وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جـامـعة محمد البشير الإبراهيـمي - برج بوعريريج -

كـلية الحقــوق والعلــوم السيـاسية

مذكرة تخرج لنيل شهادة ماستر تخصص قانون اعمال

بعـــــــنوان:

ركن التراضي في العقود الالكترونية

من إعـــداد الطلبة :

* خلفي زهور مريم.
* ميهوب سميحة.

تحت إشراف الاستاذ :

* رفاف لخضر

لجنة المناقشة:

الدكتور: بن رابح السعيد ..... رئيسا .

الأستاذ: رفاف لخضر ..... مشرفا .

الأستاذ: بركات مولود ..... مناقشا .

السنة الجامعية : 2017 / 2018

بِسْمِ اللهِ الرَّحْمَنِ الرَحِيم

{... وَقُلْ رَبِّ زِدْنِي عِلْمًا }

الآية -114- سورة طه

شـــــكر وتقـــــــدير

نشكر الله العلي العظيم ،ونحمده حمدا كثيرا طيبا مباركا على ما أفاض به علينا من نعمة إتمام هذا البحث .

ونتقدم بأسمى وأعطر آيات الشكر والتقدير للأستاذ **رفاف لخضر** والذي لن توفيه الكلمات حقه على كل ما قدمه لنا خلال فترة تحضيرنا لهذا العمل حيث لم يبخل علينا بالنصائح والتوجيه من اجل انجاز هذه المذكرة و كذا سعة صدره وصبره فجزاه الله كل خير وأدامه منبر علم ينير كلية الحقوق كعادته.

كما نتقدم بخالص الشكر إلى الأساتذة الأفاضل أعضاء اللجنة على تكرمهم لمناقشة هذه المذكرة و إثرائها بالتوجيهات النافعة والإرشادات الصائبة

كما نتقدم بخالص الشكر والعرفان بالجميل إلى كل قريب أو بعيد ساهم في مساعدتنا من أجل انجاز هذه المذكرة نسأل الله أن يعظم لهم المثوبة والأجر .

إهـداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

من كلله الله بالهيبة والوقار...من علمني العطاء بدون انتظار...من أحمل اسمه بكل افتخار...أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى ثمارا بعد طول انتظار...وستبقى كلماتك نجوم أهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد. **والدي العزيز**

ملاكي في الحياة...معنى الحب والحنان...من ربتني وأنارت دربي...من كان دعاؤها سر نجاحي...إلى أغلى الحبايب. **أمي الحبيبة**

كل إخوتي وزوجاتهم وابن أخي الصغير...يعقوب.

زوجي الذي ساندي ووقف إلى جانبي، وكل عائلته.

صديقتي ورفيقة دربي...صفاء، إلى أخواتي دنيا، ريان.

أعمامي وعماتي، خالاتي خاصة خالتي العزيزة...نادية وزوجها، إلى كل العائلة والأقارب، إلى كل من شجعني وأسدى لي النصح، إلى جميع زملائي في الدراسة.

خلفي زهور مريم

إهـداء

أهدي ثمرة جهدي إلى:

إلى من غرس في ذاتي ديمومة الطموح و الإعتماد على الله ثم على نفسي...إلى من زرع في قلبي القوة و العزيمة. **أبي العزيز**

إلى من نقشت في صدري حب العلم، والعطاء وتحدي الذات للوصول إلى المبتغى...إلى من كان عطاؤها سر نجاحي...إلى من تعهدت بالرعاية خطواتي ورسمت معي أحلام حياتي. **أمي الغالية**

إلى أحب الناس إلى قلبي إخوتي...وفاء، فاروق، ضياء الدين، بسملة.

إلى خالتي العزيزة سعاد و زوجها و أولادها .

إلى كل من دعمني و ساندني و أنار لي دروب المعرفة و مسالكها، زملائي وزميلاتي في الدراسة و العمل.

ميهوب سميحة

أدى التفاعل ما بين تكنولوجيا الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات إلى ما نراه اليوم من ثورة معلوماتية إلكترونية ينظر إليها كل العالم بالبحث والاهتمام، وقد نشأت هذه الثورة من طفرة الاتصالات و تقنية المعلومات إلى أن أصبحت وسائل الاتصال الحديثة من الوسائل التي لا يمكن الاستغناء عنها، حيث ألقت هذه الثورة بظلالها على كافة ميادين الحياة الاقتصادية والعلمية والاجتماعية والقانونية.

فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على الهاتف، والفاكس، وغيرها ظهرت شبكة الانترنت، التي تعتبر شبكة متداخلة ومتشعبة تربط بين آلاف الشبكات تتيح الاتصال على شكل تبادل المعلومات الرقمية في إطار بروتوكول يضمن الاتصال بين الحواسب والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم التي تعمل بلغات متنوعة، وسرعان ما أصبحت الوسيلة المثلى للاتصالات، ونقل وتبادل البيانات، ويرجع ذلك إلى التقدم العلمي الهائل في شبكات الاتصال الرقمية التي أزالت الحدود الجغرافية، فأصبح العالم مجرد قرية صغيرة ربطت بين الشعوب المتباعدة، وأصبحت عملية تبادل المعلومات والبيانات سهلة وميسورة، مما أدى إلى ظهور ثورة جديدة في جميع المجالات من بينها نجد التجارة الالكترونية، والتي كانت نتاج البيئة الجديدة حيث تتيح العديد من المزايا ومن أهمها تجنب رجال الأعمال مشقة السفر وتوفير لهم الوقت والمال عند ترويجهم لمتنوجاتهم، كما يمكن للمستهلك التجوال عبر العالم واقتناء كل ما يريده دون أن ينتقل من مكان لآخر، فأصبح الجميع في سوق افتراضي كبير دائم وغير مادي.

تعتبر التجارة الالكترونية نوع من عمليات البيع والشراء بين المستهلكين والمنتجين، وبين الشركات بعضها مع بعض باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال، فهي بذلك مرحلة حديثة على رجال القانون، وتعد القوانين الحالية غير كافية لمواجهة هذا الوليد الجديد في مجال العلاقات التجارية، وإزاء هذا الوضع بدأت المنظمات الدولية في إصدار التوجيهات والقوانين النموذجية التي تناسب طبيعة المعاملات الالكترونية، وبدأ الاهتمام بهذه المسألة على الصعيد الدولي من خلال اللجان التابعة للأمم المتحدة، فقد أصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 1996 القانون النموذجي للتجارة الالكترونية "اليونسترال"، ليكون نموذجا تحتذى به كافة القوانين المتعلقة بالعقود الالكترونية في غالبية التشريعات المقارنة.

إن أهم ما يميز التجارة الالكترونية عن التجارة التقليدية هو الوسيلة التي يمر بها أو عن طريقها، حيث تتم من خلال بيئة إلكترونية تستخدم فيها أحدث وسائل الاتصال وهي شبكة الانترنت، لذلك يتم تجسيد التجارة الالكترونية عبر الأساليب التعاقدية من خلال العقد الالكتروني الذي يعتبر من أهم الوسائل التي ساعدت على رواج تلك التجارة، وبالتالي لا مناص من التسليم بأن العقد الالكتروني يعتبر بمثابة القالب النابض للتجارة الالكترونية بحيث يخضع في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تنظمها النظرية العامة للعقد.

يعرف العقد الالكتروني على أنه كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل، فباعتباره تعاقد عن بعد لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد، فإن تبادل الإرادات يتم عن طريق وسيط إلكتروني، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الالكتروني في الأحكام الخاصة بركن التراضي الذي يعتبر أهم ركن في كل التصرفات القانونية، أما بالنسبة لركن السبب والمحل فتنعدم فيهما خصوصيات هذا العقد.

يعتبر ركن الرضا قوام العقد الذي يتشكل بمجرد اتجاه إرادة المتعاقدين إلى إحداث أثر قانون، وقد أدى البعد المادي بين الأطراف المتعاقدة في هذا النوع من العقود إلى طرح سلسلة من الإشكالات والتساؤلات القانونية حول هذا الركن، الشيء الذي انعكس بدوره على طبيعة كل من الإيجاب والقبول المشكلين لركن التراضي، فأصبح هذا الأخير يتميز بخصوصيات أثرت كثيرا على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقد، مع الإشارة أن المشرع الجزائري لم ينظم بعد القوانين والأحكام اللازمة والمتعلقة بالتجارة الالكترونية عموما وإبرام العقود الالكترونية خصوصا.

تكمن أهمية ركن التراضي في العقد الالكتروني نظرا إلى الأهمية البالغة التي تحتلها التجارة الالكترونية بحيث أصبح التعاقد يتم بمجرد إرسال البيانات الالكترونية بواسطة الحاسوب الآلي، بعد ما كانت العقود التقليدية تبرم على الورق، وهذا تماشيا مع التطور الذي تشهده المعاملات بصفة مستمرة وسريعة، غير ذلك فإن التراضي يعتبر المرحلة الأولى في المسار التعاقدي، مما يجعله الركن الأساسي والجوهري لكل التصرفات القانونية.

وبناءا على ما تقدم، فقد كان من أهم الأسباب والأهداف التي دفعتنا لاختيار هذا الموضوع:

أهمية ركن التراضي في العقود الالكترونية كونه الركن الأساسي الذي يقوم عليه إبرام العقد الالكتروني، إضافة إلى ذلك حداثة الموضوع واحتلاله الصدارة على المستوى الدولي، سواء في الكتب العلمية أو الملتقيات الدولية، كما أن هدفنا من اختيار هذا الموضوع هو معرفة الخصوصيات التي ينفرد بها التراضي في العقد الالكتروني عن التراضي في العقد التقليدي، لاسيما عناصر تطابق الإرادتين (الإيجاب والقبول)، والوسائل المستخدمة في التعبير عنهما، مع محاولة عرض أهم الإشكالات القانونية التي يثيرها التراضي، منها القانون الواجب التطبيق وإثبات التراضي في مثل هذه العقود، مع الأخذ بعين الاعتبار مسألة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة.

ومن هذا المنطلق نبرز الإشكالية الرئيسية حول هذا الموضوع: **ما مدى إمكانية الاعتماد على القواعد التقليدية في تنظيم التراضي الالكتروني؟ وما هي الإشكالات القانونية التي يثيرها؟**

لتحليل هذه الإشكالية يتبادر إلى أذهاننا عدة تساؤلات، عن كيف يكون التعبير عن الإرادة إلكترونيا؟ وما هي خصوصية كل من الإيجاب والقبول الالكترونيين؟ وعن المشاكل التي يثيرها هذا التراضي الإلكتروني؟

تقتضي طبيعة موضوع الدراسة الاعتماد على عدة مناهج حيث اعتمدنا على المنهج التحليلي، وهذا في سبيل التطرق لمختلف الاتفاقيات الدولية، والقوانين النموذجية والتشريعات الوطنية وذلك من خلال تحليلها واستخلاص أهم الأحكام المرتبطة بالموضوع محل البحث، كما اعتمدنا على المنهج المقارن في عدة أحيان، وذلك عند مقارنة النصوص القانونية الجزائرية مع نظيرها الوضعية الأخرى، أما المنهج الوصفي، فقد اعتمدناه خلال تقديمنا لبعض التعاريف الخاصة بعناصر موضوع دراستنا.

إلا أننا ومن خلال سعينا في البحث عن هذا الموضوع واجهتنا صعوبات ، قد ترجع إلى غياب الاجتهاد القضائي وشح النصوص القانونية الجزائرية التي تنظم وتحكم مثل هذا الركن، كما ترجع صعوبة البحث إلى حداثة الموضوع وتشعبه وضيق الفترة الزمنية المخصصة للدراسة، بالإضافة إلى الجدال والاختلاف الفقهي المتواصل حول هذا الموضوع.

وبالرغم من ذلك حاولنا معالجة جميع الإشكاليات المطروحة، والإلمام بجميع جوانب الموضوع ارتأينا تقسيم ثنائي للموضوع، فقسمنا الدراسة لفصلين، بحيث تعرضنا في الفصل الأول لمراحل التراضي في العقود الالكترونية، حيث تم التطرق من خلاله للمرحلة التمهيدية للتراضي في العقد الالكتروني في المبحث الأول، أما في المبحث الثاني، فقد خصصناه لمرحلة إبرام العقد الالكتروني، والفصل الثاني كان حول الإشكالات القانونية التي يثيرها التراضي في العقود الالكترونية، حيث انصب التركيز حول الإشكالات المتعلقة بعيوب الإرادة في العقد الالكتروني في المبحث الأول، أما المبحث الثاني فكان حول إشكالات الإثبات والقانون الواجب التطبيق في العقد الالكتروني.

الفصل الأول

مراحل التراضي في العقود الالكترونية

يعتبر العقد أهم مصدر من مصادر الالتزام، و ذلك لأهميته العملية، ولكي ينعقد هذا العقد و ينتج آثاره القانونية لابد من توافر الأركان الأساسية لإبرام أي عقد و هي الرضا والمحل والسبب، إلا أن هذا العقد يمتاز ببعض الخصوصية وتكاد تنحصر تلك الخصوصية في ركن الرضا، لأن العقد كما عرفه الفقهاء هو تراضي بين طرفين تتوافق إرادتيهما بالتعبير عنهما ويكون محله وسببه مشروع.

فإذا كان العقد الالكتروني، يمر بنفس المراحل التي يمر بها أي عقد آخر فإن ركن التراضي يمر كذلك بمراحل، لأنه جوهر العقد، والأساس الذي تقوم عليه العلاقة العقدية.

فلكل من ينوي إبرام عقد شبكة الانترنت، لابد له من التعبير عن إرادته بأية وسيلة أو طريقة، لأن أي عقد مهما كانت تسميته أو تكييفه لا يتم إلا إذا تبادل أطرافه التعبير عن إرادتيهما، ومن هنا تكمن أهمية أن يتم التعبير عن الإرادة بصورة مشروعة وقانونية.

ومما لاشك فيه أن التراضي يتوقف وجوده على تطابق الإرادتين لإبرام العقد الالكتروني، وذلك عن طريق صدور الإيجاب الذي يقابله القبول، فينعقد العقد عند اقتران هاتين الإرادتين، وتكمن أهمية هذا الاقتران في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد.

وعلى هذا الأساس تم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، حيث سنتناول في المبحث الأول المرحلة التمهيدية للتراضي في العقود الالكترونية، و في المبحث الثاني مرحلة انعقاد العقد الالكتروني.

المبحث الأول

المرحلة التمهيدية للتراضي في العقود الالكترونية

يتساوى العقد الإلكتروني مع بقية العقود لقيامه على مبدأ الرضائية، وخضوعه لمبدأ سلطان الإرادة، بحيث يلزم لانعقاده، التعبير عن إرادة المتعاقد، فالمرحلة التمهيدية هنا ذات أهمية بالنسبة لكل من يعقد العزم على إبرام عقد إلكتروني.

فالتعبير عن الإرادة هو سلوك إيجابي أو سلبي باستخلاص وجود إرادة محددة ومعلنة للغير، وتتجه إلى الارتباط القانوني، والأصل أن التعبير عن الإرادة في التعاقد التقليدي يتم بالوسائل المعتادة، إلا أنه يختلف عنه في التعاقد الإلكتروني بحيث يتعدد بتعدد وسائل الاتصال الإلكتروني. (المطلب الأول)

إن العقد الإلكتروني يبرم عبر شبكة إلكترونية تتسم باللامادية، الأمر الذي يثير العديد من الشكوك حول إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة بغرض إبرام العقد، ومدى اعتراف المشرع بمشروعية هذه الوسائط. (المطلب الثاني)

المطلب الأول

التعبير الالكتروني عن الإرادة

يقصد بالإرادة انعقاد العزم على إجراء عملية قانونية محل التعاقد.كما تعتبر الإرادة اتجاه إلى إحداث أثر قانوني في حد ذاته، لكن لا يعتد بهذا الأثر إلا إذا تم الإعلان عنها، وذلك بالتعبير عن تلك الإرادة. فلا يكفي لإبرام عقد أو إحداث أثر قانوني وجود نية أو إرادة، وإنما يتعين التعبير عن الإرادة وإظهارها إلى الحيز الخارجي.

وتعتبر عملية التعبير عن الإرادة العنصر الجوهري لعملية إبرام العقد ككل، وفي هذا الصدد نقول أن العقد الالكتروني لا يختلف عن نظيره التقليدي، ولكن أهم ما يتميز به هو غياب الوجود المادي[1]، حيث أن الوسائل أو الطرق التي يعبر عنها في العقد الالكتروني تتعدد وتختلف باختلاف وسائل الاتصال الحديثة، فهل التعبير عن الإرادة الالكترونية وسيلة خاصة؟ (الفرع الأول)

1_ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2006، ص107.

كما أنه في التعبير عن الإرادة الالكترونية تظهر مشكلة الحواجز اللغوية، حيث توجد عدة معان وتفسيرات لكلمة واحدة [1]، فهي تثير إشكالية باعتبارها عقودا دولية ففي غالب الأحيان تتم عبر شبكات اتصال عالمية. فما هو موقف التشريعات الحديثة من اللغة المستعملة للتعبير عن الإرادة الالكترونية؟ (الفرع الثاني)

الفرع الأول

طرق التعبير عن الإرادة الالكترونية

الإرادة عمل نفسي لا يعلم به إلا صاحبه، فهي لا تتخذ مظهرها الاجتماعي، فلا يعتد بها القانون إلا بالتعبير عنها [2]. وذلك باستخدام أية وسيلة تدل على وجودها، فالأصل أن هذا التعبير لا يخضع لشكل معين، وأن القانون لا يستلزم وسيلة معينة، فللشخص أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلول يفهمه الآخرون[3]، والتعبير في الإرادة قد يكون صريحا أو ضمنيا وهذا ما جاء به في المادة 60 من القانون المدني الجزائري: " التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه فيجوز أن يكون التعبير ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا.

يفهم من هذا النص أن التعبير الصريح يكون باتخاذ مظهر مباشر عن الإرادة بالكتابة أو الكلام أو الإشارة أو أي موقف لا يثير شكا في دلالته، أما التعبير الضمني يكون إذا كان التصرف الذي قام به الشخص لا يدل بذاته عن إرادته، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة[4]، ما يعني أنه يمكن استنباطها بطريقة غير مباشرة سواء من ظروف الحال أو عن طريق الاستنتاج كبقاء المستأجر في العين المؤجرة بعد انتهاء مدة الإيجار، أي أنه هناك إرادة ضمنية من خلال تجديد عقد الإيجار[5].

وبتسليط الضوء على العقد الالكتروني سنوضح كيفية التعبير عن الإرادة في حالة إبرامه بما أنه كيان متعدد الأبعاد والصور، وذلك من خلال تبيان صور التعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الانترنت، وصورها بالنسبة للعقود التي تبرم بواسطة وسائل إلكترونية أخرى.

---

[1] _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، 2008، ص164.

[2] _ فراح مناني، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص62.

[3] _ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص41.

[4] _ أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، 2002، ص40.

[5] _ العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص169.

أولا: صور التعبير عن الإرادة في التعاقد عن طريق الانترنت: يمكن التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت باستخدام أكثر من تقنية تقدمها هذه الشبكة، ومن أهم التقنيات وأكثرها شيوعا: التعاقد عن طريق البريد الالكتروني، التعاقد عن طريق الحوار المباشر، التعاقد عبر صفحة الويب، وكذلك التنزيل عن بعد.

1 – التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني (E-mail): يقصد بالبريد الالكتروني[1]، استخدام شبكة الانترنت في نقل الرسائل بدلا من الوسائل التقليدية، بحيث يسمح –البريد الالكتروني– بتبادل المراسلات من وثائق ومطبوعات وأفلام أيا كان حجمها[2].

فقد عرفه بعض الفقهاء بأنه :"مكنة التبادل غير المتزامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي"، كما عرفه آخرون بأنه: "طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الانترنت"[3].

فتتم عملية التعاقد وتبادل رسائل البيانات عن طريق البريد الالكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الالكتروني و إرسال رسالة إلكترونية إلى من يرغب في التعاقد معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الالكتروني، ويجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الالكتروني للمكان المخصص في صندوق البريد الالكتروني للمرسل، ثم يدون الرسالة التي يرغب في إرسالها، ثم يضغط على مفتاح الإرسال الموجود في البرنامج وحينئذ يقوم برنامج البريد الالكتروني الخاص به بإرسال الرسالة إلى الخادم، وحينما يتصل المرسل إليه بالخادم يقوم هذا الأخير بتوصيل الرسالة إلى جهازه حيث تختزن في صندوق بريد المرسل إليه، ومنه يستطيع المرسل إليه فتح صندوق البريد وقراءة الرسائل التي وصلت والرد عليها عن طريق زر الرد عن الرسالة[4].

ووسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الالكتروني هي الكتابة ولا تختلف تلك الكتابة في جوهرها عن الكتابة العادية سوى أن الوسيلة اختلفت، كل ما هناك أن التعبير عن الكتابة بطريقة الكومبيوتر كتابة من نوع خاص ليست كتابة على دعائم ورقية وإنما باستخدام دعائم الكترونية[5].

---

[1] _ يطلق عليه باللغة الانجليزية Electronicmail ويرمز إليه اختصار ب E-mail وكل عنوان للبريد الالكتروني يتكون من قسمين يفصل بينهما الرمز@ ويدل الجزء الأول على اسم المستخدم أو صاحب البريد، كما يدل الجزء الثاني على اسم الشركة أو الشبكة أو الموقع الذي يوجد به البريد الالكتروني.

[2] _ إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص89.

[3] _ عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، جامعة مولود معمري–تيزي وزو، 2014، ص119.

[4] _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص169.

[5] _ أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص45.

فالبريد الالكتروني يمكن استخدامه في أي نوع من أجهزة الكمبيوتر، ويمكن من خلاله نقل وإرسال كافة الأوراق والمستندات والعقود بسرعة فائقة بالمقارنة بالرسائل التقليدية[1]، وعليه يمكن القول أن البريد الالكتروني يعتبر في الوقت الحاضر من أهم الوسائل للتعبير عن الإرادة بواسطة الانترنت وأحدثها، كما أنه لم يعد وسيلة لتبادل المعلومات والمراسلات بل أصبح وسيلة لإبرام العقود بطريقة إلكترونية.

2 – التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة المباشرة والمشاهدة: يستطيع مستخدم الانترنت عبر برنامج المحادثة، التعاقد بطريقة المحادثة مع شخص آخر في وقت واحد عن طريق الكتابة، ويشترط لتشغيل نظام المحادثة أن يكون الطرفان متصلين بأحد أجهزة خدمة (IRC) ويقوم هذا البرنامج بتقسيم الصفحة الرئيسية إلى جزأين، حيث يقوم أحد الأطراف بكتابة أفكاره على شاشة جهازه الشخصي في الجزء الأول، ويسري في الوقت نفسه ما يكتبه الطرف الآخر على الجزء الثاني من صفحة البرنامج[2].

أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة، فيتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية (عبر الميكروفون وكاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب) بما يسمح للطرفين بأن يسمع ويرى كل منهما الآخر، في ذات الوقت الذي يتاح لهما فيه تبادل البيانات المكتوبة فورا، أي يتم التعاقد بالصوت والصورة دون حضور مادي في نفس المكان[3].

ورغم فعالية هذه الوسيلة كصورة من صور التعبير عن الإرادة الالكترونية، فإنها أقل انتشارا و أهمية في التعاقد عن طريق شبكة الانترنت، وإن كانت تجمع مظاهر وأشكال التعبير الصريح عن الإرادة إذ يمكن للطرفين المحادثة شفويا باستعمال ألفاظ مفهومة بينهما[4].

3– التعبير عن الإرادة عبر صفحة الويب (web-site): يعرف موقع الويب بأنه شبكة المعلومات الدولية ومختصرها (WWW) والتي تتكون من عدد كبير من الوثائق المخزنة في حواسيب مختلفة بالعالم[5]، كما أنها تتكون من صفحات وصفحة رئيسية Home page واستخدام هذا الموقع يعني استمراريته على مدار 24 ساعة.

[1] _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص169.

[2] _ بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية، تخصص قانون أعمال، باتنة،2014-2015، ص65.

[3] _ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص91.

[4] _ عجالي خالد، مرجع سابق، ص127.

[5] _ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص91.

فتعد هذه الخدمة من أهم الخدمات التي تقدمها الشبكة لما تحتويه من ملايين الوثائق والمعلومات والمصادر، كما تسمح بزيارة مختلف المواقع على شبكة الانترنت، و تفحص ما بها من صفحات للوصول إلى معلومات معينة أو إبرام عقد معين[1].

فالتعبير الالكتروني عن الإرادة عبر موقع الويب، قد يعبر عنه بالكتابة أو بالنقر على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر الشخصي أو بالضغط على الفأرة في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب، وتسمى هذه الطريقة ok-box وتستخدم من أجل التعاقد سواء بشان المنتجات أو الخدمات الموجودة على صفحات الويب[2].

ويلاحظ أنه في هذه الصورة من صور التعاقد الالكتروني 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 .

4- التعبير عن الإرادة عبر التنزيل عن بعد : يقصد بمصطلح التنزيل عن بعد[3]، نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الانترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل كتصميم هندسي أو موسيقي وهو ما يسمى في التجارة الالكترونية بالتسليم المعنوي، حيث يمكن إبرام العقد وتنفيذه على الخط دون حاجة إلى اللجوء للعالم الخارجي، و التعبير عن الإرادة بواسطته قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود، مثال ذلك أن يعرض الموجب على الموجب إليه ببيع نسخة من فيلم سينمائي، أو قطعة موسيقية، فيقوم الموجب إليه بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية الخاصة به في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، فيتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الالكتروني للأموال، ويقوم الموجب بنقل المبيع إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الانترنت .

ثانيا: صور التعبير عن الإرادة في العقود التي تبرم بالوسائل الالكترونية الأخرى: نقتصر في هذه الدراسة على وسيلتين من وسائل التعاقد الالكتروني وهما التلكس والفاكس.

[1] _ نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012، ص66.

[2] _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص170.

[3] _ مصطلح التنزيل عن بعد في اللغة الفرنسية يعبر عنه بلفظ Téléchargement ، وفي اللغة الانجليزية يعبر عنه ب Downloading.

1 – التلكس: التلكس هو جهاز لإرسال المعلومات بطريقة طباعتها وإرسالها مباشرة، وعدم وجود فارق زمني بين المرسل والمستقبل إلا إذا تم الإرسال ولم يكن هناك من يرد في نفس الوقت[1] على البيانات لحظة إرسالها .

ويوجد التلكس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للاتصالات وسيط ومحايد يحدد هوية المتراسلين، و يكفل استعداد الجهاز المستقبل للاستقبال، ويؤرخ العملية ويحتفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل خلال مدة سنة، وهذا بدوره يوفر الأمان، لأنه يوفر عناصر للإثبات عند حدوث النزاع عن طريق مركز الاتصالات[2].

2 – الفاكس: يقصد بالفاكس جهاز استنساخ ينقل الرسائل بطريقة الكترونية طبقا لأصلها، والتعبير الإرادي الذي يتم عن طريقه يقع ضمن الكتابة المستنسخة[3]، ويلاحظ أن هناك فاصل زمني للرد على المرسل.

كما أن هذا الجهاز يعد أحدث الوسائل الشائعة الاستعمال في التعاقد، فهو عبارة عن جهاز ينسخ بالهاتف، حيث يتم عن طريقه نسخ أو نقل المستندات والرسائل نسخا مطابقا للأصل فتظهر نسخ تلك المستندات والرسائل على جهاز الفاكس الآخر المرسل إليه[4].

الفرع الثاني
لغة التعبير عن الإرادة الالكترونية

إن ما حققته شبكة الانترنت من إذابة الفوارق المكانية والزمنية واختراقها الحدود، وسبرها لأغوار المجهول في النواحي النائية والبعيدة، وفرضها لكثير من المفاهيم الجديدة المشتركة، يثير التساؤل حول ما إذا كان يجب أن يأتي الإيجاب بذات اللغة التي ينطق بها الزائر للموقع لكي ينتج أثره القانوني[5] ؟

إن مشكلة اللغة المستعملة في التعبير عن الإرادة منبثقة من اعتماد نظام معالجة المعلومات بصفة أساسية على اللغة الانجليزية، والتي عادة ما توضع بها البرامج وتوجه بها الأوامر والتعليمات إلى أجهزة الكمبيوتر المتصلة

[1] _ بربي نذير،العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء مجلس قضاء قالمة، 2003-2006، ص19.

[2] _ لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر، الجزائر،2014، ص58.

[3] _ عباس العبودي، مرجع سابق،ص152.

[4] _ عبد الحي القاسم عبد المؤمن، مجلة بحث الرضا العلمية، العدد13، السودان، ديسمبر 2014، ص213.

[5] _ عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية عقد البيع عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص132.

بالشبكة، ومن هنا تثار مشكلة مدى مشروعية التعامل مع الرسائل الالكترونية الصادرة بلغة ما كاللغة الانجليزية في دول لا تعتبر هذه اللغة رسمية لها؟

أولا: اشتراط اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة: الأصل أن المشرع في معظم الدول لا يشترط أن يكون التعبير عن الإرادة باللغة الوطنية، لكن استثناءا ومع ظهور القوانين الخاصة بحماية المستهلك سعى المشرع في بعض الدول لوضع بعض القيود على اللغة المستعملة في التعامل مع المستهلك.

فقد أوجب المشرع الفرنسي صياغة الإيجاب باللغة الفرنسية في نص المادة10 من المرسوم الصادر في 1975/12/31 المتعلق بترويج السلع والخدمات، لاسيما في عرض السلع والخدمات وتوزيعها والدعاية لها أو التعاقد عليها، حيث وتطبيقا لهذا المرسوم قضت أحد المحاكم الفرنسية سنة 1985 بتغريم مدير إحدى دار النشر ب400 فرنك مع تعويض مقداره 2000 فرنك لأنه استخدم في نشر العروض كلمتين باللغة الانجليزية على الرغم من وجوده مرادف لهما باللغة الفرنسية كان بإمكانه أن يستعملهما[1].

عدل هذا القانون في4 أوت 1994 بموجب القانون رقم 65/94 المسمى بقانون توبون Toubon والمتعلق باستعمال اللغة الفرنسية مشددا على استعمال اللغة الوطنية في جميع مجالات التعاقد، وقد نص في مادته الثانية على وجوب ذلك بما فيها التجارة الالكترونية، وعلى وجه الخصوص "في وصف الشيء أو المنتج أو الخدمة وتعيين نطاقه وماله من ضمان، وفي الإيجاب، وكذلك في طريقة التشغيل أو الاستعمال، وفي الفواتير والإيصالات"[2].

وقد ورد نفس الالتزام في قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 21 لسنة 1988 ،والذي جعل من قاعدة التعبير عن الإرادة باللغة الفرنسية من النظام العام، وإلا تعرض مخالفيها للجزاء الجنائي[3].

وعليه فإذا كانت بعض التشريعات المحلية تستوجب استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الرادة، إلا أن عالمية الشبكة و دولية العرض ليس من شأنها الاستجابة للمتطلبات المحلية وفي كل دولة من دول العالم، وليس من الضروري أن تسعى كل دولة في العالم، وفي سبيل حمايتها لرعاياها أن نشترط استخدام لغتها الوطنية في التعبير عن الإرادة، لأن ذلك سينطوي على السماح لسيئي النية من التلاعب في البيوع عبر الشبكة، ومع ذلك نجد أن معظم المواقع العالمية أو المواقع ذات الصبغة الانتشارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية

[1] _خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص217.

[2] _ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص74.

[3] _ قادم سعاد شهرزاد، التعبير عن الإرادة بين العقد التقليدي والعقد الالكتروني على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون مدني، وهران 2013-2014، ص159.

وكاملة لكل محتويات الموقع، وبالتالي فهي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها وتجذبهم لذلك و تتعاطى معهم بلغاتهم المحلية[1].

ومن ناحية أخرى فان العروض عبر الانترنت غالبا ما تأتي مقيدة بحدود المكان و الإقليم و بالتالي فهي من هذه الناحية موجهة لحد ما ومقتصرة ضمن مفاهيم مشتركة لمن يشملهم العرض مما لا يبقى معه أي خشية من أن يأتي العرض متضمنا الإيجاب بلغة محدودة، فإذا صدر هذا التعبير بلغة لا يفهمها المتلقي فانه لن يستطيع أصلا الدخول للقبول فيها، و على ذلك فإذا ما قبل مشتر عربي منتجا صينيا معروضا على موقع باللغة الصينية فإن هذا قرينة على أنه يجيد استخدام اللغة، وإلا لما استطاع أن يساير هذا الموقع، وبهذه اللغة ويطبق كل عمليات البيع بالتسلسل حتى وصل به الأمر إلى الالتزام[2].

ويستفاد مما سبق أن بعض التشريعات المحلية تستوجب استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة (الإيجاب)، إلا أن عالمية الشبكة ودولية العرض تحول دون الاستجابة للمتطلبات المحلية لهذه الدول، لذا ظهرت مشكلة اللغة وثار التساؤل حول مدى جواز استناد المستهلك الفرنسي إلى قانون Toubon ليتمكن (سوء النية) من طلب إبطال العقد؟

ثانيا: مشكلة اللغة في التعاقد الالكتروني: إنه من الصعب قبول فكرة استناد المستهلك الفرنسي إلى أحكام قانون توبون Toubon للمطالبة بإبطال عقد مبرم بغير اللغة الفرنسية لاسيما إذا وجد نفس القانون في دولة التاجر[3].

إن اتسام الإيجاب عبر شبكات الانترنت بالعالمية، و استعمال اللغة الانجليزية عادة في التعبير عن الإرادة وهو ما يستتبع إبرام العقد بهذه اللغة، يؤدي إلى احتواء العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة إلا في النظام القانوني المتبع في دولة المنتج، وقد تحمل أكثر من معنى عند الترجمة، لذا ظهرت مشكلة اللغة بحدة في التعاقد الالكتروني فهناك من يرى أنه من الأفضل احترام لغة المستهلك[4].

[1] _ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص133.

[2] _ المرجع نفسه، ص134.

[3] _ Jean BEAUCHARD ،« l'offre dans le commerce électronique ،le contrat électronique au cœur du commerce électronique، université de Poitiers، 2005، p43.

[4] _ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص160.

بينما يرى البعض الآخر أنه من الصعوبة فرض لغة المستهلك في التعاقد، باعتبار أن شبكة الانترنت عالمية، أو العقد الالكتروني في الغالب عقدا دوليا[1]، وفي محاولة للتخفيف من آثار قانون توبون Toubon عند التعامل عبر شبكات الانترنت، فإن التوجيه الأوربي الصادر في21 ماي 1992 الخاص بحماية المستهلك قد نص على: "إذا استجاب مستهلك فرنسي للإعلان في صحيفة ناطقة بالانجليزية أو برنامج دعائي تلفزيوني بالألمانية فلا يجوز له أن يتوقع تلقي جميع المعلومات بلغته الوطنية فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقتها اللغوية وقرر المستهلك أن يتعاقد فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة عائقا أمام هذا العقد العابر للحدود"[2].

يفهم من هذا النص أن عائق اللغة في إبرام العقد ولو عبر الانترنت لم يعد موجودا، حماية لمصلحة المستهلك وهذا ما سعت إليه المحكمة الفرنسية ممثلة في رئيس وزرائها الذي أصدر منشورا في 1992/05/19 يتضمن تعديلا لقانون توبون، و قد أوجب هذا المنشور استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشات مع إجازة أن يصاحبها ترجمة باللغة الانجليزية أو بأية لغة أجنبية أخرى[3].

إن الالتزام بإبرام العقد الالكتروني باللغة الوطنية يؤدي لوضع عقبات على طريق انتشار التجارة الالكترونية لذا يرى جانب من الفقه الفرنسي أن استخدام اللغة الفرنسية في إطار البيع الالكتروني للمستهلك يجب أن يوضع في إطار المادة30 من اتفاقية روما التي بينت فيها بدائل متعددة لاستخدام اللغات في المعاملات والاتصالات التجارية[4].

بالرجوع إلى الواقع يتبين أن معظم المواقع العالمية ذات الصيغة التجارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، و توفر ترجمة فورية كاملة لكل محتويات الموقع، سعيا منها لتسهيل دخول الزائرين لها وجذبهم بالتعاطي معهم بلغاتهم المحلية[5].

يستخلص مما سبق أن اللغة الوطنية ليست قيدا على التعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت، فمن الممكن إذن للتاجر العربي أن يوجه إيجابا باللغة العربية على أن تصاحبه ترجمة بلغة أو لغات أجنبية، وبالرجوع إلى القوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية، نجد أنها لم تتعرض إلى اللغة التي يجب أن يكون التعبير عن الإرادة بها،

---

[1] _ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص133.

[2] _ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص75.

[3] _ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص70.

[4] _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص219.

[5] _ هناك ستة لغات معتمدة لدى منظمة الأمم المتحدة ONU وهي الإنجليزية، العربية، الصينية، الإسبانية، الفرنسية، والروسية وقد عمدت هذه المنظمة على تحديد اتفاقيتها بمصطلحات حيادية تتفق مع ما هو معمول به في القوانين الداخلية للدول الأعضاء. راجع في ذلك:
Stéphane CHATILLON ،le contrat international، Quercy Mercués ، paris، «3éme éditionne، 2007، p81

وعلى ذلك يمكن القول أن للأطراف حرية اختيار لغة التعاقد وفقا للقواعد العامة التي لا تضع قيودا على لغة العقد فالمهم أن تكون هذه اللغة مفهومة لكل المتعاقدين[1].

المطلب الثاني

مدى جواز التعبير الالكتروني عن الإرادة

من المفيد القول أن الشخص لا يرتبط بأي عقد ما لم تتجه إرادته إلى إبرامه ولأن أي عقد مهما كانت تسميته أو تكييفه لا يتم إلا بعد أن يتبادل أطرافه التعبير عن إرادتين متطابقتين (إيجاب، قبول)، ومن هنا تكمن أهمية أن يتم التعبير عن الإرادة بصورة مشروعة وقانونية، كي لا تثير الوسيلة المستخدمة لنقل الإرادة والتعبير عنها الشكوك حول وجود التراضي من كلا المتعاقدين، و لما كان البحث في مسالة التراضي عبر شبكة الانترنت قد يثير أمامنا مثل هذه المخاوف فإن أول ما يطالعنا في هذا الشأن هو البحث في مسألة مدى جواز التعبير الالكتروني عن الإرادة.

ومما لاشك فيه أن معظم التشريعات الحديثة وتطبيقا للمبادئ العامة فإنها قد رسخت قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير أي شك أو إشكال في رضا المتعاقد بالتصرف، وذلك تغليبا لمبدأ سلطان الإرادة[2].

وفي غياب التنظيم التشريعي للتعاقد الالكتروني بدت ضرورة اللجوء إلى الأحكام العامة الواردة في التشريعات الخاصة التي يستفاد منها جواز التعاقد بأي موقف أو مسلك لا يدع ثمة مجال للشك في دلالته على حقيقة المقصود[3].

لقد دفعت ثورة المعلومات وانتشار استخدام شبكات الاتصال في إبرام الصفقات والعقود مشرعي الدول و المنظمات الإقليمية والدولية إلى إقرار هذا الواقع، ومن ثم إجازة التعبير عن الإرادة العقدية عبر وسائل إلكترونية[4]، إلا أن معظم هذه القوانين إستثنت تطبيق هذه الأحكام على مجموعة من التصرفات، فمنها من حصرت هذه الاستثناءات و ضيقت من نطاقها و منها من وسعتها إلى درجة كبيرة.

[1]_قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص161.

[2]_محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الانترنت (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص40.

[3]_ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص145.

[4]_ فراح مناني، مرجع سابق، ص73.

فقد ارتأينا دراسة هذا الموضوع في فرعين خصصنا الأول منها لبحث قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل، أما الفرع الثاني فقد خصصناه لبحث الاستثناءات الواردة على هذه القاعد.

الفرع الأول

قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل

الأصل في التعبير أنه لا يخضع لشكل معين، فالمتعاقد أن يفصح عن إرادته بالطريقة التي تروق له بشرط أن يكون لها مدلولا يفهمه الطرف الآخر مما يعني أن كل ما يدل على وجود الإرادة فإنه بالضرورة يصلح قانونا للتعبير عن الإرادة، وإن كان من الإمكان التعبير عن الإرادة باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة فإنه يصح أن يتم باتخاذ أي موقف عملي معين يمكن أن يعبر عن إرادة المتعاقد لدى الأطراف[1]، إذا كان هذا الموقف كافيا للدلالة عنها دلالة أكيدة، و هذا ما نصت عليه صراحة المادة 60 من ق م ج[2]، فما هو موقف الشريعة الإسلامية والقواعد العامة و التشريعات الحديثة من هذه القاعدة في مجال التعاقد الالكتروني؟

أولا: موقف الشريعة الإسلامية والقواعد العامة من قاعدة جواز التعبير: سنتناول موقف الشريعة الإسلامية والقواعد العامة من هذه القاعدة.

1- موقف الشريعة الإسلامية: يرى فقهاء الشريعة الإسلامية أن الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب والقبول من طرفي العقد ووصول كل منهما إلى الأخر بصورة معتبرة شرعا وفهم كل الطرفين ما قصده الآخر، وهذا كله يتحقق في التعاقد بطريقة الانترنت سواء على شبكة المواقع أو عبر البريد الالكتروني أو المحادثة أو المشاهدة، فيكون التعاقد صحيحا تترتب عليه آثره المعتبرة شرعا[3].

وقد بحث مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة في دورته السادسة، و أصدر بذلك قرار رقم (6/3/52) الذي نص على صحة إجراء العقود بهذه الوسائل ومنها الحاسب الآلي، وبين بعض الأحكام المتعلقة به وقد قرر مجمع الفقه الإسلامي مايلي: "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر و لا يسمع كلامه، و كانت وسيلة الاتصال

[1]_ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص15.

[2]_ أمر رقم 58/75 يتضمن القانون المدني الجزائري، مؤرخ في 1975/09/26 ج ر رقم 78 لسنة 1975 وهو معدل ومتمم.

[3]_ فراح منايي، مرجع سابق، ص122.

بينهما الكتابات أو الرسالة أو السفارة –الرسول– وينطبق ذلك على البرق و التلكس و الفاكس و شاشات الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه و قبوله"[1].

ومن هنا يتبين أن الشريعة الإسلامية اتخذت موقفا واضحا يتماشى مع تطورات العصر بالاعتداد صراحة بوسائل الاتصال الحديثة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقد.

2– موقف القواعد العامة: يمكن التعبير عن الإرادة باستخدام اللفظ (سواء كانت الألفاظ صادرة مباشرة من اللسان أو يؤديها اللسان بواسطة المخاطبة التليفونية)، وقد يكون بواسطة الكتابة (في أي شكل من أشكالها رسمية أو عرفية وسواء أوردت في شكل سند أم كتاب أم نشرة أم إعلان، وسواء كانت مكتوبة باليد أو بالآلة الطابعة)، وقد يتم بالإشارة المتداولة عرفا[2].

ولما كانت الوسيلة الالكترونية تقوم على الجمع بين تقنيات النص عن طريق الكتابة (كالبريد الالكتروني، أو عن طريق غرف المحادثة، ومجموعات الأخبار) والصوت (غرف المحادثة، ومجموعات الأخبار، هاتف الانترنت) والصورة، بل وإن هذه الشبكة قادرة على دمج هذه التقنيات (النص والصوت والصورة) بصورة أفضل من أية وسيلة اتصال أخرى، وبالتالي فلا إشكال في تطبيق أحكام القواعد العامة على التعبير عن الإرادة بالوسيلة الالكترونية[3]، فالصوت المتبادل هو لفظ صريح يصلح للتعبير عن الإرادة كما أن الكتابة الواردة في خدمات شبكة الانترنت تعتبر كالكتابة العادية من حيث قدرتها على التعبير عن الإرادة بغض النظر عن قيمتها في الإثبات.

هناك مسألة أخرى تثير إشكالات بالنسبة لصور التعبير عن الإرادة، وهي تلك المتعلقة بمدى كفاية الضغط على مفتاح القبول في لوحة مفاتيح الحاسوب أو الضغط بواسطة المؤشر المتحرك في شاشة الحاسوب، على الخانة المخصصة للقبول للتعبير عن الإرادة، ففي أغلب العقود التي تتم عبر الانترنت و بالذات عبر مواقع الويب غالبا ما يجد الراغب بالتعاقد مع هذه المواقع خانة مخصصة لقبول التعاقد تتضمن عبارات تدل على الرضا أو الموافقة مثل (I accepte) أو(Ok) أو (I agrée)، فهل يعتبر الضغط بالمؤشر على هذه الخانة كافيا للتعبير عن الإرادة بالموافقة ؟

[1] _ فراح مناني، مرجع سابق، ص122.

[2] _ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، مصادر الالتزام العقد، دار النهضة العربية، الطبعة الثالثة، القاهرة، 1981، ص217، 218.

[3] _ محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص42.

بالرجوع إلى الفقه القانوني نجده قد استقر على كفاية مثل هذا الإجراء للتعبير عن الإرادة طالما استطاع صاحب الموقع التجاري أن يفهم منه بصورة يقينية أن الطرف الآخر قد قبل التعاقد[1] .

إن قيام المشرعين في معظم الدول بذكر وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل المثال لا الحصر[2]، يهدف إلى إفساح المجال أمام أي وسيلة الكترونية، أو غيرها يتم اكتشافها مستقبلا، وتكون قادرة على التعبير عن الإرادة بصورة لا تثير الشك بشأن رضاء المتعاقد بالتصرف باعتبارها من الوسائل المقبولة للتعاقد والتعبير عن الإرادة.

كما يلاحظ أن المشرعين لو يولوا أهمية كبيرة في تعريف العقد لموضوع التعبير عن الإرادة ووسائل إيصال الإيجاب والقبول بقدر اهتمامهم بمسألة ارتباط الإرادتين وتطابق القبول مع الإيجاب، ويستنتج من ذلك أن أية وسيلة تؤدي إلى ارتباط الإرادتين وتطابقهما يمكن أن تكون صالحة للتعبير عن الإرادة ويجوز استخدامها قانونا سواء كانت إلكترونية أو تقليدية .

أما فيما يخص المشرع الجزائري فبالرغم من عدم سنه نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية الحديثة، إلا أن مشروعية التعاقد بواسطة هذه الوسائل تستخلص من القواعد العامة الواردة في القانون المدني حيث :

– نصت المادة 64 من ق م ج :"إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص آخر بطريقة الهاتف أو بأي طريق مماثل".

تفيد عبارة "بأي طريق مماثل" أن المشرع فتح المجال للعمل بباقي الوسائل التي تقترب فنيا من الهاتف، لذا يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الالكترونية خاصة منها الانترنت كون الاتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفوية، وأن البريد الالكتروني يشبه الفاكس أو المراسلة .

– الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة[3]، الذي كرسته المادة 60 من ق م ج والتي تنص في فقرتها الأخيرة على مايلي: "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".

[1] _ محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص43.

[2] _ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص82.

[3] _ برني نذير، مرجع سابق، ص21.

يفهم من هذه الفقرة أن أساليب التعبير عن الإرادة مفتوحة، إذ بمجرد قيام أي فرد بعرض موقع دائم وثابت له على شبكة الانترنت يعني اتخاذ مسلك وطريق يشير ويعلن فيه إلى الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه، فشبكة الانترنت تعرض على مدار 24 ساعة إعلانات عن البيع والشراء وتقديم الخدمات[1].

- إن مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين" الوارد في ق م ج يسمح بالتفاوض وإبرام العقود الالكترونية في ظل التشريعات السارية بناءا على المبادئ التعاقدية التي اتفق عليها الأطراف ما لم تتعارض مع النصوص التشريعية الآمرة الموجودة في ق م ج، وما لم تتعارض مع النظام العام والآداب العامة[2].

- تنص المادة 323 مكرر من ق م ج: "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها".

يفهم من هذه المادة أن المشرع الجزائري أراد توسيع دائرة وسائل التعاقد ليفسح المجال للوسائل الالكترونية، وكذا الوسائل التي يمكن اختراعها مستقبلا، لتكون ضمن الوسائل المعتد بها للتعاقد.

ثانيا: موقف التشريعات الحديثة الخاصة بالمعاملات الالكترونية: اتفق أغلبية الفقهاء على أن ازدياد استخدام وسائل الاتصال الفوري، بوصفها طرق تعبير عن الإرادة وتراجع الوسائل التقليدية في هذا المجال، يستدعي من القوانين الحديثة مسايرة الآفاق الجديدة التي تولدت بفعل استخدام تكنولوجيا الاتصال[3].

ظلت المدرسة التحريرية الأمريكية تناشد بضرورة مسايرة القانون للآفاق الجديدة، ودعت إلى تبني منظومة حديثة تتلاءم والتعامل الالكتروني الحديث، وتعتمد هذه المدرسة بالأساس على الحرية المطلقة للمتعاقدين في تكوين العقد وتنفيذه، لا تحكمها أية قاعدة قانونية مسبقة، وكان هذا الرأي مؤيدا في كثير من وصايا المؤتمرات ومناشدات الباحثين، كما كان دافعا قويا لسن العديد من التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية سواء على الصعيد الدولي أو الداخلي[4].

[1]_ فراح مناني، مرجع سابق، ص133.
[2]_ المرجع نفسه، ص134.
[3]_عباس العبودي، مرجع سابق، ص60.
[4]_ مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص21.

1- موقف التشريعات الحديثة على الصعيد الدولي: أقرت اتفاقية فيينا بشأن عقد البيع الدولي للبضائع المبرمة في 11 أفريل 1980 صلاحية وسائل الاتصال الفوري في إبرام العقد، فالمادة 11[1] منها لا تشترط لانعقاده شكل معين كالكتابة مثلا، بل تجيز انعقاده بأية وسيلة، وعليه يمكن التعبير عن الإرادة في عقد البيع الدولي للبضائع باستخدام أي من خدمات شبكة الانترنت كالبريد الالكتروني، أو عقود الويب أو غرفة المحادثة أو غيرها طالما أنها قادرة على إيصال كل من المتعاقدين إلى الآخر، وبالتالي تطابق هاتين الإرادتين وانعقاد العقد[2].

ولما كانت هذه الاتفاقية تتعلق فقط بتنظيم عقد البيع، وتخص فقط عقد البيع الدولي دون عقود البيع الوطنية بقيت الشكوك حول استعمال الوسيلة الالكترونية قائمة إلى أن أصدرت منظمة الأمم المتحدة، ممثلة في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المسمى ب(اليونسيترال Uncitral)[3].

إن أهم ما جاء به قانون اليونسيترال هو نصه في الفقرة الأولى من مادته الثانية على أن وسائل الاتصال التي تتم عن طريقها التجارة الالكترونية مذكورة على سبيل المثال لا الحصر.

إن الغاية من إصدار قانون اليونسيترال هو جعله نموذجيا تحتذى به أية دولة ترغب في إصدار قانون تنظم بموجبه شؤون التجارة الالكترونية باستخدام شبكة الانترنت أو أية وسيلة تقنية أخرى. و هذا ما حفز العديد من الدول إلى إصدار مثل هذا القانون مسترشدة بالقانون النموذجي.

وعلى صعيد الاتحاد الأوربي فقد ورد في التعليمة الخاصة بالتجارة الالكترونية رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/06/08 في الفقرة الأولى من المادة التاسعة ما يلزم الدول الأعضاء في الاتحاد الأوربي، بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإبرام العقود بالوسائل الالكترونية لا يمس صحتها وقابليتها للتنفيذ[4] .

2- موقف التشريعات الحديثة على الداخلي: تعتبر الولايات المتحدة الأمريكية من الدول السباقة لتشجيع استخدام أسلوب التجارة الالكترونية في التعاقد حيث بلغ عدد مستخدمي الانترنت في أمريكا عام 2002 حوالي 100 مليون مستخدم، وبلغ حجم المعاملات في مجال التجارة الالكترونية 115 مليار دولار عام

---

[1]_ تنص المادة 11 من إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع على مايلي :"لا يشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة، ولا يخضع لأي شكلية، ويجوز إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة".

[2]_عباس العبودي، مرجع سابق، ص24. وكذلك محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص45.

[3]_ أنشأت الجمعية العامة لمنظمة الأمم المتحدة اليونسيترال في 1996/12/16 بناءا على تقرير اللجنة السادسة (A/51/622)، لمزيد من المعلومات، راجع موقع قانون اليونسيترال على الانترنت. www.uncitral.org

[4]_ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص150.

2001، إذ أصدرت قانون النقل المصرفي بالطرق الالكترونية عام 1978 والذي يسمح بإجراء عمليات الإيداع نقدا أو شيكات أو النقل المصرفي بالطرق الالكترونية[1].

كما أصدرت فرنسا القانون رقم 525/80 المتعلق بإثبات التصرفات القانونية التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الفوري ذات المعالجة الآلية سنة 1980، ثم قانون الاتصالات السمعية والبصرية عام 1989، وقد بين هذا القانون أن المقصود من إصلاح الاتصالات عن بعد هو الإصلاح الذي يشمل كل تعامل وكل إرسال أو استقبال للعلامات والإشارات والخطوط المكتوبة والصور والمعلومات مهما كان نوعها، وقد ساير هذا الاتجاه كل من ايطاليا وكندا بسنها لقانون التجاري الالكترونية عام 1999.

كما أن فرنسا أصدرت بعد ذلك القانون رقم 2000/230 في شأن قانون الإثبات والمتعلق بالتوقيع الالكتروني، وقانون 21 جوان 2004 المتمم بموجب المرسوم المؤرخ في 2005/06/16 الذي ينظم نوعا خاصا من العقود وهي العقود الالكترونية[2].

أما على الصعيد العربي فرغم أن معظم الدول العربية لم تشرع قانونا لتنظيم المعاملات الالكترونية، إلا أن مجموعة منها حذت حذو القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (اليونستيرال) وتعتبر تونس أول دولة عربية أصدرت قانونا خاصا بالتجارة الالكترونية سنة 2000 تحت رقم 83، والذي تضمن القواعد العامة المنظمة للمبادلات والتجارة الالكترونية وقد نص هذا القانون على أن العقود الالكترونية تخضع لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون.

أصدرت أيضا دولة قطر قانون رقم 16 سنة 2010 خاصا بالمعاملات و التجارة الالكترونية الذي نص في مادته الرابعة أنه يجوز عند إبرام العقود أو إجراء المعاملات، التعبير عن الإيجاب أو القبول كليا أو جزئيا برسالة بيانات تتم بواسطة اتصالات إلكترونية.

كما نص قانون المعاملات و التجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 في المادة 13:"لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب و القبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الالكترونية، لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر".

[1] _ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص33.

[2] _ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص24.

ونص كذلك قانون المعاملات الالكتروني الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 13 منه:"تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء إلزام تعاقدي".

وفي السياق نفسه تنص المادة 10 من القانون التجاري الالكتروني البحريني رقم 28 لسنة 2002 على أنه:"في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب و القبول و كافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الالكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"[1].

أما المشرع الجزائري فقد تأخر في سن قانون خاص بالمبادلات الالكترونية، واكتفى بإدخال بعض التعديلات على القانون المدني لسنة2005، كما أشرنا سابقا.

يستنتج مما سبق، أنه وإن لم يرد صراحة إجازة التعبير عن الإرادة عن طريق الوسائل الالكترونية في القواعد العامة في معظم التشريعات إلا أنها لم تتضمن في المقابل أية نصوص تمنع ذلك، إضافة إلى أنه تم تدوين هذه النصوص بشكل يمكنها استيعاب هذه الوسائل و إعطائها المشروعية، لكن عدم تنظيم مشروع أي بلد على مثل هذه المعلومات بالشكل الكافي يؤدي إلى حماية المتعاقدين بهذه الوسائل حماية كافية، لذا سعى المشرع على المستويين الدولي و الداخلي فضل حسما للمسألة و ذلك بسن نصوص صريحة تعطي المشروعية و تجيز استخدام مثل هذه الوسائل[2]. ومنه فهل المسألة مطلقة في كل الأحوال أم توجد استثناءات عليها ؟

الفرع الثاني

الاستثناءات الواردة على قاعدة جواز التعبير الالكتروني عن الإرادة بكافة الوسائل

لاحظنا أن معظم التشريعات الحديثة التي نظمت مسائل التجارة الالكترونية قد أدرجت نصوصا صريحة تجيز لأطراف التعامل التعبير عن إرادتهم باستخدام الوسائل الالكترونية منها شبكة الانترنت، باعتبار أن جميع الأطراف أكدت في الوقت نفسه على حرية الأطراف في الاتفاق على خلاف ذلك[3]، بمعنى أنها لم تفرض شكلا معينا للتعبير عن الإرادة.

[1]_ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص151.

[2]_ محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص51.

[3]_ فراس بحر محمود، التعبير الالكتروني عن الإرادة، ص37 مقال منشور على الموقع:

www.asj.net/iasj?Func=Fulltext&ald=19137

ومتى اتفق الأطراف على التعبير عن إرادتهم بالوسائل التقليدية كان ذلك ملزما لها، فلا يجوز لها إجراءها بطريقة الكترونية، فإن مجال إجازة إبرام العقود بالطرق الالكترونية لم يعد مطلقا فهناك قوانين أوردت بعض الاستثناءات على سبيل الحصر، في حين وسعت قوانين أخرى من مجال الاستثناءات.

إن الشريعة الإسلامية جعلت الرضى هو الركن الأساسي في انعقاد العقود بأي شكل، أي دون أن تشترط الشكلية[1]، و مادام الركن الأساسي في العقد هو صدور الإيجاب و القبول من طرفي العقد ووصول كل منهما إلى علم الآخر بصورة معتبرة شرعا و فهم كلا الطرفين ما قصده الآخر، و هذا كله متحقق في التعاقد عن طريق الانترنت، فيكون التعبير عن الإرادة جائزا لينتج آثاره القانونية، و قد بحث مجمع الفقه الإسلامي السابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي حكم إجراء العقود بآلات الاتصال الحديثة في دورته السادسة و صدر بذلك القرار رقم 06/03/52 ، و الذي نص على صحة إجراء هذه العقود إلا أنه استثنى بعض العقود لخصوصيتها و هي: عقد الصرف، عقد النكاح، و عقد السلم.

فيما يخص القانون النموذجي"اليونسيترال" فقد كان هدفه الأساسي هو مساعدة الدول في تطوير تشريعاتها لتستجيب لحاجيات التجارة الالكترونية، كما سعى إلى توحيد الأحكام و تقارب الحلول للمشاكل الثانوية المتعلقة بهذا النوع من التجارة[2]، حيث نصت المادة الأولى من قانون اليونسيترال على أنه"ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعاملات تكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

يظهر من خلال هذه المادة أن هذا القانون ضيق من حيث نطاق تطبيقه، و جعله يقتصر على التجارة الالكترونية إلا أنه في نفس الوقت وسع من نطاق هذه التجارة لتشمل كل الأنشطة التجارية.

وقد انتهج بعض المشرعين نهج القانون النموذجي، وأصدروا تشريعات لتنظيم المعاملات التجارية الالكترونية فهناك من تقيد بمضمون هذا القانون وفقا لنطاقه الضيق كمشروع قانون التجارة الالكترونية المصري، والذي أجاز التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الالكترونية في كافة الأنشطة التجارية دون أية قيود أو استثناءات، وهناك من عدل فيه بوضع استثناءات حسب مجال العقد أو شكله[3].

[1]_ قال الله تعالى "يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضي منكم" سورة النساء (الآية29)

[2]_ محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص53.

[3]_ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص32.

كما انتهج كذلك المشرع الكويتي نهجا مقاربا لقانون اليونسيترال في تبنيه مشروع قانون التجارة الالكتروني الكويتي، وذلك من خلال نص المادة الأولى منه، حيث حصر مجال تطبيق القانون الخاص بتنظيم استعمال الوسائل الالكترونية على الأعمال التجارية مستثنيا بذلك أي عمل غير تجاري.

كما تبنت بعض التشريعات قانون اليونسيترال مع توسيع نطاقه، بحيث لا يقتصر فقط على الأعمال التجارية بل أيضا على الأعمال غير التجارية، فظهرت تشريعات تحت عنوان "المعاملات الالكترونية أو المبادلات الالكترونية"[1]، ومن بين التشريعات التي سايرت الاتجاه الموسع لنطاق تطبيق القانون النموذجي، قانون المعاملات الالكتروني الأردني المؤقت الصادر سنة 2001 تحت رقم 85 إذ يطبق على جميع المعاملات التي تتم عبر الوسائل الالكترونية سواء كانت مدنية أو تجارية، لكن رغم هذا التوسع إلا أن المشرع الأردني أورد بعض الاستثناءات في المادة السادسة منه، تتعلق بالجانب الشكلي للمعاملة أو التصرف المبرم عبر الوسائل الالكترونية، وقد ذكر النص على سبيل المثال لا الحصر مجموعة من المعاملات الشكلية التي لا يسري عليها القانون[2].

لقد كان المشرعون الغربيون هم السابقين لوضع هذه الاستثناءات، فقد استبعد المشرع الأمريكي بعض التصرفات والأعمال القانونية كمسائل قانون الأسرة وكذا قرارات وأوامر المحاكم وأوراق ومستندات التقاضي، في حين استثنى المشرع الكندي الوصايا و المستندات المتعلقة بالعقارات وتسجيلها والسندات المالية.

أما المشرع الفرنسي فقد استحدث نص المادة 1316 من القانون المدني، التي جاءت بمفهوم واسع للكتابة فلم يقتصر فقط على الكتابة على الورق فقد شمل أيضا الكتابة في الشكل الالكتروني، أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد حذى حذو المشرع الفرنسي بسن المادة 323 مكرر1 من ق م ج المقابلة للمادة 1316 من القانون الفرنسي والتي تنص على مايلي:"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ومن خلال هذا النص وباعتبار المشرع الجزائري يشترط لإبرام العقود التي تخضع للكتابة أن يشهد إبرامها الضابط العمومي ويقوم بتوقيعها وختمها وهذا أمر لا يمكن للكتابة الالكترونية أن تضمنه، لذا يمكن الإشارة إلى

[1]_ هناك عدة تشريعات بهذه التسمية مثل: مرسوم قانون المعاملات الالكتروني البحريني، قانون المعاملات الالكتروني الأردني، قانون المبادلات والتجارة الالكتروني التونسي، مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني.

[2]_ محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص60.

عدم صلاحية هذا النص لاعتماده في العقود التي يشترط فيها الكتابة كركن لانعقادها، أما بالنسبة إلى العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فتكاد تنعدم في القانون الجزائري[1].

المبحث الثاني

مرحلة انعقاد العقد الالكتروني

يعتبر العقد الالكتروني واحد من تطورات القرن الماضي، بعد الازدياد في استخدام المعلوماتية والتطور الذي لحق بالتجارة الالكترونية، فهو لا يختلف عن العقد العادي في أركان انعقاده و شروط صحته والأثر المترتب عليه من حيث المسؤولية وإنما يختلف عنه في الوسيلة التي يتم بواسطته إذ يكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، وذلك بفضل التواصل بين المتعاقدين بوسيلة مرئية مسموعة عبر شبكة دولة مفتوحة للاتصال عن بعد، فالعقد الالكتروني يشترط لانعقاده توافر ركن التراضي بين الطرفين، ولكي يقوم هذا الركن لابد من توافر إرادة أولى تسعى للدخول في رابطة عقدية تسمى الإيجاب ثم إرادة أخرى موافقة ومطابقة لها وهي القبول. (المطلب الأول)

لكن الأمر يختلف في حال كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده حيث يكون كل طرف في مكان مختلف ويفصل بينهما بعد جغرافي، أي أنه يجمعهما مجلس عقد افتراضي. (المطلب الثاني)

المطلب الأول

عنـاصر تـطابــق الإرادتين

تقتضي القواعد العامة في القانون المدني أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل شخصان التعبير عن إرادتين متطابقتين قانونا، وهذا ما تنص عليه المادة 59 من ق م ج[2]:"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية".

فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها، فبمجرد ما إلتقت الإرادتان المتطابقتان يمكن القول بوجود التراضي[3]، وينعقد العقد طبعا مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد.

---

[1]_ فراح منابي، مرجع سابق، ص72.

[2]_ يتطابق هذا النص مع المادة 89 من التقنين المدني المصري، والمادة 90 من التقنين المدني الأردني، والمادة 23 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

[3]_ محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص127.

إن التعبير عن إرادة واحدة لا يكفي لإنشاء العقد و تكوينه، فلابد من توافر إرادة أخرى يتم التعبير عنها على نحو يجعلها تتطابق مع التعبير الأول[1]، وتطابق الإرادتين يتم بصدور إيجاب من أحد الطرفين يعرض رغبته في التعاقد، وقبول من طرف آخر يتطابق معه.

ولا يختلف الإيجاب والقبول الالكتروني عن الإيجاب والقبول التقليدي إلا أن لهما خصوصية معينة تتبع من الوسيلة المستخدمة في التعبير عنهما مع الحفاظ على الجوهر والخطوط الأساسية التي صاغتها النظرية العامة للعقد التقليدي. لذلك نخصص الفرع الأول من هذا المطلب للإيجاب الذي يتم بوسيلة الكترونية لنقف على مظاهر الخصوصية فيه، ونعالج في الفرع الثاني القبول في العقد الالكتروني.

الفـرع الأول
الإيجاب الالكتـروني

لكي ينعقد العقد بصفة عامة، سواء كان عقدا مبرما بالوسائل التقليدية أو عقدا مبرما بالوسائل الالكترونية الحديثة، لابد أن يصدر إيجابا من أحد المتعاقدين متضمنا لكافة العناصر الأساسية ليتم إصدار قبول كامل لا يحتوي أي خلل يمكن أن يؤدي لإحداث أية إشكالات في المستقبل.

من هنا يظهر جليا، أن الإيجاب يعتبر الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، ومنها العقد الالكتروني، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد ولكون الإيجاب الالكتروني يتم باستخدام وسيط الكتروني جعله يتمتع بخصوصية تثير العديد من الإشكالات، والهدف من هذه الدراسة ليس التعرض لمسألة الإيجاب في البيئة الالكترونية، وهو ما يدعو إلى ضرورة تحديد مفهوم الإيجاب الالكتروني، ثم تحديد شروطه.

أولا: مفهوم الإيجاب الالكتروني: الإيجاب –بوجه عام– هو (التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه، إذا لحقه قبول مطابق له)[2]، بمعنى أن الإيجاب هو عرض جازم وكامل للتعاقد وفقا لشروط معينة، بحيث يوجهه شخص إلى شخص معين أو إلى أشخاص غير معينين بذواتهم أو إلى الكافة[3].

كما عرف جاك جاستن الإيجاب بأنه: (تعبير عن الإرادة المنفردة من قبل الشخص الذي يقصد التعاقد مع الأخذ بعين الاعتبار الشروط الأساسية للتعاقد وقبول هذه الشروط من طرف القابل لانعقاد العقد).

---

[1]_ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص122.

[2]_ خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1991، ص42.

[3]_ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص124.

ومن جانب القضاء فقد عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه: (عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر) [1].

من خلال هذه التعريفات نجد أن الإيجاب يجب أن يتضمن على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، وأن يكون جازما وكاملا، ذلك أنه إذا لم يتضمن الإيجاب العناصر الأساسية للتعاقد فإنه بذلك لا يكون تعبيرا في إيجاب، وإنما عبارة عن دعوة للتعاقد[2]، فإذا كان هذا هو الإيجاب بصفة عامة فما هي أوجه الخلاف بينه وبين الإيجاب الإلكتروني؟ وللإجابة على هذا التساؤل يتطلب الأمر التطرق إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني وتحديد خصائصه، ثم بيان صوره.

1- تعريف الإيجاب الإلكتروني: يعرف جانب من الفقه الإيجاب الإلكتروني بأنه :(تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أم مرئية أم كلتيهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول)[3].

وعرفه جانبا آخر الفقه من بأنه: (كل اتصال عن بعد يتم بواسطة الشبكة ويتضمن كل العناصر اللازمة المتطلبة في الإيجاب التقليدي، بحيث يستطيع من وجه إليه هذا الاتصال -أي كل شخص مهتم بهذا الإيجاب- أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان)[4].

من بين الاتفاقيات الدولية التي تعرضت لموضوع التجارة الإلكترونية نجد التوجيه الأوربي رقم07 لسنة 1997 عرف الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه: (كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان)[5].

كما تطرقت بعض التشريعات العربية إلى مفهوم الإيجاب في العقود الإلكترونية، منها القانون التونسي[6] رقم 83 لسنة 2000 على أنه: (يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفهومها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون)[7].

---

[1] _ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص 94.

[2] _ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص72.

[3] _ عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010، ص160.

[4] _ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص126.

[5] _ المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/05/20 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد.

[6] _ المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

[7] _ إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص79.

مما سبق يمكن القول أن الإيجاب الإلكتروني هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، ويتم عبر تقنيات الاتصال بوسيلة مسموعة أو مرئية أو كليهما، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة[1].

2- خصائص الإيجاب الإلكتروني: كون الإيجاب الإلكتروني باتا وجازما وكاملا، يشمل كافة البيانات والعناصر اللازمة لإبرام العقد، فإنه يخضع لنفس القواعد التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصيات التي تقتضي الخروج عما هو مستقر عليه في القواعد العامة، ويمكن حصر هذه الخصوصيات في

أ- الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا: يتسم العقد الإلكتروني في الغالب بالطابع الدولي، حيث يتم باستخدام وسائط إلكترونية و عبر شبكة دولية للاتصالات و المعلومات، مما يجعل الإيجاب الإلكتروني ذو طابع دولي، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، نظرا لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية، ورغم ذلك لا يوجد مانع من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، مما يجعل له نطاق جغرافي ومكاني معين فقد يحصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة [2]، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا، وبهذا يلتزم الموجب بإبرام العقود أو تسليم المنتجات في النطاق الجغرافي الإقليمي أو الدولي المحدد، فقد أشار البند الرابع في العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد[3].

ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: لكون العقد الإلكتروني يتم بدون حضور أطرافه أي يتم بين متعاقدين يجمعهما مجلس افتراضي حيث يتم ذلك باستخدام وسائل إلكترونية، فهو إذن ينتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد، ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة، وعلى هذا الأساس فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرضها على المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني[4]، و تتمثل هذه القيود والواجبات في مايلي:

- تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر، عنوانه والمركز الرئيسي له.
- عنوان البريد الإلكتروني.

---

[1]_ بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص67.

[2]_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص323.

[3]_ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص78،77.

[4]_ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص97.

- الخصائص الأساسية للمنتجات، والخدمات المعروضة، وأوصافها، وأثمانها، ووسائل الدفع وطريقة التسليم.
- خيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان.

وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوربي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد، والمرسوم الفرنسي رقم 2001/741 الصادر في 24 أغسطس 2001 المتضمن تقنين الاستهلاك[1].

ولقد انتهج المشرع الجزائري نفس المنهج، إذ ألزم البائع بإعلام المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك، وبالأسعار، وبشروط البيع، وتعريفات السلع وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة[2].

ت- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني: يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط يقوم بعرض الإيجاب ونشره نيابة عن الموجب وهو مقدم خدمة الإنترنت، وبالتالي فإن الإيجاب لا يكون فعال بمجرد صدوره من الموجب وإنما من الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب بعرضه على الموقع، إذ يتحقق الوجود المادي للإيجاب من هذه الفترة، ويكون صالحا لترتيب آثاره.[3] وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت، فالأكيد أن هناك آخرون يشاركون في تقديم تلك الخدمة إذ يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدوره في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات، مورد المعلومة، مورد المنافذ، ومورد المعلومات[4].

ث- استمرارية الإيجاب الإلكتروني: لا يختلف الإيجاب عبر شبكة الإنترنت عن الإيجاب الموجه من خلال التلفاز أو الصحف أو أية وسيلة تقليدية، إلا من حيث الاستمرارية، إذ يقتصر الإيجاب بالطرق التقليدية على مدة زمنية معينة في حين يستمر الإيجاب عبر شبكة الإنترنت على مدار24 ساعة ولكافة بقاع الأرض دون تحديد، بحيث يستطيع الموجه له الإيجاب في كل وقت أن يعود في كل وقت ليقرأ مرة أخرى الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو الصندوق الإلكتروني[5].

---

[1]_ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الالكترونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008، ص45.

[2]_ المادة 17 من القانون رقم 03/09 المؤرخ في2009/02/25 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر 2009/03/08، العدد15، ص12. والمادة 4 و8 من القانون رقم 02/04 المؤرخ في2004/06/23 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر2004/06/27، العدد41، ص03.

[3]_ كاهنة بادود، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون الأعمال، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2016/2015، ص48.

[4]_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص322.

[5]_ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص99.

3- صور الإيجاب الإلكتروني: مكنت الخدمات المتنوعة التي توفرها الإنترنت من عرض الإيجاب بطرق إلكترونية مختلفة والتي يمكن من خلالها توجيه الإيجاب سواء لشخص محدد أو للجمهور أهمها ثلاث صور رئيسية:

أ- الإيجاب عبر البريد الإلكتروني E-mail : وذلك في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بين الإيجاب والقبول وفي حالة الاتصال بالكتابة مباشرة.

* **الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول:** يكون الإيجاب في هذه الحالة موجها إما من شخص لآخر تحديدا فنكون أمام حالة تتطابق مع حالة الإيجاب الصادر من الفاكس أو البريد العادي، فيكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة، وبذلك يكون الإيجاب قائما غير ملزما إلا إذا تضمن إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة كما يمكن استخلاص هذه الفترة من طبيعة هذا الإيجاب والأعراف المتداولة عليه[1] وهذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري[2].
* **الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة:** في هذه الحالة يقترب الإيجاب كثيرا من الإيجاب عبر التلكس الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه وقبوله، حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب، وهنا نكون أقرب إلى مجلس العقد ولا تخرج من القاعدة الواردة في نص المادة 64 من القانون المدني الجزائر[3]، ويكون تحلل الموجب في هذه الحالة بأي فعل أو قول يدل على الاعتراض الذي يبطل الإيجاب كما يمكن أن نتصور هنا أنه أثناء تبادل الإيجاب عبر البريد الإلكتروني يقوم الموجب له بإغلاقه جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشارة إلى أنه انتقل إلى موقع غير موقع الموجب، فيكون الموجب له قد قام بفعل دل على الاعتراض فأبطل الإيجاب[4].

ب- الإيجاب عبر شبكة المواقع web : قد يرغب الموجب في توجيه إيجابه إلى الجمهور أي إلى الكافة، وهذه الرغبة تتحقق باستخدامه لتقنية الويب، والتي تعرض مختلف البضائع من السلع والخدمات أو بيع أو تأجير أو عقد عمل أو إعلان عن مزايدة، فيكون الإيجاب هنا إيجابا عاما[5]، وعادة لا يكون محددا بزمن معين و إن كان محددا بنفاذ الكمية أو مدة معقولة كما في الإيجاب التقليدي وهذا ما يجعله يقترب من الإيجاب الصادر عبر

[1]_ أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص72.

[2]_ نصت المادة63 من ق م ج على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل، وقد يستخلص من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".

[3]_ برني نذير، مرجع سابق، ص23.

[4]_ أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص73.

[5]_ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص130.

الصحف أو التلفاز، لأنه يتميز باستمراريته على مدار الساعة وفي هذه الحالة يكون إيجابا كامل إذا استكمل شروطه العامة.

ج- الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة عبر الإنترنت: يكون الإيجاب هنا بواسطة جهاز كمبيوتر موصول بشبكة الإنترنت ومدعم بكاميرا فيديو تمكن كل طرف من التحدث والمشاهدة مع الطرف الآخر، ويكون الإيجاب بذلك صادر مباشرة بالكتابة أو الكلام أو المشاهدة، وينطبق هذا النوع من الإيجاب في القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين زمانا المنصوص عليها في المادة 64 ق م ج[1] فيكون الإيجاب غير ملزم ما لم يحصل القبول فورا، وللموجب حينئذ الحق في العدول فإذا عدل الموجب عن إيجابه يسقط الإيجاب ولا يتم العقد إطلاقا، و إذا صدر قبول بعد ذلك فلا يعتد به وإنما يعتبر إيجابا جديدا، أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فإن الإيجاب لا يسقط لكنه يصبح غير ملزم وهو ما يسمى بالإيجاب القائم وغير الملزم[2].

ثانيا: شروط الإيجاب الالكتروني: يشترط في القواعد العامة كي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا شرطين أساسيين، أولهما أن يكون محددا ودقيقا، و ثانيهما أن يكون التعبير باتا نهائيا[3]، وإن كانت شروط الإيجاب الالكتروني لا تختلف مبدئيا عن الشروط المذكورة في القواعد العامة إلا أنها تتصف بنوع من الخصوصية من جهة، وتضاف إليها بعض الشروط الخاصة من جهة أخرى.

فقد تناولت شروط الإيجاب الالكتروني المواد 1/111، 1/114، 18/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والمادة 10 من التوجيه رقم 08/98 بشأن البيع عن بعد، و كذلك المادة 10 من التوجيه الأوربي رقم 31/2000 بشأن التجارة الالكترونية، والمادة25 من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات و التجارة الالكترونية، ومن خلال هذه المواد يمكن تقسيم شروط الإيجاب الالكتروني إلى شروط خاصة بالشكل وأخرى خاصة بالمضمون.

أ- الشروط الخاصة بالشكل: إن صدور الإيجاب الالكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة يقتضي توفر بعض الشروط المتعلقة بالوسيلة المستعملة ، الأسلوب المستعمل، واللغة المستعملة.

---

[1] _ كاهنة بادود، مرجع سابق، ص51.

[2] _ عامر لويفي، العقد الإلكتروني كيفية إنعقاده وإثباته، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2017/2016، ص31.

[3] _ العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص69.

–الوسيلة المستعملة: وفقا للقواعد العامة لا توجد طريقة معينة يمكن تحديد البضاعة بواسطتها، إنما يمكن أن تتم بكافة الطرق السائدة في التعامل الدولي بما فيها وسائل الاتصال الفوري الحديثة، إلا أنه ينبغي على مقدم الخدمة أن يقوم بإعلام المستهلك باستعمال وسائل مناسبة وفعالة تسمح بقراءات وفهم مضمون الإيجاب بكل سهولة وبعيد عن كل الغموض[1].

–الأسلوب المستعمل: يجب أن يتم الإيجاب بأسلوب مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه على دعامة إلكترونية أو أية دعامة أخرى مستديمة بحيث يمكن استرجاعها مرة أخرى عند الضرورة كما يجب أن يكون العرض بأسلوب إلكتروني ظاهر وبعبارات واضحة لا يشوبه أي غموض أو لبس[2].

–اللغة المستعملة: لغة الإيجاب لها أهمية بالغة في العقود الالكترونية، طالما أن الإيجاب عابر للحدود، مع الإشارة أن نظام المعلومات يعتمد اعتمادا كبيرا على اللغة الانجليزية، التي عادة ما توضع بها البرامج المعلوماتية، لكن ذلك لا يعني أنه لا يجوز التعامل في نطاق العقود الالكترونية إلا باللغة الإنجليزية[3]، حيث أنه تشترط بعض القوانين على مواطنيها مثل القانون الفرنسي المعروف باسم (Toubon) استعمال اللغة الوطنية أو على الأقل استخدام ترجمة لها في كل أنواع التجارة الالكترونية بصفة خاصة[4] ، ولكن المشكلة هنا في حالة استجابة مستعمل شبكة الانترنت لإيجاب موجه له بلغة غير لغته الوطنية، ومنه لابد من مراعاة اللغة التي يتقنها المشتري الالكتروني، ليتمكن من دخول المواقع وتفحص المنتجات المعروضة، لهذا يفضل أن تبرز تلك المواقع صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة لكل محتويات الموقع[5].

ب– الشروط الخاصة بالمضمون: لاشك أن ممارسة حرية العملاء في تحديد مضمون الإيجاب المطروح في العقود الالكترونية تكون في إطار منظم من عدة جوانب وذلك حماية للطرف الضعيف الذي هو المستهلك، حيث يفهم من نص المادة 14 الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، أنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني –تماما كما هو الحال في الإيجاب التقليدي– أن يكون دقيقا، يحدد المسائل الأولية للعقد المراد إبرامه،

[1] _ عباس العبودي، مرجع سابق، ص103.
[2] _ سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص107.
[3] _ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص94.
[4] _ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص132.
[5] _ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص133.

ولا يثير أي شكوك في عزم موجهه على التعاقد إذا ما اقترن به قبول مطابق، ومنه متى يتحقق هذان الشرطان في الإيجاب الالكتروني ؟

–الدقة في الصياغة: كي يتحقق شرط الدقة في صياغة الإيجاب الالكتروني ينبغي أن يحدد هذا الأخير المسائل الجوهرية في التعاقد وإلا اعتبر مجرد دعوة إلى التفاوض[1]ويمكن حصر هذه المسائل في: تحديد هوية الأطراف، وصف المنتج أو الخدمة، تحديد الثمن، وتحديد طريقة التعاقد.

* **تحديد هوية الأطراف:** يجب على المهني في نطاق الثقة المشروعة ومبدأ حسن النية أن يعلم المستهلك بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة وقت أن يعرض عليه الإيجاب الالكتروني[2]وذلك حتى يحقق الأمان والثقة في هذا النوع من المعاملات.

فقد ورد هذا الشرط في نص المادة 8/121 من قانون الاستهلاك الفرنسي، والذي نص على أنه:"ينبغي في كل إيجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات من أن يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك اسم مشروعه وأرقام هواتفه وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفا عن المنشأة المسؤولة عن الإيجاب"[3] وقد أكد الاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية (غرفة التجارة والصناعة في باريس أكتوبر 1988) على أهمية تضمن الإيجاب للبيانات المذكورة آنفا[4].

وقد سار على هذا المنوال قانون المعاملات الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 الذي نص في مادته 25 على أنه :"يجب على البائع في المعاملات التجارية والالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومه قبل إبرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة".

* **وصف المنتج أو الخدمة:** يتعين على الموجب وصف المنتج أو الخدمة محل العقد وصفا دقيقا يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة[5]. كأن يصف البضاعة وصفا دقيقا، وذلك بتحديد: اسم

[1] _ محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص97.

[2] _ عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون، ص21.

[3] _ Thibault VERBIEST، la protection juridique du cyber-consommateur، litec، paris، 2002، p68.

[4] _ شحاتة غريب الشلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص89.

[5] _ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص79.

البضاعة أو الخدمة، الكمية، النوع وأن يكون ذلك مقرونا بالصور و الرسوم الملونة التي تعرض صفات البضاعة بدقة ووضوح وبأسلوب صادق أمين، وعلى نحو يتجنب الإعلانات الخادعة[1].

فقد وضعت اتفاقية فيينا لعام 1980 معيارا لتحديد الإيجاب تحديدا كافيا، فأشارت فقرة الأولى من المادة 14 منه على أن الإيجاب يكون محددا بشكل كاف إذا تعينت فيه البضائع محل البيع وتحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمنا، أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب"[2].

* **تحديد الثمن:** حظيت الشروط التي تنظم الاتفاق على الثمن باهتمام بالغ في العقود التجارية، فحرصت هذه الأخيرة على ضرورة النص على العملة التي يتم بها الوفاء بالثمن، فنص مثلا عقد المركز التجاري"Infonie" بفرنسا على أن يحدد الثمن بدقة بالفرنك الفرنسي، مع الإشارة إلى جواز الدفع بعملة أجنبية[3]، وقد نصت المادة 3/113 من قانون الاستهلاك الفرنسي على وجوب تحديد الثمن مشمولا للرسوم TTC وبالعملة المتداولة في قطر الجمهورية الفرنسية.

* **تحديد طريقة التعاقد:** على المهني أن يحدد في إيجابه الطريقة الواجب إتباعها للعاقد ومراحل إبرام العقد، وإلا اعتبر عرضه مجرد إعلان، وهذا ما نصت عليه المادة 1/134 من قانون الاستهلاك الفرنسي[4].

–اتجاه الإرادة للتعاقد: يتحقق الرضا بمجرد أن يتلاقى التعبير عن إرادة ما مع التعبير عن إرادة أخرى تشاركه في نفس الاتجاه، بحيث يعد التعبير عن الإيجاب تعبيرا عن إرادة اتجهت قانونا إلى التعاقد، بمعنى يجب أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بشكل كامل و محدد، وأن تكون عبارات الإيجاب دالة على العزم و التصميم النهائي على إتمام العقد[5].

–تحديد مدة الإيجاب: يكون الإيجاب ملزما لصاحبه إذا اقترن بمدة معينة محددة صراحة أو ضمنيا، فإذا حدد الموجب مدة للقبول، يبقى على إيجابه حتى انتهاء المدة لمعرفة إرادة من وجه إليه الإيجاب بالقبول أو الرفض، وهو

[1]_ Thibault VERBIEST، la protection juridique du cyber-consommateur، op.cit، p69

[2]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص103.

[3]_ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص97.

[4] _ Anne BESSONT ، Philippe Edouard LAMY ، contrat d'affaires ، internationaux، Pearson، paris، 2005، p17.

[5]_ ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت (رسالة دكتوراه)، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق بتيزي وزو، 2009، ص161.

ما أشارت إليه المادة 1/63 القانون المدني، وفي حالة عدم تحديدها يبقى الموجب ملزما بإيجابه طيلة وجوده على الشبكة[1].

وخروجا عن القواعد العامة فإن القواعد الحديثة اشترطت في الإيجاب الالكتروني أن يتضمن تحديدا دقيقا لوقت صلاحية الإيجاب، وأن يقوم الموجب بإعلام الموجب له بهذا التوقيت، ومنه فإلزام الموجب بإيجابه ولو لمدة محددة يمكّن الموجب له من تدبر أموره وترتيب شؤونه بالرد بالقبول أو الرفض.

وفي الأخير يجب أن نتطرق إلى نقطة مهمة وهي أن الإيجاب بوصفه تعبيرا إراديا يجوز الرجوع فيه في جميع الحالات قبل وصوله إلى علم من وجه إليه، ذلك لأن الإيجاب في هذه الحالة لم يكن قد استكمل وجوده القانوني، وحتى بعد أن يستكمل وجوده القانوني، فإنه لا يتصور أن يبقى إلى زمن غير محدد، بل أن الإيجاب يسقط وينتهي وجوده و يصبح عديم الأثر في حالات معينة، ومن ثم فإن سقوط الإيجاب يختلف الحكم فيه بحسب ما إذا كان الإيجاب ملزما أو غير ملزم، ومنه سنتناول هذه الحالات على النحو التالي:

– حالات سقوط الإيجاب الملزم:

***رفض الموجب له الإيجاب:** وذلك بأن يقوم الموجه إليه الإيجاب بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو اختيار الانتقال إلى موقع جديد غير موقع الموجب، وقد يكون كذلك عن طريق إيجابا جديدا يعارض الإيجاب الأول[2].

***انقضاء الإيجاب بمضي المدة:** يسقط الإيجاب بانقضاء المدة التي التزم فيها الموجب بالبقاء على إيجابه سقوطا تاما إذا لم يقترن به قبول خلال المدة المحددة.

***تخلف الشرط الذي علق عليه الإيجاب:** يسقط الإيجاب إذا كان معلقا على شرط وتخلف هذا الشرط الذي علق عليه، وهذا الحكم عام ينطبق على كل صور التعبير ومنها الإيجاب سواء كان ملزما أو غير ملزم[3].

– حالات سقوط الإيجاب غير الملزم:

***عدول الموجب عن إيجابه:** و ذلك في أي وقت طالما لم يرتبط به القبول وقد يتم ذلك صراحة بإعلانه عن عدوله بإحدى طرق التعبير الصريح أو الضمني[4].

[1]_ عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص22.

[2]_ خليل أحمد حسن قدادة، مرجع سابق، ص43.

[3]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص118.

[4]_ أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص69.

***إذا صدر من أحد الطرفين قول أو فعل يدل على الانشغال بغير التعاقد:** مثلا عن طريق الهاتف قبل صدور القبول تكلم أحد المتعاقدين في أمر خارج عن التعاقد أو طلب من الموجب أن يبقي الخط مفتوحا بينهما، فإن ذلك يؤدي إلى سقوط الإيجاب[1].

***إذا انفض مجلس العقد:** يسقط الإيجاب بانفضاض مجلس العقد ولو لم يرجع الموجب في إيجابه.

***تكرار الإيجاب قبل القبول:** إذا كرر الموجب الإيجاب قبل صدور القبول، فتكرار الإيجاب يبطل الإيجاب الأول وتكون العبرة للإيجاب الذي صدر أخيرا[2].

الفرع الثـــاني
القبـــول الالكتـــروني

الإيجاب الالكتروني كالإيجاب التقليدي لا يمكن أن يكون سببا لقيام العقد ما لم يرتبط به قبول إلكتروني، بل لابد أن تقابله إرادة عقدية أخرى تتضمن قبولا لهذا الإيجاب، فالعقود الالكترونية شأنها شأن العقود التقليدية تتطلب بدورها صدور قبول الكتروني مطابق للإيجاب حتى تنعقد وترتب آثارها.

يتميز القبول الالكتروني عن القبول التقليدي في أنه يتم باستخدام وسيط الكتروني من خلال شبكة الانترنت، وهذه الميزة جعلته يتمتع بخصوصية تثير جملة من التساؤلات[3]، الأمر الذي يدعونا إلى تقسيم هذا الفرع إلى نقطتين رئيسيتين نتناول في الأولى مفهوم العقد الالكتروني، وفي الثانية شروط القبول الالكتروني.

أولا: مفهوم القبول الالكتروني: القبول –وجه عام– هو"التعبير عن الإرادة البات المقترن بقصد الارتباط بالتعاقد، في حالة تطابقه مع الإيجاب تطابقا تاما"[4]، بمعنى أنه هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب، فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد العقد إلا باتفاق إرادتين[5].

ولما كان العقد ينعقد بإيجاب وقبول، فإن القبول هو الشق الثاني اللازم لإبرام العقد حيث يبقى بدونه الإيجاب هباءا، فهو الرد الايجابي على الإيجاب وهو التصرف الذي بمقتضاه يعلن الموجب له عن إرادته بالموافقة على التعاقد[6].

---

[1]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص120.

[2]_ بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص134.

[3]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص85.

[4]_ خليل حسن أحمد قدادة، مرجع سابق، ص43.

[5]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص84.

[6]_ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص140.

فالقبول الالكتروني لا يخرج عن هذا المضمون سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية فهو بذلك قبول عن بعد، لذلك فهو يخضع لذات القواعد و الأحكام العامة التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الالكترونية[1]، وهذا ما يفرض علينا تعريف القبول الالكتروني، وبيان خصائصه، وذكر صوره.

1- تعريف القبول الالكتروني: إن موضوع القبول الالكتروني لم يكن محل دراسة متخصصة ومتعمقة لدى الفقهاء، فقد أولوا أهمية أكثر للإيجاب وجوانب أخرى تخص التعاقد الإلكتروني، إلا أن ذلك لم يمنع البعض من تعريفه، فقد نجد اتفاقية فيينا لسنة 1980 م المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع المنقولة في المادة 1/18 عرفت القبول على الوجه الآتي :"يعتبر قبول أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"[2].

كما عرف قانون المبادلات الالكترونية التونسي في عقد التجارة الالكترونية القبول بأنه "التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين ، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول"، وما يميز القبول في عقد التجارة الالكترونية ، أنه يتم عبر وسائل الكترونية خاصة وأن المبادلات الالكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية [3].

وينبغي الإشارة إلى أن المادة 1/14 من قانون اليونسيترال أضافت شيئا يتمثل في أنه تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه[4].

خلاصة القول أن قوانين المعاملات الالكترونية ، قد تعرضت للقبول الالكتروني ولم تحدد له شكل معنيا، لكنها نصت في بعض المواد على بعض الإجراءات التي يمكن أن تتم اتفاقا حتى ينتج القبول أثره القانوني[5]، فالواقع أن القبول في العقد الالكتروني لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني .

2- خصائص القبول الالكتروني: يتميز القبول الالكتروني عن القبول التقليدي ببعض القواعد الخاصة به والتي قد ترجع إلى أنه يتم عبر دعائم إلكترونية ، ومنه يمكن أن نتطرق لخصائص القبول الالكتروني في مايلي :

[1] _ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص85.
[2] _ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص96.
[3] _ الفصل الأول والثاني من قانون المعاملات الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة2000.
[4] _ سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص121.
[5] _ بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص79.

أ – تعدد صور القبول الالكتروني: إذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا ، فإن الغالب أن يتم القبول الالكتروني صراحة، فهو يتم عن طريق برامج إلكترونية ومن خلال هذه البرامج لا يمكن استخلاص إرادة المتعاقد إذا كان القبول الالكتروني ضمنيا، فالقبول الالكتروني يتم بالعديد من الطرق منها عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة بالحاسب الآلي، كما يمكن أن يكون عن طريق الهاتف ، أو غرفة المحادثة، أو البريد الالكتروني[1].

ب – اقتراب القبول من الإذعان :يقترب القبول الالكتروني من الإذعان وذلك بأنه تقل معه فرصة التفاوض والمساومة على شروط التعاقد ، فالعقود الالكترونية غالبا ما تكون عقود نمطية ، توضع شروطها مسبقا من قبل الموجب ولا يترك معها للقابل مجالا للمساومة والمناقشة في هذه الشروط ، وذلك بخلاف العقود التي تبرم بواسطة البريد الالكتروني، فهي من عقود المساومة بحسب الأصل[2].

3 – صور القبول الالكتروني: إن التعبير عن القبول في العقد الالكتروني يتم بأي طريقة تتماشى مع طبيعة هذه العقود والوسائل المستخدمة في إبرامها، فإن القبول في العادة يتم بطرق متعددة منها اللفظ والإشارة أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته عن مقصود صاحبه، كما قد يعد السكوت قبول في بعض الأحيان[3]، إذا كان بناءا على نص في القانون أو اتفاق الطرفين[4]، ومنه يجوز التعبير عن القبول بكل وسيلة لا تدع شكا لدى الموجب بأن إيجابه قد لاقى القبول، والتعبير بهذا المعنى قد يكون صريحا، وقد يكون ضمنيا.

أ – التعبير الصريح عن القبول في العقود الالكترونية: يكون التعبير الصريح عن القبول في العقود الالكترونية باستخدام التقنيات الأساسية المتوفرة عبر شبكة الإنترنت وهو الأمر الذي يضفي نوعا من الثقة والطمأنينة المتعاقدين كما يلاحظ أن استخدام هذه التقنيات في التعبير عن القبول قد أزال عنه الطابع المادي (L'acceptation dématérialisée)[5]ومنه فالقبول غالبا ما يتحد عبر طرق ثلاث وهي:

[1]_ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص177.

[2]_ المرجع نفسه، ص178.

[3]_ ناصر حمودي، مرجع سابق، ص169.

[4]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص139.

[5]_ سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006. ص126.

– **القبول عبر البريد الالكتروني:** يمكن للقابل أن يعرض قبوله عبر البريد الالكتروني، وخاصة إذا كان قد تلقى الإيجاب بنفس الطريقة فهنا حتما تعتبر رسالته الالكترونية قبولا صريحا للإيجاب الموجه إليه، سواء كان هذا الإيجاب موجه إليه عبر البريد الالكتروني أو كان معروضا على موقع الواب ووجه هو قبوله عبر البريد الالكتروني[1]، غير أن هناك من التشريعات من لم تمنح الخيار السابق للقابل، حيث ألزمت بتقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب، ومنها القانون الموحد لمعاملات المعلومات الأمريكية.

– **القبول عن طريق المحادثة والمشاهدة:** يمكن التعبير عن القبول عن طريق المحادثة الفورية والمباشرة حيث تتيح تبادل الكلام بصفة مباشرة، وبالتطور التكنولوجي واستعمال الكاميرات يتحول إلى حديث بالمشاهدة الكاملة، وبذلك تكون أمام مجلس عقد افتراضي على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة وعليه يمكن اعتبار هذه الطريقة تعبيرا صريحا عن طريق اللفظ[2].

– **القبول عن طريق النقر على زر القبول:** يتم القبول في هذه الصورة عن طريق النقر بواسطة الفأرة لإعلان الموافقة والقبول للحاسب الآلي على الأيقونة التي تحمل عبارة الموافقة "موافق" أو"قبلت العرض"، أو(D'accord) أو(J'accepte l'offre) وبالانجليزية (ok) أو(I agrée[3])، كما ينعقد العقد بواسطة طباعة العبارة التي تفيد القبول، وتستعمل هذه الطريقة في العادة لقبول الإيجاب الذي يكون قد وجه عن طريق صفحات الانترنت.

تعد هذه الطريقة من أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها مناقشات حول مدى اعتبار الضغط على الأيقونة قبولا يرتب أثاره القانونية، حيث أن معظم التشريعات الخاصة بالتجارة الإلكترونية لم تورد حكما خاصا بهذه الطريقة في التعبير عن القبول، منها المبادلات الالكترونية الموحدة للو م أ سنة 1999، لكن هناك من اعتبر أن اللمس أو النقر لزمن معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب يعد طريقة للتعبير عن القبول، وهذا ما نصت عليه المادة 1/20 من قانون كندا الموحد للتجارة الالكترونية سنة 1999، كما أكدت ذلك م 1/10 من مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الالكتروني، إلا أن البعض يفضل تأكيد القبول بأن يكون بأكثر من لمسة وهو ما يؤكده

[1]_ فراح منابي، مرجع سابق، ص93.

[2]_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص268.

[3]_ بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص85.

البند 2/7 من العقد النموذجي الفرنسي، والفصل رقم 26 من القانون التونسي الخاص بالمبادلات التجارة الالكترونية، وذلك تعبيرا عن الرغبة الجادة وتأكيدا لتصميم القابل على قبوله ولتفادي فرضية الخطأ[1].

ب – التعبير الضمني عن القبول الالكتروني: يمكن أن نجد عدة تطبيقات على شبكة الإنترنت للتعبير الضمني ومن أمثلتها عند تفحص الشخص لبريده الالكتروني وإيجاده لرسالة ببيع سلعة بثمن محدد فإن قيام هذا الشخص بإرسال الثمن إلى الموجب يعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب وبذلك ينعقد العقد[2].

كما قد جاء في اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع ما يفيد بذلك حيث نصت المادة 3/18 منها "ومع ذلك إذا جاز بمقتضى الإيجاب أو التعامل الجاري بين الطرفين أو الأعراف أن يعلن المخاطب الذي عرض عليه الإيجاب عن قبوله بالقيام بتصرف ما كالذي يتعلق بإرسال البضائع أو تسديد الثمن دون إخطار الموجب، عندئذ يكون القبول نافذا في اللحظة التي يتم فيها التصرف"، فهناك العديد من التصرفات التي تصدر عن القابل و تعتبر قبولا ضمنيا للإيجاب الصادر عن طريق شبكة الإنترنت، لكن رغم تعدد صور القبول الضمني إلا أن الرأي الراجح يذهب إلى أن التعبير عن الإرادة الالكترونية لا يكون إلا صريحا.

تبقى مسألة السكوت، فما موقف الفقه من السكوت في العقود الالكترونية، ما دام أنه يعتبر أصلا وضعا سلبيا لا يعني مفهوما معينا ولا يصلح في القواعد العامة التعبير عن إرادة القبول؟

-مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني: الأصل أن السكوت وضع سلبي، لا يصلح تعبيرا عن القبول وفقا لما يقول به الفقهاء فإنه"لا ينسب لساكت قول"، وقد اختلفت الآراء بشأن مدى اعتبار السكوت قبولا في العقود الالكترونية، كما هو متبع في العقود التقليدية في حالات معينة[3].

في القاعدة العامة السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة بالقبول أو الرفض، فإذا سكت من وجه إليه الإيجاب فلا يمكن أن نعد هذا السكوت المجرد من أي ظرف قبولا.، فالسكوت على هذا النحو عدم و أولى بالعدم أن تكون دلالته الرفض لا القبول[4]، و في هذا المعنى قضت اتفاقية فيينا لعام 1980 الفقرة الأولى من المادة 18 بأن "السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر أي

[1]_ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص85.

[2]_ محمود عبد الرحيم شريفات، مرجع سابق، ص144.

[3]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص89.

[4]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص137.

منهما في حد ذاته قبول"، وعليه ففي عقود البيع الدولي للبضائع لن يؤخذ بالسكوت كوسيلة للتعبير عن القبول في حد ذاته.

وقد قنن المشرع الأردني هذه القاعدة العامة في المادة 1/95 من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها "لا ينسب لساكت قول..."، وفي هذا الاتجاه أيضا سارت محكمة النقض الفرنسية وقضت بأن: "مجرد سكوت شخص عن الرد على رسالة المرسل الذي يعده مساهما في شركة معينة ويخبره فيه أنه سجل في حسابه قيمة الأسهم التي احتسبها عليه، لا يعد قبول بالاكتتاب في الأسهم المذكورة"[1].

إلا أنه وبصورة استثنائية، قد يفيد السكوت القبول، إذا اقترن بظرف من شأنه أن يشكل دليلا على القبول، فيعد عدم الجواب قبولا حينما يكون العرض مختصا بتعامل كان موجودا بين الفريقين[2]، وقد تنبه الفقه والقضاء وبعض التشريعات إلى حالات رأى فيها أن السكوت يدل دلالة واضحة على القبول منها المشرع المصري الذي تعرض إلى مدى اعتبار السكوت قبول في المادة 98 من القانون المدني المصري[3].

هذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري أيضا في المادة 68 من القانون المدني الجزائري، أما في فرنسا فلا يعد السكوت قبولا إلا في الحالات التالية:

- عندما يكون بين الأطراف أعمال سابقة.
- عندما يكون الأطراف منتمين إلى قطاع مهني.
- عندما يكون العرض المقدم لمصلحة المستفيد من العرض فقد قررت بذلك محكمة النقض الفرنسية أن السكوت لا يعد قبولا باستثناء الظروف الخاصة.

وفيما عدا هذه الحالات الاستثنائية فإن السكوت وحده لا يصلح للتعبير عن الإرادة إلا إذا اقترنت به ظروف معنية، وبما أن التعاقد عن طريق الانترنت يعتبر حديثا، فلا مجال للقول أن العرف يلعب دورا هاما في هذا النوع من التعاقد، فهذا الأمر غير معتاد وغير مألوف على شبكة الانترنت[4]، ومنه نخلص أن سكوت من تصل إليه رسالة الإيجاب الالكتروني لا يعد قبولا، فالقبول الالكتروني لا يمكن أن ينتج عن السكوت[5].

[1]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص138.
[2]_ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص102.
[3]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص90.
[4]_ شحاتة غريب الشلقامي، مرجع سابق، ص95.
[5]_ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص158.

ثانيا: شروط القبول الالكتروني: على الرغم من الخصوصية التي يتميز بها القبول الالكتروني إلا أنه يضل خاضعا للشروط التي تتطلبها القواعد العامة في القبول التقليدي، ومنه سنتناول هذه الشروط من خلال خصوصيات البنية الافتراضية التي يتم فيها القبول الالكتروني.

1- أن يصدر القبول والإيجاب قائما: معنى ذلك يجب أن يصدر القبول و الإيجاب ما زال قائما، فإذا كان هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة، أي قبل سقوط الإيجاب، وقد مضت الإشارة للحالات التي يسقط فيها الإيجاب ومن ثم إذا تحققت إحدى حالات سقوط الإيجاب، فإن القبول الصادر بعد ذلك يعد إيجابا يحتاج إلى قبول لانعقاد العقد[1]. وتطبيق ذلك على الانترنت يكون بطرح الفرضية التالية: لو دخلنا عبر الانترنت على أي موقع وليكن موقع سيارات، وذكر صاحب الموقع أن ثمنها كذا، ومن يرغب بالشراء عليه إبداء قبوله خلال 50 يوما، فإذا لم يتلاقى القبول بالإيجاب ضمن المدة المعينة وجاء متأخرا فلا يمكن القول بتوافر القبول عبر الانترنت، أما إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ولم تحدد له مدة، فيجب أن يصدر القبول قبل انفضاض مجلس العقد، وهذا وفقا لنص المادة 64 من ق م ج ومنه فلا أثر للقبول إلا إذا صدر أثناء قيام الإيجاب.

وهذا ما أكده مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الالكترونية والذي أعدته لجنة اليونسيترال حيث جاء في البند الثاني منه:"يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب، خلال التوقيت المحدد"[2].

2- مطابقة القبول للإيجاب: لا يكفي أن يصدر القبول والإيجاب قائما بل يجب أيضا أن يكون مطابقا له، بكل عناصره وشروطه، أي مطابقة القبول للإيجاب مطابقة تامة لكل ما ورد في الإيجاب، لكي يتم به التعاقد، ولا يقصد بالمطابقة التامة، المطابقة بالألفاظ والصيغ، وإنما يقصد بها المطابقة في الموضوع، أي صدور القبول بالموافقة على جميع المسائل التي تضمنها الإيجاب دون تفرقة بين ما يعد من المسائل الجوهرية وما يعد من المسائل التفصيلية[3]، فقد وردت هذه القاعدة في عدة قوانين منها القانون المدني المصري في مادته 96.

[1]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص129.

[2]_ محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص149.

[3]_ عباس العبودي، مرجع سابق، ص132.

كما تناولها أيضا المشرع الجزائري في المادة 66 من القانون المدني، حيث اعتبر القبول الذي يقترن بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه رفضا يتضمن إيجابا جديدا[1].

واستثناءا من هذه القاعدة، أجاز المشرع الجزائري في نص المادة 65 من القانون المدني انعقاد العقد بمجرد الاتفاق على الشروط الجوهرية حتى ولو وجدت مسائل تفصيلية تركن دون اتفاق عليها بشرط أن لا يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

3- أن يصدر القبول الالكتروني صريحا واضحا وحرا: يشترط في القبول حتى وإن كان موجها بالطرق الالكتروني أن يكون تعبير عن إرادة واضحة وصريحة[2]، فيجب أن يصدر القبول هنا واضحا على مراد القابل واتجاه إرادته إلى من صدر منه، حيث إذا وصل إلى الموجب دل ذلك بوضوح على الرضا من جانب القابل، سواء تم القبول عبر المحادثة والمشاهدة، أو الكتابة عن طريق إرسال القبول كتابة عبر البريد الالكتروني، أو غيرها من المسائل، حيث لا يشترط أن يكون القبول بلغة معينة بل يصح بأي لغة من لغات العالم، لأن العبرة بالمعنى والمقصد، ولا يختلف هذا الشرط لكون القبول قد تم بوسائل الكترونية عبر رسالة بيانات نقلت عن طريق تبادل البيانات الكترونيا، من خلال نظام معلومات عبر شبكة الانترنت بين الموجب والقابل.

وفي هذا السياق وقبل الانتهاء من هذا المطلب فإنه لا بد من تناول مسألة مهمة وهي إمكانية رجوع القابل عن قبوله في العقد الالكتروني فإنه من المقرر وفقا للقواعد العامة وبموجب القوة الملزمة للعقد، أن أيا من طرفي العقد لا يستطيع أن يرجع عنه، فمتى تم التقاء الإيجاب بالقبول أبرم العقد، لكن نظرا لأن المستهلك في العقد الالكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة و الإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول[3].

وقد تقرر هذا الحق من مستهلكين في بعض التشريعات والتعليمات منها القانون الفرنسي في المادة 26/121 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، وكذلك أقر هذا الحق القانون الأمريكي الصادر عام 1965، كذلك القانون الكندي، والقانون الألماني، وتوجيه المجلس الأوروبي رقم97/07، والقانون التونسي لسنة2000، كل هذه القوانين تؤكد أحقية المستهلك في الجدول، بشأن العقود الالكترونية خلال فترة السماح، وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر[4]، ويكون الحق في العدول عن القبول عن طريق استبدال المبيع بآخر أو برد المبيع واسترداد الثمن،

[1]_ العربي بلحاج ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص75.

[2]_ قاد سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص184.

[3]_ خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الالكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص121.

[4]_ 7 أيام في القانون الفرنسي، 30 يوما في القانون الأمريكي، 10 أيام في القانون التونسي.

وقد لا يجدي نفعا من الناحية العملية في بعض الحالات مثل عقود برامج الحاسوب، ومع ذلك فإن التمتع بحق العدول ليس مطلقا، مثل تنزيل البرامج من على شبكة الانترنت فالعقد يتم ولا يجوز العدول عنه ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[1].

المطلب الثاني
مجلس العقد الإلكتروني

ينعقد العقد عموما سواءا كان إلكترونيا أم تقليديا في اللحظة الزمنية التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، وهذا الاقتران إما أن يكون حقيقيا وعندها يسمى بالتعاقد بين حاضرين أو يكون الاقتران حكميا، ويسمى عندها بالتعاقد بين غائبين.

وتظهر الصعوبة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عادة في التعاقد بين غائبين وذلك لوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به في أغلب الأحوال، وبما أن العقد الالكتروني يتم عادة بين أطراف لا يجمعهم مكان واحد، لذلك فهي تدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، فإن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني ومكانه تعد من أهم المسائل القانونية في التعاقد الالكتروني، لذلك سنعالج في هذا المطلب نوعين نتناول في الفرع الأول مفهوم مجلس العقد الالكتروني، والفرع الثاني ظرفي تلاقي الإرادتين.

الفرع الأول
مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

حظيت نظرية مجلس العقد بعناية فائقة من جانب الفقه والقانون فمجلس العقد هو فكرة إسلامية أصلية، وقد ثبتت التشريعات العربية هذه النظرية أخذا عن الفقه الإسلامي، ويلزم التنويه إلى أن نظرية مجلس العقد نجد مجال تطبيقها في إطار العقود التي تقتضي تطابق إرادتين هما الإيجاب والقبول، وعليه سنتناول في هذا الفرع تعريف مجلس العقد وطبيعته القانونية.

أولا: تعريف مجلس العقد: بما أن مجلس العقد فكرة إسلامية واقتبست من الفقه الإسلامي، فما هو اختلاف نظرة الفقه الحديث لهذه المسألة مع ظهور التعاقد الالكتروني؟

[1]_ بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص87.

1- تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي: مجلس العقد هو اصطلاح شرعي يقصد به: اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل[1]، كما أنه ينقضي مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو كليهما، ولكنه يعتبر منفضا كذلك إذا شغلها أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل.

فيقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان ووحدة الزمان، ومؤدي ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة[2].

وقد تمادى فقهاء المذهب الحنفي في إرساء فكرة مجلس العقد على وحدة المكان والزمان، حيث اعتبروا أن أي تغيير في مكان وجود المتعاقدين ولو كان يسيرا ينهي مجلس العقد ويمنع انعقاده فمثلا لو صدر الإيجاب من أحد المتعاقدين وهما جالسان، ثم وقف الموجه إليه الإيجاب وقال: قبلت فإن العقد لا ينعقد[3]، لقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي لكونه مبالغ فيه كثيرا، ولا يتفق مع مبدأ الرضائية في إبرام العقد، كما يخالف مبدأ التحرر من بعض الشكليات التي كانت معهودة لدى الشرائع القديم.

أما جمهور الفقهاء من المالكية والحنابلة، فقد خففوا من هذه الشكلية، فرأوا أن مجلس العقد يظل قائما حتى ينفض بالمفارقة الجسدية، أو بأي قول أو فعل يدل على رغبة المتعاقدين في فض مجلس العقد[4].

2- تعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر: ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف مجلس العقد بأنه:"مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد" وهذا ينطبق على مجلس العقد الالكتروني أيضا[5]، حيث يفهم من هذا التعريف أن مجلس العقد يمنح للمتعاقدين مهلة كافية للتفكير والتدبر في أمر التعاقد، ومن هنا تتجلى أهمية مجلس العقد، فللطرفين الحق في التراجع عن إرادتهما طالما أنهما لم يلتقيان، فيثبت للموجب حق خيار الرجوع عن إيجابه، ويثبت للقابل خيار الرجوع عن قبوله، طالما لم ينفض المجلس وهو ما يعرف بخيار المجلس[6].

---

[1]_ لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، أطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا، جامعة النجاع المطنية في نابلس، فلسطين، 2008، ص109.

[2]_ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص106.

[3]_ سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص129.

[4]_ إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص107.

[5]_ خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الالكترونية، مرجع سابق، ص83.

[6]_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص284.

وعلى هذا الأساس فإن لمجلس العقد عنصرين أساسيين أولهما العنصر المادي ويتمثل في المفهوم المكاني للمجلس بوجود مكان مادي بين المتعاقدين، وثانيهما العنصر المعنوي وهو المفهوم الزمني وهذا لعدم وجود فاصل وقتي يعين أو يؤخر وصول العلم بالإيجاب والقبول بين طرفي التعاقد، وعليه يوجد نوعين من المجالس العقدية:

– **المجلس الحقيقي**: وهو الذي يستجمع كل من العنصرين المكاني و الزماني معا ويقال عليه "مجلس عقد بين حاضرين".

– **المجلس الافتراضي**: وهو الذي يفتقد إلى كلا من العنصرين أو أحدهما (المكان) حيث يفصل بينهم تباعد المكان والزمان لبلوغ العلم بإرادة الطرف الآخر، ويقال عنه"مجلس عقد بين غائبين".

أما بالنسبة لشروط تكوين مجلس العقد الالكتروني فهما شرطان الأول حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورا افتراضيا، والثاني بدء الانشغال بالصيغة، وأمام كل هذا نتساءل عن طبيعة مجلس العقد الالكتروني.

ثانيا: الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني: تعددت الاتجاهات الفقهية حول بيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني، فهناك من يعتبره تعاقد بين حاضرين تسوي عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، وهناك من يراه تعاقد بين غائبين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، وهناك رأي وسط.

1– العقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين: إذ يكون المتعاقدان على اتصال مباشر بينهما، بحيث يستمع أو يرى أحدهما الآخر فرغم عدم إتحادهما 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، فتنطبق بالنسبة لهم قواعد التعاقد ما بين حاضرين[1]، و حجتهم في ذلك أن مجلس العقد بين الموجب و القابل هو زمن الاتصال عبر الانترنت، يبدأ ببدء الاتصال وينفض بانتهائه، أي اتحاد الوحدة الزمنية لمجلس العقد.

انتقد هذا الرأي على أساس أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما المكان والزمان، فإن قصر المجلس على أحدهما دون الآخر ترتب عنه خلل في الكثير من الأمور.

2– العقد الالكتروني تعاقد بين غائبين: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن تعاقد بطرق المراسلة أو التعاقد بطريق التلفون، ولا يختلف عنهما إلا من حيث

[1]_ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص193.

الوسيلة المستعملة التي أصبحت الكترونية[1]، وقد أخذ بهذا الرأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في مارس 1990[2].

كما أن هذا الرأي لم يسلم أيضا من الانتقاد، حيث تجاهل أصحابه التعاقد الالكتروني الذي يتم مباشرة بين المتعاقدين، ولا يصل الإيجاب و القبول إلى جزء من الثانية إذ يتلاشى عنصر الزمن والمشترط في مجلس العقد الحكمي، مما يصعب معه اعتبار مثل هذا التعاقد بين غائبين، وإزاء هذا التباين والاختلاف ظهور رأي ثالث يتوسطهما.

3- مجلس العقد الإلكتروني المختلط: يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد عبر الانترنت تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، و تعاقد بين غائبين من حيث المكان، باعتبار أن الأمر يتم بوسائل سمعية بصرية، تسمح بالتفاعل بين طرفين، يضمنها مجلس واحد حكمي افتراضي. شأنه شأن التعاقد عن طريق الهاتف، فحسب هذا الرأي يعتبر العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين، لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول و علم الموجب به، ويعد تعاقدا بين غائبين، لتواجد الطرفين في دول مختلفة[3].

انتقد هذا الرأي لأنه هناك من يرفض فكرة اعتبار التعاقد عن بعد، تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، و بين غائبين من حيث المكان، لعدم جواز تجزئة مجلس العقد، فضلا عن أن هذا القول يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، كما أنه ليس هناك مجلس عقد مختلط (حقيقي وحكمي) فالمجلس إما أن يكون حقيقيا وإما أن يكون حكميا[4].

الفرع الثاني
زمان ومكان مجلس العقد الإلكتروني

يحظى تحديد الزمان والمكان بأهمية خاصة في كل ما يتصل بالتعاقد، فمن تحديد مكان انعقاد العقد إلى زمان انعقاد، مسائل متنوعة نظمتها القواعد العامة في التعاقد في القانون المدني[5]، منها معرفة الوقت الذي يحق للموجب الرجوع عن إيجابه، وتحديد وقت انتقال الملكية وعمل تبعة الهلاك، وحساب بداية مواعيد التقادم، كما

[1]_ إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص112.

[2]_ نور الهدى مرزوق، مرجع سابق، ص162.

[3]_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص289.

[4]_ بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص98.

[5]_ نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص58.

يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق على هذا العقد، والقانون الساري المفعول وقت التعاقد، وأخيرا تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع، ومنه سنتعرض إلى زمان إبرام العقد الالكتروني (أولا)، ثم مكان إبرامه (ثانيا).

أولا: زمان إبرام العقد الالكتروني: غنى عن البيان أن لحظة صدور التعبير عن القبول هي نفسها لحظة انعقاد العقد والقاعدة العامة أن العقد ينعقد في اللحظة التي يتقابل فيها التعبيرين عن الإرادة، ومادام أن الطرفين في العقد الالكتروني لا يكونا حاضرين حضورا ماديا في مكان واحد، فإن تطبيق هذا المبدأ قد يواجه بعض الصعوبات[1]، ومنه يثور التساؤل عن وقت إبرام العقد الالكتروني، هل يعتبر قد أبرم عند دخول الرسالة الالكترونية المتضمنة القبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب ؟ أم عندما يصل القابل لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالإطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها ؟

ففي بحث هذه المسألة، اختلفت الآراء الفقهية وانقسمت إلى أربعة اتجاهات أو نظريات، وبتطبيقها على العقد الالكتروني نكون أمام أربعة أوقات لإبرام العقد وتحديد زمان نشأة الرابطة العقدية الالكترونية، فما هي هذه النظريات ؟ وما موقف التشريعات الحديثة منها ؟

1**– نظرية إعلان القبول:** طبقا لهذه النظرية فإن لحظة إبرام عقد التجارة الالكترونية هي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول، أو اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول، وحجة أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد توافق الإرادتين ولا يهم بعد ذلك علم الموجب بالقبول من عدم علمه[2]، وهو ما يراه الكثيرون متفقا مع مقتضيات السرعة في المعاملات وتحقيق متطلبات التجارة[3].

لكن الأخذ بهذه النظرية يرتب صعوبة إثبات القبول خاصة، وأن الرسالة الالكترونية التي حررها القابل ليس لها وجود إلا في حاسبه الخاص[4].

2– نظرية تصدير القبول: تتفق هذه النظرية مع نظرية إعلان القبول بأن القبول تعبير إرادي غير واجب الاتصال يتم بمجرد إعلانه، غير أن هذه النظرية تشترط حصول واقعة مادية وهي تصدير القبول، فلا يكفي حصول القبول و إنما يجب أن يكون هذا الإعلان نهائيا لا رجوع فيه، وذلك بأن يكتب القابل رسالة إلكترونية

[1]_ أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص91.
[2]_ نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص59.
[3]_ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص158.
[4]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص111.

متضمنة قبوله ويضغط على زر الإرسال عند استخدام خدمة البريد الالكتروني، فتخرج هذه الرسالة عن سيطرته ولا يعود بإمكانه التراجع عن القبول، وبهذا يصبح قبوله باتا[1].

ومع ذلك يعيب البعض على الأخذ بهذه النظرية بذات ما يؤخذ على النظرية الأولى، بالإضافة إلى ما يرونه من أنها قد تثير بعض اللبس في حالة الإرسال وذلك بقولهم: "لأنه لا يتصور تصدير القبول دون تسلمه عبر الانترنت، فالفارق الزمني بين التصدير والتسلم لا يكاد يكون محسوسا، فالمشكلة ليست بوجود فارق زمني بين الإرسال والتسليم، وإنما باحتمال عدم تسلم الرسالة الالكترونية، والذي قد يحدث خلل فني في جهاز المرسل أو لدى مقدم خدمة الاتصال أو القطاع البث عبر الشبكة مثلا"[2].

3- نظرية وصول أو تسلم القبول: وفقا لهذه النظرية لا يكون القبول نهائيا إلا إذا وصل إلى الموجب سواء علم الموجب أو لم يعلم[3]، وعليه فإن مجرد دخول الرسالة الالكترونية إلى صندوق المستلم يعد قرينة على وصول القبول فينعقد العقد، وفي التطبيق على شبكة الانترنت فإن الموجب لا يلزمه أن يقوم بمراجعة صندوق بريده الالكتروني لكي يتحقق معنى الوصول بل يكفي مجرد دخولها لصندوق بريد ولو لم يعلم بها.

ويأخذ البعض على هذه النظرية أنها لا تزيد على النظريتين السابقتين شيئا، وذلك أنه ما دام أن إعلان القبول وتصديره لا يترتب عليه إنتاج القبول لأثره، على اعتبار أن القبول إرادة لا تنتج أثرها إلا بعلم الموجب بها، وبالتالي فإن تسليم القبول لم يضف شيئا لإعلانه من الناحية القانونية[4].

4- نظرية العلم بالقبول: يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن انعقاد العقد لا يكون بمجرد إعلان القبول، أو تصديره أو تسلمه، وإنما في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول، وذلك على أساس أن الأصل في أنه لا ينتج أثره إلا عند وصوله إلى علم من وجه إليه، وأثره هنا هو انعقاد العقد، وفي مجال العقود الالكترونية في لحظة انعقاد العقد هي الوقت الذي يطّلع فيه الموجب على بريده الالكتروني مثلا، ويعلم برسالة القابل التي وافق فيها على ما تم توجيهه إليه[5].

وبالرغم من ذلك فلم تسلم نظرية العلم بالقبول من المأخذ، فقد قيل بشأنها أنها تتيح الموجب التلاعب بالإثبات، ولا يكفي لدفع هذا العيب القول بأن تسلم القبول قرينة على العلم، إذ يبقى المرسل قاصرا عن دفع

[1]_ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص202.
[2]_ عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص158.
[3]_ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص139.
[4]_ محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص168.
[5]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص114.

حجج الموجب لنفي علمه، وبالنتيجة لذلك –حسب هذا الرأي– فإن نظرية العلم بالقبول تؤدي إلى تسيير الغش من قبل الموجب وإهدار الاستقرار الواجب للمعاملات[1]، كما أن هذه النظرية انتقدت كذلك على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرطا لانعقاد العقد، بل هو شرط لزوم ونفاذ، أي مجرد علم الموجب بالقبول يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الآخر[2].

وبعد عرض هذه النظريات نرى أن شبكة الانترنت لها جوانب تقنية تجعلها تختلف عن وسائل الاتصال العادية، ويجب مراعاة هذا الجانب التقني في اختيار النظرية التي تحدد زمان ومكان إبرام العقد عبر الانترنت، بما يتفق مع المنطق ويحقق العدالة ويراعي مصالح طرفي العقد[3].

– موقف التشريعات الحديثة: فعلى المستوى الدولي نجد أن اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 أخذت بنظرية وصول القبول وذلك في المواد (18/2-23-24)، سايرتها مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص UNDROIT في روما الصادرة عام 1994 في المادة (6/2) حيث نصت على أنه "ينتج القبول أثره لدى وصول ما يفيد القبول إلى الموجب"، أما القانون اليونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية، فلم يتناول مباشرة مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، وإنما نجده ينظم مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات، وقد أخذ بمذهب تسليم القبول في المادة 1/15، وقد نص التوجيه الأوروبي رقم 2000 إلى 31 بالمادة 5 على أنه: "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"، وبذلك يكون هذا التوجيه قد حدد وقت إبرام العقد باستلام تأكيد من مقدم خدمة الانترنت مرسل من القابل بصحة القبول[4].

كما نجد أن المشرع الفرنسي قبل سنة 2004 تردد بين الأخذ بنظرية تصدير القبول أو الأخذ بنظرية العلم بالقبول إلى أن صدر حكم من محكمة النقض الفرنسية في 1981/1/17، تبنى نظرية تصدير القبول وفي سنة 2004 صدر القانون الفرنسي الخاص بالمعاملات الرقمية، والذي استرشد بنص المادة 5 من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31، حيث نظم هذا القانون الجديد مادة تحت رقم 2/1369، تبنى فيها المشرع نظرية جديدة وهي"نظرية تصدير تأكيد القبول". كما أنه تبنى هذا الاتجاه المشرع الأمريكي في المادة 201 فقرة 1و2 من القانون التجاري الأمريكي.

[1]_ عبد الحميد بادي، مرجع سابق، ص54.

[2]_ شحاتة غريب الشلقامي، مرجع سابق، ص125.

[3]_ محمد عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص172.

[4]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص116.

بينما المشرع المصري تبنى نظرية العلم بالقبول سواء كان العقد ما بين حاضرين أو بين غائبين[1] وذلك في المادة 91،97 من القانون المدني المصري، كما أنه أخذ المشرع التونسي بنفس النظرية في مادة 28 من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية، كما نجد التشريع الأردني والإماراتي والبحريني قد تبنت موقف قانون اليونسيترال، إذ لم تتطرق لزمان إبرام العقد الالكتروني، إنما نصت على زمان إرسال وتسلم رسائل المعلومات[2].

أما على المستوى الوطني فنجد أن المشرع الجزائري قد تبنى نظرية العلم بالقبول، حيث نص في المادة 67 من القانون المدني على أنه: "يعتبر التعاقد مابين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعملون فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجه اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، والزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول"[3].

ثانيا: مكان إبرام العقد الالكتروني: إن لموضوع تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الالكترونية أهمية خاصة نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسط الالكتروني من جهة وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الالكترونية من جهة أخرى، مما يترتب على ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية كمعرفة المحكمة المختصة والقانون المطبق في حالة وجود أي نزاع[4]، ويثير تحديد مكان إبرام العقد صعوبة خاصة نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة، لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني، وبالتالي يثير التساؤل حول الاعتداء بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول ؟

في هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد وضع قاعدة في نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر والتي يفهم من خلالها أن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك[5].

غير أن تطبيق هذه القاعدة على العقود الالكترونية أمر ليس يسير، نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الانترنت بوصفها متصلة بعدد من الدول، وفي المقابل نجد أن القانون النموذجي للتجارة الالكترونية حدد مكان إبرام العقد في المادة(4/15) حيث قرر أن مكان إرسال الرسائل الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ

[1]_ محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص104.

[2]_ شحاتة غريب الشلقامي، مرجع سابق، ص132.

[3]_ جعل المشرع الجزائري الأخذ بنظرية علم القبول كقاعدة مكملة، وليس كقاعدة آمرة حتى يترك للأطراف فرصة الاتفاق على مخالفتها بما يتناسب وظروف كل طرف.

[4]_ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص148.

[5]_ فراح مناني، مرجع سابق، ص105.

وأن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المرسل إليه والمنشئ على خلاف ذلك[1]، فإنه يفهم من ذلك أن العقد الالكتروني يبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، إذا اعتد بنظرية الاستلام، وبالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إذا أخذ بنظرية التصدير، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، إذ يجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق بينهما على أن يكون مكان الإرسال أو الاستلام[2]، وقد تبنى هذا الاتجاه بعض قوانين المعاملات الالكترونية العربية، ولكن السؤال الذي يطرح في هذا المجال في ما إذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل، فبأي منها يعتد ؟

ففي هذه الحالة نجد أن القانون النموذجي يعتد بمقر العمل الأوثق صلة بموضوع العقد أو مقر العمل الرئيسي كما تعرض أيضا هذا القانون لحالة عدم وجود مقر عمل للمنشئ أو للمرسل إليه حيث أخذ بمحل الإقامة المعتاد[3]، هناك قوانين أخرى ورغم حداثتها إلا أنها لم تراع الطابع الخاص للعقود الالكترونية، ولا تزال تتمسك بالنظرية التقليدية كما هو الحال في مشروع قانون التجارة الالكتروني المصري[4].

وقد ذهب المشرع التونسي في الفصل 28 من قانون المبادلات الالكترونية إلى الاعتداء بعنوان البائع كمكان إبرام العقد[5].

ومنه فإن التعاقد عبر شبكة الانترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، إلا إذا توافرت فترة زمنية بين الإيجاب والقبول فإن التعاقد يكون في هذه الحالة بين غائبين من حيث الزمان و المكان[6].

[1]_ لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص119.

[2]_ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص308.

[3]_ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص391.

[4]_ قادم سعاد شهرزاد، مرجع سابق، ص218.

[5]_ ناصر حمودي، مرجع سابق، ص223.

[6]_ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص151.

وفي خلاصة الفصل الأول نستنتج أن التراضي ركن جوهري من أركان العقد الالكتروني والأساس الذي تقوم عليه العلاقة العقدية، فهو يمر عبر مراحل، تتمثل المرحلة الأولى في المرحلة التمهيدية لكل من يعقد العزم على إبرام العقد الالكتروني، وذلك بالتعبير عن إرادة المتعاقدين إلكترونيا بمختلف الطرق والوسائل أهمها: البريد الالكتروني، المحادثة المباشرة والمشاهدة، مواقع الويب، التنزيل عن بعد، أما فيما يخص لغة التعبير عن الإرادة إلكترونيا نجد أن اللغة الوطنية ليست قيدا على المعاملات عبر شبكة الانترنت، فمن الممكن لأي متعاقد أن يوجه إيجابا بلغته الوطنية على أن تصاحبه ترجمة بلغة أو لغات أجنبية، ومنه تكمن أهمية أن يتم التعبير الالكتروني عن الإرادة بصورة مشروعة وقانونية، وإن لم يرد صراحة إجازة التعبير عن الإرادة الالكترونية في القواعد العامة في معظم التشريعات إلا أنها لم تتضمن في المقابل أية نصوص تمنع ذلك.

أما فيما يخص المرحلة الثانية هي مرحلة انعقاد العقد الالكتروني، فلكي يتحقق ركن التراضي بين طرفي العقد لابد من صدور إرادتين، إرادة أولى تتمثل في الإيجاب يعرض فيها أحد الطرفين رغبته في التعاقد، وتقابلها إرادة ثانية وهي القبول، فالإيجاب والقبول الالكتروني لا يختلفان عن الإيجاب والقبول التقليدي إلا أن لهما خصوصية معينة تتبع من الوسيلة الالكترونية التي يتم التعبير بها، إلا أن صدور الإرادتين غير كافي لتحقق التراضي فلابد كذلك من تلاقيهما، لكن الأمر يختلف في حال كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد، مما أدى إلى اختلاف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لهذا المجلس، فهناك من اعتبره تعاقد بين حاضرين، والبعض اعتبره تعاقد بين غائبين، في حين اعتبره جانب آخر من الفقه تعاقدا وسط، أي تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، وبما أن الطرفان في العقد الالكتروني لا يكونا حاضران حضورا ماديا، فإنه تثور مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد حيث اختلفت الآراء الفقهية وتعددت النظريات حول هذين المسألتين، فأخذت كل دولة بالنظرية التي ترى أنها مناسبة لها.

الفصل الثاني

الإشكالات القانونية التي يثيرها التراضي في العقد الإلكتروني

إن الفكرة الأساسية التي تقوم عليها التجارة الإلكترونية وبالتحديد العقود الإلكترونية، هي توفير الوقت والجهد وكذا المال، وتسهيل عملية التعامل بين المتعاقدين على الرغم من عدم تواجدهم في مكان واحد، حيث تقوم في مجال افتراضي قائم على لغة الأرقام والبيانات، فبسبب طبيعة هذه البيئة ثارت العديد من المشكلات القانونية والتي بطبيعة الحال يجب تدخل السلطة التشريعية في ضبطها وحلها لضمان الثقة والأمان وهي متطلبات التجارة عادة ، ففيما تتمثل هذه المشكلات ؟ وهل وفِقت مختلف التشريعات في إيجاد الحلول المناسبة لها أم لا ؟

إن رحلة المعلومة الرقمية عبر فضاء الإنترنت تجعل التعرف على مصدرها ومكان صدورها والوجهة المرسلة إليها صعبة، وكذا التحقق من أهلية القائم بإرسالها أو استلامها وإرادته السليمة أصعب من ذلك وللإجابة عن هذه التساؤلات نتناول في هذا الفصل المشاكل المثارة في العقود الإلكترونية في مبحثين حيث سنتناول في المبحث الأول إشكالات تطبيق عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية، وفي المبحث الثاني إشكالات الإثبات في التراضي الإلكتروني والقانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية .

المبحث الأول

الإشكالات المتعلقة بالإرادة في العقد الإلكتروني

تحتل عيوب الإرادة مكانة بارزة في إطار العقد الإلكتروني، ولكي يكون العقد صحيحا يجب أن تصدر من شخص كامل الأهلية وإلا تكون مشوبة بعيب من هذه العيوب، فليس من السهل التحقق من هوية الشخص المتعاقد ومعرفة أهليته (مطلب أول) وهذا ما يسهل تحديد ما إذا كانت الإرادة معيبة أم لا (مطلب ثاني) .

المطلب الأول

التحقق من أهلية المتعاقد وتحديد هويته

العقود الإلكترونية ليس من السهل فيها التحقق من هوية الشخص المتعاقد وأهليته بسبب عدم وجود مكان للالتقاء بينهما، لذا يمكن أن يكون مبرم العقد قاصر لا يملك أهلية التعاقد أو شخص يدعي أنه ممثل لمؤسسة أو شركة تجارية وهو لا يملك صفة التعاقد عنها، فكيف يتم التأكد من أن الإرادة التعاقدية صادرة عن بالغ ؟

الفرع الأول

التحقق من أهلية المتعاقد في العقد الإلكتروني

تنص المادة 78من القانون المدني الجزائري 05/10 أن: " كل شخص أهل للتعاقد ما لم يطرأ على أهليته عارض يجعله ناقص الأهلية أو فاقدها بحكم القانون " .

من الصعب جدا تحديد أهلية الشخص المتعاقد عبر الإنترنت، حيث يجب لانعقاد العقد الإلكتروني صحيحا أن تتحدد صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تعاقد على أساسها، ثم ثبوت أهليته على النحو الذي يتطلبه القانون، حيث أن للأهلية خصوصية في العقود الإلكترونية بسبب البيئة اللامادية المبرمة فيها والتي تتم دون الحضور المادي للمتعاقدين .

تعتبر الأهلية[1] ركن من أركان التعاقد لاتصالها الكبير بالرضا، فجميع الأشخاص بعد بلوغهم سن الرشد أهلٌ للتعاقد، ما لم يرد نص على غير ذلك أو يمنع عليهم إبرام العقود أو بعضها، وبالتالي فالأصل أن يكون الشخص المتعاقد كامل الأهلية متمتعا بكامل قواه العقلية ولم يحجر عليه، هو أهل لمباشرة كافة أنواع التصرفات القانونية (المادة 01/40والمادة 78ق م ج)، فحسب المادة 02/40 من القانون المدني الجزائري سن الرشد هو 19سنة كاملة ما لم يطرأ عليه شيء من عوارض الأهلية (الجنون ، العته ، السفه) أو فقد الأهلية بحكم القانون.

[1]–علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام في القانون الجزائري، الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية،2003، ص48.

يعرف الفقهاء الأهلية بأنها صلاحية الشخص بأن تتعلق بذمته حقوق له أو عليه وبأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية بهذه الحقوق، فالأهلية مناطها التمييز فمن كان كامل التمييز كان كامل الأهلية، ومن كان ناقص التمييز كان ناقص الأهلية، وإذا انعدم التمييز انعدمت الأهلية، والأهلية نوعان :

أولا: أهلية الوجوب : وهي صلاحية الشخص بأن تثبت له حقوق وتفرض عليه التزامات وهي ما يعرف بالشخصية القانونية، وتثبت هذه الأهلية بمجرد ولادته حيا حيث أن جميع الأشخاص متساوون في أهلية الوجوب[1].

ثانيا/ أهلية الأداء : صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، تتأثر بسن الإنسان ودرجة تمييزه، فأهلية الأداء[2] تكون متفاوتة الدرجات فالقاصر غير المميز والمجنون محرومان من أي أداء، والمحجور عليه والسفيه يعتبران ناقص الأهلية فقط، أي أن بإمكانهما القيام ببعض التصرفات والأعمال دون الأخرى

الفرع الثاني

تحديد هوية الشخص المتعاقد في العقد الالكتروني

إن أكثر مستخدمي شبكة الإنترنت هم من المراهقين وصغار السن، وفيما يخص التعاقد عبر الإنترنت فإنه ليس بالأمر اليسير التحقق من هوية الشخص المتعاقد، بسبب عدم وجود مكان للالتقاء بين طرفي العقد وبالتالي يمكن أن يقوم القاصر بإبرام العقد[3].

لم تثر مسألة تحديد الهوية للمتعاقد جدلا واسعا في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين لسهولة التحقق من اكتمال أهلية الطرف الأخر من خلال المظهر الخارجي وفي حالة الشك يطلب منه إظهار ما يثبت هويته إذا كان شخص طبيعي أو شهادة تسجيل الشركة إذا كان شخص معنوي[4] ، إن الحقيقة الغالبة في العقود الإلكترونية وفي غياب الوجود المادي لطرفي العقد لحظة إبرامه، يجعل التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين صعبا مقارنة بالطرق التقليدية للتعاقد عن بعد مثل الفاكس والتلكس والهاتف، فالمتعاملون عبر شبكة الإنترنت يفتقرون لتحديد هوية الطرف الأخر في العقد لأن العنوان الإلكتروني الذي يتعاقدون معه لا يكون مرتبطا ببلد معين مثل المواقع التي تنتهي بـ com، لكن هذه الصعوبات لا يمكن أن تحول دون التأكد من هوية وشخصية المتعاقد وأهليته القانونية في مجال المعاملات الإلكترونية، والتي تتم عبر شبكة الاتصالات الدولية ، فهي تساعد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد، لأنه غالبا ما يكون قانون دولة المورد أو البائع بحسب نوع العقد المبرم ، فقد نصت

[1]-إلياس ناصيف،مرجع سابق ص 122.

[2]- المرجع نفسه، ص123 .

[3]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص68.

[4]- المرجع نفسه، ص65 .

المادة 4 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 67 لسنة 2006 على ضرورة تضمُن الإيجاب ما يُفصِح عن شخصية المورد[1]، أما فيما يخص المستهلك فيجب على التاجر التأكد كذلك من هويته وأهليته في التعاقد، لأنه توجد بعض المنتجات تقدم لأشخاص معينين ومحددين دون غيرهم، وإلا تعرض للعقوبة التي نص عليها في قانون العقوبات الفرنسي في المادة 14/227[2]، والحقيقة أن التاجر لا يمكنه التأكد من أهلية كل الأشخاص الذين تتوفر فيهم شروط الاستفادة من هذه السلعة أو الخدمة، والإشكال يكمن في أن تحديد الأهلية يتم وفقا للقانون الشخصي لأطراف الرابطة العقدية حيث يختلف هذا التحديد من نظام قانوني إلى أخر .

هذه الصعوبة لا تطرح في حالة إذا كان التعاقد بين حاضرين يجمعهما مجلس واحد حيث يمكن التأكد من خلال البطاقة الشخصية التي يحملها الشخص الطبيعي أو من خلال شهادة تسجيل الشركة أو شهادة القيد في السجل التجاري إذا كان الشخص اعتباريا، ولكن تطرح الصعوبة الحقيقية عند التعاقد باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات دون توفر أهلية التعاقد لأحد أطراف الرابطة العقدية أو كلاهما فكيف يتم التأكد من أهلية الطرف الأخر ؟

من خلال ما تقدم لانعقاد العقد الإلكتروني انعقادا صحيحا، يجب أن يكون صادرا عن متعاقدين تتوفر فيهما الأهلية، ومن بين الحلول التي سعى بعض المختصين اللجوء إليها لتجنب الغلط في تحديد هوية المتعاقد وأهليته، هي الاعتماد على سلطات الإشهار، والتي تمثل الطرف الثالث المحايد والموثوق فيه والبعض الأخر رأى أن الحل الأمثل هو اعتماد نظام قانوني، يمكن من خلاله التحقق من شخصية أطراف العقد بأي وسيلة تمكن من ذلك .

ولقيام العقد صحيحا يجب على المتعاقدين التحقق والتدقيق في مسألة الأهلية بأي وسيلة لكون البيانات المطروحة من طرف أحد المتعاقدين عبر الإنترنت، قد لا تكون صحيحة ، في هذه الحالة توصَل أهل التقنية والمتخصصين فيها، إلى استنباط وسائل يمكن من خلالها التحقق من أهلية المتعاقد وهي:

أولا: البطاقة الإلكترونية: وهي بطاقة على شكل رقاقة تحتوي على وحدات لتخزين المعلومات الخاصة بصاحبها، فهي سجل كامل من المعلومات والبيانات الشخصية[3]، تتمتع برقم سري، يمكن عن طريق هذه الأخيرة تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها، كالاسم والسن ومحل الإقامة، المصرف المتعامل معه وغيرها من البيانات [4]، لكن هذا لم

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 203 .

[2]- المرجع نفسه ،ص 203 .

[3]- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، 2009، المملكة السعودية، ص83.

[4]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص127 .

يمنع أصحاب الذكاء الإلكتروني من إيجاد طرق للاستيلاء على هذه البيانات وكذا أموال المتعاملين واستعمالها[1]، منها بطاقة السحب وبطاقة الدفع وبطاقة القرض .

ثانيا: التوقيع الإلكتروني: وهو أي علامة مميزة خاصة بالشخص الموقع، تسمح بتحديد شخصيته والتعرف عليها بسهولة، فهو التعبير الصريح عن إرادة المتعاقد ورضاه في العقد، قد يكون بالإمضاء أو بالبصمة أو بالختم، أو أي شكل آخر يراه صاحبه ملائما للتعبير، غير انه يجب بالضرورة أن يتخذ التوقيع شكلا يدل دلالة قاطعة على هوية صاحبه.

فالعديد من المختصين يرون أن الحل الأنسب لتحديد هوية المتعاقد هو التوقيع الإلكتروني الموثق والذي تم توثيقه من قبل سلطات التوثيق والتصديق[2] المعتمدة قانونا، هذا ما جعله أكثر أمانا في تحديد هوية المتعاقد في المعاملات الإلكترونية، والتوقيع البيومتري مثلا أحد أشكال التوقيع الإلكتروني الموثق الذي يعتمد على الخواص الفيزيائية والطبيعية للشخص الموقع، وذلك باستخدام البصمة الشخصية أو مسح العين البشرية أو التعرف على الوجه البشري، أو باستخدام خواص اليد البشرية أو باستخدامهم نبرة الصوت، فمثلا بطاقات السحب باستخدام الرقم السري، تخضع في إصدارها ومتابعتها إلى رقابة جهات مختصة ومعتمدة وهذا ما يحقق قدرا من الثقة بالنسبة لصاحبها، لا يمكن للتوقيع العادي أو التقليدي أن يوفرها، حيث أنه من السهل تقليد التوقيع اليدوي أكثر من اكتشاف رقم سري بالصدفة .

يجب أن يكون التوقيع موثقا، حيث لا يكون له أي قيمة أو حجية في حالة عدم التوثيق من الجهة المختصة، فعمل هذه الأخيرة أشبه بعمل كاتب ضبط إلكتروني إذ تقوم بالتأكد من هوية الطالب للتوثيق والتأكد من بياناته، وفي المقابل تمنحه شهادة توثيق إلكتروني ، فهي شهادة منها على صحة الهوية وبالرجوع إلى المادة 327 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم ، لم يحدد تعريف للتوقيع الإلكتروني وإنما بيَن شروطه، لكنه عرَف الكتابة الإلكترونية وربط الفكرتين ببعضهما سواءا من حيث التعريف أو من حيث الشروط التي يجب توفرها في كل منهما، عكس نضيره التونسي والذي حسم في هذه المسالة في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، بإنشائه لمؤسسة معتمدة لهذه الغاية تدعى " الوكالة الوطنية للمصادقة الإلكترونية ".

ثالثا: الوسيط الإلكتروني: وهو طرف ثالث محايد يلجأ إليه المتعاقدين، ليتأكد كل منهما من هوية الأخر وأهليته وذلك بإصدار شهادة مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد الإلكتروني[3]، اعتمد هذا النظام كل من تونس والأردن حتى أنه في تونس وكما سبق وذكرنا استحدثت مؤسسة عمومية تتمتع بالشخصية المعنوية والاستقلال المالي

[1]- إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص128.

[2]- يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، 2016 دار البيضاء الجزائر، ص189.

[3]- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص83.

تخضع للقانون التجاري التونسي، وذلك بموجب القانون التونسي رقم 73 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الإلكترونية في مادته 08، فالوسيط يلعب دورين دوره كمنظم للعلاقة بين المتعاقدين، كما يمكن للمتعاقدين اللجوء إليه للتحقق من هوية الطرفين المتعاقدين وأهليتهم، وإصدار شهادة مصادق عليها بذلك .

أطلق على هذه الوسائط اسم الوسائط المؤتمتة أو المعاملات المؤتمتة[1] وهي التعاقد عبر الإنترنت باللجوء إلى وسائط مبرمجة لإتمام عمليات التعاقد، دون إشراف أو تدخل بشري، تلجأ أغلب المواقع إلى استخدامها حيث تنجز أعمال وتصرفات محددة من طرف مالك الموقع التجاري، تقوم هذه الأخيرة وعبر تفاعلها مع وسائط مؤتمتة مماثلة لأشخاص طبيعية أو معنوية حيث تنجز الأعمال المطلوبة كإرسال واستقبال أوامر الشراء ومعالجتها، تقديم الخدمات بكافة أشكالها ودون تدخل أو رقابة من مالك الموقع هذه العقود قد تظهر للمتعاقد أنه تعاقد مع بشري، لكن حقيقة تعاقد مع وسيط إلكتروني، كما يمكن لصاحب الموقع أن لا يعلم بأنه ابرم العقد لكثرة العقود التي تتم بهذه الوسيلة، وقد أخذت بها بعض التشريعات صراحة، كالمشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية حيث عرَف الوسيط الإلكتروني في المادة 02 منه بأنه " برنامج حاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء قصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخص "كما أجاز قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي[2] UETA وأطلق عليهم اسم الوكلاء الإلكترونيين وقد حذا حذوه المشرع البحريني كذلك، واعتبره المشرع الأردني حسب المادة 14من قانون المعاملات الإلكترونية والتي جاء فيها أن "رسالة المعلومات التي تصدر عن هذا الوسيط تعد صادرة عن المنشئ سواءا أصَدرت عنه ولحسابه أو بوساطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بوساطة المنشئ أو بالنيابة عنه"[3]، فقد اعتبر الوسيط الإلكتروني نائبا، فإرادته ليست مستقلة عن إرادة المنشئ أو مالك الموقع، وهذه المادة جاءت مقاربة للمادة 13 /02 من القانون النموذجي اليونسترال، هناك مسألة في موضوع الوسطاء الإلكترونيين، وهي عدم تكمن المتعاقدين من تصحيح أخطائهم أو تغيير بياناتهم عند التعاقد في حالة الخطأ، وهنا ليس المقصود الغلط كعيب من عيوب الإرادة وإنما الخطأ الفني في إجراءات التعاقد،كالضغط على أي مفتاح مثل مفتاح الموافقة على بنود العقد دون قصد أو انتباه، لذا ولمعالجة هذه المسألة اشترط الضغط على مفتاح القبول مرتين، للتأكد من عدم وجود حالة الخطأ أو تأكيد القبول بإرسال رسالة معلومات تؤكد ذلك .

توجد أيضا العقود النموذجية التي لجأ لها العديد من المواقع الإلكترونية الخاصة، حيث يتضمن هذا العقد الأمور المطلوبة من الطرفين، والتي يجب احترامها من قبلهما[4]، بحيث تصاغ هذه العقود بشكل ملائم وبلغة سليمة

[1]- محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص74 .

[2]-المرجع نفسه، ص76.

[3]- يمينة حوحو، مرجع سابق، ص197.

[4]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص400.

وسلسة مفهومة ومبسطة، كما يمكن لصاحب الموقع أن ينص في هذا العقد على شروط تحدد هوية الطرف المتعاقد وأهليته مثل عدم قبوله إبرام العقد مع من لم يبلغ سن الرشد[1] أو عدم التعاقد مع أشخاص خارج نطاق دولة معينة.

تكون مصاغة من طرف مشرفين على النطاقين الدولي والوطني، بغية إيجاد تنظيم مسبق لإجراء المعاملات الإلكترونية مثل العقد النموذجي الفرنسي الذي ينظم معاملات التجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين في فرنسا، كذلك مشروع العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الإلكترونية المعد من طرف لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي اليونسترال، هذا الأخير يمثل صورة متكاملة للعقد المراد إنشاؤه، حيث يتضمن كافة التفاصيل منها تحديد هوية كلا المتعاقدين، حيث يشترط مشروع العقد النموذجي لليونسترال في الفصل الأول من الاتفاقية في البند الأول، على تحديد الموجب بإلزام المتعاقد إدخال جميع بياناته مثل اسم الشركة، عنوانها، رقم سجلها التجاري، رقم هاتف الفاكس، البريد الإلكتروني، أو موقعها الإلكتروني على الشبكة، أما في الفصل الثاني فقد ألزم القابل بأن يدخل نفس البيانات للتعريف بهويته، لكن المشكِل في هذه العقود أنه لا يوجد ضمان على صحة المعلومات المدخلة فقد يقوم المتعامل بإخفاء هويته خوفا من استغلال القراصنة "الهاكرز"، للبيانات الشخصية عبر الإنترنت وإبرام عقود أخرى بتقمص هويته، والاحتيال على المتعاقدين وبالتالي، فإن هذه العقود تبقى قاصرة عند اللجوء إليها لتحديد هوية المتعاقد وذلك لغياب جهة ثالثة التي تضمن صحة المعلومات المقدمة والبيانات المذكورة[2] .

كما قُدمت حلول تقنية وأخرى قانونية ذكرها بعض الكُتَاب والباحثين في هذا الشأن هي:

– **الحلول التقنية:** إن صلاحية إبرام التصرفات القانونية في مجال العمليات الإلكترونية التي تتم عبر شبكات الاتصال، لها أهمية كبيرة حيث تحتاج إلى خبراء متخصصين في هذا المجال، من حيث التقنيات المستخدمة لتحديد هوية المتعاقدين وهي التحقق عبر الموقع وتعقبها مثلا شركة Versign [3]، تستخدم شهادة العملاء للتعرف على الشركات التجارية المزودة بالخدمة، أما في مصر تتولى هيئة "تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات" إصدار شهادة بنتيجة الفحص والتحقق من صحة إنشاء التوقيع الإلكتروني بناءا على طلب ذي الشأن من خدمة الفحص، والتحقق يكون نظير مقابل يحدده مجلس إدارة الهيئة[4]، حيث يجوز للهيئة أن تعهد للغير بتقديم هذه الخدمة تحت إشرافها، هذا ما أوردته المادة 2 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري الصادر بالقرار رقم 109 سنة 2005 .

[1]– محمود عبد الرحيم الشريفات ،مرجع سابق، ص65.

[2]– المرجع نفسه، ص67.

[3]– لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 232.

[4]– المرجع نفسه، ص232 .

– **الحلول القانونية**: لقد أوصت المادة 5 من التوجيه الأوروبي الصادر في يوليو 2000، وكذا المادة 14 من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء، بأن جعلت مؤدي الخدمة بأن يتيح لمتلقيها وبشكل دائم، اسمه وعنوانه الجغرافي والإلكتروني، واسم السجل التجاري المقيد ورقمه، وأي معلومة أخرى تفيد في تحديد هويته، غير أنها لم تفرض جزاءات على عدم الامتثال لهذه التعليمات، فأغلب المتعاملين يعمدون لإخفاء نقص أهليتهم، فما مدى صحة تصرفاتهم القانونية المبرمة عبر الإنترنت في حالة إذا كان أحدهما أو كلاهما ناقص أهلية ؟

في هذه الحالة ذهب البعض إلى القول إذا كان أحد المتعاقدين ناقص أهلية والآخر كاملها وفقا لقانونه أو قانون المتعاقد الأخر، فإنه ينبغي ترجيح مصلحة كامل الأهلية إعمالا للوضع الظاهر[1]، وبالتالي إذا تعاقد قاصر ببطاقة الائتمان الخاصة بأحد والديه أو استخدم توقيعه الإلكتروني في إبرام العقد، ففي هذه الحالة نرجح مصلحة التاجر ولا يبطل العقد لنقص أهلية المتعاقد الأخر، وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة 11 من القانون المدني المصري[2]، وبالتالي فإن نقص أهلية المتعاقد أو أحد المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت وفقا لأحكام قانون الجنسية أو قانون الموطن أو جنسية المتعاقد الأخر لا يؤثر في أهليته، ويعتبر في حكم كامل الأهلية، ويستطيع من تعاقد مع ناقص الأهلية بحسن نية أن يعود عليه على أساس المسؤولية التقصيرية[3] وذلك بسبب الإهمال والتقصير.

المطلب الثاني

خصوصيات عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني

كما هو معروف في القانون المدني الجزائري أن أي عقد لتمامه يجب أن تتوفر فيه إرادتين متطابقتين من إيجاب وقبول مطابق له (تراضي صحيح)، لا يتحقق إلا إذا كان صادرا من ذي أهلية سليمة من العيوب التي تشوب الرضا وتؤدي إلى فساده دون إزالته، ذكرها المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 91 من القانون المدني الجزائري، وهم الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال، والتأكد منها في البيئة التقليدية أي في العقود العادية المعروفة، لا يثير إشكالا مقارنة مع البيئة الإلكترونية المفترضة واللامادية، فهل يمكننا تطبيق نظرية عيوب الإرادة في القانون المدني على العقود الإلكترونية ؟ مع الأخذ بعين الاعتبار الوسائط الإلكترونية التي يتم التعاقد عبرها.

[1]– عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص179 .

[2]– نصت المادة 11 من القانون المدني المصري على أنه " إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية يرجع السبب فيه إلى خفاء لا يسهل على الطرف الأخر ، فمثل هذا السبب لا يؤثر في أهليته ".

[3]– عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص180.

إذا فصحة التراضي تعني صحة الإرادة وهي بالضرورة أن تصدر عن شخص كامل الأهلية مع شرط سلامتها من العيوب، وفي هذا السياق يقول الفقه بأن عيوب الإرادة في العقد المبرم عبر الإنترنت لا تخرج عن كونها أمثلة نجدها في القواعد العامة التقليدية، لذا سنتطرق في هذا المطلب لعيوب الإرادة في نطاق العقد الإلكتروني فالفرع الأول يتضمن العيوب المتعلقة بذهن المتعاقد وهي الغلط والتدليس، أما الفرع ثاني فيتضمن العيوب المتعلقة بنفس المتعاقد وهي الإكراه والاستغلال.

الفرع الأول

عيوب متعلقة بذهن المتعاقد

هي العيوب التي تؤثر على ذهن المتعاقد تجعله يتوهم الأشياء على غير واقعها وهي:

أولا: الغلط في التراضي الإلكتروني: يعرف الغلط[1] بأنه وهم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته[2]،و قد نظمه المشرع الجزائري في المواد من 81 إلى 85 من القانون المدني المعدل والمتمم، وقد عرفه السنهوري بأنه حالة تقوم بالنفس تحملها على توهم غير الواقع، وغير الواقع يكون إما واقعة غير صحيحة أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها،فقد يكون عيب الغلط في العقد الإلكتروني بتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الأخر معروف لديه بتقديم منتجات معينة، والذي يرغب في التعاقد معه بشأنها، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف أصلا سواءا بالغلط في اسمه أو في موقع الإنترنت الخاص بعرض المنتجات، ومثاله أيضا طلب شخص عن طريق الإنترنت استئجار سيارة معينة من شركة عالمية على موقعها الخاص، ثم تقوم الشركة بإرسال السيارة على أساس عقد البيع، هنا العقد يعتبر باطلا لاختلاف طبيعة العقدين[3].

إن المشرع الجزائري قد بيَن مقصود وأنواع الغلط المؤدي لإبطال العقد (ماهيته شروطه محل العقد) وحماية للطرف الأقل خبرة بين المتعاقدين في حالة عدم توفير المعلومات الكافية والتي يجب الإدلاء بها، جاز للطرف الضعيف أن يتمسك بوقوعه في الغلط نتيجة عدم معرفته الكافية سواءا بشروط العقد أو محل التعاقد (المنتجات أو السلع المعروضة) .

يشترط أن يكون الغلط جوهريا أي أن يكون هو الدافع للتعاقد، وأن يكون الغلط في صفة جوهرية للشيء محل التعاقد أو في الشخص المتعاقد مع اتصال المتعاقد الأخر(الخبير) بالغلط.

1- أنواع الغلط: وفق النظرية التقليدية هو ثلاث أنواع وهي :

[1]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 56.

[2]- عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 182.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص185.

أ- الغلط المانع: وهو الذي يمس أركان العقد مثل اعتقاد أن عقد القرض هو عقد هبة (طرف أقرضه المال والطرف الأخر اعتقده هبة)، أو يمس محل العقد(سيارتين مختلفتين مملوكتان لشخص ، باع صاحبهما للطرف الأخر السيارة 01 لكن الطرف الأخر يعتقد أنه باعه السيارة رقم 02)، أو يقع الغلط في السبب (الاتفاق على قسمة عين مملوكة على الشيوع على أساس الوصية،ثم يتضح أن الوصية باطلة)[1].

إن الغلط في العقود الإلكترونية كثير الوقوع لنقص المعلومات المتاحة عن المنتجات المعروضة والمادة 11 من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 بشأن التجارة الإلكترونية ألزمت على مقدمي الخدمات تقديم الخدمة للعميل بالتفصيل الواضح والدقيق، وذلك بوسائل تُمكِنُه من فهم المعلومات والبيانات الإلكترونية ، ويكون الغلط مانعا في التعاقد الإلكتروني فيما يلي[2] :

- الغلط في ماهية العقد: أي الغرض من العقد، كأن يبرم عقد على أساس حق الاستغلال بسبب اعتقاد المشتري، والبائع يقصد منه حق الاستعمال فقط، وهنا ينعدم العقد لعدم تطابق الإيجاب والقبول.

- الغلط في ذاتية الشيء محل الالتزام: هو الذي يقع في محل التعاقد مثل التعاقد لشراء برامج إلكترونية لتعليم الإنجليزية فيجدها لتعليم الروسية، إذن عدم تطابق الإرادتين وبالتالي لا ينعقد العقد.

- الغلط في سبب الالتزام: يكون الغلط في ركن السبب مثل التأمين على عقار ضد الحريق، وهذا العقار آل إليه بالإرث، ليظهر أن المورث قد أمن على نفس العقار ضد الحريق.

- **الغلط في التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني (الجهاز المؤتمت):** بالرجوع إلى المادة 12 من مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الإلكتروني.

ب- الغلط غير المؤثر: وهو الذي لا يتعلق بأي صفة جوهرية في العقد، وحتى بوقوعه لا يكون له أثر على العقد، ويبقى هذا الأخير صحيحا لكن يعيب الإرادة فقط، نجد هذا النوع من الغلط في التعاقد الإلكتروني في حالة الغلط في إبلاغ الرسالة الإلكترونية أو الإعلان عبر شبكة الإنترنت عن ثمن سيارة معروضة للبيع مثلا بسعر 1000000 دج، لكن وقع غلط أو تحريف في محتوى الرسالة فظهر المبلغ 10000000 دج، وهو ما نصت عليه المادة 84 من القانون المدني الجزائري في محتواها "لا يؤثر في صحة العقد مجرد الغلط في الحسابات أو الكتابة كغلطات القلم مثل التي يمكن تصحيحها يكون الغلط غير مؤثر على صحة العقد ولكن يجب إدراكه وتصحيحه"، وهذا أيضا ما جاءت به المادة 123 قانون مدني مصري.

[1]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص238.

[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص101.

معناه أن في هذه الحالة، الغلط المادي يمكن تداركه بتصحيحه لكن في حقيقة الأمر أن هذا الغلط المادي قد رتب غلطا أخر وهو ما أدى إلى تحريف في نقل الإرادة، هذا ما يجعل العقد الإلكتروني لا ينعقد بسبب عدم تطابق الإرادتين، كما أن هذا يمنع الاستناد على حق الرجوع المقرر للمستهلك وطلب التعويض[1].

جـ- الغلط المعيب للإرادة (المؤثر): حسب المادة 81 من القانون المدني الجزائري، والتي اعتبرت الغلط الجوهري هو الغلط الذي لولاه لما انعقد العقد، وينصب الغلط الجوهري في صفة الشيء(محل العقد) أو في شروط العقد، أو في ذات المتعاقد أو صفة من صفاته، هذا ما جاءت به المادة 121 من القانون المدني المصري والتي تشترط للتمسك بالغلط أن يقع أحد المتعاقدين في غلط جوهري، وأن يكون هذا الغلط هو الدافع للتعاقد، وأن يكون في جوهر الشيء أو الشخص المتعاقد، كما يمكن أن يقع في طبيعة العقد، وقد أضاف المشرع الفرنسي في المادة 1110 قانون مدني، أضاف الغلط الذي ينصب على طبيعة العقد أو بسببه وكذا الغلط في القانون[2].

لقد تفرق الفقه في الأخذ بالغلط المؤثر إلى نظريتين ، النظرية التقليدية والتي أخذ بها المشرع الأردني، تبحث في الغلط بحسب الأمر الواقع عليه فهو يؤثر ويبطل العقد إذا ما وقع على محل الشيء أو صفة جوهرية فيه، أو في شخصية المتعاقد أو صفته التي هي محل اعتبار في التعاقد ، أما النظرية الحديثة والتي أخذ بها المشرع المصري والذي يرى أن الغلط يكون على رضا المتعاقد بحيث يكون جوهريا، إذا كان المتعاقد يمتنع عن التعاقد حتى وإن لم يقع في الغلط[3] .

إذن يكون الغلط معيبا للإرادة إذا حدث في ذهن المتعاقد ولولا هذا الغلط لما ابرم العقد، مثلا التعاقد مع الشخص على أساس أنه ذو خبرة عالية في النظم المعلوماتية ثم تبيَن عكس ذلك، هنا يطالب بفسخ العقد أو بنقصه.

يمكن القول أن مسألة الخطأ والغلط مرتبط بالنظم الحاسوبية، فقانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة لم ينظم المسائل الموضوعية للعقد الإلكتروني، ولم يتناول أثار الغلط في العقد الإلكتروني، عكس التشريع الأمريكي والكندي، حيث تضمن القانون الموحد للمعاملات الإلكترونية أحكام تتضمن الغلط الذي يرتكبه أشخاص طبيعيون بمناسبة تعاملهم مع نظام حاسوبي مؤتمت لشخص أخر ففي مجال العقود الإلكترونية كثيرا ما يقع الغلط بسبب العرض الناقص[4] للمنتجات والسلع حيث لا يتضمن الوصف الكامل والدقيق والوافي لها.

ثانيا: التدليس في التراضي الإلكتروني: نص عليها المشرع الجزائري في المادة 86 من القانون المدني المعدل والمتمم لقوله: "يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التي لجأ إليها أحد المتعاقدين أو النائب عن الجسامة

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص184.

[2]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص58.

[3]- عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص187.

[4]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص101.

بحيث لولاه لما أبرم الطرف الثاني العقد، يعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة "، إذن فهو إيهام الشخص بغير الحقيقة مستعملا طرق احتيالية لدفعه على التعاقد مما يجعل العقد باطلا، كأن يستعمل البائع كذبة انقطاع المنتجات أو توقيف استيرادها مما يجعل المشتري يصدِقه فيشتريها، إذن فالتدليس[1] هو استعمال الطرق الاحتيالية لإيقاع الشخص المتعاقد في وهم يدفعه إلى التعاقد، بحيث يكون هو الدافع للتعاقد وأن يتصل بالمتعاقد الأخر[2]، فالتعاقد عبر الإنترنت يلزم البائع بعرض السلعة أو المنتجات ووصفها وصفا كافيا نافيا للجهالة وإلا تمسك المشتري الأقل خبرة بالتدليس الناتج عن كتمان المعلومات التي كان يجب الإدلاء بها.

1- عناصر التدليس: ويشترط في التدليس توفر عنصرين هما :

أ- عنصر مادي (الطرق الاحتيالية): ويتمثل في استعمال الطرق الاحتيالية سواءا من أحد المتعاقدين أو من الغير، بحيث يجب أن تكون واقعة بها أهمية، ولولاها لما أبرم المتعاقد العقد، مثل انتحال شخصية أو صفة رجل أخر، أو تقديم شهادات مزورة، ويراعى في تقدير أثر الحيلة المستعملة المعيار الشخصي[3]، فالكذب لا يرقى إلى درجة التدليس إلا إذا كانت طبيعة المعاملة تقضي تجنب ذلك، هنا يعد الكذب طريقة احتيالية من طرق التدليس، كما يعتبر السكوت عمدا عن واقعة، إذا تحقق أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بها، فإذا تجاوز الكذب الحد المعقول والمألوف في الدعاية أو الإعلان الإلكتروني للمنتجات أو الخدمات، بشكل يؤثر على إرادة المدلس عليه يعطي لهذا

الأخير، الحق في طلب إبطال العقد استنادا على عيب الإرادة.

ب-عنصر معنوي (نية التضليل): ويقصد به نية الخداع للوصول إلى غرض غير مشروع، بشرط علم القائم بهذا التصرف، ومع اقترانه بسوء النية، أي أنه قصد استعمال الحيل للوصول إلى توجيه إرادته لتحقيق غاية غير مشروعة، وذلك لإخفاء الحقيقة عن المدلس عليه، ويتحقق بمجرد إدراك المدلس للضرر الذي سيُلحقه بالمدلس عليه من جراء سلوكه.

2- **شروط التدليس:**و هما شرطان أساسيان :

أ- أن يكون التدليس هو الدافع للتعاقد: وذلك من خلال الاستناد إلى ما جاءت به المادة 86 من القانون المدني الجزائري السالفة الذكر، وأنه يجب أن يكون الغلط الذي وقع فيه المدلس عليه هو الدافع لإبرامه العقد الإلكتروني، لكن إذا ثبت العكس فلا يجوز التمسك بعيوب الإرادة لإبطال العقد وينعقد هذا الأخير صحيحا.

[1]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص60.

[2]- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 422 .

[3]- عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص 187 .

كما يمكننا التطرق إلى مسالة التدليس الدافع والغير الدافع والذي ميز بينهما لفقه، فالتدليس الدافع يرتب قابلية العقد للإبطال على أن يكون هذا الأخير مؤثرا بشكل يدفع المتعاقد إلى إبرام العقد، أما الغير دافع فهو الذي يؤدي إلى قبول المتعاقد التعاقد لكن بشروط باهظة، مما يؤدي على منح الحق للطرف المخدوع في طلب التعويض وفق قواعد المسؤولية التقصيرية.

ب– اتصال التدليس بالمتعاقد الأخر: أي أنه يجب أن تكون الطرق الاحتيالية صادرة من المتعاقد أو من ينوبه مع علمه المسبق بذلك، أو افتراض علمه حتما به، هذا ما نصت عليه المادة 87 من القانون المدني الجزائري بأنه: "إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ما لم يثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم بهذا لتدليس"، فإذا وقع التدليس على أحد المتعاقدين ولم يعلم به المدلس المتعاقد أو لم يُفترض علمه به لا يؤثر على صحة العقد، ولا يرتب الإبطال وحتى ولو وقع ضلل أو خداع[1].

الأصل أن التدليس يقع من أحد المتعاقدين أو نائبه، إلا أنه قد يقع من الغير، لكن هذا لا يؤثر في صحة العقد إلا ثبت علم المتعاقد المدلس به علما حقيقيا أو حكميا، وإذا ثبت العكس ينعقد العقد صحيحا، لكن يجوز رفع دعوى المسؤولية الناشئة عن العمل غير المشروع لمن لحقه الضرر من أطراف العقد بالرجوع على الغير للمطالبة بحقه.

إذن فالتدليس له تأثير كبير في التعاقد الإلكتروني وإبرام العقود عبر شبكة الإنترنت، لكثرة المحتالين القادرين على اختراق الأنظمة المعلوماتية، وإساءة استعمالها، حيث غالبا ما تكون صورة في الإعلانات الكاذبة والمخادعة[2]، والوعود الوهمية بواسطة رسالة إلكترونية تهدف لجعل المتعاقد يبرم العقد رغم عدم وجودها على ارض الواقع، مثل ما هو شائع في الفضاء الإلكتروني إنشاء مواقع إنترنت وهمية كالبنوك الإلكترونية غير الموجودة لشركات وهمية ليس لها وجود على ارض الواقع أو الحقيقة، تعرِض على الشركات إبرام عقود على بضائع معينة بأسعار خيالية (كبيرة) وذلك باستعمال ظروف معينة كانقطاع البضاعة عن السوق أو عدم وجودها، هذه الظاهرة يمكن الحد منها بتنشيط جهات التوثيق الإلكتروني أو مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني[3]، والتي يكمن دورها في التأكد من صحة الإرادة ومنشئها وكذا جدية هذه الإدارة في إبرام العقود ومدى بعدها عن الغش والتدليس، وذلك بتعقب مواقع تجارية للإنترنت والتحري من مصداقيتها، فإذا ثبت عدم مصداقية أحد المواقع، تقوم بإرسال رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الإنترنت توضح فيها الغش أو التدليس الواقع.

[1]– عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص200.

[2]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص181.

[3]– يمينة حوحو، مرجع سابق، 190 .

تكمن المشكلة في إثبات التدليس الذي يقع عبر شبكة الإنترنت بسبب الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات المنقولة عبرها، فالمدلس يَعْمَدُ لإخفاء المعلومات وإزالة أثارها بصورة يصعب تحديد هويته أو كشف أفعاله من خلالها، يمكن تجنب هذه الحالة باستعانة بجهات التوثيق لتقديم الاستشارة والنصيحة والتحذير من المواقع الإلكترونية أو الاستعانة بالوساطة، ففي الغلط والتدليس المدلس عليه لا يعلم بوقت العقد وأن إرادته معيبة.

الفرع الأول

عيوب متعلقة بنفس المتعاقد

و هي العيوب التي يستغل فيها ما تحبه نفس المتعاقد وتميل إليه وهي:

أولا: الإكراه في التراضي الإلكتروني: وهو الرهبة القائمة في نفس الشخص فتدفعه على التعاقد ويشترط فيه ليكون عيبا أن يتم تحت سلطة الرهبة أو الخوف المبعث في نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الأخر دون وجه حق[1]، فهو ممارسة ضغط غير مشروع على المتعاقد بوسائل مختلفة تولد في نفسه خوفا يدفعه إلى إبرام العقد وهو غير راغب في ذلك، قد يكون الإكراه معدم للرضا حيث ينتزع رضا المتعاقد ويترتب عليه بطلان العقد وبالتالي انعدامه، وقد يكون إكراها معيبا أو ما يعرف بالإكراه المعنوي، أي أن المكره له نوع من الحرية في إبرام عقد لا يرغب فيه، وقد نصت المادة 88 من القانون المدني الجزائري بأنه " يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد الشخص تحت سلطة رهبة بينة بعثها المتعاقد الأخر في نفسه إذ أن المتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس، وتعتبر الرهبة قائمة إذا كانت ظروف الحال تضر بالطرف الذي يدعيها أن خطرا جسيما محددا يهدده هو أو احد أقاربه في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال" وقد عرفه الدكتور السنهوري بأنه الرهبة التي تقع في نفس المتعاقد والتي تفسد رضاه بما تحدثه في نفس المتعاقد من تضليل ووهم وخوف[2].

يتبين لنا أنه يصعب تصوره في العقود الإلكترونية، لأن المستخدم حر في إبرام العقد من عدمه حيث لا يمكن القول أنه مهدد في ماله أو نفسه، إلا أنه يمكن تصوره في العقود الإلكترونية في حالة التبعية الاقتصادية، أين يتم إذعان المتعاقد بسبب الحاجة الاقتصادية للمنتج أو السلعة المحتكرة لدى العون الاقتصادي الأخر، فيضطر المتعاقد لإبرام العقد خوفا على مصلحته الاقتصادية، بشرط عدم وجود بديل أخر لذلك .

1– عناصر الإكراه: وهما عنصرين :

أ– عنصر موضوعي (مادي): والذي يعتمد على استعمال وسائل للضغط والتأثير في حرية الإرادة المادية، بحيث حدوثها يعيب الرضا كالضرب والعنف، أو المعنوية كالتهديد بإلحاق الأذى، فالرهبة هي خوف مكره بخطر

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 64.

[2]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص274.

جسيم يهدد المتعاقد شخصيا أو أحد أقاربه سواءا بإلحاق الضرر المادي بالجسم أو الضرر النفسي بما يمس شرفه أو يصيب ماله، مما يجعله يبرم العقد تحت تأثير الخوف داخله، سواءا كان هذا التهديد يشكل خطرا أو ضررا حالا أو مستقبلا[1]، وبغض النظر عن الوسائل المستعملة للوصول إلى الغرض الغير مشروع سواءا كانت مشروعة أو غير مشرعة مثل استعمال اسم الشركة ونفوذها لتحقيق غاية غير مشروعة أو غرض غير مشروع .

ب–عنصر معنوي (نفسي): وهو أن يبعث هذا التهديد في نفس المتعاقد رهبة وخوف يراعى فيها جنس من وقع عليه التهديد ذكرا أو أنثى، حيث يختلف فَما يؤثر على المرأة قد لا يؤثر على الرجل، كذلك يراعى السن والعمل والصحة والمرض، والجهل والعلم، على أن يكون هذا الإكراه على وجه حق، فلا يعتبر الإكراه معيبا للإرادة إذا صدر من تهديد الدائن لمدينه في حال تأخره عن سداد دينه، كما لا يعتبر إكراها إذا كان استعمال النفوذ الأدبي كسلطة الأب على ابنه القاصر أو المميز بحمله على لإبرام عقد هو أصلا يعد نفعا له ولمصلحته رغم عدم رغبته في إبرامه، فهو إكراه للوصول إلى غرض مشروع، في هذه الحالة العقد صحيح، على العكس من ذلك إذا كان الغرض غير مشروع فإن العقد يمكن الطعن فيه على أساس الإكراه.

2–شروط الإكراه : وهما شرطان ويتمثلان في:

أ– أن يكون الخطر جسيما وأن يكون المكره غير قادر على إيقافه: يقوم الإكراه على الرهبة[2] أو الخوف الذي يصيب المتعاقد والذي يؤثر على حريته واختياره في إبرام العقود، والعبرة في جسامة الخطر هي في الحالة النفسية للمتعاقد المكره مهما كانت الوسيلة المستعملة، يكفي أنها أثرت على نفسيته وجعلته يتصور خطرا جسيما محدقا به ويهدده أو وشيك الوقوع له، بحيث لا يمكنه تجنبه أو أخذ الحيطة منه [3].

ب–يجب أن يكون الإكراه من طرف أحد المتعاقدين وكان يعلم به أو كان مفترض علمه به حتما: الإكراه المعيب للرضا هو الذي يصدر من أحد المتعاقدين على الأخر، أما الصادر من الغير فحسب المادة 89 من القانون المدني الجزائري[4]، فقد ساوى بين الإكراه والتدليس، فالإكراه الذي يرتكبه الغير لا يبطل العقد إلا إذا أثبت المكره أن المتعاقد معه كان يعلم به، وأنه تواطأ مع هذا الغير أو كان من المفروض أنه علم به حتما، أما إذا لم يعلم به فليس له أن يطلب إبطال العقد على أساس عيب الإرادة، لكن يمكنه أن يرجع عليه بدعوى المسؤولية التقصيرية إذا توافرت شروط قيامها.

---

[1]– علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 65.

[2]– يقصد بالرهبة :هي الخشية من الأذى التي تؤثر في رضا المتعاقدين، بحيث تدفعه إلى التعاقد، ولولاها لما كان ليرغب فيه.

[3]– عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص278 .

[4]– تنص المادة 89 القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم:" إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد إلا إذا اثبت أن المتعاقد الأخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا الإكراه".

تصور وقوع الإكراه في العقود المبرمة عبر الإنترنت ضيق جدا، باعتبار أنه تفصل بين المتعاقدين مسافة وهذا لا يسمح له بممارسة الإكراه على المتعاقد المكره، هذا ما يفتح المجال في الوقوع في الإكراه المعنوي **مثل** حالة التبعية الاقتصادية على نوع معين من السلع،كذلك توريد منتج واحتكاره، بحيث لا يكون أمامه بديلا سوى قبول هذا التعاقد[1].

ثانيا: الاستغلال في التراضي الإلكتروني: يعرف الإستغلال[2] على أنه الطيش البين أو الهوى الجامح الذي يعتري المتعاقد لدفعه إلى إبرام العقد، يتحمل بمقتضاه التزامات لا تتعادل بتاتا مع العوض أو تكون بدون عوض، وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة 90 من القانون المدني المعدل والمتمم في نصها:"إذا كانت إلتزامات أحد المتعاقدين متفاوتة كثيرا في النسبة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الأخر، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الأخر قد استغل فيه طيشا بينا أو هوى جامحا، جاز للقاضي بناءا على طلب المتعاقد المغبون، أن يبطل العقد أو أن ينقص من إلتزامات هذا المتعاقد، ويجب أن ترفع الدعوى خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة ، ويجوز في عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الأخر دعوى الإبطال ، إذا عرض ما يراه القاضي كافيا لرفع الغبن.

1- عناصر الاستغلال: حسب المادة المذكورة أعلاه يجب توفر عنصرين هامين وهما:

أ- العنصر المادي : ويتمثل في وجود تفاوت بين ما يأخذه المتعاقد وما يعطيه، أي التفاوت بين الالتزام والعوض، أي بين قيمة الأداء الصادر من المتعاقد المغبون وقيمة العوض، وهو عدم التعادل بين ما حصل عليه المتعاقد من فائدة وما تحمَله من التزامات، فالغبن الفاحش أو الجسيم يلحق أحد المتعاقدين لصالح الأخر، فهو عدم التعامل في مقدر الفائدة التي تحصَل عليها المغبون بالنسبة لما تحمَله من التزامات مرهقة، وهذا التفاوت هو سلطة تقديرية للقاضي يحددها بحسب ظروف كل واحد منهما[3].

ب-العنصر النفسي : وهو استغلال الضعف في نفس المتعاقد (الجانب المعنوي للشخص) ويتمثل حسب ماجات به المادة السابقة الذكر في الطيش البين والهوى الجامح (المادة 90 ق م ج):

- **الطيش البين:** هو اندفاع الشخص الذي يؤدي إلى سوء التقدير مع عدم الخبرة بالأمور والاستهانة الشديدة بعواقبها.

- **الهوى الجامح:** هو شدة تعلق شخص بشيء معين أو شخص، أي هو ذلك الشعور الملح والعنيف نحو شخص أو شيء يمتلكه الإنسان، يجعله غير قادر على التحكم في تصرفاته.

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 108 .

[2]- علي علي سليمان، مرجع سابق، ص 67.

[3]- المرجع نفسه، ص67.

وهذان الأخيران لا يكفيان وحدهما، بل يجب أن يستغل الطرف الأخر هذا الضعف ليدفع بالمتعاقد الثاني (المغبون) لإبرام العقد، فالاستغلال المنتج لأثاره يكون فيه للمتعاقد طلب إبطال العقد سواءا معاوضة أو تبرع، أو العقود الاحتمالية،كما يكون للقاضي السلطة التقديرية في رفع الغبن لصالح المغبون سواءا بإبطال العقد أو إنقاص الالتزامات عنه، حيث إثباته يكون بكافة طرق الإثبات.

إن الاستغلال في العقود الإلكترونية لا يختلف عن الاستغلال في العقود العادية أو التقليدية فهو نفسية المتعاقد التي شابها عيب أدى إلى الإخلال الفادح بين ما أعطى أحد المتعاقدين وما تلقاه المتعاقد الأخر، وذلك نتيجة لقلة الخبرة أو الطيش أو الهوى الشديد للشيء أو الشخص، حيث يستغل أحد الطرفين حالة الضعف للطرف الأخر، واستخدام شبكة الإنترنت في إبرام العقود الإلكترونية، سواءا ممن له خبرة في ذلك أو من طرف الأشخاص العاديين، يؤدي إلى استغلال الفئة الأخيرة بسبب عدم خبرتها في المجال وقلة معرفتها[1] خاصة وأن عدد المستخدمين الذين تنقصهم الخبرة في تزايد مستمر، خاصة المستهلك في التعاملات التي تتم إلكترونيا، لذلك يجب على المتعاملين عبر هذا الفضاء الافتراضي وعديمي الخبرة فيه الحذر من إبرام العقود الإلكترونية خاصة الفورية منها، والتي لا تسبقها مرحلة التفاوض وعليهم التأكد من شروط العقد وكافة المعلومات والبيانات التي يقدمها التاجر على موقعه الإلكتروني خاصة تلك المتعلقة بمواصفات محل العقد وشروط الدفع والمصاريف والنقل.

حسب القواعد العامة فإنه يحق للطرف المغبون في العقد الإلكتروني طلب رفع الغبن عنه إلى حد معقول أو الإنقاص من العقد إذا كان التصرف الصادر منه تبرعا[2].

إذا فالاستغلال ليس له خصوصية في العقود الإلكترونية وإن وجد مثلا وقوع المستهلك المشتري ضحية طيش أو هوى جامح في علاقة تعاقدية واستُغل هذا الطيش والجموح في إبرام العقد، وكان الاختلال الفادح في قيمة البيع والثمن يتحقق هذا الأخير كعيب، إلا أن حدوثه أقل بكثير في هذا النوع من العقود المستحدثة وأبعد تصورا .

وبالتالي وبخصوص عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني فهي لا تختلف عن عيوب الإرادة في النظريات التقليدية فقد قال البعض بأنها لا تكاد تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة والمحصورة في العيوب الأربعة المعروف والسابق ذكرها فعيبي الغلط والتدليس هما الأكثر تصورا للوقوع من الإكراه والاستغلال في العقود المبرمة عبر الإنترنت .

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 107.

[2]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 188.

المبحث الثاني

إشكالات الإثبات والقانون الواجب التطبيق في العقد الالكتروني

إن العقود الإلكترونية في ظل قواعد الإثبات التقليدية والتي لا تتناسب والطبيعة اللامادية لشبكة الإنترنت، والتي نتج عنها العديد من التساؤلات، فالمشكلة لم تنحصر في مدى ملائمتها مع مبادئ الإثبات التقليدية المنصوص عليها قانونا فقط، بل تشمل كذلك عدم ارتباطها بالدعامة الورقية، فالعقود الإلكترونية تعتمد على دعائم إلكترونية، فهل يمكن أن تستوعب قواعد الإثبات التقليدية الإثبات في العقود الإلكترونية؟ وبما أن هذا النوع من العقود مصنفة كعقود دولية يطرح دائما مشكل تنازع القوانين، فما هو القانون الأصلح لحل هذا التنازع في حال حدوثه؟ وللإجابة عن كل هذا سنتطرق إلى الإثبات في العقود الإلكترونية في المطلب الأول والقانون الواجب التطبيق في المطلب الثاني .

المطلب الأول

الإثبات في العقد الإلكتروني

يعرف الإثبات على أنه إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق المحددة قانونا على واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها[1]، فالحق يتجرد من كل قيمته إذا لم يقم الدليل على الحادث الذي يستند إليه، وقد قيل فيه أن الحق المجرد من دليله يصبح عند المنازعة فيه هو والعدم سواء[2] فما مدى صلاحية الدعامات الإلكترونية كوسيلة للإثبات؟، وفيما تتمثل هذه الوسائل وما مدى قوتها وحجيتها في الإثبات؟، سنجاوب عن كل هذا في فرعين الفرع الأول نتناول فيه الكتابة الإلكترونية والفرع الثاني نتناول فيه التوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول

الكتابة الإلكترونية

تعد الكتابة من أهم وسائل الإثبات في التصرفات القانونية سواءا في المحررات الرسمية، والتي يثبتها موظف رسمي عام، أو المحررات العرفية التي تتم فيما بين المتعاقدين فقط، دون أن يحررها الموظف الرسمي، فسابقا كانت الكتابة ترتبط بالدعامة الورقية وخط اليد أو الآلة، إلا أنه ومع ظهور المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت والتي تتم بصورة غير مادية وعن بعد، الأمر الذي يجعل ضرورة البحث في الكتابة الإلكترونية، والتي أثبتت نفسها في

[1]- عمر خالد زريقات، مرجع سابق، ص209 .

[2]- المرجع نفسه، ص210.

ظل التطور التكنولوجي وانتشار الاستخدام الواسع للتقنيات الاتصال الحديثة، وسنتطرق للكتابة في ثلاث نقاط وهي التعريف والشروط وكذا الحجية.

أولا: تعريف الكتابة: لقد ورد تعريف الكتابة في القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وقد أشار بأنه يشمل رسالة البيانات، إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا، أي أن كل وثيقة ينطبق عليها هذا المفهوم تعد وثيقة كتابية، وقد نصت المواد 8،7،6 من نفس القانون على تحديد المعيار الأساسي الواجب توفره في رسالة البيانات، حتى تستوفي وظائف الكتابة التقليدية من حيث قبول الأطراف الالتزام بضمان سلامة المعلومات من التعديل والتحريف[1].

كما أن المشرع الفرنسي في المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي[2] التي تنص على: " معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو أي إشارة ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة إما كانت الدعامة التي تستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره "، فقد أشارت أن الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة، ينتج عن تتابع الحروف والأرقام ولكل رمز أو إشارة مخصصة أو علامة مفهومة وواضحة، فقدت تبنى التعريف الموسع للإثبات ليشمل جميع أنواع الكتابة، سواء التقليدية باستعمال الورق أو الكتابة الإلكترونية المقبولة في الإثبات، بنفس الحجية للكتابة التقليدية على الورق أو الدعامة الورقية فهي التي يشترط فيها إمكانياتها على تحديد الشخص الذي أصدرها، على أن يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن سلامتها[3].

وقد اعترف المشرع الجزائري بالكتابة الالكترونية وعرفها في القانون 10/05 المعدل والمتمم للقانون المدني، وذلك في المادة 323 مكرر والتي نصت على: " ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم ، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها "، وبالتالي فالمشرع الجزائري حذا حذو المشرع الفرنسي وأغلب التشريعات الأخرى، وتبنى المفهوم الموسع للإثبات بالكتابة، وذلك متى توافرت فيها الشروط المطلوبة.

ثانيا: الشروط اللازمة في الكتابة الالكترونية: لكي تؤدي الكتابة وظيفتها القانونية، يجب توفر مجموعة من الشروط نستخلصها من النصوص السابقة الذكر وهي:

---

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 143.

[2]- Larticle 1316 –la prevue littéral Ou prevue écrit, Resulte d'une suit de lettres de caractéres, De chiffres ou de tous autres singes au symbols dotés d'une signification intelligible quelles que soient leur support et leur modalittes de transmission – loi N°. 2000/230 du 13 mars 2000 art 1316 , j oo du 14 mars 2000.p.3968

[3]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 144.

- أن تكون الكتابة مقروءة بحيث تدل على مضمون التصرف القانوني أو البيانات المدونة.
- أن تكون مستمرة وذلك بتدوينها على دعائم تضمن حفظها بصورة دائمة عند حاجة أصحاب العقد لها.
- أن تضمن عدم التعديل في مضمونها بالإضافة أو الحذف.

1- أن تكون الكتابة مقروءة: أي أن يكون المحرر الالكتروني المعد للإثبات مدون بحروف أو رموز معروفة ومفهومة للأشخاص[1]، سواءا كان على دعامة ورقية أو إلكترونية، وهذه الأخيرة تكون مشفرة لا يمكن للإنسان قراءتها بشكل مباشر، وإنما بواسطة الحاسوب، وقد نصت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي والتي عرفت المحرر الالكتروني المستخدم في الإثبات، بأنه كل تتابع للحروف أو الرموز أو الأرقام أو الإشارات التي تدل على المقصود منها، ويستطيع الغير أن يفهمها.

2- استمرارية الكتابة ودوامها: سواءا على دعامة ورقية أو دعامة الكترونية، والذي يسمح بتدوينها عليه وثبات هذه الكتابة واستمراريتها، بحيث يُرجع إليها عند الحاجة[2]، فالدعائم الإلكترونية تتميز بالحساسية العالية، والتي تعرضها للتلف بسبب سوء التخزين أو تَغيُر شدة التيار الكهربائي، لكن يمكن التخلص من هذه المشكلة لوجود وسائط إلكترونية جد متطورة، تضمن الاحتفاظ بالمعلومات لفترات طويلة أكثر من قدرة الأوراق التي تتأثر عادة بالرطوبة أو مرور الزمن وكذا الحريق وغيرها.

3- عدم قابلية الكتابة للتعديل: إن الكتابة لكي تكون دليل إثبات قوي لا يقبل الدحض، يجب أن تكون خالية من أي شيء قد يؤثر على صحتها، وبالتالي ينبغي أن تكون خالية من الكشط والمحو والتحشير[3]، فهو يؤثر كثيرا في الإثبات فشرط الدوام وعدم القابلية للتعديل، يعتمد كثيرا على الدعامة المثبَت عليها المعلومات والبيانات، فالتقنيات الحديثة في مجال الإلكترونيات والإنترنت، تجعل كشف أي تعديل في البيانات الالكترونية سهلا، كما تمكن من تحديد البيانات المعدلة بدقة وحتى وقت تعديلها، فهناك بطاقات ذاكرة تحفظ البيانات الإلكترونية ويتوفر فيها شرط دوام المعلومة، فهي يتعذر محوها أو تعديلها ولا يتم ذلك إلا بتدميرها تماما.

كما أن لجهات التصديق الإلكتروني عند الاستعانة بها، وفي حالة الادعاء من أي طرف من الأطراف المتعاقدة أن هناك تغيير أو تعديل في بيانات محرر الكتروني، لها دور كبير في إثبات قوة المحرر الالكتروني، فهي تحقق

[1] _ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص192.

[2] _ المرجع نفسه، ص194.

[3] - سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص201 .

درجات من الأمان في عدم قابلية المحرر الالكتروني للتعديل، ومثالها الخدمات التي تقدمها شبكة سويفت الفرنسية[1].

لقد أضافت المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي على: " تتمتع الكتابة الإلكترونية بنفس الحجية المعترف بها للمحررات الكتابية في الإثبات شريطة تحديد مصدرها على وجه الدقة وأن يكون تدوينها وحفظها قد تم في ظروف تدعو إلى الثقة "، والقصد هنا بتحديد مصدرها هو تحديد الشخص الذي ينسب إليه المحرر الالكتروني.

إذا لكي تكون الكتابة الإلكترونية دليلا مثل الكتابة التقليدية، يجب توفر شروط كأن تكون هذه الكتابة بشكل مستمر ودائم وغير قابل للتعديل بحيث تحدد هوية الشخص الذي أصدرها.

ثالثا: حجية الكتابة الالكترونية في الإثبات: إن الاعتراف بالحجية القانونية الكاملة للمحرر الالكتروني يرتبط علاوة على تحقق الشروط السابقة الذكر للتأكد من صحة المستند الإلكتروني، فهل من الممكن أن تتمتع هذه الأخيرة بالنسبة للحجية القانونية بنفس الحجية المقررة لمثيلاتها التقليدية؟

إذا إن أغلب التشريعات الدولية إعترفت بالمساواة بين الكتابة الالكترونية والكتابة التقليدية ومنحتها نفس الحجية في الإثبات، فالمشرع الفرنسي حسب نص المادة 03/1316 من القانون المدني الفرنسي أن " الكتابة على دعامات الكترونية لها نفس القوة الثابتة للكتابة على دعامات ورقية "[2]، وبالتالي قد ساوى بينهما من حيث الحجية في الإثبات، والمادة 1326 من نفس القانون، والتي نصت على أنه بالنسبة للعقود الملزمة لجانب واحد كتابة المبالغ فيها يكون يدويا بالأحرف والأرقام، لكن عُدِلت باستبدال مصطلح " بواسطة اليد " لتصبح " بواسطة الشخص نفسه "، وبالتالي يمكن للأفراد كتابة المبلغ بآي وسيلة عن طريق الشخص المعني وبالتالي جواز الكتابة بوسائل الكترونية[3]

والمشرع المصري في مشروع قانون التجارة الالكترونية، أعطى للمستند الإلكتروني في الإثبات نفس قوة الإثبات المحررات التقليدية العرفية، وذلك ما جاءت به المادة 10 من المشروع السابق وذلك بعد استيفائها للشروط والأوضاع المقررة في اللائحة التنفيذية[4]، وبصدور قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2000 نجد أنه منح الكتابة الالكترونية الحجية القانونية الكاملة، وذلك في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص148.

[2]- عبد الفتاح بيومي حجازي،التجارة الإلكترونية العربية، شرح قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، الكتاب الاول، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص 111.

[3]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 150.

[4]- المرجع نفسه، ص150

فهذا ما جاءت به المادة 15 من نفس القانون، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون في مضمونها .

وأضافت المادة 16 من نفس القانون[1] أن:" للصور المنسوخة على الورق من المحرر الالكتروني الرسمي حجية على المحرر بالقدر الذي تكون فيها مطابقة لأصل هذا المحرر، وذلك مادام المحرر الالكتروني الرسمي والتوقيع الالكتروني موجودين على الدعامة الالكترونية".

أما المشرع الجزائري فقد سايرهم في إعطاء الكتابة الإلكترونية نفس حجية الكتابة التقليدية في الإثبات، وذلك في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم والتي جاء فيها:" ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها وكذا طرق إرسالها "، وبالتالي منحت الكتابة الإلكترونية الحجية القانونية الممنوحة للكتابة والمحررات التقليدية متى توفرت فيها الشروط التقنية والفنية الواجبة .

الفرع الثاني

التوقيع الإلكتروني

لا تعد الكتابة دليلا في الإثبات إلا إذا كانت ممهورة بالتوقيع، والذي يَنسب الورقة إلى صاحبها أو موقعها حتى وإن كتبها الغير، وانتشار استخدام التقنيات الاتصال الحديثة، في إبرام العقود عبر الانترنت فرض مشكلات قانونية في مجال الإثبات، لذا سنتطرق للتوقيع الإلكتروني في ثلاث عناصر وهي التعريف وكذا شروط صحته وأخيرا حجيته القانونية في الإثبات.

أولا: تعريف التوقيع الالكتروني وصوره: لقد عرَفته العديد من القوانين الدولية والعربية نذكر منها:

1- تعريف التشريعات الدولية:

-قانون اليونسترال بشان التوقيع الإلكتروني لعام 2001 وذلك في المادة 02 (أ) بأنه " يعني بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات "، من خلال هذا التعريف نلاحظ أنه ركز على مسألتين هما هوية الشخص الموقع وبيان موافقته على المعلومات الواردة في المحرر وبالتالي رجع إلى الأصل العام للتوقيع في دلالته على صاحبه ، وللتأكيد على اتجاه إرادته للالتزام بما وقع عليه.

[1]_ قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم 15 لسنة 2000.

-كما عرفه التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 الخاص بالتوقيعات الالكترونية في مادته 01/02 بأنه:"بيانات في شكل إلكتروني تتصل أو ترتبط قانونيا ببيانات أخرى وتستخدم كوسيلة للمصادقة"[1] ومادته الأولى فقد حددت هدف يتمثل في تسهيل استعمال التوقيعات الالكترونية والمساهمة بالاعتراف القانوني بها كما أعطي لهذا التوقيع نفس قيمة التوقيع التقليدي في الإثبات .

-أما المشرع الفرنسي كذلك في المادة 1316 من القانون المدني المعدل بالقانون الصادر في 2000/03/13 نص على التعريف التوقيع الالكتروني بأنه " ...عندما يتم التوقيع في شكل الكتروني وجب استخدام طريقه موثوق بها لتمييز هوية صاحبه، وضمان ارتباطه بالعمل لاقانوني المقصود... "[2].

2- تعريف التشريعات العربية:

-المادة 02 من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية لدولة الإمارات رقم02 لسنة 2002[3] عرفت التوقيع الالكتروني بأنه " توقيع مكون من حروف وأرقام ورموز أو أصوات أو أنظام معالجة ذي شكل الكتروني ، وملحقا ومرتبط منطقيا رسالة الكترونية، و ممهورة بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة ".

-قانون المعاملات الالكترونية الأردني عرف التوقيع الإلكتروني بأنه " البيانات التي تتخذ هيئة حروف أو أرقام أو رموز وإشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل إلكتروني أو رقمي أو ضوئي أو أية وسيلة أخرى ممثلة في رسالة المعلومات أو مضاف عليها أو مرتبطة بها ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها وتمييزه عن غيره من أجل توقيعه، بغرض الموافقة على مضمونه "[4].

-كذلك قانون التوقيع الإلكتروني المصري صادر في 22 أفريل 2004 ذكر بأن التوقيع الإلكتروني هو " ما يوضع على المحرر الالكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز الحروف أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره "[5].

وقد عرفه بعض الفقهاء بأنه مجموعة الإجراءات التي يتم استخدامها عن طريق الرموز أو الأرقام لإخراج رسالة إلكترونية تتضمن علامة مميزة لصاحب الرسالة المنقولة إلكترونيا، يجري تشفيرها باستخدام زوج من المفاتيح الأول معلن والأخر خاص بصاحب الرسالة .

[1]- نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص171.

[2]_ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص251.

[3]- القانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لدولة الإمارات رقم 02 لسنة 2002 .

[4]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 155.

[5]- المرجع نفسه، ص156.

الجزائر وبموجب القانون 04/15[1] الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، عرف التوقيع في المادة 1/02 منه "التوقيع الإلكتروني: بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة للتوثيق".

و قد أخذ المشرع الجزائري بالتعريف لذي أخذ به القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية اليونسترال مع تغيير بعض العبارات مثل " تستعمل كوسيلة للتوثيق"، والمراد بها هو أن تستخدم لتوثيق هوية الموقع وبيان موافقته على مضمون ما وقع عليه، وهو مانصت عليه المادة 06 من نفس القانون " يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني" .

وعرفت المادة 02 من القانون السالف الذكر الموقع في الفقرة الثانية منه بأنه: "شخص طبيعي يحوز بيانات إنشاء التوقيع وبتصرف لحسابه الخاص أو لحساب الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يمثله"، وقد ميز المشرع الجزائري على غرار التشريعات الأخرى بين التوقيع العادي أو العام والتوقيع المؤمن أو الموصوف[2]، وقد عرف التوقيع الموصوف في نص المادة 07 من القانون 04/15 بأنه :

" التوقيع الإلكتروني الموصوف هو التوقيع الإلكتروني الذي تتوفر فيه المتطلبات الآتية :

1-أن ينشأ على أسا شهادة تصديق إلكتروني موصوفة.

2-أن يرتبط بالموقع دون سواه.

3-أن يمكن من تحديد هوية الموقع .

4-أن يكون مصمما بواسطة آلية مؤمنة خاصة بإنشاء التوقيع الإلكتروني.

5-أن يكون منشأ بواسطة وسائل تكون تحت التحكم الحصري للموقع .

6-أن يكون مرتبطا بالبيانات الخاصة به ، بحيث يمكن الكشف عن التغيرات اللاحقة بهذه البيانات ".

كما نصت كذلك المادة 1/03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162[3] المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل أنواع الشبكات"، بأن التوقيع الإلكتروني هو معطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب لشروط محددة في المادتين 323 مكرر و323 مكرر1"، أما الفقرة الثانية من نفس المادة فقد تضمنت التوقيع المؤمن وعرفته بأنه:" إن التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع إلكتروني يفي بالمتطلبات الآتية:

[1]- القانون رقم 04/15 الخاص بالقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين ، المؤرخ في 01 فبراير 2015 الموافق لـ 11 ربيع الثاني 1436 هـ، ج ر، العدد 06، الصادرة في 10 فبراير 2015 الموافق لـ 20 ربيع الثاني 1436 هـ.

[2]- يمينة حوحو، مرجع سابق، ص178.

[3]- المرسوم التنفيذي 07-162 الصادر في 2007/05/30 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 والمؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية.

1-يكون خاصا بالموقع.
2-يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت رقابته الحصرية .
3-يضمن مع الفعل المرتبط به صلة بحيث يكون أي تعديل لاحق للفعل قابل للكشف " .

من خلال هذه النصوص يتضح أن المشرع الجزائري وضع عناصر قانونية وتقنية لتحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني وذلك بالتطرق إلى كيفية إنشاء وجهاز إنشاء التوقيع الإلكتروني وكذا شروطه وأنواعه.

المشرع الجزائري ولضمان سلامة التوقيع الإلكتروني وصحته وإنتاجه لآثاره القانونية مثل التوقيع التقليدي، حدد معطيات ومتطلبات لإنشائه، تؤكد صلته بالموقع، وبالتالي تحقق حجيته القانونية مثله مثل التقليدي، وقد نصت على تلك المعطيات المادة 03 مكرر/4 من المرسوم التنفيذي 07-162 بأنها:"العناصر الخاصة بالموقع مثل الأساليب التقنية التي يستخدمها الموقع نفسه لإنشاء التوقيع"، وبالتالي من استقراء نص هذه المادة، يتضح حان معطيات إنشاء التوقيع الإلكتروني هي جميع البيانات والعناصر الخاصة بالموقع والتي تميزه عن غيره، وتضمن الصلة بينها وبين موقعها، وذلك بواسطة أدوات خاصة بالموقع والمميزة له بصفة إنفرادية مثل المفتاح العام والمفتاح الخاص أو العلامة الخاصة [1].

لقد اشترط المشرع الفرنسي في المادة 03 من المرسوم 272-2001 المؤرخ في 2001/03/30 اشترط السرية لهذه المعطيات من أجل الوقاية من تزويرها أو استعمالها من قبل أشخاص آخرين، وهذه المادة لا يوجد مقابل لها في التشريع الجزائري ، لكن إمكانية حدوث ذلك تبقي واردة، مما أدى بأغلب التشريعات تتبنى التوقيع المؤمن باستخدام جهاز مؤمن كذلك، وباستخدام برمجيات ونظم آلية، وقد نصت المادة 03 مكرر/1 من المرسوم 07-162 " التوقيع الإلكتروني يفي بالمتطلبات "، أي أن يكون خاص بالموقع، ويتم إنشاؤه وفق عتاد أو برنامج معلوماتي مخصص لذلك قادر على تخزين المعلومات ومعالجتها أو تخزينها أو إرسالها أو استقبالها أو تفحصها، ويتنوع هذا العتاد بتنوع التقنية المستخدم (مفتاح عام ، مفتاح خاص البطاقة الذكية)، ويجب أن تكون هذه التقنية مؤمنة من خلال إدخال معلومات سرية Un code أوPin أو رقم أو كلمة مرور، أو باستعمال مفتاح محمول USB، أو باستعمال الخواص البشرية أو المواصفات الجسدية .

يتم فحص التوقيع الإلكتروني من خلال جهاز فحص ذكرته المادة 7/03 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 بقولها:"عتاد أو برنامج معلوماتي معد لوضع معطيات فحص التوقيع الإلكتروني موضع التنفيذ"[2] يقوم هذا الجهاز بالفحص وفقا لمعايير تقنية معتمة دوليا من قبل منظمات عالمية متخصصة في هذا الميدان مثل المنظمة العالمية للمعايير ISO ، الإتحاد الدولي للاتصالات ITU وغيرها .

[1] _ يمينة حوحو، مرجع سابق ، ص183.
[2] _ المرجع نفسه، ص173.

ثانيا: صور التوقيع الإلكتروني: لم ينص عليها المشرع الجزائري فهي تتنوع وتختلف بسبب التقنيات الحديثة وتنوعها وهي تتمثل في:

1- التوقيع البيومتري: وهو توقيع بأحد الخواص المميزة لكل شخص، من خلال الخواص السلوكية والجسدية للشخص التي تميزه وتحدد هويته[1]، حيث أنه ثبت علميا أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف عن باقي الأشخاص مما يجعل عند استخدامها توفر الثقة في التوقيع بأحد تلك الخواص التي تحدد هوية الموقع ذاته، مما يمنح المستند حجية قانونية في الإثبات، وتتمثل هذه الخواص الجسدية المعتمد عليها في التوقيع البيومتري في بصمة الأصابع أو العين أو الصوت وصورة الوجه أو الصفات الفيزيولوجيه للوجه، يتم تخزين هذه الصورة على جهاز الحاسب الآلي ، وذلك بطريقة التشفير ويعاد فك التشفير للتأكد من التوقيع وصحته، وذلك بمطابقة التوقيع مع الصفات المخزنة على الجهاز الحاسب الآلي، وذلك بمطابقة صفات المستخدم للتوقيع مع الصفات المخزنة على هذا الجهاز، حيث هذا الأخير مبرمج لفتح القفل المغلق وذلك بعد مطابقة هذه البصمة مع البصمة المحفوظة في ذاكرته.

2-التوقيع بالقلم الالكتروني Pen-op: وهذه التقنية تتمثل في تصوير التوقيع المحرر بخط اليد بالماسح الضوئي، ثم نقل هذه الصورة إلى ملف العميل المراد إعطائه الحجية اللازمة عند استعماله للتوقيع في إبرامه للعقود عبر شبكة الاتصال الالكتروني أو شبكة الانترنت، كل هذا يتم تخزينه في حاسوب خاص وتستخدم هذه التقنية كثيرا من طرف أجهزة الأمن.

وبالتالي فهي تقنية يتم فيها تحويل التوقيع التقليدي إلى توقيع الكتروني باستعمال أنظمة لمعالجة المعلومات، لكن تحتاج إلى حاسوب بمواصفات خاصة تمكنه من التقاط التوقيع من شاشته والتأكد من تطابقها مع المحفوظة سابقا في ذاكرته،كما يحتاج لجهة توثيق معينة أي ضرورة وجود جهة التوثيق[2].

03- التوقيع الرقمي أو الكودي: وهو ما يطلق عليه اسم code أو الرقم السري،أو التوقيع بالاعتماد على المفتاح العام والخاص[3]، وهو مجموعه أرقام وحروف يختارها صاحب التوقيع أو العميل بترتيب معين، يتم استخدامها من طرف العميل، حيث يكون هو الوحيد الحائز عليه ، يتم من خلاله تحديد شخصية مستعملها، وهي تسمى أيضا بطريقة التعريف الشخصي بواسطة الرقم[4].

[1] _ يمينة حوحو، مرجع سابق، ص182.

[2] - محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 45.

[3] - يمينة حوحو، مرجع سابق، ص184.

[4] - لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص159.

غالبا ما يستخدم هذا النوع في المراسلات الإلكترونية عبر البريد الالكتروني، وكذا المعاملات البنكية كاستخدام الصراف الآلي والدفع الالكتروني مثل بطاقة فيزا كارد وماستر كارد ، حيث يقوم هذا النوع من التوقيعات الإلكترونية، باستخدام اللوغاريتمات المعقدة من خلال معادلة رياضية تعمل على تحويل الحروف إلى أرقام، حيث لا يمكن أن تعود إلى صيغتها الأولى إلا بمفتاح، يستلزم هذا النوع وجود جهة محايدة ومتخصصة مرخص لها بإصدار هذه المعادلات أو المفاتيح بناء على طلب المتعاملين.

ثالثا: الشروط اللازم توفرها في التوقيع الالكتروني: لكي يقوم التوقيع الإلكتروني بوظيفته يجب أن يتوفر على مجموعة من الشروط،كأن يكون مطابقا لشخص صاحبه، وأن يتم وفق الطريقة التي اعتاد الشخص استعمالها للتعبير عن موافقته على مضمون محرر معين، فيجب أن يدل هذا التوقيع على شخصية صاحبه أو الموقع،كما يجب أن يتمتع بالديمومة والاستمرارية وذلك بواسطة وسيلة تسمح بذلك، أن يكون مسجلا بالمحرر، وأن يكون كلاً لا يتجزأ، حيث نصت المادة 05 من القانون النموذجي اليونسيترال للتجارة الالكترونية لعام 1996 على: "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها وقابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات"، أي بمعنى انه لا يمكن رفض التوقيع الإلكتروني لمجرد أنه في شكل إلكتروني.

ومنح القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني ومساواته بالتوقيع التقليدي، يعتمد على توفر شروط معينة تجعله أكثر أمانا، ولقد أقر التوجيه الأوروبي إتفاقات الإثبات التي بموجبها يتفق أطرافها على شروط قبول التوقيعات الالكترونية في الإثبات،كما ميَز بين التوقيع الإلكتروني البسيط والتوقيع الإلكتروني المتقدم أو المعزز، والذي يتم إصداره باستخدام إحدى أدوات تأمين التوقيع والذي يستند إلى شهادة توثيق عكس البسيط الذي لا يستند إلى شهادة توثيق معتمدة لبيان صحته، وهذا الأخير قد منحت له الحجية المناسبة وان لم يستوفي شروط التوقيع الالكتروني المعزز[1]، لكي لا تهدر قيمته من حيث الإثبات، كما اشترط لمعادلة التوقيع الإلكتروني بالتوقيع التقليدي من حيث الإثبات، أن يكون معزز والذي سبق ذكره في المادة 02/02 من التوجيه الأوروبي[2]، أما بالنسبة إلى التوقيع الالكتروني البسيط فعلى من يتمسك به أن يقيم الدليل أمام القضاء على قدرة التقنية المستخدمة في إصدار هذا التوقيع، ولقاضي الموضوع السلطة التقديرية الواسعة في تحديد قيمة التوقيع الإلكتروني في الإثبات وذلك بالاستعانة بالخبراء، فإذا حدثت منازعة بين التوقيع الالكتروني المتقدم والتوقيع الإلكتروني البسيط فالأولوية للأول لأنه يتمتع بعنصر الأمان أكثر من الثاني .

ذكرت المادة المذكورة أعلاه من التوجيه الأوروبي شروط التوقيع المعزز أو المتقدم وهي:

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 162.

[2]- المادة 02/02 من التوجيه الأوروبي رقم 1999/93 الخاص بالتوقيعات الإلكترونية.

- أن يرتبط فقط بالموقع.
- أن يكون قادرا على تحديد شخصية الموقع.
- أن يتم بوسائل يستطيع الموقع من خلالها الاحتفاظ به والسيطرة عليه بشكل حصري.
- أن يرتبط ببيانات تخرجه في شكل يسمح بإمكانية كشف كل التعديلات اللاحقة على هذه البيانات.

وهي نفس الشروط التي اعتمدتها معظم التشريعات مثل قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي ومت قد تسميته بالتوقيع المحمي[1] من القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002، كذلك المشرع المصري في القانون رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الالكتروني في مصر ، على نفس الشروط بالنسبة للتوقيع الالكتروني لمنحه حجية الإثبات.

قانون اليونسترال النموذجي للتوقيع الالكتروني الصادر في 2001، أورد شروط متقاربة مع شروط السابقة، فقد نصت المادة 6 منه في فقرتها 1 و2 على أنه يشترط للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط، والتي ذكرتها الفقرة 2 وهي :

- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع مرتبطة بالموقع.
- أن تكون بيانات إنشاء التوقيع خاضعة لسيطرة الموقع.
- إمكانية اكتشاف أي تغيير في التوقيع الالكتروني .
- أن يكون الغرض من التوقيع تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها، وإمكان اكتشاف أي تغيير يجري بتلك المعلومات بعد التوقيع عليها.

إذا فالتوقيع الإلكتروني لا يناظر التوقيع الخطي من حيث الشكل ولكن يناظره من حيث الوظيفة والهدف والحجية مع الاختلاف في الوسيلة المستخدمة، حيث أن التوقيع الالكتروني يكون باستخدام وسائط إلكترونية، واشترطت القوانين الوطنية المختلفة بشان التوقيع الإلكتروني للاحتجاج به، عدة شروط يمكن إجمالها في:

- إثبات هوية الطرف الموقع
- أن يتم توقيع الوسائل الخاصة وتحت سيطرته.
- أن ينفرد به الشخص الذي أصدره.
- أن يكون التوقيع مرتبطا بالرسالة الالكترونية .
- الموقع ببذل العناية المعقولة والحيطة اللازمة لتفادي استخدام التوقيع الالكتروني استخدامات غير مأذونة[2].

[1]- يمينة حوحو، مرجع سابق، ص178 .

[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص170.

ثالثا: حجية التوقيع في الإثبات: عادة التوقيع التقليدي أو اليدوي ، يقوم بوظائف مختلفة حسب طبيعة المستند، فهو دليل على نية الموقع للإقرار بتحرير نص المستند، وتعبيرٌ عن إرادة الشخص في قبوله الإلتزام بمضمون العقد، ووسيلة لتوثيق العقد وتأمينه من التعديل،كما يقوم بتحديد هوية صاحبه، والتوقيع الإلكتروني بالإضافة إلى هذه الوظائف، يقوم بتوثيق شخصية صاحب التوقيع بشكل روتيني في كل استعمال للرقم السري أو المفتاح الخاص به، وذلك من خلال استخدام تقنية حديثة تستخدم في تأمين التوقيع الالكتروني تدعى "نظام المعاملات الالكترونية الآمنة SET"[1]، والتي من خلالها يتم التحقق من شخصية صاحب التوقيع بالإضافة إلى نظام تأمين أخر يسمى "بروتوكول تأمين طبقة المقاييس SSL"[2]، والذي يهدف لتأمين نقل المعلومات والبيانات بين العميل والوحدات التجارية مثل بيانات بطاقات الدفع البنكية وقد طُوِر هذا البروتوكول بواسطة شركة "نتسكيب NETSCPE"، وهي شركة تعمل في تطوير برامج التصفح عبر مواقع الويب والانترنت.

لقد اعترف التوجيه الأوروبي صادر في 13 ديسمبر 1999 الخاص بالتوقيع الإلكتروني ودعى الدول الأعضاء لمنحه الحجية القانونية في التعاملات الالكترونية،كما حسم المشرع الفرنسي أيضا في هذا الشأن بمنح التوقيع الالكتروني الحجية اللازمة في الإثبات، والمطلوبة في المحررات الالكترونية مثلها مثل المحررات التقليدية، فقد اعترف بالتوقيع الإلكتروني من خلال اعترافه بوظائفه في تحديد هوية الشخص الموقع وصحة إرادته.

المشرع المصري من جهته أيضا حدد وسائل التوثيق تحديدا جامعا مانعا، من خلال قانون التوقيع الالكتروني رقم15 لسنة 2004، حيث أورد نصوص تضمنت مبدأ المساواة بين التوقيع الإلكتروني والتقليدي من حيث الإثبات والممنوحة للمحررات الورقية[3].

و هذا ما نصت عليه المادة 18 منه[4] ، وأضافت المادة 10 من نفس القانون أن الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية لها ذات الحجية المقررة للكتابة المحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات، متى توافرت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية، والتي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، وبالتالي قد أحالت هذه المادة إلى اللوائح التنفيذية في حجية المحررات الإلكترونية .

[1]- المرجع نفسه، ص166.

[2]- البروتكول: نظام يستخدمه الأشخاص في حالة تصفحهم لمواقع الويب عبر الإنترنت .

[3]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص179.

[4]- المادة 18 من القانون التوقيع الإلكتروني المصري : " يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية إذا ما توفرت فيه الشروط الآتية ..... وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون الضوابط الفنية والتقنية اللازمة لذلك ".

المطلب الثاني

القانون الواجب التطبيق في العقد الإلكتروني

أما فيما يخص القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية والتي تبرم في عالم افتراضي لا وجود للحدود فيه، فقد تعذَر تحديده في حالة وجود منازعة فهل يمكن إخضاع هذه العقود المصنفة كعقود دولية لقواعد الإسناد التقليدية؟، لاسيما مع وجود ضوابط إسناد خاصة بمعاملات التجارة الإلكترونية.

يمكننا الإجابة عن هذا بالتطرق إلى هذا الموضوع وتقسيمه إلى فرعين حيث الفرع الأول يتضمن تطبيق قواعد الإسناد الشخصية، والفرع الثاني يتضمن تطبيق قواعد الإسناد الموضوعية.

الفرع الأول

قواعد الإسناد الشخصية

إن العقود الإلكترونية لا تختلف عن العقود التقليدية من حيث الأركان والآثار ولا من حيث الأطراف أو الموضوع، لكن تختلف من حيث وسيلة التعاقد، حيث يتم استخدام وسائط إلكترونية بدل الورقية في التقليدية.

و من المبادئ الأساسية في العقود الدولية مبدأ سلطان الإرادة أو قانون الإرادة أو حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم[1]، وقد أقرت العديد من الأنظمة القانونية مثل المشرع الجزائري في القانون المدني المعدل والمتمم في المادة 106 منه، وكذا نص المادة 03 من اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية الصادرة عام 1980، وكذا المادة 07 من اتفاقية لاهاي المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1985،كما نصت على أن يحكم العقد المبرم القانون المختار من الأطراف، وهذا ينطبق أيضا في العلاقات الخاصة الدولية، فلهم أن يُخضِعوا عقودهم لقانون وطني معين أو يخضعوه لعدة قوانين، هذا ما يُطلق بتجزئة العقد[2]، كما يمكن استبعاد القانون وطني وإخضاعه للمبادئ العامة في القانون أو عادات أو أعراف التجارة الدولية.

فما ذهبت إليه إتفاقية روما لسنة 1980، في شأن القانون الواجب التطبيق على الإلتزامات العقدية والتي خولت المتعاقدين، حرية مطلقة في اختيار القانون الواجب التطبيق، دون استلزام توافر رابط بين القانون المختار والعقد، هذا الاعتراف بحرية الاختيار للقانون الذي يحكم العقد طرح تساؤلات حول كيفية التعرف على

---

[1] _ محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص86.

[2] – تجزئة العقد الإلكتروني: يرى البعض بأنه رابطة عقدية متعددة الجوانب ولا يوجد ما يمنع المتعاقدين من أن يخضعوا العقد أو هذه الجوانب كل ولحد لقانون معين ، فيمكن أن يتفقوا على إخضاع تكوين العقد لمحل إبرامه وتنفيذه لقانون محل التنفيذ، فهذا الرأي أخذت به المادة 1/03 من اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية في نصها " يحق للمتعاقدين اختيار القانون الواجب التطبيق على كل العقد أو على جانب من فقط "، لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص189.

إرادة المتعاقدين لتحديد هذا القانون الذي يحكم العقد، حيث قد تكون الإرادة صريحة أو إرادة ضمنية تستخلص من ملابسات العقد .

فأما الإرادة صريحة غالبا ما تتجسد في بند من بنود العقد، يحدد هذا الأخير القانون الواجب التطبيق صراحة، مثل ما هو موجود في العقود النموذجية، وهو ما سماه الفقه بشرط الاختصاص التشريعي حيث يخضع كل عقد من قانون المنصوص عليه فيه دون اشتراط أو وجود أي صلة أو علاقة حقيقية بين القانون المختار والعقد، ومثاله العقد النموذجي للتجارة الالكترونية الموضوع من طرف غرفة التجارة والصناعة بباريس في 20 افريل 1998، يحكم المعاملات التي تتم بين المهنيين والمستهلكين حيث ينص أحد بنوده على أن القانون الواجب التطبيق هو القانون الفرنسي، بغض النظر عن المتعاقدين أو موطنهم أو محل إبرام العقد أو تنفيذه، كما يمكن أيضا إخضاع العقد لقانون الدولة التي تُقِر بصحة التوقيعات الإلكترونية دون اشتراط وجود أي صلة بين القانون المختار والعقد .

الأصل أن يتم الاتفاق على اختيار قانون العقد لحظة إبرامه، بموجب بشرط صريح يُدرج ضمن شروط العقد الأصلي أو اتفاق مستقل عنه، فإن هذا الاتفاق يمكن أن يتأخر إلى مرحلة لاحقة على إبرام العقد هذا ما جاءت به المادة 2/03 من اتفاقية روما عام 1980[1]، كما يجوز لهم تعديل اختيارهم السابق باختيار آخر، في أية فترة لاحقة على إبرام العقد، بشرط أن لا يؤدي هذا التعديل للمساس بصحة العقد الأصلي، أما الاختيار الضمني فيستخلص من ظروف الحال من طرف القاضي، وقد نادت به العديد من التشريعات المعاصرة كما نصت المادة 1/03[2] من اتفاقية روما لعام 1980 " يسري على العقد القانون الذي يختاره الأطراف ويجب أن يكون هذا الاختيار صحيحا أو مستمدا بطريقة مؤكدة من نصوص العقد أو من ظروف العقد "، وقد استقر الفقه والقضاء التقليدي على وجود عدة قرائن أو علامات تدل على الإرادة الضمنية بخصوص قانون العقد، حيث لا يكفي علامة واحدة للدلالة على تلك النية الغير المعلنة، بل الجمع بين أكثر من علامة أو مؤشر، إذن فإن إخضاع العقد لقانون الإرادة لا يزال هو السائد فقها وقضاءا وتشريعا، سواء كانت هذه الإرادة صريحة أو ضمنية.

الفرع الثاني

قواعد الإسناد الموضوعية

و هو ما يعرف بسلطة القاضي، حيث لا يجوز للقاضي عدم الفصل في النزاع القائم بسبب العقد الإلكتروني وفي حالة عدم وجود اتفاق بين أطراف العقد أو تعذر استنتاج إرادتهم الضمنية، وإلا اعتبر إنكارا للعدالة، بل يقوم القاضي بالاجتهاد أمام تزاحم القوانين لحكم الرابطة العقدية محل النزاع، ويفرض على أطرافها

[1]–المادة 2/03 من إتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات التعاقدية الصادرة في عام 1980 و التي نصت على " يحكم العقد القانون المختار من الأطراف " .

[2]– لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 202.

إرادة غير موجودة فعلا أساسها قرائن مستمدة من الرابطة العقدية في حد ذاتها أو من ظروف وملابسات الحالة، هذا ما أطلق عليه الإرادة المفروضة، أي أن إرادة القاضي هي من يحدد القانون العقد حيث يعين القانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية وذلك بإسنادها لمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة أو الموطن المشترك، وهذا ما يعرف بالضوابط الجامدة، وأما الضوابط المرنة فهي المستمدة من طبيعة العقد الذاتية .

أولا: الإسناد الجامد للرابطة العقدية: وهي القواعد الثابتة بإرادة الأفراد، استقر فقه القانون الدولي الخاص عليها، في تحديد القانون الذي يحكم العقد الالكتروني في حالة النزاع وفي ظل غياب الاتفاق بين أطراف العقد الضمني أو صريح،و التي تستند إلى فكرة الإرادة الضمنية للمتعاقدين[1] وهي قانون الدولة محل إبرام العقد أو تنفيذه أو جنسية المتعاقدين أو الموطن المشترك لهما[2].

وقد أخذت به العديد من التشريعات منها القانون المصري في المادة 1/19 من القانون المدني حيث جاء فيها: "في حالة غياب هذا الاختيار فان الالتزامات الناشئة عن هذه العقود تكون خاضعة لقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد"، فالمشرع المصري هنا أتى بضابطين احتياطيين بدل ترك القاضي المصري تكملة إرادة المتعاقدين عند تخلف اتفاقهما صراحة أو ضمنا .

يفسر هذين الضابطين في مجال العقود الدولية عامة والعقود الالكترونية خاصة، على أنهما ضابطي إسناد احتياطيين أوردهما المشرع المصري كقرائن قانونية بسيطة لتسهيل مهمة القاضي في إعمال قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد، ليكون القانون الواجب التطبيق دون التوقف عند مقتضى ضابط الإسناد الوارد المادة 1/19 من القانون المدني المصري السابقة الذكر .

هذا ما يكفل الأمان ويصون توقعات المتعاقدين، ما يضمن الاستقرار في التجارة الإلكترونية [3] من خلال عِلمهم المسبق للقانون الذي يحكم العقد في حالة غياب اختيارهم، وسنعرض هذه الضوابط كمايلي:

1-إسناد الرابطة العقدية للقانون الدولة محل تكوين العقد: وهذا الضابط تعتمده العديد من التشريعات في حالة انتفاء الإرادة الصريحة أو الضمنية لأطراف العقد، لاسيما إذا لم يكن لهم جنسية مشتركة أو موطن مشترك، فالقضاء الفرنسي مثلا يأخذ بمكان إبرام العقد كمعيار هام في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد في حال انعدام اختيار الأطراف لهذا القانون، وقواعد التنازع الفرنسية تأخذ بقاعدة " قانون المحل يحكم شكل التصرف "،

[1]- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص بند 300، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، دون ناشر، دون سنة النشر، ص 548.

[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 204.

[3]- هشام علي صادق، مرجع سابق، ص 549.

فبعض مؤيدي هذا الضابط قالوا بأنه يكفل الحلول القانونية للرابطة العقدية ،كما أن ميزة العلم المسبق بالقانون الذي يحكم العقد تكفل الأمان القانوني المنشود وتصون توقعاتهم، لكن إذا كان إسناد الرابطة العقدية للقانون محل إبرام العقد يعد ملائما في العقود التقليدية، إلا أنه يعد أمرا صعبا تطبيقه على المعاملات المبرمة عبر شبكة الانترنت، بسبب صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، حيث يمكن إبرام العقد والمتعاقد ينتقل من دولة إلى أخرى ، أو قد يكون في أماكن غير خاضعة لإقليم دولة معينة، وبالتالي صعوبة تحديد تلك المعاملات مكانيا، كذلك إسناد الرابطة العقدية لهذا الضابط قد يؤدي إلى عدم ارتباط محل الإبرام بموضوع العقد برابطة حقيقية وجادة ذلك أن التعاقد عبر الانترنت يعني اتصال العقد أثناء إبرامه بجميع الدول المتصلة بشبكة الإنترنت .

2-إسناد الرابطة العقدية لقانون الدولة محل تنفيذ العقد: وقد أُخذ بهذا الضابط باعتبار أن الرابطة العقدية ترتب أثارها في دولة ما، وأول من نادى بهذا الفقيه الألماني SAVINY[1] ، وقد تبنته العديد من التشريعات على رأسها القضاء الألماني، كإسناد احتياطي في حالة عدم وجود إرادة صريحة أو ضمنية للأطراف، فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق على عقدهم، وكذلك القضاء الفرنسي خاصة فيما يتعلق بآثار العقد .

يؤخذ بهذا الضابط على أساس أنه المكان الذي ترتكز فيه مصالح المتعاقدين وأثار العقد المبرم وتنعقد فيها مسؤولياتهم في حالة عدم تنفيذ لالتزامهم في العقد، وهو المكان الذي تجسد فيه الالتزامات التعاقدية للأطراف، فهو مركز الثقل والارتباط الاجتماعي والاقتصادي في الرابطة العقدية يطبق قانون الدولة التي يتأثر اقتصادها به.

رغم كل هذا إلا انه تثور صعوبات عند إعماله على العقود الالكترونية، سواء العقود التي يتم تنفيذها مباشرة عبر الخط أو العقود التي يتم تنفيذها مباشرة خارج الخط [2]، وهذه الأخيرة لا تثير أي مشكلة حقيقية لأنها تحيل إلى عناصر مادية تدور حول مكان تنفيذ العقد، وغالبا ما يكون مكان تسليم الطلب أو الخدمة، لكن في العقود التي يتم تنفيذها كليا بالطرق الإلكترونية، هناك صعوبة في تحديد مكان التنفيذ كما هو الحال مثلا في برامج الحاسوب التي يتم تنزيلها عبر شبكه الانترنت، فقد يكون موقع التحميل على الخط لحظة التنفيذ أو مكان المزوِد الذي يقدم خدمة للبائع أو الموقع الذي تجرى فيه عملية التحميل أو مكان وجود حاسوب المشتري والعديد من الفرضيات الأخرى، لذا من الأجدر بالمتعاقدين تحديد مكان تنفيذ عقدهم في إتفاقهم لتجنب كل هذه الصعوبات .

3- إسناد الرابطة العقدية لقانون الجنسية المشتركة للمتعاقدين: لقد اختلف القضاء في شان هذا الضابط، فقد اعتبره القضاء الفرنسي قرينة على الإرادة المفروضة واعتباره آخرون بأنه دليل على الإرادة الضمنية أو مركز الأعمال المشترك، كما أخذت به العديد من التشريعات إلا أنها اختلفت حول موقع الأفضلية أو الترتيب في

[1]- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني في تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية 1965، ص 404.

[2]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 209 .

الأخذ به، فمثلا القانون المدني الإيطالي منحه الموقع الأول في الترتيب أمام قانون الدولة محل إبرام العقد، والقانون المدني الإسباني منحه نفس الأفضلية قبل قانون الموطن المشترك وبالأسبقية على قانون الدولة محل إبرام العقد[1].

لكن هذا الضابط يصعب العمل به في العقود الإلكترونية، لوجود الضعف بين القانون الواجب التطبيق والعقد، والفقه قد أكد ذلك حيث أن جنسية المتعاقدين لا تعد عنصر مؤثرا في المعاملات الدولية، ولا تعد وحدها أساسا لإضفاء صفة الدولية للعقد، بالإضافة إلى أن الأخذ بهذا الضابط يتطلب التحقق من هوية الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة إبرام العقد، وهو أمر لا أهمية له في التجارة الإلكترونية .

4-الإسناد الرابطة العقدية لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين: هذا الضابط تعتد به العديد من التشريعات، على سبيل المثال القانون المصري في المادة 1/19 السالف ذكرها، فقد منح من خلالها الموقع الأول لقانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فأصحاب هذا الإسناد يقولون في دفاعهم عنه أن القانون الذي يعرفه المتعاقدون أكثر من غيرهم واعتادوا أن ينظموا سلوكهم وفقه، يمكنهم توقع ما يترتب عن إعماله من اثأر سلبية وايجابية، والأصل في تحديد الموطن هو الربط بين الشخص والمكان برباط قانوني، لقد عرفه الفقه بأنه المكان الذي يقيم فيه الشخص أو يتخذ منه مركزا لأعماله[2]، فالموطن يتحدد بالمكان الحقيقي للمتعاقدين، هذا في العقود التقليدية لكن في العقود المبرم عبر الانترنت يصعب تطبيقها لأن المعاملات الإلكترونية تعتمد على العناوين الإلكترونية لا الحقيقية، فقد توجد عناوين إلكترونية مرتبطة ببلدان لكن لا يوجد لها مكان عمل حقيقي بالمعنى المتعارف عليه مثل التي تنتهي بـ fr و dz وهناك عناوين لا ترتبط ببلدان معينة مثل التي تنتهي بـ com مثلا، وبالتالي فهذه العناوين تتسم بعدم التوطين أو التركيز المكاني.

إذا فخلاصة القول أن الاعتماد على هذه المعايير لفض التنازع القانوني في العقود والمعاملات الإلكترونية، يلقى صعوبات كثيرة ولعل هذا ما جعل الفقه والقضاء المعاصر يتبنون ضوابط موضوعية في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد أهمها ضابط الأداء المميز للعقد.

ثانيا: الإسناد المرن للرابطة العقدية: وهو ما يعرف بالأداء المميز في العقد، يعتمد هذا الضابط في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حسب أهمية الالتزام الأساسي فيه أو المميز من بين الالتزامات في العقد الواحد، فهو المعبر عن جوهره، فهذا الضابط يتميز بمرونته وملاءمته لكل أنواع العقود وكذا سهولة العلم المسبق به، على أساس أن هذه الالتزامات تعبر عن مركز الثقل الاجتماعي والاقتصادي للعملية التعاقدية[3]، مثل التزام البائع بتسليم المبيع للمشتري أو التزام المورد بتوريد الخدمة .

---

[1]- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ،دار الجامعة الجديدة ،الإسكندرية ،2008 ، ص 332 .

[2]- هذا ما جاءت به الحيثية رقم 19 من التوجيه الأوروبي الصادر في 08 يونيو 2000 بشأن التجرة الإلكترونية .

[3]- فيصل محمد كمال عبد العزيز ، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية،رسالة دكتوراه كلية الحقوق ، جامعة القاهرة ، 2008 ،ص 702 .

تبنته العديد من التشريعات الدولية فهو من المبادئ الأساسية في التجارة الدولية، فمثلا المشرع المصري في نص المادة 39 من قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994 في نصها " إذا لم يتفق الطرفان على القواعد القانونية الواجبة التطبيق على موضوع النزاع طبقت هيئة التحكيم القواعد الموضوعية في القانون الذي ترى بأنه الأكثر اتصالا بالنزاع، يتم العمل به في حالة سكوت المتعاقدين عن القانون الذي يخضع له العقد سواء صراحة أو ضمنا بتحديده وقت إبرام العقد، حيث يظهر الفرق بينه وبين ضابط التوطين في أن هذا الأخير يتحدد في مرحلة لاحقة، لا تسمح للمتعاقدين بالعلم المسبق لقانون العقد الذي يضمن الأمان القانوني للمتعاقدين.

أخذت بهذا الضابط العديد من الاتفاقيات الدولية مثل اتفاقية لاهاي المبرمة بتاريخ 10 جويلية 1955 والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية حيث أخذت المادة 1/03 منها بمحل الإقامة العادية للبائع أو مقر منشأته عند التعاقد، كضابط إسناد رئيسي على أساس التزام البائع والذي يمثل الأداء المميز في العقد بنصها: " في حالة عدم اختيار الأطراف للقانون الذي سيحكم العقد فإن البيع يكون محكوما بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة وقت تسليمه الطلب، ومع ذلك إذا كان تسليم الطلب بواسطة منشأة البائع يكون محكوما بالقانون الداخلي للدولة التي يوجد بها مقر تلك المنشأة ".

كذلك اتفاقية روما المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات لعام 1980 قد أخذت بالأداء المميز في العقد حيث ذكرت المادة 4 منها:

"1- عند سكوت المتعاقدين عن اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد يسري على هذا الأخير قانون الدولة التي له بها أكثر الروابط وثوقا .

2- تعتبر تلك الروابط موجودة في الدولة التي يوجد بها محل الإقامة المعتادة للطرف الملتزم بتقديم الأداء المميز وقت إبرام العقد، فان كان هذا الطرف شخصا معنويا وكان قد أبرم العقد أثناء ممارسته نشاطه المهني ، فان قانون الدولة التي بها المنشأ الرئيسية لهذا الشخص يكون هو الواجب التطبيق على العقد وإذا كان الأداء المميز للعقد سيتم عن طريق شركة أخرى بخلاف الشركة الرئيسية قانون الدولة التي يتواجد بها مقر تلك الشركة هو الذي يحكم العقد".

وبالتالي فإن اتفاقية روما اعتمدت القرينة التي تربط العقد محل الإقامة المعتاد للطرف المدني بالأداء المميز للعقد، أي دولة البائع أو مقدم الخدمة[1]، فهو ضابط يمكن تطبيقه على عقود المعاملات الإلكترونية حيث يسمح للقاضي بربط النزاع بقانون الدولة المرتبطة بالعقد بصلة وثيقة .

كذلك أخذ به التوجيه الأوروبي للتجارة الإلكترونية الصادر في 07 جويلية عام 2000، فالتاجر يبرم الآلاف من العقود يوميا من خلال شبكة الإنترنت، حيث القانون الذي تخضع له هذه العقود هو قانون الدولة

[1]- فيصل محمد كمال عبد العزيز، مرجع سابق، ص 704 .

التي يوجد بها البنك، إذ ليس من الممكن أن يخضع كل عقد لقانون يختلف عن العقد الأخر، لكن توجد صعوبة في إعمال ضابط الأداء المميز في العقد على العقود الإلكترونية، لأن أغلب التشريعات تعتمد محل إقامة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق، فالمادة 2/04 من اتفاقية روما تعتمد على هذا المعيار، كما تسمح المادة 2/08 من نفس الاتفاقية في حالة احتجاج أحد الأطراف بعدم رضائه، أن يتمسك بقانون الدولة محل إقامته المعتادة، وهذا ما لا نجده في العقود الإلكترونية مكان الإقامة الثابت والدائم كما سبق وتكلمنا، والاعتماد على ضابط الأداء المميز يُضِر بمصالح الطرف الضعيف[1]، فمثلا في عقد البيع الأداء المميز هو أداء البائع بتسليم السلع وبالتالي القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة البائع وبالتالي فهو الطرف القوى عكس المشتري.

إذن فمبدأ الإقليمية لا يمكن تطبيقه في العالم الافتراضي أو المجتمع الإلكتروني، فقد توجد عقود ذات طبيعة مركبة، حيث نجد التزامات طرفي العقد تمثل أداء معين وبالتالي يصعب تحديد الأداء المميز للعقد ومثال ذلك عقد توريد المعلومات على شبكة الإنترنت المجاني، فالمورد يقوم بتوريد المعلومات في حين أن المستخدم يقوم بطرح الخدمات أو المعلومات على شبكة الإنترنت .

إذن بعد التكلم عن قواعد الإسناد الشخصية والموضوعية المطبقة على العقود التجارة الإلكترونية يجب على المتعاقدين تحديد القانون الواجب التطبيق على عقدهم صراحة في بنود العقد تفاديا للمشكلات القانونية في هذا الصدد، وذلك بذكر جميع البيانات الشخصية المتعلقة بهم، خاصة العنوان الجغرافي، ففي حالة حدوث نزاع ترفع الدعوى أمام محاكم موطنه أو محل إقامته، وتحديد محل إبرام العقد وتنفيذه أيضا يعطي للطرف الضعيف وهو المستهلك، رفع دعواه أمام محكمة دولة المورد أو موطنه، وللمورد رفع دعواه أمام موطن لمستهلك .

فالأحرى إيجاد حلول تناسب حالة هذه العقود، استنادا إلى العادات والأعراف التجارية الدولية كقانون موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية[2]، عن طريق معاهدات واتفاقيات دولية أو عن طريق منظمات وهيئات دولية مثل: اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، كذلك تشجيع تشكيل لجان متخصصة في الفصل في المنازعات الإلكترونية مثل ما قام به المشرع المصري في الفصل 11 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بعنوان تسوية المنازعات في المادتين 32 و33 حيث قرارات هذه اللجنة هي قرارات نهائية قابلة للطعن أمام القضاء العادي في ظرف 30 يوما من تاريخ صدورها .

إن معطيات البيئة الإلكترونية وتطور التجارة الدولية، أثبت عدم قدرة القوانين الوطنية لحل المنازعات العقد الإلكتروني، لذلك ظهرت الحاجة لوجود حلول بديلة تتفق والمعطيات الجديدة للتجارة الإلكترونية والعقد

[1]- لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 218 .

[2]- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص 116.

الإلكتروني خاصة، والتي لا تتلاءم مع قواعد الإسناد الإقليمية، والتي تعتمد حلولا عادية لتنازع القوانين، فمبدأ الإقليمية لا يمكن تطبيقه على عالم افتراضي، فالعقود الإلكترونية لها معطيات خاصة تتطلب قوانين ذات طبيعة خاصة، هذا ما أدى إلى البحث عن حلول تناسب العقد الإلكتروني كإنشاء نظام قانوني مستقل[1] عن القوانين الوطنية ، فحسب الفقه يتم اختيار القانون الواجب التطبيق من قبل المتعاقدين، ويكون ذلك وفق طريقتين :

طريقة أولى: بجعل الدول تُصدر قانون موحد للمعاملات الإلكترونية، وهو قانون يحكم موضوع النزاع وغير مرتبط بمكان معين وذلك بالاتفاق فيما بينها على ذلك، حيث أن هذا القانون له عدة خصائص، تخاطب مجموعة معينة من الأشخاص وهم مستخدموا شبكة الإنترنت، ينظم نوع معين من المعاملات التجارية الإلكترونية، كما له محاكم افتراضية، ينشأ من الأعراف والعادات التجارية، ويتطور بحسب تطور شبكة الإنترنت، وهو قانون عابر للحدود بحسب طبيعة المعاملات التي يحكمها .

طريقة ثانية: من خلال القوانين النموذجية المنشَاة بالمعاهدات والاتفاقيات الدولية والتي تصاغ عن طريق مؤسسات وهيئات ومنظمات دولية ذات سلطة مثل منظمة الأمم المتحدة والإتحاد الأوروبي وغيرها من المنظمات الدولية .

توحيد اختيار القواعد القانونية [2] أي توحيد القواعد التي يختارها والقانون الواجب التطبيق في حالة منازعة ناشئة عن العقود الإلكترونية مثل قانون محل إقامة المدعي أو المدعى عليه، وقانون محل الإقامة التجاري أو المهني مع مراعاة القواعد الخاصة بحماية المستهلك، بتطبيق قانون محل إقامة المستهلك وليس التاجر، كذلك من القواعد المرنة مكان إبرام العقد أو تنفيذه، فالعقد مبرم في فضاء إفتراضي، ومحل التنفيذ يكون عبر شبكة الإنترنت خاصة السلع المعنوية (موسيقى وأفلام) [3]، كذلك معيار العملة المستخدمة في الدفع، والتي غالبا ما تكون بواسطة بطاقة الائتمان أو النقود الرقمية أو التحويلات البنكية الإلكترونية، ففي هذه الأخير يستبعد اقتراحٌ مثل قانون الدولة الأوثق صلة بالعقد.

كذلك التحكيم الإلكتروني[4] بإنشاء هيئة أو محكمة تحكيم خاصة بمنازعات العقود الإلكترونية، ومثاله مشروع القاضي الافتراضي، والذي يقوم بالوساطة في الخلافات والمنازعات الناشئة عن التعاملات والتعاقدات الإلكترونية حيث يختار المحكم وتقدم الأدلة والمستندات، ويصدر الحكم بعد المناقشة من خلال شبكة الإنترنت، والتحكيم عملية اختيارية أي تخضع لسلطان إرادة المتعاقدين في اختيار اللجوء إليه من عدمه، وقد دعى إليه

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 395.

[2]- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص118.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 398.

[4]- ماجد محمد سليمان مرجع سابق، ص120.

التوجيه الأوروبي الصادر في 2000 [1] ، والمتعلق بالتجارة الإلكترونية دعى الدول الأعضاء إلى تشجيع وضع تنظيم قضائي خاص بالمنازعات الإلكترونية، كما طالب اللجنة الأوروبية بنقل كل المعلومات التي تتعلق بأطراف المعاملات التجارية الإلكترونية .

هناك أيضا العقود النموذجية وهي نماذج عقود تتضمن العديد من العادات الجارية، وضعتها المنظمات الدولية وهي عقود نمطية تبرم بين الموردين والمستخدمين تتناول العديد من المسائل الفنية والقانونية التي يجب احترامها بين الطرفين مثالها: القواعد الموحدة للتبادل الإلكتروني للبيانات TEDIS.

كذلك قواعد السلوك[2] و هي تنظيم آمر ومحكم يتضمن حدا أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة التي يجب أن يراعى فيها كافة المتعاملين والمستفيدين من التعامل بشبكة الإنترنت، ومثالها عدم استعمال الحاسب في إلحاق الضرر بالآخرين أو التدخل في العمل المعلوماتي للآخرين أو استخدامه في السرقة وانتحال مصنفات الغير وهو ما يعرف بالقرصنة بصفة عامة .

هناك أيضا العرف وهو مجموعة القواعد التي ساهم في إنشائها المتعاملون في العالم الإفتراضي بطريقة تلقائية، من خلال العادات والأعراف والممارسات في الأوساط المهنية لهذا العالم، إضافة إلى أن العرف مرن بطبيعته يتلاءم مع التطور السريع في مجال العقود الإلكترونية، على خلاف القوانين الوضعية لكن بسبب حداثة هذه البيئة فإن السوابق القضائية في هذا الشأن قليلة لم تصل للحد الكافي لاعتبارها مصدر يمكن الرجوع إليه والاحتكام به[3].

إذن القانون الواجب التطبيق في حالة نزاع في العقود الإلكترونية، من أهم المشاكل المثارة في العقود المبرمة عبر الإنترنت، فتوجيه الإيجاب الإلكتروني إلى جميع مشتركي الشبكة، قد يحتمل تطبيقا متزامنا لجميع التشريعات للدول المتصلة بهذه الشبكة، وهذا ما أثار مخاوف أصحاب مواقع الويب والشركات التي تنوي التعاقد عن طريق الإنترنت [4].

وتنص المادة 18 من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم "يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين، إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد .

أما في حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" .

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص 200.

[2]- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص121.

[3]- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، مرجع سابق، ص401 .

[4]-محمد عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 84.

من خلال ما ورد في نص المادة المشرع الجزائري فقد اعتمد قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود الدولية على ثلاث ضوابط الأول وهو قانون الإرادة والاحتياطيان المتمثلان في قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد، فالمشرع اشترط ارتباط قانون الإرادة ارتباطا حقيقيا بالمتعاقدين أو العقد، حيث لم يترك بذلك لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما وذلك لإقامة التوازن بين إطلاق حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد من جهة وضرورة خضوع هذه الرابطة العقدية للأحكام الآمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني، وذلك منعا للغش وحماية للطرف الضعيف في العقد والذي يتمثل عادة في شخص المستهلك .

يتم اختيار القانون الواجب التطبيق بين طرفين متعاقدين على شبكة الإنترنت أو الويب من خلال رسائل متبادلة بالبريد الإلكتروني وذلك بعد الاتفاق على بنود العقد، فمشاكل قانون الإرادة تطرح نفسها بما يتفق مع طبيعة الشبكة المعلوماتية، فالعلاقة التي اشترطتها المادة 18من القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بين قانون الإرادة والعقد تتمثل في مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، وهذان الأخيران لا يعبران في جميع الأحوال عن علاقة جدية بالعقد عبر الإنترنت، الذي يفترض اتصال العقد بجميع الدول لاتصالهم بالشبكة في آن واحد، دون أن يكون مركزا على إقليم دولة واحدة أو معينة [1] .

هذا ما جعل الفقه يتساءل ما إذا كان الإنترنت منطقة بلا قانون، فجانب من الفقه يرى بأنه محيط بلا حدود ولا مناطق جغرافية ولا تملكه دولة معينة، فمستخدم الإنترنت يتجول في فضاء وطني ودولي في أن واحد، فهو لا يخضع لسيادة أي دولة، وجانب أخر يرى بأن شبكة الإنترنت منطقة خاضعة لعدد هائل من القوانين والأنظمة القضائية .

وهناك رأي أخر من الفقه ينفي مشكلة الفراغ القانوني بالنسبة لشبكة الإنترنت، فقد أعطى بعض الأمثلة للتشريعات أو الأجهزة الحكومية التي يمكن أن تتدخل بشأن الإنترنت، ومثاله إرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني ذات طبيعة دعائية توجه إلى البلد الذي يقيم فيه من وجه إليه الإيجاب[2]، هذا النوع من العقود وثيق الصلة بقانون الدولة محل إقامة من وجه إليه الإيجاب، في ظل أن العديد من النظم القانونية لا تتضمن تشريعا خاصا بالمسائل التقنية والمعلوماتية، هذا ما يزيد صعوبة في تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي في حالة غياب ارتباط قانون الإرادة والعقد، مما يرجح السلطة التقديرية للقاضي في تحديدها وذلك باللجوء إلى الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو موطنها المشترك .

[1] - Michel Vivant, Les contrat du commerce électrique, Litec,1999 ,page 56 .

[2] – فراح مناني، مرجع سابق، ص108 .

وفي خلاصة الفصل الثاني نستنتج أن ركن التراضي في العقد الإلكتروني هو نفسه ركن التراضي المتعارف عليه في العقود التقليدية خاصة من حيث الأهلية وأحكامها وكذا العيوب التي تشوبها، ففيما يخص العقود المبرمة من طرف القصر فهي قابلة للإبطال لمصلحتهم في مقابل ذلك للطرف حسن النية طلب التعويض عن الأضرار التي لحقته من جرا تحايل القاصر عليه بإخفاء أهليته، لكن تثار مشكلة التحقق من هوية وأهلية المتعاقد في العقود الإلكترونية بحكم البيئة التي نشأت بها هذه العقود والتي جعلت هذا صعبا، حيث رأينا أنه يمكننا التحقق منها عن طريق البطاقات البنكية وعن طريق التوقيع الإلكتروني باستعمال برامج معلوماتية معتمدة من طرف هيئات خاصة وفق شروط ومعايير عالمية، وكذا عن طريق الوسطاء الإلكترونيين وهذا غير موجود في العقود التقليدية .

في ظل قصور القواعد العامة في تنظيم المعاملات الإلكترونية، وغياب قواني خاصة، وأمام الغموض الظاهر لموقف المشرع الجزائري من خلال تعديل القانون المدني في سنة 2005، ظهرت عدة فيما يخص الاعتراف بالكتابة الإلكترونية والمستندات الإلكترونية وإذا كانت لهم الحجية الكافية أم لا وبهذا الشأن أخذ المشرع الجزائري بمبدأ المساواة من حيث الحجية في الإثبات بينها وبين المستندات أو المحررات التقليدية وذلك وفق شروط محدد مسبقا وذلك من خلال نص المادة 323 مكرر 1، كما أعطى التوقيع الإلكتروني نفس المكانة التي أعطاها للتوقيع التقليدي ، وأما التطور الكبير للتجارة الإلكترونية في الجزائر والصعوبات التي واجهتها،أدى بالمشرع إلى سَن القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين والذي جاء بعد المرسوم التنفيذي 07-162 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 والمتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية والذي اعترف من خلاله بالمعاملات الإلكترونية والكتابة والتوقيع الإلكتروني، حيث أخذ بالتوقيع الموصوف أو المؤمن، فالتوقيع الإلكتروني له طبيعة خاصة تميزه عن التقليدي والتي تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية والذي يمكن من تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته في البيئة الإفتراضية، وللضرورة المُلِحة لحماية هذا التوقيع من التزوير والتحريف اعتمد المشرع جهات تصديق إلكتروني تابعة للدولة، وحدد مهامها وتشكيلها وكيفية سيرها وكذا مسؤوليتها حيث تقوم هذه الأخيرة بمنح شهادات التصديق الإلكتروني والتي تثبت الصلة بين التوقيع والموقع ، وتمنح التوقيع مصداقية لكي يعتمده القاضي كوسيلة للإثبات ، فهي كالوسيط في المعاملات الإلكترونية .

كذلك حدد التشريع الجزائري شأنه شأن التشريعات الأخرى، القانون الواجب التطبيق في حالة حدوث منازعة حول العقد الإلكتروني من خلال المادة 18 من القانون المدني المعدل والمتمم بالقانون 05-10 ، والتي اشترطت وجود صلة بين القانون المختار والمتعاقدين أو العقد، وفي حالة عدم الاختيار للقانون الواجب التطبيق، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم إمكان ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، ويطبق قانون موقع العقار في العقود المتعلقة بالعقار، في حين أن الفقه المعاصر قد اعتمد ضوابط مرنة مثل ضابط الأداء المميز للعقد والتي أخذت به اتفاقية روما لعام 1980، والمتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات في

مادتها الرابعة، وكذا التحكيم الإلكتروني النظم في القانون النموذجي للتحكيم التجاري الدولي اليونسيترال لعام 1985، والذي دعى إليه التوجيه لأوروبي لسنة 2000 والمتعلق بالتجارة الإلكترونية، فهي ضوابط أكثر نجاحا وتطبيقا على المنازعات في العقود الإلكترونية.

في ختام هذا البحث المخصص لموضوع التراضي في العقود الالكترونية تبين لنا أنه من أهم المسائل التي تشغل رجال القانون وفقهائه، وذلك استنادا لخصوصيته كونه يتم في ظل بيئة افتراضية بعيدا عن الفضاء المادي الملموس، فبالرغم من اتخاذ التراضي للصفة الالكترونية، إلا أن ذلك لم يؤثر في طبيعته الرضائية ويبقى في حقيقته مجرد عقد عادي يتميز بوسيلة إبرامه، وفي ظل غياب نصوص قانونية خاصة تحكم مثل هذه التعاملات قررنا البحث في هذا الموضوع محل الدراسة محاولين في ذلك إجراء مقاربة بينه وبين التراضي في العقود التقليدية، وكذا البحث عن معالجة قانونية للعديد من التساؤلات والإشكالات التي يثيرها هذا الركن.

ومن خلال هذه الدراسة تم التوصل إلى النتائج التالية:

ـ تسمح القواعد العامة في معظم التشريعات باستيعاب التعبير عن الإرادة عبر وسيط إلكتروني كصورة من صور التعبير عن الإرادة رغم عدم تضمنها نصوصا تشريعية تجيز هذه الوسيلة، إلا أن الانتشار المذهل لاستخدام هذه الوسيلة زاد من حدة المخاوف حول مشروعية استخدامها، لذلك اجتهد الفقه والقضاء في الدول المتقدمة لإيجاد منافذ قانونية لإجازة هذه الوسيلة، فأقرت المنظمات الإقليمية والعالمية هذا الواقع، ومن ثم أجازت صراحة التعبير عن الإرادة عبر وسائط إلكترونية، مما جعل معظم الدول تحذو حذوها.

ـ بقيت الدول النامية بعيدة عن مواكبة هذه التطورات، باستثناء بعض الدول العربية التي شرعت قوانين خاصة تجيز وتنظم المعاملات الالكترونية، بينما المشرع الجزائري بقي موقفه غامضا، رغم إدخاله تعديلا على القانون المدني سنة 2005، إلا أنه لم يجز صراحة التعبير عن الإرادة عبر الوسيط الالكتروني، لكن يمكن الرجوع إلى القواعد العامة والاستفادة من مرونة نصوصها التي لم تتضمن ما يمنع استعمال هذه الوسيلة.

ـ لا يتحقق التراضي في العقد الالكتروني إلا إذا تم تبادل الطرفين التعبير عن إرادتين متطابقتين، فيسمى التعبير الصادر عن الإرادة الأولى بالإيجاب، والتعبير الصادر عن الإرادة الثانية القبول، فالإيجاب والقبول في العقد الالكتروني لا يختلفان عن الإيجاب والقبول في العقد التقليدي إلا في الوسيلة الالكترونية المستخدمة للتعبير عنه والتي قد تكون تتمثل في البريد الالكتروني، أو شبكة المواقع ويب، أو عبر المحادثة والمشاهدة.

ـ ينعقد العقد الالكتروني بين أشخاص لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي، هذا ما أدى إلى اختلاف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني، حيث تم التوصل إلى أن التعاقد الالكتروني يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان، إلا أنه هناك بعض الحالات المعينة يكون فيها مجلس العقد الالكتروني بين غائبين زمانا ومكانا.

ـ صعوبة تحديد كل من زمان ومكان تلاقي الإرادتين وعدم اتفاق واختلاف النظريات التي درست هذه المسألة.

ـ بخصوص عيوب الإرادة في العقد الالكتروني فهي لا تكاد تخرج عن كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة في القانون المدني.

ـ تطرقنا إلى تحديد هوية المتعاقدين وما تطرحه من إشكالات، بسبب التعاقد عن بعد والذي لا يُمكِن المتعاقدين مِن التحقق من هوية المتعاقد الأخر مثل العقود التقليدية، والتي تتم من خلال استظهار بطاقة الهوية وغيرها من الوسائل التقليدية، لكن هذه الوسائل لا تستخدم في العقود الإلكترونية إلا أنه تستعمل وسائل أخرى تتمثل في البطاقات البنكية والوسيط الإلكتروني وكذا التوقيع الإلكتروني.

ـ بالنسبة للإثبات في العقد الالكتروني فقد ساوى المشرع الجزائري بين المحررات الإلكترونية والتقليدية من حيث الحجية وذلك بتوفرها على شروط ومتطلبات منصوص عليها قانونا.

ـ أما بالنسبة للتوقيع فقد تبين لنا يحقق وظيفتين أساسيتين، الأولى تحديد هوية الموقع والتعبير عن إرادته، والثانية صحة المعلومات الصادرة عنه، لكن وضع شروط قانونية للاعتراف به وترتيبه الآثار القانونية التي يرتبها التوقيع اليدوي.

ـ كما تناولنا مشكلة القانون الواجب التطبيق في العقود الالكترونية في حالة نزاع، و خلصنا إلى أنه يجب على طرفي العقد الالكتروني تحديد القانون الواجب التطبيق، وفي حالة غياب هذا الاختيار فإنه يتم اللجوء إلى المعايير المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص لتحديد ذلك سواءا بتطبيق قواعد الإسناد الشخصية أو الموضوعية.

بناءا على النتائج السابقة خرجنا بالاقتراحات التالية:

ـ ضرورة صياغة المشرع الجزائري قواعد وقوانين تتماشى مع التقدم التقني وتعالج مسألة إبرام العقود الإلكترونية، بدلا من الاعتماد على النصوص العامة في القانون المدني.

ـ تشجيع وتطوير مناهج تدريبية على استخدام تقنيات الاتصال الحديثة في مجال التعاقدات الالكترونية.

ـ إصدار نظام تقني رقابي على شبكة المعلوماتية لتوفير الحماية لأي تبادل أو تراسل أو تعاقد بوسيلة إلكترونية.

ـ أخذ الخبرة والاستفادة من قانون اليونسيترال النموذجي وكذا بقية التشريعات الغربية والعربية.

أخيرا يمكن القول أن التراضي في العقود الالكترونية بكل إشكالاته والتساؤلات القانونية التي تطرقنا إليها في هذه المذكرة قد بينت فعلا قصور القواعد التقليدية العامة المنظمة لهذه الأخيرة وعدم قدرتها على حلها، وهذا ما لا يكاد يختلف عليه الباحثين في مجال التجارة الالكترونية سيما في مجال العقود الالكترونية، وذلك ما يستدعي ضرورة إقرار وسن قانون مستقل خاص بالمعاملات الالكترونية، أو تعديل القانون المدني بشكل لا يتصادم مع التقنية الحديثة.

I- المراجع باللغة العربية:

أولا- الكتب:

1- إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة دراسة فقهية مقارنة، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2005.

2- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنت(دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى،الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.

3- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة، القاهرة،2003

4 - العربي بلحاج ، مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، 2014.

5- العربي بلحاج، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، الطبعة الرابعة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005

6- إلياس ناصيف، العقود الدولية ،العقد الإلكتروني في القانون المقارن،الطبعة الأولى، منشورات الحلبي لبنان،2009 .

7- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته، دون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية، 2008.

8- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

9- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، مصر 2008.

10- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)،الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، مصر 2011.

11- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية،الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي مصر، 2008.

12- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الالكترونية، الطبعة الأولى، الدار الجامعية، الإسكندرية، 2008.

13- خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، الجزء الأول مصادر الإلتزام, ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون، الجزائر، 1991.

14- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

15- شحاتة غريب الشلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

16- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية 2008.

17- عباس العبودي، التعاقد عن طريق و سائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبا المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان،1996.

18- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية لبنان،2010.

19- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج1، طبعة ثالثة جديدة، دار النهضة العربية القاهرة، 1981.

20- عبد الفتاح بيومي حجازي،التجارة الإلكترونية العربية، شرح قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية، الكتاب الاول، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.

21- علي علي سليمان، علي علي سليمان النظرية العامة للإلتزام،مصادر الإلتزام في القانون الجزائري،الطبعة الخامسة، ديوان المطبوعات الجامعية،2003.

22- عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني تنازع القوانين و تنازع الإختصاص القضائي الدوليين، الطبعة الخامسة، دار النهضة العربية، 1965.

23- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الالكترونية عقد البيع عبر الانترنت، الطبعة الأولى، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

24- فراح مناني، العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دون طبعة، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

25- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة القاهرة، 2008.

26- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية،الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة و النشر الجزائر2014.

27- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، مكتبة الرشد، المملكة السعودية، 2009.

28- محمد إبراهيم أبو الهيجاء،عقود التجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني،إثبات العقد الإلكتروني،حماية المستهلكين وسائل الدفع الإلكتروني، المنازعات العقدية و الغير عقدية،الحكومة الإلكترونية، والقانون الواجب التطبيق، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، 2011 .

29- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت،الطبعة الأولى،دار المطبوعات الجامعية مصر(الإسكندرية)،2006 .

30- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقود الالكترونية، دار الثقافة، الأردن،2009

31- محمود عبد الرحيم شريفات، تكوين العقد عبر الإنترنت(دراسة مقارنة)،الطبعة الثانية، دار الثقافة الأردن،2011.

32- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2005.

33- هشام علي صادق، دروس في القانون الدولي الخاص بند 300، القانون الواجب التطبيق على العقود الدولية، دون ناشر، دون سنة النشر.

34- يمينة حوحو، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس، دار البيضاء الجزائر،2016.

ب- المذكرات والبحوث:

1- بربي نذير،العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء مجلس قضاء قالمة، 2003-2006

2- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في العلوم القانونية تخصص قانون أعمال، باتنة،2014-2015

3- عامر لويفي، العقد الإلكتروني كيفية إنعقاده وإثباته، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، جامعة محمد لمين دباغين، سطيف، 2017/2016.

4- عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الالكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، جامعة الجزائر، بن عكنون ،2011-2012

5- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، التخصص القانون، جامعة مولود معمري-تيزي وزو، 2014

6- قادم سعاد شهرزاد، التعبير عن الإرادة بين العقد التقليدي والعقد الالكتروني على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص قانون مدني، وهران 2013-2014

7- كاهنة بادود، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة مكملة من مقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون الأعمال, جامعة محمد لمين دباغين، سطيف, 2016/2015،

8- ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت (رسالة دكتوراه)، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق بتيزي وزو، 200 لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الالكتروني، أطروحة إستكمالا

لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا، جامعة النجاع المطنية في نابلس فلسطين، 20089،

9- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون فرع المسؤولية المهنية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2012.

ج- مجلات ومقالات:

1- عبد الحي القاسم عبد المؤمن، مجلة بخت الرضا العلمية، العدد13، السودان، ديسمبر 2014.

2- فراس بحر محمود، التعبير الالكتروني عن الإرادة، ص37 مقال منشور على الموقع:
www.asj.net/iasj?Func=Fulltext&ald=19137

د- مواقع الانترنت:

1 - www.uncitral.org

2 القانون التونسي على الموقع-
www.f_law.net/law/archive/index.php?t_ 39286.html

3 - القانون الأردني على الموقع www.alexlaw.com/7693_topic

4 - مراجعة القانون الفرنسي والتعديل على الموقع -www.justice.gouv.fr

5 - مراجعة القانون الفيدرالي الأمريكي على الموقع -http//library.whithouse.gouv.us

هـ- التشريعات والاتفاقيات الدولية:

1- إتفاقية فيينا لسنة 1980م.

2- إتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على الإلتزامات.

3-إتفاقية لاهاي في 10 جويلية 1955 المتعلقة بالقانون الواجب التطبيق على عقد البيع الدولي للمنقولات المادية.

4- التوجيه الأوربي رقم 93/1999.

5- التوجيه الأوروبي رقم 31 الصادر في 2000/08/08 .

6 قانون اليونسيترال النموذجي الخاص بالتجارة الإلكترونية 1996.

7- قانون اليونسيترال النموذجي الخاص بالتوقيع الإلكتروني 2001.

8- مشروع اتفاقية اليونسترال للتعاقد الإلكتروني.

و- القوانين:

1- القانون الفرنسي المتعلق بالتكنولوجيا المعلومات و التوقيع الإلكتروني لعام 2000

2- القانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 .
3- القانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية 2000م.
4- القانون رقم 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين.
5- الأمر رقم75-58 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل و المتمم بالقانون 05-10 المؤرخ في 2005
6- المرسوم التنفيذي 07-162 الصادر في 2007/05/30 المعدل و المتمم للمرسوم التنفيذي 01-123 والمؤرخ في 2001/05/09 المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية و على مختلف خدمات المواصلات السلكية و اللاسلكية.
7- قانون التوقيع الإلكتروني المصري 2005 .
8- قانون التحكيم التجاري الدولي المصري رقم 27 لسنة 1994 .
9- قانون المعاملات الإلكترونية الأمريكي UETA.
10- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني 2001م.

II- المراجع باللغة الفرنسية:

1- Michel Vivant, Les contrat du commerce électrique, Litec,1999 page 56
2- Thibault VERBIEST, la protection juridique du cyber consommateur litec, paris, 2002, p68.
3-Anne BESSONT ، Philippe Edouard LAMY, contrat d'affaires ، internationaux، Pearson، paris، 2005.

الموضوع **الصفحة**

المقدمة.....1
الفصل الأول: مراحل التراضي في العقود الالكترونية.....4
المبحث الأول: المرحلة التمهيدية للتراضي في العقود الالكترونية.....5
المطلب الأول: التعبير الالكتروني عن الإرادة.....5
الفرع الأول: طرق التعبير عن الإرادة الالكترونية.....6
الفرع الثاني: لغة التعبير عن الإرادة لالكترونية.....10
المطلب الثاني: مدى جواز التعبير الالكتروني عن الإرادة.....14
الفرع الأول: قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل.....15
الفرع الثاني: الاستثناءات الواردة على قاعدة جواز التعبير عن الإرادة بكافة الوسائل..21
المبحث الثاني: مرحلة إنعقاد العقد الالكتروني.....24
المطلب الأول: عناصر تطابق الإرادتين.....24
الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني.....25
الفرع الثاني: القبول الالكتروني.....35
المطلب الثاني: مجلس العقد الالكتروني.....43
الفرع الأول: مفهوم مجلس العقد الالكتروني.....43
الفرع الثاني: زمان ومكان مجلس العقد الالكتروني.....46
الفصل الثاني: الإشكالات القانونية التي يثيرها التراضي في العقد الالكتروني.....53
المبحث الأول: الإشكالات المتعلقة بالإرادة في العقد الالكتروني.....54
المطلب الأول: التحقق من أهلية المتعاقد وتحديد هويته.....54
الفرع الأول: التحقق من أهلية المتعاقد في العقد الالكتروني.....54
الفرع الثاني: تحديد هوية الشخص المتعاقد في العقد الالكتروني.....55

المطلب الثاني: خصوصيات عيوب الإرادة في العقد الالكتروني.....**61**
الفرع الأول: عيوب متعلقة بذهن المتعاقد.....**61**
الفرع الثاني: عيوب متعلقة بنفس المتعاقد.....**67**
المبحث الثاني: إشكالات الإثبات والقانون الواجب التطبيق في العقد الالكتروني....**71**
المطلب الأول: الإثبات في العقد الالكتروني.....**71**
الفرع الأول: الكتابة الالكترونية.....**72**
الفرع الثاني: التوقيع الالكتروني.....**76**
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق في العقد الالكتروني.....**84**
الفرع الأول: قواعد الإسناد الشخصية.....**84**
الفرع الثاني: قواعد الإسناد الموضوعية.....**86**
خـاتمة.....**96**
قائمة المراجع.....**98**
الفهرس.....**103**

عنوان المذكرة: التراضي في العقود الإلكترونية.

الملخص:

التراضي في العقود الالكترونية ما هو إلا ركن في العقود المبرمة في صورتها التقليدية لكنه يختلف عنه في الوسيلة التي يعبر فيها عن إرادة المتعاقدين، حيث يتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين لإبرام العقد الالكتروني في صورة مشروعة وقانونية، أي صدور الإيجاب من قبل الموجب والذي يقابله القبول بعد وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه، فهذا النوع من العقود له سمة أساسية تكمن في عدم الحضور المادي لأطراف العقد أي أن المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، بل يجمعهما مجلس عقد افتراضي.

وفي ظل التطور السريع وانتشار استعمال شبكة الانترنت من طرف المتعاملين وغياب تشريع خاص بالمعاملات الالكترونية، ثارت مجموعة من الإشكالات القانونية ، حول الإثبات ووسائله التي تختلف تماما عنه في التراضي العادي، وحول القانون الواجب التطبيق الذي جعل التشريعات الدولية والوطنية تأخذ بنفس الضوابط في حالة النزاع لكن اختلفت في ترتيبها.

Thèse : Le consentement dans les contrats électroniques.

Résumé :

Le consentement aux contrats électroniques ne consiste q'un pilier dans les contrats conclus à la forme traditionnelle, mais il diffère au moyen dont il exprime la volonté des contacteurs, Où l'expression des deux volontés similaires de conclure le contrat électronique d'un façon légitime et légale, Or l'émission du positif par l'accord après l'arrivé de la réclamation à la connaissance de ceux qui y sont confrontés. en effet, les contacteurs n'ont pas de vrai contrat mais plutôt un contrat virtuel.

Compte tenu du développement et du large usage de l'internet et en absence de législation sur les transactions électroniques, un certain nombre de problématiques ont été surgi quant à la preuve et ses moyens qui sont complètement différent du consentement normal et sur la loi appliquée dont laquelle la législation internationale et nationale en cas de conflit à pris les mêmes mesures mais a différé dans leur ordre.