعريفات إذ جاء فيها: **أن العقد الإلكتروني هو كل عقد تصدر فيه إرادة احد الطرفين أو كليهما أو يترك التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني**[2].

كما سوى القانون التجاري المغربي الصادر سنة 2006 بين العقود الإلكترونية والعقود عن بعد والعقود التي تبرم بالمراسلة من حيث القوة الملزمة للعقد[3].

وبتاريخ 30-11-2007 أصدر المشرع المغربي القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الذي عدل قانون الالتزامات والعقود المغربي وقد أجازت المادة 65 بعد تعديلها التعاقد بالوسائل الإلكترونية.

وقد ورد بالمادة الخامسة من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لدولة فلسطين أنه ينطبق على العقود الإلكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصيغتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

وهذا يعني أنه يجوز إبرام العقود وتنفيذها بالوسائل الإلكترونية وأنها تظل تتمتع بصحتها وقوتها سواء بسواء مع العقود المبرمة بالطرق العادية[4].

---

[1] بشار طلال مومني، المرجع السابق، الموضع نفسه؛ عمروعبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 233، وراجع المادة الثانية من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

[2] راجع نص المادة الأولى من المشروع الذي أورده دون التعليق عليه إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 377؛ وقد سبق الحديث عن هذا النص عند الكلام عن تعريف العقد الإلكتروني.

[3] أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية طبعة 2009، المغرب، ص 51؛ المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء،المغرب،2010، ص24.

[4]- عمر وعبد الفتاح علي يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني،المرجع نفسه، ص 235.

كما أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت قد أورد نصا يجيز إبرام العقود بالطرق الإلكترونية والتي جاء فيها :" **يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك**[1].

ولإثراء هذا المشروع عقدت مجلة الحقوق الكويتية حلقة نقاشية حضرها أساتذة القانون ومهتمون بالمجال، وقد رأى بعضهم أن إيراد نص يتعلق بالتعبير عن الإرادة في المشروع أمر لا حاجة إليه إذ تكفي القواعد العامة في إبرام العقود لكونه يشبه التعاقد بالمراسلة وانتهى النقاش على الإبقاء عليها نظرا لما ينطوي عليه العقد الإلكتروني من خصوصية في مرحلة إبرامه[2].

وعن مشروع قانون المعاملات الإلكترونية اللبناني، فإنه يمكن القول أن مشروعية استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد يستخلص من البند رقم 40 بالمادة الثانية منه الخاصة بالتعريف بالمصطلحات التي جاء فيها: "أن المعاملات الإلكترونية هي أي تعامل أو عقود أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية"[1].

وعلى صعيد التشريع الفرنسي فإن التقنين المدني قد تم تعديله بموجب الأمر الرئاسي رقم 2005-674 الصادر بتاريخ 2005-06-16 الذي أدرج نصوصا في التقنين المدني تتعلق بجواز التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية[4].

- يتطابق هذا النص مع نص المادة 08 الواردة في الاقتراح بقانون الذي قدم للبرلمان الكويتي للمصادقة عليه، لمزيد من التفصيل راجع نص المشروع والاقتراح المنشور بمجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الثالث، السنة 29 سبتمبر 2005.

- لمزيد من التفصيل والاطلاع أكثر على وقائع الحلقة النقاشية راجع، مجلة الحقوق الكويتية، وقائع الحلقة النقاشية حول مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، ليوم 04-05-2005 ملحق العدد الثالث، السنة 29 سبتمبر 2005، ص 05.

[1]- إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 465. 4

- ordonnance 2005/674 du 16 juin 2005, ordonnance relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électroniques, texte publie au journal officiel n°14 du 17 juin 2005, page 10342.

حيث نصت المادة 1369-1 من التقنين المدني بعد تعديلها: **يمكن استخدام الطرق الإلكترونية لوضع شروط العقد وتبادل المعلومات حول السلع والخدمات**[1].

كما أصبحت المادة 1369-2 تنص على ما يلي: "**المعلومات المطلوبة لإبرام عقد معين أوتنفيذه يمكن تبادلها بالطرق الإلكترونية إذا وافق الطرف المستقبل على ذلك**".

ويلاحظ أن هذه النصوص قد أدخلت على التقنين المدني الفرنسي انسجاما واتساقا مع ما تضمنه التوجيه الأوروبي في مجال التجارة الإلكترونية[2].

كما هو واضح فقد اشترط القانون الفرنسي للاعتداد بالوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة اتفاق الطرفين، وهذه الملاحظة يمكن تعميمها على كل التشريعات بما فيها قانون الأونسترال النموذجي، إذ لم تجز كل تلك التشريعات استخدام الوسائل الإلكترونيـ ة إلا إذا تم الاتفاق على ذلك.

وغير بعيد عن نصوص القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية فإن كثيرا من الفقهاء قد رأى بأن مشروعية العقد الإلكتروني تجد أساسها في القواعد العامة في التعبير عن الإرادة، ذلك أن التقنين المدني الجزائري قد وضع مبدأ عاما في المادة 60 منه التي تقضي بحرية التعبير عن الإرادة بأية طريقة، وتخول للطرفين الحرية الكاملة في اختيار طريقة إخراج الإرادة التي هي أمر نفسي إلى العالم الخارجي.

وبما أن المادة 60 من التقنين المدني الجزائري أتاحت اختيار طريقة التعبير عن الإرادة، فإن استخدام وسيلة إلكترونية أو أكثر في التعبير عنها يعد مسالة منسجمة مع هذا النص في لفظه وفحواه، فقد جاء فيها: **التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه**[3].

---

[1]- جاءت صياغة المادة 1369-1 باللغة الفرنسية كم ايلي:

« la voie électronique peut être utilisé pourmettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services ».

[2]- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 31.

GAUTRAIS V, le contrat électronique international, Delta édition, 2ème édition , p 85.

[3]- يتقابل هذا النص ويتطابق مع المادة 90 من التقنين المدني المصري، والمادة 93 من التقنين المدني السوري، ويتقابل مع المادة 93 من التقنين المدني الأردني، والمادة 105 من التقنين المدني اليمني.

وعليه فإنه يمكن القول أن القواعد العامة الواردة في التقنين المدني، والقواعد الخاصة التي جاءت بها التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، ومشاريع القوانين الخاصة به ا، والمواثيق الدولية كلها تجيز التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونيـ ة مما يبرر للعقد الإلكتروني مشروعيته.

وقد سبق البيان أن المشرع الجزائري قد أقر صراحة في عرض أسباب مشروع القانون رقم10-05 المتضمن تعديل التقنين المدني بأن تقنين المعاملات الإلكترونية التي تنعقد بالوسائل الحديثة أصبح ضرورة حتمية حتى تتمكن الجزائر من مواكبة التطورات على الساحة الدولية ولتصبح نصوص التقني ن المدني أكثر اتساقا مع المنظومة التشريعية العالمية[1].

ويبقى أن نلاحظ بأن القانون رقم 09-08 المؤرخ في 2008-02-25 المتضمن تقنين الإجراءات المدنية والإدارية[2] الجديد في الجزائر قد تضمن نص المادة 1041 التي جاء فيها انه يجب إبرام اتفاقية التحكيم تحت طائلة البطلان كتابة أو بأية وسيلة اتصال أخرى تجيز الإثبات بالكتابة، وهذا ما يعني أن المشرع قد أقر صراحة بجواز إبرام العقود عموما واتفاقية التحكيم بوسائل الاتصال الحديثة.

**المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني**

رغم أن العقد الإلكتروني قد يتفق مع غيره من العقود التي تحوي أحكامها النظرية العامة للعقد، سواء من حيث موضوعه أو أطرافه أو سببه، فإنه من خلال المحاولات الفقهية والتشريعية التي سعت إلى ضبط تعريف دقيق لهذا العقد، قد اتضحت معالم الخصوصية فيه وأن له خصائص تميزه عن غيره من العقود. فقد رأى الفقه أنه نظرا لعدم التواجد المادي لأطرافه، فإن العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، وأنه عقد تجاري غالبا، ويتم بين مستهلك ومهني فهو لذلك عقد استهلاكي. كما أن بعض الفقه قد وصفه بأنه عقد إذعان ورأى آخرون أنه عقد مساومة، وفضل جانب آخر من الفقه النظر إليه أنه عقد دولي. وبالنظر

[1] راجع عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني المعد من طرف اللجنة المكلفة بمراجعة التقنين المدني ووثيقة غير منشورة، ص 05.

[2] وهو التقنين الصادر بالجريدة الرسمية رقم 21 ليوم 2008/04/22، والذي دخل حيز التنفيذ بعد عام واحد من نشره بالجريدة الرسمية عملا بأحكام المادة 1062منه.

إلى أهمية كل خاصية من تلك الخصائص في بناء نظام قانوني متكامل للعقد الإلكتروني فإننا نفرد لكل منها فرعا مستقلا.

**الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية**

يتم إبرام العقد الإلكتروني دون التواجد المادي لأطرافه، لذلك ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد وهي السمة البارزة فيه إذ يتم بين طرفين لا يجمعها مجلس عقد حقيقي[1]. وقد مر معنا عند استعراض التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني أن التوجيه الأوروبي ر قم 07-97 قد عرف العقد عن بعد في نص المادة الثانية منه التي جاء فيها: "**التعاقد عن بعد هو كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات يبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ينظمه المورد الذي يستخدم لهذه العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد**[1].

كما عرفت المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي التعاقد عن بعد بأنه: **كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد**[2].

كما حاول المشرع الجزائري في مشروع تعديل التقنين المدني الذي سبقت الإشارة إليه وضع تعريف للبيع عن بعد في المادة 412 مكرر 1 من المشروع التي جاء فيها:

"**يعتبر بيعا عن بعد كل عملية بيع تبرم دون حضور مادي للأطراف في آن واحد وفي نفس المكان، بين مشتري مستهلك وبائع مهني بواسطة تقنية اتصال عن بعد أو أكثر دون سواها**".

ومن خلال تعريف العقد عن بعد في تلك النصوص يتبين أن العقد الإلكتروني باعتباره ينتمي إلى زمرة العقود عن بعد، يتم بين متعاقدين لا يجمعها مجلس عقد حقيقي بل حكمي افتراضي، وذلك باستخدام وسائط إلكترونية في إبرامه[3].

ويرى البعض أنه رغم أن العقد الإلكتروني تلحق به صفة التعاقد عن بعد، فإن حداثة هذا النوع من التعاقد المتمثلة في قيام الوسيلة الإلكترونية بتحري ر العقد من غلافه المكتوب وجعله

[1] فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 177.

[2] HUTEJ, le code civil et les contrats électroniques, article disponible sur : www. actoba.com

[3] شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 42؛ فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص171.

في صورة غير مادية، أمر يدع وإلى القول بأن العقد الإلكتروني أضفى على المفهوم التقليدي للتعاقد عن بعد أبعادا جديدة. ويترتب على ذلك أنه إذا كان العقد الإلكتروني يستلهم الأحكام الخاصة بالعقد المبرم عن بعد، فإنه ي جب أن يخضع أيضا لبعض الأحكام التي تأخذ في الاعتبار خصوصيته المتمثلة في إبرامه بوسيلة إلكترونية[1].

واستنادا على ذلك يتميز العقد الإلكتروني عن باقي العقود التي تبرم عن بعد بوجود الصفة التفاعلية التي تسمح بوجود حوار مفتوح بين أطراف العقد في آن واحد خلافا لباقي أنماط التعاقد عن بعد كالتعاقد بالمراسلة التقليدية مثلا[2]. كما تتيح الصفة التفاعلية إمكانية تنفيذ العقد مباشرة كالحصول على برنامج من شركة معينة بصفة فورية عبر الشبكة الدولية، ويعطي العقد الإلكتروني لصفة البعد معنى آخر، ففي العقود عن بعد هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، وهو ما قد يتحقق عكسه في العقد الإلكتروني إذ يتم هذا العقد بصفة متعا صرة فيختزل الزمن ويبرم العقد لحظة صدور الإيجاب والقبول وتطابقهما.

وعلى هذا الأساس ذهب جانب م ن الفقه[3] إلى أن فكرة البعد يمكن التخلي عنها في حالة التعامل الإلكتروني، لتحل محلها فكرة المعاصرة كسمة خاصة في العقد الإلكتروني، غير أن هذه الفكرة محل نظر إذ يجب أن يبقى العقد الإلكتروني ضمن طائفة العقود عن بعد مع مراعاة عنصر التفاعلية والمعاصرة فيه اللذين تتيحهما وسائل إبرامه، فتطور هذه الوسائل لابد أن يؤثر في مفهوم التعاقد عن بعد[4].

كما يرى بعض الفقه أن العقد الإلكتروني لا يكون فوريا معاصرا على الإطلاق أو بصفة دائمة، لأن طر ق التعاقد فيه متعددة بتعدد الوسائل الإلكترونية المستخدمة في إبرامه، ومنها البريد الإلكتروني، ففي حالة استعمال هذه الوسيلة في التعاقد، قد لا يطلع أحد الأطراف على بريده الإلكتروني إلا بعد مرور مدة قد تطول على إرسال الطرف آخر الرسالة الإلكترونية إليه، وبالتالي

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 43 ؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 60.

[2]– صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 23.

[3]– محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص18.

[4]– في عرض هذا الرأي والتعليق عليه راجع: عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الانترنيت، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى، 2007، ص 69.

لا يمكن القول بوجود عقد فوري متعاصر، فالعقد في هذه الفرضية يندرج تحت العقود الزمنية ولا يكون فوري الانعقاد[1]. ولا يتوقف وصف العقد الإلكتروني بأنه عقد عن بعد عند مرحلة إبرامه فقط، بل يمتد إلى مرحلة تنفيذه، إذ يمكن تنفيذه عن بعد أيضا في الحالات التي تسمح بها طبيعة العقد وموضوعه، ففي عقود الخدمات المصرفية وبنوك المعلومات والمواقع يمكن تنفيذ العقد عن بعد إذ نتصور إمكانية تحميل برنامج أو تقديم الاستشارات وتنفيذها بدون حضور مادي للأطراف. ولكن هناك عقود إلكترونية تستلزم التنفيذ العادي كشراء سيارة مثلا عن طريق شبكة الانترنيت فلا يمكن تصور عملية التنفيذ عن بعد[2]. ويبقى أن نشير إلى أنه لا يمكن أن يوصف العقد الإلكتروني بأنه عقد عن بعد، إلا إذا تم استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرامه أوفي تنفيذه، ولأن الوسائل الإلكترونية هي وسائل الاتصال الحديثة وهي لا تدخل تحت حصر، فقد عرفها التوجيه الأوروبي رقم 07-97 الذي سبقت الإشارة إليه في مادته الثانية التي عرفت التعاقد عن بعد، ثم تولت وضع تعريف لوسائل الاتصال حيث جاء فيها: "**كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين طرفين دون حضور مادي للمستهلك والمهني**"[3]. ويعد استخدام الوسائط الإلكترونية سواء في إبرام العقد أوفي تنفيذه من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل هي أساس هذا العقد الذي لا يختلف من حيث موضوعه أو أطرافه عن غيره من العقود ولكنه يختلف عنها من حيث طريقة إبرامه. ويشمل مصطلح إلكتروني كل وسائل الاتصال التي تستخدم للتعبير عن الإرادة بالصوت أو الصورة أو الكتابة أو الإشارة الدالة على محتواها[4].

**الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي**

يرى جانب من الفقه اعتمد في تعريفه للعقد الإلكتروني على الصفة الإلكترونية فيه، لذلك أطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية بالنظر إلى الصفة الغالبة فيه[5] فالتجارة الإلكترونية هي المجال الخصب الذي يظهر فيه العقد الإلكتروني بصفة خاصة، كونه من أهم وسائل تلك التجارة. والواقع

[1] إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 62 .

[2] Shandi Y, La formation du contrat à distance par voie électronique, thèse de doctorat, université Strasbourg 3, soutenue le 28/06/2005, p72.

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 19.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 53.

[5] مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 75.

أنه لا وجود لعقود تجارية بالمعنى الدقيق المقصود بهذا الاصطلاح، وذلك أن العقود التي ينظمها التقنين المدن ي هي نفسها العقود التجارية إذا كان محلها عملا تجاريا سواء بحسب شكله أو موضوعه، أو أن التاجر أبرمها لحاجات تجارته، ومن ثم فإنه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية، فالعقد الإلكتروني يعد عقد تجاريا لأسباب وظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد وجوهره، ومن تلك الأسباب ما يتعلق بطبيعة موضوع العقد أو بصفة من يبرمه، وعليه فإن العقد يكون عقد تجاريا أو مدنيا حسب ما إذا كان الشخص الذي أبرمه تاجرا أو غير تاجر وحسب الهدف المطلوب من إبرام العقد[1]. ولعل هذا ما دفع بالمشرع الجزائري إلى تعريف العمل التجاري وتعداد صوره، وأغفل الحديث عن العقود التجارية. ورغم هذا فإن مسألة التمييز بين العقود التجارية والعقود المدنية ليست أمرا جديدا فقد عرفت من قبل في معرض التفرقة بين الأعمال المدنية والأعمال التجارية بغرض تحديد ماهية العمل التجاري وسبب اختلاف المفاهيم القانونية وتفاوت الأنظمة التشريعية في هذا الصدد[1].

ويضع فقه القانون التجاري عدة آثار تترتب على التفرقة بين العمل المدني والعمل التجاري أهمها حرية الإثبات والإعفاء من الإعذار في المسؤولية والمهل القضائية والتقادم[2].

وعليه يمكن القول أن العقد الإلكتروني يمكن أن يكون عقدا تجاريا إذا كان القائم به تاجرا أبرمه لحاجات تجارته، كما يكون كذلك إذا كان موضوعه تجاريا وفقا لما جاء في المادة الثانية من التقنين التجاري الجزائري[3].

وينبني على تجارية العقد الإلكتروني أنه يبرم غالبا بين تاجر مهني محترف وبين مستهلك مما يجعله عقدا من عقود الاستهلاك [4] ولذلك تسري عليه أحكام عقد الاستهلاك وما تفرضه هذه الأحكام من حماية المستهلك باعتباره طرفا تجب حمايته، ومن أهم صور تلك الحماية الالتزام بالإعلام الملقى على عاتق المهني عند تعاقده مع المستهلك وهو الالتزام الذي مفاده قيام المهني بإخطار المستهلك بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بالبضاعة أو الخدمة، وبكافة شروط البيع وكل ما يتعلق بالخصائص الأساسية والسمات الجوهرية للمنتج الذي يسعى للحصول عليه[2].

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2003، ص273.

[2] VERBIEST T, contrats en ligne : quelle valeur juridique ? article disponible sur www.juriscom.net

ولأن شيوع المعاملات الإلكترونية بين أفراد المجتمع يعني أن أكبر نسبة منهم تدخل في فئة المستهلكين، فإن التوجيه الأوروبي رقم 07-97 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد ألزم المهني في المادة الرابعة منه بإعلام المستهلك بالبيانات الجوهرية للعقد المراد إبرامه وتأكيد تلك المعلومات كتابة، كما نصت على هذا الالتزام المادة 121- 18 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[1].

وقد نصت المادة 412 مكرر3 من مشروع تعديل التقنين المدن ي الجزائري على هذا الالتزام الملقى على عاتق البائع المهني عند إبرامه عقد البيع عن بعد.

ويترتب على اعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد وأنه عقد استهلاكي تخويل الطرف المستهلك الحق في العدول عن العقد وه وما يسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة الإسلامية بخيار الرؤية[2].

ولم يظهر الحق في العدول عن العقد في التقنيات الحديثة إلا بمناسبة عقود الاستهلاك وبزوغ فكرة حماية المستهلك بعد أن شاعت أنواع البيوع التي يسعى فيها البائع إلى إغراء المشتري بكافة صور الدعاية والإعلان، لاسيما في العقد الإلكتروني الذي يبرم بوسائل اتصال لا تتيح للمشتري أن تكون البضاعة بين يديه[3].

وتنص أغلب القوانين والتشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية على إتاحة الحق في العدول عن العقد بعد إبرامه خلال مدة معينة وهو ما فعله المشرع في المادة 412 مكرر3 من مشروع تعديل التقنين المدني والمشرع المصري في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية.

**الفرع الثالث: العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان**

إذا كان العقد الإلكتروني لا يختلف من حيث أركانه أو مضمونه عن العقد التقليدي، فإن تحديد طبيعة هذا العقد محل نظر، حيث يثور التساؤل حول كونه عقد مساومة يخضع لمبدأ

[1] نبيل محمد صبح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مقال منشور بمجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الثالث، السنة 29 سبتمبر 2005، ص134.

[2] محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي، كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومة للنشر، طبعة 1998، ص: 11،12.

[3] عبد العزيز المرسي محمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة، طبعة 2005، ص69؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص63.

سلطان الإرادة والتراضي الحر بين طرفيه، أم أنه عقد إذعان يستقل أحد طرفيه بوضع شروط لا يقبل مناقشة فيها ولا يكون للطرف الآخر سوى قبولها جملة واحدة أو رفضها[1]. فإذا كان التراضي في عقد المساومة يقوم على أساس المساواة الفعلية والقانونية بين أطرافه بحيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه، ولا يتم العقد إلا بعد المناقشة وقبولها ولكل منهم حرية مناقشتها، فإن عقد الإذعان كما عرفه بعض الفقه هو العقد الذي يتحدد مضمونه العقدي كليا أو جزئيا بصورة مجردة عامة قبل الفترة التعاقدية[2]. فوجه الخصوصية في عقد الإذعان يتمثل في أن الإيجاب يصدر في شكل شروط مقررة وضعت لمصلحة الموجب، وأن الطرف المذعن يقبل بتلك الشروط دون مناقشة. هذا وقد نصت المادة 70 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "**يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها**" وطبقا لهذا النص يتضح أن المشرع الجزائري يرى أن معيار الإذعان هو انعدام المناقشة السابقة على التعاقد والتسليم بكل ما هو مقرر من شروط. وحماية للطرف الضعيف في عقود الإذعان قرر المشرع وضع أساليب تتمثل في صورتين:

الأولى تتجسد في الحماية من الشروط التعسفية بأن أجاز المشرع للقاضي سلطة تعديل العقد، فيما تتمثل الثانية في أن الشك يفسر لمصلحة الطرف المذعن دائنا كان أو مدينا.

ولتحديد ما إذا كان العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان أم لا ينبغي الرجوع إلى مفهوم عقد الإذعان في الاتجاهات الفقهية، فوفق المنهج التقليدي، فإن العقد لا يكون عقد إذعان إلا إذا توافرت فيه ثلاثة عناصر، أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية، والثاني احتكار هذه السلع أو المرافق احتكارا فعليا أو قانونيا، والثالث صدور الإيجاب إلى الجمهور بشروط مماثلة وغير محدودة[3].

[1] محمد أمين الرومي، المرجع نفسه، ص53.

[2] لعشب محفوظ بن حامد، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والمقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر طبعة 1990، ص23.

[3] لعشب محفوظ، المرجع السابق، ص58؛.

وهذا في حين يميل الاتجاه الحديث في الفقه إلى عدم التشدد في تحديد الفكرة التي تقوم عليها عقود الإذعان فيكفي في نظره أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة الموجب الذي لا يقبل مناقشة الشروط التي وضعها.

وطبقا لهذا المفهوم الموسع لعقد الإذعان ذهب البعض إلى اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان لأن أحد طرفيه مستهلك وهو الطرف الضعيف الجدير بالحماية التي تتمثل في رفع مظاهر الإذعان التي يكون قد تعرض لها والمتمثلة في الشروط التعسفية[1].

ويدعم هذا الجانب رأيه بأن المتعاقد في العقد الإلكتروني لا يملك إ ّلا أن يوافق على الشروط المعروضة عليه عبر وسيلة الاتصال المستعملة في إبرام العقد دون مناقشة أو مشاركة للطرف الآخر[2].

ويؤخذ على هذا الرأي أنه تجاهل وجود التفاوض والنقاش حول شروط العقد في بعض وسائل الاتصال كالبريد الإلكتروني، حيث يتم عرض الإيجاب وشروط العقد ويستطيع الطرف الثاني بكل حرية مناقشتها وتعديلها[3].

ويرى آخرون أن العقد الإلكتروني يتشابه مع عقد الإذعان من حيث كونه عقدا نمطيا أي معدا مسبقا من أحد طرفيه الذي يستقل وينفرد بفرض شروطه وبنوده، ويقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول الشروط، وبذلك تنعدم المفاوضة والمساومة فيه[4].

غير أنه وإن كان العقد الإلكتروني عقدا نمطيا في معظم الأحيان، فإن وسيلة إبرامه قد تتيح لطرفيه التفاوض حول شروطه.

بينما يذهب اتجاه ثان من الفقه إلى أن العقد الإلكتروني عقد رضائي، فعملية المساومة ما زالت تسود العقود الإلكترونية بمختلف أنواعها وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا بل له –كمستهلك– مطلق الحرية في التعاقد مع أي مورد أو محترف،

---

[1] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني،دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، طبعة 2005، ص192.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 25.

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة،ص46.

[4] عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص161.

كما أنه يلزم لتوافر الإذعان أن تكون السلعة أو الخدمة محل العقد من الضرورات الأساسية التي يصعب الاستغناء عنها وأن تكون محل احتكار من جانب المورد أو المهني[1].

وغني عن البيان أنه لكي يوصف العقد بأنه لكي يوصف العقد بأنه عقد إذعان فإنه يجب أن تكون المنافسة حول السلعة أو الخدمة محل الاحتكار محدودة النطاق.

ويلاحظ أن هذا الجانب من الفقه قد اعتمد على المفهوم التقليدي لفكرة الإذعان، وتمسك بحرفية الشروط التقليدية المتطلبة في عقد الإذعان، وهذا في حين يعد العقد الإلكتروني نموذجا جديدا من صور إبرام العقود التي تقتضي طبعة خاصة.

وينتهي بعض الفقه إلى أنه لبيان طبيعة العقد الإلكتروني فإنه يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد، فإذا تم العقد بواسطة البريد الإلكتروني، أو الوسائل السمعية البصرية فإنه يكون عقدا رضائيا إذ يتبادل طرفاه وجهات النظر عبر الرسائل الإلكترونية، ويستطيع من وجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط العقد والمفاضلة بين العروض المطروحة حتى يحصل على أفضل عرض، أما إذا تم العقد عن طريق مواقع الشبكة الدولية التي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفا ولا مجال للمناقشة فيها، فإن المتعاقدين لا يكونان على قدم المساواة لعدم التكافؤ في القدرة التعاقدية[2].

وينتهي آخرون إلى أنه في غياب قاعدة قانونية موجودة على المستوى الدولي تنظم مسألة الإذعان فإنه يكفي الأخذ بإمكانية التفاوض في العقود الإلكترونية كمعيار يحدد ما إذا كانت عقود إذعان أو مساومة، فالأمر يتوقف على مدى إمكانية التفاوض حول شروط العقد، فإذا كان العقد يجيز التفاوض ويسمح لمن وجه إليه الإيجاب بمراجعة شروطه وتعديلها كان العقد عقد مساومة، أما إذا انعدمت سمة التفاوض وكانت بنود العقد صارمة لا تقبل النقاش أو التعديل فهو عقد إذعان[3].

---

[1] صالح المنزلاوي، المرجع نفسه، ص26.

[2] خالد ممدوح إبراهم، المرجع السابق، ص 64.

[3] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص28؛ د/ فيصل محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 190 ؛ محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص56.

ويلاحظ بأن قوانين المعاملات الإلكترونية في البلاد العربية لم تتضمن نصوصا صريحة في هذا الشأن غير أنه يمكن القول أن تلك القوانين قد تركت للقضاء سلطته المخولة له بموجب الأحكام العامة الواردة في التقنينات المدنية.

وهذا في حين أورد المشرع المصري في المادة الخامسة من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية التي تقضي بإبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء مقدم الخدمة من المسؤولية.

ولم يتضمن مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري نصا بهذا الشأن بل ترك الأمر في نظرنا للأحكام العامة وهي على ما نرى كفيلة بفتح مجال واسع للقاضي لتقدير وجود الإذعان في العقد ومتى تأكد ذلك جاز له أن يعدل شروطه أ وأن يعفي الطرف المذعن منها.

**الفرع الرابع: العقد الإلكتروني عقد دولي**

بالنظر إلى أن العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد وينعدم فيه الاتصال المادي بين طرفيه، فإنه من المحتمل أن يخترق حدود الدولة الواحدة، ويوصف تبعا لذلك بأنه عقد دولي.

وبالرجوع إلى القواعد العامة، فإن العقد يكون دوليا طبقا لأحد معيارين، الأول هو المعيار القانوني ومؤداه أن العقد يكون دوليا إذا اشتمل على عنصر أجنبي، سواء أتعلق هذا العنصر به في مرحلة إبرامه أو تنفيذه، أو تخلله من حيث أطرافه أو موضوعه أو سببه، في حين يسمى المعيار الثاني بالمعيار الاقتصادي، ومؤداه أنه كلما تعلق العقد بمصالح التجارة الدولية كان العقد دوليا[1].

إن دولية العقد هي الشرط الضروري لإمكان اختيار الأطراف للقانون الذي يسري عليه، فلا يمكن الحديث عن القانون واجب التطبيق إلا بعد التأكد من الصفة الدولية للعقد الذي يثير دون سواه مشكلة تنازع القوانين، وتنازع الاختصاص القضائي الدولي بشأنه.

ومن المعلوم أن تكييف الرابطة العقدية وتحديد وصفها، من حيث كونها عقدا دوليا أم لا، هي مسألة قانون يخضع فيها القاضي لرقابة محكمة القانون[2].

[1] عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص151.

[2] محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، دون ذكر سنة الطبع، ص 11؛ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص44.

وبصدد تكييف العقد الإلكتروني، اختلف الفقه حول مفهوم الصفة الدولية فيه، ويرجع اختلافهم لصعوبة توطين العلاقات القانونية التي تنشأ عن العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية وخصوصا العقد المبرم عبر شبكة الانترنت[1]. وقد انقسم الفقه في هذا إلى اتجاهين:

**أولا:** فرق أصحاب الاتجاه الأول بين نوعين من العقود، فالعقود التي يكون أحد أطرافها مستخدما لشبكة الانترنت مثلا مقيما في دولة ويقيم مورد خدمات الاشتراك في الشبكة في دولة أخرى في حين أن المركز الرئيس لشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة في دولة ثالثة، فهذه العقود في نظرهم عقود دولية بلا نقاش لاحتوائها على المعيارين فاتصالها بأكثر من دولة جعلها تتعلق بالمعيار القانوني واتصالها بصالح التجارة الدولية جعلها تستوفي المعيار الاقتصادي[2].

أما النوع الثاني في نظر أصحاب هذا الاتجاه فهي العقود التي تتركز فيها جميع العناصر المكونة لها في دولة واحدة، فلا يمكن القول بأي حال من الأحوال بدولية هذه العقود التي تبقى خاضعة للقانون الداخلي[3].

**ثانيا:** يذهب أنصار الاتجاه الثاني إلى أن البعد الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أيا كان نوعها، ومهما كانت الوسيلة المستعملة في إبرامها تأسيسا على تقنيات الاتصال والشبكة الإلكترونية التي تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة، فأهمية تقنيات الاتصال الإلكترونية تكمن في أنها لا تعترف بالحدود السياسية بين الدول، وأنها بددت فرقة العالم ومن ثم يصعب توطينها أو توطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها[4].

والواقع أن التفرقة بين العقد الدولي والعقد الداخلي المبرم بوسائل وتقنيات الاتصال الحديثة أصبحت أمرا صعبا في كثير من الأحيان، فمن الممكن أن يستعمل شخص ما هاتفه النقال أو

---

[1] زياد خليف شداخ العنزي، تنازع القوانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، القاهرة،مصر، سنة 2008، ص208 ؛ مراد محمود يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص75.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص33 ؛ صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص35.

[3] عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة،ص152؛ فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص177.

[4] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص34؛ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص21.

GAUTRAIS V, le contrat électronique, Op.cit, p 122.

حاسوبه الشخصي وينتقل من دولة لأخرى وهو يتفاوض على العقود ويبرمها فكيف يمكن القول أن هذا العقد داخلي، كما أن هذا الشخص قد يكون على ظهر باخرة في المياه الدولية أوفي أعالي البحار.

يضاف إلى ذلك أن العناوين الإلكترونية في الشبكة العالمية لا تنتمي إلى دولة معينة، حيث يمكن لأي شخص دخول الشبكة، والانتفاع بخدماتها من أي مكان.

ويجزم بعض الفقه بأن دولية العقد أصبحت مسألة واقعية تؤكدها عقود التجارة الإلكترونية التي تسمح للمتعاقدين وتتيح لهم اختيار القانون واجب التطبيق على معاملاتهم[1].

وبهذا الشكل فإن العقد الإلكتروني يتطلب ضرورة تضافر الجهود على المستوى الدولي والإقليمي والوطني لوضع القواعد القانونية التي تنظم أحكامه بصورة تضمن عدم التعارض بين القواعد القانونية بين مختلف الأنظمة التشريعية والاجتماعية والاقتصادية[2] وقد كان هذا من بين أهداف، بل لنقل الهدف الرئيس، لوضع قانون الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية المسمى الأونسترال.

[1] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص39.

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق،ص77؛ د/ إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص44.

## المبحث الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة

من خلال استعراض تعريف العقد الإلكتروني والوقوف على خصائصه اتضح أن هذا العقد له من مظاهر الخصوصية التي تميزه عن غيره من العقود.

ولأجل استكمال تحديد ماهية العقد الإلكتروني، فإننا نرى أنه يتوجب علينا تمييزه عن بعض العقود المشابهة له من حيث طريقة انعقاده، كما أنه ينبغي تمييزه عن العقود التي يتشابه معها من حيث البيئة التي ينشأ فيها، ونقصد بها البيئة الإلكترونية.

ونخصص لكل طائفة من الطائفتين مطلبا مستقلا.

### المطلب الأول: التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود بالنظر لطريقة انعقاده

عرفت البشرية نظام التعاقد عن بعد عصرا بعد عصر باستخدام وسائل كانت تتطور بصفة مستمرة حتى وصلت إلى استخدام وسائل الاتصال والتقنيات الحديثة التي أنتجت ما يسمى بالعقد الإلكتروني.

ومن تلك الوسائل التي يتشابه إبرام العقد بواسطتها مع العقد الإلكتروني، الهاتف والتلفزيون، والفاكس، والتلكس، والمنيتل.

ومن أجل الوقوف على أوجه الشبه والاختلاف بين العقد الذي يتم بإحدى تلك الوسائل والعقد الإلكتروني فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين.

نكرس الفرع الأول للمقارنة بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس والمنيتل في حين نستعرض في الفرع الثاني المقارنة بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون.

#### الفرع الأول: التمييز بين العقد الإلكتروني ووسائل الاتصال الأخرى

من المعلوم أن الهاتف وسيلة لنقل المكالمات الشخصية من خلال الأسلاك التي تربط بين نقطتين المرسل، المستقبل يمر فيها تيار كهربائي وفق ذبذبات صوت المتكلم، واحتل الهاتف مكانة مرموقة في الاتصالات جعلته يستخدم في إبرام العقود[1].

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص20.

يقصد بالتعاقد عبر الهاتف تبادل الإيجاب والقبول عن طريق هذا الجهاز حيث يتم التعبير عن الإرادة بصفة شفوية، ويلاحظ أن الإيجاب في التعاقد عن طريق الهاتف هو إيجاب موجه لشخص معين بذاته وليس إيجابا موجها للجمهور[1].

ويرى بعض الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان[2] ففي هذه الصورة من التعاقد لا تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، فهو لذلك يعتبر تعاقدا بين حاضرين حكما، ولكن يظل أطراف العقد متباعدين من حيث المكان، ونتيجة لذلك فهو ينتمي إلى زمرة العقود عن بعد[3].

وقد واكب جهاز الهاتف تطورات سريعة، حيث أضيفت له ملحقات مثل المجيب الآلي الذي يسجل المكالمات تلقائيا عن طريق جهاز التسجيل، ويخبر المتصل بغياب صاحبه ليقوم بتسجيل المكالمات التي يتركها المتصل وفي هذه الصورة فإنه لا جدال في أن التعاقد فيها هو تعاقد بين غائبين[4].

وبظهور الهاتف المحمول وصل جهاز الهاتف إلى أرقى مراتب تطوره، حيث أصبح بالإمكان استعماله في التعاقد عن طريق الاتصال العادي، كما يمكن التعاقد بواسطته عن طريق الرسائل الإلكترونية[5].

ويرى البعض أن التعاقد بواسطة الرسائل القصيرة بجهاز الهاتف النقال هو تعاقد بين غائبين، في حين يرى آخرون أنه في هذه الحالة ينبغي التفرقة بين ما إذا كان الاتصال بال رسائل الإلكترونية مباشرا بحيث لا يوجد فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها والرد عليها برسالة أخرى فورية، أو اتصال شفوي، فإن العقد يعتبر حينها تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة الإلكترونية والعلم بها أو

---

[1] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، ص 198، 199.

[2] سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص133.

[3] BOUCHERBERG L, Internet et commerce électronique, 2ème édition, Delmas, Paris 2001, p42

[4] عباس العبودي، المرجع السابق،ص23.

[5] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع نفسه،ص39.

الرد عليه ا، فإن العقد يعتبر تعاقدا بين غائبين[1]. ويتضح من الطريقة التي يتم بها العقد عبر الهاتف وطبيعة مجلس العقد فيه، أن التعاقد عن طريق الهاتف يتشابه مع العقد الإلكتروني في وجود الصفة التفاعلية بين الموجب والموجه إليه الإيجاب بحيث يمكن الطرفين الحديث ومناقشة مسائل العقد.

كما يتشابه العقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام البريد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف الذي يتم عن طريق الرسائل القصيرة، بل يمكن القول بأن التعاقد عن طريق الهاتف المحمول يعد صورة من صور العقد الإلكتروني في هذه الحالة إذ ينطبق على التعاقد عن طريق الهاتف النقال تعريف العقد الإلكتروني كما ينطبق عليه وصفة وحكمه وخصائصه[2].

ويختلف العقد الإلكتروني عن التعاقد عن طريق الهاتف في أن الأول أكثر تطورا من الثاني، إذ يمكن لطرفي العقد الإلكتروني مشاهدة بعضهما، والتفاوض بشأن تفاصيل العقد كما في استخدام الشبكة الدولية كأحدث صورة من صور التعاقد الإلكتروني.

أما جهاز الفاكس فيتم استخدامه أيضا في إبرام العقود، حيث يعرف جهاز الفاكس بأنه جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات بكامل محتوياتها كأصلها تماما[3].

ويتم تشغيل جهاز الفاكس في إطار إعداد وتجهيز خط هاتفي، حيث يتم وضع الرسائل المراد إرسالها في المكان المخصص لذلك بالجهاز، وتتم عملية إرسال الوثائق عن طريق تسليط خلية ضوئية على الوثائق ثم تقوم الخلية بإصدار إشارة كهربائية يتم نقلها إلى المرسل إليه حيث تتحول إلى كتابة في جهاز الفاكس الخاص بالمرسل إليه[4].

ولا شك أن التعاقد عن طريق الفاكس ما هو إلا طريقة متطورة من طرق التعاقد بالمراسلة الذي يعد تعاقدا بين غائبين.

---

[1] سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص؛135 عباس العبودي، المرجع السابق، ص146.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص68 .

[3] سهيل إدريس المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الأدب، بيروت، لبنان، الطبعة الثلاثون، 2002، ص512.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق،ص45؛ سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص37.

وقد أشار قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية إلى الفاكس باعتباره أحد الوسائل التي يتم استخدامها في التعاقد في المادة الثانية فقرة أ منه[1].

كما أن القوانين العربية الخاصة بالمعاملات الإلكترونية وإن لم تذكر جهاز الفاكس باسمه، فقد اعترفت به كوسيلة لإبرام العقد الإلكتروني، إذ عرفت المادة الثانية من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية لفظ إلكتروني بأنه ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو ما شابه ذلك، وهو نفس ما ذكره المشرع في قانون مملكة البحرين في المادة الأولى منه والأردني في مادته الثانية.

وعليه، يمكن القول أن استخدام جهاز الفاكس في إبرام العقود الإلكترونية ينتج عنه أن التعاقد عن طريق الفاكس هو عقد عن بعد، ويتميز العق د المبرم عن طريق الفاكس عن التعاقد بغيره من الطرق الإلكترونية بالتواجد المادي للوثيقة الورقية، ولذلك فإن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها عن طريق جهاز الحاسوب، بل كل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها على الورق، في حين أن التعاقد الإلكتروني عن طريق الشبكة الدولية مثلا يتميز بطابعه غير المادي، حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية بل تكون على دعامة إلكترونية[2].

ويمتاز التعاقد عن طريق الفاكس بسهولة التحقق من شخصية المتعاقد مع ه، والتأكد من هويته وأهليته بخلاف التعاقد عبر جهاز الحاسوب الإلكتروني الذي يصعب من الناحية التقنية التعرف عليه والتأكد من سلامة إرادته واكتمال أهليته[3].

---

[1] جاء في المادة الثانية فقرة أ من قانون الأونسترال ما يلي: "لأغراض هذا التقنين": يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي..."

[2] فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية،دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2003، ص:44، أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 77.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص70.

ومن أجهزة الاتصال الحديثة المستعملة في إبرام العقود أيضا الجهاز المعروف بالتلكس الذي يعني التبادل البرقي، ويعرف جهاز التلكس بأنه جهاز طباعة إلكتروني مبرق يطبع البيانات الصادرة من المرسل بلون معين والبيانات الصادرة من المرسل إليه بلون مغاير فيستطيع الشخص بذلك الاتصال مباشرة مع أي مشترك آخر يمتلك الجهاز نفسه وإرسال تعبيره عن الإرادة.

ويوفر التعاقد عن طريق التلكس العديد من المزايا منها السرعة، إذ يستطيع الشخص الذي يروم إبرام العقد تأمين وصول إيجابه إلى الشخص الآخر خلال ثوان معدودة، كما يوفر الجهاز السرية أيضا فالرسالة المرسلة بالتلكس رسالة مكتوبة لا يعرف ما فيها من معلومات إلا المرسل الذي أرسلها، كما يتميز التلكس بالإتقان والوضوح، غير أنه من عيوب هذا الجهاز أنه لا يستطيع نقل الرسوم التوضيحية والهوامش والتوقيعات[1].

ويجمع الفقه على أن التعاقد عن طريق التلكس هو تعاقد بين غائبين تسري عليه من حيث لحظة إبرام العقد القواعد العامة المعروفة في التقنين المدني[2].

وقد أشار قانون الأونسترال النموذجي إلى التعاقد عن طريق التلكس بوصفه إحدى صور العقد الإلكتروني في المادة الثانية فقرة "أ" منه [3].

ورغم النص السابق، فإن الصور المتطورة للعقد الإلكتروني كالشبكة الدولية للانترنت مثلا، تجعل من العقد الإلكتروني عقدا بين حاضرين في الزمان غائبين في المكان، فهي تتيح لأطراف العقد التفاعل الحواري بينهم وتسمح لكل منهم مشاهدة الآخر، كما يختلف العقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت عن التعاقد الإلكتروني بالتلكس في الدعائم الورقية، وهذا ما يحول وسيلة الإثبات في العقد الإلكتروني عبر الانترنت إلى وسيلة إلكترونية، في حين تظل وسيلة الإثبات في العقد المبرم عن طريق التلكس ورقية. ولم يحظ التلكس بثقة القضاء اللبناني، حيث قضت محكمة التمييز المدنية في قرار لها الذي يحمل رقم 16 الصادر بتاريخ 24 جوان 1997 بما يلي: "**إن التلكس لا يصح اعتباره سندا ذا توضيح خاص ولا يشكل في أي حال إقرار قضائيا وإن أبرزت**

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 27، 28.

[2] سامح التهامي، المرجع السابق، ص11.

[3] النص مشار إليه سابقا ص56 الهامش 1.

**صورته في المحاكمة طالما أنه لم يحصل في مجلس القاضي الناظر في النزاع المتعلق بموضوعه، فالتلكس كأداة للمراسلة يفتقر إلى توقع المرسل"**[1].

وفي سنة 1985 ظهر في فرنسا جهاز يسمى المنيتل وقد لاقى انتشارا واسعا، ففي البداية كان يستعمل كبديل للدليل الهاتفي ثم أصبح يستعمل في حجز تذكر السفر وفي إبرام العقود.

والمنيتل هو جهاز يشبه الحاسوب ولكنه صغير الحجم نسبيا ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح وأرقام مثل تلك الخاصة بالحاسوب وهو وسيلة مرئية تنقل الكتابة على الشاشة دون الصوت والصورة، ويكفي لاستعماله أن يوصل بخط هاتفي[2].

ورغم شيوع استخدامه لم ينل المنيتل ثقة القضاء الفرنسي، فهولا يكفي في نظره للتعبير عن الإرادة على نحو جازم، بالإضافة إلى أنه لا يقدم الضمانات الكافية للمتعاقدين من حيث التأكد من صفة الطرف الآخر وأهليته وصدق معلوماته[3].

ومن الناحية العملية يتيح المنتيل لكل شخص مشترك في الخدمة أن يوجه من خلاله طلباته بالبيع أو الشراء، وهو لذلك جهاز لإرسال رسائل إلكترونية لعناوين معنية، من خلال شبكة توصل بها كل أجهزة المنيتل في فرنسا، ويتم التعاقد من خلال تبادل الإيجاب والقبول عن طريق كتابة الرسائل وإرسالها عبر هذه الشبكة[4].

والتعاقد عبر المنيتل هو تعاقد بين غائبين لوجود فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به، وهو أيضا تعاقد عن بعد، وهو في هذه الجزئية الأخيرة، يتشابه مع العقد الإلكتروني في صورة التعبير عن الإرادة باستخدام البريد الإلكتروني ولكنه أقل تطورا منه، فالبريد الإلكتروني يسمح بنقل الصورة والملفات الصوتية والفيديو[5] في حين يختلف عن العقد الإلكتروني في غياب الصفة التفاعلية التي تسمح بالتعاصر بين الإيجاب والقبول.

---

[1] سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص42، هامش رقم 04.

[2] سمير عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص:43.

[3] محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 1993، ص 31.

[4] MOREAU N, La formation du contrat électronique, mémoire p.c, p 42

[5] سامح التهامي، المرجع السابق، ص 47 .

وإذا كان الهاتف والفاكس والتلكس قد صمدوا أمام التطور المذهل لتقنيات الاتصال الحديثة، إذ لا يزال بالإمكان إبرام العقود بواسطة تلك الأجهزة، فإن جهاز المنيتيل لم يكتب له الانتشار خارج فرنسا وقد انحصر استعماله وتراجع بسبب تطور وسائل الاتصال وتحول الفرنسيين عنه إلى شبكة الانترنت.

على أنه يمكن القول أن كلا من جهاز الهاتف والفاكس والتلكس على اختلاف في صور التعبير عن الإرادة من خلالها فإنها تعد صورا من صور التعاقد الإلكتروني، بدليل المادة الثانية فقرة " أ " من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، ومضمون نصوص قوانين المعاملات الإلكترونية في البلاد العربية.

**الفرع الثاني: التمييز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون**

عرف بعض الفقه التعاقد الذي يتم عن طريق التلفزيون بأنه عبارة عن طلب سلعة أو منتوج بواسطة الهاتف بعد عرضها بواسطة التلفزيون[1].

وهذا يعني أن التعاقد لا يتم كله عن طريق التلفزيون الذي يقتصر دوره على عرض السلع والخدمات مع تحديد الأوصاف والأسعار ثم يقوم المشاهد بالاتصال هاتفيا بالبرنامج ليبدي قبوله بشراء السلعة أو الاشتراك في الخدمة، وبالتالي فالقبول لا يتم من خلال التلفزيون بل يكون من خلال الهاتف[2].

ولذلك رأى البعض أنه من الخطأ إطلاق اصطلاح التعاقد عن طريق التلفزيون على هذه الطريقة في التعاقد، لأن دوره يقتصر على عرض السلعة أو الخدمة على الجمهور والإعلان عنها وإذا ما رغب أحد المشاهدين في التعاقد بشأن منتج أو خدمة عرضت عليه، فإنه يقوم بالاتصال بمقدم الخدمة أو المنتج عن طريق الهاتف[3].

في حين رأى آخرون أنه لما كان الإيجاب الموجه عن طريق التلفزيون إيجابا كاملا يتضمن كافة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، فإنه يمكن وصف العملية بأنها تعاقد عن طريق

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع نفسه، ص10.

[2] محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 54.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص135.

التلفزيون[1] فإذا تضمن عرض السلعة أ والخدمة بواسطة التلفزيون المبيع والثمن فإنه يعتبر إيجابا شأنه في ذلك شأن عرض البضائع على واجهات المحال التجارية مع بيان أثمانها وفي الحالتين يتحقق لمن وجه إليه الإيجاب رؤية السلعة والبضاعة بالصوت والصورة[2].

أما إذا عرض برنامج ما سلعة معينة وحدد أوصافها تحديدا تاما لكنه ترك السعر ليكون موضوعا للمناقشة أو المساومة، وأرفق عرضه بتحديد لأرقام الهاتف ليقوم المشاهد بالاتصال، فإن ذلك لا يعتبر إيجابا وإنما دعوة للتعاقد ويكون اتصال المتلقي هاتفيا إيجابا ينعقد به العقد إذا لحقه قبول مطابق[3]. ولما كان العقد عن طريق التلفزيون ينعقد باتصال القابل عن طريق الهاتف بالموجب، وبالنظر إلى أن الموجب والقابل لا يلتقيان بصفة مادية، فإن مسألة تحديد مكان وزمان انعقاد العقد توضع في نفس الحدود التي يتم عن طريقها معالجة التعاقد بين غائبين بالمراسلة وفي التعاقد عن طريق الهاتف إذ تكفي القواعد العامة في تحديد لحظة إبرام العقد ومكانه[4].

وعند تنظيمه للبيع عن طري ق التلفزيون بالقانون رقم 21-88 الصادر في 6جانفي 1988 اعتبر المشرع الفرنسي هذا العقد من العقود التي تبرم عن بعد.

وبالنظر إلى المعطيات السابقة، فإنه يتضح أن هناك تماثلا بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون، يصل إلى حد اعتبار الأخير صورة من صور الأول، كما أن بينهما اختلافا في أكثر من وجه.

فإذا كان التعاقد عن طريق التلفزيون والعقد الإلكتروني يتشابهان في أن العرض الموجه للمشاهدينه ونفسه إذ يتم بالصوت والصورة، فإن الإعلام في التلفزيون له طابع وقتي، إذ غالبا ما تحدد برامج عرض السلع والخدمات لوقت محدد حتى في القنوات المخصصة للإعلان عن المنتجات، فإنها تقسم وقت البث على فترات كل منها لمنتج معين، ودائما يكون الحصول على التفاصيل أو الإعلان عن القبول عن طريق الهاتف[5].

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 41 هامش رقم 03.

[2] أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص192.

[3] المرجع نفسه، الموضع نفسه.

[4] محمود السيد عبد المعطي خيال، المرجع السابق، ص80.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص69 ؛آمانج رحيم أحمد،المرجع السابق، ص78.

في حين يظل العرض قائما طول أوقات النهار والليل في العقد الإلكتروني باستخدام الشبكة مثلا، كما يختلفان في ازدواج وسيلة التعاقد، إذ يتم إبلاغ القبول عن طريق الهاتف، في حين يتم التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني عن طريق رسالة البيانات التي يتم نقلها عبر الوسيط الإلكتروني المستعمل هو ذاته في التعبير عن الإيجاب[1]. هذا بالإضافة إلى أن البث التلفزيوني يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون فلا وجود لإمكانية التجاوب أو أية مبادرة من الطرف الثاني في العقد، وهذا عكس ما هو عليه الأمر في العقد الإلكتروني الذي يتيح الصفة التفاعلية الحوارية بين طرفي العقد[2]. هذه الصفة التفاعلية تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما حكميا أو أداء بعض الخدمات فورا[3]. ويمكن القول أن وجه الشبه الوحيد بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يكمن في طريقة عرض السلع أو الخدمات في حال استخدام الشبكة الدولية في العقد الإلكتروني مع طريقة عرضها عن طريق التلفزيون، كما يكمن التماثل في أن كلا العقدين ينتميان إلى زمرة العقود عن بعد وأن كليهما عقد استهلاكي غالبا. في حين يسري على العقد الإلكتروني نظرا لخصوصيته قواعده المعاملات الإلكترونية التي تتضمن توفير بيئة ملائمة له، خلافا للتعاقد عن طريق التلفزيون الذي تظل القواعد العامة كفيلة ببيان أحكامه. ونخلص مما تقدم أن العقد الإلكتروني هو نوع جديد من العقود،فهو وليد التقدم التكنولوجي ونتيجة لتطور وسائل التقنية والاتصال الحديثة، وهو عقد له خصوصية وذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

**المطلب الثاني: التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود بالنظر إلى مضمونه**

تنقسم العقود الإلكترونية بالنظر إلى طبيعة محلها إلى نوعين، عقود تبرم عبر شبكة الانترنت وتنفذ خارجها عندما تتعلق بأشياء مادية تقتضي طبيعتها تسليمها في بيئة مادية كالسلع

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 42.

[2] أسامة أبوالحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 50.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص69.

مثلا، وهناك عقود تبرم وتنفذ عبر شبكة الانترنت دون حاجة إلى العالم المادي خارج الشبكة[1].كالعقود التي يكون موضوعها خدمة من الخدمات أو شيئا غير مادي.

غير أن هناك طائفة من العقود تبرم بسبب التجارة الإلكترونية وتعد لازمة لتحقيقها دون أن تكون التجارة الإلكترونية موضوعا لها، وفي هذا تختلف وتتميز عن العقد الإلكتروني وهي تسمى عقود الخدمات الإلكترونية[2].

ولتمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود التي تشابهه والتي تختلف عنه في البيئة الإلكترونية، فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منها عقود الخدمات الإلكترونية وفيه نتعرض للعقود التي تبرم في البيئة الإلكترونية دون أن تتعلق بالمعاملات الإلكترونية، في حين نخصص الفرع الثاني لعقود التجارة على الخط والتي تبرم وتنفذ عبر شبكة الاتصالات.

**الفرع الأول: عقود الخدمات الإلكترونية**

يقصد بعقود الخدمات الإلكترونية تلك العقود الخاصة بتجهيز خدمات الانترنت وتقديمها وكيفية الاستفادة منها، فهي العقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات الانترنت والمستفيدين منها[3]. ونظرا للتنوع الشديد والتطور المتسارع لهذه العقود فإنها لا تدخل تحت حصر غير أن أهمها عقد الدخول إلى الشبكة، وعقد الإيجار المعلوماتي، وعقد إنشاء المتجر الافتراضي، ونعرض فيما يلي لكل عقد من تلك العقود:

**أولا: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت**

نظرا لأن مباشرة المعاملات الإلكترونية تتطلب الدخول إلى شبكة الاتصال في الفضاء الإلكتروني عن طريق أحد موردي الدخول إليها، فإنه يتوجب على من يريد الدخول إلى الشبكة إبرام عقد لهذا الغرض.

وقد عرف بعض الفقه هذا العقد بأنه العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول إلى الانترنت من الناحية الفنية، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك وأهمها

[1] فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص09 .

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص 26.

[3] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 76.

برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل، وذلك مقابل التزام العميل بسداد رسوم الاشتراك المقررة.

وعقد الدخول إلى الشبكة هو عقد ملزم للجانبين، إذ يقع على مقدم الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول، وهو التزام بتحقيق نتيجة، في حين يلتزم مستخدم الانترنت بسداد قيمة الاشتراك مقابل الدخول والإبحار في الشبكة[1].

ويعتبر عقد الدخول إلى الشبكة من أهم العقود الإلكترونية المألوفة وأكثرها شيوعا على الانترنت بالنظر إلى أن هذه الشبكة أصبحت لها أهميتها المتزايدة بين الأفراد والشركات.

ويلاحظ أن هذا العقد يتخذ صورة عقد الإذعان، حيث أن العميل لا يتاح له إلا أن يقبل شروط العقد ويلتزم بكافة أجزائه وأحكامه، وإما أن يرفضه[2].

كما يلاحظ على هذا النوع من العقود أن لها قاسما مشتركا يتمثل في أنه رغم اتساع نطاقها لتشمل كافة أرجاء الكرة الأرضية، وبغض النظر عن اختلاف موضوع التعاقدات، فإنه يوجد تماثل بينها، سواء تمت في الجزائر أو في مصر أو لبنان أو واشنطن أو باريس فإنها تتم بصورة واحدة، والسبب في ذلك أن التقنية واحدة والمشاكل متشابهة يقتضي لحلها حلولا متشابهة[3].

يضاف إلى ذلك أن مسؤولية مقدم الخدمة هي مسؤولية تعاقدية، تقوم في حالة عدم تنفيذ التزامه بتمكين ا لعميل من الدخول إلى الشبكة، غير أنه لا يعد مسؤولا عن محتوى المعلومة وذلك أنه لا يملك الوسائل الفنية التي تمكنه من رقابة صحة تلك المعلومات أو مشروعيتها وقد يضع مقدم الخدمة شروطا تعفيه من المسؤولية أو تحد منها[4].

وقد وضع المجلس الوطني للاستهلاك في فرنسا بعض التوصيات المتعلقة بإبرام هذا العقد، وبين أنه يجب لكل طلب دخول للشبكة أن يصاحبه شرح للتعريف بالعقد والالتزامات الخاصة به،

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 73.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص162 .

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص34؛ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص49.

[4] فيصل محمد كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 97؛ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص27.

وأنه يتعين على المورد أن يعلم العميل بمدى كفاءة الخطوط المستعملة وبعدد المشتركين، وأن يعلم بالبرامج المقدمة ومدى حداثتها وأن يقدم له دون أية مصاريف إضافية عدادا للوقت في الحالة التي تتم محاسبته بالمدة[1].

ويمكن القول أن الدخول إلى الشبكة أو عقد الاشتراك فيما يسميه البعض، هو عقد إلكتروني محله استغلال شبكة الانترنت، في حين أن العقد الإلكتروني موضوع دراستنا هو العقد الذي يبرم في بعض صوره بواسطة شبكة الانترنت، ما يعني أن هذه الأخيرة تعد وسيلة للتعاقد أو للتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

**ثانيا: العقود الإلكترونية الذكية**

لقد أثر التطور الرقمي والتكنولوجي على العقد الإلكتروني حيث بفعل الذكاء الاصطناعي إذ ظهرت معاملات إلكترونية ذكية –البلوكتشين– إذ يجمع بطريقة أصلية بتقنيتين، الأول تتكون من سجل لا مركزي يحتوي على تاريخ جميع عمليات التبادل بين مستخدميها منذ إنشائها، والثاني هو تأمين كتل البيانات عن طريق التشفير المتتالي الذي يجعل من المستحيل التلاعب بأحد هذه الكتل، وكلها"مدمجة"،مع تواريخها، في سلسلة من الكتل الباقية. ويعتبر معهد البلوكتشين الفرنسي بأنه: تقنية لتخزين ونقل المعلومات، شفافة، آمنة، وتعمل بدون هيئة تحكم مركزية". للوهلة الأولى لا يبدو أن هذا التعريف يقدم الكثير من الجديد لما وموجود بالفعل من حيث تخزين المعلومات ونقلها لكن الجديد يكمن في القدرة على نقل المعلومات والأصول دون "هيئة رقابة مركزية" وبهذا يعد متفوقا على الأنظمة الأخرى بإعتباره أحد التكنولوجيات المتطورة بواسطة خاصية الاستغناء عن الوساطة في التعامل وفكرة الغير المؤتمن[2].

بينما في النظام التقليدي يوجد وسطاء تقليديين مثل الدولة والموثق والبنوك والمحاميين وغيرهم في معاملاتنا اليومية، ومع ذلك فهم ليسو جميعا متفقين على الآليات والإجراؤات الواجب إتباعها،خاصة من حيث التكاليف[3].

---

[1] فريد عبد المعز فرج، البحث السابق، ص498،

[2] داود منصور و عبد القادر زرقين،مرجع سابق،ص04,

[3] إلياس ناصيف، المرجع السابق، 52 .

إن ما يجب فهمه حول هذه التقنية هو كيفية تأمين المعلومات أو المعاملات دون وجود هيئة مركزية في سلسلة الكتل، يتم إدخال المعاملة إلى النظام و بدلا من التحقق من صحتا من قبل هيئة مركزية يجب التحقق من صحتها من خلال "عقد شبكة" بخصوص الإدخالات السابقة الموجودة في سلسلة الكتل. وبمجرد إكتمال هذه الخطوة يتم نسخ المعاملات الصالحة على كل جهاز كمبيوتر على الشبكة ليتم تسجيلها في كتل تشكل سلسلة الكتل في إطار ما يسمى بناء الكتل "التعدين" فتحتوي كل كتلة على تاريخ إنشائها و البيانات المراد تخزينها و موضع الكتلة في السلسلة ورمز الهاشاج" البصمة الرقمية" التي تتم إنشائه من البيانات الموجودة في الكتلة بالإضافة الى هاش الكتلة السابقة، الجزء الأكثر أعمية في الكتلة هو الهاشاج "البصمة الرقمية" لأنه يضمن سلامة الكتلة وهو ما يضمن أن الكتل بالترتيب الصحيح. يتم حسال الهاشاج من هاش الكتلة السابقة، و تبقى كل عقدة محتفظة بنسخة من السلسة [1].

لا يؤثر إضافة أو سحب أو تعدين الكتلة إلى إبطالا فحسب بل يؤدي أيضا إلى إبطال جميع الكتل في السلسلة بأكملها مما يؤدي إلى تحسين أمان وسلامة المعلومات الموجودة في الكتل، ويتم وضع طابع زمني لكل معاملة أي يتم تسجيل وقت كل معاملة تجرى على البلوكتشين.

يوجد عدة أنواع من البلوكتشين حيث تختلف في درجة اللامركزية والوصول وسرية المعاملات والبيانات وهوية المشاركين وآلية الإجماع والسرعة ومستوى الخصوصية، وإستهلاك الطاقة والرسوم وقابيلة التوسع وعليه هناك:

– **سلسلة الكتل العامة:** في الواقع يمكن الة صول إلى سلسلة الكتل العامة للجميع، ولا يتطلب الوصول إليها سوى إتصال بالأنترنت بالإضافة إلى تنزيل بروتوكول الكمبيوتر يحدد قواعد تشغيل الشبكة المعنية ولاسيما، آلية الجماع و التعدين والأجور في العملة المشفرة.تعد شبكة البتكوين رمزا جيدا على البلوكتشين العامة بمعنى أنه يمكن لأي مستخدم عرض الشبكة والمشاركة فيها دون شروط قيول محددة[2].

[1] عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 194؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص60 .

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص81 .

– **سلسلة الكتل الخاصة:** لا تعمل البلوكتشين بنفس دليل إثبات العمل ونظام التعدين، ولكن مع وكلاء محددين بوضوح ومعتمدين ومختارين مسبقا للوصول الى الشبكة على عكس البلوكتشين العام يمكن إتخاذ قرار التحقق من صحة البيانات من خلال عدد صغير من العقد .تستعمل بعض الشركات الخاصة والمؤسسات المصرفية سلسلة الكتل الخاصة لمشاركة قواعد البيانات داخليا من أجل تحسين سرعة التنفيذ وتقليل تكلفة معاملاتها ويتميز هذت النوع بأنه أكثر إنسجاما مع وسائل المسؤولية الانونية والحوكمة نظرا لكونها تتم بطريقة "مركزية و داخلية منظمة غالبا ما تستخدم شركات البلوكتشين الخاص لتحسين عملية موجودة بالفعل و تهتم البنوك بشكل خاص بهذه التكنولوجيا من أجل تقليل تكاليف التشغيل المتعلقة بالتجارة الدولية أو لإنشاء خدمات جديدة بالإضافة إلى القطاع المالي وشركات المواد الغذائية[1].

– **سلسلة كتل الإتحاد:** يعد هذا النوع مختلطا معروف بإسم "كونسورتيوم"، لا توجد مركزية فيما تيعلق بعملية الإجماع كما في حالة البلوكتشين الخاصة و لا يمكن لأي عقدة بالمشاركة في التحقق من صحة المعاملات كما والحال في البلوكتشين العامة، في الواقع تشكل البلوكتشين الهجينة خيارا متوسطا. بالرغم من أن البلوكتشين العام هو البديل الأول والأكثر شهرة، فان الأساليب الهجينة والخاصة لها مزايا خاصة بها تجذب إنتباه الشركات والمؤسسات المالية على وجه الخصوص مثل، "الحوكمة المبسطة والأطراف المعروفين والتكاليف المنخفضة والسرعة والسرية"[2].

بعد توضيح ماهية البلوكتشين وخصائصها نصل إلى تعريف العقد الذكي الذي لم يرد تعريف قانوني عليه لكن توجد هناك تعريفات تتشابه وتختلف فيما بينها في نقاط، بينما عرفه مؤسس Ethirium بأنه آلية تتضمن أصولا رقمية وطرفين أو أكثر، حيث يقوم بعض أو كل الأطراف بوضع الأصول ويتم إعادة توزيعها تلقائيا بين هاته الأطراف، وفقا لصيغة تستند إلى بيانات معينة غير معروفة، وقت إبرام العقد، من الواضح أن هذا التعريف معقد نوعا ما لأنه لا يحدد المعالم الأساسية للعقد الذكي و على هذا هناك تعريف آخر إرتكز على فكرة العقل المكمل،

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص81 .

[2] المرجع نفسه، ص87 .

أو المساعد، فقد عرف ديفيليبي De Fillippi العقود الذكية على أنها برمجيات منفذة بطريقة لا مركزية على البلوكتشين، يتم تشغيل وظائفها من خلال إستفاء شروط محددة مسبقا، ويضاف في جميع هذه الحالات، لا تحل العقود الذكية محل العقود بل تعززها[1].

على المنوال إن قبول العقد– سواء كان صريحا أو ضمنيا– هو شرط قانوني مسبق ضروري لتنفيذه ومن الضروري توفير عملية لا يمكن من خلالها التشكيك في الموافقة العقد الذكي يعمل مع ذلك تلقائيا[2]، والعقوبة في حالة عدم الموافقة سيكون كلاسيكيا وسيتضمن تعويضا عن الضرر الذي لحق، ولهذا تعد العقود الذكية هي المكمل المثالي للعقد وتدعمه بمعنى أنها مانحة له قوة رقمية ومجتمعية، هذا التعريف والتحليل مبسط إلى حد ما وموجز، ومع ذلك يؤكد على الطابع المترجم للعقود الذكية وليس تنفيذها التعاقدي الكامل المحتمل[3].

ويبدو أن العقود الذكية في معظم الحالات شبيهة فقط لمصلح "عقد"لأنها على الرغم من أنها تؤدي إلى آثار قانونية فهي ليست عقود بالمعنى القانوني للمصطلح بالنسبة للكثيرين ولكن فقط فيما يتعلق بالتنفيذ الآلي لجميع أو جزء من بنود العقد[4].

– **البرامج المنفذة:** في العقود الذكية يعتبر الرمز بمثابة قانون فرمز الكمبيوتر هو من الشروط التعاقدية وبالتالي تتجلى الرموز الشروط التعاقدية في رمز الكمبيوتر وهو ما لا يخطر بشكل عام على أساس مبدأ"حرية التعاقد"فلذلك من الممكن القول من أن كل عقد ذكي بطبيعته القانونية هو أيضا برنامج كمبيوتر بمعنى قانون الملكية الفكرية[5].

وعليه العقد الذكي له طبيعة مزدوجة في القانون إذ يعد بمثابة "وثيقة" تحكم العلاقات التعاقدية بين الأطراف وهو أيضا موضوع حقوق الملكية الفكرية ويمثل الهدف القيم للنشاط الفكري[6].

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص86 .

[2] المرجع نفسه، ص81 .

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص80.

[4] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص13؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص77.

[5] محمد أمين الرومي، المرجع السابق ص 72؛ مراد محمود يوسف مطلق، المرجع السابق، ص91.

[6] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، المرجع السابق، ص21.

**الفرع الثاني: عقود المعلوماتية**

ذكرنا أنه يمكن تقسيم عقود التجارة الإلكترونية إلى قسمين بالنظر إلى مدى ارتباط تنفيذها بالوسائل الإلكترونية، فهناك عقود تبرم بالوسائل الإلكترونية لكن طبيعة محلها تقتضي تنفيذها في العالم المادي، غير أن الطائفة الهامة من العقود الإلكترونية هي تلك التي تبرم وتنفذ بالوسائل الإلكترونية وهي ما يطل ق عليه في لغة التجارة الإلكترونية عقود المعلوماتية[1].

ووفقا لنص المادة الثانية من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، فإنه يقصد بالمعلومات الإلكترونية كل المعلومات ذات الخصائص الإلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم حاسب آلي أو صور غيرها من قواعد البيانات وبرامج.

والعقود التي ترد على الأموال ذات الطبيعة المعلوماتية متعددة وكثيرة يصعب حصرها وذلك سنقف عند أهمها:

**أولا: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات**

يقصد ببنك المعلومات الإلكترونية مجموعة المعلومات التي تتم معالجتها إلكترونيا من أجل بثها عبر شبكة الانترنت بحيث يمكن للمشترك الوصول إليها من خلال ربط جهاز الحاسوب الخاص به بشبكة الانترنت[2].

فالوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات وفقا لهذا التعريف، تتمثل في تقديم المعلومات إلكترونيا إلى المشتركين، والهدف من إنشاء بنك المعلومات الإلكتروني هو إتاحة الاستفادة من المعلومات لكل من يدخل إلى الشبكة.

ومن الطبيعي أنه يجب أن تتوافر عدة شروط في تلك المعلومات، منها أن تكون حديثة ومحينة أي أن يضيف المورد إليها كل جديد يتعلق بالمجال المطلوب.

---

[1] تعتبر المعلومة شيئا غير مادي يصلح لأن يكون محلا للحقوق المالية وخصوصا حق الملكية، فالمعلومة قد تكون منتجا أوسلعة مستقلة، ومن المعروف أنها تستقل عن الشكل المادي الذي تتمثل فيه سواء أكان كتابة أوصوتاأوصورة،راجع تفصيلا لذلك: د/ نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية الدولية، ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبيعة 2001، ص46.

[2] فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص150 .

وعليه، فإنه يمكن القول أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات هو ذلك العقد الذي يضع بموجبه المورد تحت تصرف المستخدم إمكانية النفاذ إلى قاعدة المعلومات بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع حاجاته[1].

وبذلك يرتب هذا العقد التزامات متبادلة تقع على عاتق طرفيه، فالمورد يلتزم بأن يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الاتصال بقاعدة المعلومات كما يلتزم بالحفاظ على سرية مطالب العميل، في حين يلتزم هذا الأخير بحسن استخدام المعلومات والمحافظة عليها وأن يدفع المقابل النقدي المتفق عليه[2].

وفي تك ييفه لهذا العقد اختلف الفقه، فمنهم من رأى أنه بمثابة تنازل عن حق استعمال المعلومات نظرا لأن المستفيد منها لا يحصل إلا على مجرد منفعة ولا ينتقل إليه أي حق من الحقوق المالية، وذهب آخرون إلى أنه عقد بيع يرد على المعلومات لأن قاعدة المعلومات تكون معدة سلفا قبل إبرام عقد الاشتراك بحيث يمكن استخدامها من كافة الأشخاص ولم يتم اختيارها خصيصا لتلبية طلب العميل[3].

ويرد على هذا بأن ملكية المعلومات تظل للمنتج ولا تنتقل إلى المشترك، فكيف يمكن وصف العقد بأنه عقد بيع وسمة هذا الأخير تنحصر في نقل الملكية، فلا يتاح للمشترك سوى استعمال المعلومات والاستفادة منها.

وكيف آخرون هذا العقد بأنه من قبيل عقد الوكالة، في حين رأى جانب آخر أنه عقد مركب لأنه يحتوي على علاقات قانونية متشابكة[4].

والرأي الغالب أن عقد الاشتراك في بنوك المعلومات هو عقد مقاولة، لأن مضمونه يتمثل في إنجاز عمل محدد من أجل إشباع رغبة طالب المعلومة، فهولا يعدو أن يكون تقديم خدمة هي

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص80.

[2] مراد محمود يوسف المطلق، الرسالة السابقة، ص 91، 92.

[3] فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص31.

[4] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص81.

إتاحة الولوج إلى قاعدة المعلومات، وعقود الخدمات هي عقود مقاولة، وليس ما يمنع عقد المقاولة من أن يكون موضوعه شيئا غير مادي ما دام يمكن تقويمه بالمال[1].

ويتشابه العقد الإلكتروني مع عقد الاشتراك في بنوك المعلومات في أن الأخير قد يبرم بوسيلة إلكترونية، فمن يريد دخول مكتبة افتراضية على الشبكة، خاصة بالمراجع القانونية مثلا فما عليه إلا الاستعلام عن المبلغ المطلوب دفعه ثم يتاح له الدخول إلى المكتبة والاطلاع، كما يستطيع تحميل المراجع التي يريد بعد دفع ثمن التحميل إن كان مسموحا به.

وبذلك تكتمل صورة العقد الإلكتروني، إذ يكون قد أبرم ونفذ بوسيلة إلكترونية وتتعدد الأمثلة والنماذج بتعدد الروابط العقدية.

**ثانيا: عقد الإعلان الإلكتروني**

بعد أن أصبحت وسائل الاتصال الحديثة وخصوصا الانترنت مجال خصبا للتجارة الإلكترونية، فإنه كان لابد أن تستعمل شبكة الاتصال في الإعلان عن السلع والخدمات عن طريق عقد الإعلان الإلكتروني.

ويعتبر عقد الإعلان الإلكتروني من طائفة العقود التي تبرم وتنفذ عبر الانترنت، وهو عقد رضائي تسري عليه القواعد العامة في التعبير عن الإرادة وتطابق الإرادتين، كما أنه عقد غير مسمى في التشريع الجزائري.

وعقد الإعلان هو ذلك العقد الذي يبرم بين وكالة الإعلان والمعلن بغرض الترويج لبضاعة معينة أو خدمة محددة عبر قنوات الإرسال أو شبكة الانترنت، حيث تتيح المواقع عرض تلك البضائع أو الخدمات ليصبح بإمكان كل مستخدم لهذه الشبكة الاطلاع عليها[2].

وقد يكون الإعلان مقروءا أو مسموعا أو مرئيا، بينما يعتبر الإعلان عبر الانترنت من أهم وسائل الإعلان المرئية المسموعة ويطلق عليه اسم الإعلان الإلكتروني[3].

---

[1] فاروق الأباصيري، المرجع نفسه، ص22 .

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص42.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص91.

ويختلف المركز القانوني لوكالة الإعلان تجاه المعلن حسب طبيعة العمل المعهود إليها، فقد يقتصر دور الوكالة على التقريب بين المعلن وأداة الإعلان دون أن تشارك في العملية الإعلانية وهي في هذه الفرضية تتصرف كسمسار، كما قد يكون للوكالة حق تمثيل المعلن فتتصرف عندئذ كوكيل باسمه ولحسابه[1].

هذا ويذكر الفقهاء نماذج أخرى لعقود إلكترونية موضوعها ومحل ها المعلومة بكافة أشكالها ومن ذلك عقد النشر على الخط وهو العقد الذي يبرم من أجل نشر المؤلفات والمطبوعات إذ يمكن للعميل الحصول على المنشورات سواء أكانت كتبا أو مجالات أو أسطوانات عبر تقنيات الاتصال المختلفة مقابل مبلغ متفق عليه[2]، ومنها أيضا عقد التسهيلات الإدارية الذي يقصد به العقد الذي يبرم بين شخصين بمقتضاه يقوم الطرف المتخصص في مجال المعلومات بتولي إدارة نظم المعلومات لدى الطرف الثاني مقابل أجر وقد اعتبره البعض من قبيل عقود المقاولة.

ويتضح مما سبق أن العقد الإلكتروني له ذاتيته وخصوصيته التي تميزه عن غيره من العقود سواء بالنظر إلى طريقة إبرامه، حيث يختلف عن مجمل العقود المبرمة عن بعد، فهو العقد المبرم عن طريق إحدى وسائل الاتصال الحديثة التي تسمح بوجود الصفة التفاعلية الحوارية بين طرفيه، فإن لم تسمح الوسيلة المستعملة في إبرام العقد بالتفاعل والوجود المتعاصر للطرفين لم يكن العقد إلكترونيا وإن أمكن وصفه بأن عقد عن بعد كما هو الحال بالنسبة للتعاقد عن طريق التلفزيون أو الفاكس. كما يظل العقد الإلكتروني محتفظا بخصوصيته وذاتيته حتى بين العقود المبرمة في البيئة الإلكترونية، فهو يختلف عن عقد الدخول إلى الشبكة أو عقد إنشاء المتجر الافتراضي من حيث وسيلته وموضوعه، فقد رأينا أنه لكي يوصف أي عقد بأنه عقد إلكتروني ينبغي أن تستعمل الوسيلة الإلكترونية في إبرامه أو في تنفيذه، في حين أن عقود البيئة الإلكترونية موضوعها وسائل الاتصال بل الوسيلة الأكثر انتشار وهي الانترنت ويستوي في العقد الإلكتروني أن يكون محله ماديا أو غير مادي، فخصوصيته ليست في محله أو سببه بل يقتصر على ركن التراضي فيه وطرق التعبير عن الإرادة عند إبرامه.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص85.

[2] عمرو الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص201.

# الفصل الثاني

# أدوات العقد الإلكتروني وصوره

طالما أن العقد الإلكتروني يظل محتفظا بوصفه عقدا بالمفهوم الواضح في النظرية العامة، فإنه لابد لانعقاده وقيامه صحيحا وجود الإرادة والتعبير عنها، وبما أن التشريعات المختلفة قد أطلقت العنان لمبدأ سلطان الإرادة ولم تحصر وسائل التعبير عنها، فإننا قد انتهينا في الفصل الأول إلى أن فقه التقنين المدني وتشريعه يجيز التعاقد بالوسائل الإلكترونية، وقد مر معنا أن وجه الخصوصية في العقد الإلكتروني يكمن في وسيلة إبرامه.

ومن أجل الوصول إلى تأطير العقد الإلكتروني، فإننا نتطرق في هذا الفصل إلى الوسائل المستخدمة في نقل الإرادة بين طرفي العقد وهو ما يسمى بالتبادل الإلكتروني للبيانات حيث نخصص لذالك المبحث الأول.

وبعدها يتم التطرق لنقطة صور نقل الإرادة وتبادلها بين طرفي هذا العقد، فإننا نتناول الصور المختلفة التي يتم من خلالها إنشاء العقد الإلكتروني في المبحث الثاني.

## المبحث الأول: التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات

يحتاج الراغب في إبرام عقد إلكتروني إلى وسيلة فنية لإنشاء هذا العقد ونقل إرادته إلى الطرف الأخر من خلالها، هذه الوسيلة الفنية هي التي تضفي على العقد صفته الإلكترونية إذ لو انعدمت لظل العقد محتفظا بوصفه عقدا عاديا لا خصوصية فيه.

وإذا ما تم للطرفين استخدام الوسيلة الإلكترونية في التعبير عن الإرادة، فإن هذه العملية يطلق عليها التبادل الإلكتروني للبيانات، ولأن العقد الم برم بهذه الطريقة يكون تعاقدا بين غائبين في المكان على الأقل، فإنه يكون من الصعب التأكد من نسبة الإرادة إلى صاحبها ومصدرها، كما أن الوسيلة الإلكترونية لا تتيح معرفة كل طرف لشخصية الطرف الأخر وهويته، كما أن هناك احتمال حدوث خطأ أو تحريف في مضمون الإرادة ومحتواها، وهذا ما يستدعي بيان الضوابط التي تكفل سلامة الإرادة المنقولة عبر الوسيلة الإلكترونية وضرورة التأكد من نسبتها إلى مصدرها حتى يطمئن كل طرف إلى الأخر وتستقر للعقد قوته ويتضح مضمونه.

وعليه، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نعالج في الأول منها مفهوم التبادل الإلكتروني للبيانات، ونتناول في الثاني الحديث عن أحكام التبادل الإلكتروني للبيانات.

### المطلب الأول: مفهوم التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات

يتم التبادل الإلكتروني للبيانات عن طريق رسائل البيانات كوسيلة من أهم وسائل نقل الإرادة بالطرق الإلكترونية.

وللبحث في رسالة البيانات كوسيلة من وسائل نقل الإرادة بهدف إنشاء وتكوين العقد الإلكتروني، فإنه يتعين تحديد مفهومها بوضع تعريف لها، وبما أن استخدام رسالة البيانات يتم عادة من قبل أطراف العلاقة العقدية، فإن مفهومها يشمل أيضا تحديد طرفيها وهو منشئ الرسالة والمرسل إليه.

كما تثور مسألة صلاحية رسالة البيانات لنفل الإرادة وقيمتها القانونية، ولذلك فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نعالج في الأول تعريف رسالة البيانات وبيان أطرفها، ونتناول في الفرع الثاني مسألة صلاحية رسالة البيانات لنقل الإرادة.

**الفرع الأول: تعريف رسالة البيانات وتحديد أطرافها**

يشمل تعريف رسالة البيانات تحديد مفهوم أولا، ثم الحديث عن أطرافها:

**أولا: تعريف رسالة البيانات**

عرفت الفقرة أ من المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي[1].

ثم عرفت الفقرة ب من نفس المادة تبادل البيانات الإلكترونية بأنه نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب أخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

ولأن تعريف رسالة البيانات والتبادل الإلكتروني للبيانات يعتمد على المعلومات في حد ذاتها، فقد اهتم بعض الفقه بتعريف المعلومات، إذ عرفها البعض بأنها كل رسالة يمكن نقلها إلى الغير بأية وسيلة كانت، وسبب وجود المعلومات هو قابليتها للنقل للغير، وهي تتكون من عنصرين هما الصياغة والنقل، على أن هناك تفرقة فنية وتقنية بين مصطلحي البيانات والمعلومات، فالبيانات هي المدخلات إلى جهاز الحاسوب بهدف استغلالها والحصول على المخرجات في صورة المعلومات.

وعرف قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي لسنة 1999 في الفقرة العاشرة من المادة الثانية منه بأنها البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل

– تسمى رسالة البيانات بتسميات أخرى، فقد سماها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني **رسالة المعلومات** في مادته الثانية، وهو نفس المصطلح الذي استعمله القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية الإلكترونية، وأطلقت عليها المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي **الرسالة الإلكترونية** و**السجل الإلكتروني والمستند الإلكتروني**، وفي قانون مملكة البحرين يطلق عليها **السجل الإلكتروني** في حين استعمل مشروع

[1] راجع نص المادة الثانية من قانون الأونسترال للتجارة الإلكترونية.

قانون التجارة الإلكترونية المصري **المحرر الإلكتروني، والمستند الإلكتروني** في مشروع قانون التجارة الإلكتروني لدولة الكويت.

وبرامج الكمبيوتر والبرامج الموضوعة على الأقراص المرنة وقواعد البيانات أو ما شابه ذلك[1]. كما عرفت المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي رسالة البيانات بأنها سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه واستخراجه ونسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية علي وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه .

ومن خلال تعريف رسالة البيانات سواء في قانون الأونسترال النموذجي أوفي التشريعات الوطنية فإنه يمكن ملاحظة ما يلي :

**أولا:** جاء تعريف رسالة البيانات بلفظ وصياغة عامة تستوعب كل ما يتم عن طريق الوسائل الإلكترونية في نقل الإرادة، سواء أكان إيجابا أم قبولا، أم دعوة للتعاقد، أم مجرد إعلان لا علاقة له بالمعاملات والروابط العقدية، ولذلك حرص القانون النموذجي والتشريعات التي سارت على نهجه، على إطلاق مصطلح رسالة البيانات على كل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تداولها بالطرق الإلكترونية [2].

**ثانيا:** أشار التعريف الوارد في الفقرة أ من المادة الثانية من قانون الأونسترال إلى وسائل مشابهة واستعملت التشريعات التي نظمت الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية مصطلح أو أي وسيط إلكتروني آخر، في دلالة واضحة على أن الغرض من رسالة البيانات لا ينحصر في إطار تقنيات ا لاتصال القائمة في الوقت الحاضر، بل يشمل التعريف جميع التطورات التقنية والتكنولوجية المتوقعة في المستقبل، وقد ظهر هذا جليا عندما استخدم قانون الأونسترال عبارة : **بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر**، ثم أورد البريد الإلكتروني والتبادل الإلكتروني والتلكس وغيرها من وسائل[3].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 94.

[2] إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 98 .

[3] أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دار نسر للطباعة الحديثة، طبعة 2008، ص36 .

**ثالثا** :جاء في الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن مفهوم رسالة البيانات ليس مقصورا على الإبلاغ بمعنى النقل، ولكن يقصد منه أيضا أن يشمل السجلات التي ينتجها الحاسوب ولا يقصد إبلاغها، ومعنى ذلك أن مفهوم رسالة البيانات يمتد ليشمل البيانات التي يخزنها الشخص لمعلوماته أو تجارته الخاصة وهذا ما يسمى بسجل البيانات[1].

**رابعا:** أنه يقصد من تعريف رسالة البيانات أيضا أن يشمل حالة الإلغاء أو التعديل، وذلك أنه يجوز أن تتضمن رسالة البيانات تعديلا أو إلغاء لرسالة بيانات سابق ة، وهذا أمر منطقي يستشف من فحوى النصوص ولم يكن ضروريا التطرق إليه صراحة في النص.

**خامسا:** أن القانون النموذجي لم يحسم مسألة ما إذا كان تعريف التبادل الإلكتروني للبيانات يدل بالضرورة على أن رسائل التبادل الإلكتروني تبلغ إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب أخر، أو ما إذا كان التعريف الذي يشمل في المقام الأول حالات تبلغ فيها رسائل البيانات بواسطة نظام الاتصالات السلكية واللاسلكية، يشمل أنواع أخرى تصاغ فيها البيانات في شكل رسالة من رسائل التبادل الإلكترونية وتبلغ بوسائل لا تدخل ضمن وسائل الاتصال كأن توضع في قرص مرن وتسلم يدويا إلى المرسل إليه مثلا، غير أنه بصرف النظر عما إذا كانت رسالة البيانات منقولة يدويا أم لا فإنه ينبغي أن يشملها التعريف لأنها مقصودة بعبارة إنشاء أو تخزين[2]. بقي أن نشير إلى أنه لا يجب أن يتبادر إلى الذهن أن مفهوم رسالة البيانات يقتصر على المعلومات التي يتم تبادلها عن طريق أجهزة الحاسوب فقط، فهذه الأخيرة ما هي إلا صورة من صور تبادل رسائل البيانات والتي منها البرق والتلكس وغيرها من أنظمة الاتصال[3]، ولذلك أعطت المادة الثانية أمثلة عن الطرق التي بها يتم تبادل رسائل البيانات. ولأن عملية تبادل البيانات الإلكترونية تقتضي وجود أطراف لها لقيام العقد، فـ إن أطراف رسالة البيانات هما منشئ الرسالة والمرسل إليه، وتبدو أهمية تحديد هذين الطرفين في كونهما لا يجمعهما مكان واحد لذلك يكون من الصعب التحق ق من سلامة منشئها والمرسل إليه. وبما أن المعلومات التي تتضمنها رسالة البيانات تعبر عن إرادة

[1]- وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 46، 47.

[2]- الدليل التشريعي، المرجع السابق،ص48.

[3]- عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص111.

منشئها، فإنه يجب تحديد كل من المنشئ والمرسل إليه حتى يمكن إسناد الإرادة إلى صاحبها وإلزامه تبعا لدلك بمضمونها.

**ثانيا: أطراف رسالة البيانات المنشئ والمرسل إليه**

عرَّفت الفقرة ب من المادة الثانية من قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية منشئ رسالة البيانات بأنه الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث، تم على يده أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة.

وشرحا لهذا النص جاء في الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن مفهوم الشخص ينسحب للدلالة على أصحاب الحقوق والالتزامات، وأنه ينبغي تفسيره ليشمل كلا من الأشخاص الطبيعية والمعنوية. كما أن تعريف المنشئ لا يشمل فقط الحالة التي تنشأ فيها المعلومات وتبلغ، بل يشمل أيضا الحالة التي فيها تنشأ المعلومات وتخزن دون أن تبلغ، بيد أنه يقصد من تعريف المنشئ أن يستبعد اعتبار المتلقي الذي يقوم بتخزين رسالة البيانات فقط منشئا[1].

هذا وعرفت المادة الثانية من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية المنشئ بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أويتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الإلكترونية أيا كانت الحالة، ولا يعتبر منشئا الجهة التي تقوم بمهمة مزود خدمات فيما يتعلق بإنتاج أو معالجة أ وإرسال أ وحفظ تلك الرسالة الإلكترونية وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها. وعليه، فإن منشئ رسالة البيانات هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بإرسال رسالة البيانات أو بناء مجموعة من البيانات وحفظها أو تخزينها و إن لم يقم بإبلاغها إلى أي شخص أخر أيا كانت تلك المعلومات بيانات أو رسوما أو صورا أو كتابات. ولا يعتبرا منشئا مزود الخدمات الذي يتكفل بتوفير المعدات للمنشئ بغرض تخزين المعلومات أو إرسالها. ويلاحظ أن المادة الثانية من قانون الأونسترال قد استبعدت من تعريف المنشئ الشخص الذي يتصرف كوسيط لإرسال رسالة البيانات، في حين توسعت التشريعات العربية في استبعاد الجهة التي تقوم بمهمة مزود الخدمات عندما يتعلق الأمر بإنتاج ومعالجة أو إرسال أو وتخزين رسالة البيانات، وهذا في الواقع أمر من المنطق بمكان، اذ

[1] الدليل التشريعي من قانون الأونسترال، مرجع سابق، ص 49 .

لو أعتبر مزود الخدمات أو الوسيط في إرسال الرسالة أو تخزينها منشأ كان طرفا في العقد الذي سيتم بواسطة برسالة البيانات أي العقد الإلكتروني، ومن الواضح أن من يعتبر طرفا في العقد هو من احتوت رسالة البيانات على إرادته وهو المنشئ.

أما المرسل إليه فقد عرفته الفقرة ج من المادة الثانية من الأونسترال بأنه الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهده الرسالة .

وجاء في الدليل التشريعي للقانون النموذجي شرحا لهذا النص، أن المرسل إليه بموجب هذا القانون هو الشخص الذي يقصد المنشئ الاتصال به عن طريق إرسال رسالة البيانات تمييزا له عن أي شخص قد يتلقى أو يرسل أو ينسخ رسالة البيانات أثناء عملية الإرسال.

فإذا كان المنشئ هو الشخص الذي يرسل رسالة البيانات حتى ولأرسلها إلى شخص آخر غير مقصود بالتعاقد، فإن المرسل إليه هو فقط الشخص الذي قصد المنشئ إرسال الرسالة إليه وفي هذا تباين واضح بين تعريف المنشئ وتعريف المرسل إليه، فتعريف المنشئ لا يرتكز على قصد فهو الشخص الذي يصدر رسالة البيانات، أما المرسل إليه فه والشخص الذي قصد المنشئ إرسال الرسالة إليه، وينبني على هذا أنه لو وصلت رسالة البيانات إلى شخص غير الذي قصده المنشئ فلا يمكن وصفه بالمرسل إليه، ولا يعد تبعا لذلك طرفا في رسالة البيانات وبالتالي فليس طرفا في العقد الإلكتروني.

ولا يفوتنا أن نلاحظ أنه وفقا لتعريف القانون النموذجي لكل من المنشئ والمرسل إليه، يمكن أن يكون المنشئ والمرسل إليه بالنسبة لرسالة بيانات معينة هو نفس الشخص، وصورة ذلك أن يكون المقصود من رسالة البيانات أن يقوم محررها بتخزينها، في حين لا يمكن أن ينطبق تعريف المنشئ، على شخص أرسلت إليه رسالة بيانات ثم قام بتخزينها، ففي كل الحالات يبقى مرسلا إليه [1].

كما عرف المشرع في إمارة دبي المرسل إليه في المادة الثانية من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية بأن الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد منشئ الرسالة توجيهها إليه، ولا يعتبر

[1] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 49.

مرسلا إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية، وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها.

ويلاحظ على هذا التعريف انسجامه مع التعريف الذي وضع من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة التي قامت بسن قانون الأونسترال ما يعني أن التوصيات التي خرجت بها الجمعية العامة للأمم المتحدة قد أخذت بعين الاعتبار من طرف التشريعات الوطنية.

كما يلاحظ أن التعريف قد ميز بوضوح بين المرسل إليه وأي شخص آخ ر قد يتلقى رسالة البيانات، وهذا بغرض تحديد وضبط صفة المتعاقد في العلاقة عندما تنشأ بوسيلة إلكترونية.

وبعد استعراض تعريف المنشئ والمرسل إليه سواء في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية أوفي مختلف نصوص التشريعات العربية أو مشاريع القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، فإنه يلاحظ أنها ركزت على استبعاد الوسيط في إرسال رسالة البيانات، لذلك فإنه من الطبيعي أن تتصدي تلك التشريعات لتحديد المقصود من الوسيط وكيفية التمييز بينه وبين كل من المنشئ والمرسل إليه.

ووعيا منه بدور الوسيط في إقامة عملية التعاقد وإبرام العقد الإلكتروني، حرص قانون الأونسترال على ضبط تعريفه، فقد جاء في الفقرة د من المادة الثانية منه أن الوسيط هو الشخص يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه[1].

وجاء في الدليل التشريعي أن تركيز القانون النموذجي ينصب على العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه وليس على العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه والوسيط، لكن القانون النموذجي لا يتجاهل الأهمية البالغة للوسطاء في مجال الاتصالات الإلكترونية.

وبالإضافة إلى ذلك ثمة حاجة إلى تحدي د مفهوم الوسيط لإقامة التمييز الضروري بين المنشئين والمرسل إليهم أو الأطراف الثلاثة.

[1] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 50.

ويقصد من تعريف الوسيط أن يشمل كلا من الوسطاء الفنيين وغير الفنيين بمعنى أي شخص عدا المنشئ والمرسل إليه يؤدي أيا من وظائف الوسيط.

وقد عددت الفقرة الفرعية د وظائف الوسيط الرئيسة وهي تلقي رسائل البيانات أو إرسالها أو تحزينها نيابة عن شخص آخر، ويمكن أن يؤدي مشغلو الشبكات وغيرهم من الوسطاء غير ذلك من الخدمات، ومن ذلك صيغة رسائل البيانات وترجمتها وتسجيلها، وتوثيقها وتصديقها وحفظها، وتقديم خدمات أمنية للمعاملات الإلكترونية.

ويلاحظ أن القانون النموذجي لم يعرف الوسيط بصفة عامة ولكن فيما يتعلق بكل رسالة بيانات، وبذلك يمكن القول بأن نفس الشخص يمكن أن يكون المنشئ أو المرسل إليه لرسالة البيانات معينة ووسيطا فيما يتعلق برسالة بيانات أخرى.

كما يلاحظ أن نصوص التقنين النموذجي لم تحدد حقوق الوسيط والتزاماته وإن حددت المقصود به وعددت مهامه.

أما على مستوى التشريعات العربية فقد تولت المادة الأولى من قانون المعاملات الإلكترونية لمملكة البحرين تعريف الوسيط تحت عنوان وسيط الشبكة بأنه:

"**يقصد به بالنسبة للسجل الإلكتروني الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو تسليم أو حفظ أو استقبال السجل الإلكتروني أو يقدم خدمات أخرى بشأن السجل الإلكتروني**"[1].

ويلاحظ على تلك النصوص أنها عندما عرفت الوسيط فإنها لم تشر إلى طبيعة العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه من جهة والوسيط من جهة أخرى، وهي وإن جعلته بمثابة الوكيل أو النائب فإنها لم تبين ما إذا كانت قواعد النيابة هي التي تنظم أحكامه، علما أن هذه النصوص شأنها شأن قانون الأونسترال لم تحدد حقوق الوسيط والتزاماته، بل اكتفت بسرد المهام التي من الممكن أن يقوم بها الوسيط بشأن رسالة البيانات.

[1] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 50.

ومن المعقول في نظرنا أن تسري قواعد الوكالة على الوسيط، فدوره فيما يتعلق برسالة البيانات تلقي تعليمات من المنشئ بغرض إرسال أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى بشأنها، وهذه المهام لا تتنافى مع عقد الوكالة.

**الفرع الثاني: صلاحية رسالة البيانات لنقل الإرادة**

بالنظر إلى أن رسالة البيانات هي الوسيلة التي يتم بها نقل إرادة طرفي العقد الإلكتروني فإنها تحظى من الأهمية بمكان، فهي تؤدي إلى قيام العقد ووجود الإرادة أو عدمها، ولذلك كان منطقيا أن تهتم التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونيـ ة بمدى صلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة.

ولما كان الهدف من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية يتمثل في وضع مجموعة من القواعد القانونية والمبادئ التي تسهل وتقنن استخدام التقنيات العصرية في مختلف الظروف من أجل تدوين المعلومات والبيانات وإرسالها، فإنه مع ذلك قانون إطاري مرجعي لا يتضمن جميع القواعد واللوائح الضرورية لتطبيق هذه التقنيات، بل يهدف إلى تقديم مجموعة من القواعد المقبولة على المستوى الدولي التي تسمح بإزاحة العديد من العقبات القانونية، ورغم عدم إلزامية القانون النموذجي بالنظر إلى هدفه الإرشادي، فإنه يقوم على مجموعة من المبادئ أهمها وأحدثها مبدأ التناظر أو التعادل الوظيفي وهو مبدأ مؤداه المساواة بين الكتابة الورقية والكتابة الإلكترونية، فالتساوي الوظيفي يقصد به تساوي الأدلة الورقية المعروفة بالكتابة الإلكترونية في الإثبات[1]. وقد وضع القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قاعدة عامة مفادها الاعتراف القانوني برسالة البيانات كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة سواء أكانت هذه الإرادة إيجابا أم قبولا أو دعوة للتعاقد[2] وعلى هذا نصت المادة 11 من قانون الأونسترال على ما يلي:

" **في سياق تكوين العقود، و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض.**

[1] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 189، 190.

[2] خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 104.

**وعند استخدم رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لدلك الغرض.**"

كما أن المادة 12 من نفس القانون الواردة تحت عنوان اعتراف الأطراف برسائل البيانات قد تضمنت ما يلي:

"**في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه جاء على شكل رسالة بيانات**"[1].

وانسجاما مع الهدف المرصود من طرف لجنة القانون الدولي التابعة للأمم المتحدة، فإن التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية كان لزاما عليها الاعتراف بصلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة، ولذلك ف قد نصت المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ما يلي:

"**تعتبر رسالة البيانات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي**"

وتجد هذه النصوص أساسها في أن التقنين المدن ي لم يحصر طرق التعبير الإرادة، بل أشار إلى بعضها وترك للحرية العقدية اختيار الطريقة التي بها يتم نقل الإرادة إلى العالم الخارجي[2]، إذ نصت المادة 60 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي:

"**التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، و بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون بإتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.**

ولذلك فإن النص على جواز استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة ليس في واقع الأمر إلا تأكيدا للقاعدة العامة، وتطبيقا من تطبيقاتها.

[1] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 17.

[2] عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، طبعة 1998، الجزء الأول، ص 105.

وإذا كان الأمر كذلك فإن إيراد نص يتعلق بصلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة في خضم وضع تقنين متعلق بالمعاملات الإلكترونية ليس من قبيل التزيد أو الحشو تفصيل مالا يفصل، بل تبدو أهمية وضعه إذا كانت تقنية الاتصال غير معروفة أو غير مألوفة، وهي التي لا يقف تطورها عند أي حد، فإن الأطراف يمكن أن ينكروا قوة رسالة البيانات الإلزامية ويرون أن القواعد العامة لا تعترف بها، لاسيما وقد رأينا أن مفهوم رسالة البيانات يشمل كل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تخزينها أ وتداولها بوسائل الاتصال التي تتطور يوما بعد يوم[1].

وبإمعان النظر في تلك النصوص الواردة في قانون الأونسترال أو التشريعات العربية، فإنه يلاحظ أن الاعتراف برسالة البيانات كوسيلة من وسائل نقل الإرادة لا يقتصر ولا يفرض استعمال تلك الرسالة في الإيجاب والقبول معا أثناء إبرام العقد الإلكتروني، إذ من الممكن أن يتم التعبير عن الإيجاب من خلال رسالة البيانات في حين يتم التعبير عن القبول من خلال وسيلة أخرى[2].

فالنصوص التي تعترف بصلاحية رسالة البيانات لا تنكر على الأطراف حريتهم واستخدام ما يشاؤون من طرق التعبير عن إرادتهم من غير رسالة البيانات، ولذلك حرص قانون الأونسترال على إيراد جملة اعتراضية في نص المادة 11 التي سبق عرضها إذ جاء فيها، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، فلا يمكن إجبار شخص على أن يتحمل آثارا قانونية مترتبة على استخدام رسالة البيانات إذا كان هذا الشخص لم يعتمد أصلا رسالة البيانات للتعبير عن إرادته، وهذا ما أكدته أيضا المادة 06 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية إذ جاء فيها: "**ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي**".

كما يلاحظ على النصوص التي اعترفت بصلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة أنها كرست المبدأ الذي كان إقراره هدفا رئيسا من أهداف لجنة القانون التجاري الدولي وهو مبدأ نفاد المفعول القانوني لرسالة البيانات، والذي مفاده عدم التمييز بين رسائل البيانات والمستندات الورقية عند التعامل بها من الناحية القانونية، ففي حالة استخدام رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة فإنه

[1] آمانج رحيم أحمد،المرجع السابق، ص 104.

[2] باسيل يوسف،البحث السابق، ص 56 .

تترتب على العقد الإلكتروني نفس الآثار ونفس القوة الملزمة التي تنشأ بالطرق التقليدية. وعلى هذا الحكم نصت المادة 5 من قانون الأونسترال الوارد تحت عنوان الاعتراف القانوني برسائل البيانات وقد جاء فيها: "**للتنفيذ لمجرد أنها في لا تفقد المعلومات مفهومها القانوني أو صحتها أو قابليتها شكل رسالة بيانات**"[1].

كما أكدت هذا المبدأ أيضا المادة 7 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني التي جاء فيها "**يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني و الرسالة ا لإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة عن الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها للإثبات.**"

كما جاء في الفقرة الثانية من الفصل الأول من القانون التونسي الخاص بالمبادلات الإلكترونية أنه: "**يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.**"

ورغم كل ذلك فإن استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الإرادة لا يكون في كل التصرفات والأحوال إذ أن هناك تصرفات لا تسمح طبيعتها أو خصوصيتها استعمال رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة، ولذلك حرص قانون الأونسترال والقوانين التي وضعت اتساقا مع نهجه، على استبعاد بعض التصرفات من الاعتراف برسالة البيانات كوسيلة لإنشائها.

وطالما أن القانون النموذجي قانون مرجعي يسترشد به فإن المادة 11وبعد حديثها عن استخدام رسالة البيانات في تكوين العقود قد وضعت فقرة نموذجية تمكن المشرعين في الدول عند إعدادهم قواعد التعاملات الإلكترونية في استثناء ما استثناه من التصرفات التي ترى فيها خصوصية لا تسمح بإبرامها عن طريق رسالة البيانات، حيث جاء فيها لا تسري أحكام هذه المادة على ما يلي: "....."

وتركت الأمر للمشرعين الوطنيين في استبعاد أية تصرفات من استخدام رسالة البيانات باختلاف السياسية التشريعية والمرجعية الدينية أو التاريخية أو مقتضيات النظام العام في كل دولة.

[1] محمد جمال خالد رستم، المرجع السابق، ص297.

وعلى هذا نصت المادة 5 من قانون إمارة دبي على ما يلي:"... **يستثنى من أحكام هذا القانون:**

- **المعاملات والأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية كالزواج والطلاق والوصايا.**
- **سندات ملكية الأموال غير المنقولة.**
- **السندات القابلة للتداول.**
- **المعاملات التي تتعلق بيع وشراء الأموال غير المنقولة.**
- **أي مستند يتطلب القانون تصديقه أمام كاتب العدل.**

وهذا ما فعله أيضا القائمون على إعداد مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فقد وضعت المادة 412 مكرر2 بعض الاستثناءات حيث جاء فيها: "**لا تخضع للأحكام المتعلقة بالبيع عن بعد البيوع:**

- **المنجزة بواسطة الموزعات الآلية.**
- **المنجزة في المحلات المسيرة آليا.**
- **الواردة على الأموال العقارية.**
- **التي تتم بالمزاد العلني**"[1].

ومن الواضح أن الاستثناءات الواردة في مجمل تلك النصوص إنما تتعلق بنفس التصرفات الشكلية أو العينية التي لا يكفي التراضي لانعقادها، وذلك أن معظم تلك التصرفات تعتمد على مستندات ورقية، أو على نظام معين كنظام الشهر والتسجيل.

بقي أن نقول أنه يستفاد من كل تلك النصوص أن قانون التجارة الإلكترونية النموذجي والتشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية تجيز إبرام العقد الإلكتروني بواسطة رسالة البيانات ونعترف لهذه الأخيرة بنفس القوة المعترف بها لباقي طرق التعبير عن الإرادة، لكن استخدام رسالة البيانات ليس مطلقا في كل التصرفات بل هناك تصرفات تقتضي طبيعتها أو تفرض خصوصيتها ألا يتم التعبير عن الإرادة فيها بواسطة رسالة البيانات[2].

[1] راجع المادة 412 مكرر2 من التقنين المدني الجزائري.

[2] محمد جمال خالد رستم، المرجع السابق، ص962.

**المطلب الثاني: أحكام تبادل رسائل البيانات**

بما أن رسالة البيانات تعد وسيلة للتعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية بين طرفي العقد اللذين لا يجمع بينها مجلس عقد حقيقي، فإنه كان لا بد بعد الاعتراف بصلاحية رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة، وضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها والزامه بمضمونها وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، يضاف إلى ذلك ضرورة بث الطمأنينة في نفس المرسل إليه حتى يتصرف على أساس أن الرسالة تجسد إرادة المنشئ.

ولأنه لا يكفي أن تصل رسالة البيانات إلى المرسل إليه ويوافق عليها حتى يتم العقد، بل يجب أن يعلم المنشئ بأن المرسل إليه قد تلقى الرسالة وأنه وافق على مضمونها أو عدله، فإنه كان لزاما على التشريع . كفالة للثقة في التعامل بالطرق الإلكترونية . تنظيم مسألة استلام الرسالة الإلكترونية.

وعلى ذل ك، فإننا نتناول في هذا المطلب أحكام تبادل رسائل البيانات من خلال فرعين، نخصص الأول منها لإسناد رسالة البيانات لنتناول في الثاني مسألة استلام الرسالة ووصولها.

**الفرع الأول: إسناد رسالة البيانات**

خشية من إسناد الإرادة غشا أو احتيالا إلى شخص لم تصدر عنه هذه الإرادة، أو التلاعب في مضمونه أو تغيير محتواها، أو إنكارها ممن أسندت إليه، فإن التأكد من إسناد الإرادة إلى الشخص الذي تنسب إليه، والتحقق من مضمونها وفحواها كان أمرا جديرا بالاهتمام، ولدلك أولته التشريعات تنظيما مفصلا.

ومن أوجه هذا التفصيل أن قوانين المعاملات الإلكترونية قد فرقت بين حالات إسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها وحالات افتراض صدورها عنه وهو ما نبينه فيما يلي:

– نصت المادة 13 من قانون الأونسترال في فقرتها الأولى على ما يلي:

"**تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه**"[1].

وبنفس الصياغة وبنفس المعنى وردت المادة 15 فقرة 1 من قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي.

[1] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 17.

وعملا بهذه النصوص، فإنه يمكن إسناد الرسالة الإلكترونية إلى المنشئ إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه دون وساطة، ويتحقق ذلك إذا كانت عملية الإنشاء أو الإرسال تمت على يديه بصفة مباشرة، فإذا كانت رسالة البيانات تعبر عن رغبة منشئها في البيع مثلا وتوافرت فيها شروط الإيجاب كانت إيجابا لو وافقه قبول صادر عن المرسل إليه بواسطة رسالة البيانات فإنه يتم إسناد القبول إلى منشئه أيضا وينعقد العقد[1]. كما أنه وفقا لهذه القاعدة، فإن رسالة البيانات تسند إلى منشئها، ما لم يقم هذا الأخير بإثبات عكس ذلك بأن يثبت بأنه لم يكن هو من أرسلها[2].

وإذا كان إسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها يتم في حال صدورها عنه، فإنه في حالات أخرى لا يمكن التأكد بأنها صادرة عنه، وإنما يفترض صدورها عنه حتى يمكن إسنادها إليه.

وقد بين قانون الأونسترال الحالات التي يفترض فيها صدور رسالة البيانات عن المنشئ في الفقرة الثانية من المادة 13 منه التي جاء فيها:

"**في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:**

- **من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات.**
- **من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا**".

وعليه، فإنه يفترض أن رسالة البيانات التي تتضمن الإرادة العقدية، قد صدرت عن المنشئ في حالتين:

**الأولى:** إذا كانت رسالة البيانات إيجابا أم قبولا، صادرة عن شخص آخر غير صاحب التعبير عن الإرادة، فإن هذه الرسالة تعد صادرة عن المنشئ، إذا كان للشخص الذي أرسلها نيابة قانونية عن صاحب الإرادة، ويتحقق ذلك عندما يكون هذا الشخص، أي مرسل الرسالة، نائبا عن صاحب الإرادة مهما كانت صورة النيابة قانونية أم اتفاقية أم قضائية [3].

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 102.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، الموضع نفسه.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 118 .

**والثانية:** إذا كانت رسالة البيانات قد أرسلت عن طريق وسيط إلكتروني أي نظام معلومات مبرمج للعمل تلقائيا من قبل منشئ الرسالة[1].

وقد اعترفت معظم التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بالوسيط الإلكتروني ودوره في إرسال رسالة البيانات أو نقل الإرادة إلى الطرف الآخر، ولنا عودة لتفصيل أحكام الوسيط الإلكتروني كصورة من صور إبرام العقد الإلكتروني في المبحث الثاني من هذا الفصل.

غير أنه لا يكفي في هذه الحالة أن تكون رسالة البيانات قد أرسلت آليا، بل يجب أن يكون هذا الجهاز مبرمجا تلقائيا، وأن يكون هذا النظام تحت سيطرة مرسل الرسالة أو منشئها[2].

يبقى أن نلاحظ أن الفقرة الثانية من المادة 13 من قانون الأونسترال والنصوص المقابلة لها، أقامت هذا الاعتبار وافترضت صدور رسالة البيانات عن المنشئ فقط في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، أي طرفي العلاقة العقدية، أما بالنسبة لعلاقتهما مع الغير فتطبق القواعد العامة في التحقق من نسبة الإرادة إلى صاحبها[3].

هذا وقد أتاح القانون النموذجي والقوانين التي سارت على نهجه، للمرسل إليه أن يفترض أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ حتى ولو لم تصدر فعليا سواء عنه بشخصه، أم عن نائبه أو الوسيط الإلكتروني، حيث نصت المادة 13 في فقرتها الثالثة على ما يلي:

"**في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه يحق للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض إذا:**

**- طبق المرسل إليه تطبيقا سليما، من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ، إجراءا سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض.**

**- كانت رسالة البيانات كما تسلمها 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.**"

وطبقا لهذا النص، فإن للمرسل إليه أن يفترض أن الرسالة صادرة عن المنشئ في حالتين:

---

[1] إيمان مأمون أحمد سليمان،المرجع السابق، ص 99 .

[2] عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 113.

[3] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 39.

**الحالة الأولى:** إذ ا قام المرسل إليه بتطبيق إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ لهذا الغرض من أجل التأكد من أن رسالة البيانات صدرت عن المنشئ، وصورة ذلك أن يتفق المنشئ و المرسل إليه على طريقة معينة أو نظام يسمح للمرسل إليه أن يتأكد من أن الرسالة الإلكترونية قد أرسلت فعلا من المرسل، كأن يتأكد من اللغة المتفق عليها في تبادل البيانات، أو أن يتأكد من أن الرسالة أرسلت من نائب المنشئ، أو أنها أرسلت من نظام معلومات مبرمج آليا، أو أي إجراء آخر اتفق عليه الطرفان يتبعه المرسل إليه بغرض التحقق من صدور الرسالة من منشئها[1].

وهذا يعني أن المرسل إليه يبذل عناية كافية للتحقق من أن الرسالة قد صدرت من المنشئ، وفي بذل تلك العناية طبق إجراء معدا مسبقا اتفق عليه مع المنشئ.

وقد اشترطت تلك النصوص أن يطبق المرسل إليه كافة الإجراءات المتفق عليها مع المرسل وأن يبذل في ذلك عناية خاصة، فإن لم يفعل فإنه يتحمل المسؤولية عن الخطأ في إسناد الرسالة إلى غير منشئها، ويستطيع المرسل دفع المسؤولية عنه، إذا أثبت أنه اتبع كل الإجراءات المتفق عليها بين الطرفين بغرض التحقق من صدور الرسالة من المنشئ ورغم دلك وقع الخطأ.

ويلاحظ أن الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال قد أجاز للمرسل إليه أن يعول على رسالة البيانات، إذا طبق على نحو صحيح إجراءات التوثيق المتفق عليها، حتى إذا كان يعلم أن رسالة البيانات ليست هي رسالة المنشئ.

وتضيف الفقرة 89 من الدليل التشريعي أنه قد رئي عموما لدى إعداد القانون النموذجي أن مخاطرة حدوث هذا الوضع ينبغي قبولها، بهدف الحفاظ على إمكانية التعويل على إجراءات التوثيق[2].

والحقيقة أن هذا التوجه محل نظر، إذ أنه يتنافى مع مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود العقود، كما أنه يؤدي إلى نتيجة غير منطقية، فهو يفترض بأنه رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ ولكن المرسل إليه بعد إتباعه الإجراءات التي اتفق مع المرسل إليه على إتباعها للتأكد من صدور رسالة البيانات عنه، قد توصل إلى أنها غير صادرة عن المنشئ ولكن يجيز له الدليل

[1] فيصل محمد عبد العزيز، المرجع السابق، ص 411.

[2] وائل أنور بندق، المرجع السابق، فقرة89، ص 81.

التشريعي رغم ذلك الاعتماد عليها في إبرام العقد، والواقع أنه لن يبرم العقد بين الطرفين بل بين المرسل إليه الذي هو غير مقصود في حقيقة الأمر ومنشئ الرسالة غير معروف، كما يؤدي إلى إلزام الشخص الذي تسند إليه الرسالة كمنشئ بعقد لم يكن يريده.

كما نص الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال أن افتراض المرسل إليه صدور الرسالة عن المنشئ لا يشمل الحالة التي يكون فيها تطبيق الإجراء قد تم الاتفاق عليه بين المنشئ والمرسل إليه فقط، بل يشمل أيضا الحالات التي يكون فيها المنشئ قد حدد من طرف واحد أو نتيجة لاتفاق مع وسيط إجراء جعله ملزما في أية رسالة بيانات.

ومن ثم فإن المقصود أن تشمل الفقرة 3 بند "أ " الاتفاقات التي تكون قد أصبحت سارية المفعول لا من خلال الاتفاق المباشر بين المنشئ والمرسل إليه، بل من خلال مشاركة طرف ثالث من مقدمي الخدمات.

بيد أنه ينبغي الإشارة إلى أن الفقرة 3 بند أ من المادة 13 لا تطبق إلا حين يكون الاتصال بين المنشئ والمرسل إليه قائما على اتفاق مسبق[1].

**الحالة الثانية:** يتاح للمرسل إليه أيضا افتراض أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ إذا استخدم المرسل طريقة إلكترونية لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه فعلا، ثم يتمكن ش خص آخر من الوصول إلى هذه الطريقة، فيتحمل المرسل في هذه الحالة تبعات إهماله .

وقد حملت الفقرة 87 من الدليل التشريعي للقانون النموذجي المرسل والمرسل إليه سواء بسواء تبعة الإهمال، فالمنشئ والمرسل إليه كل منهما مسؤول عن أية رسالة بيانات غير مأذون بها يمكن إثبات أنها أرسلت نتيجة إهمال هذا الطرف أو ذاك[2].

وإذا كان القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيـ ة والتشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية قد نصت على أحقية المرسل إليه في افتراض صدور رسالة البيانات عن المنشئ في الحالتين السابقتين، فإنه كان منتظراً أن توضع نصوص تستثني بعض الحالات التي لا يمكن فيها افتراض صدور رسالة البيانات عن المنشئ.

[1] الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال، المرجع السابق، ص 79.

[2] الدليل التشريعي،المرجع السابق،ص 80.

ولذلك جاء في الفقرة 4 من المادة 13 من قانون الأونيسترال ما يلي:

"**لا تنطبق الفقرة الثالثة:**

**اعتبارا من الوقت الذي تسلم فيه المرسل إليه إشعارا من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ، وتكون قد أتيحت فيه أيضا للمرسل إليه فترة معقولة للتصرف على هذا الأساس.**

**في أي وقت عرف فيه المرسل إليه، أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ**"[1]

ووفقا لهذا النص فإن الرسالة الإلكترونية لا تعد صادرة عن المنشئ ولا تنسب الإرادة التي حوتها إليه إذا كان المرسل إليه قد تسلم إشعاراً من المنشئ يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه.

وقد اشترط القانون النموذجي لتحقق هذا الاستثناء في عدم نسبة الرسالة للمنشئ بضرورة أن يتاح للمرسل إليه وقت كاف للتصرف على أساس عدم إسناد الرسالة التي وصلته إلى من نسبت إليه[2].

وشرحا للبند الأول من الفقرة الرابعة المذكورة، أوضح الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال أن رسالة البيانات التي ينكر المنشئ إرسالها عن طريق إشعار المرسل إليه بأنها لم تصدر عنه، لا يوقف مفعولها بأثر رجعي، حيث لا يعفى المنشئ من آثار الرسالة إلا بعد تلقي المرسل إليه الإشعار بعدم إرسالها[3].

وعلى هذا الحكم نصت الفقرة 8 من الدليل التشريعي الإرشادي لقانون الأونيسترال على أنه لا ينبغي أن يساء تفسير الفقرة 4 بند أ بأنها تعفي المنشئ من عواقب إرسال رسالة البيانات بأثر رجعي، بصرف النظر عما إذا كان المرسل إليه قد تصرف على افتراض أن رسالة البيانات هي رسالة المنشئ[4].

---

[1] محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص297.

[2] فيصل كمال عبد العزيز، المرجع السابق، ص 413.

[3] عمر خالد زريقات،المرجع السابق، ص 114.

[4] وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص 80.

ويضيف الدليل التشريعي أنه ليس المقصود من الفقرة الرابعة بند "أ" أن تنص على أن تلقي الإشعار بعدم إرسال الرسالة يبطل الرسالة التي وصلت إلى المرسل إليه بأثر رجعي، إذ بموجب هذا البند يعفى المنشئ من أثر الرسالة الإلزامي بعد وقت تلقي الإشعار لا قبل ذلك الوقت[1].

وعلاوة على ذلك فإن الفقرة المذكورة لا تسمح للمنشئ بأن يتجنب التقيد برسالة البيانات بأن يرسل إشعار إلى المرسل إليه في حالة تكون رسالة البيانات قد أرسلت منه فعلا، ويكون المرسل إليه قد تأكد عن طريق إجراءات التوثيق المتفق عليها أنها صادرة عن المنشئ.

فإذا استطاع المرسل إليه أن يثبت أن الرسالة هي رسالة المنشئ فإنها تسند إلى المنشئ بقوة القانون ولا يستطيع التخلص منها.

وهذا في نظرنا ليس إلا تفصيلا كان لابد منه، فالقواعد العامة في إبرام العقود لا تسمح للموجب بالتحلل من إيجابه بعد تصديره ووصوله إلى علم القابل، كما أنها لا تسمح للقابل بالعدول عن قبوله بعد تصديره ووصول هذا القبول إلى الموجب، هذا الإغراق في التفاصيل لا يبرر إلا حقيقة واحدة هي خصوصية التعاقد الإلكتروني التي فرضتها طبيعة الوسائل المستخدمة في إبرامه.

وشرحا لعبارة فترة معقولة في الفقرة محل النقاش، جاء في الدليل أن الإشعار ينبغي أن يتيح للمرسل إليه وقتا كافيا للاستجابة، حتى لا يفوته إبرام عقد آخر لاسيما وأن عقود التجارة الإلكترونية تعتمد السرعة الفائقة في إبرامها[2].

ووفقا للفقرة الفرعية "ب" من الفقرة الرابعة من المادة 13 المذكورة أعلاه فإن رسالة البيانات لا تسند إلى المنشئ إدا علم المرسل إليه أو كان باستطاعته أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عنه.

وقد ساوى حكم هذه الفقرة الفرعية بين علم المرسل إليه الحقيقي وعلمه الحكمي، فإذا كان علمه الحقيقي يدل على أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ، فإن العلم الحكمي يعني الحالة التي كان يفترض فيها أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ، إذا بذل جهداً معقولا أو استخدم إجراء متفقا عليه ليعلم ذلك[3].

---

[1] محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 413 .

[2] الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال، المرجع السابق، ص 81،

[3] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 76.

إن إجراءات التوثيق التي تجعل المنشئ غير قادر على نفي نسبة الرسالة إليه أو التخلص من أثرها الإلزامي هي أمر لابد منه، فالمتعاملون بتقنيات الاتصال الحديثة يستخدمون عديدا من الاحتياطات والأساليب التي تأتي ضمن أعمال العناية المعقولة لكي يتأكد لكل طرف بأن ما يتلقاه هو صادر فعلا عن نظيره في التعامل ومنسجما مع مجريات التعامل ذاته دون سواه، كاستخدام أدوات التشفير والتوقيع الإلكتروني وغيرها من الوسائل التقنية التي تجعل التحقق من نسبة الإرادة إلى مصدرها أمرا سهلا.

وقد نص القانون الأردني على نفس الفرضين المذكورين في قانون الأونيسترال، إذ خصص المادة 15 فقرة "ب" منه للاستثناء المذكور في نسبة الرسالة إلى المنشئ، وهي تتفق في صياغتها ومضمونها مع نص المادة 14 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 10 فقرة 2و3 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي[1].

كما نص قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية على الإستثنائين المذكورين، بل وأضاف لهما استثناء آخر أورده بالبند "ج "من الفقرة الرابعة من المادة 15 منه التي جاء فيها: "**إذا كان من غير المعقول للمرسل إليه أن يعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ، أو أن يتصرف على هذا الأساس**"[2].

ويبدو واضحا أن هذه الفقرة إنما وضعت لتواجه الأوضاع المعتادة، فيجب لنسبة الرسالة إلى المنشئ وإسنادها إليه أن يكون ذلك موافقا لما هو معقول ومعتاد، فإذا كانت الظروف تشير إلى أن رسالة البيانات لا يمكن أن تكون صادرة عن المنشئ، فلا يحق عقلا للمرسل إليه أن يعتبر خلاف ذلك ويفترض أنها صادرة عن المنشئ[3].

وإذا كانت رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، أو أن المرسل إليه قد اعتبرها صادرة عنه، أو في الحالات التي يجيز له القانون افتراض صدورها عن المنشئ، فإنها متى تم إسنادها إلى هذا الأخير، تثور مشكلة أخرى كانت جديرة بالتصدي لها، وهي هل الرسالة الإلكترونية التي تلقاها

[1] محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 410.

[2] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 68.

[3] إبراهيم الدسوقي، المرجع السابق، ص 107.

المرسل إليه هي بالفعل الرسالة التي قصدها المنشئ دون تعديل أو تحريف، وهل هي مستقلة عن رسائل أخرى وما هو الحل لو كانت مكررة ومعدلة.

وبالفعل لقد تصدى قانون الأونيسترال لهذه الإشكالية التي عالجتها أيضا التشريعات العربية المنظمة للمعاملات الإلكترونية، حيث نصت المادة 13 فقرة 5 على ما يلي:

"**عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر أنها صادرة عن المنشئ أو عندما يكون من حق المرسل إليه أن يتصرف على أساس هذا الافتراض يحق عندئذ للمرسل إليه، في إطار العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، أن يعتبر رسالة البيانات كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض.**

**ولا يكون للمرسل إليه ذلك الحق متى عرف أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه، أن البث أسفر عن أي خطأ في رسالة البيانات كما تسلمها.**"

وعن استغلال رسالة البيانات جاء في الفقرة السادسة من نفس النص:

"**يحق للمرسل إليه أن يعامل كل رسالة بيانات يتسلمها على أنها رسالة بيانات مستقلة وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض إلا إذا كانت نسخة ثانية من رسالة أخرى، وعرف المرسل إليه أو كان عليه أن يعرف، إذا بذل العناية المعقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه أن رسالة البيانات كانت نسخة ثانية**"[1].

وقد أوضح الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال أن المقصود من الفقرة الخامسة هو منع المنشئ من أن يتبرأ من الرسالة بعد إرسالها، إلا إذا كان المرسل إليه يعلم أو كان يجب أن يعلم أن رسالة البيانات ليست رسالة المنشئ، كما يقصد من ذات الفقرة أن تتناول الأخطار التي تنشأ حول محتوى الرسالة نتيجة لأخطاء في عملية الإرسال[2].

كما أوضح الدليل التشريعي أن الفقرة السادسة المذكورة تتناول مسألة إزدواج رسائل البيانات عن طريق الخطأ وهي مسألة ذات أهمية عملية كبيرة، إذ وضعت هذه الفقرة معيار العناية الذي

[1] محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 248.

[2] الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال، المرجع السابق، ص 81.

يجب على المرسل إليه أن يطبقه لتمييز النسخة المكررة خطأ من رسالة البيانات عن رسالة البيانات أخرى منفصلة.

وقد اتفقت مع المادة 13 فقرة 5، 6 من قانون الأونيسترال المادة 15 فقرة 5، 6 من قانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية وهي تنطبق مع المادتين 16، 15 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لدولة فلسطين، والمادة 10 فقرة 4، 5 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

ومن تلك النصوص يتبدى أن المشرع قد وضع قرينة في إسناد رسالة البيانات إلى المنشئ وهي نفس القرينة التي يعمل بها في افتراض أن رسالة البيانات التي تلقاها المرسل إليه هي التي قصدها المنشئ وهي قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس.

ويلاحظ أن النصوص الوارد ذكرها تتعلق بسلامة رسالة البيانات وعدم حصول تغيير فيها مهما كانت طبيعته، فقد أكدت أنه عندما تكون رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو عندما تعتبر كذل ك، فإنه في إطار العلاقة بينه وبين المرسل إليه، يحق لهذا الأخير أن يعتبر أن الرسالة المستلمة هي ذات الرسالة التي أراد المنشئ إرسالها[1].

ويستطيع المرسل إليه أن يطمئن إلى سلامتها وأن يتصرف على هذا الأساس ولو كانت الرسالة المستلمة لا تعبر عن الإرادة الحقيقية للمنشئ، غير أن هذا الحكم لا ينطبق إذا كان المرسل إليه سيء النية بأن يكون قد علم أو كان بوسعه أن يعلم أن البث أسفر عن خطأ في رسالة البيانات أيا كانت طبيعته أدى إلى عدم التطابق بين الإرادة الحقيقية للمنشئ والإرادة الظاهرة التي عبر عنها من خلال رسالة البيانات فلا يجوز للمرسل إليه أن يعتبر أن رسالة البيانات سليمة وأنها تعبر عن الإرادة الحقيقية[2].

وإذا كانت أغلب التشريعات تقف موقفا واضحا من نظريتي الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، فإن الحل الوارد في النصوص التي سبق ذكرها يجد أساسه في مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود المعاملات وهو يتجلى في التعامل برسالة البيانات أنه إذا كان المرسل إليه يعلم حقيقة إرادة

[1] محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 411.

[2] آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 122.

المرسل فإن الالتزام يتحدد وفقا لهذا الأساس ولا تغلب الإرادة الظاهرة التي اتضحت من خلال مظهر رسالة البيانات.

وإذا كانت النصوص السابقة تحرص على اطمئنان المرسل إليه لإرادة المرسل، فإن منطق المساواة بين أطراف العلاقة العقدية يقتضي أن تكفل القوانين للمرسل أيضا أن يطمئن إلى أن رسالته قد وصلت بالشكل الذي أراد، ولذلك فإن كان لزاما على التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية أن تقنن مسألة استلام رسالة البيانات[1].

**الفرع الثاني: استلام رسالة البيانات**

تقرر القواعد العامة أن التعبير عن الإرادة سواء أكان إيجابا أم قبولا أم مجرد دعوة للتفاوض لا ينتج أثره إلا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و لأن إثبات اتصال التعبير بعلم من وجه إليه أمر صعب، فقد قرر المشرع أن وصول التعبير قرينة على العلم به حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك[2].

وبناء على ذلك فإن التعبير عن الإرادة الذي يكون عبر رسالة بيانات لا ينتج أثره إلا إذا اتصل يعلم من وجه إليه وهو المرسل إليه، كما أن التعبير الصادر عن المرسل إليه لا ينتج أي أثر إلا إذا وصل إلى علم المرسل[3].

ومن أجل ضبط مسألة تبادل رسالة البيانات عندما تستخدم للتعبير عن الإرادة فإن القانون النموذجي والتشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد التفتت إلى مسألة استلام رسالة البيانات من طرف المرسل إليه.

ولذلك تضمنت المادة 14 من قانون الأونيسترال أحكام الإقرار بالإستلام موضحة شكله وطريقته، والفترة التي يجب أن يصدر خلالها وآثار صدوره. فقد نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على ما يلي[4]:

---

[1] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 69.

[2] محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق، ص 492.

[3] محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 391.

[4] المادة 14 من قانون الأونيسترال، سالف الذكر.

**"تنطبق الفقرات من 2 إلى 4 من هذه المادة عندما يكون المنشئ قد طلب من المرسل إليه، وقت أو قبل توجيه رسالة البيانات، أو بواسطة تلك الرسالة توجيه إقرار باستلام رسالة البيانات أو اتفق معه على ذلك".**

ففي العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، وبموجب هذه الفقرة يكون المرسل إليه ملزما بإشعار المنشئ باستلام رسالة البيانات في الحالات التالية:

- إذا وجد اتفاق سابق بين الطرفين . المنشئ والمرسل إليه . يقضي بقيام المرسل إليه بإشعار المنشئ بأنه تسلم رسالته.
- إذا حصل الاتفاق على ذلك عند إرسال رسالة البيانات
- إذا اشترط المنشئ على المرسل إليه أن يقوم بإشعار عند استلام الرسالة من طرفه، وذلك بالنص على هذا الشرط في رسالة البيانات ذاتها، أو برسالة مستقلة عن رسالة البيانات[1].

والإقرار باستلام رسالة البيانات قد يكون لمجرد علم المنشئ بوصول رسالته إلى المرسل إليه، وقد يكون شرطا لإعمال الرسالة وترتيب آثارها، وفي الحالة التي يذكر فيها منشئ الرسالة أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي إشعار بالاستلام فإن هذه الرسالة لن يترتب عليها أي أثر قانوني إلا إذا تلقى المنشئ هذا الإشعار[2].

وتبريرا لإيراد هذا النص ذكر الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال في الفقرة 93 منه أن استخدام الإقرارات العملية هو قرار يتخذه مستعملو وسائل التجارة الإلكترونية، ولا يقصد القانون النموذجي أن يفرض استعمال مثل هذا الإجراء، بيد أنه مراعاة للقيمة التي يتضمنها نظام الإقرار بالاستلام وللاستخدام واسع النطاق رئي أن يتناول القانون النموذجي عددا من المسائل القانونية الناشئة عن إجراءات الإقرار. ويستخدم مفهوم الإقرار أحيانا على نحو يشمل عدة إجراءات متنوعة تتدرج من مجرد إقرار باستلام رسالة غير محددة، إلى الإعراب عن الاتفاق على مضمون رسالة بيانات محدودة، وفي أحوال كثيرة يكون إجراء الإقرار موازيا للنظام المعروف " **الإشعار بالاستلام**" في النظم البريدية. ويضيف الدليل، أنه ينبغي أن يكون ماثلا في الأذهان أن التنوع بين إجراءات

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 122.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 111.

الإقرار ينطوي على تبيان التكاليف المتعلقة بها، وتستند أحكام المادة 14 إلى الافتراض بأن إجراءات الإقرار ينبغي أن تخضع لتقدير المنشئ، وأما دلالة الإقرار بالاستلام هل هو قبول للإيجاب أم لا، فإن القانون النموذجي لا يتناول هذه المسألة التي تترك لقانون العقود في كل دولة[1].

وقد استلهمت التشريعات الداخلية حكم الفقرة الأولى من المادة 14 من قانون الأونيسترال ونصت عليه، فقد ورد نفس الحكم المذكور في المادة 16 فقرة 1 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية والمادة 16 فقرة أ من القانون الأردني، والمادة 14 فقرة 1 من قانون مملكة البحرين، والمادة 17 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين، و المادة 11فقرة 1 من مشروع القانون الكويتي الخاص بالتجارة الإلكترونية وقانون دولة سنغافورة للمبادلات الإلكترونية. أما عن شكل الإقرار أو الإشعار بالاستلام، فإنه من الناحية المبدئية يتحدد باتفاق الطرفين، فللطرفين أن يتفقا على أن يكون الإقرار في شكل معين أو بوسيلة معينة. فإذا لم يتفق الطرفان على شكل الإقرار أو وسيلته، فإن المادة 14 فقرة 2 من قانون الأونيسترال قد نصت على ما يلي: "**إذا لم يكن المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار بالاستلام وفق شكل معين أو على أن يتم بطريقة معينة، يجوز الاستلام عن طريق:**

**أ- أي لإبلاغ من جانب المرسل إليه سواء أكان بوسيلة آلية أو بأية وسيلة أخرى.**

**ب-أي سلوك من جانب المرسل إليه، وذلك بما يكون كافيا لإعلام المنشئ بوقوع استلام رسالة البيانات**".

ووفقا لهذا النص والنصوص المقابلة له، فإنه يجوز أن يكون الإقرار أو الإشعار بالاستلام عن طريق أي إجراء أو بلاغ من جانب المرسل إليه، وبأية وسيلة للاتصال سواء كانت رسالة بيانات أو باستخدام أية وسيلة اتصال أخرى كالهاتف مثلا، أو بواسطة الكتابة، كما يجوز أن يستنبط الإقرار أو الإشعار بالاستلام من اتخاذ أي موقف من جانب المرسل إليه يدل على أنه تسلم رسالة المنشئ[2].

[1] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 61.

[2] آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 115.

وقد جاء في الدليل التشريعي لقانون الأونسترال أن الغرض من الفقرة الثانية في المادة 14هو إثبات صحة الإقرار بواسطة أي بلاغ أو تصرف من جانب المرسل إليه حينما يكون المنشئ قد اتفق مع المرسل إليه على أن يكون الإقرار في شكل معين.

وأما الحالة التي يكون المنشئ قد طلب فيها بصفة انفرادية أن يكون الإقرار في شكل معين، فلم تتناولها صراحة المادة 14 مما قد يترتب عليه فتح الاحتمال في أن الاشتراط أحادي الطرف من جانب المنشئ بخصوص شكل الإقرار لن يمس بحق المرسل إليه في إصدار إقرار بالاستلام بأية طريقة، المهم فيها أن تكفي لإعلام المنشئ أن رسالته قد تم استلامها[1].

وغني عن البيان، أنه إذا تم تحديد طريقة معينة للإشعار باتفاق الطرفين أو باشتراط المنشئ وحده، فإنه يتحقق الإشعار بهذه الطريقة وحدها، وإلا فإن رسالة البيانات ستعامل وكأنها لم ترسل أصلا فيما يتعلق بترتيب حقوق والتزامات قانونية بين المنشئ والمرسل إليه وذلك إلى حين صدور الإقرار بالطريقة المحددة، وهذا الحكم نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة 14 من قانون الأونسترال المقابلة للفقرة ب من المادة 16 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والفقرة الثالثة من المادة 16 من قانون إمارة دبي والفقرة الثالثة من المادة 13 من قانون مملكة البحرين، والفقرة الثالثة من المادة 17 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين، و المادة 11 فقرة الثالثة من مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

وتناولت الفقرة الرابعة من المادة 14 من قانون الأونيسترال الحالة التي لا يشترط فيها المنشئ تلقي الإشعار بالاستلام، ولم يعلق فيها أثر رسالته على ذلك الإشعار، فإنه إذا لم يحصل الإقرار في غضون وقت معقول، يحق للمنشئ أن يوجه إشعارا لاحقا إلى المرسل إليه يفيد أنه لم يتلق أي إشعار بالاستلام ويحدد وقتا معقولا يجب فيه على المرسل إليه إشعاره، فإذا لم يتم ذلك خلال الوقت المحدد فإنه من حق المنشئ أن يعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلا وأن يمارس أية حقوق أخرى قد تثبت له كأن يطالب بالتعويض عما لحقه من ضرر من جراء عدم إرسال الإشعار من المرسل إليه وأن ذلك تسبب في تفويت فرصة عليه مثلا[2].

[1] الدليل التشريعي للقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، المرجع السابق، ص 83.

[2] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص79.

وجدير بالإشارة إلى أن المشرع في قانون مملكة البحرين في البند أ من الفقرة الرابعة من المادة 13 قد اشترط أن يكون إشعار المنشئ للمرسل إليه كتابيا[1].

وتواجه الفقرة الرابعة من المادة 14 والنصوص المقابلة لها حالة شائعة في العقود الإلكترونية عندما يتم إبرامها من خلال تبادل رسالة البيانات عبر شبكة الإنترنت، فغالبا يقوم الموجب بإرسال رسالة البيانات تتضمن إيجابا إلى المرسل إليه ولا يشترط عليه في رسالته وجوب إشعاره بالاستلام كما لا يعلق على الإشعار ترتيب آثار قانونية على الرسالة، أي أن المنشئ لا يذكر في رسالته بأنها غير نافذة المفعول إلى حين استلام الإشعار من المرسل إليه، ونتيجة لذلك لا يتلقى الموجب إشعاراً بالاستلام في غضون وقت معقول، ولذلك فإنه لا يستطيع أن يعرف متى يتحلل من إيجابه، كما لا يستطيع توجيه إيجاب إلى شخص آخر، فيحق للم نشئ عندئذ من الناحية المنطقية والقانونية أن يوجه إشعار للمرسل إليه، ولهذا الأخير كامل الحرية في الرد على الإشعار و في عدم الرد عليه.

والواقع أن القاعدة التي قررتها الفقرة الرابعة المذكورة أعلاه والنصوص المقابلة لها تصب في مصلحة المنشئ والمرسل إليه في آن واحد، إذ لا يكون المنشئ ملزما بإرسال هذا الإشعار، غير أنه وسيلة يستطيع المنشئ عن طريقها تحديد وضعه القانوني تجاه المرسل إليه[2].

كما أن المرسل ليس ملزما بالإجابة على الإشعار خلال المدة المحددة، ولا يبقى للمرسل في هذه الحالة إلا التعامل مع الرسالة وكأنها لم ترسل دون إخلال بما قد ينشأ له من حقوق ناجمة عن الإضرار به جراء عدم إرسال الإشعار بالاستلام.

وبتلقي المرسل للإقرار أو الإشعار باستلام رسالة البيانات من المرسل إليه، فإن الفقرة الخامسة من المادة 14 من قانون الأونسترال قد أقامت قرينة قانونية مفادها أن المرسل إليه الذي قام بإرسال الإقرار قد استلم رسالة البيانات التي أقر باستلامها، غير أن هذا لا يعد قرينة على سلامة الرسالة وصحة مضمونها[3].

---

[1] آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 116.

[2] الدليل التشريعي لقانون الأونسترال، المرجع السابق، ص 84.

[3] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص 113.

فقد جاء في المادة 14 فقرة الخامسة ما يلي:"**عندما يتلقى المنشئ إقرار بالإستلام من المرسل إليه، يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الأصل، ولا ينطوي هذا الافتراض ضمنا من أن رسالة البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت**".

وهذه الفقرة تقابل وتطابق الفقرة الخامسة من المادة 14 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية التي جاء فيها: " **إذا استلم المنشئ إقرار بالتسلم من المرسل إليه، فإنه يفتر ض، ما لم يثبت خلاف ذلك، أن السجل الإلكتروني ذا العلاقة يكون قد تم تسلمه من قبل المرسل إليه.**

**لا ينطوي هذا الافتراض على أن محتويات السجل الإلكتروني مطابقة للسجل الذي تم تسلمه**".

وهي تطابق أيضا المادة 16 فقرة "د" من القانون الأردني، والفقرة الخامسة من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية، والمادة 18 الفقرة الأولى من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

فطالما تلقى المنشئ إشعار باستلام الرسالة، فإن هذا الإقرار يعد قرينة بسيطة على وصول رسالة البيانات إلى المرسل إليه، غير أن هذه القرينة تمتد لتعد دليلا على تطابق الرسالة التي أرسلها المنشئ مع الرسالة التي تسلمها المرسل إليه وذلك لاحتمال حدوث خطأ في الإرسال أو التسلم ما قد يؤدي إلى اختلاف بين الرسالة والقصد من ورائها[1].

ويذكرنا نص المادة 14 فقرة الخامسة والنصوص المطابقة لها بنص الفقرة الخامسة من المادة 13 التي سبق الحديث عنها المتعلقة بإسناد رسالة البيانات، إذ قد تختلف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة وفي هذه الحالة فإن للمرسل إليه أن يفترض أن رسالة البيانات التي تسلمها هي نفسها الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها إذا هو بذل عناية معقولة أو استخدام إجراء متفقا عليه للتأكد من مطابقة الرسالة لمضمون إرادة المنشئ.

وتذكرنا تلك النصوص أيضا بنص المادة 61 من التقنين المدني الجزائري التي اعتبرت وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك، فوصول التعبير يبقى قرينة دائما على العلم به، ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس بكافة طرق الإثبات.

[1] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 80.

وقد تظهر عند تسلم رسالة البيانات بعض المشاكل التقنية عند المرسل إليه، إذ قد لا يستطيع الجهاز المستخدم من طرفه ترجمة الرموز المستعملة فيها إلى حروف أو صور ونتيجة لذلك تكون الرسالة غير قابلة للقراءة وهذه المشكلة قد تنجم عن انعدام التساوي في الكفاءة بين الأجهزة المستخدمة من الطرفين، ففي هذه الحالة إذا كان الإشعار بالاستلام يتضمن ما يدل على أن الرسالة قد استوفت الشروط التقنية المتفق عليها أو المعمول بها، فعندئذ يستطيع المنشئ أن يتصرف على أساس أن الرسالة قد استوفت الشروط الفنية[1].

وقد واجهت هذا الوضع ممكن الحدوث الفقرة السادسة من المادة 14 من قانون الأونسترال ونصت عليه معظم التشريعات التي سارت على نهجه حيث نصت عليه الفقرة السادسة من المادة 14من قانون مملكة البحرين، والفقرة السادسة من المادة 16 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية في حين لم يشر القانون الأردني والتونسي إلى نص مماثل[2].

يبقى أن نشير إلى أن الأحكام السابقة الواردة في الفقرات الست للمادة 14 من قانون الأونسترال والنصوص المقابلة أو المطابقة لها إنما تتعلق برسالة البيانات وباستلامها، ولا يتعدى ذلك إلى الآثار القانونية التي تترتب على تبادل رسالة البيانات، فرسالة البيانات قد تتضمن إيجابا أو قبولا، أو مجرد دعوة للتعاقد، كما قد تتضمن إشعاراً بفسخ العقد، أو بالإجازة، ولذلك فإن رسالة البيانات تعد وسيلة لنقل الإرادة أما مضمون الإرادة وتطابق الإرادتين فنعالجه في الباب الثاني عند الكلام عن الإيجاب والقبول وتحديد لحظة انعقاد العقد وآثار ذلك[3].

[1] آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 119.

[2] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 83.

[3] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص 90.

## المبحث الثاني: صور التعاقد الإلكتروني

من الثابت قانونا أن العقد يتم بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون إخلال بما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع لانعقاد العقد.

ومن المقرر أيضا أن القانون لا يفرض شكلا معينا للتعبير، إذ يجوز للمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي يشاء، المهم في ذلك أن يفهمها الطرف الآخر.

وإذا كنا قد انتهينا فيما سبق إلى أن العقد الإلكتروني لا يشكل نوعا جديدا من العقود، فهولا يتميز عنها إلا في الطريقة المتطورة والحديثة في التعبير عن الإرادة فيه، فإن هذه الوسيلة تلقي بظلالها على ما استقر من أحكام قانونية في نظرية العقد، وتجعل للعقد الإلكتروني خصائص ينفرد بها كما رأينا.

ولذلك يمكن النظر إلى العقد الإلكتروني على أنه كيان متعدد الأبعاد والصور، وهو الأمر الذي يرجع إلى الاستعمال المتسارع والمتزايد لوسائل الاتصال الحديثة ولاسيما شبكة الإنترنت في المعاملات بين الأفراد في مختلف مجالات الحياة اليومية.

وإذا كان التبادل الإلكتروني لبياناته ووسيلة إبرام العقد الإلكتروني، فإن هذه الوسيلة تجعل الصور التي يتم بها التعاقد تختلف، كما يتيح منطق عملية التبادل الإلكتروني للبيانات إمكانية تصور استخدام الأجهزة الإلكترونية المبرمجة في نقل الإرادة.

وبغرض الوقوف على الصور المتعددة التي يرد بها العقد الإلكتروني والتصدي لمشكلة الاعتراف القانوني باستخدام الأجهزة المبرمجة في إبرام العقد، فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نخصص الأول منها للصور المتعددة للعقد الإلكتروني، لنعالج في المطلب الثاني مسألة استخدام الأجهزة المبرمجة أو ما يسمى بالوسيط الإلكتروني في التعاقد الإلكتروني وجواز ذلك من الناحيتين الفقهية والتشريعية.

### المطلب الأول: تعدد صور التعاقد الإلكتروني

أدى انتشار وتطور تقنيات شبكة الإنترنت إلى توفير العديد من الخدمات منها إمكان استعمالها في التفاوض على العقود وإبرامها وامتداد ذلك إلى تنفيذها أيضا من خلال عملية تبادل البيانات[1].

[1] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 87.

وبتعدد التقنيات المستعملة واختلافها تعددت صور التعاقد الإلكتروني، فقد يتم العقد عن طريق نظام البريد الإلكتروني، وقد يتم عن طريق المواقع الإلكترونية، كما قد يتم العقد عن طريق المحادثة المباشرة عبر الشبكة، ونتعرض لكل صورة من تلك الصور في فرع مستقل.

**الفرع الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني**

يقصد بالبريد الإلكتروني تبادل الرسائل بين الأطراف بطريقة إلكترونية، وينظر إليه على أنه النظير الإلكتروني للبريد العادي[1].

وقد تعددت التعريفات الفقهية والتشريعية للبريد الإلكتروني، فعرفه بعض الفقه بأنه مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي.

وعرفه آخرون بأنه :" طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الإنترنت"[2].

وقد عرفت المادة الأولى من القانون الفرنسي المسمى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي في فقرتها الأخيرة البريد الإلكتروني بأنه: "**كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو صور أو أصوات يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على أحد خدمات الشبكة أوفي أجهزة المرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها**".

وتقوم فكرة البريد الإلكتروني على تخصيص مزود خدمات البريد الإلكتروني مساحة ت كون مخصصة للبريد الصادر والوارد وتمنح لكل مشترك عنوانا خاصا به يمكنه من تبادل الرسائل الإلكترونية، والملفات والرسوم والصور عن طريق إرسالها من المرسل إلى شخص أو أكثر[3].

ويتسم نظام البريد الإلكتروني بإمكانية استخدامه بين أي نوع من أجهزة الحاسوب الآلي، وتتم المرسلات بين المتعاملين سواء لإجراء التفاوض أو لإبرام العقود[2].

وتتم عملية التعاقد وتبادل رسائل البيانات عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني وإرسال رسالة إلى من يريد التعاقد

[1] خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 129 .

[2] عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 219.

[3] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 26.

معه على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط التعاقد وبنوده، ويجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني في المكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل، ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد الإلكتروني وعندئذ ترسل الرسالة إلى حاسوب المرسل إليه الذي يخزن الرسالة في صندوق البريد الوارد للمرسل إليه، وعند قيام المرسل إليه بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني يمكنه قراءة الرسالة والرد عليها بنفس الطريقة بالقبول أو الرفض أو التعديل[1].

وفي حالتي إرسال الرسالة أو الرد عليها برسالة مماثلة تتضمن القبول أو الرفض أو التعديل، يمكن أن يقترن برسالة البريد الإلكتروني توقيع إلكتروني يسمح بتحديد هوية صاحبها ويضمن سلامة الرسالة من أي تعديل أو تحريف[2].

ويلاحظ أن التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني يتم عن طريق الكتابة، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة قد اختلفت، فإذا كانت الكتابة بشكلها المعتاد يتم تحقيقها بواسطة القلم، وكما كان القلم اختراعا عظيما في زمن تاريخي معين، فإن جهاز الحاسوب لا يعدو أن يكون آلة طابعة بشكل حديث ومتطور، كل ما هناك أن التعبير بالكتابة عن طريق الحاسوب يأخذ شكلا خاصا، فهي ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم إلكترونية[3].

ويذكرنا التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني بالتعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري كالفاكس والتلكس حيث يتم التعاقد بها عن طريق إرسال الإيجاب أو القبول بطريقة الكتابة، وما يحصل عبر الاتصال بالتلكس والفاكس والرد عليه في نفس الوقت أوفي وقت لاحق هو ذاته ما يحصل عبر البريد الإلكتروني، فالتعبير الصريح بالكتابة لا يفرق بين وسيلة الكتابة[4].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 130.

[2] تامر محمد الدمياطي، الرسالة السابقة،ص52.

[3] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 45.

[4] مندي عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2010، ص 60.

وقد أكد التقنين المدن ي الفرنسي على صحة التعبير عن الإرادة في التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني وذلك بإضافة الفقرة الثانية للمادة 1369 من التقنين المدني بمقتضى الأمر 674 لسنة 2005 المتعلق باستخدام الوسائل الإلكتروني ة في التعاقد والذي سبقت الإشارة إليه حيث جاء فيها: "**المعلومات التي يتم تداولها أثناء إبرام العقد أو تنفيذه يمكن يتم إرسالها باستخدام البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه على إستخدام هذه الوسيلة**".

كما نصت الفقرة الثالثة من نفس المادة على أن "**المعلومات التي يتم إرسالها إلى مهني يمكن أن ترسل باستخدام البريد الإلكتروني منذ الوقت الذي يعلن فيه المهني عن عنوان بريده الإلكتروني**".

وبهذا يكون التقنين المدني الفرنسي بعد تعديله سنة 2005 قد أرسى مبدأ المساواة بين البريد الإلكتروني والبريد التقليدي [1].

هذا وقد نص على جواز استخدام البريد الإلكتروني في التعاقد قانون الأونسترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية في مادته الثانية عند تعريفه رسالة البيانات، إذ قضت بما يلي:

"**يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أ وصوتية أ وضوئية أ وبوسائل مشابه ة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أ والبريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس أو النسخ البرقي**....."

وقد سبقت الإشارة إلى أن المادة 11 من القانون النموذجي قد أجازت استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد والتعبير عن الإرادة[2].

وبالرجوع إلى القواعد العامة في التعبير عن الإرادة في التقنين المدني التي تقرر بأن كل ما يدل على وجود الإرادة يصلح للتعبير عنها وهو لذلك لا يخضع لشكل معين، إذ لكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها، ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الإرادة[3].

---

[1] عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 220.

[2] المرجع نفسه، ص 221.

[3] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 80.

وقد بينت المادة 60 من التقنين المدني الجزائري أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه.

ويمكن القول أنه في ظل غياب نص تشريعي ينظم التعاقد بالطرق الإلكترونية في التشريع الجزائري، فأن نص المادة 60 ينطبق على التعبير عن الإرادة بالبريد الإلكتروني إذ لا يختلف عن البريد العادي إلا في التقنية المتطورة، بل يجب الذهاب أكثر من ذلك إلى القول بأنه حتى في حالة وجود تنظيم للتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإن نص المادة 60 يعد كافي البيان أن استعمال البريد الإلكتروني للتعبير عن الإرادة يتشابه مع أية وسيلة أخرى، كل ما في الأمر أن التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني قد يختلف عن أية وسيلة أخرى في تحديد لحظة إتحاد مجلس العقد وهذه مسألة أخرى نناقشها فيما بعد عند التطرق للتراضي في العقد الإلكتروني.

**الفرع الثاني: التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني**

قد يتبادر إلى الذهن أن مصطلح الموقع ومصطلح الإنترنت مترادفان لمعنى واحد، والواقع أنهما مختلفين، فالموقع ليس هو الإنترنت ولكنه وسيلة من بين وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الإنترنت، بل هو الوسيلة الأكثر شيوعا واستخداما في الاتصال عبر الشبكة العالمية[1].

واستخدام موقع على الإنترنت يعني استمرارية هذا الموقع على مدار الساعة والأيام وهو يتألف من مجموعة من الصفحات والصفحة الرئيسة [2]. وعلى تلك الصفحات يتم عرض المنتجات أو الخدمات بصفة موجهة لجمهور المستهلكين، وتلك السلع والخدمات إما أن تسلم بالطرق التقليدية كالسلع المادية مثلا، أو تسلم إلكترونيا كالاستشارات الطبية أو القانونية أو البرامج الثقافية[3]. ويتم التعبير الإلكتروني عن الإرادة في العقد الذي يبرم من خلال الموقع بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بجهاز الحاسوب الآلي، أو بالاتجاه

[1] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 47.

[2] بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 34.

[3] عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 86 وما بعدها.

[2] Marie-Hélène Deschanps –Marquis, de nouvelles solutions en matière de commerce électronique, P3,www.legassenbly.sk.ca/bills/porgabill.htm.

إلى خانة الموافقة المخصصة لذلك في صفحة الموقع، وتستخدم هذه الطريقة من أجل إنشاء العقد حيث يختار المتعاقد السلعة المطلوبة أو الخدمة المتاحة ثم يضغط على زر الموافقة فتظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المحتوي على شروط وبنود التعاقد . ويلاحظ أنه في هذه الصورة من صور التعاقد الإلكترون ي تتجلى صفته كعقد من عقود الإذعان، إذ لا يستطيع المتعاقد مناقشة شروط العقد أو تعديلها، فلا يتاح له سوى الضغط على زر الموافقة أو الإعراض عن إتمام التعاقد وصرف النظر عنه[1].

ويرى بعض الفقه أن المشكلة التي تثيرها هذه الصورة من صور التعاقد الإلكتروني هي التعبير عن القبول الذي يتم عبر الضغط على خانة الموافقة التي توجد في أخر الصفحة التي تحتوي على عقد نموذجي معد سلفا، ومتى تم الضغط على خانة الموافقة فإن المتعاقد يكون قد أعلن عن قبوله لكل شروط العقد، و بالتالي، يرى هذا الجانب من الفقه، أن التعبير عن الإرادة قد اتخذ شكلا جديدا غير الأشكال التقليدية وهو الضغط على خانة الموافقة، وهذا المظهر غير كاف للتعبير عن الإرادة، إذ من الممكن أن يضغط الشخص على خانة الموافقة دون أن يقصد جديا الدخول في رابطة عقدية [2].

غير أن معظم الفقه قد أجمع على أن الضغط بالموافقة على خانة القبول في شاشة الحاسوب هو مظهر كاف للتعبير عن قبول المتعاقد[2].

فإذا كان الضغط على زر الموافقة قد يحدث خطأ أو صدفة أ وأنه لا يدل على القبول النهائي في كل الأحوال، فإن أكثر الشركات تلجأ إلى تزويد الموقع ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام العقد كأن يشترط الضغط على زر الموافقة مرتين مثلا أو استخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الإنترنت، فهناك مثلا إشارة وجه مبتسم تدل على الموافقة و وجه غاضب تدل على الرفض في مكن اعتبار الضغط على خانة الموافقة بمثابة الإشارة التي لا تخرج عن معناها التقليدي، كل ما في الأمر أن وسيلة نقلها هي الحاسوب الآلي[3].

---

[1] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 51.

[2] المرجع نفسه، ص 57.

[3] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 74.

ففي العقود التقليدية يكون مقبولا أن يتم التعبير عن الإرادة بهز الرأس عموديا للدلالة على القبول، وهزه أفقيا للدلالة على الر فض وهي إشارة يجيز التقنين المدن ي إبرام العقد بها[1].

وبعد انتشار شبكة الإنترنت وتعلق الأفراد بها، أصبح في الإمكان أن يختار المتعاقد السلعة أو الخدمة المتاحة والمعروضة على الموقع، وبتصفح كافة المعلومات المتوفرة عنها بشكل يؤدي إلى علمه بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة، ويمكن له أن يطلب من الموقع بعض الإيضاحات حول السلعة أو الخدمة التي يرغب في التعاقد عليها ثم يعلن موافقته على قبول التعاقد بعد الإطلاع على الشروط المدونة في العقد النموذجي[2].

ويتبين مما سبق أن التعاقد عبر الموقع يمثل أحدث صورة من صور التعاقد وأكثرها تطوراً واستغلالا للشبكة من حيث عرض السلع والخدمات وقوائم الأسعار لكنه من ناحية أخرى يحمل في طياته أكبر درجات الخطورة من حيث عدم التأكد من حقيقة وجود السلعة أو الخدمة ونوعيتها، وصعوبة التحقق من أهلية المتعاقدين[3].

وإذا كنا قد أشرنا سابقا إلى أن المشرع الفرنسي قد أدخل تعديلات على التقنين المدني بمقتضى المرسوم 674 لسنة 2005 فإنه أصبح يتضمن نص الفقرة الأولى من المادة 1369 التي تقضي بأنه يجوز وضع شروط العقد والبيانات الخاصة بالطريقة الإلكترونية [1].

وفي نظرنا، فإن القواعد العامة في التقنين المدني الجزائري بنصوصه الحالية لا تكفي لاحتواء هذا النوع من التعاقد، فلو عرض على القاضي الجزائري حاليا أي عقد تم إبرامه عن طريق الموقع كشراء مجموعة من الكتب أو البرامج أو السيارات مثلا أو كراء غرفة في فندق، ثم وقع نزاع حول عملية إبرام العقد والتعبير عن الإرادة فإنه سيجد نفسه أمام نصوص لا تفي بالغرض ولا تسعفه لإيجاد حل عادل للنزاع وبذلك تظهر خصوصية التعاقد الإلكتروني وحتمية وضع تنظيم قانوني خاص به لمواجهة هذه الصورة من التعاقد[4].

---

[1] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 47.

[2] تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 51.

[3] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 81.

[4] المرجع نفسه، ص 83.

**الفرع الثالث: التعاقد عن طريق المحادثة**

أدى تطور تقنية المعلومات إلى أن أصبح بإمكان أي مستخدم لشبكة الإنترنت أن يخاطب أشخاصا آخرين سواء عن طريق الكتابة أو الصوت، بل أصبح بالإمكان تلاقيهم وجها لوجها بمجرد استخدام كاميرا يتم توصيلها بالحاسوب، وهذا ما يحقق التفاعل الحواري المباشر بين الطرفين [1].

ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين ببرنامج المحادثة المعد تقنيا لهذا الغرض، ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسة إلى جزئين، حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول وسيرى في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من الصفحة، ويلاحظ أن هذه الوسيلة توفر التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين[2]. ويمكن للمتعاقدين عن طريق هذه الوسيلة إضافة كاميرا رقمية تسمح لكل طرف بمشاهدة الطرف الأخر فيصبح التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة في نفس الوقت[3]. ورغم فعالية هذه الوسيلة كصورة من صور التعاقد الإلكتروني، فإنها أقل انتشارا وأهمية في التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت وإن كانت تجمع مظاهر وأشكال التعبير عن الإرادة إذ يمكن للطرفين المحادثة شفويا باستعمال ألفاظ مفهومة بينهما، كما يمكن الاقتصار على الكتابة أو الإشارة، وهي كلها أوجه للتعبير الصريح عن الإرادة التي أقرتها القواعد العامة في التقنينات المدنية[4].

وبالرجوع إلى نص المادة 1369 فقرة الأول من التقنين المدني الفرنسي التي سبقت الإشارة إليها والتي جاء فيها أنه يمكن إبرام العقود بطريقة إلكترونية، فإنه يتضح أن التفاعل الحواري المباشر بين طرفي الرابطة العقدية هو طريقة إلكترونية[5].

ولا بد أن نلاحظ هنا أن هذه الصورة من التعاقد قد جمعت بين حالة التعاقد عن طريق الهاتف إذ أتاحت التعاقد عن طريق المشافهة المباشرة، و أضافت إمكانية رؤية كل طرف للأخر

[1] تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 52.

[2] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 48.

[3] مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 164.

[4] رامي علوان، المقال السابق، ص 262.

[5] المرجع نفسه، ص 265.

لحظة حديثه معه، وهذا التطور يؤثر حتما على الناحية القانونية، فإذا كانت ستثار مسألة التحقق من أهلية المتعاقد وشخصيته وجديته، والعلم بمحل العقد علما كافيا، فمن الممكن عن طريق التعاقد بواسطة التفاعل المباشر التعرف على شخص المتعاقد بعد رؤيته ورؤية السلعة عبر شاشة الجهاز والتأكد من أوصافها إلى غير ذلك من المسائل التي يثيرها إتحاد مجلس العقد الذي نعود لمناقشته في الباب الثاني من الدراسة[1].

ويبقى أن نشير إلى أن القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لم تذكر كل وسيلة من وسائل التعاقد الإلكترون ي وإنما تركت ذلك للتطور السريع والمتلاحق لهذه الوسائل، ولذلك يمكن القول أن القواعد التي احتوتها تلك التقنينات ا لخاصة بالمعاملات الإلكترونية قد شملت كل علاقة تعاقدية يمكن إبرامها أو تنفيذها كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية. وقد يقول قائل إن القواعد العامة في التقنينات المدنية جديرة بأن تحتوي هذه الوسائل التي تصلح للتعبير عن الإرادة في ظلها، فالبريد الإلكتروني هو وسيلة للتعبير عن الإرادة عن طريق الكتابة وهذه الطريقة معروفة حتى قبل ظهور أرقى أجهزة الاتصال الحديثة، والتعاقد عن طريق الموقع وإن كانت التقنية حديثة فإن القانون لا يحفل بها ما دام التعبير سيصل إلى من وجه إليه عن طريق الإشارة وكذلك الأمر في التعاقد عن طريق التفاعل الحواري لكن الإشكال لا يقف عند هذا الحد بل يتعده إلى حالة قيام نزاع بين الطرفين حول حقيقة المقصود من التعبير عن الإرادة ووجد القاضي نفسه مضطرا لبحث مسألة جواز نقل التعبير عن الإرادة بهذه الوسيلة في ظل انعدام نص خاص صريح فيكون الحل العادل بعيد المنال ولأصبح القانون عائقا أمام استخدام التكنولوجيا لأغراض تعاقدية يبيحها القانون أصلا، ولذلك وجب التصدي لهذه المسائل كما فعل المشرع الفرنسي بإضافة نص إلى التقنين المدني أو إفراد تشريع خاص مستقل[2].

**المطلب الثاني: التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني**

إذا كان معروفا أن العق د يبرم دائما بين شخصين من أشخاص القانون، فإن استخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في التعاقد قد أظهر بعض العقود والمعاملات التي تتم دون تدخل

[1] تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 52.

[2] المرجع نفسه، ص 62.

الشخص الطبيعي في إنشائه، إذ يتم حاليا وبشكل سريع ومتزايد استخدام ما يسمى بالوسيط أو الوكيل الإلكتروني في إبرام العقد.

ووفقا لهذا النظام تتم برمجة جهاز حاسوب ليبرم عقدا مع إنسان أو مع حاسوب آخر كطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة في بيئة التجارة الإلكترونية، وهذا ما يعني أن الإيجاب والقبول يحدثان بصورة آلية اعتمادا على عناصر ومعلومات مبرمجة سلفا بين أجهزة الحاسوب المرتبطة بشبكة الانترنيت[1].

ونظرا لشيوع استخدام هذه الطريقة في إبرام العقود فإن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية أولتها جانبا من الاهتمام كبيرا، لاسيما بالمسائل القانونية التي أثارها التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني، خاصة إذا علمنا أن التقنين المدني عند تنظيمه للعقد لم يتطرق لأحكام خاصة بهذا الشكل من التعاقد وهي برمجة آلة لنقل الإرادة[2].

ومن المسائل التي يثيرها التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني بيان المقصود به وتعريفه، وصلاحيته للتعبير عن الإرادة وصحة العقود الإلكترونية المبرمة من خلاله، وصحة تسميته بالوسيط أو الوكيل الإلكتروني، ومدى انطباق أحكام الوكالة عليه[3].

وبهدف الوقوف على تلك المسائل نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتولى في الأول منهما توضيح مفهوم الوسيط الإلكتروني باستعراض التعريفات الفقهية، والتشريعية له لنخصص الثاني منهما لمسألة مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني في فقه التقنين المدني وتشريعه وفي ظل القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية.

**الفرع الأول: مفهوم الوسيط الإلكتروني**

يقصد بالوسيط الإلكتروني عموما وضع أجهزة إلكترونية تمت برمجتها وإعدادها لكي تتولى إبرام العقود الإلكترونية تلقائيا دون الحاجة إلى تدخل مباشر من الطرفين المتعاقدين أومن أحدهما[4].

---

[1] تامر الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 52.

[2] مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 471.

[3] المرجع نفسه، ص 472.

[4] المرجع نفسه، ص 478.

ولم يتضمن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال تعريفا واضحا ودقيقا للوسيط الإلكتروني رغم أن نصوصه تستوعبه كطريقة للتعبير عن الإرادة حيث جاء في الفقرة 2 من المادة 13 منه ما يلي: " **في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت : أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة بيانات . ب – من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا**"[1].

كما جاء بمشروع الأونيسترال للاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل بيانات إلكترونية في المادة 5 منه أنه يقصد بمصطلح وكيل إلكتروني "**برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أ ووسيلة أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كليا أو جزئيا لوسائل بيانات دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملا أو يقدم استجابة**"[2].

وعرف القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية في المادة 2 فقرة 6 منه

الوسيط الإلكتروني بما يلي: "**برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملا أو الرد على تسجيلات إلكترونية أ وأداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون العدول إلى الشخص الطبيعي** "وهذا نفس التعريف الذي تبناه قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية في المادة 19 منه [3].

وعلى صعيد التشريعات العربية، نصت المادة14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني على ما يلي : "**تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ، سواء صدرت عنه ولحسابه أو بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أتوماتيكيا بوساطة المنشئ، أو بالنيابة عنه**".

كما عرفت المادة الثانية فقرة 11 منه الوسيط الإلكتروني بأنه: "**برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي**".

أما قانون مملكة البحرين الخاص بالتجارة الإلكترونية الصادر سنة 2002 فقد عرفت المادة الأولى منه الوسيط الإلكتروني مستخدمة لفظ وكيل إلكتروني بأنه:

---

[1] وائل بندق، المرجع السابق، ص17.

[2] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،ص76.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 158.

" **برنامج حاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات إلكترونية –كليا أو جزئيا– بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له**". ورغم الاختلاف البسيط في الصياغة بين هذا النص ومثيله في القانون الأردني فإنه يلاحظ بأنهما يتفقان من حيث المضمون، ولكن القانون البحريني استخدم لفظ وكيل إلكتروني بدلا من مصطلح وسيط إلكتروني، واستعمال لفظ وكيل إلكتروني أدى إلى اختلاف الفقه حول جواز استخدام هذا اللفظ ومشروعيته ضمن القواعد العامة وهو ما أثار تناقض المواقف التي نعالجها حين التطرق لمشروعية التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني. وفي قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية نصت المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات على تعريف الوسيط الإلكتروني حيث جاء فيها: الوسيط الإلكتروني المؤتمت برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب للتصرف بشكل مستقل، كليا أو جزئيا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له" ويلاحظ بداءة أن المشرع في إمارة دبي استعمل لفظ "**وسيط إلكتروني مؤتمت** " هذا اللفظ الذي يبدو أنه مشتق لغوي معرب من اللفظ الفرنسي Automatique والإنكليزي Automatic، وتتراوح الترجمة اللفظية لهذين المصطلحين بين ثلاثة مرادفات عربية هي ذاتي أو تلقائي أو آلي، وقد كان الأحرى بالمشرع استخدام أحد تلك الألفاظ للدلالة على المقصود وهو أن التعاقد عبر الوسيط الإلكتروني يتم دون تدخل بشري فلفظ مؤتمت هو لفظ غريب عن العربية وغريب عن الألفاظ القانونية فضلا عن أنه يثير الالتباس حول المقصود منه[1].

هذا ولم يتضمن القانون التونسي للمبادلات الإلكترونية ولا مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت ولا لدولة فلسطين أو مصر نصا يتعلق بالوسيط الإلكتروني، غير أن مشروع قانون التجارة الإلكترونية المقترح في لبنان ولم تتم المصادقة عليه بعد، جاء فيه عرض للتعريفات وفي الفقرة 43 من المادة الثانية ورد تعريف للوسيط إلكتروني بأنه: "**برنامج معلوماتي يعمل بشكل أوتوماتيكي للقيام بعملية أو لإجراء عملية إلكترونية بشكل جزئي أو كلي دون تدخل أو متابعة أو إشراف من أي شخص في الوقت الذي يتم فيه العمل**".

[1] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،ص87.

كما أن الفقرة 41 من نفس المادة من المشروع عرفت المعاملات الإلكترونية المؤتمتة بأنها معاملات يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية من خلال شبكة الانترنيت والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات[1].

ويتضح من خلال النصوص والتعريفات السابقة للوسيط الإلكتروني، أن التعاقد عن طريقه يتم من خلال إعداد وبرمجة أجهزة أو أية وسائل إلكترونية لكي تتولى إبرام العقود تلقائيا بمجرد الاتصال بها د ون الحاجة إلى تدخل بشري مباشر في العملية التعاقدية من جانب الطرفين أومن أحدهما[2].

وبما أن التشريعات التي تمت الإشارة إليها قد سوت بين صدور التعبير عن الإرادة عن شخص طبيعي وبين صدورها عن جهاز تمت برمجته مسبقا فإنه يمكن القول أن العقد يتم بمجرد تبادل التعبير عبر الوسيط الإلكتروني، حيث يقوم الشخص الطبيعي أصالة عن نفسه أو نيابة عن شخص معنوي ببرمجة جهاز معين للرد بطريقة معينة ليقوم الجهاز بإرسال معلومات أو استلامها حسب البرمجة[3].

ويلاحظ أن الوسيط الإلكتروني لا يفاوض ولا يحاور الطرف الآخر سواء أكان جهازا أم شخصا طبيعيا، لأنه لا يخرج عما تمت برمجته عليه.

ويمكن أن نتصور أن يتم استخدام الوسيط الإلكتروني في إنشاء العقود في كل مراحلها أوفي مرحلة واحدة فقط ليتولى الشخص الطبيعي إتمامها، فمن الممكن أن يتم العقد بين إنسان عادي وجهاز يسمى الوسيط الإلكتروني مبرمج من طرف شخص آخر حسب تعليمات لا يخرج عنها، كما يمكن أن يتم العقد بين جهازين كل منهما وسيط تمت برمجته من طرف شخص معين، وفي هذه الحالة يجب أن يكون هناك اتفاق مسبق بين الطرفين على استخدام الجهاز في إنشاء العقد[4].

---

[1] محمد خالد جمال رستم، المرجع السابق،ص94.

[2] أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 61.

[3] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،ص80.

[4] POULLET y, La conclusion du contrat par un agent électronique, cahier du centre de recherches informatique et Droit, Bruylant édition, Bruxelles 2000, p129.

وقد تزايدت أهمية الالتفات التشريعي إلى تنظيم وتقنين استخدام هذه التقنية في إبرام العقود بتزايد وشيوع وتطور وسائل الاتصال وإمكانية استخدامها في إبرام العقود وقد أتاحت الاستغناء عن العنصر البشري في إبرام العقد، وذلك أن الوسيط الإلكتروني قد يكفي لإجراء المعاملات وإبرام العقود وتحركه بسهولة وبسرعة[1].

وإذا كان الوسيط الإلكتروني يقوم مقام الشخص في إبرام العقود فإن التساؤل الذي يثار هو حول مشروعية استخدام هذه الوسيلة في إبرام العقد في ظل التشريعات التي اعتنقت هذه الوسيلة وعلى أي أساس قانوني استندت تلك التشريعات في اعتماد نصوص تجيز استخدام هذه الوسيلة في إبرام العقد وهذا ما نتعرض له في الفرع الموالي.

**الفرع الثاني: مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني**

إذا كان الوسيط الإلكتروني مجرد وسيلة لنقل إرادة المتعاقد إلى المتعاقد الآخر فإنه لا يخرج بهذا المعنى، عن القاعدة العامة التي لا تشترط ولا تفرض وسيلة معينة للتعبير عن الإرادة، بل تجيز التعبير عنها بأية وسيلة لا تدع ظروف الحال شكا في دلالتها على الرغبة في الدخول في رابطة عقدية[2].

وإذا كان الوسيط الإلكتروني مجرد آلة تتم برمجتها لنقل الإرادة، فإنه بهذا المعنى لا يكون غريبا عن الوسط القانوني، وذلك أن التطور التكنولوجي قد أتاح استخدام بعض الآلات لبيع بعض المواد أو تقديم الخدمات، كتلك الموجودة في المطارات والمحلات الكبرى بحيث يحصل المستهلك على السلعة بمجرد إدخال رقم سري أو قطعة نقدية للحصول على فنجان قهوة أو صورة فوتوغرافية أو تذكرة، والعقد في هذه الأحوال يتم بين الشخص المشتري والآلة التي تمت برمجتها ومن هنا ظهرت فكرة الوسيط الإلكتروني القائم على أساس نظام معلوماتي[3].

[1] فيصل محمد كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 369.

[2] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،ص81.

[3] آمانج رحيم أحمد، الرسالة السابقة، ص 128.

هذا وقد أجازت معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية صراحة استخدام الوسيط الإلكتروني في نقل الإرادة وإنشاء العقد وذلك بغية توفير المزيد من الثقة واليقين القانون ي لدى المتعاقدين عبر هذه التقنية وخاصة عندما يتم العقد بين وسيطين إلكترونيين[1].

ومن تلك التشريعات مثلا نجد قانون المبادلات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكي حيث نصت المادة 14 فقرة 1 منه على إمكانية استخدام الوسيط الإلكتروني في تكوين العقد إذ جاء فيها: "**عمليات الوكلاء الإلكترونيين التي تتمشى مع وجود عقد أو تكشف عن اتفاق يمكن أن تكون عقدا حتى لو لم يتدخل عنصر بشري في إتمام المعاملات أو مراجعتها**"[2].

كما نصت المادة 2-1369 من التقنين المدني الفرنسي على أن المعلومات المطلوبة لإبرام عقد معين أو التي تعالج خلال تنفيذه يمكن أن ترسل بالبريد الإلكتروني إذا قام المستقبل بقبول استخدام هذه الوسيلة.

وقد أجاز أيضا قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني حيث نصت المادة 14 فقرة1 على أنه: "**يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم العقد صحيحا ونافذا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة**"[3].

وعلى نفس النهج في إجازة استخدام الوسيط الإلكتروني في إبرام العقد سار المشرع في مملكة البحرين إذ نصت الفقرة الأولى من المادة 12 من قانون المملكة الخاص بالمعاملات الإلكترونية على ما يلي : "**يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني، كما يجوز أن يتم ذلك بين وكلاء إلكترونيين**".

وقد تضمنت المادة 15 فقرة ب من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 نفس المضمون في جواز التعاقد بواسطة وسيط أو وكيل إلكتروني بحيث يتم التعاقد دون أي تدخل بشري في عملية التعاقد.

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر،المرجع السابق، ص 178.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 161.

[3] عمروعبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق ص 234 هامش رقم 01.

أما المشرع في الأردن فلم يفرد نصا خاصا بإجازة استخدام الوسيط الإلكتروني في التعاقد وإنما خصص المادة 14 من قانون المبادلات الإلكترونية لبيان أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ سواء صدرت عنه أو لحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه[1].

ويلاحظ بأن المشرع الأردني في هذه النقطة قد ذهب بالاتجاه الذي أخذ به قانون الأونيسترال النموذجي فيما يتعلق بصلاحية الوسيط الإلكتروني في التعبير عن الإرادة حيث لم يورد هذا الأخير أيضا نصا صريحا يقضي بصلاحية الوسيط الإلكتروني للتعبير عن الإرادة وإنما أكد على ذلك عندما سوى بين صدور رسالة البيانات عن المنشئ نفسه وبين صدورها عن وسيط إلكتروني.

ورغم الاتفاق الذي ساد التشريعات المختلفة بشأن إجازة التعبير عن إرادة الأطراف عن طريق الوسيط الإلكتروني، فإنه يلاحظ الاختلاف في وجهات نظر الفقهاء حيث تعددت المحاولات الفقهية الرامية إلى تسويغ استخدام الوسيط الإلكتروني وتأصيل ذلك برده إلى القواعد العامة، ونعرض فيما يلي لكل رأي ونناقشه:

**أولا:** حاول بعض الفقهاء إضفاء الشخصية القانونية على الحاسوب عندما تتم برمجته لإرسال أ واستلام رسالة بيانات، حيث رأى هذا الجانب من الفقه أنه يمكن إبرام العقد عن طريق أشخاص طبيعية أو قانونية ويجوز إسباغ الشخصية القانونية على الحاسوب لأن الشخصية القانونية لا ترتبط بالإنسان[2].

وبرر هذا الجانب من الفقه موقفه بالحقيقة الاجتماعية، ومضمون هذه الحجة أن أي شخص قانوني غير طبيعي قبل أن يمنحه القانون الشخصية القانونية يجب أن يصبح حقيقة اجتماعية، بمعنى أن يتعامل معه الأشخاص القانونيون على أنه وحدة اجتماعية مستقلة، ويظهر ذلك جليا في الشركات والجمعيات، فنحن نتعامل مع الشركة على أنها شخص، وكيان مستقل عن الشركاء المكونين لها، وبالنظر إلى الحاسوب فإن الشخص الطبيعي يتعامل معه بصفة مستقلة، بغض

[1] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 180.

[2] محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2004، ص 74.

النظر عن الشخص الذي قام ببرمجته، فعندما يلعب شخص طبيعي لعبة الشطرنج مع جهاز الحاسوب فإنه لا يضع في اعتباره الشخص الذي قام ببرمجته وهذا يدل على أننا ننظر إلى الحاسوب على أنه وحدة اجتماعية مستقلة[1].

وكذلك الأمر عندما يصدر عن الحاسوب إنشاء أو إرسال أو تخزين رسالة بيانات بغرض إن شاء عقد أو تصرف قانون ي، فإنه يجب أن ينظر إليها على أنها صادرة عن الحاسوب دون الشخص الطبيعي مالك هذا البرنامج أو صاحب الموقع[2].

وقد تعرض هذا الرأي لانتقادات كثيرة منها أن أية شخصية قانونية يجب أن تمتلك ذمة مالية التي هي نتيجة حتمية لاكتساب الشخصية القانونية، ومن الواضح أن الوسيط الإلكتروني أو برنامج الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني لا يملك الذمة المالية، ثم إن الاعتراف بالشخصية القانونية لبرنامج الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني، يؤدي إلى مسؤوليته في حالة الإخلال بالتزام ناشئ عن العقد وهو مالا يمكن تصوره بصفة مستقلة للحاسوب[1]. والخلاصة أن هذا الرأي يتنافى مع الثوابت القانونية ومنطق الشخصية القانونية لذلك فهولا يصلح أساسا لتبرير إجازة التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني.

**ثانيا:** ظهر اتجاه فقهي آخر يرى أن الشخص الطبيعي عندما يقوم ببرمجة جهاز الحاسوب ليتولى إرسال أو إنشاء أو تخزين رسالة بيانات فإنه يخول للبرنامج أو الجهاز سلطة محددة لنقل التعبير عن الإرادة أو إبرام العقد، مما يمكن معه اعتبار الجهاز وكيلا أو نائبا عن الشخص في إبرام العقد، لذلك تطبق قواعد الوكالة على عملية البرمجة، ثم أن المشرع عندما نص على عقد الوكالة أو النيابة في التعاقد لم يحصر الوكيل في الشخص الطبيعي فمن الممكن أن يكون الجهاز أو البرنامج بمثابة الوكيل[3].

غير أن هذا الاتجاه لم يسلم من الانتقاد من عدة وجوه أهمها: أن الوكالة عقد ويجب أن يقبل الوكيل الوكالة، وحيث أن الحاسوب لا يتمتع بالشخصية القانونية ولا يملك الأهلي ة فإنه لا يمكن الاعتراف بأنه وكيل، كما أنه من شروط تحقق النيابة في التعاقد حلول إرادة النائب محل

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 93.

[2] عمروعبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص 237.

[3] محمد سعد خليفة، المرجع السابق، ص 77.

إرادة الأصيل، أي أن النائب يعبر عن إرادته هولا عن إرادة الأصيل والواقع أن الوسيط الإلكتروني لا يملك إرادة أصلا[3]. يضاف إلى ذلك أن النائب إذا جاوز حدود النيابة فإن آثار العقد لا تنصرف إلى الأصيل حقوقا كانت أو التزامات، وإذا كان ممكنا تصور حدوث خلل في الحاسوب أو الوسيط الإلكتروني يؤدي إلى تجاوز حدود النيابة فإنه لا يمكن تصور العدول على الوسيط وتحميله نتائج التصرف وحده[1].

وبما أن المشرع الأردني وقانون مملكة البحرين قد استعملا لفظ النيابة ووكيل إلكتروني للدلالة على الوسيط الإلكتروني، فإن هذا الاستعمال قد يوحي بأنهما اعتنقا الرأي القائل بأن الوسيط الإلكتروني هو بمثابة الوكيل بل ويمكن تطبيق أحكام الوكالة عليه. ويرى بعض الفقه أنه رغم إمكانية القول بأن المشرع الأردني والبحريني لم يقصد ذلك صراحة فإنهما قد اعتمدا في وقت مبكر تكييفا مبدئيا لهذه الوسيلة بأنها شكل من أشكال الوكالة أو النيابة في التعاقد، وهو ما يفتح الباب واسعا أمام القضاء في هاتين الدولتين للبحث في مدى اتفاق هذا التكييف مع القواعد العامة في الوكالة بصفة خاصة والنيابة في التعاقد عموما. وبالرجوع إلى أن المشرع في الأردن والبحرين قد عرفا الوسيط الإلكتروني بأنه برنامج أو وسيلة إلكترونية تستخدم لإجراء تصرف ما بدون مراجعة أو تدخل من الشخص الطبيعي فإنه لا يمكن بأي حال من الأحوال نسبة الإرادة لهذه الوسيلة الإلكترونية[2].

**ثالثا:** أدى قصور حجج الفريقين إلى ظهور اتجاه ثالث يرى أن الحاسوب الذي تمت برمجته من قبل الشخص الطبيعي لنقل الإرادة ما هو إلا وسيلة أو أداة يستخدمها الشخص للتعبير عن إرادته، ولا توجد أية إرادة خاصة مستقلة للجهاز الذي لا يعدو أن يكون وسيلة حديثة في التعاقد مثل الفاكس والهاتف[3]. وقد استند هذا الرأي إلى قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية، حيث أنه تعامل مع برنامج الحاسوب على أنه مجرد أداة، في يد المتعاقد ويظهر ذلك في موضعين:

---

[1] المرجع نفسه، ص 77.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 172.

[3] ابراهيم الدسوقي أبو الليل،المرجع السابق، ص 77.

الأول من خلال البند ب من الفقرة الثانية من المادة 12 منه التي جاء فيها: "**في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه : تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:**

**ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.**

ومن الواضح أنه هذه الفقرة قد أسندت رسالة البيانات إلى الشخص الذي قام ببرمجة الجهاز.

والثاني ورد في الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال في الفقرة 35 الخاصة بالتعليق على المادة 2 فقرة ج المتعلقة بالمنشئ، ما يلي:" في معظم النظم القانونية يستخدم مفهوم الشخصي للإشارة إلى أصحاب الحقوق والالتزامات، وينبغي تفسيره على انه يشمل كلا من الأشخاص الطبيعيين، والهيئات الاعتبارية أو الكيانات القانونية الأخرى، أما رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائيا دون تدخل بشري مباشر، فيقصد أن تكون مشمولة بالفقرة الفرعية ج، ولكن لا ينبغي إساءة تفسير القانون النموذجي على انه يتيح المجال لجعل الحاسوب صاحب حقوق والتزامات وينبغي اعتبار رسائل البيانات التي تنشئها الحواسيب تلقائيا دون تدخل بشري مباشر ناشئة عن الكيان القانوني الذي شغل الحاسوب نيابة عنه"[1].

وهذا الرأي في نظرنا، هوا لأقرب إلى المنطق القانوني السليم فهولا يتصادم مع القواعد العامة كما أنه يتكامل مع استخدام أجهزة ووسائل أخرى في إبرام العقد كالهاتف والفاكس.

ورغم سلامة هذا الرأي ومنطقيته فإنه لم يسلم من بعض الانتقادات، فهو لم يأخذ بعين الاعتبار الصفات والمميزات الخاصة لبرنامج الحاسوب التي تقوم بالتعاقد فهذا الأخير يختلف عن الوسائل الأخرى المستخدمة في التعاقد كالهاتف والفاكس، فبرنامج الحاسوب لا يكون تحت السيطرة الكاملة لمن قام ببرمجته بخلاف الهاتف والفاكس، كما أن القول بأن الوسيط الإلكتروني أو البرنامج هو مجرد أداة في يد الشخص يؤدي إلى القول بأن هذا الشخص الذي قام ببرمجة الحاسوب لحسابه مسؤول عن أي تعاقد يتم مع البرنامج حتى ولو وجد خلل في البرنامج أدى إلى إبرام عقد خارج النطاق الذي أراده الشخص وبالتالي يكون هذا الشخص مسؤولا عن عقد لم يرتضه.

[1] الدليل التشريعي لقانون الأنيسترال، المرجع السابق، ص 48 فقرة 35.

وقد رد أنصار هذا الرأي على تلك الانتقادات بالقول أنه وإن كان الشخص الذي قام ببرمجة الوسيط لحسابه ملتزما بالعقد، فإن البرنامج يحتوي على آليات لتصحيح الأخطاء، وعلى نظام يسمح بكشف الأخطاء .

وقد تفطن التوجيه الأوروبي الصادر في 08 جوان2000 بشأن التجارة الإلكترونية إلى احتمال وجود أخطاء في التعاقد مع الوسيط الإلكتروني، فألزم الأشخاص الذين يعرضون سلعا أو خدمات من خلال أنظمة الحاسوب المبرمجة بأن يوفروا وسائل لتصحيح الأخطاء المادية، وهو ما نصت عليه المادة 11 في فقرتها الثانية من التوجيه، ومن المتصور أن تزود الأجيال المتطورة من أجهزة الحاسوب عند إنشائها بالقدرة على العمل بشكل مستقل يقلل من حدوث الخطأ في نقل الإرادة[1].

[1] فيصل كمال عبد العزيز، الرسالة السابقة، ص 371.

# الباب الثاني

# تكويـن العقـد الإلكترونــي

طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة لنظرية العقد، فإن أي عقد يعتبر مبرما متى تبادل طرفاه التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية، وانطباق هذه القاعدة على العقد الإلكتروني يؤدي إلى القول بأن وسائل الاتصال الحديثة ليست وسائل جديدة للتعبير عن الإرادة وإنما هي وسائل حديثة لنقل الإرادة، ذلك أن وسائل التعبير عن الإرادة كانت ولا تزال اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا غير أن استخدام الوسائل الإلكترونية في نقل التعبير عن الإرادة قد أنتج أنماطا جديدة خرجت عما هو مألوف ضمن المنظومة التعاقدية فالعقود الإلكترونية رغم أنها عقود إذعان على الرأي الغالب، فإنها لا تبرم دائما بطريقة الإذعان، ولكن تسبقها مرحلة تفاوض على إبرام العقد، ثم تأتي مرحلة التعاقد لتضع كيانا جديدا يضاف إلى ما هو معروف من قواعد في نظرية العقد.

وإذا كانت خصوصية العقد الإلكتروني تكاد تنحصر في الطريقة التي يبرم بها فإن هذه الخصوصية ستلقى بظلالها على التعبير عن الإرادة في هذا العقد كما أنها ستجعل بالضرورة أحد الطرفين في حاجة إلى حماية تشريعية حتى يكون رضاؤه في إطار من الحماية القانونية.

وعليه فإننا نقسم هذا الباب إلى فصلين، نتناول في الأول منها التراضي في العقد الإلكتروني لنعالج في الثاني وسائل حماية التراضي في هذا العقد.

# الفصل الأول

# التراضي في العقد الإلكتروني

لا يكون العقد عموما والعقد الإلكتروني خاصة، في صورته البسيطة التي تفترض وجود طرفين يعبر كل منها عن إرادته بوسيلة عادية أو إلكترونية فيتم العقد، فقد ظهر نتيجة التقدم العلمي والتطور الاقتصادي العقود ذات الأهمية الكبرى في حياة الأفراد والمجتمعات والتي لا تبدأ بمرحلة الانعقاد دائما بل تسبقها مرحلة التفاوض والتي غالبا ما يلجأ الأطراف المقبلون على العقد لتنظيمها بغرض تحديد حقوق وواجبات كل طرف.

ومرحلة التفاوض في العقد الإلكتروني، لا تنفي عنه صفته كعقد إذعان في معظم الأحيان، فطريقة انعقاد العقد قد تجعله عقد إذعان إذا توافرت شروط الإذعان، ولكن إذا اشترط أحد الطرفين أوكلاهما اللجوء إلى التفاوض قبل الدخول في الرابطة العقدية فإن القانون لن يمنع ذلك.

وإذا ما تمت مرحلة التفاوض بنجاح فإن الأطراف سينتقلون إلى مرحلة التعاقد وما تحتويه من خصوصية في العقد الإلكتروني.

وسنعالج في هذا الفصل مرحلة التفاوض الإلكتروني باعتبارها مرحلة تسبق انعقاد العقد الإلكتروني ليس في كل الحالات وإنما في الأعم الغالب منه ا في المبحث الأول لنعالج في المبحث الثاني مرحلة التعاقد.

## المبحث الأول: مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني

كثيرا ما يمر العقد قبل انعقاده بمراحل قانونية أو مادية أهمها إجراء مفاوضات بهدف تسوية الخلافات والوصول إلى إبرام العقد على نحو يرتضيه جميع أطرافه.

ورغم أن مرحلة التفاوض لا تدخل ضمن مراحل انعقاد العقد، فإنها تمثل أهمية كبيرة في مجال تفسير العقد، والكشف عن نية طرفيه في حال قيام النزاع، وفي مجال التعاقد الإلكتروني يعتبر التفاوض ذا أهمية خاصة كونه يحددا لأمور التي يدور التراضي حولها، حتى أن بعض الفقه يرى أن التفاوض هو عبارة عن عقد مستقل عن العقد المراد إبرامه.

وعلى هذا يكون لإرادة الطرفين دور هام في تنظيم التفاوض الإلكتروني، حيث يقوم أطراف العقد عادة بتحديد العناصر التي يتم التفاوض بشأنها بغرض الوصول إلى تكوين عقد مستقر خال من النزاع.

وسواء أكان التفاوض مرحلة مادية تسبق العقد أو عقدا مستق لا عن العقد المراد إبرامه، فإنه متى تم اللجوء إلى التفاوض فإنه ينبغي تنظيمه وتحديد المسؤولية عن الإخلال به.

وبغرض بيان مفهوم التفاوض كمرحلة من مراحل الإعداد والتحضير لإبرام العقد الإلكتروني، فإننا نعالج في هذا المبحث مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني وبيان أهميتها في الإعداد لإبرام هذا العقد، وهو ما نخصص له المطلب الأول، لنتولى في المطلب الثاني بحث مسألة تنظيم التفاوض في العقد الإلكتروني والمسؤولية الناجمة عنه.

### المطلب الأول: مفهوم المفاوضات وبيان أهميتها

من المعلوم أن مبدأ حرية التعاقد يقوم على عنصرين أساسيين، يتمثل الأول منهما في حرية المتعاقد في أن يختار من يتعاقد معه وتحديد مضمون العقد، ويتمثل الثاني في حرية أطراف العقد في التفاوض بهدف تحقيق مصالحهم[1].

وإذا كان التفاوض يتم في العقود التقليدية شفاهة عن طريق الاتصال المباشر بين طرفي العق د، فإن المفاوضات في العقد الإلكتروني تتم بذات الوسيلة التي يتم بها إبرام العقد أي عن

[1] عباس العبودي، المرجع السابق،ص83.

طريق وسائل الاتصال الفوري كالتبادل الإلكتروني للبيانات، وتبادل الرسائل الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني، أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة ولذلك تسمى المفاوضات الإلكترونية.

ونحاول في هذا المطلب التطرق إلى مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني في الفرع الأول لنتولى في الفرع الثاني بيان أهمية المفاوضات في العقد الإلكتروني.

**الفرع الأول: مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني**

المفاوضة لغة هي المساومة والمشاركة، وتفاوض الرجلان في المال إذا اشتركا فيه والتفاوض مشتق من الفعل فوض، يقال فوض إليه الأمر أي صيره إليه، وفاوضه في الأمر أي جاراه، وتفاوض القوم في الأمر أي شارك بعضهم بعضا فيه[1].

ومن الناحية الاصطلاحية تعددت تعريفات المفاوضات ومنها أن التفاوض هو التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أوحل لمشكلة ما[2].

وعرفه آخرون بأنه تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية بل والاستشارات القانونية بين طرفين ليكون كل منهما على بينة من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف، وللتعرف على ما يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه[3].

ويرى آخرون أن التفاوض هو حدوث اتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى اتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض والمقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل[4].

وأهم ما يميز مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال، حيث أنه من غير المؤكد بالنسبة للطرفين أن تلك المفاوضات تؤدي إلى اتفاق، فهذه المفاوضات إما أن تسفر عن إبرام العقد، وبالتالي انتهاء الفترة ما قبل التعاقدية، وإما أن تصل المفاوضات إلى طريق مسدود وبالتالي

---

[1] محمد بن مكرم جمال الدين ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، الطبعة الثانية، 1992، ص170.

[2] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص69.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص209.

[4] بشار محمود دودين،المرجع السابق، ص90.

الانصراف عن الاستمرار فيها كما تتميز المفاوضات بأنها مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب فليس فيها مجرد عروض[1].

والتفاوض على العقد ثنائي الجانب، أي أنه يتم من طرفين فأكثر بالمناقشة والحوار كما أنه تصرف إرادي، فلا تحدث عملية التفاوض إلا عندما تتجه إرادة الأطراف إلى الدخول في المفاوضات بهدف إبرام عقد معين، وتظل هذه الإرادة حرة طيلة مرحلة التفاوض، فلكل طرف الحرية الكاملة في الدخول في المفاوضة والاستمرار فيها أو الانسحاب منها متى يشاء وهذا تأسيسا على مبدأ سلطان الإرادة وحرية التعاقد[2].

ويقوم التفاوض على العقد على صفة تبادلية، حيث يتعاون الطرفان على التقريب في وجهات النظر المختلفة وتبادل العروض والمقترحات، إذ يقوم كل طرف بتعديل الشروط والمطالب التي يقدمها حتى يتم التوصل إلى تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين فلو لم يكن هناك مجال للنقاش أو التنازل فليس هناك أية عملية تفاوض[3].

ويتم التفاوض باتفاق أطراف العقد المزمع إبرامه، سواء باتفاق صريح أو ضمني فالمفاوضات لا تحدث بصورة عفوية وإنما نتيجة تراض على إجرائها.

والتفاوض على العقد مرحلة تمهد لإبرامه، فالغرض من الدخول في المفاوضات هو الإعداد والتحضير لإبرام العقد النهائي، وإذا كان التفاوض لا يلزم الطرفين، فإنه يهدف إلى إبرام العقد بعد أن قام الطرفان بالتمهيد لهذا الإبرام عبر التوصل إلى اتفاقيات مرحلية تقود المتفاوضين إلى العقد النهائي[4].

كما يتميز التفاوض في العقد الإلكتروني أنه يتم بواسطة وسائل الاتصال الحديثة الفورية التي تترك أثرا ماديا لإثبات التفاوض ويجعل عملية التفاوض تتم بسرعة عالية وتكلفة قليلة، لكن

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص96.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص86.

[3] فؤاد العلواني وعبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص14.

[4] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص99.

ما يؤخذ عليه أنه لا يسمح بالتعرف الكافي على الطرف الآخر، إضافة إلى مشكلة الاختلاف في اللغة وأنه يفتح الباب واسعا أمام تنازع القوانين[1].

وإذا كنا قد أشرنا فيما سبق إلى أنماط وصور التعاقد الإلكتروني، فإن التفاوض لا يمكن تصوره في كل تلك الأنماط والصور، فبالنسبة لصورة التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني، فإنه لا يمكن الحديث عن تفاوض في هذا النوع من التعاقد، وذلك أن الإيجاب الموجود على الموقع يكون سابقا، فهو عبارة عن صفحة من صفحات الموقع تحتوي على كل شروط العقد وفي آخر الصفحة توجد خانة القبول الرفض وبالتالي فإن المتعاقد لا يتاح له إلا أن يقبل التعاقد بهذه الشروط فيضغط على خانة القبول، أو يرفض التعاقد فيخرج من الموقع[2].

ونظرا لطبيعة هذه الصورة وشيوعها في إبرام العقود الإلكترونية، فإن بعض الفقه قد رأى أن العقد الإلكتروني يغلب عليه طابع الإذعان وهو ما فصلناه في المبحث الأول من الفصل الأول من الباب الأول من هذه الدراسة.

غير أنه من الممكن تصور حدوث مفاوضات بين طرفي العقد في حالة التعاقد بالتفاعل المباشر عبر الشبكة الدولية، إذ من السهل على الطرفين أن يتبادلا العروض والمناقشات بصورة شفوية، فهذه التقنية تتيح لكل منها رؤية الآخر.

وكذلك الأمر بالنسبة للتعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فالتفاوض بين طرفي العقد متصور الحدوث باستخدام الرسائل الإلكترونية وهذه الصورة شائعة الاستعمال بين الشركات التجارية[3]. وتستمد المفاوضات شرعيتها من مبدأ سلطان الإرادة الذي هو نتاج للمذهب الفردي في الالتزام الذي نادى بأن يترك القانون للإرادة الفردية تنظيم المعاملات في المجتمع دون أي تدخل منه، فالإرادة الحرة هي أساس العقد ومنها يستمد قوته الملزمة[4] وقد ترتب على اعتناق مبدأ

---

[1] Vincent Gautrais, le contrat électronique international,op.cit, p129.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص134

[3] أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص134، عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص139.

[4] وهذا ما نصت عليه المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي وهي تطابق المادة 106 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "**العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله، إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي قررها القانون**" وهي تطابق المادة 147من التقنين المدني المصري والمادة 148 من التقنين المدني السوري.

سلطان الإرادة ما مؤداه أن كل شيء قابل للتفاوض بمعنى أن كل عقد قابل للتفاوض من جانب الطرفين.

وحرية التفاوض كقاعدة عامة لها بعض الاستثناء في أصناف محددة من العقود، هذه الحرية لا تقتصر فقط على تحديد متى يتم الدخول في المفاوضات ومع من يجري التفاوض بهدف إبرام العقد بل تمتد تلك الحرية إلى تحديد كيفية بذل الجهود ومدى استمرارها وليس هناك شرط يمكن فرضه دون تفاوض[1].

وإذا كان هناك إجبار قانوني على التعاقد في بعض العقود كالعقود المفروضة أو الموجهة فإنه لا يمكن أن يكون هناك إجبار على التفاوض لأنه يقوم أساسا على التعاون وحسن النية وهو ما لا يتصور في حال ة الإجبار والإكراه وهذا ما يبدو جليا في مجال المعاملات الإلكترونية حيث تتسم بالطابع الإرادي الحر[2].

**الفرع الثاني: أهمية المفاوضات في العقد الإلكتروني**

رغم شيوع اللجوء في التفاوض قبل إبرام العقود، خاصة العقود ذات الأهمية الكبرى كتلك المبرمة بين الشركات أو التي يكون محلها ذا قيمة مالية ضخمة فإن أغلب التشريعات المدنية لم تول لها اهتماما ولم تورد أي نص ينظمها ومن التقنينات المدنية التي لم تنظم مرحلة المفاوضات العقدية التقنين المدني الجزائري، والفرنسي والمصري تاركة ذلك للدراسات الفقهية واجتهادات القضاة.

وتعد نظرية الفقيه الألماني اهرنج أول دراسة حول التفاوض وأهميته، إذ أنها تقوم على ما سماه هذا الفقيه بالخطأ عند تكوين العقد، ومؤدى هذا أنه إذا أخفق الطرفان في التوصل إلى إبرام عقد معين نتيجة تصلب موقف أحد الطرفين، كان هذا الطرف مسؤولا مسؤولية عقدية عن عدم التوصل إلى إبرام العقد.

ورغم ما لهذه الفكرة وما عليها من انتقادات فإنها قد أسهمت إسهاما كبيرا في بيان الدور الذي تؤديه المفاوضات في بناء العقد.

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص212.

[2] محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص29.

وإذا كانت المفاوضات تجد أساسها في مبدأ سلطان الإرادة على النحو الذي رأيناه في الفرع السابق، فإن هذا يعني أنه يجب أن تسود الحرية مرحلة المفاوضات ونتيجة لذلك تكون المفاوضات هي المرجع في تفسير العقد والمعبرة عن الإرادة المشتركة للمتعاقدين.

وفي هذا المعنى نصت المادة 111 فقرة 2 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي: "....**أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات**".

وانطلاقا من هذا النص يرى الفقه أن التعرف على النية المشتركة للمتعاقدين يمكن أن يتم من خلال دراسة أوضاع وظروف إبرام العقد والمفاوضات السابقة عليه[1].

ولذلك فإن العقد الذي يتمخض عن تلك المفاوضات الحرة يسمى عقد المساومة لأن طرفاه متساوون في حرية التعاقد وسلطان الإرادة سواء عند مناقشة شروط العقد أو عند تحديد مضمونه.

كما تظهر أهمية التفاوض في العقد الإلكتروني عند ما يمتد تنفيذه لفترة زمنية طويلة، حيث تعتبر في هذه النوع من العقود وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي في حالة تغير الظروف الاقتصادية، مما قد يخل بالتوازن العقدي ويجعل تنفيذ العقد مرهقا للمدين، لذلك يحرص الطرفان في هذه الطائفة من العقود على إدراج شرط يلتزم بمقتضاه كل منهما بالتفاوض حول كيفية التغلب على هذه الظروف والصعاب وتذليلها.

ويطلق على هذا الشرط شرط إعادة التفاوض أو شرط إعادة التوازن العقدي، وهو شرط يدرجه الأطراف في العقد ويتفقون على إعادة التفاوض كلما وقعت ظروف تجعل الاستمرار في تنفيذ العقد بشروطه الأولى مرهقا لأحد الطرفين، كارتفاع الأسعار، أو انخفاضها أ وتغير الرسوم الجمركية أو صدور قانون جديد يرفع الضرائب أو يمنع الاستيراد أ والتصدير والهدف الذي يسعى

[1] جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على التعاقد، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، السنة 20 العدد 1، مارس 1996، ص133 وما بعدها

الطرفان إلى تحقيقه من وراء إدراج شرط إعادة التفاوض هو تعديل أحكام العقد بطريق إعادة التفاوض لينسجم مع الظروف الجديدة[1].

ومن الممكن أن تتم الإشارة إلى المفاوضات وجعلها ملحقا للعقد يتم اللجوء إليه لتكملة ما لم يتم النص عليه فيه، كأن يحيل المتعاقدان مثلا على المفاوضات السابقة لانعقاد العقد فيما يتعلق بالسعر أو محل العقد، وفي هذه الحالة تعد تلك المسائل جزء لا يتجزأ من العقد وتكتسب قوة ملزمة منه، بقدر الإشارة إليها فيه[2].

وإذا كان اللجوء إلى المفاوضات وسيلة للتعرف على النية المشتركة للطرفين عند تفسير العقد أمرا غ ير ملزم للقاضي إذ للمحكمة أن تسترشد بما جاء في المفاوضات لتفسير إرادة الطرفين فهي مسألة واقع يستقل بتقديرها قضاة الموضوع، فإن المحكمة تلتزم بما جاء في المفاوضات إذا ألحقت بالعقد واعتبرت جزءا منه، ومع ذلك فإنها لا تكتسب هذه القوة الملزمة باعتبارها مفاوضات بل تستمدها باعتبارها جزءا من العقد ومن اتفاق الطرفين[3].

وتكتسب المفاوضات أهميتها من حيث كونها وسيلة يهدف من خلالها المتفاوضان إلى وضع العقد في صياغة قانونية خاصة، وذلك أن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة أولية ودقيقة للشروط التي سيجري تنفيذه بموجبها، وبالتالي فإن الصياغة القانونية لحقوق الطرفين والتزاماته ما لا يمكن أن تتقرر نهائيا إلا من خلال مرحلة المفاوضات التي تؤدي إلى إبراز جميع عناصر العقد التي ستظهر في النهاية، وهذه الصياغة مهمة جدا في العقود الإلكترونية التي تحتوي عناصر مختلفة ويساهم في إبرامها أطراف متعددة في دول مختلفة[4].

كما تعمل المفاوضات على التحديد الدقيق لحقوق والتزامات الطرفين إذ خلالها يتم تعيين النقاط التي يجري التعاقد عليها وتسير عليها علاقتهم القانونية وذلك أن الدخول في أي التزام عقدي بشكل نهائي يتطلب تقدير الأطراف المسبق لنطاق الالتزامات التي يتحملها كل طرف وتقرير الحقوق التي يحصل عليها أيضا.

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص66.

[2] مراد محمود يوسف مطلق،الرسالة السابقة، ص104، 105.

[3] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص97.

[4] حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص29.

وتتجلى أهمية المفاوضات أيضا في تحديد لغة التعاقد وضبط المصطلحات وتحديد عناصر العقد بشكل دقيق ومدة العقد.

كما تلعب المفاوضات دورا وقائيا بالنسب ة لمرحلة إبرام العقد، فحسن إدارة المفاوضات يحد من النزاعات في المستقبل فأثناء التفاوض يتم تجاوز العيوب التي تلحق بالإرادة عن طريق المناقشات والحوار بين الطرفين، كما يتم اختيار القانون واجب التطبيق ووضع القواعد المكملة للعقد[1].

والخلاصة أن نقول أن المفاوضات قد أصبحت ذات أهمية بالغة في العقود الإلكترونية خاصة في العقود المستمرة والمركبة وذات القيمة المالية الكبيرة، حيث قد يستغرق التفاوض على مثل هذه العقود فترات زمنية طويلة مما يجعل العناصر التي تم الاتفاق عليها في مرحلة التفاوض مرتبطا ارتباطا كبيرا بالعقد النهائي[2].

ولذلك وجب أن يكون لمفاوضات العقد الإلكتروني اعتبارات قانونية خاصة، حيث أننا رأينا أن بعض الفقه يرى بأنها في كثير من الأحيان تعد جزء لا يتجزأ من العقد النهائي، ويعتبرها شرطا أساسيا لإبرام التعاقد لا مجرد مرحلة سابقة له تخضع للاجتهادات، وينبني على هذا الرأي أنه في حالة انتهاء عملية التفاوض إلى إبرام عقد معين فإنه يجب التأكيد أن المفاوضات التي سبقته تعد مكملة له ومرجعا هاما يؤخذ في الاعتبار في عملية تفسير العقد[3].

وإذا كانت التقنينات المدنية العربية قد خلت من أي نص ينظم المفاوضات يمكن الاعتماد عليه للتعرف على موقف المشرع منها. فإن القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية قد خلت هي الأخرى من النص صراحة على المفاوضات كمرحلة تسبق إبرام العقد الإلكتروني مما يترك المجال أمام التأويلات واختلاف وجهات النظر حول دور المفاوضات في تسوية الطريق لإبرام عقد بالطرق الإلكترونية.

---

[1] حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه الموضع نفسه؛ فؤاد العلواني وعبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص16.

[2] Vincent gantrais, le contrat électronique international, op.cit, page 161.

[3] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص103، بشار محمود دودين، المرجع السابق/ ص97.

**المطلب الثاني: تنظيم التفاوض الإلكتروني**

إذا كانت المفاوضات في العقد الإلكتروني تقوم بدور هام في إبرام العقد، فإن أطراف التفاوض قد يلجئون إلى وضع تنظيم اتفاقي للمفاوضات عن طريق إبرام عقد ينظم العملية التفاوضية بغرض تسهيل الوصول إلى إبرام العقد النهائي وتفاديا لتعسف أي طرف في قطع المفاوضات وتحميله المسؤولية عن ذلك.

وبهدف الوصول إلى حقيقة العملية التفاوضية حول ما إذا كانت عقد أم لا، فإننا نتعرض في الفرع الأول من هذا المطلب للتكييف الفقهي والقانوني للتفاوض ثم نتناول في الفرع الثاني آثار التفاوض الإلكتروني وفيه نعرض للالتزامات المفروضة على الطرفين ثم المسؤولية عن الإخلال بتلك الالتزامات.

**الفرع الأول: التكييف القانوني للتفاوض الإلكتروني**

يميز الفقه الحديث بين صورتين من صور المفاوضات، أولاهما تلك المفاوضات غير المصحوبة باتفاق تفاوض وهي المفاوضات التي تتم دون اتفاق ينظمها وتعتبر مجرد عمل مادي لا يرتب أثرا قانونيا إلا إذا صاحبها خطأ أدى إلى وقوع ضرر[1].

والثانية هي المفاوضات المصحوبة بما يسمى باتفاق التفاوض، ويقصد بها المفاوضات التي تتم بناء على اتفاق صريح بين الطرفين غالبا ما يكون مكتوبا، وتعد المفاوضات في هذه الصورة تصرفا قانونيا لوجود علاقة عقدية بين الطرفين[2].

وبناء على هذا التصور فإن اتفاق التفاوض هو دائما ذو طبيعة عقدية، لأنه بمجرد التراضي حول التفاوض يكون الطرفان قد عقدا فيما بينهما اتفاقا حول التفاوض[3]. ويلاحظ أن الاتفاق على التفاوض لا يلزم الطرفين بإبرام العقد النهائي لأن الالتزام بالتفاوض بناءا على عقد التفاوض هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة ويتفاوت مضمون الاتفاق على التفاوض من حالة إلى أخرى، فقد يكتفي الأطراف بتقرير الاتفاق على البدء في التفاوض وقد يتم النص على

[1] مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص109.

[2] Olivier Iteanu, internet et le droit, op.cit,page 79.

[3] محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص46.

بعض الالتزامات التي تحكم سير المفاوضات، وغالبا ما يتضمن عقد التفاوض شروط تتعلق بتنظيمه مثل الالتزام بعدم الدخول في مفاوضات موازي ة، والالتزام بالسرية وتحديد مدة معقولة للاستمرار في التفاوض وتحديد نفقات المفاوضات ومن يتحملها و غيرها من المسائل[1].

ولا يختلف عقد التفاوض في تعريفه عن أي عقد آخر فهو تصرف قانوني بين طرفين بهدف ترتيب أثر قانوني معين، وهو لا يتطلب لقيامه وتكوينه سوى توافر الأركان العامة للعقود وهي التراضي والمحل والسبب، كما أنه يعد من العقود غير المسماة فهو من العقود الحديثة نسبيا[2].

وقد عرف بعض الفقه اتفاق التفاوض بأنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه بالسعي من أجل التوصل إلى إبرام عقد معين لم يتحدد موضوعه إلا بشكل جزئي لا يكفي في جميع الأحوال لانعقاده.

وذهب البعض إلى تعريفه بأنه عقد يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل، في حين رأى آخرون بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه ش خص تجاه شخص آخر بالبدء أو الاستمرار في التفاوض بشأن عقد معين بهدف إبرامه[3].

وقد يبرم عقد التفاوض بصفة مستقلة تسمح بالاتفاق على عناصر العقد المراد إبرامه مستقبلا، ويرجع ذلك إلى أهمية كل عقد، فقد تتضمن العقود الصناعية والتجارية ذات القيمة المالية الضخمة اتفاقا أو شرطا مس تقلا يقضي بالتفاوض قبل الوصول إلى مرحلة إبرام العقد وضبط تفاصيله وتحديد كيفية تنفيذه[4].

ويتضح مما سبق بيانه، أن التفاوض متى كان في شكل عقد فإنه يتميز بعدة خصائص أهمها:

---

[1] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص101.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص86.

[3] Olivier Iteanu ,op.cit,page 82.

[4] جمال فاخر النكاس، البحث السابق، ص169.

أن عقد التفاوض هو عقد حقيقي وذلك أن بعض الفقه يرى أن التفاوض يمكن أن يكون ع قدا وليس مجرد عمل مادي كما استقر في أذهان الكثير، فهويتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر يعتد به القانون ويحميه[1].

ومتى تم التفاوض على هذا النحو، فإنه يعني إبرام عقد التفاوض بالتعبير عن الإرادة في الدخول في المفاوضات أي أنه يجب أن تتوافر فيه الأركان العامة اللازمة لإبرام أي عقد، فالإرادة ينبغي أن تكون حرة وأن تتجه إلى الالتقاء بإرادة أخرى من أجل الدخول في المفاوضات، كما أن لعقد التفاوض بهذا الوصف محلا كباقي العقود، ومحله هو التوصل إلى برام العقد النهائي[2].

كما يوصف عقد التفاوض بأنه عقد مؤقت، فمهما طالت فترة المفاوضات ومهما استغرقت من وقت فإنها تبرم لمدة مؤقتة فهي إما أن تنتهي إلى إبرام العقد وإما أن يختلف الطرفان ويتوصلا إلى قناعة بعدم إبرام العقد[3].

وأيا كانت النتيجة، فإن التفاوض متى تم عن طريق عقد مستقل فإنه لا بد أن ينتهي في فترة من الفترات ولذلك يوصف بأنه عقد مؤقت فهو لم يوجد إلا لمدة محدودة، وتلك المدة هي التي يستغرقها الطرفان في التفاوض عبر وسائل الاتصال الإلكترونية فإذا انتهت المفاوضات بين الطرفين بالتوصل إلى إبرام العقد المنشود زال كل أثر للتفاوض، وكذلك الأمر لو فشلت العملية التفاوضية[4].

وغالبا يكون عقد التفاوض عقدا غير محدد المدة لأن المتفاوضان لا يعلمان ما هي المدة التي يستغرقها تفاوضهما، لكن ليس ما يمنع من أن يكون محدد المدة غالبا فق د يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض[5].

وينشئ عقد التفاوض المؤقت التزامات متنوعة تبعا لتنوع مضمونها، ومنها الالتزام بعدم إجراء مفاوضات مع طرف آخر، والاتفاق على المحافظة على أسرار ومعلومات كل طرف وطالما

---

[1] فؤاد العلواني و عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص22.

[2] أحمد خالد العجلوني،المرجع السابق، ص11.

[3] خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص232.

[4] مراد محمود يوسف مطلق،الرسالة السابقة، ص110.

[5] محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص49.

أن عقد التفاوض ليس مقصودا في ذاته، فإنه يكون بمثابة العقد التمهيدي حيث بمقتضاه يبدأ الطرفان في الاتفاق على إبرام العقد المقصود.

وبما أنه لا وجود لالتزام قانوني بالتفاوض قبل إبرام العقد، فإن الطابع التمهيدي لعقد التفاوض الإلكتروني يجعل الطرفين ملتزمان بالسير في المفاوضات حتى نهايتها[1].

ويلاحظ بأن الالتزام بالتفاوض المترتب على عقد المفاوضات الإلكترونية هو التزام ببذل عناية وليس بتحقيق نتيجة، فالطابع التمهيدي المؤقت لهذا العقد لا ينشىء التزاما على عاتق الطرفين بإبرام العقد، وهو بهذا الوصف وهذه النتيجة لا يخول لأي من طرفيه حقا ذا طبيعة مالية إلا إذا انطوى على تعسف في عدم الاستمرار في المفاوضات[2].

كما لا يشمل عقد التفاوض على المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه إذ أن الهدف منه تبادل الآراء وتقريب وجهات النظر وتعريف كل متعاقد بالعقد المراد إبرامه لا بعناصره الجوهرية وتفصيلاته الدقيقة وهو بهذا يظل مجرد عقد تمهيدي[3].

وإذا كنا قد أشرنا إلى أن التشريعات قد خلت من تنظيم للتفاوض سواء في صورته العقدية أو المادية، فإنه متى جاء في صورة عقد فإنه يكون عقدا غير مسمى إذ لم يفرد له التقنين المدني أي تنظيم رغم المكانة الهامة التي بدأ يحتلها على الصعيد المحلي والدولي فمن العقود التي يحدث التفاوض دائما قبل إبرامها عقود نقل التكنولوجيا، وعقود تصنيع برامج الحاسوب والتقنيات الحديثة[4].

على أنه يجب على التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أن تفرد له تنظيما خاصا، نظرا لمكانة المفاوضات في عقود التجارة الإلكترونية، وإذ ذاك يصبح التفاوض على العقد عقدا مستقلا بأحكام تنظمه ويمكن وصفه بأنه عقد مسمى، وهذا رغم أننا نسجل في هذا المقام على

---

[1] جمال فاخر النكاس، المبحث السابق، ص171.

[2] محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه،ص48؛ د/خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،المرجع السابق، ص233.

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص86.

[4] فؤاد العلواني ود/عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص23.

التشريعات العربية الحديثة الخاصة بالمعاملات الإلكترونية أنها لم تعره أي اهتمام ولم تفرد له نصوصا خاصة مقتفية في ذلك أثر التقنينات المدنية وهذا قصور يجب تلافيه.

**الفرع الثاني: آثار التفاوض الإلكتروني**

مر معنا أن المفاوضات قد تكون مجرد عمل مادي تسبق إبرام العقد، لكنها قد تأخذ شكل الاتفاق وتكون بمثابة العقد للتحضير للعقد المراد إبرامه، وهي لا تأخذ هذا الشكل إلا في العقود ذات الأهمية الاقتصادية أو العلمية الخاصة كعقود نقل التكنولوجيا، ورأينا أن جانبا من الفقه يعنى بالمفاوضات الناشئة عما يسمى باتفاق التفاوض وهي بهذا المعنى تعتبر عقدا يمهد لإبرام العقد[1].

ومتى تم اتفاق التفاوض أنشأ التزاما على عاتق طرفيه هو الالتزام بالتفاوض على العقد، غير أن الالتزام بالدخول في المفاوضات ليس هو الالتزام الوحيد بل تترتب عدة التزامات على الأطراف.

ويثور التساؤل حول الالتزام بالبقاء في المفاوضات وتحقيق الأهداف المرجوة منها مما يدفع إلى البحث حول المسؤولية المترتبة على الإخلال بها أو قطعها وإذا كانت مسؤولية فما طبيعتها هل هي تقصيرية أم عقدية.

يرى بعض الفقه أن عقد التفاوض الإلكتروني متى كان صحيحا أنشأ على عاتق طرفيه التزامات أهمها الالتزام بالدخول في مفاوضات والالتزام بالتفاوض بحسن نية، والالتزام بالإعلام، والالتزام بالتعاون والالتزام بعدم إفشاء المعلومات السرية وبالاعتدال والجدية[2].

يعتبر جانب من الفقه المفاوضات بمثابة العقد التحضيري الذي يلجأ إليه التنظيم سير المفاوضات وتحديد الأهداف، والمواضيع التي يريد الأطراف الوصول إليها، وأهم ما يترتب على ذلك هو الالتزام بالدخول في المفاوضات[3].

---

[1] جمال فاخر النكاس، البحث السابق، ص 168؛ مراد يوسف المطلق، الرسالة السابقة، ص110.

[2] محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص57؛ فؤاد العلواني و عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص19؛ أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص100 و101.

[3] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة2011، ص181.

وإذا كان هذا الالتزام يجد مصدره المباشر في اتفاق التفاوض، فإنه التزام بتحقيق نتيجة، فلا يحق لأي طرف التأخر أو الامتناع عن الدخول في المفاوضات وإلا عد مسؤولا عما يقع للطرف الآخر من أضرار[1].

ويلاحظ أن الالتزام بتحقيق النتيجة يقف عند حد الدخول في المفاوضات، أما الالتزامات أثناء التفاوض فهي التزامات ببذل عناية إذ يجب على كل طرف بذل العناية المطلوبة وهي عناية الرجل الحريص لإنجاح المفاوضات وعدم عرقلتها[2].

وواقع الأمر أن الالتزام بالدخول في المفاوضات هو النقطة المحورية في اتفاق التفاوض، وبها فقط يختلف الاتفاق على التفاوض كعقد عن الطابع المادي لأية عملية تفاوضية، فمنطق الأمور يقتضي أنه متى أبرم عقد التفاوض فإن الطرفين ملزمان بإجراء مفاوضات لكنهما غير ملزمين بالبقاء أو الاستمرار فيها[3].

والمفاوضات العقدية في نظر الفقه يحكمها مبدءان، حرية التعاقد ومبدأ حسن النية في التفاوض، حيث يكرس هذان المبدءان التوازن العادل بين الأطراف، ففي حين يتيح المبدأ الأول الحرية الكاملة في السير في المفاوضات العقدية أو قطعها في أية مرحلة من مراحل التفاوض، فإن مبدأ حسن النية يقتضي من أطراف اتفاق التفاوض أن يتفاوضوا بشرف وأمانة[4].

فإذا انطوى سلوك المتفاوض على مخالفة هذه المبادئ، فإنه يكون مخطئا وتقوم مسؤليته كما هو الحال عند انحراف المتفاوض عن السلوك المألوف ومخالفة تلك الالتزامات أو قطع المفاوضات دون سبب جدي أو إفشاء الأسرار التي تم الإطلاع عليها أثناء التفاوض[5].

وإذا كان الالتزام بالتفاوض بحسن نية التزاما جوهريا في مرحلة التفاوض في العقد الإلكتروني، فإنه التزام تبادلي يقع على عاتق كلا الطرفين والإخلال به يؤدي دون شك إلى الإضرار بالغير ويقيم للمسؤولية أركانها ويلزم من أخل به بالتعويض.

---

[1] بشار محمود دودين، المرجع السابق، ص97.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 238.

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص88.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص134.

[5] بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد،المرجع السابق، ص181.

ورغم أن عديدا من التقنينات المدنية قد نصت في القواعد العامة لإبرام العقود على ضرورة مراعاة مبدأ حسن النية، أثناء تكوين العقد كالتقنين المدني الألماني، والتقنين المدني الإيطالي ونظيره الهولندي، فإن جانبا هاما من التقنينات المدنية قصرت هذا المبدأ على تنفيذ العقد فقط، ومنها المشرع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المادة 1134 من التقنين المدني الفرنسي المقابلة للمادة 107 من التقنين المدني الجزائري. ومع ذلك فإن نص المادة 107 من التقنين المدني الجزائري والنصوص المطابقة له في التقنينات المقارنة كفيل بالانطباق على وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في اتفاق التفاوض وذلك أن السير في المفاوضات بأمانة وشرف ونية حسنة وهو تنفيذ لعقد التفاوض وليس إبراما له، وإن كان من الضرورة بمكان التطرق إلى مرحلة إبرام عقد التفاوض وإيراد نص يتعلق بوجوب مراعاة حسن النية في التفاوض على العقد[1].

ويترتب على الالتزام بالدخول في المفاوضات والالتزام بالتفاوض بنية حسنة كأثر من آثار إنشاء اتفاق التفاوض على إبرام العقد الإلكتروني قيام عدة التزامات على عاتق كل طرف أهمها الالتزام بالتعاون وهو تطبيق من تطبيقات مبدأ حسن النية، وبالتالي يقع على الطرفين حتى دون حاجة إلى النص عليه في اتفاق التفاوض، كما يظل قائما إلى نهاية العملية التفاوضية[2].

وإذا كانت صور التعاون لا تدخل تحت حصر فإن كل فعل وأتصرف يقوم على تبادل الثقة والمعلومات يندرج تحت بند التعاون[3].

كما يتحدد مضمون الالتزام بالتعاون بسعي كل طرف إلى فحص الآراء والأفكار التي يقدمها الطرف الآخر، ودراستها وإبداء الرأي بشأنها في كل مرحلة من مراحل التفاوض، واستخدام الخبرات والمعلومات السابقة والجدية في مناقشة كل ذلك وصولا إلى اتفاق على إبرام عقد يكتب له الاستقرار ويحفظ من الزوال[4].

---

[1] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص99.

[2] عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص142، محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص75.

[3] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص101.

[4] محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع نفسه، ص58.

ويتفرع عن الالتزام بالتعاون في عقد التفاوض الإلكتروني التزام بالإعلام وبالتبصير في مرحلة التفاوض، والذي مؤداه قيام المتفاوض بالإدلاء بالبيانات الهامة للمرحلة التفاوضية حتى يكون كل طرف على بينة ويقدم على حسم موقفه في الدخول في الرابطة العقدية[1].

ويعرف هذا الالتزام بأنه التزام قانوني سابق على إبرام العقد الإلكتروني يلتزم بموجبه أحد الطرفين وهو الذي يملك معلومات تخص العقد المراد إبرامه بتقديمها في الوقت المناسب بكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة.

ويجد الالتزام بالإعلام أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه المتعلقة بعقد التفاوض فقط وليس بالعقد المراد إبرامه لأنه كما سبق البيان فإن عقد التفاوض عقد مستقل بذاته[2].

ولا يقتصر الالتزام بالإعلام على البيانات الجوهرية فقط، بل يمتد إلى كل جزئية أو تفاصيل دقيقة طالما كانت دافعة إلى التفاوض أو موضوعا له، ولهذا فإن معيار تحديد البيانات والمعلومات التي يجب الإفصاح عنها يتحدد على ضوء أهمية تلك البيانات أو هذه المعلومات لدى الطرف الذي يجب أن يفضى بها إليه وهو من يقع عليه عبء إثبات أنها هامة ولم يعلم بها[3].

وإذا كان المتفاوض في عقد التفاوض الإلكتروني ملزما بالإدلاء بالمعلومات التي تهم الطرف الثاني وهو التزام تبادلي، فإنه بالمقابل يقع على كل طرف التزام بالمحافظة على الأسرار التي تخص الطرف الثاني، فقد تفضي العملية التفاوضية إلى أن يكشف أحد الأطراف إلى الآخر عن بعض الأسرار الهامة فنية كانت أم مهنية، ولذلك يفرض مبدأ حسن النية المحافظة على أسرار كل طرف، ولو لم تكن هذه الأسرار تحظى بحماية قانونية كالتكنولوجيا والتطبيقات المستخدمة في إنتاج السلع والخدمات والمعرفة الفنية وأسرار الأعمال[4].

---

[1] مراد محمود يوسف مطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، الرسالة السابقة،ص112.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق،ص240.

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص92.

[4] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص49، 50.

ولما كان الغرض من إبرام اتفاق التفاوض هو إنهاء العملية التفاوضية بنجاح وصولا إلى إبرام العقد، فإنه يتوجب على كل طرف التفاوض بجدية واعتدال وعدم المبالغة في العروض أو الأسعار، وقبول الرأي الآخر وعدم التشدد والسعي لإنهاء التفاوض في الوقت المناسب، وعدم تفويت الفرصة على الطرف الآخر، والامتناع عن إجراء مفاوضات موازية إذا وجد شرط في اتفاق التفاوض على منعها، وإسداء النصيحة والإرشاد للطرف الآخر[1].

والحديث عن آثار التفاوض الإلكتروني يعني حديث ا عن الالتزامات التي يفرضها القانون أو اتفاق التفاوض في هذه المرحلة، كما يخص الحديث عن المسؤولية الناجمة عن الإخلال بتلك الالتزامات.

وبما أن مبدأ حسن النية ينبغي أن يسود العملية التفاوضية، فإنه إذا انطوى سلوك التفاوض على مخالفة لهذا المبدأ فإنه يكون قد ارتكب خطأ يوجب المسؤولية.

ومن صور هذا الخطأ قطع المفاوضات بدون مبرر مشروع، فرغم أن المفاوضات ترتكز على مبدأ الحرية الذي يعني تمتع المتفاوض بمطلق الحرية في الدخول في المفاوضات أو الاستمرار فيها أو قطعها واختيار الأسلوب المناسب لها عملا بمبدأ حرية التعاقد، فإنه لا يمكن للمتفاوض قطعها بطريقة مفاجئة للطرف الثاني[2].

ولا يقيد حق المتفاوض في قطع العملية التفاوضية سوى مبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود عملية التفاوض، فإذا أراد أحد الطرفين قطع المفاوضات فإنه ينبغي أن يمارس هذا الحق بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، كأن يستند إلى مبرر مشروع أو سبب موضوعي جدي، ففي هذه الحالة لا يشكل قطع المفاوضات أي خطأ ولا يستوجب أية مسؤولية ومن أمثلة الإنهاء التعس في للتفاوض قطع المفاوضات بصورة مفاجئة، وبقرار منفرد دون مبرر مشروع رغم أنها كانت قد بلغت مرحلة متقدمة وكان الطرف الذي قطعها يعلم أن المتفاوض معه قد أنفق مصاريف كبيرة من أجل إبرام العقد ولذلك وجب على الطرف الذي يرغب في قطع المفاوضات

[1] جمال فاخر النكاس، البحث السابق، ص169؛ فؤاد العلواني و عبد جمعة موسى الربيعي، المرجع السابق، ص20.

[2] محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق، ص60.

إعلام الطرف الآخر بنيته في عدم الاستمرار فيها في وقت مناسب وأن يبين له السبب الجدي الذي يبرر ذلك[1].

وقطع المفاوضات بطريقة مباشرة لا يشكل الصورة الوحيدة للخطأ، فقد يلجأ الشخص الذي يرغب في إنهاء المفاوضات على استفزاز الطرف الثاني حتى يدفعه إلى إنهاء التفاوض فيستمر ظاهريا فيها لكنه يتخذ مواقف سلبية وأساليب تحمل الطرف الآخر على إنهاء المفاوضات[2].

وقد يتخذ الخطأ الذي يوجب المسؤولية خرق الالتزامات التي يفرضها القانون أو اتفاق التفاوض كإفشاء الأسرار أو استغلالها على وجه غير مشروع، أو الدخول في التفاوض من أجل الاطلاع على أسرار الطرف الآخر دون رغبة جادة في إبرام العقد، أومن أجل تفويت فرصة على الطرف الثاني وصرفه عن إبرام عقد آخر[3].

وفيما يخص طبيعة المسؤولية الناجمة عن الإخلال بالالتزامات التي تفرضها المفاوضات فإن الفقه قد استقر وأيده القضاء، على أن المفاوضات مجرد أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها في ذاتها أي أثر قانوني، وتطبيقا لذلك يرى الفقه أن شرعية المفاوضات تحمل في طياتها شرعية العدول عنها،إلا إذا شكل العدول انحرافا عن سلوك الرجل العادي فهنا نقوم المسؤولية التقصيرية المبنية على الخطأ واجب الإثبات وبالطبع يقع على عاتق المتضرر إثبات هذا الخطأ[4].

وفي نفس الاتجاه ذهب بعض الفقه إلى أن المبدأ الذي يسود المفاوضات يسمح بقطعها في أي وقت، شريطة أن يتم ذلك في إطار حسن النية وعدم الإضرار بالطرف الآخر المتفاوض، فقطع المفاوضات إذا تم بشكل إنفرادي ودون أي سبب جدي فإنه قد يرقى إلى خطأ تقصيري يوجب المسؤولية التقصيرية، فضلا عن أنه يعد صورة من صور التعسف في استعمال الحق[5].

وقد دعمت محكمة النقض المصرية هذا الموقف الفقهي في كثير من قراراتها ومنها ما جاء فيها "إن المفاوضات ليست إلا عملا ماديا لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني، فكل متفاوض

---

[1] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 88.

[2] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص 51.

[3] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، المرجع السابق، ص 263.

[4] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص 52.

[5] بلحاج العربي،المرجع السابق، ص 177.

حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد، دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو أن يطالب ببيان مبرر العدول، ولا يرتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض وفي هذه الحالة يقع عبء إثبات ذلك الخطأ وهذا الضرر على عاتق الطرف المضرور"[1].

وبهذا يكون هذا الجانب من الفقه ومحكمة النقض المصرية قد رفضا صراحة نظرية الخطأ عند تكوين العقد التي نادى بها الفقيه الألماني "اهرنج"، والتي توجب المسؤولية العقدية على من تسبب في عدم إتمام إبرام العقد، علما أن الفقه والقضاء في ألمانيا وسويسرا قد تأثرا بهذه النظرية، لكنهم يرون أن المسؤولية الناجمة عن المفاوضات هي مسؤولية شبه عقدية تطبق عليها قواعد المسؤولية العقدية[2].

أما الفقه والقضاء في فرنسا، فإنهما يفرقان بين صورتين من صور التفاوض، فإذا كان التفاوض مصحوبا باتفاق تفاوض كانت المسؤولية الناجمة عنه عقدية، أما إذا لم يكن هناك اتفاق فإن المسؤولية لن تكون إلا تقصيرية. وقد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يتمثل في العدول عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه الخطأ القائم على إرادة الإضرار، أو الخطأ الذي ينطوي على سوء النية وليس مجرد خطأ عادي[3].

وتبعا لذلك لم يتردد القضاء الفرنسي في إرساء قواعد المسؤولية التقصيرية للمتفاوض عن الإنهاء المفاجئ للمفاوضات في مراحلها المتقدمة دون مبرر مشروع أو مصحوب بخطأ فادح وخاصة إذا صدرت تلك الأفعال عن متفاوض محترف، كما أن إطالة مدة التفاوض دون سبب جدي مع ثبوت سوء النية لدى المتفاوض أو المخالفة الواضحة لمبادئ حسن النية والصدق والأمانة في مرحلة التفاوض وهي كلها سلوكات خاطئة من شأنها المساس بالثقة المشروعة[4].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،المرجع السابق، ص 242؛ محمد حسين منصور، العقود الدولية، المرجع السابق،ص 62، 63.

[2] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 88.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 243 هامش رقم 4.

[4] بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 176.

ويلاحظ بأن ما ذهبت إليه محكمة النقض الفرنسية فيه تفصيل، فإذا اقترن التفاوض بعقد، كان هذا العقد مصدرا لتنظيم العملية التفاوضية وهو الذي يحدد التزامات وحقوق الطرفين، ومن الطبيعي أن تكون المسؤولية الناجمة عن الإخلال به مسؤولية عقدية، أما إذا لم يكن بين الطرفين أي عقد أ واتفاق ينظم التفاوض فإن العملية التفاوضية تبقى مجرد عملية مادية يشكل الإضرار بالطرف الآخر أثنائها خطأ يوجب المسؤولية التقصيرية التي تخضع للقواعد العامة.

## المبحث الثاني: مرحلة التعاقد الإلكتروني

طبقا للمادة 59 من التقنين المدني الجزائري يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية.

والتعبير عن الإرادة بهذا المعنى هو المظهر الخارجي الذي تتخذه الإرادة بعد أن كانت أمرا كامنا في النفس لا يعلمها إلا صاحبها، فلكي يعتد بها القانون يجب أن تظهر إلى العالم الخارجي[1].

ووفقا للقواعد العامة في نظرية العقد، فإنه لقيام أي عقد يجب توافر التراضي والمحل والسبب فضلا عما يتطلبه القانون في بعض العقود من شكلية معينة أو تسليم لتمام العقد، ونظرا لأن العقد الإلكتروني لا يخرج عن كونه عقدا، فإنه يخضع بحسب الأصل، لهذه القواعد فيما يتعلق بإبرامه، غير أن دخول الوسيلة الإلكترونية في عملية إبرامه تلقي بظلالها على ركن التراضي فيه دون ركني المحل والسبب اللذين تنعدم فيهما الخصوصية ويظلان خاضعين لقواعد نظرية العقد.

ولكي يقوم ركن التراضي في العقد لا بد من توافر إرادة أولى تسعى للدخول في رابطة عقدية تسمى الإيجاب، ثم إرادة أخرى موافقة ومطابقة لها هي القبول. لذلك نتولى في هذا المبحث دراسة التعبير عن الإرادة في المطلب الأول، لنتولى في المطلب الثاني بحث طبيعة العقد الإلكتروني حول كونه تعاقدا بين حاضرين أم تعاقدا بين غائبين وبيان خصوصية مجلس العقد فيه.

### المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

رأينا أن العقد يوصف بأنه إلكتروني متى تم استخدام وسيلة إلكترونية في إبرامه وعلى هذا نصت معظم القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية تنفيذه.

واستخدام الوسيلة الإلكترونية في التعبير عن الإرادة سواء في الإيجاب أ وفي القبول يجعل هذا التعبير يتمتع بخصوصية لا توجد في التعبير العادي الذي ألفه الناس.

---

[1] بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزء الأول، طبعة 1995، ص 62.

لذلك نخصص الفرع الأول من هذا المطلب للإيجاب الذي يتم بوسيلة إلكترونية لنقف على مظاهر الخصوصية فيه، ونعالج في الفرع الثاني القبول في العقد الإلكتروني.

**الفرع الأول: العرض الإلكتروني –الإيجاب**

نص المشرع الجزائري في قانون التجارة الإلكترونية 18-05 على تعريف الإيجاب ووصفه بأنه: "العرض الإلكتروني".

عرف الفقه الإيجاب مجردا عن الوسيلة التي يتم بها ب أنه عرض كامل وجازم للتعاقد وفقا لشروط محددة يوجهه شخص إلى شخص معين وإلى أشخاص معنيين بذواتهم أو للكافة[1].

وفي نفس المعنى عرفه بعض الفقه الفرنسي بأنه تعبير عن إرادة من جانب واحد يدل على انصراف رغبة مصدره إلى التعاقد، ويتضمن بالضرورة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه[2].

ولذلك فإن الإيجاب هو الإرادة الأولى المتجهة إلى الدخول في رابطة عقدية تحتاج إلى إرادة أخرى موافقة لها.

ولم تتضمن التقنينات المدنية تعريفا للإيجاب تاركة ذلك للفقه والقضاء. وقد عرفته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه:" **العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد**"[1].

وقد وضعت اتفاقية فينا لعام 1980 بشأن النقل الدولي للبضائع في المادة 146فقرة 01 معيارا لتحديد الإيجاب حيث نصت على أن الإيجاب يكون محددا بشكل كاف إذا عينت فيه البضائع محل البيع وتحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمنيا أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب[2].

بينما عرفت محكمة النقض الفرنسية الإيجاب بأنه عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين، حيث يكون ملزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر.

ولم تتضمن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية تعريفا للإيجاب الذي يتم بطريقة إلكترونية وإن كانت القواعد العامة فيها المتعلقة بإبرام العقد قد أجازت استخدام رسالة البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

---

[1] عبد الرزاق السنهوري،، مصادر الالتزام، الجزء الأول، المرجع السابق، ص152؛ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص90.

[2] GHESTIN (J), traité de droit civil, la formation du contrat, 3ème ed, 1993, p258.

أما التوجيه الأوروبي رقم 07 لسنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك فقد عرف الإيجاب في العقود عن بعد بأنه: كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان. وواضح من هذا النص أنه لم يعرف وسائل الاتصال عن بعد ولم يحددها، كما لم يبرز الصفة الإلكترونية للإيجاب، لكن يتضح منه اهتمام المشرع بضرورة أن يتضمن الإيجاب العناصر اللازمة لتمكين من وجه إليه الإيجاب من الدخول في العقد وهو على بينة من أمره. وقد ذكر الملحق المرفق بالتوجيه الأوروبي رقم 97-07 وكذلك التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بشأن المرسوم رقم 2001-741 ذكرا على سبيل المثال لا الحصر وسائل الاتصال عن بعد، ومنها المطبوعات غير المعنونة، والمطبوعات المعنونة، الهاتف مع إظهار الصورة، التلفزيون، الانترنت[1]. وإذا كان الإيجاب في العقد الإلكتروني تبعا لهذه التعريفات لا يختلف عن الإيجاب العادي إلا في الوسيلة التي يتم بها، فإن التساؤل المثار يدور حول تأثير الصفة الإلكترونية في الإيجاب كتعبير عن الإرادة وما يقتضيه ذلك من خروج عن القواعد العامة في بعض الأحيان.

ولعل أهم خصوصيات الإيجاب الإلكتروني التي تجعله متميزا عن الإيجاب بالطرق التقليدية هو أنه يتم بوسيلة اتصال فورية تكون مسموعة مرئية وتتيح إبرام العقد عن بعد.

حيث يتم التعبير عن الإيجاب الإلكتروني عن طريق وسيلة اتصال فورية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوتية أو أية وسيلة أخرى للإيضاح تبين السلعة أو الخدمة المعروضة[2].

ويقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني المبرم عن طريق الانترنت عن العقد الإلكتروني المبرم عن طريق التلفزيون في أنه في الحالتين لا وجود للدعامة الورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب في العقد المبرم عن طريق الانترنت يتميز بأنه يتضمن استمرارا معينا، بحيث أن من صدر إليه الإيجاب يستطيع في كل مرة أن يعود ليقرأ الإيجاب الموجود على الموقع أو البريد الإلكتروني بينما يتمتع الإيجاب في التعاقد عن طريق جهاز التلفزيون بوقتية العرض على الشاشة[3].

ويلاحظ بأن الخاصية الإلكترونية للإيجاب المرتبطة بالطبيعة التقنية لوسائل الاتصال تؤدي إلى

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص19؛ أسامة أبوالحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص200.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص89.

[3] محمود السيد خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص53.

عدم تلقي المتعاقد المعلومات التي تضمنها الإيجاب بثبات، فمدة بقاء الإيجاب على الموقع مثلا قد تنقضي في أية لحظة، ويتم التذرع وإرجاع السبب للتقنيات ويتحجج بها الموجب ليتحلل من إيجابه، يضاف إلى ذلك أن التقنية المستخدمة ليست معصومة من الخطأ دائم ويرجع ذلك إلى أن المعلومات قد تصل إلى المرسل إليه عن طريق انتقال البيانات في وقت يكون فيه الإيجاب المعروض قد تعرض للإلغاء[12].

ولأنه يتم غالبا استخدام وسائل وتقنيات الاتصال الحديثة في الإعلان عن السلع والخدمات للجمهور، فإن الفقه قد اختلف حول تحديد الفرق بين الإيجاب والإعلان.

ففي حين ذهب البعض إلى أن الإعلان لا يعتبر إيجابا وإنما هو مجرد دعوة للتعاقد وذلك بسبب عدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب، فضلا عما يولده هذا النوع من الإعلانات من ضغط معنوي على المستهلك وتحريضه على شراء سلع غير ضرورية له[3].

فإن جانبا آخر يرى أن الإعلان الموجه للجمهور عبر تقنيات الاتصال عن بعد يعتبر إيجابا موجها للجمهور طالما أنه قد تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كأن يحدد السلعة أو الخدمة تحديدا نافيا للجهالة، وأن يحدد ثمنها أما إذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه يبقى مجرد دعوة للتعاقد[3].

وبما أن الإيجاب الإلكتروني يوجه عبر وسائل اتصال عن بعد فإنه يتصف غالبا بالصفة الدولية لذلك يتمتع العقد الإلكتروني بهذه الصفة، وتبعا لذلك يكون الإيجاب دوليا بالنظر إلى أن وسائل الاتصال لا تعرف الحدود.

ورغم ذلك يرى البعض أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، ومثال ذلك ما يلاحظ حول بعض مواقع الشبكة العالمية الفرنسية التي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية، كما أن حكومة ا لولايات المتحدة الأمريكية تقرر حظر توجيه الإيجاب للدول التي تقع تحت طائلة العقوبات الاقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية[4].

---

[1] محمود السيد خيال، الانترنت وبعض الجوانب القانونية،المرجع السابق، ص120؛ محمد السعيد رشيدي،المرجع السابق، ص96.

[2] تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص62.

[3] أحمد السعيد الزقرد،المقال السابق، فقرة 10؛ رامي محمد علوان، المقال السابق، ص244.

[4] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية،المرجع السابق، ص209؛ د/أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص63 64.

ولذلك فإنه من الممكن أن يكون الإيجاب إقليميا أو دوليا، وهذا ما يجعل الموجب غير ملتزم بإيجابه خارج النطاق الإقليمي الذي حدده عرضه وكثيرا ما يذيل العرض الذي يتضمن الإيجاب بأنه موجه الإقليم معين.

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 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[1].

وإذا كان يشترط في الإيجاب بصفة عامة أن يكون جازما وأن يكون كاملا حتى يعتد به القانون ويعامله معاملة الإيجاب، فإن تمتع الإيجاب الإلكتروني بهذين الشرطين فيه شيء من الخصوصية أيضا، فصفة الوضوح والكمال تقتضي أن يقدم بأسلوب مفهوم بعيدا عن أي غموض أو التباس وأن يحترم قواعد العرض المحددة قانونا، وذلك بأن تعبر صورة الشيء المعروض تعبيرا أمينا وصادقا عنه.

وباستقراء النصوص المنظمة للإيجاب الإلكتروني يتضح أنه توجد قواعد تتعلق بشكل الإيجاب وأخرى بمضمونه يجب أن تتم مراعاتها حتى يستوفي الإيجاب الإلكتروني وصفه ويكون صالحا من الناحية القانونية.

فيجب أن يتضمن الإيجاب تحديدا دقيقا لهوية الموجب وعنوانه ورقم هاتفه، وذلك حتى يتمكن من وجه إليه الإيجاب من التحقق من شخصية الموجب بما يحقق الأمان والثقة في المعاملات الإلكترونية[2].

وقد نص على ضرورة بيان هوية الموجب قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-18 التي جاء فيها: "**في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك، اسم مشروعه وأرقام هواتفه وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفا عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب**"[3].

---

[1] Natalie Moreau, la formation du contrat électronique, op.cit, p39.

يلاحظ أن المشروع المقترح لتعديل التقنين المدني الجزائري لم يتضمن ما يفيد تحديد النطاق المكاني للإيجاب بواسطة وسائل الاتصال التقنية ما يجعل الموجب ملتزما بإيجابه تجاه الكافة وهذا أمر غير منطقي

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص107.

[3] l'article 12118: « dans tout offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de service qui est faite à distance à un consommateur, le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise ses coordonnées téléphoniques ainsi que l'adresse de son siège si elle est différente, celle de l'établissement responsable de l'offre ».

ولذلك يلتزم الموجب بأن يكون إيجابه كاملا متضمنا البيانات التي تسمح للغير بتحديد هويت ه، كما تتطلب التوجيه الأوربي رقم31 لسنة 2000 الصادر في 08 جانفي2000 بشأن التجارة الإلكترونية أن يوضح البائع لعم يله اسم شركته وعنوانه الجغرافي وعناصر تحديد هويته[1].

وفي القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات الإلكتروني ة نصت المادة 25 منه على أنه يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكتروني ة أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة.

وفي مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع أورد القائمون على المشروع المادة 412 مكرر 03 التي جاء فيها:

"**مع عدم الإخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:**

**-هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه**".

ويلاحظ أن المشرع الجزائري ينوي أن يخطو خطوة هامة نحو إرساء نظام قانوني متين لتنظيم الإيجاب الإلكتروني في عقد البيع عن بعد وإن كان هذا النص مستلهما من نصوص تقنين الاستهلاك الفرنسي.

وبخصوص شكل الإيجاب فإنه يجب أن يقدم بوسيلة مناسبة، وبأسلوب واضح ومفهوم، وعلى هذا نصت المادة 111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي والمادة 4 من التوجيه الأوروبي رقم 97-7 بشأن البيع عن بعد، والمادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية كما جاء في الفقرة ما قبل الأخيرة من المادة 412 مكرر3 من مشروع تعديل التقنين المدن ي الجزائري التي نصت: "**تبلغ للمشتري المستهلك هذه البيانات ذات الطابع التجاري بكيفية واضحة ومفهومة بأية وسيلة ملائمة لتقنية الاتصال المستعملة**".

وبما أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد ويفترض أن يتم بين أطراف من دول مختلفة، ثار التساؤل حول اللغة المستخدمة فيه.

ففي فرنسا تنص المادة الأولى من القانون رقم 1349-75 الصادر بتاريخ 31 ديسمبر1975 على أنه في عرض وتوزيع السلع والخدمات أو الدعاية المتعلقة بها أو التعاقد عليها، سواء بشكل مكتوب أو شفوي، وفي شأن بيان طرق تشغيل أو استخدام هذه السلع أ والخدمات وشروط التعاقد والضمانات

[1] Natalie Moreau, la formation du contrat électronique, op.cit, p34.

المرتبطة بذلك التعاقد وفي شأن تحرير الإيصال والفواتير، فإن استخدام اللغة الفرنسية يكون أمرا إلزاميا، وفي سياق الوثائق المحررة باللغة الفرنسية فإنه يحظر استخدام أية لغة أجنبية أو مصطلح أجنبي طالما وجد بديل لهذا المصطلح باللغة الفرنسية.

وقد أثار هذا القانون حفيظة بعض المشروعات التجارية في الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي حيث أنه لا ينبغي أن تشكل اللغة المستخدمة عقبة في سبيل التعاقد عبر الحدود[1].

وفي سنة 1994 صدر في فرنسا القانون المسمى قانونToubon[2] وقد أوجبت المادة الثانية منه استعمال اللغة الفرنسية أو على الأقل ترجمة منها في التعبير عن الإيجاب في كل أنواع التجارة بما في ذلك التجارة الإلكترونية و على وجه الخصوص في وصف الشيء[3] أو المنتج أو الخدمة وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال في الفواتير والإيصالات.

وبما أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يكون دوليا، فإن الباب سيفتح للمستهلك الفرنسي في أن يستند لقانون Toubon لكي يتمكن بسوء نية من تقرير بطلان العقد ويتحجج بأن الإيجاب الموجه إليه من إيطاليا مثلا عبر الشبكة الدولية لم يراع قانون Toubon ويزداد الوضع تعقيدا لو وجد مثل تشريع Toubon في كل دولة من دول الاتحاد الأوروبي مثلا وهذا ما يجعل إبرام العقد الإلكتروني بين طرفين ينتمي كل منهما إلى دولة ما أمرا مستحيلا. ولذلك حاولت الحكومة الفرنسية التخفيف من أثر هذا القانون بالنسبة لشبكات الاتصال وأهمها الانترنت، حيث أصدر رئيس الوزراء منشورا في 19 ماي 1996 يوصي بوجوب استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات مع إجازة أن تصاحبها ترجمة بالإنجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى[4].

ولا يظهر من نصوص مشروع تعديل التقنين المدن ي الجزائري أي نص يوجب استعمال اللغة الوطنية في العروض ما عدا نصه على ضرورة إبداء العرض بطريقة واضحة ومفهوم ة، ومن المعلوم أن الوضوح مسألة نسبية تختلف من شخص لآخر فما يكون واضحا لشخص لا يكون بالضرورة واضح ا لدى شخص آخر، وهذا ما يثير المنازعات ويفتح الباب حول عدم الثقة في الإيجاب الإلكتروني بل والإعراض عن إبرام العقد بهذه الوسيلة، لذلك ينبغ ي على القائمين بأمر تعديل التقنين المدن ي وضع

[1] محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص27.

[2] loi N° 94345 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française j.o.5 août 1994.

[3] Verbiest (T), la loi toubon estelle applicable ? article disponible sur : www.droittechnologie.org

[4] SANTIAGO CavanillasMügicas, Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat cahier du centre de recherches informatique et droit , delta édition، 2001, liban, p 99.

نص يوجب أن يكون الإيجاب في البيوع عن بعد باللغة العربية، ويجوز أن تصاحبها ترجمة بلغة أخرى، خاصة وأن الدستور الجزائري يجعل اللغة العربية لغة رسمية للدولة، وأن قانون تعميم استعمال اللغة العربية قد صدر منذ ما يقارب عشرين عاما.

ويقع على عاتق الموجب تزويد من وجه إليه الإيجاب بكل العناصر الأساسية للعقد، وقد أكد تقنين الاستهلاك الفرنسي وقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي على ضرورة قيام الموجب بالإدلاء بالمعلومات التي تجعل الموجب له متبصرا بكافة العناصر الجوهرية الخاصة بالتعاقد والتي من شأنها أن تجعل إرادته تصدر على نحو صحيح[1].

كما أورد قائمون على إعداد مشروع تعديل التقنين المدن ي الجزائري المعلومات الأساسية التي يجب على الموجب إعلام الموجب له بها في العقود عن بعد في المادة 412 مكرر3 من المشروع ونصت عليه أيضا المادة 25 من القانون التونسي الخاص بالتجارة الإلكترونية ومشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين في المادة 50 منه.

ويمكن تصنيف المعلومات المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقد التي يجب على الموجب أن يخبر بها الموجه إليه الإيجاب والذي غالبا ما يكون مستهلكا إلى ثلاث طوائف:

**أولا: معلومات تتعلق بالسلع أو الخدمات المقترحة**

ويقصد بها الخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل لعلم من وجه إليه الإيجاب قبل أن يعلن قبوله.

ولذلك وجب على الموجب وصف المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا يتحقق بمقتضاه علم الموجه إليه الإيجاب بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة، وفي هذا الصدد ألزمت المادة 111-01 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كل بائع للسلع أو مقدم للخدمات بأن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة قبل إبرام العقد.

ونصت على ضرورة بيان الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المادة 14 فقرة 01 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، كما ألزمت المادة 06 من تقنين حماية المستهلك في مصر الصادر بالقانون رقم 67 لسنة 2006 كل مورد ومعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة عن طبيعة المنتج وخصائصه وتجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مضلل لدى المستهلك أو وقوعه في خلط

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص91؛ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص65.

أو غلط[1].

وقد خصصت المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدن ي الجزائري الفقرة الخامسة منها على ضرورة قيام الموجب ببيان المميزات الأساسية للمال المعروض للبيع.

والواقع أن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في الإيجاب قد تحول دون بيان المواصفات الأساسية لمحل العقد، وهذا ما يلاحظ في العروض المتاحة عبر شبكة الإنترنت التي تتسم بالإيجاز وعدم الدقة وربما التقليد في كثير من الأحيان أو المبالغة في صفات غير موجودة حقيقة في المنتج.

**ثانيا: معلومات تتعلق بكيفية تنفيذ العقد**

يجب على الموجب أن يحدد عند إصدار إيجابه بيان الثمن بوضوح وعما إذا كان الثمن يشمل أسعار النقل والرسوم الجمركية إن وجدت وبيان وسيلة الدفع ومكان الوفاء بالتفصيل[2].

وهذا باستثناء حالة تنفيذ الخدمة بطريقة فورية كما هو الحال بالنسبة للخدمات المعلوماتية المتاحة على شبكة الإنترنت مثلا، كما يلتزم الموجب بإعلام الموجب إليه بحقه في العدول عن القبول إذا تبين له أن قد تسرع في ذلك.

وقد نصت على إلزام الموجب ببيان المعلومات الخاصة بتنفيذ العقد المادة 412 مكرر 03 من مشروع تعديل التقنين المدني الذي سبقت الإشارة إليه.

وإذا تضمن الإيجاب شروط خاصة لإبرام العقد فإنه يجب على الموجب أن يضع تحت تصرف من وجه إليه الإيجاب الشروط التعاقدية الإضافية بطريقة تسمح له بحفظها ونسخها، ومن أمثلة تلك الشروط طرق الوفاء وشروط تحديد المسؤولية العقدية ومدة الضمان وغير ذلك.

وفضلا عن ذلك يلتزم الموجب بذكر معلومات معينة مرتبطة بخصوصية العقد الإلكتروني وبتكوينه وبطبيعته غير المادية،وهي معلومات تجعل الموجب يتحمل التزاما إضافيا فضلا عن ما تفرضه القواعد العامة من وجوب بيان العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه حتى يوصف الإيجاب بأنه إيجاب كامل، وبذلك يكون الإيجاب كاملا وفقا للقواعد العامة وتفرض النصوص المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية ضرورة ذكر معلومات أخرى

فوفقا لنص المادة 1369-4 من التقنين المدني الفرنسي يجب على الموجب أن يذكر في إيجابه ما يلي:

---

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 71.

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 114 ؛ أمانح رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 157.

- المراحل المختلفة الواجب إتباعها لإبرام عقد بوسيلة إلكترونية.
- الوسائل التقنية التي تسمح للمستخدم بتحديد الأخطاء الواردة في حالة تدوين البيانات وتصحيحها وذلك قبل إبرام العقد.
- اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد.
- طرق حفظ العقد بواسطة الموجب وشروط الاطلاع على العقد الذي تم حفظه.
- وسائل الاطلاع بوسيلة إلكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي وافق الموجب على الخضوع لها عند الاقتضاء.

**ثالثا: معلومات خاصة بالثمن أو مقابل الخدمة**

وضع المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر في 1987-12-03 المتعلق بإعلام المستهلك بالسعر قواعد صارمة ومحددة إذ جاء في المادة 14 منه أنه يجب أن يشار على نح ودقيق ل ثمن كل منتج أو خدمة تقدم للمستهلك وفقا لتقنيات الاتصال عن بعد وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد[1]. وقد أكد المشرع الفرنسي هذا المسلك بمقتضى المادة 19 من قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي إذ فرض على البائع التزاما بالإعلام بشأن المعلومات المتعلقة بالثمن، مؤكدا على أنه ينبغي على كل من يمارس التجارة الإلكترونية، أن يشير إلى الثمن بطريقة واضحة لا لبس فيها، وأن يوضح خاصة ما إذا كان الثمن متضمنا الضرائب ونفقات التسليم أم لا [2].

وبينت المادة 412 مكرر3 من مشروع تعديل التقني ن المدني الجزائري أن الموجب ينبغي عليه أن يوضح الثمن المقترح وكيفيات دفع الثمن ومصاريف التسليم.

وللإيجاب الإلكتروني قوة ملزمة، حيث يلتزم الموجب بأن يحدد في إيجابه مدة معينة يلتزم خلالها بالبقاء على إيجابه، وفي حالة عدم تحديد مدة الإيجاب، يلتزم الموجب بالبقاء مدة معقولة ملتزما بإيجابه، وهي المدة التي تسمح للإيجاب بالاتصال بعلم الموجب إليه، ولذلك فإن الموجب ليس حرا في العدول عن الإيجاب الإلكتروني، لأن القول بغير ذلك من شأنه أن يهدد استقرار المعاملات[3].

وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة 412 مكرر3 من مشروع تعديل التقنين المدني ضرورة أن

[1] تامر محمد سليمان الدمياطي،المرجع السابق، ص73.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص55؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية،المرجع السابق، ص269.

[3] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص85 ؛ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص95.

يتضمن الإيجاب أو العرض مدة صلاحيته.

ومن المعلوم أن المادة 63 من التقنين المدني الجزائري تنص على ما يلي:

"**إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.**

**وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أومن طبيعة المعاملة**".

هذا هو الإيجاب الإلكتروني، وتلك هي مظاهر الخصوصية فيه، ألقت بها الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في التعبير عنه، وإذا صدر على هذا النحو الذي فصلنا ه، أمكن لمن وجه إليه أن يطمئن ويقدم على إبرام العقد في جو من الاستقرار.

**الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني**

القبول هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على ما جاء في الإيجاب[1]، ويعد القبول التعبير الثاني عن الإرادة، حيث يتكون العقد من اقترانه بالإيجاب، وهو كتعبير عن الإرادة يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الإرادة،كأن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على مقصود صاحبه. والقبول كتعبير عن الإرادة يجب أن يكون باتا، وأن يتجه إلى إحداث أثر قانوني ينقل فيه من صدر عنه رغبة جادة ونهائية قي الدخول في رابطة عقدية[2].

ولم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصا يعرف القبو ل، غير أن التقنين المدني الأردني تضمن نص المادة 91 التي عرفت القبول بأنه: "**اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد**"[3].

والواقع أن القبول في العقد الإلكتروني لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، ولذلك فه ويخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد، لكنه يحتوي على شيء من الخصوصية تجعله جديرا بالبحث والتنظيم فمن حيث المبدأ لا يخضع القبول، باعتباره تعبيرا عن الإرادة، لشكل معين فلكل متعاقد أن يفصح عن إرادته بالوسيلة التي يختارها ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الإرادة[3].

فيصح أن يصدر القبول في العقد الإلكتروني عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة المباشرة،

---

[1] أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص159؛ أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص75.

[2] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 1998، ج1، ص101

[3] أحمد خالد العجلوني،المرجع السابق، ص78.

أو كتابة عن طريق الموقع ما لم ينص القانون أو يشترط الموجب طريقة معينة للقبول[1]، فقد يشترط الموجب أن يكون القبول بنفس الوسيلة التي تم بها الإيجاب كالموقع مثلا، فلا ينعقد العقد إلا إذا جاء القبول بنفس الطريقة المطلوبة.

وقد اشترط القانون التجاري الأمريكي الموحد أن يقدم القبول بنفس الطريقة التي صدر بها الإيجاب في المادة 206 فقرة 2 حيث جاء فيها أن التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب فإذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني، أو عبر موقع فيجب على من وجه إليه الإيجاب إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة.

وإذا لم يحدد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول بجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب أو إرسال القبول بنفس الطريقة التي تلقى بها العرض[2].

وبما أن صور التعاقد الإلكترون ي تتخذ أشكالا متعددة، فإن التعبير عن القبول الإلكتروني يتم بعدة طرق منها الكتابة وإرسالها عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ إذا كان الطرفان يستخدمان طريقة المحادثة المباشرة أو تحميل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الانترنت وتنزيلها على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل[33].

ومن طرق القبول في العقد الإلكتروني النقر مرة واحد على خانة الموافقة حيث توجد عبارة "أنا موافق".

وقد يشترط الموجب في حالة التعاقد بهذه الصورة، بغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول الموجودة على شاشة الحاسوب.

وفي هذه الحالة فإن النقر مرة لا يرتب أثرا ولا ينعقد العقد، وغالبا ما يتم اللجوء إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل النهائية على العقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت سهوا أو خطأ غير مقصود[4].

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول كأن يطلب من القابل الإجابة على بعض الأسئلة مثل تحديد إقامته، أو كتابة بعض بياناته في الخانات التي تظهر على الشاشة كرقم

[1] عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص110؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،المرجع السابق، ص267.

[2] مراد يوسف مطلق،الرسالة السابقة، ص148.

[3] سامح عبد الواحد التهامي،الرسالة السابقة، ص175؛ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص170.

[4] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص77؛ عمروعبد الفتاح علي يونس،الرسالة السابقة، ص299.

البطاقة البنكية وتاريخ صدورها وأول رقم سري لها وتاريخ الميلاد، وذلك كله بغرض تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فعالية بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول بالتعاقد، وبهذا تتم للقبول خاصيته الجازمة والنهائية [1].

وبما أن القواعد العامة تتيح أن يكون القبول صراحة أو ضمنا، فإن بعض الفقه قد رأى إمكانية التعبير عن القبول ضمنيا كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه، غير أن الرأي الراجح يذهب إلى أن التعبير عن إرادة القابل في العقد الإلكتروني لا يكون إلا صريحا بالنظر إلى أن القبول يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا ولا يمكن استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد منها.

ووفقا لهذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول يمكن أن تكون إشارة متداولة عرفا أو اتخاذ موقف لا يدع شكا في دلالته على مقصود صاحبه[2].

وقد رأى آخرون أن الحدود الفاصلة بين التعبير الصريح والتعبير الضمني بصدد القبول في العقد الإلكتروني تكاد تنعدم، فمجرد تدوين الشخص لرقم بطاقته البنكية على موقع الموجب يؤدي إلى إبرام العقد رغم أن الشخص لم يعلن قبوله صراحة[3].

والواقع أن هذه الفكرة نظرية فقط، فالموجب في هذا المثال ينتظر قبول وتأكيدا ولا يطمئن إلى القبول إلا بعد تأكيدات من القابل، ولذلك فإننا ندعم الموقف الذي يرى بأنه لا يجوز أن يكون القبول إلا صريحا، وبهذا يمكن تفادي الكثير من المنازعات لعل أهمها إثبات القبول في حالة قيام النزاع.

كما أثار الفقه مسألة السكوت ودلالته عن القبول في بيئة العقد الإلكتروني، فالأصل أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعد قبولا وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية القائلة بأنه لا ينسب لساكت قول.

واستثناء من هذه القاعدة قرر الفقه، ونص التشريع على اعتبار السكوت قبولا إذا كان سكوتا ملابسا اقترنت به ظروف دلت على القبول، وفي هذا الإطار نصت المادة 68 من التقنين المدني الجزائري على ما يلي : "**إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري،**

**أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.**

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق، ص94.

[2] أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص205.

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص79.

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

ووفقا لهذا النص فإن السكوت يعتبر قبولا متى وجدت تعاملات سابقة بين الطرفين يمكن أن يستنتج منها رضا المتعاقد دون انتظار قبول صريح منه.

هذا عن دلالة السكوت في القواعد العامة، أما بخصوص السكوت في التعاقد الإلكتروني فقد اختلف حوله الفقه ورأوا فيه ثلاثة آراء.

ذهب رأي من الفقه إلى أن سكوت أحد المتعاقدين في عقد إلكتروني بعد عدة تعاملات سابقة بينهما يمكن أن يستنتج منه القبول، شأنه في ذلك شأن القبول في العقود العادية، حيث أن مجرد استعمال الوسيلة الإلكترونية في إبرام العقد لا ينبغي أن يمثل مبررا للخروج عن القواعد العامة[1].

بينما يرى آخرون أن السكوت لا يصلح أن يكون تعبيرا عن القبول في العقد الإلكتروني، وذلك أن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة الدولة تتضمن إيجابا ينص فيها على أنه إذا لم يرد على هذا العرض خلال مدة معينة فإن ذلك يعد قبولا، فهذا معناه تجريد من وجه إليه الإيجاب من حقه في عدم الرد على الرسالة وإجباره على أن يكون الرفض صريحا، وهذا أيضا يتناقض مع حرية التعاقد وحرية التعبير عن الإرادة في العقود عموما[2].

ويرى جانب آخر من الفقه وهو الرأي الراجح أن الحالات الاستثنائية التي يعتبر فيها السكوت قبولا لا بد أن توصف دائما بأنها استثناء وليست قاعدة عامة، كما يجب أن يتم التعامل معها بمنتهى الحذر في العقود الإلكترونية، فمن جهة لا يمكن الاعتداد بالعرف في هذا النوع من العقود نظرا لحداثتها، وبالنسبة للإيجاب الموجه لمنفعة من وجه إليه فإنه وضع غير مألوف في العقد الإلكتروني، أما عن حالة التعامل السابق بين الطرفين، فإن هذا لا يمكن لاعتبار السكوت قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق مسبق بين الطرفين[3].

وأمام عدم وجود أي نص في قوانين المعاملات الإلكترونية العربية أو الأوروبية يشير إلى اعتبار السكوت قبولا، فإنه يمكن القول أن استخلاص القبول يعد مسألة موضوعية يستقل بها قاضي الموضوع

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص124؛ بشار محمود دودين، الرسالة السابقة، ص117.

[2] بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص70.

[3] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 82؛ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص 70، 71.

بما يملك من سلطة تقديرية لا يخضع فيها لرقابة محكمة القانون[1]. وتشترط القواعد العامة في القبول أن يكون موافقا ومطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها هذا الأخير دون زيادة أو نقصاناً وتعديل وإلا فإنه يعتبر إيجابا. وعلى هذا الحكم نصت المادة 66 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها :"**لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا**"[2]. ومقتضى هذا الحكم أن ينصب القبول على الإيجاب بكل عناصره وشروطه، إذ لا يكون مطابقا للإيجاب إذا انصب على جزء مما تضمنه فقط وكذلك الأمر لو انطوى على تعديل شيء مما جاء في الإيجاب[3]. غير أن تطبيق هذا الشرط على القبول في العقد الإلكتروني فيه شيء من الدقة، ففي صورة التعاقد عبر الإنترنت مثلا يتم أحيانا استعمال ما يسمى بتقنية النصوص المخفية، والتي ي قصد بها أن يتضمن النص المعروض على شاشة الحاسوب سطرا يكون لونه مختلفا على ألوان باقي النص، وبالضغط على هذا السطر ينتقل مستخدم الإنترنت إلى نصوص أخرى ذات صلة بموضوع النص الأول، ويتم اللجوء إلى هذه التقنية حتى لا يكون حجم النص المعروض على الشاشة كبيرا وقد يتضمن الإيجاب في التعاقد عن طريق الإنترنت هذه النصوص المخفية بأن يقوم الموجب بوضع الشروط العامة في الصفحة التي تظهر على الموقع ثم يضع على ذات الصفحة إشارة إلى الشروط التفصيلية بحيث إذا ضغط من وجه إليه الإيجاب على هذه الإشارة فإنه ينتقل إلى صفحة أخرى مخصصة لبيان الشروط التفصيلية[4].

وتثير هذه التقنية إشكالية أن الموجه إليه الإيجاب قد لا يلاحظ وجود الإشارة إلى شروط أخرى فيضغط على خانة الموافقة بالقبول دون قراءة الشروط الموجودة في الصفحة الأخرى.

وقد رأى بعض الفقه بأنه يمكن أن يتم وضع بعض شروط العقد في نصوص مخفية طالما أن هناك إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، وأن القبول يكون صحيحا ومطابقا في هذه الحالة طالما كان بإمكان الموجب له ملاحظة وجود النص المخفي[5] بينما رأى آخرون أنه لا يجوز

---

[1] عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص121.

[2] يقابل هذا النص نص المادة 96 من التقنين المدني المصري، والمادة 2/99 من التقنين المدني الأردني، والمادة 182 من قانون الموجبات اللبناني، و97 المادة من التقنين المدني السوري والمادة 85 من التقنين المدني العراقي، والمادة 1/19 من اتفاقية فيينا للبيوع لعام 1980، والمادة 31 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 27 من مجلة الالتزامات والعقود المغربية.

[3] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 132.

[4] THOUMYRE (L), l'échange des consentements dans le commerce électronique, centre de recherche en droit public, université de Montréal, page 11

[5] Gautrais (V), la couleur du consentement électronique, article, p.c P13

استخدام تقنية النصوص المخفية في الإيجاب، وأنه يجب أن يكون الإيجاب في صفحة واحدة فقط، حتى يستطيع من وجه إليه الإيجاب الإطلاع على كل شروطه وبذلك فقط يكون القبول مطابقا للإيجاب[1].

وقد أخذ بهذا الرأي الأخير التقرير الصادر عن مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالإنترنت حيث جاء فيه:" **حتى يكون الرضاء صحيحا وكاملا، فإنه يجب ألا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية**" [2].

وبصدد عقود شراء البرامج عن طريق ما يسمى بالتحميل تثور المشكلة حين يشرع القابل في عملية التحميل فتظهر له شروط استخدام البرنامج أي أن شروط العقد تظهر عند تنفيذه، فالموجب له لم يعلم بهذه الشروط إلا بعد عملية التحميل أو التنزيل على جهاز الحاسوب الخاص به.

وهذا ما يعني أن القبول لم يصدر مطابقا للإيجاب وبالتالي فالعقد لم ينعقد أصلا[3]. ويمكن أن تتحقق هذه الوضعية في صورة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، فقد يرسل الموجب رسالة إلكترونية يعرض فيه ا شروطه الجوهرية لإبرام العقد كالمنتج أو الخدمة والكمية والثمن، ويقوم الموجب له بإرسال رسالة إلكترونيـ ة تتضمن قبول الشروط الجوهرية لكنه يختلف معه في طريقة تنفيذ العقد أو دفع الثمن مثلا، ويمكن تصور ذلك أيضا في التعاقد عن طريق التفاعل الحواري المباشر، حيث يتم الاتفاق بين الطرفين على الشروط الجوهرية وإرجاء الاتفاق على الشروط التفصيلية.ففي هذه الحالة ينعقد العقد ويتم الاتفاق على المسائل التفصيلية فيما بعد[1].

فإن حدث خلاف حول المسائل التفصيلية فإن المحكمة تقضي فيها وفقا لطبيعة المعاملة، وأحكام القانون، والعرف والعدالة.[4]

كما يشترط في القبول إلكترونيا كان أو عاديا أن يصدر قبل سقوط الإيجاب فإذا تحققت إحدى

---

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 176.

[2] أسامة أبوالحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 87.

[3] رامي علوان، المقال السابق، ص 253.

[4] وهذا ما نصت عليه المادة 65 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "**إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، أعتبر العقد منبر ما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون،والعرف، والعدالة** "، هذا النص يقابل المادة 95 من التقنين المدني مصري، والمادة 96 من التقنين المدني السوري، والمادة 100 فقرة 2 من التقنين المدني الأردني، والمادة 2 من تقنين الالتزامات السويسري، والمادة 61 من التقنين البولوني، وعلى عكس ذلك سار التقنين المدني الألماني، حيث نص في المادة 154 منه على ضرورة الاتفاق على جميع شروط العقد الجوهرية والتفصيلية حتى يتم العقد.

حالات السقوط فإن القبول يعد إيجابا جديدا يحتاج إلى القبول.

فحتى يؤدي التقاء القبول بالإيجاب إلى انعقاد العقد يجب أن يكون هذا الإيجاب ما يزال قائما[1].

ففي التعاقد عن طريق الموقع مثلا يجب أن يصدر القبو ل خلال المدة التي حددها الموجب لصلاحية إيجابه، أو خلال الفترة التي يوجد فيها الإيجاب على الموقع، أما بالنسبة للتعاقد عن طريق التفاعل المباشر فيجب أن يصدر القبول قبل أن يعدل الموجب عن إيجابه إلا إذا كان قد حدد مدة ينتظر فيها القبول، فحينئذ يجب أن يصدر القبو ل خلالها وفي كل حال يجب أن يصدر القبول قبل انتهاء التفاعل والاتصال بين الطرفين [2].

وفي حالة التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فهي تشبه التعاقد عن طريق المراسلة وبالتالي فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب وإطلاع[1].

الطرف الثاني عليه المدة اللازمة لإرسال القبول، فإن صدر القبول خلال هذه المدة فإن العقد ينعقد[3].

وبما أن التعبير عن الإرادة سواء أكان إيجابا أم قبولا لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه طبق للمادة 61 من التقنين المدني الجزائري التي جاء فيها: "**ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك**"[4].

فلا يكف ي، طبقا لهذا النص، صدور القبول وإنما يجب أن يعلم الموجب بصدوره، وبتطبيق ذلك على مختلف صور التعاقد الإلكتروني يتضح أن الوضعية بسيطة، ففي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، الوضعية واضحة إذ لا ينعقد العقد حتى تصل الرسالة المتضمنة القبول إلى الصندوق البريدي الخاص بالموجب، وفي التعاقد عن طريق التفاعل الحواري الم باشر يشاهد الموجب القابل ويعلم بالقبول فور صدوره، لكن عندما يصدر القبول من خلال الموقع فإن المسألة تحتاج إلى تنظيم.

وقد ذكرنا أن القبول في التعاقد عن طريق الموقع يكون بالضغط على خانة الموافقة وأن

---

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التليفزيون،المرجع السابق ص 66؛ د/ عباس العبودي، المرجع السابق ص 132.

[2] رامي علوان، المقال السابق، ص255.

[3] عمرو عبد الفتاح على يونس، الرسالة السابقة ص 296.

[4] يقابل هذا النص نص المادة 91 من التقنين مدني مصري، ولا مقابل له في التقنين المدني السوري ولا في التقنين المدني الأردني.

التشريعات قد فرضت ما يسمى بالنقر المزدوج على خانة القبول[1].

ورغم أن العقد يعد مبرما بمجرد الضغط مرتين، فإنه لا يوجد أي دليل على وصول هذا القبول إلى الموجب، فقد لا يطلع الموجب على موقعه أ ويكون جهازه يصادف مشكلة فنية، وتفاديا لأي لبس اشترطت المادة 1369-5-2 من التقنين المدن ي الفرنسي على الموجب أن يقوم بإرسال إقرار باستلام القبول للمتعاقد الآخر خلال مدة معقولة من استلامه للقبول وذلك بطريقة إلكترونية[2].

وطبقا لهذا النص يقع على عاتق الموجب الذي وجه إيجابه عبر الموقع أن يقوم بإرسال إقرار باستلامه القبول إلى المتعاقد الآخر خلال مدة معقولة من استلامه له بوسيلة إلكترونية، ثم قررت المادة 1369-6 استثنائيين على هذا الالتزام في حالتين:

فلا يلزم الموجب بإرسال إقرار باستلام في العقود التي يتم إبرامها بواسطة البريد الإلكتروني، وذلك راجع إلى أنه يسهل على من وجه إليه الإيجاب التأكد بأن الموجب قد استلم القبول. فعند إرسال رسالة إلكترونية يعلم برنامج البريد الإلكتروني المرسل عن إرسال الرسالة واستلامها من المرسل إليه.

كما يجوز في العقود التجارية إذا تمت بين التجار المهنيين الاتفاق مسبق ا على أن القابل لن ينتظر أي إقرار[3].

والمقصود بالإقرار بالاستلام أن يقوم الموجب بعد تلقيه القبول بإرسال رسالة إلكترونية إلى المتعاقد الآخر يخبره فيها بأنه قد استلم قبوله وأن العقد قد تم.

وبما أن العقد ينعقد بمجرد وصول القبول إلى الموجب فإن الفقه قد تساء ل عن الهدف من وضع الالتزام بتوجيه الإقرار بالاستلام على عاتق الموجب.

فالإقرار بالاستلام لا يؤدي أية وظيفة في عملية إبرام العقد، وهو ليس خطوة من خطوات إنشاء العلاقة العقدية، بل هو في حقيقية الأمر خطوة لاحقة لإبرام العقد، وقد أكدت مجموعة الأعمال التحضيرية لقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي في فرنسا ذلك عندما ذكرت بأن الإقرار بالاستلام ليس له إلا

---

[1] وهوما يسمى بdouble clic

[2] Article 1369 52 " l'auteur de l'offre droit accuser réception sans délai injustifié et par voie électronique de la commande qui lui a été ainsi adressée. "

[3] جاءت صياغة المادة 1369 6 من التقنين المدني الفرنسي كما يلي:

Il est fait exception aux obligations visées aux 1a5 de l'article 13694 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369 5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques il peut, en outre, être dérogé aux dispositions de l'article 13695 et des 1a5 de l'article 13694 dans les conventions conclus entre professionnels.

[2] TABAKA (B) loi pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur: www.foruminternet.org. P 14

دور فني محض، وأن هذا الإقرار بالاستلام خال من أية قيمة عقدية[2].

واجتهادا في البحث عن الهدف من فرضه، انقسم الفقه إلى اتجاهين، إذ يرى الأول منها أن دور الإقرار بالاستلام هو أن يتأكد المتعاقد الآخر بأن قبوله قد تم استلامه وأن العقد قد انعقد خشية أن يعتمد في حال عدم إرسال الإقرار بأن قبوله لم يتم استلامه، وبالتالي يعمد إلى إبرام عقد جديد ظنا منه أن العقد الأول لم يتم[1].

بينما يرى الاتجاه الثاني أن الهدف من الإقرار بالاستلام هو تسهيل عملية الإثبات حيث ي حصل المتعاقد مع مالك الموقع على محرر إلكتروني يستطيع بموجبه إثبات وجود العقد في حالة قيام النزاع[2].

وواضح من نص المادة 1369-5-2 أنها اشترط ت أن ي تضمن الإقرار بالاستلام ملخصا عن شروط العقد والت ي سبق أن وضعها الموجب في إيجابه الموجود على الموقع، وأن يتضمن ما يفيد وصول القبول إلى علم الموجب.

كما فرض النص أن يتم تسليم الإقرار بالا ستلام بوسيلة إلكترونية لكنه لم يحدد نوعها، فيستوي أن تكون عل ى الموقع نفسه بأن يضع الموجب ما يفيد أنه تسلم القبول بطريقة واضحة، كما يمكن أن يرسل بريدا إلكترونيا يعلم فيه القابل بأن قبوله قد وصل إليه.

كما أن النص المذكور قد أوجب أن يصل الإقرار بالاستلام إلى القابل خلال مدة معقولة من إرسال القابل قبوله للموجب.

ويلاحظ أن المادة 1369-5-2 عندما فرضت على الموجب هذا الالتزام فإنها لم تبين الجزاء على مخالفته، لكن الفقه قد رأى أنه يجوز العدول إلى قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي نصت المادة 14-3 منه: "**إذا كان المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام، تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلا إلى حين ورد الإقرار**".

واستناد لهذا النص، فإن من حق القابل أن يعتبر أن قبوله كأن لم يكن ما لم يتلق إقرارا بالاستلام، لكن هذا لا يمنع العقد من الانعقاد[3].

ورأى آخرون أنه يتوجب على المشرع فرض عقوبة جزائية تتمثل في الغرامة لحمله على احترام النص[4].

---

[1] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المرجع السابق ص 113؛ أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص78.

[2] CAHEN (M.I), le consentement sur Internet, article disponible sur www.droittic.com.

[3] أسامة أبوالحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية،المرجع ص 284.

[4] SHANDI (Y), la formation du contrat par voie électronique, thèse p.c, p144.

ومهما يكن من أمر، فإن الإقرار بالاستلام لا يزيد العقد صحة ولا يدخل في مرحلة إبرامه وإنما يبقى مجرد وسيلة لتجنب المنازعات حول إبرام العقد الإلكتروني.

**المطلب الثاني: تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني**

تلقى الوسيلة الإلكترونية التي يبرم العقد بواسطتها، بظلالها على العقد فتجعله ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد، ورغم حداثة هذا النوع من التعاقد على فقه التقنين المدن ي وتشريعه، فإن التقنينات المدنية قد اهتمت بموضوع التعاقد بالمراسلة والتعاقد بين غائبين كما عكفت على تفصيل وقت إبرام العقد ومكانه وما ينتج عن ذلك من آثار دقيقة.

وبصدد العقد الإلكتروني يثور التساؤل حول طبيعته فيما إذا كان تعاقدا بين حاضرين أم عقدا بين غائبين، وهذا ما سماه فقهاء الشريعة الإسلامية بمجلس العقد. كما تتجلى أهمية تحديد وقت إبرام هذا العقد ومكانه من عدة نواح أهمها تحديد القانون واجب التطبيق سواء من حيث الزمان أو المكان، و تحديد القاضي المختص بنظر المنازعات التي تنشأ عنها.

ومن أجل الوقوف على طبيعة العقد الإلكتروني ولحظة إبرامه فإننا نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نتناول في الأول منها مجلس العقد الإلكتروني، لنعالج في الثاني وسائل تحديد زمان ومكان إبرام العقد.

**الفرع الأول: مجلس العقد الإلكتروني**

مجلس العقد فكرة من ابتداع فقهاء الشريعة الإسلامية صاغوها في شكل نظرية بلغت من الإتقان درجة كبيرة، ومؤدى هذه الفكرة تحديد المدة التي يجب أن تفصل بين الإيجاب والق بول حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه على ألا يسمح له في أن يتراخى إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقا دون رد وعلى هذه الفكرة نشأت نظرية مجلس العقد[1].

ورغم أن فكرة مجلس العقد لم تعالج من طرف الفقه الغربي والتقنيات الغربية، فإن التقنيات المدنية العربية قد تلقفتها بعدما اعتنقها التقنين المدني المصري.

ورد مصطلح مجس العقد في التقنين المدني الجزائري في المادة 64 منه التي جاء فيها: "**إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب بتحلل من إيجابه إذا لم يصدر فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص لآخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.**

[1] عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، المرجع السابق، الجزء الأول، ص 90؛ ولنفس المؤلف الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق، الجزء01، ص 231.

**غير أن العقد يتم و لو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد**"[1].

وقد حاول الفقه وضع تعريف لمجلس العقد فقال بعضهم بأن مجلس العقد هو مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الإنشغال بالتعاقد[2].

وبتحليل النصوص وهذا التعريف، يتضح بأن مجلس العقد يقوم بين حاضرين إذا جمعهما مكان واحد حيث يكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حال كونها منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد عليه سواء رفضا أو قبولا، وإما بانفضاضه دون رد سواء كان هذا الانفضاض بالمفارق ة الجسدية، أم بكونهما قد انشغلا أحدهما أوكلاهما عن التعاقد بأمر آخر[3].

ويلحق بإتحاد مجلس العقد على هذا النحو الحالة التي يكون فيها المتعاقدان على اتصال مباشر ولوكانا في مكانين مختلفين، كما هو الحال في التعاقد عن طريق الهاتف أو ما سماه التقين المدني الجزائري أي طريق مماثل.

وعلى هذا فإن مجلس العقد يتنوع إلى نوعين، مجلس عقد حقيقي وحكمي، ومعيار التفرقة بينهما عنصرا الزمان والمكان، ولذلك ترى غالبية الفقه أن أساس التمييز بين التعاقد ب ين حاضرين والتعاقد بين غائبين يكمن في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به[4]. وطبقا للقواعد العامة يقوم مجلس العقد على عنصرين، عنصر مادي هو المكان، وعنصر معنوي هو الزمان، وبإسقاط ذلك على العقد الإلكتروني يتضح أن المتعاقدين عند استعمالهما الوسيلة الإلكترونية في التعاقد فإنهما يلتقيان في مكان افتراضي، فالموجب يوجه إيجابه عن طريق وسيلة مسموعة مرئية يتلقاه الموجه إليه عبرها، وبخصوص الزمان فقد تطول الفترة التي تستغرقها عملية الإبرام وقد تقصر حسب الطريقة التي يتم بها العقد فقد يكون التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، وقد يتم عن طريق الموقع أو عن طريق المحادثة

---

[1] يقابل هذا النص نص المادة 94 من التقنين المدني المصري، والمادة95 من التقنين المدني السوري، والمادة 96 من التقنين المدني الأردني، والمادة 46 من التقنين المدني الكويتي، والمادة82 من التقنين المدني العراقي، والمادة136 من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات، والمادة239 من التقنين المدني السوداني.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية،دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008، ص 25.

[3] مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 350.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،المرجع السابق، ص285.

التفاعلية المباشرة[1]. ولتكوين مجلس العقد سواء أكان حكميا أو حقيقيا يشترط حضور المتعاقدين حضورا ماديا واقعيا أو افتراضيا، وبدء الانشغال بالتعاقد[2].ويتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني حسب الصورة التي يتم بها العقد، ففي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين والاتصال بينهما فوريا، فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى إغلاق الصندوق البريدي الإلكتروني والانصراف عن موضوع التعاقد.[3] أما إذا كان التعاقد غير مباشر، أي أن يقوم الموجب بإرسال رسالة بريدية إلكترونية وينتظر الرد دون وقت محدد، فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة إطلاع الطرف الثاني على الإيجاب الموجه إليه، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت[4].

وفي التعاقد عبر الموقع فإن كان التعاقد عبر الضغط على زر الموافقة أو عن طريق التنزيل أو التحميل، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى إغلاقه نافذة الموقع. ويبدأ مجلس العقد في صورة التعاقد عن طريق المحادثة من لحظة صدور الإيجاب إلى حين انتهاء المحادثة [5].

وفي جميع تلك الصور يتضح أن المتعاقدين لا يجمعها مكان واحد وهذا ما أوحى إلى بعض الفقه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين دائما، غير أنه يرد على ذلك أن المشرع عند حديثه على إتحاد مجلس العقد أعطى مثالا عن مجلس العقد الحكمي حينما نص على التعاقد عن طريق الهاتف أو ما يماثله.

وبالوقوف عند نص المادة 64 من التقنين المدني الجزائري يحق لنا أن نتساءل ما إذا كان يقصد المشرع بقوله: "**أو ما يماثله**"، فهل الوسائل الإلكترونية الحديثة تماثل الهاتف؟ إذا كانت الإجابة نعم فإن الفقه قد اختلف حول طبيعة العقد عن طريق الهاتف ما إذا كان بين حاضرين أم غائبين[6].

حيث رأى بعض الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف يعد تعاقدا بين الحاضرين، فكل طرف يعلم بالتعبير الصادر عن الطرف الثاني لحظة صدوره كما لوكانا في مكان واحد، فلا وجود لأي فاصل زمني بين صدور الإيجاب وموافقة القبول له، ويتحدد زمان مجلس العقد بزمن المكالمة، ويبقى الإيجاب قائما ما

[1] عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 133.

[2] أسامة عبد العليم الشيخ، المرجع السابق ص 31.

[3] مندى عبد الله محمود حجازي، الرسالة السابقة، ص 356.

[4] مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 165.

[5] آمانج رحيم أحمد، الرسالة السابقة، ص 175.

[6] عباس العبودي، المرجع السابق، ص 148.

دامت المكالمة مستمرة وظل الطرفان منشغلين بالتعاقد وينف ض الم جلس بانتهاء المكالمة أو الإنصراف عن التعاقد وتغيير الموضوع إلا إذا اتفق الطرفان على تعيين أجل للقبول صراحة أو ضمنا[1].

في حين رأى جانب آخر من الفقه أن التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثله من أجهزة هـ وتعاقد بين غائبين، لأن الهاتف ما هو إلا وسيلة لنقل الإرادة ولا يم كن للوسيلة أن تغير وصف العقد وطبيعته[2]. ووقف جانب آخر من الفقه موقفا وسطا، فرأوا أن التعاقد عن طريق الهاتف وما يماثله هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، فهو تعاقد بين حاضرين لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به مما جعل العقد يتم فور صدور القبول واتصاله بعلم الموجب[3].

غير أن تطور الهاتف ووصوله إلى جيل الهواتف النقالة التي تطورت وأصبح بالإمكان استخدامها في الحديث مباشرة وفي نقل الصوت والصورة وإرسال الرسائل النصية، والاتصال بالإنترنت من خلالها فإنه ينبغي الوقوف عن كل حالة على حدةٍ[4].

فإذا كان الاتصال مباشرا وشفويا فإن التعاقد يعد عقدا بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا وهو ما عنته المادة 64 بالحديث عن مجلس العقد الحكمي أو الافتراضي.

أما إذا أستخدم الهاتف النقال في التعاقد عن طريق الرسائل النصية، فيجب النظر إلى كون الاتصال قد تم بالرسائل النصية مباشرة دون فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها والرد عليها بصفة فورية برسالة مماثلة أو باتص الشفوي، فإن العقد في هذه الحالة يعد تعاقدا بين حاضرين زمانا وغائبين من حيث المكان، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة وبين العلم بها أو الرد عليها ظل العقد مبرما بين غائبين[5].

أما بخصوص طبيعة التعاقد الإلكترون ي عن طريق الموقع أو المحادثة فإن الفقه قد انقسم حولها وتعددت المحاولات الفقهية بصددها كما يلي:

يرى بعض الفقه أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 131.

[2] مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، 388.

[3] لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإليكتروني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس،فلسطين،2008، ص 109.

[4] عبد الله ذيب عبد الله محمود، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2009، ص 122.

[5] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص135.

بالمراسلة، فكل ما في الأمر أن الوسيلة قد تطورت، وهو تعاقد بين غائبين لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة ولوجود فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره، هذا بالإضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين[1].

ويلاحظ أن هذا الرأي قد تجاهل حقيقة هامة وهي أن التعاقد الإلكترون ي يتم فورا في حالة التعاصر بين الإيجاب والقبول، حيث يكون كل متعاقد في اتصال مباشر مع الآخر ففي التعاقد عن طريق المحادثة المباشرة واستخدام كاميرا فيديو يتم تبادل الإيجاب والقبول مباشرة فلا تبقى أي عبرة للمكان[2].

ويرى اتجاه آخر من الفقه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، إذ يكون المتعاقدان على اتصال مباشر بينهما، فرغم عدم اتحادهما جسديا فإنه لا يفصل بين صدور القبول والعلم به أية فترة زمنية جديرة بأن تجعل التعاقد يتم بين غائبين، ويكون مجلس العقد حكميا لا حقيقيا[3].

ويرى اتجاه ثالث أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، فالوسيلة المستخدمة تزيل الفوارق الزمنية، ويحدث الاتصال بصفة فورية، ولاختلاف مكان وجود الطرفين يبقى العقد محتفظا بكونه عقدا بين غائبين[4].

وخلافا للآراء السابقة، ذهب جانب من الفقه إلى أن التعاقد الإلكترون ي هو تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة، وذلك أن التعاقد بين حاضرين يفترض وجود المتعاقدين في مكان واحد وحدوث اتصال مباشر بينهما، وهذا مالا يحدث في التعاقد الإلكتروني، كما أنه لا يمكن وصف العقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين، لأن هذا الأخير يقوم على ف كرة التفاوت في المسافات والتفاوت في الزمان، وهذا مالا ينطبق على العقد الإلكتروني، فلم يبق إلا القول بأنه، أي العقد الإلكتروني، تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة[5].

وتفاديا لهذا الرأي، ذهب فريق آخر من الفقه إلى أن التعاقد الإلكتروني يمثل منزلة وسطى بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، فلا يمكن القول بأن العقد الإلكتروني بين غائبين في كل الأحوال، كما لا يمكن وصفه بأنه تعاقد بين حاضرين في كل صوره، فتحديد طبيعة العقد تتوقف على

[1] أسامة احمد بدر، المرجع السابق، ص 225.

[2] بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 83؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 118.

[3] محمد السعيد رشيدي، المرجع السابق،ص29 ؛ عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص 133.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص 69؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص145.

[5] فاروق الأباصيري، المرجع السابق، ص 61؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 118.

المعيار المختار في تحديد لحظة التقاء الإيجاب بالقبول فمن يبحث عن الزمان سيجد بأن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، ومن يستند إلى المكان في تحديد لحظة التقاء الإيجاب بالقبول يراه تعاقدا بين غائبين[1].

وخلاصة لكل تلك المواقف الفقهية المتقاربة أحيانا والمتضاربة أحيانا أخرى، فإنه بالنظر إلى التطورات السريعة لتقنيات الاتصال، فإنه يجب أن ينظر إلى كل وسيلة على حدة، فمتى استخدم الشخص الإنترنت مثلا بطريقة تتيح نقل الصوت مثلا، فإن الرأي الذي ذهب إلى أن التعاقد في هذه الحالة هو تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين من حيث المكان هو رأي جدير بالثقة والاعتماد، وهو يشبه تماما ما قيل عن التعاقد عن طريق الهاتف ويجعل نص المادة 65 منطبقة تماما عليه، أي أن مجلس العقد مجلس حكمي في هذه الحالة.

أما إذا أستخدمت الانترنت لنقل الصوت والصورة معا، فأمام انع دام الفاصل الزمني وتلاشيه لا يبقى أي وزن أو أهمية للمكان وبالتالي يكون العقد بين حاضرين، فكل طرف يرى الطرف الثاني ويسمعه ويعاين محل العقد.

وفي حالة استخدام البريد الإلكتروني فإنه ينطبق عليها، في نظرنا، ما قاله بعض الفقه، وقد عرضناه بصدد التعاقد عن طريق الرسائل النصية بالهاتف المحمول، فإن كان تبادل الرسائل عبر البريد يتم فوريا كان العقد بين حاضرين، أما إ ذا وجدت فوارق زمنية كان العقد عقدا بين غائبين.

وأمام هذه الخصوصية في اختلاف طبيعة العقد وتنوع مجلسه من حقيقي إلى حكمي، فإنه ينبغي وضع نصوص خاصة بمجلس العقد الإلكتروني تسد الباب أمام كل الاختلافات وتحسم المواقف وتوحد الحلول، أو تفصيل النصوص القائمة لتحتوي مخ تلف الصور المتطورة للتعاقد بهذه الوسائل.

**الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني**

اتضح مما سبق أنه من أهم خصائص العقد الإلكتروني أنه عقد عن بعد، وهي الخاصية التي تعني أن طرفيه لا يجمعه ما مكان واحد ما يؤدي في الغالب إلى وجود فاصل زمني قد يطول وقد يقصر بين صدور الإيجاب واتصاله بعلم من وجه إليه، والقبول واتصاله بالموجب.

وإذا كان البحث في مسألة زمان ومكان إبرام العقد بين طرفين متباعدين قد حظيت بدراسات مستفيضة ولقيت عناية من فقهاء القانون المدني وتشريعه، فإن تطور وسائل الاتصال عن بعد وظهور

[1] بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 84؛ فريد عبد المعز فرج، المقال السابق، ص 542.

الحديث منها، وخصوصا الإنترنت، قد أضفى على المسألة أبعادا جديدة[1].

وإذا كان التعاقد عن بعد عموما، والعقد الإلكتروني وهو مجال بحثنا، يميزه بصفة أساسية التباعد المكاني بين أطرافه، فإن التساؤل عن اللحظة التي يبرم فيها هذا العقد، ومكانه يعد تساؤلا مشروعا بالنظر إلى أهمية الإجابة عنه.

وتبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد بأنه منذ لحظة إبرامه يمتنع عن طرفيه نقضه أو التحلل منه، كما أنه بداية من تلك اللحظة تترتب عليه أثاره وتنشأ مختلف الالتزامات التي حددها أطرافه.

ومن ناحية تحديد مكان العقد تظهر أهمية ذلك في مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، حيث أن مكان العقد هو الذي يحدد الشكل الذي يجب أن يخضع له العقد، كما يعد المكان الذي أبرم فيه العقد ضابط إسناد لمعرفة القانون واجب التطبيق على العقد.

فعن وقت إبرام العقد الإلكتروني يثور التساؤل حول اللحظة التي يمكن فيها القول بأن العقد قد تم، فهل هو الوقت الذي وصلت فيه الرسالة الإلكترونية أو رسالة البيانات إلى الموجب ودخلت نظامه الخاص بمعالجة المعطيات أو هو الوقت الذي يقوم فيه الموجب بالاطلاع عليها.

في بحث هذه المسألة، اختلفت الآراء الفقهية وانقسمت إلى أربعة اتجاهات، وبتطبيقها على العقد الإلكتروني نكون أمام أربعة أوقات لإبرام العقد وتحديد زمان نشأة الرابطة العقدية الإلكترونية.

**أولا: نظرية إعلان القبول**

ومؤدى هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب، أوفي اللحظة التي يتخذ فيها هذا الأخير قراره بقبول الإيجاب، فمتى أعلن إلي ه من وجه إليه الإيجاب قبوله فقد توافقت الإرادتان وتم العقد دون توقف على علم الموجب أو عدم علمه بذلك، فالقبول وفقا لهذا الاتجاه تعبير إرادي غير واجب الاتصال إذ يكفي مجرد إعلانه من صاحبه[2].

وبإعمال هذه النظرية على العقد الإلكتروني يمكن القول بأن لحظة إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة القبول بالموافقة، وإذا كان العقد يتم عن طريق البريد الإلكتروني فإن لحظة

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، المرجع السابق، ص 124؛ يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين،2007، ص58

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 78؛ سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 208؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة ص 64.

إبرام العقد هي اللحظة التي يضغط فيها القابل على خانة إرسال البريد الإلكتروني المتضمن قبوله[1].

ورغم أن هذه النظرية تجد مبررا لها في السرعة التي تسير بها المعاملات الإلكترونية وطبيعة الرسائل الحديثة المستخدمة فيها فإنها لا تتفق مع الواقع، فقد ينكر القابل أنه أعلن قبوله دون أي يتمكن الموجب من إثبات إعلان القبول[2].

**ثانيا: نظرية تصدير القبول**

تشترط هذه النظرية حدوث واقعة مادية هي تصدير أو إرسال القبو ل، إذ لا يتم العقد من الوقت الذي يعلن فيه القابل قبوله بل من الوقت الذي يرسل فيه هذا القبول فعلا إلى الموجب أي منذ لحظة خروج القبول من بين يدي صاحبه بحيث لا يملك استرداده[3] كأن يقوم القابل بإرسال بريده الإلكتروني أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو رسالة نصية عبر الهاتف النقال، أو عن طريق الضغط على خانة القبول في حالة ما إذا كان التعاقد عن طريق الموقع.

وقد أعاب الفقه على هذه النظرية أنها لم تضف على النظرية السابقة سوى واقعة مادية هي تصدير القبول وهي واقعة لا أثر لها في الإرادة ولا تضيف أية قيمة للقبول[4].

ويلاحظ أن تصور إبرام العقد طبقا لهذه النظرية يفترض وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه، وهذا ما لا يتحقق في كل الأحوال، فإذا كان هذا الفرض يصدق في حالة التعاقد عن طريق البريد التقليدي، فإنه بصدد التعاقد عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة فلا يتصور تصدير القبول دون تسلمه إلا في حالة البريد الإلكتروني، إذ يمكن إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول من جانب القابل وعدم تسلمها من طرف الموجب لسبب فني أو لفقدانها، أما في حالة التعاقد عن طريق الموقع فيتلاشى كل فارق زمني بين التصدير والتسليم[5].

---

[1] أسامة أبوالحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص92؛ رامي علوان، المقال السابق، ص 258؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة ص 62.

[2] أحمد خالد العجلوني،المرجع السابق، ص99.

[3] تامر محمد سليمان الدمياطي، الرسالة السابقة، ص 89؛ د/ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،المرجع السابق، ص 297.

[4] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، مصادر الالتزام، مرجع سابق، الجزء الأول،ص201؛ شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص 122.

[5] أسامة أبوالحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 94؛ رامي علوان، المقال السابق، ص258.

**ثالثا: نظرية تسلم القبول**

ووفقا لهذه النظرية لا يتم العقد إلا بوصول القبول إلى الموجب وتسليمه إليه، فعندئذ فقط يمكن القول بأن العقد صار باتا بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول، وتطبيقا لذلك على العقد الإلكتروني، فإنه يكون منعقدا في اللحظة التي وصلت فيها الرسالة أو دخلت إلى صندوق البريد الإلكتروني، ولو لم يكن الموجب قد علم بمضمونها، وعندما يتم التعاقد عن طريق الموقع فإن لحظة إبرام العقد هي لحظة استلام رسالة البيانات أو المعلومات على الجهاز الخاص بالموجب[1].

ولم تسلم هذه النظرية من القصور، فوصول القبول شبيه بتصديره، فهو لا يعدو أن يكون واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية، فتسلم الموجب للقبول لا يعني علمه به، كما أن الرسالة قد لا تتضمن قبولا بل إيجابا جديدا أو رفضا، فضلا عن الغش والتحايل الذي قد يرتكبه الموجب للقول بأنه استلم الرسالة لكنه لم يعلم بمحتواها.

**رابعا: نظرية العلم بالقبول**

ومقتضى هذه النظرية أن العقد يتم في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إذ لا تحدث الإرادة أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه، فلابد من توافق إرادتين حتى يتحقق اقتران الإيجاب بالقبول[2].

وبإسقاط ذلك على العقد الإلكتروني، فإن العقد ينعقد من خلال البريد الإلكتروني في اللحظة التي يفتح فيها الموجب صندوق بريده الإلكتروني ويطلع على رسالة القابل، وفي العقد المبرم عن طريق الموقع ينعقد العقد بمجرد علم الموجب بالقبول الصادر عبر الموقع.

وقد أخذ على هذه النظرية أن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يتم منفردا دون تدخل القابل أو علمه، كما أنه يصعب على القابل إثبات علم الموجب بقبوله إذ يستطيع الموجب إنكار وصول القبول إلى علمه بما يتفق ومصلحته.

وقد اعتنق المشرع الجزائري هذه النظرية، وبلغ هذه النتيجة بأن وضع مبدءا عاما في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الإرادة أثره، فقرر في المادة 61 منه على ما يلي: "**ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك**"[3].

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 81 ؛ عاطف عبد الحميد حسن، المرجع السابق، ص 142.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 208؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 126.

[3] يتطابق هذا النص مع نص المادة 91 من التقنين المدني المصري.

ثم طبق المشرع هذا المبدأ على التعاقد بين غائبين فقرر في المادة 67 منه ما يلي :

"**يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك**"[1].

أما قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، فلم يدرج أية قاعدة تتضمن تحديد زمان تكوين العقود في الحالات التي يجري في ها التعبير عن الإرادة سواء في الإيجاب أو القبول بواسطة رسالة بيانات، وتبريرا لهذا الموقف جاء في الدليل التشريعي المرفق بقانون الأونيسترال في تعليقه على المادة 11 الخاصة بتكوين العقود، أنه بالنسبة إلى زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يجري التعبير فيها عن عرض أو عن قبول العرض بواسطة رسالة بيانات، فلم تدرج في القانون النموذجي أية قاعدة محددة بغية عدم المساس بالقانون الوطني الساري على تكوين العقود، فقد رؤى أن أي نص كهذا قد يتجاوز الهدف من القانون النموذجي الذي ينبغي أن يقتصر على النص بأن الرسائل الإلكترونية تحقق نفس درجة الدقة القانونية التي تحققها وسائل الإبلاغ الورقية، وإدماج القواعد القائمة حاليا بشأن تكوين العقود بالأحكام الواردة في المادة 15 يهدف إلى تبديد عدم اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يتم فيها تبادل العرض أو القبول إلكترونيا[2].

ويستفاد من ذلك، أن قانون الأونيسترال النموذجي اتجه إلى بحث مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات بغرض تبديد انعدام اليقين بشأن زمان ومكان تكوين العقود المبرمة بوسيلة إلكترونية فقد نظم هذا القانون مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات في المادة 15 منه مشيرا في فقرتها الأولى إلى أن لحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تخرج فيها هذه الرسالة عن سيطرة المنشئ وتدخل نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه والذي لا يخضع لسيطرة المنشئ أو ما ينوب عنه.

أما التقنين المدني الفرنسي فلم يكن قبل سنة 2004 يتضمن أي نص يفيد اعتناق أية نظرية من النظريات الأربع، وهذا ما جعل الفقه يتخبط في ظل هذا الفراغ التشريعي، حيث كان يرى أن تحديد لحظة إبرام العقد هي مسألة واقعية يستقل قاضي الموضوع بتقديرها، وهذا ما جعل أحكام المحاكم تختلف باخ تلاف وجهات نظر القضاة، فمنهم من يأخذ بنظرية استلام القبول ومنهم من أخذ بنظرية تصد ير

[1] وهي المادة المطابقة لنص المادة 97 من التقنين المدني المصري، والمادة98 من التقنين المدني السوري، بينما أخذ المشرع الأردني بنظرية إعلان القبول في نص المادة 101منه التي جاء فيها:" **إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني بغير ذلك**" وهذا في حين اعتنقت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع نظرية تصدير القبول في المادة 2/18 منها.

[2] وائل بندق، المرجع السابق، ص 75 فقرة 78.

القبول إلى أن أصدرت محكمة النقض الفرنسية حكمها الشهير المؤرخ في 1981-01-07 والذي يعتبره الكثير من الفقه الفرنسي بمثابة مبدأ عام حيث جاء فيه:

"... **في حالة عدم وجود اتفاق مخالف، يصبح العرض تاما، ليس بتسلم من صدر عنه لقبول من وجه إليه، وإنما بتصدير الأخير لهذا القبول**"[1].

غير أنه بصدور القانون رقم 575-2004 الصادر في 21-06-2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي، تصدى المشرع لتنظيم مسألة تحديد زمان ومكان القبول في العقد الإلكتروني بشكل صريح، حيث تم إضافة المادة 1369-5 إلى التقنين المدني الفرنسي [2] التي تقضي بأن العقد الإلكتروني يكون قد انعقد صحيحا بعد تأكيد القبول والإقرار باستلامه من طرف الموجب فقد نصت في فقرتها الثالثة على أن الطلب وتأكيد القبول والإقرار بالاستلام يعتبرون قد وصلوا عندما يستطيع المرسل إليه أن يطلع عليهم[3].

وهذا النص مقتبس من المادة 11 من التوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية الذي كان يهدف إلى توحيد الحلول التشريعية الخاصة بالتجارة الإلكترونية للدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي.

ويمكن القول وفقا لنص المادة 1369-3-5 من التقنين المدني الفرنسي أن المشرع الفرنسي عاد بعد فترة فراغ طويلة إلى اعتناق مذهب تسلم القبول ملغيا بصفة ضمنية اجتهاد محكمة النقض في الحكم المذكور أعلاه[4].

وبتطبيق هذا النص على العقود التي تتم عبر البريد الإلكتروني فإن وقت تسليم القبول هـ ووقت وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب ولا يهم بعد ذلك إن كان الموجب قد فتح بريده الإلكتروني أم لا، فالعقد يعتبر قد انعقد وقت وصول الرسالة الإلكترونية

---

[1] جاءت الصياغة الفرنسية لهذا الحكم كما يلي:

"… faute de stipulation contraire, l'offre était destinée à devenir parfaite, non pas par la réception par son auteur de l'acceptation de sa destinataire, mais par l'émission par celleci de cette acceptation".

أورد هذا الحكم وتعليقات الفقه الفرنسي عليه حسن قاسم، المرجع السابق، ص 85.

[2] أضيفت هذه المادة إلى التقنين المدني الفرنسي بموجب المادة 2/25 من القانون 575/2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي الذي صدر في فرنسا استجابة للتوجيه الأوروبي رقم 31/200 شأن التجارة الإلكترونية وكانت تحملرقم13692 لكنها نقلت إلى 13695 بموجب المرسوم674/2005 الصادر في 2005/06/16.

[3] Article 13695/3"…la commande،la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de éception sont considérés comme reçus lorsque les parties auxquelles ilssontadresséspeuvent
y avoir accès".

[4] Shandi (Y), la formation du contrat à distance par voie électronique, thèse p.c, p244

إلى صندوق البريد، إذ العبرة بوقت تسلمها وليس بوقت العلم بها[1].

وبالنسبة للتعاقد من خلال التفاعل الحوا ري المباشر فيعتبر العقد قد تم في الزمان والمكان اللذين يوجد فيهما الموجب أثناء صدور القبول وذلك أن الموجب يعلم حتما بالقبول فور صدوره.

وإذا كانت المادة 15 من قانون الأونيسترال قد قضت بأن رسالة البيانات تكون قد استلمت منذ وقت دخولها لنظام المعلومات الخاص بالمرسل إلي ه، فإن هذا الأمر قد يؤدي إلى مشكلة في تحديد مكان إبرام العقد، وذلك في حالة وجود صندوق البريد الإلكتروني أو الموقع الخاص بالموجب في مكان مختلف عن مكان وجود الموجب نفسه.

فقد ينشىء الشخص بريدا إلكترونيا في بلد ما كبريطانيا مثلا لوجود مقر الشركة التي يملكها هناك لكنه يقيم مع عائلته في فرنسا أو هولندا فهل مكان إبرام العقد المحل الذي يوجد فيه مكان العمل أو مكان وجود الشخص؟

رأى البعض أن مكان إبرام العقد هو مكان العمل على أساس أن الإيجاب والقبول قد تما في نظام المعلومات الموجود بالعمل، بينما رأى البعض الآخر أن العبرة بالنسبة لمكان العقد هي بمكان وجود المتعاقد نفسه[2].

ومهما يكن فإنه يجب في نظرنا الرجوع إلى ما نصت عليه المادة 14 فقرة 4 من قانون الأونيسترال التي قضت بما يلي :"**ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة: إذا كان للمنشئ أ والمرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيس إذا لم توجد مثل تلك المعاملة. إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد**". وكما يبدو فإن هذا النص قد وضع معيارا يمكن اللجوء إليه لتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فمقر عمل الموجب هو مكان إبرام العقد على أساس أنه مكان استلام الرسالة التي تضمنت القبول، وإذا لم يكن للموجب مقر عمل فالعبرة بمحل إقامته. والأخذ بهذا المعيار سليم ومنطقي فه ومعيار ثابت يغني عن البحث عن مكان وجود الموجب وقت أن تسلم الرسالة المتضمنة القبول.

[1] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 212؛ لما عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص 136.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 219؛ شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق،141؛ يحي يوسف فلاح حسن، الرسالة السابقة، ص69.

# الفصل الثاني

# وسائل حماية التراضي في العقد الإلكتروني

إذا كانت خصوصية التعاقد الإلكتروني تكمن في الوسائل الجديدة التي أتاحتها التكنولوجيا للتعبير عن الإرادة، وأنه لهذا السبب وحده يحتاج إلى تنظيم قانوني خاص وفريد، فإن استعمال تلك الوسائل قد جعلت رضاء المتعاقد محل نظر، وذلك أن استخدام الوسيلة الإلكترونية في نقل التعبير عن الإرادة قد عرض رضا المتعاقد للخطر وحرمه من الوسائل التقليدية المخصصة لحماية التراضي التقليدي والتي قد تكون قاصرة في حمايته أثناء تكوين العقد الإلكتروني، ومن صور قصور الوسائل التقليدية صعوبة التحقق من أهلية المتعاقد في العقد الذي يبرم بالوسائل الإلكترونية، وكذلك صعوبة التحقق من هويته، كما أن إرادته تكون عرضة لعيوب الإرادة، وهذا ما يثير التساؤل حول كفاية القواعد العامة في نظرية العقد لتوفير حماية مثلى للتراضي.

إنه بغرض تسليط الضوء على مظاهر الخصوصية في حماية التراضي في العقد الإلكتروني، فإننا نعالج في المبحث الأول من هذا الفصل صحة التراضي في العقد الإلكتروني بأن نعرض للوسائل الكفيلة بالتحقق من أهلية المتعاقد وكفاية نظرية عيوب الإرادة لكفالة هذه الحماية.

ثم نخصص المبحث الثاني لاستعراض ما يسمى بالحق في العدول عن العقد كصورة مثالية للتراضي المحمي في المعاملات الإلكترونية.

## المبحث الأول: صحة التراضي في العقد الإلكتروني

من المقرر في القواعد العامة أنه لكي ينعقد العقد صحيحا، فإنه لا يكفي التعبير عن الإرادة بل يجب، إلى جانب ذلك، أن يكون التراضي صحيحا، ويكون كذلك إذا استوفى شرطين، الأول منهما أن تصدر الإرادة عن شخص ذي أهلية للتعاقد، والثاني أن تكون إرادته سليمة من العيوب التي قد تعتريها.

وإذا كان متاحا لكل طرف في العقود التقليدية التحقق من شخصية وأهلية الطرف الثاني، فإنه في مجال العقود الإلكترونية، يكون التحقق من أهلية المتعاقد وهويته أمرا في غاية الصعوبة إن لم يبد مستحيلا.

كما أن الوسيلة التقنية المستخدمة في إبرام العقد تجعل إرادة الأطراف أو أحدهما على الأقل أكثر عرضة لأن تشوبها عيوب الإرادة.

إن النظر في خصوصيات الأهلية في التعاقد الإلكتروني وعيوب الإرادة يجعلنا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نكرس الأول منهما لصعوبات التحقق من أهلية المتعاقد في العقد الإلكتروني والحلول المقترحة من طرف الفقه وتشريعات المعاملات الإلكترونية، لنتناول في الثاني منهما الأحكام الجديدة والخاصة بنظرية عيوب الإرادة في هذا العقد.

### المطلب الأول: الأهلية في العقد الإلكتروني

تعد الأهلية لدى المتعاقدين شرطا أساسيا ولازما لقيام العقد صحيحا، ولوجود الإرادة وصحتها في نظر القانون، فإن انعدمت الأهلية كان العقد باطلا، وإن كانت ناقصة أصبح العقد قابلا للإبطال[1].

وقد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية في نصوص التقنين المدني في المواد 40، 42، 43، 44، 45، والمواد من 81 إلى 107 من تقنين الأسرة.

ويلاحظ من مختلف تلك النصوص أن تقنيننا المدني لم يأخذ بفكرة الفقه الإسلامي في تقسيمه لتصرفات ناقص الأهلية تبعا لمراحل أهلية الأداء إلى ثلاثة أقسام وهي التصرفات النافعة نفعا محضا، والتصرفات الضارة ضررا محضا، والتصرفات المتراوحة بين النفع والضرر، بل اعتنق فكرة الفقه الفرنسي في الحكم على تصرفات ناقص الأهلية بقابليتها للإبطال، مما جعل تصرفات الصبي المميز ومن هو في حكمه، كالسفيه تأخذ حكما مزدوجا، فهي في نظر التقنين المدني قابلة للإبطال وفقا لنص المادة 101 منه بينما هي موقوفة عل ى إجازة الصبي المميز بعد بلوغه سن الرشد أ وإجازة وليه، طبقا للمادة 83

[1] محمد سعيد جعفور، التصرف الدائر بين النفع والضرر في التقنين المدني الجزائري، دار هومة. الجزائر، طبعة 2002، ص12؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في التقنين المدني الجزائري، المرجع السابق، ص 97.

من تقنين الأسرة، وللأسف فإن التعديلات التي أدخلت على التقنين المدني سنة 2005 بموجب القانون 05-10 وكذا نظيرتها على تقنين الأسرة في نفس السنة لم ترق إلى التطلعات ولم تستجب لحسم هذا الموقف المزدوج.

وبغض النظر عن هذه الازدواجية في الحكم، فإن الأهلية والتي هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية تنقسم إلى نوعين، أهلية وجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتتقرر عليه التزامات وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته حيا[1].

وأهلية أداء ويقصد بها صلاحية الشخص لاستعمال الحق[2] وهي تتأثر بالسن، ودرجة تمييز الشخص.

وتطبق قواعد الأهلية على التعاقد الإلكترون ي، فالأصل أن كل شخص كامل الأهلية، ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون[3].

وقد يترتب على الانفصال المكاني بين أطراف العقد الإلكتروني عدم معرفة كل المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض، لذلك تظهر أهمية مسألة التأكد من هوية وأهلية أطراف العقد، 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[4].

فقد يتم التعاقد عبر مواقع شبكة الإنترنت مثلا، بالدخول مباشرة في الموقع دون أن يعرف كل طرف من أطراف العقد ما إذا كان يتعامل مع أصيل أم 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[5].

---

[1] وهذا ما نصت عليه المادة 25 من التقنين المدني الجزائري، المطابقة للمادة 28 من التقنين المدني المصري، والمادة 31 من التقنين المدني السوري، والمادة 30 من التقنين المدني الأردني.

[2] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، المرجع السابق، ص 344.

[3] وهذا ما نصت عليه المادة 79 من التقنين المدني الجزائري، الموافقة لنص المادة 109 من التقنين المدني المصري، والمادة 110 من التقنين المدني السوري، والمادة 116 من التقنين المدني الأردني، والمادة 175 من التقنين المدني الإماراتي، والمادة 84 من التقنين المدني الكويتي، والمادة93 من التقنين المدني العراقي.

[4] HUET (J), le code civil et les contrats électroniques, article disponible sur : www.actoba.com, p 11

[5] رامي علوان، المقال السابق، ص 240.

إن العقد الإلكتروني كأي عقد آخر، يجب لانعقاده صحيحا أن يكون صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد، فإذا أقدم الشخص على إبرام هذا العقد صحيحا فانه يتوجب عليه التدقيق في أهلية الطرف الثاني بأية وسيلة ممكنة، كما أن البيانات التي يطرحها أحد المتعاقدين قد لا تكون صحيحة، ولا يملك المتعاقد في ظل هذه الظروف وسيلة للتحقق من بيانات الطرف الثاني[1].

وقد يلجأ القاصر إلى وسائل احتيالية كاستخدام موقع والده أو بريده الإلكتروني أو رمزه السري لإبرام العقد وهنا يثور التساؤل عمن يتحمل المسؤولية عن الأضرار اللاحقة بالطرف الثاني.

لمعالجة هذه الإشكاليات وغيرها اقترح بعض الفقه أنه ينبغي التوسع في الأخذ بنظرية الوضع الظاهر وترجيح مصلحة المهنيين، فإذا استعمل قاصر بطاقة ائتمان خاصة بأحد والديه واستخدمها في إبرام عقد مع أحد التجار عن طريق شبكة الإنترنت فيجوز لهذا التاجر، متى كان حسن النية ولم يعلم بقصر الطرف الثاني، أن يتمسك بأن القاصر باستخدامه هذه البطاقة قد توافر به مظهر صاحبها وبالتالي يكون قد ظهر بمظهر الشخص الراشد، كما يستطيع هذا التاجر العدول أيضا على القاصر على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية وبالتالي يكون واجبا على الآباء مراقبة استعمال أبناءهم القصر لتقنيات الاتصال[2].

والواقع أن هذه الفكرة تجد صدى لها في التقنين المدني المصري، فقد نصت المادة 119 منه على ما يلي: "**يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته**"[3].

ولا يوجد مقابل لهذا النص في القانون الجزائري بل إن المشرع الجزائري نص في المادة 2-103 من التقنين المدني بأن ناقص الأهلية، في حالة إبطال العقد لنقص أهليته، لا يلزم إلا برد ما عاد عليه من منفعة بسبب تنفيذ العقد، وهذا النص لا يحقق في المسألة التي بين أيدينا أية عدالة، فلا وجود لأية حماية لشخص تعاقد مع ناقص أهلية بوسائل احتيالية استعملها هذا الأخير لإخفاء نقص أهليته خاصة إذا كان العقد إلكترونيا، ولا يبقى للمضرور إلا إتباع طريق المسؤولية التقصيرية للقاصر ومن المعلوم أن هذه الطريق أصعب من الحل الذي اقترحه الفقه وهو إتباع نظرية الوضع الظاهر.

---

[1] أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص 82 ؛ محمد سعيد أحمد إسماعيل، الرسالة السابقة،ص 147.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية،المرجع السابق، ص 277؛ محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية،المرجع السابق، ص 123، 124.

[3] يتطابق هذا النص مع نص المادة 120من التقنين المدني السوري، والمادة 134 من التقنين المدني الأردني.

أما التقنين المدني الفرنسي فوفقا لنص المادة 1307 منه فإن القاصر الذي يدلس على الغير لإخ فاء نقص أهليته لا يحق له استرداد ما أداه تنفيذ لما تعهد به، وهذا الحكم يمتد ليشمل كل فاقدي الأهلية، وبالتالي فإن تصرفات فاقد الأهلية رغم بطلانها فإن أفضل صورة للتعويض هو بقاء التصرف قائما[1].

وفي بريطانيا يفرق القانون الإنكليزي والقضاء هناك بين نوعين من العقود التي يبرمها القاصر، عن طريق الإنترنت، ويقسمها إلى قسمين، عقود ضرورية تتمخض عن المنفعة له كشراء الكتب والبرامج التعليمية مثلا، فهذه تخضع للأصل العام في إبطالها لنقص أهليته، أما العقود التي تخرج عن نطاق الضرورة فهي تخضع للأصل العام في إبطالها حماية لمقتضيات النظام العام، ولو ارتكب القاصر غشا أدى على إخفاء نقص أهليته، فإنه يبقى من حق التاجر استرداد البضاعة إذ لم تكن ضرورية للقاصر ولا يجوز للتاجر العدول على القاصر بدعوى المسؤولية، لأن القضاء الإنكليزي يرى في ذلك إلزاما لناقص الأهلية بالعقد بصورة غير مباشرة.

ووفقا للتوجيه الأوروبي رقم 07-97 الصادر في 20 ماي 1997المتعلق بالبيع عن بعد والذي سبقت الإشارة إليه، فإنه قد تطلب ضرورة تحديد كافة عناصر بيان الهوية القانونية كما أن التوجيه الأوربي رقم 31-2000 الصادر في 08-01-2000 بشأن التجارة الإلكترونية قد تطلب أيضا من البائع تحديد هويته بدقة.

وقد حرص قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على تحقيق الأمان في المعاملات الإلكترونية عن طريق التأكد من هوية الطرفين عندما نصت المادة 13 منه على أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه أو إذا كانت صادرة عن شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ.

وقد سبق البيان أن نية المشرع الجزائري في مواكبة التشريعات الدولية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية قد اتضحت من خلال عرض أسباب مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري سنة 2005، وكذلك في مشروع تعديل الجزء المتعلق بعقد البيع الذي لم يعرض بعد للمناقشة، حينما أراد القائمون على المشروع تنظيم التعاقد عن بعد، فقد نصت المادة 412 مكرر 03 على ما يلي: "**مع عدم الإخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:**

- **هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه**".

كما جاء في آخر فقرة من هذا النص:" **يلتزم البائع المهني في حال البيع بواسطة الهاتف أو**

[1] MAZEAUD (H), Leçons de droit civil, édition montechristien, 2ème édition 1959, p 483

**بواسطة أية تقنية مماثلة أن يدلي في صراحة في بداية المحادثة عن هويته والطابع التجاري للاتصال".**

وفي نظرنا، فإن نصوص المشروع المقترح لا تكفي لتوفير الثقة والأمان في العقد المبرم بوسيلة إلكترونية، ولا تتيح للأطراف المتعاقدة التأكد من أهلية كل طرف ووضعه المالي وجديته في إبرام العقد، لذلك نرى بأنه من الضرورة بمكان إيراد نص يتشابه مع نص المادة 119 مدني مصري والمادة 1307 مدني فرنسي والتي تلزم ناقص الأهلية بالعقد الذي أبرمه طالما أنه أخفى نقص أهليته عن طرف الثاني بوسائل احتياله، وهذا سدا لذريعة التمسك بالبطلان تجاه شخص لم يرتكب أي ذنب سوى أنه أبرم عقدا بوسيلة متطورة لم تسمح له بالتعرف الكامل على أهلية الطرف الثاني.

وبما أن مسألة التحقق من أهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية مسألة فنية بالدرجة الأولى، فإن الوسائل التقنية قد أتاحت طرقا يسهل بها التعرف على أهلية المتعاقد ومن تلك الوسائل اشتراط استخدام البطاقات الإلكترونية، وهي عبارة عن وثيقة يمكن من خلالها تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها كالاسم، والسن، ومحل الإقامة وجميع المعاملات الخاصة بهذه البطاقة، وتتميز هذه البطاقة بصعوبة تزويرها أو تقليدها لارتباط استعمالها برقم سري، ويمكن للتاجر عند توجيه إيجابه عن طريق الوسائل الإلكترونية كالموقع مثلا وبعد تلقيه القبول أن يشترط ملأ استمارة تعرض على شاشة الحاسوب بها رقم البطاقة الإلكترونية و نوعها وتاريخ انتهاء صلاحيتها، فإذا استطاع من وجه إليه الإيجاب ملأ تلك البيانات، فإن هذا يعد قرينة ولو بسيطة على أنه صاحب البطاقة، ومن الطبيعي أن يكون صاحبها بالغا فهي لا تسلم إلى القصر[1].

ويرى بعض الفقه بأن إدخال رقم البطاقة الإلكترونية ليس كافيا للتأكد من أهلية المتعاقد، ففي كثير من الحالات تتم قرصنة هذه البطاقات أو سرقتها أو الاحتيال على حاملها، لذلك يجب البحث عن وسيلة أكثر أمنا تضمن التحقق من أهلية المتعاقد[2].

ولذلك فرضت بعض التشريعات اللجوء إلى سلطات الإشهار أو ما يسمى بجهات التصديق الإلكتروني، وهي عبارة عن طرف ثالث محايد ليس له علاقة بالعقد، يقتصر دورها على تنظيم العلاقات بين الطرفين على الخ ط، فتقوم بتحديد هوية المتعاقدين وأهليتهما عن طريق إصدار شهادة تثبت أن كل

[1] عمروعبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 314 ؛ عصام عبد الفتاح مطر، المرجع السابق، ص 175.

[2] محمد سعيد أحمد إسماعيل، الرسالة السابقة، ص149 ؛ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 160.

المعلومات المعنية بالعقد صحيحة[1].

وتتمثل وظيفة جهات التصديق كما أشار إليها قانون الأونيسترال للنموذجي للتجارة الإلكترونية، في التصديق على التوقيع الإلكتروني، فهي تمنح شهادة بأن التوقيع الموضوع على الوثيقة أو الدعامة الإلكترونية هو فعلا لشخص كامل الأهلية[2]. وقد تم استخدام جهات التصديق الإلكتروني لإعطاء صبغة رسمية للتوقيع الإلكتروني، حيث أن هذا الجهاز هو جهاز مركزي مقره غالبا في العاصمة، تكون مهمته وضع سجل وطني لكل التوقيعات الإلكترونية، وعند قيام الشخص بإبرام عقد مع شخص آخر فإن هذا الجهاز هو الذي يمن ح للطرف الثاني كل المعلومات التي تسمح بالتحقق من هويته وأهلية الطرف المتعاقد.

كما يتم الاعتماد في تحديد أهلية المتعاقد عن طريق وضع تحذيرات على شبكة الإنترنت تنبه إلى عدم الدخول إلى الموقع إلا من شخص له الأهلية القانونية، ويلتزم هذا الشخص قبل الدخول إلى الموقع بالكشف عن هويته والإفصاح عن سنه وفي حالة إغفاله ذلك فلن يسمح له بتصفح الموقع أو إبرام العقد[3].

وقد يتم وضع نماذج عقود على الشبكة تحول صياغتها دون تعاقد الفئات غير المرغوبة، وتعتبر هذه الوسائل التحذيرية من أكثر الوسائل استخداما في الوقت الحالي، غير أنها محفوفة بالمخاطر، إذ يقوم المستخدم بالإدلاء ببيانات تخالف الحقيقة بشأن أهليته.

وهذا ما يدعو إلى ضرورة وجود نصوص تضمن جزاءا على الإدلاء ببيانات غير صحيحة عن أهلية المتعاقد.

**المطلب الثاني: سلامة الإرادة من العيوب في العقد الإلكتروني**

تحتل نظرية عيوب الإرادة مكانا بارزا في القواعد العامة لإبرام العقود، حيث يجب أن تتحقق للإرادة صحتها وسلامتها من العيوب وإلا كان العقد قابلا للإبطال[4].

وبصدد العقود الإلكترونية تظل نظرية عيوب الإرادة محتفظة بمكانتها، غير أن طبيعة العقد

---

[1] رامي علوان، المقال السابق، ص 241.

[2] تقضي المادة 2 فقر هـ من قانون الأونيسترال بأنه جهة التصديق هي: **شخص يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيع الإلكتروني.**

[3] بشار طلال مومني، المرجع السابق، ص 37 ؛ مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق، ص 172.

[4] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقه الإسلامي، دار هومة للطبع، الجزائر، طبعة 2002.

الإلكتروني سواء بالنظر إلى وسيلة إبرامه أو أطرافه، حيث يكون أحدهما مهنيا منتجا والآخر مستهلكا في غالب الأحيان، تتزايد أهمية هذه النظرية ويتسع المجال لتطبيقاتها، فإذا كان من الصعب أحيانا الوقوع في غلط في صفة الشيء ببذل عناية عادية، فإنه من اليسير الوقوع في الغلط في العقود الإلكترونية، ونتناول في هذا المطلب عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني، غير أننا لن نفصل في ماهية تلك العيوب وأحكامها إلا بالقدر الذي تفرضه خصوصية العقد الإلكتروني.

**الفرع الأول: الغلط**

الغلط هووهم يقوم في ذهن المتعاقد فيصور له الأمر على غير حقيقته، ولكي يكون عيبا في الإرادة فإنه يشترط فيه أن بلغ حدا من الجسامة بحيث يكونه والدافع للتعاقد، أي أن ي كون جوهريا، ويعد الغلط جوهريا متى وقع في ذات المتعاقد أوفي صفة في الشيء يراها المتعاقد ضرورية أو يجب اعتبارها كذلك[1].

ويمكن للقواعد العامة في التقنين المدن ي أن تستوعب الغلط إذا وقع فيه المتعاقد أثناء إبرامه عقدا بطريقة إلكترونية، غير أن التطور التقني والتكنولوجي الذي أحدثته ثورة الاتصالات ولد اهتماما فقهيا وتشريعيا متزايدا بحماية الطرف الأقل خبرة سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية، وأدى هذا الاهتمام إلى أن فرضت التشريعات على الطرف الأكثر خبرة في العقد الإلكتروني أن يوفر للطرف الثاني المعلومات الكافية التي يجب الإدلاء بها والتي تجعل المتعاقد الآخر يبرم العقد وهو على بينة من أمره، وإلا جاز له الطعن في العقد بالإبطال للغلط نتيجة عدم علمه الكافي بمحل التعاقد أو شروط العقد، أو بسبب عدم تبصره بالتقنيات الفنية للمنتج أو الخدمة المتعاقد عليها[2].

فعدم المعرفة التقنية لدى المتعاقد مع طرف محترف عليم بها، تعد سببا وجيها لإبطال العقد للغلط لاسيما في المنتجات التقنية كبرامج الحاسوب[3].

وغالبا ما يقع الغلط في مجال العقود الإلكترونية بسبب العرض الناقص للمنتجات، وذلك بأن يكون العرض غير واضح أو غير مفهوم.

وتفاديا للوقوع في الغلط ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31-2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية في

---

[1] المواد 81، 82، 83 من التقنين المدني الجزائري المقابلة للمواد 120، 121، 122 من التقنين المدني المصري، والمادتين 1109، 1110 من التقنين المدني الفرنسي، والمواد 121، 122، 123 من التقنين المدني السوري.

[2] آمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 229.

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص 73.

المادة 11 منه مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل الدقيق، وأن يقوموا بإعلامه بوسائل مناسبة وفعالة وسهلة البلوغ على نحو يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية ويتفادى الوقوع في الغلط[1].

كما يجب على التاجر أو المهني أن يوضح للعميل كيفية الوفاء بالثمن وطريقة دفع هـ، ويسمى الإدلاء بهذه البيانات عند عرض المنتج أو السلطة أو الخدمة بالالتزام بالإعلام في نطاق عقد الاستهلاك وقد سبق بيانه عند الحديث عن المعلومات التي يجب الإفصاح عنها في الإيجاب، ولذلك اقتبس القائمون على مشروع تعديل التقنين المدن ي الجزائري في جزئه المتعلق بالبيع عن بعد هذا الالتزام حيث تنص المادة 412 مكرر 3 على ما يلي:

"**مع عدم الإخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:**

- **هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه.**
- **مدة صلاحية العرض، والثمن المقترح للبيع.**
- **كيفيات دفع الثمن وتسليم المال أو الأموال المعروضة للبيع.**
- **مصاريف التسليم وكذلك تكلفة تقنية الاتصال عن بعد المستعملة إذا كانت على عاتق المشتري ولم تكن مدرجة في الثمن.**
- **المميزات الأساسية للمال المعروض للبيع.**
- **مدة الضمان.**
- **وعند الحاجة كيفيات الخدمة بعد البيع وكذا مدة توافر قطع الغيار.**
- **حق المشتري في العدول باستثناء الحالات التي لا يجوز فيها هذا الحق.**
- **المدة الدنيا لعقد البيع بالنسبة للعقود المستمرة.**
- **تبلغ للمشتري المستهلك هذه البيانات ذات الطابع التجاري بكيفية واضحة ومفهومة بأية وسيلة ملائمة لتقنية الاتصال المستعملة.**
- **يلزم البائع المهني في حالة البيع بواسطة الهاتف أو بواسطة أية تقنية مماثلة أن يدلي صراحة في بداية المحادثة عن هويته والطابع التجاري للاتصال".**

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص164.

وقد نصت معظم القوانين المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية على الالتزام بالإدلاء بهذه البيانات عند الإيجاب وقد سبق بيانها في موضعها ولعل هذا في نظرنا ما جعل معظم الفقه يرى بأن نظرية الغلط في التقنين المدني كافية لاستيعاب الغلط متى وقع في العقد الإلكتروني، بل إن البعض من الفقهاء من رأى أنه متى الإدلاء بتلك البيانات فإنه يصعب الوقوع في الغلط[1].

**الفرع الثاني: التدليس**

يعرف التدليس بأنه استعمال شخص طرقا احتيالية لإيقاع شخص آخر في غلط يدفع إلى التعاقد، ووفق هذا التعريف فإن للتدليس عنصران: أحدهما مادي يتمثل في الطرق الاحتيالية، والآخر معنوي يتمثل في نية التضليل، ويشترط في التدليس أن يكون هـ والدافع إلى التعاقد وأن يتصل بالمتعاقد الآخر، ويعتبر مجرد السكوت المتعمد عن واقعة معينة أو ظرف ما تدليسا إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بها[2].

وعلى هذه الأحكام نصت المادة 86 من التقنين المدني الجزائري إذ جاء فيها: "**يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجا إليها أحد المتعاقدين أو النائب عنـه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثاني العقد.**

**ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة**"[3].

وقد تطورت نظرية التدليس بفضل الفقه والقضاء في فرنسا واتسع مداها ليستوعب الكذب والكتمان، ولذلك امتد مفهوم التدليس في العقود الإلكترونية ليشمل الإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمضللة نظرا لسهولة تأثيرها في سلوكات المستهلك ودفعه إلى التعاقد على سلع ومنتجات يتضح فيما بعد أنه لم يكن بحاجة إليها[4].

فالمستهلك في العقد الإلكتروني لا يتمكن من معاينة الشيء المبيع كما هو الأمر في العقود العادية ولذلك يكون عرضة لتوهم صفات غير موجودة في محل العقد نتيجة المناورات المضللة التي

[1] مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 203.

[2] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني والفقه الإسلامي، المرجع السابق، ص40؛ بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، المرجع السابق، ص112.

[3] المادة 120 من التقنين المدني المصري، و المادة 126 من التقنين المدني السوري، والمادة 144 من التقنين المدني الأردني و المادة 1116 من التقنين المدني الفرنسي.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،المرجع السابق، ص 140.

يمارسها الطرف الآخر باسم المنافسة وحرية الإعلانات.

ولا يشترط في الكتمان، لكي ي عد تدليسا، أن يتعلق بكامل المعلومات التي يجب الإدلاء بها، بل يمتد ليشمل حتى الأجزاء البسيطة، ففي حالة بيع الأدوية عن طريق شبكة الإنترنت إذا لم يقم البائع بذكر أحد البيانات الهامة الخاصة بالدواء محل العقد كأن لا يذكر موانع الاستعمال أو الأعراض الجانبية فإنه يكون قد كتم معلومات يراها الطرف الثاني ضرورية بل ويجب أن ترى كذلك نظرا لطبيعة محل العقد ولذلك ينطبق عليه حكم التدليس[1].

وطرق التدليس في التعاقد الإلكترون ي كثيرة ومتعددة، أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر وتعمد نشر معلومات غير صحيحة على المواقع بقصد ترويجها وإنشاء موقع وهمي لا وجود له في الواقع[2].

كما يلاحظ أن الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات المتداولة عبر وسائل الاتصال الإلكتروني تطرح مسألة إثبات التدليس الذي يق ع عبر هذه التقنيات لاسيما وأن مرتكب التدليس يعمد إلى إخفاء أعماله التدليسية وإزالة آثارها بأساليب تقنية تجعل من وقع في التدليس عاجزا عن إثبات أنه أبرم العقد تحت وطأة التدليس، ولذلك لم يعد الجزاء المقرر للتدليس مدنيا فقط ينحصر في إبطال العقد أو التعويض، وإنما امتد في معظم التشريعات إلى أن أصبح جزائيا أيضا بحيث توسع ليصبح جريمة يعاقب عليها القانون تتمثل في جريمة الغش في بيع المواد الاستهلاكية أو تعمد بيعها بعد انتهاء صلاحيتها[3].

وقد بذلت الكثير من المنظمات والهيئات الدولية والإقليمية جهودا كبيرة في مجال مكافحة الاحتيال في إبرام العقود الإلكترونية بهدف التقليل من مخاطر الظاهرة، فقد قدمت كل م ن غرفة التجارة الدولية، ومنظمة التعاون الاقتصادي والتنمية وكذلك المجلس الأوربي قواعد توجيهية وإرشادية للمشرعين في الدول الأوروبية تحثهم على تشديد التشريعات الوطنية في مجال الكشف عن حالات الاحتيال ومعاقبة مرتكبيها وإلزام الأطراف المتعاقدة عبر تلك الوسائل بالتأكد من هوية المتعاقد معه والتحري عن سمعته التجارية ومركزه المالي قبل البدء في عملية إبرام العقد، وإلزامهم بالدقة عندما يعبرون عن إرادتهم التعاقدية تفاديا للوقوع في مخاطر الاحتيال والغش المعلوماتي، وتحرص منظمة الأمم المتحدة على ضرورة إيجاد

[1] إيمان مأمون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص 171.

[2] مراد يوسف مطلق، الرسالة السابقة، ص 210.

[3] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية،المرجع السابق، ص 74.

الوسائل الكفيلة لحماية الأطراف المتعاقدة[1].

**الفرع الثالث: الإكراه**

يعرف الإكراه بأنه ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوفا يحمله على التعاقد، والإكراه يعيب الإرادة فيجعل رضاء الشخص غير سليم حيث يفقده الحرية والاختيار[2].

والإكراه ليس بذاته هو الذي يفسد الإرادة ويعيب الرضا، وإنما يفسدها ما يولده الإكراه في نفس المتعاقد من خوف ورهبة.

ويختلف الإكراه عن الغلط والتدليس بالنسبة لموضوع كل منهما، ذلك أن الغلط والتدليس يمسان من المتعاقد علمه بما يرتضيه، بحيث يجيء رضاؤه بغير بينة بحقيقة الحال، أما الإكراه فإنه يلحق اختيار المتعاقد[3].

وقد تناول المشرع الجزائري الإكراه في المادتين 88 و89 من التقنين المدني[4] وباستقراء هذه النصوص يتضح بأنه يشترط في الإكراه الذي يعد عيبا في الإرادة، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة يبعث ها ا لمتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق وأن تكون هذه الرهبة بعثت ف ي نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر أو أن يكون عالما بها إذا بعثت من غيره، كما يشترط أن تكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.

وقد يبد ولأول وهلة أنه يصعب تصور الإكراه في مجال العقد الإلكتروني، فمثلا يتم عرض المنتجات عبر شاشة التلفزيون أو الحاسوب عن طريق شبكة الإنترنت وما قد يصاحب ذلك من إظهار لمحاسن المنتوج، غير أن المستهلك أو المستخدم يم كنه تغيير المحطة أو الخروج من الموقع أو غلق الجهاز أصلا، وبالتالي فالمبادرة ترجع دائما إليه، حيث يجب عليه لكي يعبر عن إرادته بالقبول أن يقوم ببعض الأعمال المادية التي بدونها لا يمكن إبرام العقد كالاتصال عن طريق الهاتف بالمحطة التلفزيونية التي تبث الإعلان أو ملء استمارة طلب السلعة أو الخدمة عن طريق الإنترنت وبالتالي فلا يمكن تصور

[1] آمانج رحيم أحمد، الرسالة السابقة، ص 243.

[2] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص 66.

[3] محمد سعيد جعفور، نفس المرجع، ص 67.

[4] تقابلان المادتين 127، 128 من التقنين المدني المصري، والمادتين 128، 129 من التقنين المدني السوري، أما المشرع الفرنسي فقد نظم أحكامه في المواد من 1111 إلى 1115 من التقنين المدني.

الإكراه في التعاقد عن بعد[1].

ولكن من الممكن تصور وقوع الإكراه في العقود الإلكترونية بسبب التبعية الاقتصادية حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط الحاجة الاقتصادية، وبالتالي يمكن تصوره بصدد توريد الخدمات أو المنتجات المحتكرة[2].

ويرى البعض أن الإكراه المادي مستبعد في التعاقد الإلكترون ي أو غير متصور لأن هذا العقد يتم بين طرفين متباعدين، بينهم فواصل مكانية ويجمعهما مجلس عقد حكمي[3].

**الفرع الرابع: الاستغلال**

يعرف الاستغلال بأنه انتهاز حالة الضعف لدى الشخص وجعله يبرم عقدا فيه عدم تعادل بين التزامات طرفيه تبلغ حدا لا يقبله المتعاقد لولا وجود هذا الضعف، واستغلاله من طرف المتعاقد الآخر[4].

وقد جعل المشرع الجزائري الاستغلال عيبا في الإرادة، بمقتضى المادة 90 من التقنين المدني[5].

ويترتب على الاستغلال قابلية العقد للإبطال لمصلحة من وقع فيه على أن ترفع دعوى إبطاله خلال سنة من يوم إبرام العقد.

أما عن مجال الاستغلال في العقود الإلكترونية، فإن تطبيقات الاستغلال قد تكاثرت نتيجة شيوع استخدام وسائل الاتصال الإلكترونية في إبرام العقود وانعدام الخبرة لدى أغلب المتعاملين بها، فالأكيد أن من يتعامل عبر تقنيات الاتصال الحديثة لإبرام عقد واحد أو حتى عدة عقود يكون أقل خبرة ممن يحترف إجراء العقود عبر نفس الوسيلة بل ومنهم من يتخذها مهنة معتادة له، وهذا ما دفع بالتشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية إلى الاهتمام بمسألة حماية المستهلك من خلال تقرير أحكام خاصة بحماية المستهلك في العقد الإلكتروني تكون أكثر فعالية من الحماية المقررة في القواعد العامة.

وعلى ذلك نصت المادة 50 من قانون المبادلات والت جارة الإلكترونية التونسي على توقيع عقوبة جزائية على كل من يستغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني يدفعه للالتزام

---

[1] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 75.

[2] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 174.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني،المرجع السابق، ص 148.

[4] محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة، المرجع السابق، ص 90 وما بعدها.

[5] المقابلة لنص المادة 129 من التقنين المدني المصري، والمادة130 من التقنين المدني السوري، والمادة125 من التقنين المدني العراقي.

حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بغرامة تتراوح بين 1000 و000.20 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أوثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية.

ويتضح من هذا النص أن المشرع التونسي حاول حماية المشتري في عقد البيع الإلكتروني على أساس دفع المستهلك للتعاقد واستغلال عدم مقدرته على تمييز تعهداته التي يلتزم بها، وقد رتب المشرع التونسي فضلا عن قابلية هذا العقد للإبطال طبقا للقواعد العامة عقوبة جزائية.

ويمكن القول بأنه إذا كانت نظرية عيوب الإرادة لها تطبيقات على درجات متفاوتة في العقود الإلكترونية مقارنة بتطبيقاتها في العقود التقليدية، فإن هذا لا يعني التقليل من أهميتها في البيئة الإلكترونية، بل تظل محتفظة بتلك الأهمية شأنها في ذلك شأن باقي القواعد العامة الراسخة في النظام القانوني للعقد، وإن اختلاف الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد لا يغير من الطبيعة الجوهرية للعقد والقواعد التي يقوم عليها[1].

إن ما يلاحظ حول تطبيقات نظرية عيوب الإرادة على العقد الإلكتروني، هو أن البيئة الإلكترونية تجعل من الوقاية في عيوب الإرادة مفضلة على العلاج، وذلك بالنظر إلى ما تفرضه الوسائل الإلكترونية من خصوصية وما استحدث هـ العقد الإلكتروني من ذاتية في إبرامه[2].

[1] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،ص76.

[2] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 83.

## المبحث الثاني: الحق في العدول عن العقد

طبقا للمادة 106 من التقنين المدني الجزائري، فإن العقد متى نشأ صحيحا مستوفيا جميع شروط انعقاده وصحته، فإنه يكون بمثابة القانون بين الطرفين فلا يجوز نقضه ولا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن نظرا لأن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموما، ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، أجازت للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين وهذا ما يسمى بالحق في العدول عن العقد، وهذا ما يجعل هذا الحق وسيلة من وسائل حماية رضاء المتعاقد وضمانة حقيقة لصد ما قد يرتكبه المتعاقد الآخر الذي يملك تقنية المعلومات ويملك السلعة أو الخدمة من وسائل تغري المتعاقد الذي تسيطر عليه حالة الضعف وتدفعه إلى إبرام العقد[1].

إن ما يدعو إلى البحث في مفهوم الحق في العدول عن العقد هو تحديد مضمون هذا الحق ومدى تأثيره على العقد الذي يرد عليه، والنظر فيما إذا كان الحق في العدول يرد على عقد تم إبرامه أم على عقد لم يبرم بعد، والإجابة على ذلك تمس في اعتقادنا بمبدأ الرضائية في العقد، وهو المبدأ الذي يجعل العقد مبرما بمجرد تبادل الإرادتين المتطابقتين، كما يجعل الحق في العدول عن العقد في حال اعتناقه مبدأ القوة الملزمة للعقد محل التباس وتزعزع، إذ كيف يمكن لأحد الطرفين العدول عن عقد أبرم صحيحا وعلى أي أساس قانوني[2].

بغرض وضع هذه المسائل على بساط البحث فإننا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتناول في الأول منهما مضمون هذا الحق، لنعالج في الثاني أحكام الحق في العدول عن العقد.

### المطلب الأول: مضمون الحق في العدول

يعد الحق في العدول عن العقد من الوسائل التي تتيحها التشريعات المنظمة لعمليات البيع عن بعد بغرض حماية رضا المستهلك باعتباره يقدم في هذا النوع من العقود على التعبير عن إرادته دون وعي تام أو كامل، فإذا تم تنفيذ العقد اتضح له أنه تسرع في قبول العقد وأنه لم يكن يعتقد أن السلعة أو الخدمة بهذا الشكل.

فالعقد الإلكتروني بوصفه عقدا عن بعد لا يسمح للمشتري مثلا بمعاينة محل العقد كما يتيح ذلك

[1] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق،ص58.

[2] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، المرجع السابق، ص 86.

العقد التقليدي، فضلا عن أن طريقة إبرامه لا تسمح له بمناقشة الشروط بنفس الحرية التي يملكها في العقود العادية، وإذا كان واضحا أن الحق في العدول عن العقد على هذا النحو يمثل خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الخروج قد أملته ضرورات حماية المستهلك ولذلك فإن بعض الفقه يرى بأن ظهور هذا الحق لم يرتبط بتنظيم التعاقد عن بعد، وإنما ارتبط وجوده بظهور التشريعات الرامية إلى حماية المستهلك[1].

وعلى ذلك فإننا نقسم هذا المطلب على فرعين، نعالج في الفرع الأول مفهوم الحق في العدول وكيفية ظهوره، لنتولى في الثاني معالجة نطاق هذا الحق.

**الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول عن العقد ونشأته**

الحق في العدول عن العقد هو وسيلة بمقتضاها يتيح المشرع لأحد المتعاقدين أن يعيد النظر من جديد، من جانب واحد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا فه ويفترض أن عقدا تم إبرامه لكن أحد طرفيه، ويكون المستهلك غالبا، يستفيد من مهلة للتفكير خلالها يكون بوسعه سحب قبوله الذي ارتبط بموجبه بالعقد[2].

والحق في العدول عن العقد بهذا المعنى يتشابه إلى حد بعيد مع خيار الرؤية الذي قال به فقهاء الشريعة الإسلامية، فخيار الرؤية هو حق المتعاقد في أن يبطل العقد أو يجيزه بعد رؤية محل العقد إن لم يكن قد رآه أثناء العقد أو بعده[3].

وقد نصت على خيار الرؤية المادة 320 من مجلة الأحكام العدلية عندما عرفته بقولها: "**من اشترى شيئا ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه، فإذا رآه إن شاء قبله وإن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية**"[4].

فمدلول الحق في العدول عن العقد يعني أنه يحق للمشتري خلال المهلة التي حددها القانون أن يعدل عن هذا العقد بإراداته المنفردة وذلك بأن يعلن للبائع رغبته في العدول، وعندئذ يجب على البائع أن

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 55.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 321.

[3] راجع في موضوع الخيارات محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية في الفقه الإسلامي كمصدر للقانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر طبعة 1998، ص 75، 76.

[4] وفي التقنينات المدنية العربية المستمدة من الفقه الإسلامي راجع المواد 517 من التقنين المدني العراقي، والمادة 235 من التقنين المدني اليمني والمادة 184 من التقنين المدني الأردني.

يقوم بإرجاع الثمن واستعادة البضاعة أو السلعة[1].

وظهر حق المشتري في العدول عن العقد في فرنسا بمناسبة حماية المستهلك من التسرع في التعاقد في بعض أنواع البيوع، وهي تلك التي تكون فيها إرادة المشتري متسرعة في ظل تأثرها بوسائل الدعاية والإعلان وتدفع المشتري إلى التعاقد دون أن يأخذ وقته الكافي للتدبر، فضلا عن قلة خبرته أو انعدامها أحيانا فيما يتعلق بموضوع العقد[2].

وقد لجأ المشرع الفرنسي إلى سن هذا الحق في التشريع الصادر في 1971-07-12 الخاص بالتعليم عن طريق المراسلة حيث منح هذا القانون طالب العلم الذي يتلقى الدروس عن طريق المراسلة أن يتراجع عن العقد الذي سبق وأبرمه مع المؤسسة التعليمية وذلك خلال ثلاثة أشهر من تاريخ بدء تنفيذ العقد وتسلم الطالب وسائل التعليم، وهذا الخيار متروك لمحض إرادة الطالب ولظروفه الخاصة على أن يلتزم بتعويض المؤسسة التعليمية بمبلغ لا يزيد عن 30% من أجر التعليم[3].

ثم كرس المشرع الفرنسي هذا الحق في القانون المؤرخ في 1972-12-22، وأتاحه للمستهلك في جميع عقود البيع أو أداء الخدمات التي تبرم على إثر السعي إلى منزله من قبل البائع أو مقدم الخدمة، حيث أجاز للمستهلك في مثل هذه العقود الحق في العدول عن العقد الذي أبرمه خلال سبعة أيام كاملة تحسب من تاريخ الطلب أو الالتزام بالشراء[4].

وجاء بعد ذلك القانون رقم 12-88 المؤرخ في 1988-01-06 بشأن عقد البيع عن بعدوا لبيع من خلال التلفزيون ومنح المشتري الحق في العدول عن العقد خلال سبعة أيام تحسب من تاريخ تسلمه البضاعة وذلك في المادة الأولى منه التي جاء فيها:" **في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن لمشتري المنتج وذلك خلال سبعة أيام من تاريخ تسلم المبيع، الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر، أورده واسترداد الثمن دون أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد**"[5].

---

[1] أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006، ص 113.

[2] طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص 114.

[3] عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضاء المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2005، ص 69، 70؛ عبد الله ذيب عبد الله محمود، الرسالة السابقة، ص126.

[4] السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، طبعة 1987، ص93؛ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 267.

[5] جاءت صياغة المادة باللغة الفرنسي ة كما يلي:

ولم يقف تقرير الحق في العدول عند حدود التشريعات الفرنسية، بل تقرر أيضا في دول كثيرة منها لوكسمبورغ التي أصدر المشرع فيها القانون المؤرخ في 1983-08-25 بشان البيع بالمراسلة حيث جاء في المادة السابعة منه ما يلي:" **في العقود التي تبرم بطريق المراسلة بين مورد مهني ومستهلك غير مهني يكون من حق هذا الأخير خلال مهلة سبعة أيام من تاريخ الطلب أومن تاريخ تمام الشراء وخلال مهلة خمسة عشر يوما من تاريخ استلام البضاعة، أن يرجع في الصفقة بخطاب مسجل بعلم الوصول**".

كما أن القانون الإنجليزي الصادر سنة 1946 المتعلق بالبيع الإيجاري خول للمشتري حق العدول عن تعاقده في مهلة أربعة أيام تبدأ من تاريخ تسلم المشتري نسخة من العقد، واعتنق المشرع الألماني حق العدول في القانون الصادر سنة 1974 المتعلق بالبيع بالتقسيط حيث منح المشتري الحق في العدول عن العقد خلال سبعة أيام من إبرام العقد.

وانتقل تنظيم الحق في العدول عن العقد إلى التوجيه الأوروبي رقم 07-97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بتنظيم التعاقد عن بعد، حيث نصت الفقرة الأولى من المادة 6 منه على ما يلي: "**كل عقد عن بعد يجب أن ينص فيه على أحقية المستهلك في العدول خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام تبدأ من تاريخ الاستلام بالنسبة للمنتجات والسلع، أما بالنسبة للخدمات فإن مهلة السبعة أيام تبدأ من تاريخ إبرام العقد أومن تاريخ كتابة المورد الإقرار الخطي، وتصل هذه المدة إلى ثلاثة أشهر إذا تخلف المورد عن القيام بالتزامه بإرسال إقرار مكتوب يتضمن العناصر الرئيسة للعقد**".

وإعمالا لتوصيات التوجيه الأوروبي، أصدر المشرع الفرنسي المرسوم 741-2001 الذي سبقت الإشارة إليه والذي بمقتضاه تم إضافة المادة 121-20 إلى تقين الاستهلاك الفرنسي متضمنة الحق في العدول عن العقد في كل العقود التي تبرم عن بعد حيث نصت هذه المادة على ما يلي: "**للمستهلك خلال سبعة أيام كاملة أن يمارس حقه في العدول دون إبداء أسباب أو دفع أية جزاءات باستثناء مصاريف الرد**". ويلاحظ أن هذا النص يتطابق مع المادة الأولى من التقنين رقم 12-88 المؤرخ في 88-01-06 المتعلق بالبيع عن بعد الذي سبقت الإشارة إليه.

أما عن القوانين العربية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، فإن القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية فقد نظم هذا الحق في المادة 30 منه التي نصت على أنه يمكن للمستهلك العدول

« Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échanges ou remboursement sans pénalités, à l'exception des frais de retour. »

عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة ل لخدمات من تاريخ إبرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها في العقد، وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المس تهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة.

وخلافا لذلك لم يتضمن قانون المملكة الأردنية ولا قانون مملكة البحرين أو قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية نصا خاصا يقرر حق العدول في هذا النوع من المعاملات وكذلك فعل القائمون عل ى إعداد مشروع قانون التجارة الإلكترونية لدولة الكويت.

أما مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين فقد تضمن المادة 56 منه التي قررت حق العدول للمستهلك[1].

أما مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع والمخصص لتنظيم البيع عن بعد فقد أورد القائمون على المشروع نص المادة 412 مكرر 06 التي جاء فيها:

"**للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبيب ذلك، ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن كانت...**".

وما يلاحظ على هذا النص أن المشرع الجزائري قد اقتنع أخيرا بضرورة تنظيم الحق في العدول عن العقد في البيوع التي تتم عن بعد والتي من أهم صورها العقد الإلكتروني وإذا كان الحق في العدول عن العقد بهذا المفهوم وتلك النشأة، فإن التساؤل الذي يثار هو حول نطاقه، فما هي العقود التي يجد الحق في العدول مجالا له فيها وما هي العقود التي يستبعد من نطاقها.

**الفرع الثاني: نطاق الحق في العدول**

كان نتيجة لتواتر التشريعات المنظمة للحق في العدول عن العقد، أن أصبح هذا الحق متاحا في كل العقود التي تتم عن بعد بما فيها العقود التي يكون محلها أداء خدمات وهذا بعدما كان قاصرا في بداياته التشريعية على بعض العقود دون غيرها.

[1] وقد جاء في النص ما يلي: "**يجوز للمستهلك إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق لشروط البيع أو إذا لم يحترم البائع آجال تسليمه وذلك خلال عشرة أيام تحسب من تاريخ التسليم**".

وباستقراء نصوص مواد التوجيه الأوروبي رقم 07-97 المتعلق بالتعاقد عن بعد وأحكام ت قنين الاستهلاك الفرنسي المضافة إلى هذا التقنين بالمرسوم رقم 741-2001، ونصوص مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري يلاحظ أن حق المشتري في العدو ل عن العقد يشمل كل عقود البيع وعقود الخدمات التي تتم بوسائل اتصال إلكترونية[1] وإذا كان ذلك أصلا ثابتا في تلك النصوص ونظيراتها، فإنها من جانب آخر أوردت استثناءات لا تقبل فيها ممارسة الحق في العدول عن العقد ومن تلك الاستثناءات ما يلي:

**أولا: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول**

أوردت الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجيه الأوروبي رقم 07-97هذا الاستثناء ونصت عليه أيضا المادة 121-20 فقرة2 من تقنين الاستهلاك الفرنسي[2] وهذا الاستثناء خاص بعقد من عقود تقديم الخدمات ويتم الاتفاق فيه بين المهني البائع والمشتري المستهلك على أن بداية تنفيذ هذا العقد ستكون قبل انتهاء مهلة العدول.

وصورة هذا الاستثناء أن يبرم عقد عن بعد بوسيلة إلكترونية يكون محله مثلا تقديم خدمات من طرف المهني لصالح المستهلك، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على البدء في التنفيذ قبل انتهاء المهلة القانونية المقررة لممارسة الحق في العدو ل، فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بالعدول عن العقد.

ويرى بعض الفقه أنه إذا كان الهدف من وراء هذا الاستبعاد هو تفادي أن يبدأ المستهلك في الاستفادة من الخدمة المقدمة له ليعدل عن العقد بعد ذلك، مما يلحق أضرارا بالمهني فإن المستهلك في كثير من الحالات لا يتمكن من الحكم على الخدمة إلا بعد البدء في الاستفادة منها، يضاف إلى ذلك أن المهني بما يملك من وسائل تقنية، قد ينجح في إقناع المستهلك بالبدء في تنفيذ الخدمة قبل انتهاء المدة ولذلك ينتهي هذا الرأي إلى أن هذا الاستثناء لا مبرر له[3].

ولتفادي هذا النقد عرض بعض الفقه إلى أنه يجب أن يكون اتفاق المستهلك مع المهني على بداية تنفيذ العقد خلال مدة ممارسة الحق في العدول صريحا، وأن يتم من خلاله تبصير المستهلك بأنه في هذه الحالة يسقط حقه في العدول عن العقد[4].

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 59 ؛ د- أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 205.

[2] De fourniture de service dont l'exécution a commencé avec l'accord du consommateur, avant la fin du délai de sept jours francs.

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 60.

[4] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 324؛ أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، المرجع السابق،ص182.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة 32 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حيث جاء فيها: "**مع مراعاة أحكام المادة 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:**

**- عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك...**". أما مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فقد تضمنت المادة 412 مكرر8 الحالات التي يستبعد فيها الحق في العدول عن العقد لكنها لم تشر إلى هذا الاستثناء.

**ثانيا: العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها**

فالعقود التي ترد على السلع والخدمات التي يتغير سعرها مع تقلبات السوق المالي تستثني من نطاق ممارسة الحق في العدول عن العقد، وهذا الاستثناء يشمل السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها باستمرار مع تقلبات السوق المالي، وواضح من هذا الاستثناء أنه إذا مارس المستهلك حقه في العدول عن العقد، فإن المهني أي البائع يكون ملزما برد المبلغ الذي دفعه المستهلك عند إبرام العقد وهذا ما قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة عند الرد[1].

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي وتقنين الاستهلاك الفرنسي، لم يذكرا ما إذا كان هذا الاستبعاد يشمل أيضا العقود الواردة على السلع والخدمات التي تتقلب أسعارها وفقا لظروف المواد الأولية.

ولذلك فإن القائمين على أمر تعديل التقنين المدني الجزائري أوردوا في المادة412 مكرر8 أن الحق في العدول لا يقبل في العقود التي يكون محلها أموالا يرتبط ثمنها بتقلبات سعر السوق المالية أو المواد الأولية.

وبهذا سيتفادى التقنين المدني إذا عرض للمناقشة وصدر، النقد الموجه للتوجيه الأوروبي ولتقنين الاستهلاك الفرنسي.

**ثالثا: العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة**

وهذا الاستثناء خاص بالسلع التي يتم تصنيعها لمستهلك معين ووفق متطلبات معينة استجابة لرغبته، مثلما هو الأمر في الأزياء التي يتم تصميمها بمقاسات محددة وفقا لطلب المستهلك، كالمنتوجات المصنعة لفائدة شخص ما بناء على رغبته.

فلو اتفق شخص ما مع شركة لإنتاج السيارات على تصنيع سيارة بمواصفات معينة، كالسيارات

[1] عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 82؛ السيد محمد السيد عمران، المرجع السابق، ص97

المعدة لذوي الاحتياجات الخاصة، فلا يمكن بعد تجهيزها تخويل هذا الشخص الحق في العدول عن العقد وإلا وقع ضرر على المنتج الذي لا يستطيع بيعها إلى شخص آخر إلا بتحمل ضرر أكبر.

وقد نصت على هذه الحالة المادة 412 مكرر8 في البند الثاني منها الذي جاء فيه: **الأموال المنجزة وفقا لرغبات المستهلك أو المشخصة.**

كما نصت عليه المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية في البند الثاني الذي جاء فيه: **إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية**[1].

**رابعا: السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف**

ويقصد بالسلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بحسب طبيعتها، كل شيء يؤدي إرساله وإرجاعه للبائع على حدوث تغيير فيه، كالأدوية التي يتم تركيبها من محلولين، إذ لا يمكن إرجاعها بع دما تم تركيبها، أما الأشياء التي يسرع إليها الهلاك أو التلف فمثالها ا المواد الغذائية والأزهار.

وعلة تقرير هذا الاستثناء واضحة، وهي عدم الإضرار بالمهني فإعادة سلعة بعد انتهاء مدة صلاحيتها لا يمكن أن يكون وسيلة لحماية المستهلك. نصت على هذا الاستثناء المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 07-97 وتقني.

الاستهلاك الفرنسي في المادة 121-20 فقرة4 والبند الثالث من المادة 412مكرر8 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري[2].

**خامسا: العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري**

فلا يتقرر حق العدول للمستهلك إذا كان محل العقد تسجيلات سمعية بصرية أو برامج إعلام الآلي إذا كان قد قام بنزع الغلاف الخاص بالتسجيل السمعي البصري أو قام بفتح برنامج الإعلام الآلي أو القرص المضغوط[3].

والهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية الفكرية، فمن ح المستهلك الحق

---

[1] وهو يطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[2] كما نص على هذا الاستثناء البند الثاني من المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي وهي تتطابق مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[3] وردت الفقرة الرابعة من المادة 121 20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بصياغتها كمايلي:

« De fourniture d'enregistrements audio ou vidéo ou de logiciels informatique lorsqu'ils ont été descelles par le consommateur. »

في العدول عن العقد قد يمكنه من الحصول عليها دون مقابل، فقد يفتح المستهلك التسجيل السمعي البصري أو برنامج الحاسوب وينسخه ثم يرجعه إلى المعني مستندا على حقه في العدول وهذا ما يشكل مساسا بالملكية الفكرية[1].

وقد نص على تقرير هذا الاستثناء مشروع تعديل التقنين المدني في البند الرابع من المادة 412 مكرر 08 الذي جاء فيه: "**التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري**". والمقصود بالنزع هو النزع المادي أما التحميل فلم يذكره النص، وهذا مع ملاحظة أن مشروع تعديل التقنين المدني الجزائر ي استخدم لفظ عند فتحها ولم يستعمل عبارة نزع الأختام.

في حين ذهب آخرون إلى أن الحكمة من النص متوافرة والعلة أيضا وهي حماية الملكية الفكرية[2].

**سادسا: العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات**

والحكمة من استثناء العقود الواردة على الصحف والمجلات تتمثل في أن استعمالها يكون ذا طابع زمني وبعد انقضائه لا يكون للصحيفة أو المجلة أية قيمة، فلا يجوز منطقيا أن يتلقى المستهلك صحيفة أو مجلة فيقرأها ثم يتمسك بحقه في العدول، أما بالنسبة للدوريات فإن العلة من استثنائها تتمثل في الحفاظ على حقوق الملكية الفكرية حتى لا يقوم المستهلك بنسخها ثم إعادتها[3]. وينطبق هذا الاستثناء على عقود شراء الجرائد والمجلات والدوريات التي يتم تنفيذها عبر شبكة الإنترنت نص البند الأخير من المادة 412 مكرر8 على هذا الاستثناء وكذلك المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[4].

**سابعا: العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها**

لاشك أن جوهر هذه العقود يتنافى والحق في العدول عن العقد المقرر لحماية المستهلك، فالمتعاقد في هذا النوع من العقود يقدم عليها انطلاقا من روح المجازفة والمغامرة على نحولا يسمح بتخويله الحق في العدول وإلا فقد العقد جوهره ومغزاه[5].

---

[1] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 126؛ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص 277.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية،المرجع السابق، ص 257.

[3] عمرو عبد الفتاح علي يونس، الرسالة السابقة، ص 475؛ عبد الله صادق سلهب، الرسالة السابقة، ص131

[4] وهي تطابق المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[5] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 61.

ولم يتضمن نص المادة 412 مكرر8 هذا النوع من العقود ولعل القائمين على المشروع أغفلوا النص عليه لوضعهم في الحسبان نص المادة 612 من التقنين المدني الجزائري التي تحظر القمار والرهان.

وبالإضافة إلى الاستثناءات السابقة أوردت المادة 121-4-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي حالات خاصة هي عقود توريد سلع استهلاكية عادية[1]، وهي التي يتم تنفيذها في مكان مسكن أو عمل المستهلك من خلال موزعين يقومون بجولات متكررة ومنتظمة وكذلك العقود التي يكون محلها أداء خدمات الإقامة أو الإطعام، أو النقل وعموما كل تلك العقود التي يتم الوفاء بها في مكان معين أو على فترات متجددة، فقد يقوم المستهلك بحجز غرفة في فندق عن طريق الإنترنت أو تذكرة سف ر في الطائرة ثم يمارس حقه في العدول لحظات قبل إقلاع الطائرة أوفي الليلة المعنية بالحجز في الفندق. أو كمن يطلب من مطعم يوفر خدمة توزيع الوجبات على المنازل إحضار وجبة، وبعد وصول العامل إلى منزله يتمسك بحقه في العدول عن العقد، وهذا ما يسبب للمهني خسارة كبيرة لا تحقق أي توازن في العلاقة الاستهلاكية رأى بعض الفقه أن الاستثناءات التي قررها القانون على ممارسة الحق في العدول تقلل إلى حد بعيد من الحماية الواجبة للمستهلك، وذلك أن هذه الاستثناءات ستنطبق على كثير من العقود الإلكترونية، غير أن الواضح من خلال الوقوف على كل استثناء على حدةٍ أنها إنما قررت في حدود ضيقة حتى لا تتحول حماية المستهلك إلى ذريعة للإضرار بالمهني[2].

وإذا كان المبدأ العام يقضي بأنه يجوز الاتفاق على توسيع مجال حماية المستهلك فإنه لا يجوز التضييق منها، إذ لا يجوز الاتفاق على استثناء عقد معين من الحق في العدول إذا كان هذا العقد غير وارد في الحالات المحصورة من طرف المشرع وإلا كان هذا الاتفاق باطلا لمخالفته مقتضيات النظام العام. ولذلك أورد المشرع الفرنسي في المادة 121- 20 في فقرتها الثامنة أن الأحكام الواردة في هذا القسم ومنها المتعلقة بالحق في العدول من النظام العام[3].

**المطلب الثاني: أحكام الحق في العدول عن العقد**

في الحالات التي يثبت فيها للمتعاقد الحق في العدول عن العقد الذي أبرمه، فإنه من الطبيعي أن

---

[1] جاء في المادة 412 مكرر 10 من مشروع تعديل التقنين المدني: "**لا يخضع لهذه الأحكام توزيع الأموال ذات الاستهلاك العادي التي تتم في محل سكن المستهلك أوعمله عن طريق عمليات توزيع متكررة ومنتظمة**".

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 331.

[3] Article 121 20-8: « les dispositions de la présente section sont d'ordre public ».

يبين المشرع المدة التي يحق فيها للمتعاقد استخدام هذا الحق وكيفية ذلك، كما أن الحق في العدول متى تم استخدامه فإنه سيؤثر في المركز القانوني لكلا الطرفين بل وفي العقد ذاته.

وعليه فإننا نكرس هذا المطلب لبحث المهلة التي يجوز للمتعاقد ممارسة هذا الحق وكيفية ممارسته في الفرع الأول، لنعالج في الفرع الثاني آثار التمسك بهذا الحق.

**الفرع الأول: مهلة ممارسة الحق في العدول وكيفيته**

إن بدء سرين المهلة التي يكون للمتعاقد أن يمارس خلالها حقه في العدول عن العقد تختلف باختلاف محل العقد.

فإذا كان محل العقد بيع سلع أو منتجات، فإن مهلة ممارسة حق العدول عن العقد تبد أ منذ لحظة تسلم المتعاقد للسلعة أو الخدمة، وعلى هذا الحكم نصت المادة 121- 20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي في فقرتها الثانية[1]. أما إذا كان محل العقد أداء خدمة فإن مهلة سريان الحق في العدول عن العقد تبدأ منذ لحظة قبول الإيجاب.

وقد جاء في الفقرة الثانية من المادة 412 مكرر 06 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري ما يلي:

**- للمشتري مهلة سبعة أيام كاملة للتمسك بحقه في العدول دون تسبيب ذلك ولا دفع أي تعويض باستثناء مصاريف الإرجاع إن وجدت.**

**- يسري الأجل المذكور في الفقرة السابقة ابتداء من تسلم المال المباع المبيع.**

ويلاحظ أولا أن مشروع التعديل لم يفرق في بدء حساب المهلة بين ما إذ ا كان محل العقد خدمة أو سلعة أو منتوجا كما فعل المشرع الفرنسي.

أما المشرع التونسي فقد اتبع نهج نظيره الفرنسي، فنصت المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي على ما يلي: "**يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:**

- **بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.**
- **بالنسبة للخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد**[2].

[1] Article 12120-2: « le délai mentionné à l'alinéa précédent court à compter de la réception pour les biens ou de l'acceptation de l'offre pour les prestations de services ».

[2] وهذا النص يتطابق مع المادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

كما لاحظ بعض الفقه أن تلك النصوص لم تبين من الطرفين يكلف بإثبات التسليم[1].

والواقع أن التشريع لم يكن في حاجة إلى إيراد ذلك لأن القواعد العامة كفيلة بأن تجعل المدعي هو صاحب المصلح ة في الإثبات، فإن احتج المشتري وتمسك بحقه في العدول فعليه يقع إثبات أنه تمسك بهذا الحق في الأجل القانوني، وإن تمسك بحقه في العدول خارج الأجل ونازعه البائع، وقع على هذا الأخير إثبات أن واقعة التسليم حدثت قبل التمسك بالحق في العدول لمدة أطول.

ولابد من الإشارة في هذا الموضع، إلى أن المشرع يجعله مهلة التمسك بالحق في العدول تبدأ من تاريخ تسلم المبيع فإن هذا يعني أن العقد الذي ورد عليه الحق في العدول هو عقد قائم ونهائي وأن التمسك بهذا الحق هو نقض للعقد من جانب واحد خوله المشرع بنص صريح، وفي المادة 106 من التقنين المدني ما يسمع بذلك إذا ذكرت عبارة "**أو للأسباب التي يقررها القانون** " وهذا سبب وجيه قرره المشرع بصريح النص للطرف الذي يراه جديرا بالحماية حتى لا تصبح قاعدة العقد شريعة المتعاقدين كلمة حق يراد بها إرهاق طرف ضعيف.

أما عن المدة التي يتعين فيها على صاحب الحق ممارسة حقه في العدول عن العقد، فإن المواد التي قررت هذا الحق في القوانين المختلفة قد وضعت مدة أصلية ومدة استثنائية.

فقد جاء في المادة 121- 01-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي أن للمستهلك مدة سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في العدول عن العقد [2] أما التوجيه الأوروبي فقد عبر عنها في المادة 06 منه بسبعة أيام عمل[3].

والفرق بين سبعة أيام عمل وسبعة أيام كاملة، هو أن الأيام الكاملة يقصد بها 24 ساعة لكل يوم ولكنها قد يصادف أول يوم منها أو آخر يوم عطلة، فلو صادف آخر يوم عطلة وتم احتسابه فإن ذلك يعني أن صاحب الحق قد أمهل ستة أيام فقط، أما عبارة سبعة أيام عمل فهذا يعني أن اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة فلا يتم حسابه في المهلة، وتفاديا لذلك أورد المشرع الفرنسي الفقرة الأخيرة من المادة 121- 20 من تقنين الاستهلاك التي قضت بأنه إذا صادق اليوم الأخير من الأيام السبعة المذكورة يوم سبت، يوم أحد، أو يوم عيد أو يوم عطلة فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل تال[4].

---

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 63؛ أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 112.

[2] Article 12120-1 « le consommateur dispose d'un délai de sept jours francs pour exercer son droit de rétractation… »

[3] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 64.

[4] المرجع نفسه، ص 66.

وإذا كان مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري قد سار على خطى المشرع الفرنسي ف جعل مهلة ممارسة الحق في العدول سبعة أيام فإنه استعمل لفظ كاملة وهنا تطبق القواعد العامة في المواعيد والتي لا يحتسب بموجبها اليوم الأخير إذا صادف يوم عطلة.

أما المشرع التونسي فقد نص في المادة 30 على أن مهلة استعمال الحق في العدول هي عشرة أيام عمل.

على أن مهلة سبعة أيام المقررة لممارسة الحق في العدول تمدد إلى ثلاثة أشهر في الحالة التي لا يتضمن فيها الإيجاب الموجه من طرف الموجب المعلومات التي فرض القانون أن يحتويها الإيجاب والمذكورة في المادة 412 مكرر3، وهي التي سبق أن عرضنا لها عند الحديث عن الإيجاب ومنها: هوية بائع المال ورقم هاتفه وعنوانه، مدة صلاحية العرض والثمن المقترح للبيع، كيفيات دفع الثمن وتسليم المال، مصاريف التسليم وكذا تكلفة تقنية الاتصال إذا كانت على عاتق المشتري، المميزات الأساسية للمال المعروض، كيفية خدمة ما بعد البيع ومدة توافر قطع الغيار، حق المشتري في العدول، المدة الدنيا لعقد البيع بالنسبة للعقود المستمرة.

وتمديد مهلة سبعة أيام إلى ثلاثة أشهر هو بمثابة الجزاء المدني الذي فرضه المشرع على الموجب الذي يوجه إيجابا لا يتضمن البيانات الأساسية التي نص القانون على ضرورة إحاطة من وجه إليه الإيجاب بها حتى يقدم على إبرام العقد على بصيرة من أمره.

أما إذا تدارك الموجب التزامه وقام بتبصير المشتري بالبيانات الإلزامية خلال ثلاثة أشهر التي تم تمديد مهلة الحق في العدول إليها، فإن المشتري لا يبقى له إلا مهلة سبعة أيام من تاريخ تبصيره لممارسة الحق في العدول، وعلى هذا الحكم نصت المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وتبعتها المادة 412 مكرر6 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري[1].

وإذا كان الأصل أن المدة التي يجوز للمتعاقد أن يعدل فيها عن العقد هي سبعة أيام كاملة، فإنه يجوز للأطراف الاتفاق على زيادة هذه المدة بجعلها أكثر، ويكون اتفاقهم صحيحا لأنه ينسجم مع الأساس القانوني الذي تقرر بموجبه الحق أصلا وهو حماية مصلحة جديرة بالحماية، غير أنه لا يجوز إنقاص المدة لتعلقها بالنظام العام[2].

أما عن كيفية ممارسة الحق في العدول فطبقا للمادة 121-20 في فقرتها الأولى من تقنين

[1] المادة 412 مكرر6 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 64.

الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة 412 مكرر06 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري[1] فإن المشتري يكون له ممارسة حقه في العدول عن العقد خلال المدة المحددة له دون إبداء أسباب ذلك، فهو حق خالص للمشتري يمارسه بإرادته المنفردة دون العدول إلى القضاء وبغض النظر عن موقف المهني ودونما حاجة إلى تبرير[2].

ولذلك فإن المشرع لم يحدد شكلا للتعبير عن ممارسة هذا الحق وإن كانت الجوانب العملية تفرض على المشتري أن يتمسك بهذا الحق عن طريق وسيلة تضمن له الإثبات في حال قيام نزاع حول تاريخ التمسك بهذا الحق.

فقد يعدل المشتري عن العقد إذا وجد أن السلعة أو المنتوج الذي أقدم عليه غير متوافق مع ما كان يتوقعه أو يتصوره، بل يتاح له هذا الحق حتى ولو وجد أن السلعة أو المنتوج متوافق مع ما كان يتوقعه لكنه تبين له أنه تسرع فهو ليس بحاجة إليه، وبذلك فإن الحق في العدول عن العقد هو حق مطلق.

ويستطيع المشتري أن يمارس حقه في العدول بإحدى طريقتين، فإما أن يطلب رد المبيع واسترداد الثمن أو أن يطلب استبدال المبيع بآخر، ويلاحظ في الحالة الأخيرة أن ممارسة الحق في العدول إذا انصبت على تغيير المنتوج فإن ممارسة هذا الحق لن تغير من جوهر العقد ولن تمس بقوته الملزمة.

ويمكن للمشتري أن يمارس حقه في العدول عن العقد بالطريقتين معا، فقد يقدم على طلب تغيير البضاعة بأخرى خلال المهلة المحددة ويتبين له بعد تغييرها أن المبيع لا يصلح أو أنه ليس بحاجة إليه وعندئذ يطلب رد المبيع واسترداد الثمن[3].

ولا يخل استخدام الحق في العدول أو ممارسته بالقواعد العامة المطبقة على عقد البيع، فالمشتري بعد التسليم يفترض فيه أنه تسلم المبيع مطابقا تماما لما تم الاتفاق عليه فإذا وجد أن المبيع به نقص، أو أن الصفات التي تعهد به البائع لا توجد به فإن من حقه طبقا للقواعد العامة طلب فسخ العقد أو إنقاص الثمن مع التعويض في الحالتين إن كان له مقتضى، وهذا بخلاف الحق في العدول فلا يأخذ المشتري أي تعويض ولا يمكن إنقاص الثمن فيه.

---

[1] وهي توافق المادة 30 من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي والمادة 55 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 337 ؛ عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 86.

[3] أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 214؛ خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، المرجع السابق، ص279.

**الفرع الثاني: آثار الحق في العدول عن العقد**

إذا كان العقد الإلكتروني عقدا قوامه التراضي، وينعقد كما أشرنا سابقا، بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين، فإن تمكين المشتري في هذا العقد من الحق في العدول يجعلنا أمام صورة جديدة من التعاقد تتيح لطرف واحد الاستقلال بنقض العقد بإرادته المنفردة وفي هذا خروج على القواعد العامة.

فمتى ثبت الحق في العدول عن العقد في الحالات التي ذكرناها بالشروط التي فصلناها فإنه يرتب آثارا تغير من طبيعة العقد، ومتى تمت ممارسة الحق في العدو ل ترتبت أيضا آثار على طرفيه.

ولذلك فإن آثار الحق في العدول يمكن تقسيمها إلى مرحلتين، مرحلة ثبوت الحق في العدول وهذه المرحلة تؤثر في الوصف القانوني لهذا العقد، ومرحلة استعمال الحق في العدول وهي تؤثر على المراكز القانونية للطرفين.

**أولا: تأثير الحق في العدول عن العقد في ذاته**

حول ما إذا كان الحق في العدول عن العقد يمثل اعتداء على مبدأ الرضائية أو خرقا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن الفقه قد اختلف بصدد هذه المسألة حيث ذهب البعض بأن العقد الذي يتضمن ح ق العدول لا يبرم بصفة نهائية وإنما وفي الحقيقة مازال في طور التكوين، وأن المهلة القانونية، التي منحها المشرع للمشتري ما هي إلا فترة للتفكير والتروي في أمر هذا العقد، ومعنى ذلك أن الاتفاق الذي تم بين البائع والمشتري عن بعد لم يكن المقصود منه إبرام العقد بصفة نهائية وإنما كان مجرد رغبة في إبرام العقد، وأن العقد لا يوجد إلا بانقضاء المهلة المقررة لممارسة الحق في العدول وبانقضاء هذه المهلة يكون المتعاقد الذي تقررت لمصلحته قد حظي بالوقت الكافي للتأمل والتدبر ويكون رضاؤه قد اكتمل بصفة نهائية[1].

وخلاصة هذه النظرة إلى الحق في العدول عن العقد هي أنه لا يمثل أي اعتداء على القوة الملزمة للعقد، فيحدث العدول في لحظة لم يكن العقد قد أبرم فيها بعد، ذلك أن هذا الحق يتطلب تراضيا عليه، وهذا التراضي يتم على مرحلتين متتابعتين.

ففي المرحلة الأولى يولد العقد بتطابق إرادتي الطرفين، لكنها مرحلة لا تكفي بذاتها لتمام العقد ففيها يتشكك المشرع من تسرع المتعاقد لأسباب معينة ولذلك منحه مهلة للتفكير والتأمل تبدأ من لحظة تسلمه محل العقد أومن تاريخ إبرام العقد، ولا يكتمل وجود العقد إلا بانتهاء المهلة وهذه هي المرحلة الثانية

[1] عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 88؛ طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص121.

النهائية، فالعقد لا يبرم نهائيا طالما أن الفترة المقررة لممارسة الحق في العدول لم تنته وخلالها يكون العقد مهددا بالزوال[1].

ومن الواضح أن القول بفكرة انعقاد العقد على مرحلتين هو قول لا يستند إلى أي أساس قانوني، إذ من المعلوم أن العقد ينشأ متى تم التراضي عليه، ولم يع ترف أي تشريع بفكرة انقسام التراضي على مرحلتين.

بينما ذهب آخرون إلى أن تقرير الحق في العدول لا يغير من أمر العلاقة العقدية شيئا، فالعقد يكتمل وجوده بمجرد تبادل إرادتين متطابقتين على العناصر الجوهرية للعقد، وصاحب الحق في العدول يملك هذا الحق بمقتضى عقد قائم ومنعقد، ويدعم هؤلاء رأيهم بأن آثار العقد قد ترتبت عليه، فالملكية تنتقل إلى المشتري ويتحمل تبعة الهلاك حتى خلال مهلة ممارسة الحق في العدول، كما له أن يتصرف في محل العقد[2].

وقد حاول البعض الآخر البحث عن أساس العقد المتضمن الحق في العدول في الوعد بالتعاقد، وشبهوا الفترة المتاحة للمشتري في التمسك بحقه في العدول بفترة الوعد، لكن انتقادا شديدا وجه لهذا الرأي على اعتبار أن الواعد يبقى مالكا للشيء ولثماره في فترة الوعد بينما تنتقل الملكية للمشتري صاحب الحق في العدول، كما أن المشتري في العقد المتضمن حق العدول يملك أن يفسخه، أو ألا يمارس هذا الحق فيحصن العقد، بينما الموعود له لا يملك إلا أن يوافق على الوعد فيقتصر دوره على التعبير عن القبول[3].

كما أن انقضاء المدة المعددة للموعود له لإظهار رغبته في العقد، يجعل من الوعد كأن لم يكن، في حين أن انقضاء المهلة المخولة للمشتري في ممارسة حقه في العدول تجعل العقد محصنا.

وحاول آخرون تلمس الأساس القانوني للعقد المتضمن الحق في العدول في البيع بشرط التجربة، وذلك أن المتعاقد الذي يملك حق العدول يتاح له رؤية المبيع وتجربته فإن لم يقبله أرجعه للبائع، وفي هذا تطابق مع البيع بشرط التجربة، والواقع أنه من غير المقبول الأخذ بهذه النظرة القاصرة إلى الحق في العدول، ففي العقد المقترن بشرط التجربة يقتصر حق المشتري على قبول المبيع أو رفضه، في حين يتسع المجال لصاحب الحق في العدول فهو يملك الإبقاء على العقد مع تغيير البيع أورده مع استرداد

[1] أحمد السعيد الزقرد، المقال السابق، ص 227.

[2] محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 106؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

[3] عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص 95.

الثمن[1].

كما أن الحق في العدول هو حق مطلق يعفى فيه المتعاقد الذي مارس حقه في العدول من إبداء الأسباب أو اللجوء إلى القضاء في تقرير حقه، بينما يخضع المشتري في البيع بشرط التجربة لرقابة القضاء، يضاف إلى ذلك أن البيع بشرط التجربة هو في واقع الأمر عقد معلق على شرط واقف فإذا تسلم المشتري المبيع لتجربته وهلك بسبب أجنبي، فإنه يهلك على مالكه أي البائع الذي يتحمل تبعة الهلاك أما إذا هلك المبيع في يد المشتري الذي يملك حق العدول فإنه يهلك عليه باعتبار أن الملكية قد انتقلت إليه[2].

ورجح بعض الفقهاء أن فكرة العقد غير اللازم تعد وصفا دقيقا للحالة التي يكون عليها العقد المتضمن الحق في العدول وهي صفة استثنائية لأنها تخالف الأصل العام وهي القوة الملزمة للعقد، وهي صفة مؤقتة لأنها تزول بانتهاء المدة المقررة لممارسة الحق في العدول[3].

وفكرة العقد غير اللازم معروفة في الفقه الإسلامي وهي تعني العقد الجائز أي الذي يجوز لأحد الطرفين أو لكليهما فسخه فهي عقود قبل الفسخ بطبيعتها كالوكالة والوصية والعارية والوديعة، والمقصود بالفسخ في الفقه الإسلامي هو إنهاء العقد[4].

ننتهي إلى القول بأن العقد الإلكتروني بما أنه ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، وبما أن المشرع خول للمشتري في هذا النوع من العقود ممارسة الحق في العدول في الحالات التي يجيزها، فإنه هذا العقد هو عقد غير لازم بالنسبة إليه فيملك ممارسة الحق في العدول في الحالات التي يجيزها القانون وفي المهلة التي يحددها.

**ثانيا: آثار ممارسة الحق في العدول على أطراف العقد**

إذا مارس المتعاقد حقه في العدول في المهلة المحددة ترتبت على ذلك آثار بالنسبة إليه وآثار بالنسبة إلى الطرف الثاني.

فبالنسبة للمشتري المستهلك فإنه متى تمسك بحقه في العدول زال العقد وأعتبر كأن لم يكن منذ لحظة إبرامه، وهذا ما يعني التزامه برد السلعة أو المنتوج للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة،

[1] محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 124.

[2] أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، المرجع السابق ص 132.

[3] أحمد السعيد الزقرد، المرجع السابق، ص 230.

[4] أحمد فراج حسين، المرجع السابق، ص 275؛ محمد سعيد جعفور، الخيارات العقدية،المرجع السابق ص75.

ويجب أن يعيد البضاعة أو المنتوج بالحالة التي تسلمها عليها فإن أصابها تلف أو هلاك تحمله هو باعتباره كان مالكا لها.

وطبقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي وهي تقابل المادة 412 مكرر6 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري متى مارس حقه في العدول فإنه لا يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ماعدا مصاريف الإرجاع إن وجدت، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى التعليق على هذا الحق بأنه بالإضافة إلى كونه حقا مطلقا وتقديريا فإنه أيضا حق مجاني[1].

ولا يوجد ص يمنع اتفاق الطرفين على إعفاء المشتري حتى من مصاريف الإرجاع أما الاتفاق على تحمل المشتري أية نفقات إضافية فمصيره البطلان لمخالفته قواعد حماية المستهلك[2].

وإذا انقضت مهلة العدول دون أن يتمسك المشتري بحقه في العدول عن العقد، فإن صفة اللزوم تلحق بالعقد ويصير باتا ويستقر نهائيا ولا يكون للمشتري ممارسة هذا الحق مرة أخرى.

غير أن سقوط الحق في العدول بانقضاء المهلة لا يمنع المشتري من الاستفادة بالقواعد العامة في التقنين المدن ي الخاصة بضمان العيوب الخفية أو الاستناد إلى نظرية عيوب الإرادة إذا تبين أن إرادته كانت معيبة، وذلك أن الحق في العدول هو وجه من أوجه الحماية الخاصة التي لا تسقط الحماية العامة المقررة في التقنين المدني.

أما بالنسبة للبائع فيلتزم في حالة ممارسة الحق في العدول من قبل المشتري، برد ما قبضه من ثمن، كما يترتب بالنسبة إليه فسخ عقد القرض الذي يكون قد أبرمه مع المشتري لتمويل شراء البضاعة أو الاستفادة من الخدمة[3].

فوفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة 412 مكرر7 من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فإنه يجب على البائع المهني أن يقوم برد الثمن خلال ثلاثين يوما من اليوم الذي أعلن فيه المشتري تمسكه بالعدول، وفي حالة تجاوز البائع هذا الأجل دون أن يرد الثمن فإنه يتعرض لزيادة في الثمن على سبيل الغرامة وهي الغرامة التي يعود تقديرها للقانون الذي ينظم الفوائد القانونية في فرنسا، أما في الجزائر فقد حددها مشروع التعديل بـ 10% من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير.

[1] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 71.

[2] سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 342.

[3] طاهر شوقي عبد المؤمن، المرجع السابق، ص120؛ عبد الله ذيب محمود، الرسالة السابقة، ص 137.

بالإضافة إلى ذلك، فإن المشرع الفرنسي قد نص على جزاء جنائي يوقع على البائع في حالة رفضه إرجاع ثمن البيع إلى المشتري، حيث جاء في المادة 121-20 فقرة2 على أن توقع عقوبة جزائية على كل بائع رفض رد المبالغ التي دفعها المستهلك خلال ثلاثين يوما من إعلان المستهلك عدوله عن العقد، ويلاحظ أن هذه العقوبة التي تطبق على البائع هي العقوبات المطبقة في مجال المنافسة وقمع الغش[1]، وهي قد تصل إلى الحبس 6 أشهر وغرامة قدرها 7500 أورو[2].

وإذا كان ثمن البيع ممولا كليا أو جزئيا بقرض ممنوح من البائع أومن الغير باتفاق مع البائع، فإنه يترتب قانونا على تمسك المشتري بحقه في العدول فسخ عقد القرض وذلك دون تعويض ولا مصاريف باستثناء تلك المتعلقة بفتح الاعتماد، وهذا ما نصت عليه المادة 311-25 في فقرتها الأولى والتي أضيفت إلى تقنين الاستهلاك الفرنسي بمقتضى المرسوم 741-2001 الذي سبقت الإشارة إليه والذي صدر إعمالا لأحكام التوجيه الأوروبي لاسيما المادة 6 فقرة4 من التوجيه رقم 07-97.

وهذا النص مطابقا للمادة 412 مكرر12 من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري[3] وبذلك يكون المشرع قد نظر إلى العقدين، العقد المبرم عن بعد والعقد المبرم تمويلا له، باعتبارهما كلا لا يتجزأ فقرر أن زوال الأصلي منها يستتبع زوال التابع، فالمشتري لم يبرم عقد القرض إلا لتمويل شراء المنتوج أو الاستفادة من الخدمة فإن تمسك بحقه في العدول فلم يبق مجال للقرض.

ومن خلال استعراض مظاهر الحماية الخاصة للمتعاقدين في العقد الإلكتروني، فإنه يمكن القول بأن حماية المستهلك في العقد الإلكتروني قد ألقت بظلالها الكثيفة على عدد من المبادئ التقليدية التي تحكم النظرية العامة للعقد، إما لحظة إبرام العقد بهدف حماية رضا المتعاقد المستهلك، وإما بالت دخل في مضمون العقد بهدف إعادة التوازن إلى الرابطة العقدية، أو حتى بالنسبة لآثار العقد بزيادة التزامات المهني المورد الإلكتروني، الموزع، المستهلك الإلكتروني أو التوسع في حقوق المستهلك، بتقرير حق العدول عن العقد الذي أبرم صحيحا، وإعفاءه من إبداء الأسباب أو تحمل المصاريف، بل وبلغت الحماية إلى تدخل التشريع الجزائي لفرض عقوبات جزائية على عدم تنفيذ التزامات مدنية.

---

[1] Article 12120-02: « est punie de la peine d'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe le refus du vendeur de rembourser dans les conditions fixées à l'article 121

201 le produit retourné par l'acheteur, lorsque celuici disposes d'un droit de rétractation ».

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 67.

[3] وهذا النص يقابل نص المادة 33 من قانون المبادلات التجارة الإلكترونية التونسي، والمادة 58 من مشروع قانون المبادلات الإلكترونية لدولة فلسطين.

**ثالثا: دور المحاكم التجارية في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية**

جاء المشرع الجزائري في القانون22-13 المعدل والمتمم لقانون الإجراءات المدنية والإدارية المحاكم التجارية المتخصصة و بهذا سيكون توجه نحو قضاء متخصص في المنازعات التجارية ونص صراحة على إختصاصها في منازعات التجارة الإلكترونية[1].

**1- تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة**

تعرف المحكمة هذه المحكمة Tribunal du commerce إنها إحدى محاكم الدرجة الأولى التابعة لولاية جهة القضاء العام و التي تختص بالفصل في الدعاوى والمنازعات التجارية المختلفة وفقا لما هو منصوص عليه في قانون الإجراءات المدنية والإدارية وتعتبر هذه المحكمة محاكم متخصصة حيث أنها لا تفصل سوى في نوع مخصص من النزاعات، وتختلف الأنظمة القضائية في العالم من إنشاء المحاكم المتخصصة للفصل في المنازعات التجارية،بينما تتجه بعض الأنظمة القضائية إلى جعل المنازعات التجارية تنظر أمام المحاكم العامة –المدنية- كما هو الحال في النظام القضائي المصري والأردني[2].

إستحدث المشرع الجزائري المحاكم التجارية المتخصصة بموجب قانون التقسيم القضائي 22-07 ونص عليها القانون 22-13 المعدل والمتمم للقانون 08-09 تحت عنوان "في تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة و تنظيمها"[3].

تحتوي المحكمة على أقسام تحت رئاسة قاص وأربعة مساعدين حسب نص المادة 536 مكرر2 ق.ا.م.إ، ويحدد رئيس المحكمة عدد الأقسام التي يتم إنشاؤها بعد استطلاع رأي وكيل الجمهورية وهذا ما أكدته المادة 536 مكرر3 من نفس القانون.

لهذه المحاكم طبيعة متخصصة ومن بين أسباب إنشائها رغبة المشرع أن تكون الأحكام الصادرة عنها تراعي هذه الخصوصية وان تتوخى الدقة فان المشرع الجزائري حرص أن تضم هذه المحكمة قضاة ومساعدين متخصصين حيث تتشكل من قاض وأربعة مساعدين لهم دراية واسعة بالمسائل التجارية

[1] القانون رقم 22-13 المؤرخ في 12 جويلية 2022، المعدل والمتمم للقانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر العدد 48، الصادرة في 17 جويلية 2022.

[2] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص 68.

[3] القانون رقم 22-07 المؤرخ في 5 ماي 2022، المتضمن التقسيم القضائي، ج.ر العدد 32، الصادرة في 14 ماي 2022.

ويكون لهم رأي تداولي وفي حالة غياب أحد المساعدين لا يؤثر هذا على انعقاد الجلسة لكن ليس مساعدين أو أكثر حيث يلزم تعويضهم بقاضي أو قاضيين حتى يكون انعقاد المحكمة قانونيا.

بالعودة للمادة 536 مكرر2 من القانون 22-13 المعدل والمتمم للقانون 08-09 نجدها تخيلنا إلى التنظيم فيما يتعلق بكيفية إختيار المساعدين و في هذا السياق صدر المرسوم التنفيذي رقم 23-52 المؤرخ في 14جانفي2023 المحدد لشروط وكيفيات إختيار مساعدي المحكمة التجارية المتخصصة[1].

تمسك على مستوى كل محكمة تجارية متخصصة قائمة بالأسماء المساعدين اللذين يتم اختيارهم وفقا للشروط والكيفيات المحددة في هذا المرسوم حيث يحدد عدد المساعدين بموجب أمر من رئيس المحكمة التجارية المتخصصة حسب عدد أقسام المحكمة التجارية المتخصصة وحجم نشاطاتها، على أن لا يتجاوز في كل الأحوال 20 مساعد[2].

يتم إعداد قائمة للمساعدين و تحيينها من قبل لجنة يترأسها رئيس المجلس القضائي الذي يقع في دائرة إختصاصه مقر المحكمة التجارية المتخصصة أو ممثله، وتتشكل هذه اللجنة من:

- رئيس المحكمة التجارية المتخصصة.
- رؤساء الغرف التجارية للمجالس القضائية التبعة لاختصاص المحكمة التجارية المتخصصة.
- رؤساء المحكمة التجارية المتخصصة.
- النائب العام أو أحد مساعديه لدى المجلس القضائي الذي يقع مقر المحكمة التجارية في دائرة اختصاصه.
- يتولى أمانة اللجنة أمين الضبط الرئيسي للمحكمة التجارية المتخصصة.
- تحدد اللجنة قواعد عملها.

استنادا للمادة 5 من المرسوم التنفيذي 23-52 يجب أن يكون المساعدين على دراية كافية بالمسائل التجارية التابعة لإختصاص المحاكم التجارية المتخصصة، ويشترط أيضا في المساعدين مجموعة من الشروط الأخرى.

**2- إختصاصات المحكمة التجارية المتخصصة**

كغيرها من المحاكم لها إختصاص نوعي و إختصاص محلي.

[1] راجع المادة 536 مكرر2 من القانون 22-13، سالف الذكر.

[2] راجع المادة 536 مكرر5 من القانون 22-13، سالف الذكر.

**أ- الاختصاص النوعي للمحكمة التجارية المتخصصة**

يقصد بالإختصاص الإنفراد بالشيء، أما فقها فيمكن تعريفه أن تخويل القاضي الفصل في مسائل محددة دون غيرها ولا يبعد تعريف القانون كثيرا على أنه الولاية الممنوحة لجهة قضائية للفصل في منازعة محددة حيب المادة 536 مكرر ق.ا.م.ا تكمل فيما يلي:

- منازعات الملكية الفكرية.
- منازعات الشركات التجارية خصوصا منازعات الشركاء وحل وتصفية الشركات.
- التسوية القضائية والإفلاس.
- منازعات البنوك والمؤسسات المالية مع التجار.
- المنازعات البحرية والنقل الجوي ومنازعات التأمينات المتعلقة بالنشاط التجاري.
- المنازعات المتعلقة بالتجارة الدولية.

أما باقي المنازعات التجارية يؤول اختصاصها للأقسام التجارية ما تم تحديده حصرا يكون من إختصاص المحاكم التجارية المتخصصة لعدة ضوابط و مميزات منها[1]:

خصوصية المنازعات التجارية من حيث قواعد الإثبات: يعد الإثبات مقيدا في أحكام القانون المدني حسب المادة 333 ق.م.ج، لأنه متى تجاوزت قيمة الدين 100 ألف –مئة ألف دينار جزائري– يجب أن يثبت بالكتابة بينما في المسائل التجارية أقر المشرع حرية الإثبات في المادة 30 من القانون التجاري الجزائري "يثبت كل عقد تجاري بسندات رسمية،سندات عرفية، فاتورة مقبولة، بالرسائل ودفاتر الطرفين، بالبينة أو أي وسيلة أخرى إذا رأت المحكمة وجوب قبولها".

وإن كان المبدأ العام هو حرية الإثبات في المسائل التجارية غير أن هناك إستثناءات تعود إلى وجوب الكتابة بنص خاص سواء بالرسمية أو العرفية وهذا يرجع لخصوصية المعاملات التجارية،كم تتميز المعاملات التجارية بجملة من الخصائص كخاصة "التضامن "حيث يكون مفترض بين المدينين في حالة تعددهم عكس الديون المدنية يكون بناءا على إتفاق مسبق أو نص قانوني ينص على ذلك، و"المهلة القضائية" التي كقاعدة عامة يمكن للقاصي منح المدين بدين مدني أجلا أو مهلة للوفاء بدينه دون الإضرار بمصلحة الدائن، لكن في القضايا التجارية لا يمكن منح أجل للوفاء بالدين من الديون لأن المعاملات التجارية تقوم على السرعة والإئتمان، إضافة إلى مميزات أخرى الإفلاس والإعسار والنفاذ

[1] بن يسعد عذراء، المرجع السابق، ص08.

المعجل والإعذار وغيرها[1].

**ب- الاختصاص الإقليمي للمحكمة**

تؤكد المادة 536مكرر1 ق.ا.م.ا، "تطبق على المحكمة التجارية المتخصصة أحكام الاختصاص الإقليمي المنصوص في هذا القانون" لكن صدور المرسوم التنفيذي 23-53 حدد في المادة 2 منه عدد المحاكم التجارية المتخصصة بعدد 12 محكمة متخصصة عبر كامل التراب الوطني، يحدد دوائر اختصاصها الإقليمي طبقا للملحق المرفق بهذا المرسوم[2].

أضافت المادة 3 من المرسوم السابق: "تزود المحاكم التجارية المتخصصة الجزائر، وهران، قسنطينة، بمقرات خاصة".

تنعقد كل محكمة من المحاكم المتخصصة الأخرى بالمحكمة المحددة بموجب قرار من وزير العدل التابعة للمجلس القضائي الذي تقع في دائرة اختصاصه المحكمة التجارية المتخصصة".

**3 - خصوصية الخصومة أمام المحكمة التجارية المتخصصة**

بتكريس المحاكم التجارية المتخصصة بموجب القانون 22-13 ومنحها إختصاصات حصرية في المنازعات التجارية وجب التساؤل حول الإجراءات الواجبة أمامها:

**أ- إلزامية الصلح قبل قيد الدعوى**

ألزم المشرع الجزائري قبل قيد الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة إلزامية إجراء الصلح والذي نظمه قانون الإجراءات المدنية والإدارية والقانون المدني في شقه الموضوعي بينما القانون الأول نظم الشق الإجرائي[3].

كأصل عام يكون اللجوء إلى الصلح بإرادة أطراف النزاع غير أنه في حالات استثنائية يكون إجراء الصلح ملزما لأطراف الخصومة بمقتضى القانون وفقا لما جاء في المادة 536 مكرر4 ق.ا.م.ا: "يعتبر الصلح إجراء شكلي وجوهري سابق على قيد الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة".

تناول المشرع الصلح في المواد التجارية والمدنية وخصه بضوابط وإجراءات محددة، وكمثال على ذلك ما نصت عليه المادة 317 ق.ت.ج: "لا يمكن عقد الصلح إلا في التسوية القضائية فالمدين المفلس

[1] أمحمد سعد الدين، المرجع السابق، ص08.

[2] سامية مولفي، المرجع السابق، ص12.

[3] بن يسعد عذراء، المرجع السابق، ص08.

لا يمكن إستفادته من الصلح لسوء نيته وإذا افتتحت إجراءات الصلح وتوب المدين بالتفليس بالتدليس توقف هذه الإجراءات وتحول إلى شهر الإفلاس إذا ما أدين أمام المحكمة الجزائية وإذا كان الصلح قد صوت عليه يجب إبطال هذا الصلح".

ولهذا يعتبر الصلح إتفاق مبرم بين المدين ودائنيه تحت الرقابة القضائية ويتم الموافقة عليه بالأغلبية المزدوجة وبالتصديق من طرف المحكمة وهنا يختلف الصلح الودي الذي يخضع للقواعد المقررة في النظام التعاقدي المنصوص عليه في القانون المدني ويتم دون اللجوء إلى القضاء بالموافقة الجماعية للدائنين، وعلى هذا الأساس يعتبر الصلح إجراء يسبق قيد الدعوى حسب ما تؤكده المادة 536مكرر4 ق.ا.م.ا، باستثناء دعوى الإفلاس لا تقبل التصالح[1].

**ب- إجراء الصلح**

بإستحداث هذه المحاكم بمقتضى القانون 22-13 تم النص على إجبارية الصلح كإجراء سابق على قيد الدعوى وأحاطه المشرع بمجموعة من الإجراءات يلتزم بها الأطراف وتتبع أمام المحكمة التجارية المتخصصة[2].

- وجوب الخصوم قبل رفع الدعوى أمام المحكمة التجارية المتخصصة التقدم بطلب إلى رئيس المحكمة من أجل إجراء الصلح، والمنطق يقول أن المدعي هو من يطال بالصلح على أساس أنه من سيقوم برفع الدعوى إذ يرى نفسه متضررا ويطالب بحقه المعتدى عليه، سواءً بنفسه أو بواسطة محاميه.
- يعين رئيس المحكمة التجارية المتخصصة -بموجب أمر على عريضة- في أجل لا يتعدى خمسة أيام من تقديم الطلب من أحد الخصوم أو ممثليهم، يعين أحد القضاة والذي تسند له مهمة القيام بالصلح بين الخصوم في المنازعات التجارية التي تدخل ضمن إختصاص المحكمة التجارية المتخصصة.
- يقع على عاتق طالب الصلح تبليغ خصومه بجلسة الصلح الذي يحددها القانون المعين من طرف رئيس المحكمة التجارية المتخصصة المعين لإجراء الصلح كما يقع على عاتق طالب الصلح نفقات ومصاريف التبليغات التي يقوم بها المحضر القضائي بموجب تكليف بالحضور مرفق بمضر تسليم التكليف بالحضور (م 18 و19 ق.ا.م.ا).

[1] سامية مولفي، المرجع السابق، ص09.

[2] بن يسعد عذراء، المرجع السابق، ص13.

- في كل الأحوال يجب أن لا تتجاوز مدة الصلح القضائي أمام المحكمة المتخصصة مدة ثلاثة أشهر ويمكن للقاضي الاستعانة بأي شخص لمساعدته في إجراء الصلح الذي يشترط فيه الحياد والخبرة والدراية في المنازعات التجارية والتسويات الودية، والجدير بالذكر وان كان القيام بالصلح إجراء إجباري لكن قبول محتواه ونتائجه يخضع لإرادة أطراف النزاع إما بقبوله أو رفضه فإما أن ينجح الصلح أو يفشل.

**ج- قيد الدعوى أمام المحاكم التجارية المتخصصة**

ألزم المشرع الجزائري بموجب القانون 22-13 على أطراف الخصومة إلزامية إجراء الصلح أمام المحاكم التجارية المتخصصة قبل رفع الدعوى أمامها، إذ أن عريضة افتتاح الدعوى غير المصحوبة بمحضر عدم الصلح تكون غير مقبولة حيث جاء في المادة 536مكرر4 فقرة 3 ق.ا.م.ا: "في حالة فشل محاولة الصلح ترفع الدعوى أمام المحاكم التجارية المتخصصة بعريضة إفتتاح دعوى طبقا للقواعد العامة المنصوص عليها في هذا القانون مرفقة تحت عدم قبول الدعوى شكلا بمحضر عدم الصلح"ويجب أن تتضمن عريضة إفتتاح الدعوى تحت عدم قبولها شكلا البيانات الآتية[1]:

- الجهة القضائية التي ترفع أمامها.
- اسم ولقب المدعي وموطنه.
- اسم ولقب وموطن المدعى عليه، فان لم يكن له موطن معلوم فآخر موطن له.
- الإشارة إلى تسمية وطبيعة الشخص المعنوي ومقره الاجتماعي وصفة ممثله القانوني أو الاتفاقي.
- عرض موجز للوقائع والطلبات والرسائل التي تؤسس عليها الدعوى.

يتم الفصل في الدعاوى التي تنظر فيها المحكمة التجارية المتخصصة بحكم قابل للإستئناف أمام المجلس القضائي وفق القواعد العامة المقررة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية[2].

[1] فاطمة الزهراء الفاسي، المرجع السابق، ص 17.

[2] بن يسعد عذراء، المرجع السابق، ص11.

# الخاتمـــــة

في الأخير هدف هذه الدراسة هو إيجاد النظام القانوني للعقد الإلكتروني بالتطرق إلى التعاقد الإلكتروني في قانون التجارة الإلكترونية، وفي التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية والقوانين لمعرفة ماهية العقد الإلكتروني والإلمام بعناصره و مدى إحتواء القوانين له من كل الجوانب ومتى تكون الأحكام العامة هي الملجأ في سد الفراغ كعيوب الإرادة و الأهلية.

فبداية للوصول لحل الإشكالية و الإجابة عنها كان يلزم التعرض الدراسة في الباب الأول لحقيقة العقد الإلكتروني حيث تم الوقوف على التعريفات المختلفة لهذا النوع من التعاقد الواردة في التشريعات التي سبقت المشرع الجزائري إلى تنظيمه، ثم بيان مواقف الفقهاء من كل تعريف واستعراض التعريف الذي جاء به التشريع الجزائري بموجب القانون 18-05.

وقد مر معنا أن من الفقه من ركز في تعريف هذا العقد على الصفة الدولية فيه وأن منهم من قصر تعريفه على وسيلة وحيدة تستخدم في إبرامه، ورأينا أن من قام بإعداد مشروع تعديل التقنين المدني قد تفادى كل تلك الانتقادات وعرفه بأنه كل عقد يبرم عن بعد بوسيلة اتصال أو أكثر دون سواها، وأنه بذلك قد اقتفى أثر المشرع الفرنسي عندما نظم التعاقد عن بعد ملتزما بتوجيهات الاتحاد الأوروبي رقم 97-07 المتسقة مع قواعد القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

وسجلت الدراسة أنه في الوقت الذي التفت فيه المشرع الفرنسي منذ سنة 2000 إلى إدخال تعديلات على التقنين المدني لتتسع نصوصه لتنظيم استخدام الإنترنت وغيرها من وسائل الاتصال الحديثة في العقود والتفاوض عليها، على غرار معظم التشريعات العربية، فإن القائمين على أمر التشريع في الجزائر وقفوا عند حد إدخال نص وحيد على التقنين المدني سنة 2005 وتعديل نص آخر.

وباستعراض مخ تلف النصوص المقارنة في مجال تعريف التعاقد بالوسائل الإلكترونية تبين أن وصف العقد بأنه عقد إلكتروني يتحقق عندما تلحق هذه الصفة العقد برمته أو جزءً منه فقط.

وقبل أن ينتهي الفصل الأول من الباب الأول المكرس للبحث في حقيقة العقد الإلكتروني، ركزت الدراسة على مشروعية العقد الإلكتروني للإجابة على جزء هام من الإشكالية وه وما إذا كانت نظرية العقد تجيز استخدام الوسائل الإلكترونية في نقل الإرادة والتعبير عنها، إذ من المعلوم أن الوسائل التكنولوجية الحديثة والمتطورة خصوصا تلك التي ظهرت في السنوات العشر الأخيرة لم تكن في أذهان واضعي التقنين المدني عند سنه، وقد رأينا أن جانبا هاما من فقه التقنين المدني قد رأى بأن نصوص التقنين المدني فيها من المرونة والثبات ما يجعلها كفيلة باحتواء أية وسيلة تستخدم في إبرام العقد مهما تطور السلوك الإنساني.

وبعد أن اكتملت للبحث نواته الأولى وهي ضبط تعريف للعقد الإلكتروني ومشروعيته في ظل انطباق القواعد العامة عليه في بعض جوانبه وحاجته إلى نصوص جديدة تسد ثغرات استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرامه، كان لزاما علينا التطرق إلى خصائص العقد الإلكتروني، وهي الصفات التي يتميز بها كل عقد تم إبرامه بوسيلة إلكترونية.

فقد اتضح أن الوسيلة الإلكترونية المستخدمة في نقل الإرادة وإبرام العقد تلقي بظلالها على هذا العقد فتجعله متميزا بخصائص أهمها أنه عقد تجاري غالبا، فالطبيعة التجارية هي الغالبة فيه، غير أن ذلك لا يعني أن يكون عقدا مدنيا أحيانا، كما أنه في معظم الأحوال عقد استهلاكي، فالأفراد يستخدمون الوسائل الإلكترونية للحصول على سلع أو خدمات غير متاحة لهم في العالم المادي، ولذلك يتمركزون في خانة المستهلك الذي يحتاج إلى حماية خاصة وقد لمسنا هذه الخاصية للعقد في تعريف العقد الإلكتروني في مشروع تعديل التقنين المدني الذي عرفه بأنه العقد الذي يبرم بين مشتر مستهلك وبائع مهني، ورأينا أن معظم القواعد التي بها يخرج هذا العقد عن النظرية العامة ترجع إلى كونه عقدا استهلاكيا غالبا.

كما وقفنا عند خاصية أخرى هامة للعقد الإلكتروني وهي أنه عقد يتراوح مداه بين المساومة والإذعان، وأن ا لمساومة فيه أو الإذعان يظهران ويختفيان بحسب الوسيلة المستخدمة وصورة العقد المراد إبرامه.

وبما أن الوسائل الإلكترونية لا تعترف بالحدود، فإن العقد المبرم بواسطتها يكون غالبا عقدا دوليا، يبرم بين أطراف ينتمون لدول مختلفة، وهذا ما يفتح النقش حول القانون الذي يجب تطبيقه عليه، وضرورة رد ذلك إلى القواعد العامة في تنازع القوانين من حيث المكان.

وطالما أن العقد الإلكتروني يبرم عند استخدام أحد طرفيه أوكلاهما بوسيلة إلكترونية في نقل إرادته إلى الطرف الثاني، فإن البيئة التي ينشأ فيها هذا العقد هي بيئة إلكترونية بالضرورة، ولذلك وجب التمييز بين العقد الإلكتروني والعقود المشابهة له من حيث طريقة إبرامه أو بالنظر إلى مضمونه.

فالهاتف والفاكس هي وسائل إلكترونية تستخدم لإبرام العقد، ويعترف لها بذلك فقه التقنين المدني وتشريعه، لكن تطور أجيال الهاتف وتعدد تقنيات استخدامها جعل العقد يتم في غير الظروف التي رسمها التقنين المدني، ولذلك كان منطقيا أن تتجه الدراسة إلى التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود المشابهة له سواء من حيث طريقة الإبرام أو بالنظر إلى البيئة التي ينشأ فيها.

ولأن الجانب التقني للعقد هو الذي أثر في وصفه وجعله يتميز بخصائص هي سبب دراسته، فإن

دراسة وسائل التعاقد الإلكتروني كانت مرحلة لابد منها في نظرنا، فقد تم تخصيص الفصل الثاني من الباب الأول للحديث عن رسالة البيانات وهي المعلومات التي يتم إنشاؤها أو استعمالها أو تخزينها بوسيلة الإلكترونية، فالإرادة وهي أمر نفسي لا يعلم به إلا صاحبها إذا ما اتخذت مظهرا خارجيا حفل بها القانون ورتب عليها آثارا، وفي العقد الإلكتروني تستخدم الدعامة الإلكترونية لنقل الإرادة وهذه الدعامة تحتوي معلومات قد تكون إيجابيا أو قبولا، وفي لغة قوانين المعاملات الإلكترونية تسمى المعلومات التي تنقل بهذه الطريقة رسالة بيانات، ولذلك حاولت الدراسة وضع هذه المفاهيم الدقيقة والتقنية على بساط البحث وتحليلها قدر الإمكان ليقترب معناها من رجل القانون، خاصة وأن مشروع تعديل التقنين المدني لم يلتفت إطلاقا إلى الجانب التقني في العقد الإلكتروني.

وهذا فضلا عن أن تحديد المفاهيم الخاصة برسالة البيانات وأطرافها وهم المنشئ والوسيط والمرسل إليه يساعد في تبسيط الكثير من الإجابات حول طريقة إبرام هذا العقد، وزمان ومكان إبرامه، وكيفية إسناد الإرادة إلى من صدرت منهم، والتحقق من أنها أسندت إليه دون تحريف أو تحوير.

وفي المبحث الثاني من الفصل الثاني تم التطرق إلى صور التعاقد الإلكتروني وتناول الباحث فيه الصور المختلفة والمتاحة حاليا لإبرام العقد بوسيلة إلكترونية وهي تتحقق عند إبرام عقد عن طريق البريد الإلكتروني، أو عن طريق الموقع المفتوح على شبكة الإنترنت، أو بواسطة تقنية المحادثة المباشر ة وتم التطرق في كل صورة من تك الصور إلى أن العقد الإلكتروني يتأرجح بين خضوعه للقواعد العامة تارة وبين إنفراده بأحكام يجب وضع نصوص خاصة به في شأنها.

ويأتي الباب الثاني من الدراسة ليخصص لجوهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، ففيه برز الاختلاف بين هذا النوع من التعاقد الذي تستخدم في إبرامه وسيلة اتصال حديثة، والتعاقد باللفظ أو الكتابة أو الإشارة على النحو المعروف في النظرية العامة، فقد تجلى أن هذا العقد رغم اتصافه بطابع الإذعان فإنه عقد يتم عن طريق تنظيم عملية التفاوض على العقد، و في هذا الصدد لاحظت الدراسة قصور التشريعات المدنية وحتى قوانين المعاملات الإلكترونية عن تنظيم المرحلة السابقة للتعاقد رغم الأهمية الكبيرة التي تحتلها في تفسير العقد أو تكملة ما اعتراه من نقائص سكت عنها الأطراف.

وبالنسبة للإيجاب برزت إلى السطح خصوصيته واختلافه عن الإيجاب بالوسائل التقليدية. فالإيجاب في هذا العقد يجب أن يتوافر فيه، فضلا عن الشروط المعروفة في القواعد العامة، شروط خاصة، إذ يتعين على الموجب تضمين بيانات جوهرية تتعلق بمحل العقد وحق العدول وشروط العقد وهذا ما أصطلح على تسميته في معظم القوانين المنظمة للتعاقد الإلكتروني بالالتزام بالإعلام، وهو

الالتزام الذي رتب عليه القانون جزاءات مدنية تتمثل في كفالة حق المشتري في العدول عن العقد، وعقوبات جزائية تصل إلى الحبس والغرامة وتماثل جرائم الغش والتحايل كما هو الأمر في التشريع الفرنسي.

أما عن القبول الذي تستخدم فيه وسائل الاتصال الحديث ة، فليس أقل خصوصية من الإيجاب من حيث صدوره عن بعد، ودون حضور مادي للأطراف، مما يجعل العقد يبرم في غالب الأحيان دون تبصر ويقين من القابل، وهذا ما يجعل العقد الإلكتروني قائما على أرضية غير مستقرة في ضوء القواعد العامة التي لا تخول إلا إبطال العقد إذا توافرت شروط الإبطال ورفعت الدعوى للمطالبة به في آجالها فضلا عما قد يلحق القابل من أضرار جراء إبطال العقد.

أما التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية فقد نصت على الالتزام بالإعلام ومنحت المشتري المستهلك الحق في العدول عن العقد، وهي رخصة أتاحها المشرع للطرف الذي أقدم على إبرا م العقد عن غير بصيرة أن يرجع عن قبوله، ولا شك أن هذه الرخصة تمثل خروجا عن القواعد العامة التي تجعل العقد، متى تم صحيحا، بمثابة القانون بين الطرفين فلا يستقل أحد الطرفين بنقضه أو إلغائه أو تعديله.

وقد مر معنا أن مشروع تعديل التقنين المدني قد سار على ركب أحدث التشريعات عندما نص على الحق في العدول وكفله للمشتري وجعله حقا خالصا له.

وبالنسبة لتحديد زمان ومكان إبرام العقد اتضح قصور القواعد العامة للعقد عن تحديد لحظة إبرام العقد ومكانه واعتمادها على نظريات أقل ما يقال عنها أنها عتيقة، وهذا ما استتبع إيجاد حلول جديدة تساير طبيعة هذا النوع من التعاقد، فقد تبدى واضحا أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قد وضعت حلا ناجعا للهفوات التي تعتري القواعد العامة في تحديد لحظة إبرام العقد وجعل اللحظة التي يتم فيها العقد هي لحظة إرسال الإشعار بالاستلام وليس لحظة وصول القبول وافتراض العلم به كما تقضى بذلك القواعد العامة، وعلى هدي هذا القانون سارت معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية، وإن كان قد لوحظ أن مشروع التعديل الخاص بالتقنين المدني لم يحفل بهذا المسألة الدقيقة، ولعل القائمين على أمر التعديل قد وضعوا في الحسبان أن القواعد العامة كفيلة بوضع حكم للمسألة، غير أن الدراسة قد وقفت على أن الحل الذي ذهب إليه قانون الأونيسترال هو الأقرب للواقع وهو الكفيل بتوفير حماية للمتعاقد وتحصين العقد.

وبخصوص مسألة التحقق من الأهلية وهوية المتعاقد فإن الدراسة قد وقفت على أن التشريعات وضعت حلولا بسيطة لكنها كفيلة بتحقيق الغرض وهو اشتراط ملء استمارة أو وضع الرقم السري الخاص

بالبطاقة البنكية للتأكد من أهلية المتعاقد.

وعن مشكلة اللغة المستخدمة في إبرام العقد، تبين من خلال دراسة معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية أنها فرضت استخدام اللغة الوطنية للدولة التي يتم فيها العقد ومعها ترجمة إلى لغة أخرى حتى يتاح لأي شخص إبرام العقد، وحتى لا تصبح اللغة عائق أمام أهم خاصية للعقد الإلكتروني وهي الخاصية الدولية فيه.

وانتهت هذه الدراسة إلى أن المشرع الجزائري انتبه متأخرا للمعاملات الإلكترونية وهذا بعد الإطلاع على القوانين العربية كونها سباقة في وضع تشريع خاص به ومن جهة أخرى التنظيم القانوني المتفرق أو المبعثر في عدة قوانين حيث أن الدراسة فرضت البحث عن أي قانون له صله قانونية رغم أن المصطلحات في حد ذاتها نجدها كقانون مستقل التوقيع الالكتروني له قانون خاص به سابق الصدور عن قانون التجارة الالكترونية المنظم بصفة مباشرة التجارة الإلكترونية و ليس العقد الإلكتروني

وأيضا في مسألة الإتصالات الإلكترونية التي لها قانون خاص بها تزامن صدوره مع قانون التجارة الإلكترونية، وما يثير عدم وجود الأمن القانوني للعقد الإلكتروني في التشريعي هو التكنولوجيا خاصة الذكاء الاصطناعي والعقود الذكية التي هي بدورها لا تحمل كل خصائص العقد الإلكتروني لانعدام المركزية في البلوكتشين وغيرها من الخصائص مما جعلنا نجعل هذا البحث المتواضع هو بداية البحث مستقبلا في مسارنا المهني والعلمي كونه لا يكفي التنظيم التشريعي الحالي للإلمام بكل جوانب هذا الموضوع .

فمن خلال ما تم عرضه من أفكار نتجه لطرح النتائج التالية:

- إن معرفة النظام القانوني للعقد الإلكتروني يتطلب المرور على التقنينات المتعلقة به قصد التوصل الى نظامه القانوني الهجين من جهة و المتفرق بين التقنينات من جهة أخرى.
- لم تكن مجهودات المشرع الجزائري منتظمة في مدة زمنية منتظمة بل كان العقد الإلكتروني مهمش تشريعيا لمدة زمنية معتبرة .
- بفعل التطور التكنلوجي أصبح العقد الإلكتروني هو الوجهة الأولى في المعاملات نظرا لتطور التجارة الإلكترونية وتلبيتها لأغلب متطلبات الفرد في المجتمع، وكثرة العروض والإشهارات الترويجية للسلع والخدمات والتنافس بين الموردين الإلكترونيين بفعل سهولة الإطلاع والعلم الموجودة في الفضاء الرقمي.

- ان مجال الإثبات الإلكتروني لقي تنظيما أكثر إحكاما بفعل إصدار المشرع الجزائري لقانون يتعلق بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين اللذان يكرسان جدية المتعامل سواءا كان المستهلك الإلكتروني أو المورد الإلكتروني بحيث أن التوقيع الإلكتروني له تنظيم خاص به مما يجعل الموقع الإلكتروني معروفا مع المتعامل من خلال المفتاحين اللذان يحملان بيانات المستخدم، بينما يأخذ التصديق الإلكتروني الدور الحاسم في الإثبات باعتباره مركزيا وتحت رقابة السلطة العليا للتصديق الإلكتروني.
- شهد التشريع الجزائري تحولات جوهرية في نقاط تمس العقد الإلكتروني منها استحداث المحاكم التجارية المتخصصة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري التي من ضمن إختصاصاتها النوعية منازعات التجارة الدولية التي بدورها تعتبر حقل العقد الإلكتروني حيث نجد أن الموردين الإلكترونيين من خارج الوطن وحتى المستهلك الإلكتروني الذي يقدم على شراء منتوج من خرج الوطن وبالتالي قد تثور منازعات تكون هذه المحاكم هي المختصة نوعيا.

بناءً على النتائج المتوصل إليها نوصي بالتوصيات التالية:

- إن مجودات المشرع الجزائري لتنظيم المعاملات الإلكترونية لا زالت ناقصة من جانب الحماية حيث أصبحت الجريمة الإلكترونية مؤخرا كثيرة الوقوع في المجتمع نتيجة لقلة فطنة البعض وطمع وجشع البعض الآخر مما يتطلب حماية أكثر.
- إن التنظيم القانوني المشتت في عدة تقنينات يصعب على رجل القانون التنقل من قانون لآخر خاصة أن الموضوع حساس ورقمي وغير ملموس في البحث والتحليل عكس المعاملات التقليدية التي نجدها في قانون واحد أو قانونين على الأكثر حيث شهدنا مؤخرا عطب تقني في تطبيق "بريدي موب" الذي عطل الحركة في المعاملات لمدة معتبرة مما يستوجب تطوير الإمكانيات.
- إن الذكاء الاصطناعي أصبح ضرورة حتمية في المجتمعات مما يجب التأقلم قانونا معه من خلال منحه وصف قانوني محدد حيث نتج بسببه العقود الإلكترونية ذاتية التنفيذ و غير المركزية مما يستدعي النظر في قانونا.

- يجب الاهتمام بتوعية المجتمع بخصوص المعاملات الإلكترونية كونها ضرورة حتمية وهذا من خلال الندوات والدورات التكوينية والأيام الدراسية من أجل تعميم طرق الاستعمال وإدراج الفطنة في المجتمع مما ينتج عنه مجتمع واعي رقميا وإلكترونيا .
- تعتبر التجارة الإلكترونية تجارة رقمية مما يفترض إعداد تنظيم قضائي خاص بها خاصة أنه ليست كل المنازعات هي منازعات تجارة دولية التي تكون من إختصاص المحاكم التجارية المتخصصة أو باقي المنازعات التي تبقى تخضع للأحكام العامة في التقاضي ومن جهة أخر أصب.
- يتطلب العقد الإلكتروني توسع في المجتمع حيث تم تكريس طرق الوفاء الإلكتروني للإشتراكات الشهرية للهاتف، وسداد الفواتير وحتى غرامات مخالفات المرور مؤقتا لكن يبقى قاصرا عل الأشخاص المتبصرين بها وفي ولايات قليلة خاصة ولايات الشمال أما ولايات الهضاب والصحراء فهو قليل الاستعمال نظرا للتضاريس ورداءة المواصلات.

# قائمة المصادر والمراجع

**القرآن الكريم**

**أولا: المصادر**

**1- القوانين الوطنية**

-الأمر 58-75 المؤرخ في 1975-09-26 المتضمن التقنين المدني الجزائري المعدل والمتمم.

- الأمر 75-59 المؤرخ في 26-09-1975 المتضمن القانون التجاري الجزائري المعدل والمتمم.

- القانون رقم 09-08 مؤرخ في 2008-02-25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري المعدل بالأمر 22-13.

- قانون رقم 15-04 المؤرخ في 11 ربيع الثاني عام 1436 الموافق 01 فبراير سنة2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

-القانون 18-04 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10مايو2018 والمتعلق بالقواعد العامة للإتصالات الإلكترونية.

-القانون 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

-القانون رقم 18-07 المؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق 10 يونيو2018، يتعلق بحماية الأشخاص الطبيعيين في مجال معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي.

-القانون رقم 18-09 مؤرخ في 25 رمضان عام 1439 الموافق ل 10 يونيو2018، يعدل ويتمم القانون رقم09-03 المؤرخ في 29 صفر عام1430 الموافق ل25 فبراير2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

-القانون رقم22-07 مؤرخ في 04 شوال عام 1443 الموافق 05 مايو سنة 2022، يتضمن التقسيم القضائي.

-القانون رقم 22-13 المؤرخ في 13 ذي الحجة عام 1443 الموافق 12 يوليو2002، يعدل ويتمم القانون 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق 25 فبراير سنة 2008 والمتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

**2- القوانين الأجنبية**

- التوجيه الأوروبي حول التجارة الإلكترونية رقم 2000-31 الصادر بتاريخ 08-06-2000

**ثانيا: المراجع**

**1- باللغة العربية**

**أ- المراجع العامة**


- أحمد فراج حسين، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، الدار الجامعية، مصر، بدون تاريخ النشر.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة، 1995.
- بودالي محمد، الشروط التعسفية في العقود في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2007.
- رمضان أبوالسعود، مصادر الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، طبعة 2003
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، الأجزاء 01، 02، 03، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت لبنان، طبعة، 1998.
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث، بيروت، لبنان، طبعة 1993.
- فرحة زراوي صالح، الكامل في القانون التجاري الجزائري، دار ابن خلدون للنشر والتوزيع، وهران، الطبعة الثانية 2003.
- لعشب محفوظ، عقد الإذعان في القانون المدني الجزائري والقانون المقارن، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر، طبعة 1990.
- محمد سعيد جعفور وفاطمة اسعد، التصرف الدائر بين النفع والضرر في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، طبعة 2009.
- محمد سعيد جعفور، نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني الجزائري والفقه الإسلامي، دار هومة، الجزائر، طبعة 2009.
- محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني الجزائري، دار الكتاب الحديث، الجزائر، طبعة 2003.
- محمد كمال الدين إمام، الفقه الإسلامي، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة2004.
- مصطفى الجمال، القانون المدني، مصادر الالتزام، الدار الجامعية، مصر، ط.1997

**ب-المراجع المتخصصة**


- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، الكويت، طبعة 2003.
- أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.
- أحمد ادريوش، تأملات حول قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، منشورات سلسلة المعرفة القانونية، الرباط، المغرب، طبعة 2009.
- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنـ ت، دراسة مقارنة، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2002.
- أحمد شرف الدين، قواعد تكوين العقود الإلكترونية، دار نسر للطباعة الحديثة، مصر، 2008.
- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى، 2002.
- أسامة أب والحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى 2007.
- أسامة أب والحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000.
- أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2008.
- المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، المغرب، طبعة 2009.
- إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2009.
- إيمان مأمون أحمد سلامة، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008.

- بلحاج العربي، مشكلات المرحلة السابقة على التعاقد في ضوء القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، طبعة 2011.
- حسن عبد الباسط جميعي، قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية والتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، طبعة 2006.
- خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة2006.
- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، طبعة 2008.
- سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية والقانون الواجب التطبيق، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى2009.
- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2006.
- سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2005.
- 23-شافع بلعيدي عاشور، العولمة التجارية والقانونية للتجارة الإلكترونيـ ة، دار هومة، الجزائر، طبعة 2006.
- شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة2005.
- صابر عبد العزيز سلامة، العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2005.
- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006.
- طاهر شوقي عبد المؤمن، عقد البيع الإلكتروني، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2007.

- عاطف عبد الحميد حسن، وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2008.
- عباس العبودي، الحجية القانونية لوسائل التقدم العلمي في الإثبات المدني، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2002.
- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 1997.
- عبد العزيز المرسي حمود، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتمعن بعد، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الاختصاص في العقد الإلكتروني، المطبعة الوطنية مراكش، الطبعة الأولى 2010.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، دار الفكر الجامعي، مصر، طبعة 2006
- عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى 2005.
- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، طبعة 2003.
- عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكتروني ة في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2009.
- علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2005.
- عمر خالد زريقات، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2007.
- فؤاد العلواني وعبد جمعة موسى الربيعي، الأحكام العامة في التفاوض
- والتعاقد عبر الانترنت، عقود البيع التجارية، مطبوعات بيت الحكمة العراق، الطبعة الأولى 2003.

- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2010.
- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية. دراسة تطبيقية لعقود الإنترنت، دار النهضة العربية، 2003.
- فيصل محمد محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، طبعة 2006.
- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2006.
- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الأولى، 2005.
- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2008.
- محمد المرسي زهرة، الحماية القانونية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، الطبعة الأولى2008.
- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى2004.
- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية، دون مكان النشر، طبعة 2002.
- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2007.
- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2005.
- محمد حسين منصور، العقود الدولية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.
- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، طبعة 2006.

- محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى 2006.
- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، منشوراتالحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، الطبعة الاولى2009
- محمد شريف عبد الرحمن، إثبات التعاقد الذي يبرم بالوسائل السمعية والمرئية، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2007.
- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكتروني ة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، طبعة 2006.
- محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدن ي، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، طبعة 2006.
- محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، النسر الذهبي للطباعة، دون ذكر تاريخ الطبع.
- مندى عبد الله محمود حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، الطبعة الأولى 2010.
- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2005.
- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، الطبعة الأولى 2001.
- وائل أنور بندق، قانون التجارة الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى 2009.
- وائل أنور بندق، قانون التوقيع الإلكتروني، مكتبة الوفاء القانونية، مصر، الطبعة الأولى 2009.

**جـ- الرسـائل**

- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، رسالة دكتوراه، القاهرة 2008.

- زياد خلف شداخ العنزي، تنازع الق وانين في المعاملات الإلكترونية، رسالة دكتورا ه، جامعة عين شمس، القاهرة، مصر، سنة 2008.
- لماعبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2008.
- محمد موسى خلف، التعاقد بواسطة الإنترنت، رسالة ماجيستير، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.
- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد اللاإلكتروني في التشريع الجزائري–دراسة مقارنة–رسالة دكتوراه، جامعة تيزي وزو، الجزائر، 2014.
- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الألكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، الجزائر، 2015.
- أرجيلوس رحاب، الإطار القانوني للعقد الإلكتروني–دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2018
- زيغم محاسن إبتسام، حماية المستهلك الإلكتروني في مرحلة التعاقد–دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه، جامعة عين تموشنت، الجزائر، 2024.

**د– المقالات والبحوث**

- إبراهيم الدسوقي أبوالليل، التوقيع الإلكتروني ومدى حجيته في الإثبات، مجلة الحقوق الكويتية، ملحق العدد الثالث، السنة 29، سبتمبر، 2005.
- أحمد يوسف الشحات، معوقات ن موالتجارة الإلكترونية، مجلة روح القوانين، العدد 41 الجزء الأول، جانفي، 2007.
- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس ا لعقد في عقود التجارة الإلكترونية، العدد 41 الجزء الأول، جانفي، 2007.
- بشار عدنان مكاوي، نظرية العقد في القانون المدني الأردني بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة، مجلة دراسات، تصدر عن الجامعة الأردنية، المجلة 33 عدد 02 سنة 2006.
- داود منصور وعبد القادر زرقين، العقود الذكية المدمجة في البلوك تشين:بداية نهاية العقود التقليدية، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والسياسية، المجلد59، العدد01، سنة 2022.

- هتهوت فاطنة، ماهية العقود الذكية ودورها القانوني، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد07، العدد02، 2022.
- سعاد مجاجي، فكرة العقود الذكية كأحد أهم تطبيقات البلوك تشين، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، المجلد06، العدد01، 2023.
- مرزوقي كريمة، مراقبة الإتصالات الإلكترونية وحق الفرد في الخصوصية المعلوماتية، مجلة الأستاذ الاباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد05، العدد02، 2022.
- لحسن ناني، ضوابط وإجراءات مراقبة الإتصالات الإلكترونية في التشريع الجزائري، مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد09، العدد01، 2023.
- زعبي عمار، الحق في العدول عن التعاقد ودوره في حماية المستهلك، مجلة المفكر، العدد09، 2021.
- شيخ نسيمة وشيخ سناء، دور المشرع الجزائري في إعادة التوازن للعقد الإلكتروني، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية والإقتصادية، المجلد11، العدد01، سنة 2022.
- شيخ نسيمة، شيخ محمد زكرياء، تنظيم التجارة الإلكترونية في القانون الجزائري، مجلة البحوث في العقود وقانون الأعمال، المجلد 07، العدد 04، 2022.
- بسعدي نورة، العرابي خيرة، النطاق القانوني لحق المستهلك الإلكتروني في العدول وفق قانون التجارة الإلكترونية الجزائري والقانون المقارن، مجلة القانون الدولي والتنمية، المجلد10، العدد01، 2022.
- ستاوي سيدي محمد وشيخ نسيمة، مدى خضوع العقد الإلكتروني، مجلة الفكر القانوني والسياسي، مجلد السابع، العدد الأول، 2023.
- بنابي سعاد، الحق في الرجوع عن التعاقد آلية إستثنائية للوقاية من إختلال التوازن العقدي، مجلة العلوم القانونية والغجتماعية، المجلد08، العدد01، 2023.
- العيشي عبد الرحمان، حق الرجوع في العقد الإلكتروني–دراسة مقارنة–، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد07، العدد02، 2022.
- الزهرة جقريف، الحق في الرجوع عن تنفيذ العقد كآلية لحماية المستهلك الإلكتروني بين إقرار المشرع الجزائري وغياب التنظيم، مجلة العلوم القانونية والإجتماعية، المجلد 05، العدد 03، 2020.

- عبد الغني حسونة، التصديق الإلكتروني، كآلية لتحقيق الأمن الرقمي للعقود الإلكترونية، المجلد19، العدد، 01، 2024
- حرشاو مفتاح، التصديق الإلكتروني ضمان لأمن المعاملات الإلكترونية، مجلة أبحاث ودراسات التنمية، المجلد10، العدد01، 2023.
- فاطمة الزهراء مصدق، التصديق الإلكتروني كوسيلة لحماية التوقيع الإلكتروني، مجلة الدراسات والبحوث القانونية، المجلد05، العدد01، 2020.
- قارة مولود، التوثيق الإلكتروني شكله واجرائاته، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد06، العدد02، 2021.

**هـ- المعاجم**

- سهيل ادريس، المنهل، قاموس فرنسي عربي، دار الأدب، بيروت، لبنان، الطبعة الثلاثون، 2002.
- محمد جمال الدين بن منظور، لسان العرب، ج7، الطبعة الثانية، سنة، 1992.

**2- باللغة الفرنسية**

**I-OUVRAGES :**

- -1BARCELO (R), La proposition de directive européenne sur le commerce électronique ,édition delta 2001.
- 2-BENABENT (A), Droit civil, les obligations, 3èmeédition, montchrestien, 1991.
- -3BENSOUSSAN (A), Le commerce éléctronique , aspects juridiques édition HERMES , PARIS 1998.
- -4BOCHURBERG (L), Internet et commerce électronique, DELMAS, 1erédition , 1999. 5-GAUTRAIS(V), Le contrat électronique international , encadrement juridique , édition delta , 2ème édition 2003.
- -6GOBERT (D), La signature dans les contrats et les paiement électronique, cahier du centre de recherches informatique et droit, Bruxelles, 2000.
- -7HUET(J), Aspect juridiques du commerce électronique, DALLOZ 2004.
- -8ITEANU (O), Internet et le droit , aspect juridiques du commerce électronique , PARIS édition 2000.

- 9-LETOURNEAU (Ph), Contrats informatiques et électroniques, DALLOZ, Paris, 2000. 10-MAS (F), La conclusion des contrats du commrece électronique, paris, 2005.
- 11-MAZEAUD, Henri et léon, Jean, Leçons de droit civil, édition montechristien, 2ème édition 1959.
- 14-VERBIEST (T), La protection juridique du cyberconsommateur, LITEC, paris, 2002.
- 15-VIALARD (A), Droit civil, la formation du contrat, O.P.U, Alger, 1981.
- 16-VIVANT (M), Les contrats du commerce électronique, LITEC, Paris, 1999.


## II- THESES ET MEMOIRES


- 1-GAUTRAIS (V), L'encadrement juridique du contrat électronique intrenational, thèse de doctrat, université de montéral 1998.
- 2-GHAZOUNI (CH), Le contart de commerce éléctronique international, thèse pour le doctorat en droit, univesité PANTHEON- ASSAS Paris II, soutenue le 16 mai 2008.
- 3-GUILLEMARD (S), Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatil, thèse de doctorat, université paris II, 2003.
- 4-MOREAU (N), La formation du contrat éléctronique disposition du protection du cyberconsommateur et modes alternatifs de règlement des conflits, mémoire de D.E.A, droit des contrats, université de LILLE, 2002.
- 5-NAIMI CHARBONNIER (M), La formation et l'éxécution du contrat éléctronique, thèse de doctorat, paris, 2003.
- 6-SHANDI (y), La formation du contart à distance par voie électronique, thèse de doctorat, université Robert shuman, strasborg III, soutenue le 28-06-2005.
- 7-THOUMYRE (L), L'échange des consentements dans le commerce électronique, centre de recherche de droit public, iniversité de montréal, 1999.


## III- ARTICLES:


- -1AGOSTI ( P ) , Le régime juridique des actes authentiques électronique , art disponible sur : www. caprioli-avocats. com , la date de mise en ligne est octobre 2007.

- -2BLAISE (J)et Huet (J), Commerce electronique et code de commerce?www.juriscon.net. 3-BONDOIS ( N ) , Transposition de la directive européenne concernent la protection des consommateurs en matière de contrats à distance , article disponible sur : www. bramavovats.
- com , la date de mise en ligne est 18-08-2007.
- -4CAHEN ( M) , La formation des contrats de commerce électronique , disponible sur : www. élec. Com , la date de la mise en ligne 22-08-2008.
- -5CAHEN ( M) , La loi sur la confiance dans l'économie numérique du 21-06-2004 disponible sur : www. murielle-cahen. com la date de la mise en ligne 12-03-2008.
- -6CAHEN ( M) , Le consentement sur internet , disponible sur : www. Droit-tic.com la date de la mise en ligne est 15-03-2008.
- 8-GUATRAIS (V), La couleur du consentement électronique, article disponible sur: www.droit.umontreal.ca.
- 9-HUET(J),le code civil et les contrats électroniques, Article disponible sur: www.actoba.com.
- 10-MARTIN (H), Les contrats du commerce international, Institut des hautes Etudes internationales, Genève.
- -11MURIELLE (I), La formation des contrats de commerce électronique, septembre, 1999, disponible sur;www.juriscon.net.
- 12-Rojinsky (C), L'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21-06-2004 pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur: www.lex-electronica.org. 13-TABAKA(B), Loi pour la confiance dans l'économie numérique, article disponible sur:www.foruminternet.org.
- 14-VERBIEST (T), La loi toubonest elle applicable? article disponible sur: www.doittechnologie.org.
- -51VERBIEST (T), Loi pour la confiance dans l'economie numérique, article disponible sur:
- www.droit-technologie.
- 15-SETTAOUI SIDI MOHAMMED،CHIKH NASSIMA،The necessity of artfial intelligence and its impact on electronic transactions، internationam journal of law .volume10.issue3.2024.

## IV: TEXTES ET LOIS


- Directive 97-07 CE du 20 mai 1997, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance J.O. L144, 4 juin1997.
- Directive 2000-31 CE du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridique de la société de l'information, et notament du commerce éléctronique, dans le marché interieur, JOCE, L178 juillet 2000.
- Ordonnace 2001-741 du 23-08-2001 portant transposition de directivies communautaires et adaptation au droit communautaires en matières de droit de la consommation J.O du 25-08-2001.www.legifrance.gouv.fr
- loi N°2004-575 du 21-06-2004 pour la confiance dans l'économie numérique; J.O N°143 du 22-06-2004.
- Ordonance 2005-674 du 16-06-2005 relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, J.O N°14 du 17-06-2005.

# فهرس المحتويات

| المحتويـــات | ص |
|---|---|


| | |
|---|---|
| الشكر | أ |
| الإهداء | ب |
| قائمة أهم المختصرات | جـ |
| مقدمة | 01 |
| الباب الأول: العقد الإلكتروني وأدواته | 08 |
| الفصل الأول: ماهية العقد الإلكتروني وأدواته | 10 |
| المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني | 12 |
| المطلب الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني وبيان مشروعيته | 12 |
| الفرع الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني | 12 |
| أولا: التعريف الفقهي | 13 |
| ثانيا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني | 15 |
| 1- تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية وتوجيهات الاتحاد الأوروبي | 15 |
| 2- تعريف العقد الإلكتروني في التشريع الفرنسي | 18 |
| 3- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية | 19 |
| ثالثا: تعريف العقد الإلكتروني في بعض مشاريع القوانين | 25 |
| الفرع الثاني: مشروعية العقد الإلكتروني | 28 |
| أولا: عدم مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية | 28 |
| ثانيا: مشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية | 29 |
| ثالثا: موقف التشريعات من مشروعية التعاقد الإلكتروني | 33 |
| المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني | 38 |
| الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية | 39 |
| الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد تجاري استهلاكي | 41 |
| الفرع الثالث: العقد الإلكتروني بين المساومة والإذعان | 43 |
| الفرع الرابع: العقد الإلكتروني عقد دولي | 47 |

المبحث الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة 50
المطلب الأول: التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود بالنظر لطريقة انعقاده 50
الفرع الأول: التمييز بين العقد الإلكتروني ووسائل الاتصال الأخرى 50
الفرع الثاني: التمييز بين العقد الإلكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون 56
المطلب الثاني: التمييز بين العقد الإلكتروني وغيره من العقود بالنظر إلى مضمونه 58
الفرع الأول: عقود الخدمات الإلكترونية 59
أولا: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت 59
ثانيا: العقود الإلكترونية الذكية 61
الفرع الثاني: عقود المعلوماتية 65
أولا: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات 65
ثانيا: عقد الإعلان الإلكتروني 67
الفصل الثاني: أدوات العقد الإلكتروني وصوره 69
المبحث الأول: التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات 71
المطلب الأول: مفهوم التبادل الإلكتروني لرسائل البيانات 71
الفرع الأول: تعريف رسالة البيانات وتحديد أطرافها 72
أولا: تعريف رسالة البيانات 72
ثانيا: أطراف رسالة البيانات المنشئ والمرسل إليه 75
الفرع الثاني: صلاحية رسالة البيانات لنقل الإرادة 79
المطلب الثاني: أحكام تبادل رسائل البيانات 84
الفرع الأول: إسناد رسالة البيانات 84
الفرع الثاني: استلام رسالة البيانات 94
المبحث الثاني: صور التعاقد الإلكتروني 101
المطلب الأول: تعدد صور التعاقد الإلكتروني 101
الفرع الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني 102
الفرع الثاني: التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني 105

| | |
|---|---|
| الفرع الثالث: التعاقد عن طريق المحادثة | 108 |
| المطلب الثاني: التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني | 109 |
| الفرع الأول: مفهوم الوسيط الإلكتروني | 110 |
| الفرع الثاني: مشروعية التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني | 114 |
| الباب الثاني: تكوين العقد الإلكتروني | 121 |
| الفصل الأول: التراضي في العقد الإلكتروني | 123 |
| المبحث الأول: مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني | 125 |
| المطلب الأول: مفهوم المفاوضات وبيان أهميتها | 125 |
| الفرع الأول: مفهوم المفاوضات في العقد الإلكتروني | 126 |
| الفرع الثاني: أهمية المفاوضات في العقد الإلكتروني | 129 |
| المطلب الثاني: تنظيم التفاوض الإلكتروني | 133 |
| الفرع الأول: التكييف القانوني للتفاوض الإلكتروني | 133 |
| الفرع الثاني: آثار التفاوض الإلكتروني | 137 |
| المبحث الثاني: مرحلة التعاقد الإلكتروني | 145 |
| المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني | 145 |
| الفرع الأول: العرض الإلكتروني –الإيجاب | 146 |
| أولا: معلومات تتعلق بالسلع أو الخدمات المقترحة | 152 |
| ثانيا: معلومات تتعلق بكيفية تنفيذ العقد | 153 |
| ثالثا: معلومات خاصة بالثمن أو مقابل الخدمة | 154 |
| الفرع الثاني: القبول في العقد الإلكتروني | 155 |
| المطلب الثاني: تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني | 164 |
| الفرع الأول: مجلس العقد الإلكتروني | 164 |
| الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني | 169 |
| أولا: نظرية إعلان القبول | 170 |
| ثانيا: نظرية تصدير القبول | 171 |

ثالثا: نظرية تسلم القبول 172
رابعا: نظرية العلم بالقبول 172
الفصل الثاني: وسائل حماية التراضي في العقد الإلكتروني 176
المبحث الأول: صحة التراضي في العقد الإلكتروني 178
المطلب الأول: الأهلية في العقد الإلكتروني 178
المطلب الثاني: سلامة الإرادة من العيوب في العقد الإلكتروني 183
الفرع الأول: الغلط 184
الفرع الثاني: التدليس 186
الفرع الثالث: الإكراه 188
الفرع الرابع: الاستغلال 189
المبحث الثاني: الحق في العدول عن العقد 191
المطلب الأول: مضمون الحق في العدول 191
الفرع الأول: مفهوم الحق في العدول عن العقد ونشأته 192
الفرع الثاني: نطاق الحق في العدول 195
أولا: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول: 196
ثانيا: العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها 197
ثالثا: العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة 197
رابعا: السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف 198
خامسا: العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الإعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري 198
سادسا: العقود الواردة على الصحف والمجلات والدوريات 199
سابعا: العقود الواردة على خدمات الرهان المصرح بها 199
المطلب الثاني: أحكام الحق في العدول عن العقد 200
الفرع الأول: مهلة ممارسة الحق في العدول وكيفيته 201
الفرع الثاني: آثار الحق في العدول عن العقد 205

أولا: تأثير الحق في العدول عن العقد في ذاته 205
ثانيا: آثار ممارسة الحق في العدول على أطراف العقد 207
ثالثا: دور المحاكم التجارية في تسوية منازعات التجارة الإلكترونية 210
1- تشكيلة المحكمة التجارية المتخصصة 210
2- إختصاصات المحكمة التجارية المتخصصة 211
3 - خصوصية الخصومة أمام المحكمة التجارية المتخصصة 213
الخاتمة 216
قائمة المصادر والمراجع 224
فهرس المحتويات 239