

جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

مجلس العقد الإلكتروني

إعداد
لما عبد الله صادق سلهب

إشراف
د. أكرم داود

قدمت هذه الأطروحة استكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون
لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

2008م

مجلس العقد الإلكتروني

إعداد

لما عبد الله صادق سلهب

نوقشت هذه الدراسة بتاريخ 2008/12/27م، وأجيزت.

التوقيع

أعضاء لجنة المناقشة

.....

1. د. أكرم داود / مشرفاً ورئيساً

.....

2. د. طارق كميل / ممتحناً خارجياً

.....

3. د. أمجد حسان / ممتحناً داخلياً

إهداء

إلى روح أبي الطاهرة

إلى من ربّنتني صغيرة ورعّنتني كبيرة... أمي الحنون

إلى من أشد بهم أّزي... إختوي وأختوي

إلى من دّلل الصّعوبات أمامي... زهرة حياتي زوجي

الشكر والتقدير

استهمل الشكر وعظيم الامتنان إلى من لا يتوانى عن شكره أحد الله جل وعلا على
عونه لإنجاز رسالتي، كما يدفعني عرفاني بأجيبيل لتقديم الشكر للدكتور علي السرطاوي الذي أثار
ذهني ووجه فكري نحو موضوع الرسالة ومشرني الدكتور أكرم داود على عونه ونصحه لي وتوجيهي
لإخراج هذه الرسالة في صورتها الحالية وأزيد من شكري إلى من كان لنصحه وسعة إطلاعه ورحابته
صده وتدقيقه الأثر الواضح في تتويج رسالتي بشكلها الحالي زوجي الدكتور زياد فضة، ولا يفوتني
تقديم جزيل الشكر لكل من مد لي يد العون والمساعدة في إتمام العمل في هذه الرسالة.

الإقرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

مجلس العقد الإلكتروني

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء ما تمت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name:

اسم الطالب:

Signature:

التوقيع:

Date:

التاريخ:

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
ج	الإهداء
د	الشكر والتقدير
هـ	الإقرار
و	فهرس المحتويات
ي	الملخص
1	المقدمة
6	الفصل التمهيدي: التجارة الإلكترونية والإنترنت
6	المبحث الأول: ماهية الشبكة العالمية "الإنترنت"
6	المطلب الأول: مفهوم الإنترنت
9	المطلب الثاني: تقنيات وخدمات ووظائف الشبكة العالمية "الإنترنت"
9	الفرع الأول: تقنية البريد الإلكتروني
10	الفرع الثاني: تقنية شبكة المواقع (website)
11	الفرع الثالث: تقنية المحادثة والدرشة "منتديات"
11	الفرع الرابع: خدمة التعلم عن بعد
12	الفرع الخامس: خدمة التجارة الإلكترونية
13	المبحث الثاني: التجارة الإلكترونية
13	المطلب الأول: ماهية وأنماط التجارة الإلكترونية
14	الفرع الأول: مؤسسة أعمال مؤسسة أعمال
15	الفرع الثاني: مؤسسة أعمال مستهلك
15	الفرع الثالث: إدارة حكومية مؤسسة
15	الفرع الرابع: إدارة حكومية مستهلك
16	الفرع الخامس: مستهلك مستهلك
16	الفرع السادس: مؤسسة خدمات عامة - مستهلك
16	المطلب الثاني: سمات التجارة الإلكترونية
16	الفرع الأول: غياب الوجود المادي بين الأطراف المتعاقدة
17	الفرع الثاني: وجود وسيط الكتروني
18	الفرع الثالث: السرعة في إنجاز الأعمال
18	الفرع الرابع: لا تتقيد بالحدود الجغرافية

الصفحة	الموضوع
19	المطلب الثالث: فوائد التجارة الإلكترونية ومعوقاتها
19	الفرع الأول: فوائد التجارة الإلكترونية للشركات والمؤسسات
20	الفرع الثاني: فوائد التجارة الإلكترونية للمستهلكين
21	الفرع الثالث: معوقات التجارة الإلكترونية
22	الفصل الأول: العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية
22	المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني
22	المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني
25	المطلب الثاني: تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود
26	الفرع الأول: الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية
29	الفرع الثاني: تميز العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت عن بعض العقود المبرمة عن بعد
34	المطلب الثالث: صحة العقد الإلكتروني
34	الفرع الأول: محل العقد الإلكتروني
37	الفرع الثاني: السبب في العقد الإلكتروني
40	الفرع الثالث: الأهلية في العقد الإلكتروني
48	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية والتفاوض في العقد الإلكتروني
48	المطلب الأول: التفاوض الإلكتروني
48	الفرع الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني
50	الفرع الثاني: أهمية التفاوض الإلكتروني
52	الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني
55	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني
55	الفرع الأول: العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان
60	الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد رضائي
62	الفصل الثاني: التراخي في العقد الإلكتروني
62	المبحث الأول: الإرادة في العقد الإلكتروني
63	المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة
66	المطلب الثاني: طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد عبر شبكة الإنترنت
67	الفرع الأول: التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع (web)
68	الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني

الصفحة	الموضوع
70	الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة المباشرة والمشاهدة عبر الإنترنت
71	المبحث الثاني: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني
71	المطلب الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني
71	الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني
73	الفرع الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني
78	الفرع الثالث: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وحالات سقوطه
85	المطلب الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني ولغته وصوره عبر الإنترنت
85	الفرع الأول: خصائص الإيجاب الإلكتروني
87	الفرع الثاني: لغة الإيجاب الإلكتروني
89	الفرع الثالث: صور التعبير عن الإيجاب في التعاقد عبر شبكة الإنترنت
94	المطلب الثالث: القبول الإلكتروني
94	الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني
97	الفرع الثاني: شروط القبول الإلكتروني
100	الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني
104	الفرع الرابع: الطرق الخاصة للقبول الإلكتروني عبر الإنترنت
108	الفصل الثالث: لحظة انعقاد العقد الإلكتروني
108	المبحث الأول: اقتران القبول بالإيجاب في العقد الإلكتروني
109	المطلب الأول: التعاقد بين حاضرين
111	المطلب الثاني: التعاقد بين غائبين
114	الفرع الأول: التعاقد عبر الهاتف وما يمثله
118	الفرع الثاني: التعاقد عبر الهاتف النقال
118	الفرع الثالث: التعاقد عبر الفاكس وما يمثله
119	المطلب الثالث: التعاقد عبر الإنترنت
119	الفرع الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني
120	الفرع الثاني: التعاقد عبر شبكة المواقع
121	الفرع الثالث: التعاقد بواسطة المحادثة المباشرة مع المشاهدة
123	المبحث الثاني: زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني
123	المطلب الأول: زمان انعقاد العقد الإلكتروني

الصفحة	الموضوع
124	الفرع الأول: نظرية إعلان القبول
125	الفرع الثاني: نظرية تصدير القبول
126	الفرع الثالث: نظرية وصول القبول وتسلمه
128	الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول
130	الفرع الخامس: الآثار المترتبة على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني
132	المطلب الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني
132	الفرع الأول: نظرية مالوري
133	الفرع الثاني: نظرية شيفاليه
135	الفرع الثالث: الآثار المترتبة على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني
136	المطلب الثالث: موقف بعض التشريعات الدولية والوطنية محل البحث من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني
136	الفرع الأول: موقف التشريعات الدولية محل البحث من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني
143	الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية محل البحث من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني
148	الخاتمة
155	المصادر والمراجع
b	Abstract

مجلس العقد الإلكتروني

إعداد

لما عبد الله صادق سلهب

إشراف

الدكتور أكرم داود

الملخص

تعد شبكة الإنترنت من أهم الابتكارات التي توصل إليها العقل البشري في مجال المعلوماتية منذ أواخر القرن المنصرم، حيث أزلت الحدود الجغرافية بين الدول وساعدت في تحويل العالم إلى قرية صغيرة، وفي هذا السياق ظهرت وتطورت التجارة الإلكترونية وأصبحت الإنترنت من أهم الوسائل التي يتم من خلالها إبرام العقود الإلكترونية.

يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه الاتفاق الذي يتلاقى فيه القبول بالإيجاب على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد بوسائل مسموعة ومرئية تخلق تفاعلاً بين الموجب والقابل، وهذه الوسائل غير مقتصرة على الإنترنت وخدماتها المتعددة، بل تشمل وسائل اتصالات إلكترونية أخرى كالفاكس والتلكس والفاكس ميل والهاتف، فهذه الوسائل التي ينعقد العقد الإلكتروني خلالها من أهم الخصائص التي تميزه عن العقد التقليدي. وعلى اعتبار أن هذا العقد ينتمي لزمرة العقود المبرمة عن بعد والتي تتعد بوسائل إلكترونية دون تواجد مادي للأطراف فإن إثباته ووفائه يتم بطرق خاصة مختلفة عن العقد التقليدي.

تتحقق صحة العقد الإلكتروني بتحقق صحة أركانه: المحل والسبب والرضا والأهلية التي تنتظم بذات إطار القواعد العامة المنظمة للعقد التقليدي مع بعض الخصوصية لهذه الأركان لعدم اتساع نطاق القواعد العامة لتستوعب أهلية المتعاقدين إذ يصعب التأكد من هوية الأطراف المتعاقدة وأهليتها وعليه ظهر إلى حيز الوجود التوقيع الإلكتروني وجهات التصديق الإلكتروني لمحاولة سد الثغرات في هذا النطاق.

عادةً ما يسبق انعقاد العقد الإلكتروني مرحلة التفاوض التي يتم فيها تبادل الاقتراحات والمساومات وتعرف بالفترة قبل العقدية علماً بإمكانية إبرام العقد دون المرور بهذه المرحلة، وقد ثار خلاف حول طبيعة المسؤولية المترتبة على قطع المفاوضات فيما إذا كانت تقصيرية أم عقدية، كما ثار خلاف حول الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني فيما إذا كانت عقد إذعان أم عقد رضائي، وتتحدد هذه الطبيعة بالطريقة المتبعة في إبرام العقد على شبكة الإنترنت فالعقود المبرمة عبرها عادةً ما تكون عقود إذعان وبخاصة تلك التي تتعد عبر شبكة المواقع (الويب) أما العقود المبرمة عبر البريد الإلكتروني أو المحادثة مع المشاهدة فتكون عادةً عقوداً رضائية.

ينعقد العقد الإلكتروني بتراضي طرفيه ويتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين بصدور إيجاب للتعاقد وقبول لهذا الإيجاب بإحدى طرق التعبير، ومن هذه الطرق وفقاً للقواعد العامة للتعبير بواسطة اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته، وهناك صور خاصة للتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت في العقد الإلكتروني وهي التعبير عبر البريد الإلكتروني وعبر شبكة المواقع (Web) وكذلك عبر المحادثة المباشرة مع المشاهدة، وبالإمكان استخدام رسائل البيانات الإلكترونية للتعبير عن الإرادة عبر هذه الصور إضافةً إلى بعض الطرق الأخرى التي نظمتها القواعد العامة.

الإيجاب الإلكتروني لا يختلف في جوهره عن الإيجاب التقليدي سوى في الوسيلة المستخدمة فقط للتعبير عنه، وتبرز أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في تحديد ما إذا كان بالإمكان الرجوع عن الإيجاب، حيث أن اقتران الإيجاب بقبول يؤدي إلى انعقاد العقد ولا يتمكن الموجب من الرجوع عن إيجابه، بينما في حالة الدعوة إلى التفاوض يظل من حق المعلن الرجوع عن إعلانه حتى لو اقترن بقبول، وهناك شروط للإيجاب الإلكتروني منها أنه يجب أن يكون موضعاً وموجهاً إلى شخص بعينه أو أشخاص معينين وأن يكون باتاً ومحددًا تحديداً كافياً.

كما تطبق القواعد العامة على الإيجاب الإلكتروني فإنها تطبق كذلك على القبول الإلكتروني في تنظيمه، وهناك طرق خاصة للقبول الإلكتروني تتماشى مع طبيعة العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت. منها تقنية التحميل عن بعد والضغط على الأيقونة الخاصة بالقبول وذلك بملء الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تعبر عن القبول. وقد يكون التعبير عن القبول صراحةً أو ضمناً، أما السكوت فلا يعتبر قبولاً إلا في حالات استثنائية وهذا الفرض يصعب تطبيقه على العقود المبرمة عبر الإنترنت.

سار المشرع المصري والأردني في القانون المدني على نهج الفقه الإسلامي فيما يتعلق بمجلس العقد، حيث أعطى القابل فترة معقولة من الوقت لإعطاء قبوله دون التراخي المؤدي إلى الإضرار بالموجب، وتكمن أهمية مجلس العقد في تحديد مكان وزمان التعاقد وكذلك معرفة المحكمة المختصة، إذا ما ثار نزاع بشأن العقد والقانون الواجب التطبيق.

ينقسم مجلس العقد إلى نوعين، حقيقي وحكمي، فالمجلس الحقيقي هو المجلس الذي يجتمع فيه المتعاقدان في مكان واحد ويكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع كلاً منهما الآخر مباشرةً دون انشغالهما بشاغل، حيث يبدأ بالإيجاب وينتهي بالرد قبولاً أو رفضاً أو ينفذ دون رد، والمجلس الحكمي هو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضرٍ فيه، وهذا غالباً ما يكون عليه مجلس العقد الإلكتروني.

يعد المعيار الزمني الأنسب والأكثر مرونة للتمييز بين هذين النوعين من التعاقد لاستطاعته مواكبة التطورات الحاصلة على أرض الواقع في وسائل الاتصال الحديثة، وبهذا أُعتبر مجلس العقد عبر الهاتف وما يماثله عموماً تعاقداً بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان، كما أُعتبر مجلس العقد عبر الفاكس وما يماثله تعاقداً بين غائبين من حيث الزمان والمكان، أما بالنسبة للتعاقد عبر شبكة الإنترنت فيختلف الحكم وفقاً للصورة التي يتم بها التعاقد، فالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني يكون عادةً تعاقداً بين غائبين من حيث الزمان والمكان، عدا حالة الاتصال المباشر عبر البريد الإلكتروني بدون فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، فيكون عندها التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث

المكان، وفي حالة التعاقد عبر شبكة المواقع فيكون التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان، أما التعاقد بواسطة المحادثة المباشرة مع المشاهدة فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث المكان والزمان وإذا تم استخدام الكتابة فقط ولم يكن هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها للرد عليها برسالة فورية أو اتصال شفوي، فعندها يعتبر التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، أما في حالة وجود فاصل زمني بين إرسال الرسالة والعلم بها للرد عليها فعندها يعتبر تعاقدًا بين غائبين من حيث الزمان والمكان، وهذه الصورة الأخيرة تنطبق على إرسال الرسائل النصية القصيرة بواسطة الهاتف النقال.

ونتيجةً لما أثاره مجلس العقد من إشكالية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد فقد ظهرت حلولاً فقهية وتشريعية لحل هذه المسألة على اعتبار أنها من أكثر المشاكل التي واجهت التعاقد بين غائبين. وتمثلت هذه الحلول بالنظريات الأحادية والثنائية، فالنظريات الأحادية هي التي لا تفصل بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد وتجسدت بنظرية إعلان القبول، تصدير القبول، استلام القبول والعلم بالقبول أما النظريات الثنائية فهي التي لا ترى تلازماً بين زمان انعقاد العقد ومكانه وتتجسد في نظريتين تبناهما الفقيهان مالوري وشيفاليه هذا وقد اختلف موقف التشريعات الدولية والوطنية من هذه النظريات.

المقدمة

أدى التطور التكنولوجي المذهل في مجال تقنية الاتصالات والمعلومات الذي نعيشه اليوم إلى ظهور نوع جديد من التعاملات لم تكن معروفة من قبل حيث أمكن استغلال وسائل تقنية الاتصالات والمعلومات المختلفة وفي مقدمتها شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت) في إبرام العقود، فهناك مئات الآلاف من المعاملات والعقود التي تبرم يومياً من خلال شبكة الإنترنت وتعتبر هذه العقود الإلكترونية المبرمة عبر الشبكة جزءاً من هذه التجارة المسماة بالتجارة الإلكترونية.

وقد نمت التجارة الإلكترونية نمواً هائلاً وسريعاً انعكس على حجم المبادلات التجارية التي تتم من خلالها حيث تجاوزت مليارات الدولارات وذلك في فترة قصيرة نسبياً، فأصبحت التجارة الإلكترونية السمة البارزة لتجارة العصر، وأصبحت شبكة الإنترنت مركزاً تجارياً يتسع لجميع سكان الأرض حيث يتم من خلالها تبادل السلع والخدمات وعرض المنتجات للبيع من خلال ما يعرف بالمتاجر الافتراضية التي احتلت مواقعها صفحات الويب (web) وهذا النوع من التجارة وفر الوقت والجهد وقلل من المصاريف والنفقات حيث إن المتجر الافتراضي على الشبكة يقوم بعمل يغني عن اللجوء إلى فتح متجر تقليدي يحتاج إلى تكاليف باهظة، وفي الجهة المقابلة فإن المستهلك يستطيع أن يطلب السلعة التي يريدونها دون أن يبرح مكانه وفي أي وقت وعلى مدار الساعة، وبثمن أقل في كثير من الأحيان من تلك التي تباع في المتاجر التقليدية. ومن أجل توفير الحماية لهذا المستهلك فقد نصت غالبية قوانين التجارة الإلكترونية على إعطائه الحق في إرجاع السلعة خلال فترة زمنية معينة من تاريخ استلامها أو من تاريخ إبرام العقد¹.

ونتيجةً للزيادة المضطردة في معاملات التجارة الإلكترونية والتي أدت إلى زيادة كبيرة في العقود الإلكترونية المبرمة، أصبحت هذه التجارة واقعاً عملياً فرض نفسه على المستوى الوطني والدولي، مما أدى إلى قيام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) إلى

¹ حمارشة، رياض وليد: عقد البيع الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية إبرامه آثاره إثباته دراسة تحليلية مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الدول العربية. القاهرة. مصر 2000. ص3.

اعتماد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في عام 1996م، كقانون استرشادي يمكن الاستفادة منه عندما تصدر الدول تشريعاتها الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية. ونتيجةً لتعاظم التعاقد الإلكتروني على المستوى الوطني فإن هذا الأمر خلق الحاجة لسن تشريعات وطنية خاصة بالمعاملات الإلكترونية، وذلك لظهور الكثير من التحديات القانونية حول العقد الإلكتروني مما دفع غالبية الدول العربية إلى إصدار قوانين المعاملات الإلكترونية لمواجهة هذه التحديات، وتتجسد هذه التحديات محل البحث في صحة العقد الإلكتروني ومدى إمكانية التأكد من أهلية وهوية الأطراف المتعاقدة والطبيعة القانونية لهذا العقد والمسؤولية المترتبة في مرحلة المفاوضات في حال قطعها وما يثار من إشكاليات قانونية متصلة بالتعبير عن الإيجاب والقبول ومجلس العقد الإلكتروني وفيما إذا كان تعاقداً بين حاضرين أم غائبين، والأهمية التي تكمن في مجلس العقد من حيث تحديد زمان ومكان الانعقاد والنظريات القانونية التي تناولت هذه المسألة ومحاولة معرفة إمكانية تطبيق النظرية العامة للعقد على التعاقد الإلكتروني عبر وسائل الاتصال المختلفة وعلى وجه الخصوص تلك التي تتعدى عبر شبكة الإنترنت على اعتبار أنها أكثر شيوعاً واستخداماً.

موضوع البحث وإشكالاته

على اعتبار أن العقد الإلكتروني من عقود المسافة أو العقود المبرمة عن بعد بين غائبين أي بين شركاء ليسوا في وضعية الالتقاء المترامن فيما بينهم، فإن ذلك يطرح جملة إشكالات على الصعيد القانوني عند إنشاء العقد والصفقات التجارية والمدنية عبر شبكة الإنترنت وتتلخص مشكلة البحث في مدى قيام العقد الإلكتروني على ذات الأركان التي يقوم عليها العقد التقليدي، كيفية التأكد من هوية وأهلية الأطراف المتعاقدة، وفيما إذا كان العقد الإلكتروني عقد رضائي أم عقد إذعان وما هي طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض وهل مفهومي الإيجاب والقبول الإلكتروني مختلف عن مفهومي الإيجاب والقبول التقليدي وما هو مجلس العقد الإلكتروني وما الذي يحدد إذا كان مجلس العقد تعاقداً بين حاضرين أم بين غائبين وأخيراً ما هو زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

نطاق البحث

يشتمل نظام البحث على دراسة موضوعية في ظل قواعد القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976، والقانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996م وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 ومشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001.

المنهج العلمي

تم إتباع المنهج الوصفي التحليلي لمقارنة القواعد العامة للعقد في كل من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري إضافةً إلى تناول كل من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 إضافةً إلى مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 ومشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 مع تسليط الضوء على ما أتى به التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك وبعض التقنيات الأوروبية مثل التقنين الفرنسي وبخاصة فيما يتعلق بالجزئيات التي أغفلتها التشريعات ومشاريع القوانين المذكورة أعلاه كما تم التطرق إلى مجلة الأحكام العدلية واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لسنة 1980.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في أهميتين:

1- الأهمية النظرية وتمثلت في التعاقدات المبرمة عبر وسائل الاتصال الفوري وعلى وجه التحديد عبر الإنترنت وما يصاحبها من مستجدات وإشكاليات تحتاج إلى متابعة متزامنة لقوانين المعاملات الإلكترونية لتكون قادرة على حلها. وحيث أن مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 يعد في طور النضج فلا بد من تسليط الضوء

على القصور الموجود فيه مما يتطلب دراسة بعض قوانين المعاملات الإلكترونية لمعرفة مزاياها وعيوبها و بالتالي الخروج بتوصيات للمشرع الفلسطيني لنجعل منه قانوناً متكاملًا مواكباً لكافة التطورات والمستجدات على أرض الواقع.

2 - الأهمية العملية وتتجسد في التطورات السريعة الحاصلة على وسائل الاتصال وبخاصة الإنترنت وكثرة العمليات التجارية والصفقات المبرمة عبرها ، واقتحامها كافة المؤسسات التعليمية والتجارية وكبرى الشركات حتى وصلت إلى البيوت .

أهداف البحث

تتعلق أهداف البحث من أهميته النظرية والعلمية لتتجسد على النحو التالي:

- 1 - البحث عن صحة العقد الإلكتروني.
- 2 - التأكد من هوية الأطراف وأهليتهم على التعاقد.
- 3 - المسؤولية المترتبة على الإخلال بالالتزامات في مرحلة التفاوض.
- 4 - الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.
- 5 - وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.
- 6 - مفهومي الإيجاب والقبول الإلكتروني.
- 7 - مجلس العقد الإلكتروني وفيما إذا كان بين غائبين أم بين حاضرين.
- 8 - زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.
- 9 - موقف التشريعات الدولية والوطنية من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.
- 10 - الخروج بنتائج لإعطاء التوصيات اللازمة لخلق قانون متكامل وخالٍ من القصور الموجود في بعض تشريعات الدول المجاورة.

خطة البحث

توزع البحث في ثلاثة فصول سبقتها مقدمة تناولت فكرة عامة عن موضوع البحث وإشكالاته وأهميته وأهدافه، والمنهج المتبع وفصل تمهيدي: بعنوان التجارة الإلكترونية والإنترنت وقد تم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول تناول ماهية الشبكة العالمية "الإنترنت" أما المبحث الثاني: فتناول التجارة الإلكترونية، أما الفصل الأول: فكان بعنوان العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية، وتم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول: تناول ماهية العقد الإلكتروني أما المبحث الثاني: تناول الطبيعة القانونية والتفاوض في العقد الإلكتروني، وحمل الفصل الثاني عنوان التراضي في العقد الإلكتروني، وتم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول: تناول الإرادة في العقد الإلكتروني بينما المبحث الثاني: تناول الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني وبالنسبة للفصل الثالث: فقد حمل عنوان لحظة انعقاد العقد الإلكتروني، وتم تقسيمه إلى مبحثين: المبحث الأول تناول اقتران القبول بالإيجاب في العقد الإلكتروني والمبحث الثاني: تناول زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

الفصل التمهيدي

التجارة الإلكترونية والإنترنت

أدت ثورة المعلومات التي يشهدها العالم في مجال الاتصالات وتكنولوجيا الحاسوب الآلي وتنظيم المعلومات إلى إحداث تغيير مستمر في طبيعة الآليات والعلاقات التي تحكم التعامل بين الأطراف وتعد شبكة الإنترنت دليلاً واضحاً على هذه الثورة، فانتشارها الهائل جعل منها أحد أبرز التقنيات الحديثة التي فرضت نفسها على المستوى العالمي في مختلف المجالات ومنها التجارة الإلكترونية ومن هنا تبرز ضرورة تناول الشبكة العالمية "الإنترنت" والتجارة الإلكترونية بالبحث وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

ماهية الشبكة العالمية "الإنترنت"

يشهد تاريخ المجتمعات البشرية محطات مفصلية تنشأ عادةً نتيجة ابتكار جديد يحدث ثورةً أو تحولاً في أدوات الإنتاج وأنماطه. لقد قدر للذين عايشوا المنتصف الثاني من القرن العشرين أن يشهدوا تكون ملامح محطة مفصلية جديدة جاءت بفعل ابتكار الحاسب الآلي وانتشار تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، حيث بزغ نجم الإنترنت ولا يبدو في الأفق القريب بادرة تشير إلى أن هذا النجم سوف يأفل أبداً وقد أصبحت الإنترنت مفهوماً حديثاً، لذلك يتعين علينا بدايةً توضيح مفهومها وبيان الخدمات التي تقدمها.

المطلب الأول: مفهوم الإنترنت

الإنترنت كلمة انجليزية الأصل تتكون من كلمتين هما (inter) و (net) وتعني الكلمة الأولى البنية أو الاتصال، وأما الثانية فتعني الشبكة وإذا جمعنا الكلمتين معاً فإن المعنى الكامل المتحصل هو الشبكة المتصلة أو البنية وهذا هو التعريف اللغوي للإنترنت¹.

¹ علوان، رامي محمد: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني. مجلة الحقوق. 2002/26:4 ص23.

أما التعريف الاصطلاحي لها فيتمثل بأنها شبكة معلومات عالمية تربط أجهزة الحاسوب الآلي ببعضها البعض وتربط الآلاف من مراكز المعلومات وقواعد البيانات في جميع أنحاء العالم وذلك إما عن طريق شبكات الهاتف الثابت أو النقل أو عن طريق الأقمار الصناعية ويستفيد منها الملايين من المستخدمين بحيث يتناقلون المعلومات والملفات بسهولة ويسر وسرعة فائقة¹.

وهناك تعريف آخر لشبكة الإنترنت يعرفها بأنها شبكة عالمية (على نطاق عالمي) من الشبكات الحاسوبية المختلفة المتصلة ببعضها بواسطة وصلات اتصالات بعيدة وهذه الشبكة مكونة من منظمات ومؤسسات متنوعة تشمل الحكومية والجامعات والشركات التجارية التي قررت السماح للآخرين بالاتصال بحواسيبها ومشاركتهم المعلومات، ويعود إلى كل منظمة أو مؤسسة أمر تحديد حجم المعلومات أو البيانات التي ترغب في عرضها للآخرين وتحديد أسس عرض هذه المعلومات مقابل ذلك يمكن لهذه المؤسسات استعمال معلومات مؤسسات ومنظمات أخرى. ومن الجدير بالذكر أنه لا يوجد مالك حصري للإنترنت وإنما يوجد ما يمكن أن يوصف بالهيئة الحاكمة للإنترنت والتي تتألف من العديد من المنظمات التطوعية مثل جمعية الإنترنت والفريق الهندسي المساند للإنترنت. وقد اصطلح على تسميتها شبكة الإنترنت أو شبكة الاتصالات والمعلومات العالمية² وذلك لأن شبكة الإنترنت تحكمها بروتوكولات الإنترنت التي تتسم بصفة العالمية ومنها على سبيل المثال Transmission control protocol TCP/IP Internet والبروتوكول هو: مجموعة من القوانين التي تحدد وتفصل كيف يمكن لحاسبين أن يتصلا ببعضهما البعض عبر شبكة ما³. كما أن هناك من يسميها شبكة المعلومات الدولية بدلاً من العالمية، ويمكن القول أن التسمية الأخيرة أنسب وذلك؛ لأن خدمة هذه الشبكة لا تقتصر على الدول فقط وإنما تصل إلى مناطق في العالم لم تكتسب صفة الدولة مثل فلسطين.

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص7.

² المومني، عمر حسن: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية وتحليلية مقارنة. الطبعة الأولى. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع. 2003. ص19.

³ الجنيبيهي، منير وممدوح محمد: بروتوكولات وقوانين الإنترنت. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2005. ص23.

ويمكن القول أن الإنترنت ولدت نتيجة عاملين مختلفين أولهما: رغبة وزارة الدفاع الأمريكية في امتلاك شبكة اتصال لا تعتمد على بنك تخزين معلومات مركزي يكون عرضةً للتدمير الشامل في حالة نشوب حرب نووية، وثانيهما: رغبة الجامعيين والباحثين في امتلاك أداة ميسرة لتبادل الأبحاث والأوراق ومن الواضح أن كلا الرغبتين متباينتان تماماً فالجامعيون يسعون إلى الحصول على أداة تمكنهم من الاطلاع الميسر على بنوك المعلومات الدولية، في حين أن وزارة الدفاع الأمريكية كانت تتطلع إلى امتلاك شبكة اتصالات غير مركزية تسمح في حالة تعطل جزء منها نتيجة حرب أو عمل تخريبي أن تستخدم بقية قنوات الشبكة في الاتصال وتتجنب في نفس الوقت ضياع المعلومات لأنها مخزنة في عشرات البنوك المربوطة فيما بينها¹.

وفي عام 1969 ظهرت فكرة وصل عدة أجهزة ببعضها البعض من خلال شبكة اتصال موضع التنفيذ، وكان ذلك من خلال تصميم شبكة ARPANET لصالح المؤسسة العسكرية الأمريكية وقد اقتصر استخدامها في بداية الأمر على العسكريين، ثم فتح الباب لاستعمالها أمام بعض المؤسسات الجامعية². وسرعان ما انتشرت في جميع أنحاء العالم واكتسبت قيمة تجارية عالية، وقد اجتذبت شبكة الإنترنت مزيداً من المستخدمين في عدد أكبر من البلدان خلال فترة زمنية أقصر من أية وسيلة اتصالات أخرى عبر التاريخ، وقد أسهمت العديد من العوامل في النمو المذهل للإنترنت منها:

- الهبوط الحاد في أسعار منتجات تكنولوجيا المعلومات مثل الحواسيب والبرمجيات.
- تطور البرامج القابلة للتنفيذ بصورة متبادلة مثل بروتوكول التحكم في النقل أو بروتوكول الإنترنت (TCP/IP) والانتشار الجماهيري لبرمجيات تصفح شبكة الإنترنت.

¹ سلامة، صابر عبد العزيز: العقد الإلكتروني. الطبعة الأولى. دون مكان نشر: دون ناشر. 2005. ص5.

² المرجع السابق. ص6.

- إضفاء الصبغة التجارية على الشبكة ذاتها من خلال المحتوى الغني بالوسائل الإعلامية والتجارة الإلكترونية¹.
- الأسعار المعقولة للاشتراك بالإنترنت وسهولة الحصول على الخدمة.
- إمكانية الوصول للمعلومات بسرعة وبسهولة ويسر مقارنةً بمصادر المعلومات التقليدية.
- توفر إمكانية بناء مواقع الإنترنت الشخصية للأفراد.
- ظهور خدمة البريد الإلكتروني المجانية.

المطلب الثاني: تقنيات وخدمات ووظائف الشبكة العالمية "الإنترنت"

تقدم الشبكة العالمية خدمات كثيرة ومتنوعة تتلاءم مع جميع طبقات المجتمع فخدماتها غير قاصرة على فئة دون الأخرى أو مجتمع دون الآخر بل إنها متاحة للجميع ومن خلال هذا المطلب سوف يتم استعراض بعض الخدمات التي تقدمها هذه الشبكة والتي تعود على البشرية بالنفع والتقدم.

الفرع الأول: تقنية البريد الإلكتروني

البريد الإلكتروني هو عبارة عن صندوق بريد شخصي يعمل من خلال شبكة الإنترنت بحيث يتيح للمستخدم بخدمة الإنترنت أن يرسل ويستقبل الرسائل من خلال الحاسوب الآلي وذلك بعد أن يقوم الشخص بفتح البريد الخاص به من خلال طباعة اسم المستخدم وكلمة المرور وتعتبر خدمة البريد الإلكتروني أسرع خدمة عرفتها البشرية حتى وقتنا الحاضر فيما يتعلق بتبادل الرسائل حيث يستطيع أي شخص لديه بريد إلكتروني ومن خلال الإنترنت أن يرسل ويستقبل الرسائل في غضون ثوانٍ معدودة².

¹ مان، كاترينا وايكيرت سوا، ونايت سارة كلياند (ترجمة الشحات منصور): أوليات السياسة: التجارية الإلكترونية العالمية. الطبعة الأولى. القاهرة: مؤسسة الأهرام للترجمة والنشر. 2003. ص 13-14.

² حمارشه، رياض وليد: مرجع سابق. ص 10.

وقد كانت بداية الإنترنت تهدف إلى تقديم خدمة البريد للباحثين والعلماء في مراكز البحث العلمي، بحيث لا يحتاج الباحث إلى الانتقال من دولة إلى أخرى لغرض البحث، ثم أصبح اليوم وسيلة متاحة للمراسلة بين مستخدمي الإنترنت كافةً وتقدم خدمة البريد الإلكتروني غالباً مجاناً من شركات محركات البحث والتي تهدف من وراء ذلك إلى زيادة مستخدمي محرك البحث¹.

ويتمتع البريد الإلكتروني بصفة عامة بالأمان والسرية بحيث لا يمكن اختراقه من شخص ما إلا بمعرفة كلمة السر الخاصة به أو بطريقة فنية وبرامج معقدة يجيدها المحترفون في مجال المعلوماتية وشبكات الحاسوب الآلي².

الفرع الثاني: تقنية شبكة المواقع (website)

إن هذه الخدمة تتيح للمستكشف والباحث زيارة المواقع المختلفة على الشبكة العالمية وتمكنه من تصفح وقراءة ما بها من صفحات والحصول على ما يريد من معلومات أو صور أو مقطوعات غنائية كما تمكنه من البيع والشراء وإبرام الصفقات التجارية³.

ويرتكز نظام خدمة الويب على فكرة تخزين معلومات مع القدرة على إقامة صلات وعلاقات ترابطية مباشرة فيما بينها على غرار الترابط الحاصل في نسيج الشبكة التي يصنعها العنكبوت ومن هنا أنت تسمية الويب وهو اختصار لـ "world wide web"⁴.

وهناك نوعان رئيسان من محركات البحث: الأول يبحث عن الكلمة المستهدفة من خلال الإنترنت بعد كتابة الكلمة والضغط على البحث (search) فيقوم المحرك بعرض نتائج عشوائية لأغلب المواقع التي تحتوي على الكلمة المدخلة ومن أمثلة هذه المحركات محرك البحث

¹ السند، عبد الرحمن بن عبد الله: الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الإنترنت)". الطبعة الأولى. بيروت: دار الوراق، دار النيريين. 2004. ص35.

² حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص10.

³ مجاهد، أسامة أبو الحسن: التعاقد عبر الإنترنت. الطبعة الأولى. مصر: دار الكتب القانونية. 2002. ص7.

⁴ عيسى، طوني ميشال: التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية. الطبعة الأولى. لبنان: صادر ناشرون. الطبعة الأولى. 2001. ص60.

(www.altavista.com) وكذلك محرك AJ (www.aj.com). أما النوع الثاني من المحركات فيسمى بمجلات الويب حيث يقدم قائمة تحتوي على عدة أقسام بداخلها العديد من الوصلات والمواقع التي تدل على الشيء المراد أو المطلوب ومن أمثلة هذه المحركات (www.yahoo.com) و (www.google.com)¹.

الفرع الثالث: تقنية المحادثة والدرشة "منتديات"

وهي بمثابة أمكنة أو ساحات افتراضية للقاء والتحدث بين مستخدمي شبكة الإنترنت من ذوي الاهتمامات المشتركة الذين يؤلفون فيما بينهم مجموعات نقاش وتبادل للبيانات والمعلومات والأفكار حول موضوع أو قضية معينة².

هذا بالإضافة إلى خدمة المحادثة عبر الميكروفون، وإمكانية أن يرى الأشخاص بعضهم البعض أثناء المحادثة من خلال كاميرات متصلة بالحاسوب الآلي ومثل هذه الخدمة مجانية وغير مقيدة بزمان ولا بمكان³.

الفرع الرابع: خدمة التعلم عن بعد

هي خدمة تتيح التعلم بأسلوب جديد من خلال التعلم عن بعد فلا يحتاج الطالب للذهاب إلى المؤسسة التعليمية بل يمكنه التعلم من أي موقع تعليمي عن طريق استخدام الإنترنت للاتصال بالمؤسسة التعليمية. ولقد بادرت بعض الدول كأمریکا وكندا بمشاريع تهدف إلى اتصال جميع مدارسها بالإنترنت لإتاحة فرصة التواصل الفاعل بين جميع طبقات المجتمع الذين لهم علاقة بالتعلم. أما على المستوى الوطني العربي فهناك مواقع تعليمية عربية كموقع جامعة بيروت والتي تعتبر أول مؤسسة أكاديمية للتعلم عن بعد في الوطن العربي⁴.

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 12.

² عيسى، طوني ميشال: مرجع سابق. ص 57.

³ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 12.

⁴ السند، عبد الرحمن بن عبد الله: مرجع سابق. ص 37.

الفرع الخامس: خدمة التجارة الإلكترونية

أصبح الوقت أهم عملة يمكن أن يستثمرها ويحافظ عليها الفرد وكما هو معروف فإن الوقت والسرعة في إنجاز الأعمال أهم ما يميز التجارة عن غيرها من الأعمال¹. وبالتالي تتيح هذه الخدمة البحث عن سلعة أو خدمة معينة وكذلك شرائها من خلال الشبكة العالمية حيث يمكن البيع والشراء عن طريق مواقع أشبه بمراكز تجارية مع العلم أن واقع الاستخدام الحالي لهذه الشبكة يسجل تقدماً ملحوظاً لصالح تبادل الصفقات على حساب تبادل المعلومات بعد أن غدت التجارة في هذه الشبكة حقيقية وواقعة².

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص12.

² السند، عبد الرحمن بن عبد الله : مرجع سابق. ص36.

المبحث الثاني

التجارة الإلكترونية

تعتبر التجارة الإلكترونية إحدى أهم مفرزات تكنولوجيا الاتصالات وبخاصة شبكة المعلومات العالمية (الإنترنت)، وقد ازدهرت هذه التجارة في أول التسعينيات عندما ظهرت شبكة المواقع (www.com) وفي فترة وجيزة أصبحت التجارة الإلكترونية السمة البارزة لتجارة العصر ويعود السبب في ذلك للتطور المذهل والسريع في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات وسيتم تناول التجارة الإلكترونية وماهيتها على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية وأنماط التجارة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية هي: مصطلح مختصر لمجموعة مركبة من التكنولوجيات والبُنَى الأساسية والعمليات والمنتجات وهي تجمع معاً صناعات كاملة، ومنتجين ومستخدمين ومعلومات متبادلة ونشاط اقتصادي داخل أسواق عالمية تسمى الشبكة الدولية لمعلومات الإنترنت¹. وهناك من عرفها بأنها استعمال وسائل إلكترونية في التعاقد بما يعني معاملات أبسط وأسرع وأقل تكلفة، من غير أن يلتقي الأطراف وجهاً لوجه وعرفها آخرون بأنها شكل من أشكال التعاقد التي يكون فيها التعامل إلكترونياً بدلاً من التعاقد المادي المباشر². ويمكن القول بأن هذا التعريف من التعاريف الجيدة لأنه لم يحصر التجارة الإلكترونية بشبكة الإنترنت فقط وإنما تعداها ليشمل جميع الوسائل الإلكترونية.

ومن الجدير بالذكر أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية³ لم يورد تعريفاً صريحاً للتجارة الإلكترونية واكتفى بتعريف مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية في الفقرة

¹ مان، كاثرينال واكيرت سوا، ونايت سارة كليلاند (ترجمة الشحات منصور): مرجع سابق. ص9.
² محاسنة، نسرين: انعقاد العقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون. 2: 2004/31، ص322.
³ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في دورتها التاسعة والعشرين والصادر في 16 كانون الأول 1996.

(ب) من المادة (2) بأنه "نقل المعلومات إلكترونياً من حاسب إلى حاسب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

أما بالنسبة لقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 فلم يورد هو أيضاً تعريفاً صريحاً للتجارة الإلكترونية واكتفى فقط بإيراد مصطلح تبادل البيانات الإلكترونية في المادة (2) بأنه "نقل المعلومات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات"¹.

بينما عرف مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني التجارة الإلكترونية لسنة 2003 في المادة (1) منه على أنها "كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة إلكترونية". ولم يحصر المشرع الفلسطيني وسائل التجارة الإلكترونية بالإنترنت بل جعلها مفتوحة لتشمل الوسائط الإلكترونية سواءً الموجودة حالياً أو التي من الممكن أن تظهر في المستقبل وتتجاوز الإنترنت. هذا وقد اعتاد كثير من الناس على عدم التفريق بين التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت وحقائقاً فإن التجارة عبر الإنترنت هي جزء من التجارة الإلكترونية، فالتجارة الإلكترونية ليست مجرد إنجاز الأعمال التجارية عبر الإنترنت ولكنها تشمل أية وظيفة إلكترونية من شأنها أن تساعد على تنفيذ الأعمال التجارية فقد تتخذ التجارة الإلكترونية أشكال كثيرة ومتعددة كالتجارة عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس. هذا ويوجد عدد كبير من أنماط التجارة الإلكترونية نورد منها على سبيل المثال:

الفرع الأول: مؤسسة أعمال مؤسسة أعمال

هذا النمط يتم بين مؤسسات الأعمال بعضها البعض من خلال شبكات الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات وذلك لتقديم طلبات الشراء للموردين والعارضين وتسليم الفواتير وإتمام عملية الدفع وهذا النمط من التجارة الإلكترونية موجود منذ سنوات عديدة خاصةً في تبادل

¹ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85). نشر هذا القانون في العدد (4524) من الجريدة الرسمية تاريخ 31 كانون أول لسنة 2001، الصفحة رقم (6010).

البيانات إلكترونيًا من خلال شبكات خاصة¹. ويمكن أن يكون هذا النمط مغلقاً أي يتم بين الشركات ولكنها تتميز بمحدودية أطراف التعامل بها فلا يسمح لشركة خارج هذا النطاق بالدخول أو الاطلاع على تفاصيل الصفقات².

الفرع الثاني: مؤسسة أعمال مستهلك

هذا النمط يعتبر من التجارة الإلكترونية يمثل البيع بالتجزئة في التبادل التجاري العادي وهناك ما يسمى بالمراكز التجارية للتسوق والتي تقدم خدماتها من خلال عرض السلع والخدمات لصالح المؤسسات وتقوم بتنفيذ الصفقات التجارية من حيث عمليات الشراء والبيع من خلال شبكات الإنترنت والدفع بطرق مختلفة أكثرها شيوعاً بطاقات الائتمان أو الشيكات الإلكترونية أو نقداً عند التسليم³.

الفرع الثالث: إدارة حكومية مؤسسة

هذا النمط يغطي كل المعاملات بين الشركات والهيئات الحكومية مثل طرح العطاءات من قبل الدوائر الحكومية عبر الإنترنت ويكون بإمكان الشركات إرسال المعلومات المطلوبة للمشاركة في العطاء كما يتم إعلان نتائج العطاء وإرسال التبليغات المتعلقة به عبر الإنترنت⁴.

الفرع الرابع: إدارة حكومية مستهلك

وهذا النمط يقصد به تمكين الأفراد من إجراء المعاملات الحكومية عبر الإنترنت ومن قبيل هذه المعاملات تقديم معاملة لدى ضريبة الدخل وتجديد رخصة القيادة والتسجيل في سجل

¹ نادر، جمال: أساسيات ومفاهيم التجارة الإلكترونية. الطبعة الأولى. الأردن: دار الإسراء للنشر والتوزيع. 2005. ص8.

² أحمد، أماني: تعريف التجارة الإلكترونية وأهم أنواعها. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.f-law.net/law/forumdisplay.php?f=40>. تاريخ 2008/10/8. الساعة 10:15 صباحاً.

³ نادر، جمال: مرجع سابق. ص8.

⁴ محاسنة، نسرين: مرجع سابق. ص332.

الناخبين وغيرها. إن الأخذ بهذا الأسلوب من شأنه زيادة فاعلية القطاع الحكومي وتوفير الوقت والجهد على الأفراد وتخفيف عدد المراجعين لدى الدوائر الحكومية¹.

الفرع الخامس: مستهلك - مستهلك

في هذا النمط من التجارة يستطيع الشخص غير التاجر عرض سيارته أو أية ممتلكات أخرى للبيع عبر الإنترنت من خلال موقع إلكتروني معين (websites) ليتاح للمتسوقين والمتصفحين للإنترنت الحصول على معلومات عن السلعة المعروضة وإمكانية شرائها من المالك مباشرة عبر الإنترنت.

الفرع السادس: مؤسسة خدمات عامة - مستهلك

وفي هذا النمط يتمكن المستهلك من تسديد فواتير الماء والكهرباء والهاتف للمؤسسات التي تزوده بهذه الخدمات عن طريق الإنترنت بواسطة بطاقة الاعتماد أو يقوم المستهلك بإجراء أمر تحويل قيمة الفواتير بواسطة الإنترنت من حسابه إلى حساب مؤسسة الخدمات.

المطلب الثاني: سمات التجارة الإلكترونية

تمتاز التجارة الإلكترونية بعدد من الخصائص التي تميزها عن التجارة التقليدية ويمكن إجمال هذه الخصائص على النحو التالي:

الفرع الأول: غياب الوجود المادي بين الأطراف المتعاقدة

يتم التعاقد الإلكتروني دون وجود مجلس عقد بالمعنى القانوني التقليدي له فعملية التعاقد تتم عن بعد دون أن يرى أو يعرف المتعاقدان بعضهم البعض أو أن يتفاوضا وجهاً لوجه كما هو الحال في الطريقة التقليدية للتعاقد حتى أنه في بعض التعاقدات الإلكترونية قد يغيب العنصر البشري تماماً في عملية التعاقد فيتم التراسل بين أجهزة الحاسوب للطرفين كما هو الحال في

¹ محاسنة، نسرين: مرجع سابق. ص 323.

البرامج التي تضعها بعض الشركات على أجهزتها¹. ومن ذلك ما تقدمه البنوك من خدمات لزيائنها بناءً على طلبهم لتسديد فواتير الماء والكهرباء والهاتف من حساب العميل مباشرةً دون أن يضطر العميل لتسديدها هو عبر الإنترنت أو للذهاب بنفسه لتسديد هذه الفواتير حيث تربط البنوك حواسيبها بحواسيب شركات الماء والكهرباء والهاتف باستخدام برامج معينة حيث تقوم هذه البرامج بتصدير الفواتير الشهرية أوتوماتيكياً إلى حواسيب البنوك والتي تقوم بدورها بتحويل قيمة هذه الفواتير من حساب العملاء إلى حساب الشركات.

الفرع الثاني: وجود وسيط إلكتروني

عرفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 الوسيط الإلكتروني بأنه: "برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي"².

ويقصد بالوسيط الإلكتروني الوسيلة المستخدمة لإتمام التعاقد وتتمثل هذه الوسيلة بجهاز الحاسوب الآلي المتصل بالشبكة العالمية "الإنترنت" لدى الطرفين المتعاقدين. فمن خلال أجهزة الحاسوب المتصلة بالإنترنت تجري عملية التعاقد أو التفاوض ما بين المتعاقدين، وبدونها لا يمكن الحديث عن تجارة إلكترونية عبر الإنترنت³، كما يمتد تعريف الوسيط الإلكتروني إلى وسائل الاتصال الفورية الحديثة، حيث أن المادة المذكورة أعلاه لم تقصره على جهاز أو برنامج الحاسوب فقط.

ومن الجدير بالذكر أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996 لم يورد تعريفاً للوسيط الإلكتروني وكذلك الأمر بالنسبة لمشروع قانون المبادلات

¹ المومني، عمر حسن: مرجع سابق. ص 32.

² قانون المعاملات الإلكترونية الأردني: مرجع سابق.

³ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 16.

والتجارة الإلكترونية الفلسطينية لسنة 2003 ومشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001.

الفرع الثالث: السرعة في إنجاز الأعمال

إن الأعمال التي تتم بالوسائل الإلكترونية تتفادى العديد من الأوراق المكتبية التي تصاحب أوامر البيع والشراء وشحن البضاعة غير أن الأمان في إرسال الرسائل عن طريق الحاسب الآلي ما زالت مشكلة قائمة لم يتم التغلب عليها؛ لأن بعض الأشخاص تخصصوا في دخول الحواسيب وإرسال الرسائل المغلوطة وتوافرت لديهم المعرفة التقنية التي ساعدتهم على الدخول إلى حسابات البنوك والحكومات¹.

فضلاً عن ذلك فإن التجارة الإلكترونية أتاحت إمكانية وصول المتعاملين إلى جميع أسواق العالم بأقل النفقات فإبرام العقود والصفقات من خلال شبكة الإنترنت يمكن أن يتم خلال دقائق معدودة مما يوفر الوقت والجهد والتكاليف. وبوجود التجارة الإلكترونية أصبح الكثير من المستهلكين يسألون أنفسهم لماذا يضيعوا الكثير من الوقت والجهد بينما يمكنني شراء كل ما أريد في لحظات أو دقائق دون أن أتحرك من مكاني².

الفرع الرابع: لا تتقيد بالحدود الجغرافية

التجارة الإلكترونية لا تعرف حدود بين الدول، فقد ألغت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية حيث أصبح بالإمكان تسميتها بالتجارة العابرة للقارات الأمر الذي يطرح عدد من المسائل القانونية في حالة النزاع والاختصاص القضائي وحماية العلامات التجارية المسجلة³.

¹ الجنيبي، منير وممدوح محمد: الشركات الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2005. ص 11.

² حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 17.

³ المومني، عمر حسن: مرجع سابق. ص 33.

المطلب الثالث: فوائد التجارة الإلكترونية ومعوقاتها

تكتسب التجارة الإلكترونية أهمية كبيرة يوماً بعد يوم، وذلك من خلال التوجه المتزايد لكثير من دول العالم نحو الاعتماد عليها في ممارسة نشاطاتها وأعمالها التجارية، سواءً على مستوى الأفراد أو الشركات أو الدول.

الفرع الأول: فوائد التجارة الإلكترونية للشركات والمؤسسات

أولاً: التجارة الإلكترونية توسع نطاق السوق إلى نطاق دولي وعالمي فمع القليل من التكاليف كان بوسع أي شركة إيجاد مستهلكين أكثر ومزودين أفضل وشركاء أكثر ملاءمة وبصورة سهلة وسريعة¹.

ثانياً: تتيح أنشطة التجارة الإلكترونية للشركة ميزة وجود سجل إلكتروني لكل عمليات الشركة من بيع وشراء وأسماء العملاء على نحو دقيق لا يحتمل الخطأ؛ لأنه يعتمد على تقنية التسجيل بالحاسب الآلي مما يوفر تكلفة ووقت وجهد مقارنةً بالاستعانة بالأنشطة الورقية وماتتطلبه من استهلاك للمواد ووجود عدد كبير من العاملين واحتمال الكبير للخطأ في تسجيل البيانات².

ثالثاً: التجارة الإلكترونية تسمح بخفض المخزونات عن طريق استعمال عملية السحب في نظام إدارة سلسلة التوريد فتبدأ العملية بالحصول على طلب تجاري من قبل المستهلك وتزويد المستهلك بطلبه في الوقت المناسب (just-in-time)، وبالتالي تسمح عملية السحب بتصنيع المنتج أو الخدمة وفقاً لمتطلبات المشتري وهذا يعطي الشركة أفضلية تجارية على منافسيها كما أنها تخفض الفترة الزمنية ما بين دفع الأموال والحصول على المنتجات والخدمات بالإضافة إلى أنها تخفض تكاليف الاتصالات السلكية واللاسلكية³. ويجدر بالذكر أنه وفي نظام الإنتاج الحديث يتم الاعتماد على الطلبات المقدمة من المشتري لإنتاج السلع وتوريدها للمشتري مباشرة

¹ www.c4arab.com تاريخ 2007/9/28. الساعة 12:00 مساءً.

² نادر، جمال: مرجع سابق. ص34.

³ www.alyaseer.net تاريخ 2007/9/2. الساعة 12:20 مساءً.

وبحسب الكميات المطلوبة وبالتالي يتم تفادي عمليات التخزين (Zero Storage) مما يوفر على المنتج مبالغ كبيرة تنعكس على سعر السلعة مما يجعلها أكثر تنافسية.

الفرع الثاني: فوائد التجارة الإلكترونية للمستهلكين

أولاً: التجارة الإلكترونية تعطي الخيار للمستهلك بأن ينهي معاملات أو يتسوق على مدار 24 ساعة في اليوم وفي أي يوم من السنة ومن أي مكان على سطح الأرض كما أنها تقدم الكثير من الخيارات بسبب قابلية الوصول إلى منتجات وشركات لم تكن متوفرة للمستهلك من قبل¹.

ثانياً: إن التجارة الإلكترونية في بعض الحالات وخصوصاً بالنسبة للمنتجات الرقمية مثل الكتب الإلكترونية تمكن البائعين من إرسال البضاعة بسرعة وبسهولة إلى المشتريين، وفي استطاعة الزبائن الحصول على المعلومات اللازمة خلال ثوانٍ أو دقائق عن طريقها².

ثالثاً: تسمح التجارة الإلكترونية بالاشتراك من خلالها في المزادات الافتراضية كما تسمح لزبائنها بتبادل الخبرات والآراء بخصوص المنتجات والخدمات عبر مجتمعات إلكترونية على الإنترنت (المنتديات) كما أنها تشجع المنافسة مما يعني انخفاض الأسعار³.

رابعاً: توفر التجارة الإلكترونية الكثير من عمولات الوسطاء من المصدرين والمستوردين وتجارة الجملة والتجزئة والوكلاء التجاريين، مما يمكن بعض الشركات أن تخفض سعر السلعة للمستهلك نتيجةً لتوسعها في ممارسة التجارة الإلكترونية⁴.

¹ www.c4arab.com. موقع إلكتروني سابق. تاريخ 2007/9/28. الساعة 12:00 صباحاً.

² الجنيهي، منير وممدوح محمد: *الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني*. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. دون سنة نشر. ص178.

³ www.c4arab.com. موقع إلكتروني سابق. تاريخ 2007/9/28. الساعة 12:00 مساءً.

⁴ أحمد، أماني: *التحديات القانونية للتجارة الإلكترونية*. بحث منشور على موقع إلكتروني سابق. -http://www.f-law.net/. law/forumdisplay.php?f=40. تاريخ 2008/10/8. الساعة 10:00 صباحاً.

الفرع الثالث: معوقات التجارة الإلكترونية

يوجد العديد من معوقات التجارة الإلكترونية والتي يمكن إجمالها على النحو التالي:
أولاً: غلبة عنصر المخاطرة في التجارة الإلكترونية نتيجة لضعف الثقة في التعامل بهذه الطريقة سواء لجدتها أو لسهولة التلاعب في المعاملات التي تجرى بواسطتها.

ثانياً: عدم كفاية عناصر الأمان بالنسبة لوسائل السداد.

ثالثاً: صعوبة التعامل في كثير من الأحيان نتيجة لتعدد المقاييس المعيارية التي تطبقها الدول المختلفة في هذا الشأن.

رابعاً: الخشية من اختراق المواقع التجارية من جانب قرصنة الإنترنت Hackers وهو ما يحدث الآن بشكل واسع وما يترتب على ذلك من خسائر مادية ضخمة.

خامساً: تأثير التجارب السيئة لعمليات النصب من جانب الشركات أو حتى من جانب بعض المستهلكين على الشبكة.

سادساً: القصور في تطبيق قواعد حماية الملكية الفكرية في العديد من التشريعات¹.

¹ أحمد، أماني: معوقات التجارة الإلكترونية. بحث منشور على موقع انترنت سابق. <http://www.f-law.net/law/forumdisplay.php?f=40>. تاريخ 2008/10/8. الساعة 10:30 صباحاً.

الفصل الأول

العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية

يعد العقد الإلكتروني من العقود التي ظهرت في هذا العصر نتيجةً لاستخدام المعلوماتية والتي دخلت كافة مناحي الحياة، بالرغم من ذلك فإن مثل هذه العقود بحاجةٍ لدراسةٍ مستفيضةٍ وعلى درجةٍ من الدقة؛ لأنها حديثة التداول، مما يستوجب التمعن بها وبالقواعد العامة لنظرية العقد للبحث من خلالها عن أوجه التميز عن العقود التقليدية وكذلك أوجه التشابه معها، وعليه سيتم بحث ماهية العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية على النحو التالي:

المبحث الأول

ماهية العقد الإلكتروني

تشهد العقود الإلكترونية نمواً متزايداً حيث باتت تمثل نسبةً هائلةً من حجم التجارة الدولية والمحلية، وخاصةً في الدول المتقدمة، ويرجع السبب في ذلك إلى سهولة وسرعة إبرام هذه العقود. وقد تطور الأمر إلى أكثر من ذلك حيث إن المنشآت التجارية العالمية أصبحت ترفض التعامل مع أي عميل جديد لا يستخدم أسلوب التعاقد الإلكتروني، وهذا الأمر يستوجب تناول العقد الإلكتروني وتمييزه عن غيره من العقود من الجوانب القانونية المختلفة.

المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني

يقصد بمصدر الالتزام "السبب القانوني الذي انشأ الالتزام"، أي سبب التزام شخص ما بدفع مبلغ من النقود لشخص آخر، فعلى سبيل المثال يدفع المستأجر الأجرة لمالك العقار ومصدر التزامه هذا هو العقد وكان الترتيب التقليدي لمصادر الالتزام في القوانين اللاتينية يقوم على تقسيم هذه المصادر إلى خمسة وهي العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون¹

¹ الفار، عبد القادر: مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني. الطبعة الأولى. الأردن: السدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001. ص23.

وفي هذا السياق سيتم الاهتمام بالعقد على اعتباره إحدى هذه المصادر، فالعقد هو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر في ذمة كل من المتعاقدين أو في ذمة واحدٍ منهما¹.

ويميز بعض الفقهاء بين الاتفاق والعقد، فالاتفاق حسب رأيهم هو توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء التزام أو نقله، ومن ذلك يتضح أن كل عقد يكون اتفاقاً، أما الاتفاق فلا يكون عقداً إلا إذا كان منشأً للالتزام أو ناقلاً له، فإذا كان يعدل الالتزام أو ينهيه فهو ليس بعقد².

وعند التمعن في القانون المدني الأردني يتضح بأنه لا يوجد أثر لهذه التفرقة وذلك أنه لم يميز بين الاتفاق والعقد. وقد عرف القانون المدني الأردني العقد في المادة (87) بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"³.

أما القانون المدني المصري فنص بالمادة (89) منه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون وفق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد"⁴. وعرفته مجلة الأحكام العدلية في المادة (103) بأنه "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول".

ومن المقرر أن العقد بصفة عامة يتمثل في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين وأن العقد شريعة المتعاقدين وهو ما يعرف في علم القانون في الدول الأنجلو أمريكية بـ The Law of contract وتجدر الإشارة إلى أن العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائياً أو شكلياً أو عينياً وهو من حيث الأثر إما أن يكون ملزماً للجانبين أو ملزماً

¹ الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. الطبعة الأولى. بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1971. ص35.

² الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص31.

³ القانون المدني الأردني رقم (43). نشر هذا القانون في العدد (2645) من الجريدة الرسمية تاريخ 1 آب لسنة 1976 الصفحة رقم (2).

⁴ القانون المدني المصري رقم (131). نشر هذا القانون في الوقائع المصرية في العدد (108) مكرر (أ) تاريخ 29 تموز لسنة 1948.

لجانِب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقداً فورياً أو عقداً مستمراً، وإما أن يكون عقداً محدوداً أو عقداً احتمالياً، والعقد الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه وتركيبته وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق وهو خاضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع المشرع في القوانين محل البحث تنظيمًا خاصاً به¹. فالعقد الإلكتروني هو عبارة عن اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة قد تكون مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل ويتبين من ذلك أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى زمرة العقود التي أصطلح القانونيون على اعتبارها عقوداً تبرم عن بعد².

هذا وقد عرفت المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 العقد الإلكتروني "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً"³. أما المادة (1) من الفصل الثاني من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 فقد نصت "تكون حجية العقود الإلكترونية مساوية لحجية العقود العادية طالما استوفت الشروط والأسس والقواعد المنظمة".

وبالنظر إلى مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 نصت المادة (5) منه "ينطبق على العقود الإلكترونية ما ينطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون"، وبهذا نجد أن المشروعين المصري والفلسطيني لم يأتيا بتعريف محدد للعقد الإلكتروني، كما فعل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001⁴. ولكنهما أكدا على حجية العقود الإلكترونية ومساواتها بالعادية إذا ما استوفت الشروط والقواعد المنظمة

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2006. ص50.

² السند، عبد الرحمن بن عبد الله: مرجع سابق. ص125-126.

³ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني: مرجع سابق.

⁴ المرجع السابق.

لها، وعلى صحتها وقابليتها للتنفيذ وما يترتب عليها من آثار بحيث تكون مساوية للعقود الكتابية العادية.

أما على المستوى الدولي فلم ينص قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية على تعريف للعقد الإلكتروني، ولكنه أشار في الفقرة الأولى من المادة (11) وتحت عنوان تكوين العقود وصحتها جواز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق طرفا العقد على غير ذلك¹.

يلاحظ من التعريفات السابقة بأن العقد الإلكتروني لا يقتصر على العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، بل يشمل كل التعاقدات الحاصلة عبر وسائل الاتصالات الإلكترونية الأخرى، كالفاكس والتلكس والفاكسميل.

المطلب الثاني: تميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود

إن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تمثل أهم وجهة لخصوصيته كما يتضح أنه ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد مع العلم أنه لا يشكل نوعاً جديداً من العقود تضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانوناً، كما لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموماً والواردة في القوانين المدنية، ومع ذلك فإن التعاقد الإلكتروني يعد مميزاً عن الصورة التقليدية للتعاقد وبالتالي يمكن إيجاز أهم الخصائص التي يتميز بها وذلك على النحو التالي:

¹ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية. مرجع سابق. لم يرد تعريف للعقد الإلكتروني في المشروع الأولي لاتفاقية بشأن العقود (الدولية) المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات والتي كانت من ضمن مقترحات لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري في دورتها الثانية والثلاثين لعام 1999، وعلى الرغم من استخدام تعبير "التعاقد الإلكتروني" كثيراً في مداورات الفريق العامل في هذه الاتفاقية إلا أن هذا التعبير يظهر بالمعنى فقط وذلك بالإشارة إلى تكوين العقود عن طريق الاتصالات الإلكترونية أو رسائل البيانات كما هو الحال أيضاً بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في الفقرة (أ) من المادة (2). الجنبيهي، منير وممدوح محمد: قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2006. ص 41.

الفرع الأول: الخصائص التي يتميز بها العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية

أولاً: إبرام العقد الإلكتروني دون تواجد مادي للأطراف

أهم ما يميز العقد الإلكتروني أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس حقيقي حيث يتم التعاقد بوسائل اتصال تكنولوجية عن بعد، ويتم تبادل الإيجاب والقبول بأسلوب إلكتروني فإذا كان العقد سيبرم عبر الإنترنت فيتم التبادل بين طرفي العقد من خلال الشبكة بما يجعل مجلس العقد حكماً افتراضياً وبذلك يكون عقداً فورياً متعاصراً وقد يكون العقد الإلكتروني غير متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، والتعاصر نتيجة صفة التفاعلية¹.

وعلى اعتبار أن عقد التجارة الإلكترونية من عقود الاتصال عن بعد أو ما يسمى عقود المسافة، يترتب على ذلك أن كلاً من المتعاقدين لا يستطيع التأكد من شخصية الآخر، كما لا يستطيع المشتري معاينة البضاعة المتعاقد عليها بشكل مباشر وعليه فلا بد أن يلتزم البائع من تمكين المشتري من الإطلاع على معلومات وافية عن البضاعة، كما يمكن للمشتري العدول عن التعاقد بعد قبوله بفترة معينة حددها القانون².

ولصعوبة التحقق من تلاقي الإرادتين اللتين قد تصدران بشكل غير متعاصر، بحيث يصدر الإيجاب من أحد المتعاقدين ويتبعه القبول من الآخر بعد مرور فترة زمنية، هذا بالإضافة إلى صعوبة التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات والإعداد المسبق لأدلة الإثبات والتحقق من مكان إبرام التصرفات وتحرير المستندات³، مما يجعل وضع قواعد خاصة بحماية المستهلك في

¹ تعرف صفة التفاعلية بأنها "الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم له والمعروض عليه، من خلال محتوى ثري من معلومات مضغوطة في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائط الإلكترونية". إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 53.

² برهم، نضال إسماعيل: أحكام عقود التجارة الإلكترونية. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005. ص 58. عرف المشرع الفرنسي في المادة (2) من التشريع الصادر في 1986/12/30 الاتصال عن بعد أنه "كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أياً كانت طبيعتها بواسطة ألياف بصرية أو كهربائية أو لاسلكية أو أنظمة كهرومغناطيسية أخرى". نقلاً عن برهم، نضال إسماعيل: المرجع السابق. ص 57.

³ مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 42.

هذه العقود المبرمة عن بعد تتبع من طبيعة هذه العقود التي تؤدي بالبداية إلى اختلاف أحكامها عن العقود المبرمة بين حاضرين¹، والتي تبرم في غالبيتها بالحضور المادي للطرفين في مجلس واحد يصدر فيه الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة أي زمانها².

ثانياً: استخدام وسائط إلكترونية في إبرامه

وهو ما يعتبر من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، فالعقد الإلكتروني كما تمت الإشارة سابقاً لا يختلف من حيث الموضوع والأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف من حيث طريقة إبرامه وكونه يبرم باستخدام وسائط إلكترونية³، وتكمن أهمية الوسائط الإلكترونية بأنها جعلت من العقد الإلكتروني عقد عابر للحدود وأنها بددت فرقة العالم وألغت الحدود السياسية بين الدول، بحيث أصبحت المعلومات تتساب بحرية عبر حدود الدول المختلفة⁴، في حين أن العقود التقليدية بحضور مادي للطرفين في مجلس واحد يصدر فيه الإيجاب والقبول في ذات المكان والزمان.

ثالثاً: العقد الإلكتروني يتم إثباته ووفائه بطريقة خاصة

تعد الكتابة العادية هي الأساس في الإثبات مما يعني أن الدعامة الورقية في المحررات الرسمية والعرفية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد العادي ولا تعد الكتابة دليلاً كاملاً للإثبات إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع العادي⁵، بإحدى صورته وهي الإمضاء بخط اليد أو ببصمة الأصبع أو الختم وهذا ما عرفته النصوص القانونية القائمة لإثبات المعاملات الجارية في الوقت الذي

¹ مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 41.

² أحمد، أمانح رحيم: التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الإلكترونية في كل من (الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، تونس، الأردن، مملكة البحرين، إمارة دبي) وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية. الطبعة الأولى. عمان: دار وائل للنشر. 2006. ص 74. نقلاً عن الأهوائي، حسام الدين: النظرية العامة للالتزام. الجزء. ص 148.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 53.

⁴ الجمال، سمير حامد: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى. القاهرة: دار النهضة العربية. 2006. ص 74.

⁵ منصور، محمد حسين: المسؤولية الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2007. ص 21.

أتاحت فيه الخدمات المتوفرة على شبكة الإنترنت التعامل بنوع جديد من الكتابة والتوقيع عليها بأسلوب إلكتروني والذي أطلق عليه التوقيع الإلكتروني، مما يعني أن العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت على وجه التحديد تكون دائماً غير مثبتة على دعامة ورقية وهذا بخلاف العقود التقليدية¹.

أما من حيث الوفاء فقد حلت العقود الإلكترونية محل العقود العادية ويمكن أن تأخذ العقود الإلكترونية عدة أشكال نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر العقود الإلكترونية المبرمجة² البطاقات البلاستيكية الممغنطة والشيكات الإلكترونية³.

بالإضافة إلى الطرق والأساليب الإلكترونية السابقة الذكر فإنه يمكن أداء المقابل في العقد الإلكتروني بالأساليب التقليدية، وهكذا فإن أساليب أداء المقابل في العقود الإلكترونية تختلف عن العقود التقليدية التي يتم فيها تسديد البديل بالأسلوب التقليدي المتعارف عليه فقط⁴.

وبالنظر إلى قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 فإن المواد من (19- 29) أوردت أحكاماً قانونية خاصة بمعالجة بعض الجوانب القانونية لوسائل الدفع

¹ أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 73-74.

² العقود الإلكترونية: تعرف "بأنها مجموعة من البروتوكولات والتوقيعات الرقمية التي تتيح للرسالة الإلكترونية أن تحل فعلياً محل تبادل العملات التقليدية، وبعبارة أخرى فإن العقود الإلكترونية والرقمية هي المكافئ الإلكتروني للعقود التقليدية التي اعتدنا تداولها". العقود الإلكترونية المبرمجة: "قد تكون المحفظة الإلكترونية بطاقة ذكية يمكن تثبيتها على الحاسب الآلي الشخصي أو تكون قرصاً مرناً يمكن إدخاله في فتحة القرص المرن في الحاسب الآلي الشخصي ليتم نقل القيمة المالية (منه أو إليه) عبر الإنترنت". الجنيهي، منير وممدوح محمد: **الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني**. مرجع سابق. ص 157-159.

³ البطاقات البلاستيكية: "هي بطاقات مدفوعة سلفاً تكون القيمة المالية مخزونة فيها، ويمكن استخدام هذه البطاقات للدفع عبر الإنترنت وغيرها من الشبكات كما يمكن استخدامها للدفع في نقاط البيع التقليدي". الشيكات الإلكترونية: "هي المكافئ الإلكتروني للشيكات الورقية التقليدية التي اعتدنا التعامل بها والشيك الإلكتروني هو رسالة الكترونية موقّعة ومؤمنة يصدرها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الإنترنت ليقوم البنك أولاً بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حامل الشيك وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادة إلكترونياً إلى مستلم الشيك ليكون دليلاً على أنه تم صرف الشيك فعلاً". نادر، جمال: مرجع سابق. ص 39.

⁴ أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 73.

الإلكتروني ومخصصة على وجه التحديد للسند الإلكتروني القابل للتحويل الإلكتروني¹، وكذلك المادة (11) من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 والتي اعتبرت الوفاء الإلكتروني وفاءً للذمة ما لم يقدّم الدليل على غير ذلك. وبالإشارة إلى مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 فقد عرفت المادة (1) منه وسيلة الدفع الإلكتروني بأنها "الوسيلة التي تمكن صاحبها من القيام بعمليات الدفع المباشر عن بعد عبر الشبكات العمومية للاتصالات" ولم يورد أحكاماً قانونية خاصة بالسند الإلكتروني.

الفرع الثاني: تميز العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت عن بعض العقود المبرمة عن بعد

العقود المبرمة عن بعد عبارة عن تلاقي إرادتين للقيام بتقديم منتج أو خدمة بمبادرة من المورد عن طريق عرض المنتج للمستهلك دون حضور مادي معاصر لطرفي العقد من خلال استخدام إحدى وسائل الاتصال عن بعد من أجل تلاقي إرادة طرفي العقد على محله²، والعقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد³، وعادة يتم التعاقد عن بعد بوسائل الاتصال الحديثة التي أفرزتها ثورة التكنولوجيا كالهاتف والهاتف النقال والإنترنت والفاكس والتلكس والتلفاز كوسيلة لنقل الإرادة، وإذا كانت هذه العقود تتفق وتتشابه فيما بينها من حيث كونها عقود عن بعد إلا أنها تختلف من حيث طريقة انعقاد كل منها⁴، مع العلم أن شبكة الإنترنت وما توفره من خدمات تختلف عن بقية وسائل الاتصال الحديثة التي ظهرت قبل دخول استخدام شبكة الإنترنت في مجال الاتصالات والمعاملات المدنية والتجارية، ويمكن إجمال الفارق بين التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت والتعاقد ببعض وسائل الاتصال الحديثة على النحو التالي:

¹ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني. مرجع سابق.

² المطالقة، محمد فواز: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته "التشفير" التوقيع الإلكتروني دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006. ص33.

³ عرف التوجيه الأوروبي لحماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد عام 1997 العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت بأنه "كل عقد يتعلق بسلع أو خدمات يبرم بين المنتج والمستهلك في إطار نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد وضع من قبل المنتج الذي يستعمل تقنية اتصال عن بعد أو أكثر لغرض الاتصال وإبرام العقد". أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص75.

⁴ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص66.

أولاً: التعاقد عن طريق الهاتف

الهاتف هو جهاز يمكن بواسطته التكلم والتخاطب الفوري المباشر عن طريق الأسلاك والموجات التي تربط المرسل بالمستقبل، وعادةً تظل المحادثات الهاتفية شفوية ما لم يتم تسجيلها على شريط أو أية وسيلة أخرى، فتأخذ عندئذٍ شكلاً ثابتاً، ويعتبر الهاتف من أكثر وسائل الاتصال الفوري فاعليةً ويمكن لكل من الموجب والقابل التعبير عن إرادته ومن ثم التعاقد بواسطته، ويكون التعاقد فوري إذ يجتمع المتعاقدين في وقت واحد ولا يحتاج وصول تعبير أحدهما إلى الآخر إلى زمن معين، ويعد كذلك تعاقداً مباشراً بحيث يسمع كل من المتعاقدين كلام الآخر مباشرةً دون وساطة شخص آخر فالتعبير بواسطة الهاتف هو تعبير لفظي وليس كتابي مما يجعل التعاقد عبر الهاتف تعاقداً شفهياً يتم باللفظ فقط¹.

وبالمقابل ونتيجةً للتطورات المصاحبة لشبكة الإنترنت ولاتساع نطاق خدماتها وعلى اعتبار أن هذه الخدمات ليست محصورة بل هي متغيرة ومتجددة ومتطورة مع تطور الشبكة نفسها، ومن أهمها تلك الخدمات التي تقدم عبر الشبكة العنكبوتية العالمية إذ أن الخدمة تمكن الشخص من زيارة مختلف المواقع على الإنترنت وتصفح ما بها من أجل الوصول إلى معلومات معينة، أو إبرام عقود مع المواقع التي تعرض منتجاتها على الشبكة²، مما يجعل الإيجاب في العقد الإلكتروني عبر هذه الشبكة عاماً وبهذا يمكن أن نميزه عن السعي لإبرام العقود بواسطة الهاتف الذي يكون الإيجاب فيه اتصالاً موجهاً لشخص معين³ وكذلك خدمة غرفة المحادثة أو الدردشة التي تعتمد على الكتابة والمحادثة مع المشاهدة المباشرة⁴. مما يعني أن الإنترنت لا تقتصر في خدماتها على الصوت فقط بل توفر في نفس الوقت إضافة إليه الصورة والكتابة، وكذلك الأمر في خدمة البريد الإلكتروني حيث تمكن الشخص الذي يملك عنوان بريد إلكتروني

¹ أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية. الطبعة الأولى. الكويت: جامعة الكويت. 2003. ص 17-18.

² الشريقات، محمود عبد الرحيم: التراضي في التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. عمان: دون ناشر. 2005. ص 14.

³ مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 51.

⁴ الشريقات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 26.

خاص به أن يرسل بريداً إلكترونياً باستخدام هذه الخدمة إلى مشترك آخر يمتلك بدوره عنوان بريد إلكتروني ويستطيع الشخص أن يرسل الرسالة نفسها إلى عدد غير محدود من المشتركين، مما يعني أن التعاقد يكون متاحاً لعدد غير محدود من مستخدمي شبكة الإنترنت وليس مقصوراً على شخصين استخدموا الهاتف كوسيلة اتصال¹.

كما أن طريقة الدفع التي تمت الإشارة إليها سابقاً تمكن المشتري في أي وقت يشاء من أن يشتري البضاعة أو الخدمة التي يريدها من خلال المتاجر الافتراضية بمجرد دفع قيمتها بأحد أساليب الدفع الإلكتروني دون الحاجة إلى وجود شخص على الطرف الآخر في مواقع البيع الإلكترونية هذا بخلاف جهاز الهاتف الذي لا يمكن الاتصال أو التعاقد من خلاله إذا كان معطلاً بمعنى أنه لا بد من التزامن في وجود الطرفين على الخط الذي يوفر خدمة الاتصال للحصول على السلعة أو الخدمة².

ثانياً: التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

أوضحت الفقرة (أ) من المادة (2) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أن الفاكس يعتبر أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات³.

ويعتبر الفاكس من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد وهو جهاز نقل المستندات والصورة ويطلق عليه الاستنساخ عن بعد ويمكن أن ينعقد العقد عبره، فعلى المتعاقد أن يدون رغبته في التعاقد في رسالة مكتوبة ثم يرسلها بالفاكس فتصل هذه الرسالة

¹ الشريقات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 15-16.

² أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 77.

³ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية. مرجع سابق.

مستنسخة طبقاً لأصلها إلى التعاقد الآخر الذي يملك بدوره هو الآخر جهاز فاكس¹. مما يعني أن التعاقد بالفاكس يكون التعبير فيه عن إرادة التعاقد كتابةً².

أما التلكس فهو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها³. كما أن الإيجاب عن طريق الفاكس والتلكس يكون موجهاً لشخص بعينه أو لجهة معينة مما يجعله إيجاباً خاصاً وبهذا يختلف التعاقد من خلال الفاكس والتلكس عن التعاقد عبر شبكة الإنترنت من خلال الخدمات المتغيرة والمتطورة بتطور الشبكة نفسها والتي تمكن مستخدميها من تصفح ما بها من أجل الوصول إلى معلومات معينة وإبرام ما يشاؤون من عقود من المواقع التي تعرض منتجاتها على الشبكة مما يجعل الإيجاب في بعض الحالات على شبكة الإنترنت عاماً⁴.

ثالثاً: التعاقد عن طريق التلفاز

يعرف التعاقد عبر التلفاز بأنه عبارة عن "طلب سلعة أو منتج بواسطة الهاتف أو المينيتل، وذلك بعد ظهور الإعلان عن السلعة أو الخدمة في التلفاز⁵. والتعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت وبخاصة شبكة المواقع والتعاقد عن طريق التلفاز يتشابهان في أن الرسالة المنقولة هي

¹ العطار، محمد حسن: البيع عبر شبكة الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2004. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2005. ص28.

² أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: مرجع سابق. ص19.

³ الرومي، محمد أمين: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2004. ص15.

⁴ الشريفات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص143. ومجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص51.

⁵ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص68. المينيتل: هي خدمة على الخط مبنية على فيديوتكس يمكن الولوج إليها عبر خطوط الهاتف. تعتبر هذه الخدمة من أنجح الخدمات على الخط التي سبقت الويب. تم إطلاقها في فرنسا عام 1982 بواسطة شركة الاتصالات والبريد الفرنسية. مكنت الخدمة مستخدميها من تنفيذ عمليات الشراء، وحجوزات القطارات، الاطلاع على أسهم البورصة، البحث في دليل الهاتف، والردشة بطريقة مشابهة للردشة التي تتم الآن عبر الإنترنت. واكيبيديا، الموسوعة الحرة. <http://ar.wikipedia.org>. تاريخ 2008/9/11. الساعة 11:00 صباحاً.

نفسها بالنسبة لكافة العملاء تتم بالصوت والصورة¹، وعلى اعتبار أن التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت تباشر بوسيلة مسموعة مرئية مما يتيح للجميع إمكانية الوصول إلى الإيجاب دون تمييز²، وفيما يخص القبول في التعاقد عبر التلفاز يتم الإعراب عنه عبر الاتصال بالهاتف أو المينتيل ولكن في التعاقد الإلكتروني فإن القبول يتم عبر التبادل الإلكتروني للبيانات، أو عن طريق البريد الإلكتروني أو بأي وسيلة من وسائل التعبير الإلكتروني عن الإرادة والفرق الجوهرية يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفاز، وأن الإعلان فيه وقتي أي يزول سريعاً؛ لأنه يستمر فقط مدة إذاعة الإعلان، مع عدم وجود إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل أو المتعاقد، وفي حال الحاجة إلى المزيد من التفاصيل يكون ذلك من خلال الاتصال مع الجهة صاحبة الإعلان أما الإعلان عن طريق شبكة الإنترنت فيظل قائماً طوال اليوم ويتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل، ويكون الاستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح الموقع على الشبكة³.

إنه لمن الخطأ إطلاق اصطلاح التعاقد عن طريق التلفاز؛ لأنه أداة إعلامية يستخدم في الإعلان عن السلع والخدمات وبالتالي لا يتيح التفاعل والمحاكاة المباشرة مع الجمهور، وإذا رغب أحد ما بمنتج أو بخدمة تم عرضها عبر هذه الأداة الإعلامية فإنه يقوم بقاء مقدم الخدمة أو المنتج في موقع عمله للتعاقد معه أو يتعاقد معه بالاتصال عبر الهاتف أو الإنترنت أو إحدى تقنيات الاتصال عن بعد وهذا ينطبق أيضاً على الراديو غير أن الإعلان عن طريق الراديو يكون بالصوت فقط.

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 69.

² مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 49.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة: مرجع سابق. ص 69. كانت البداية لاستخدام التلفاز لتسويق السلع في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، فبالنسبة لفرنسا أصدرت قانون في 16/1/1988 والخاص بشأن بيع المسافات والبيع عبر التلفاز. الرومي، محمد أمين: مرجع سابق. ص 17.

المطلب الثالث: صحة العقد الإلكتروني

إن الركن هو الجزء الذي يتركب منه ماهية الشيء ولا يتحقق وجود الشيء إلا به وبصحته، وهو داخل في حقيقة الشيء، فلا يقوم العقد إلا به وبصحته¹، وعلى اعتبار أن العقد الإلكتروني ينعقد بين متعاقدين بعدت المسافة بينهما، يكون هناك العديد من الصعوبات للتأكد من تحقيق أركانه من مشروعية المحل والسبب في العقد والتأكد من شخصية المتعاقد والتحقق من أهليته لكون العقد لا يعد صحيحاً إلا بصحتهم، وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

الفرع الأول: محل العقد الإلكتروني

محل العقد هو الالتزامات التي يولدها العقد، وهو بهذه المثابة يعتبر ركناً في الالتزام ولكن ليس غريباً عن العقد وبالتالي فإن ما يعتبر محلاً مباشراً للالتزام يعتبر في نفس الوقت محلاً غير مباشر للعقد الذي يولده، " ويميز الفقه بين محل العقد ومحل الالتزام، فمحل العقد هو العملية القانونية التي يقصد الطرفان تحقيقها بمقتضى العقد، أما محل الالتزام فهو الأداء الذي يلتزم به المدين لمصلحة الدائن، ويتمثل في عمل أو امتناع عن عمل أو إعطاء"². ويمكن إجمال الشروط الواجب توافرها في محل العقد الإلكتروني ليكون عقداً صحيحاً على النحو التالي:

أولاً: أن يكون معيناً أو قابلاً للتعين

حتى يكون محل العقد الإلكتروني معيناً أو قابلاً للتعين يجب أن يتم وصف الخدمة أو المنتج عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وكاملة بعيداً عن الإعلانات الخادعة أو المضللة، وبالنظر إلى المنتجات المعروضة والتي هي محلّ للتعاقد فغالباً ما يكون وصفها مصحوباً بصور مثل ما هو عليه الكتالوج الورقي التقليدي وذلك؛ لأنه في التعاقد الإلكتروني لا يمكن رؤية محل العقد رؤية مباشرة، ويتسم العرض عادةً بهذه الطريقة بالطابع الإعلاني أكثر

¹ المغربي، محمد نجيب: أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني. الطبعة الأولى. القاهرة: دار النهضة العربية. 2006. ص6.

² الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص176. نقلاً عن أحمد شوقي عبد الرحمن: مصادر الالتزام. ص117.

من كونه التزاماً قانونياً يقع على عاتق مقدم الخدمة أو المنتج ولكنه يتمتع بقيمة قانونية تتمثل في التزام مقدم الخدمة أو المنتج بالجودة¹.

وبالنظر إلى نص المادة (161) من القانون المدني الأردني يتضح من نصها وجوب أن يكون المبيع موصوفاً وصفاً دقيقاً نافياً للجهالة² وكذلك الحال في نص المادة (133) من القانون المدني المصري حيث أوجبت أن يكون المحل معيناً بنوعه ومقداره³، وهذا ما أكدت عليه المادة (50) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 "يوفر البائع للمستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية قبل إبرام العقد المعلومات التالية: ...طبيعة ومواصفات وسعر المنتج...".

وهذا ما غاب عن كل من المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني والمشرع المصري في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001، ولكن أورد الفصل السابع وتحت عنوان حماية المستهلك في المادة (1) "وضع الشروط والأسس الخاصة بالإعلان الإلكتروني عن السلع والخدمات". وكذلك المادة (2) "التزام أطراف التعاقد بالإعلانات والدعاية عن طريق الوسائط الإلكترونية واعتبارها وثائق مكملة للعقود التي يتم إبرامها عن هذه السلع والخدمات"، وقد أكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة⁴.

ولا يفوتني ما تفرضه خصوصية العقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد البيع عبر الإنترنت نجد أن هناك أشياء لا تصلح محلاً له مثل العقار وذلك؛ لأن ملكيته لا تنتقل من البائع

¹ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص176. نقلاً عن مجاهد، أسامة أبو الحسن: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت. ص115.

² القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

³ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁴ أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية أن "يتضمن العقد الصفات الرئيسية للأموال أو الخدمات المعروضة بذكر: كميتها وألوانها ومكوناتها وسماتها الخاصة" وأشارت الفقرة الثانية منه بوجه خاص إلى اشتراط تحديد محل ومضمون الخدمات المعروضة. الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص178.

إلى المشتري إلا بشكلية معينة وهي التسجيل وبالتالي لا يصلح أن يكون محلاً لعقد البيع الإلكتروني إلا المال المنقول سواء كان مادياً أم معنوياً¹.

ثانياً: أن يكون المحل ممكناً

نصت المادة (197) من مجلة الأحكام العدلية "يلزم أن يكون المبيع موجوداً" إذا كان محل العقد موجوداً ثم هلك قبل التعاقد كان العقد باطلاً سواء علم طرفا العقد علماً بذلك أو لم يعلم، أما إذا وجد محل الالتزام وقت انعقاد العقد وهلك بعد ذلك، يكون الالتزام قد نشأ وقت وجود العقد، ويكون العقد بعد ذلك قابلاً للفسخ، ويصح كذلك العقد إذا قصد المتعاقدان أن يرد العقد على شيء موجود في المستقبل أي قابلاً للوجود، فالأصل جواز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً². وهذا ما أكدت عليه الفقرة الأولى من المادة (160) من القانون المدني الأردني "يجوز أن يكون محلاً للمعاوضات المالية الشيء المستقبل إذا انتفى الغرر"³، وكذلك الفقرة الأولى من المادة (131) من القانون المدني المصري إذ نصت "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً"⁴.

ومن أمثلة ذلك في العقد الإلكتروني أن يطلب أحد المتعاقدين "المشتري" عبر رسالة إلكترونية من شركة مايكروسوفت برنامجاً معيناً بمواصفات جديدة ويكون رد الشركة عدم وجود البرنامج ولكن من الممكن العمل على إيجاد مستقبلاً مع إيداء المشتري موافقته على ذلك⁵، ويتضح مما ذكر سابقاً ليس هناك أية خصوصية فيما يخص شرط أن يكون المحل ممكناً في عقد التجارة الإلكترونية.

¹ العطار، محمد حسن: مرجع سابق. ص 67.

² أبو السعود، رمضان: النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002. ص 144.

³ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

⁴ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁵ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 62.

ثالثاً: أن يكون المحل مشروعاً

يجب أن يكون محل العقد مشروعاً غير مخالفٍ للنظام العام والآداب ليقوم به العقد وهذا ما نصت عليه المادة (163) من القانون المدني الأردني "1 - يشترط أن يكون المحل قابلاً لحكم العقد. 2- فإن منع الشارع التعامل في شيء أو كان مخالفاً للنظام العام أو للآداب كان العقد باطلاً"¹. وهذا ما قضت به المادة (135) من القانون المدني المصري "إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلاً"².

وهذا ينطبق على المحل في عقد التجارة الإلكترونية سواء المبرمة عبر الإنترنت أو بأية وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة من حيث اشتراط مشروعية المحل وعدم مخالفته للنظام العام والآداب ويعتبر المحل مخالفاً للنظام العام والآداب إذا ورد بشأنه نص يحرمه ومن الأمثلة على ذلك خروج الشيء عن التعامل لكونه من الأشياء المحرمة التي نص الشارع أن التعامل بها مخالفاً للنظام العام، كالمخدرات فلا يكون جائزاً التعامل بها بالأصل إلا لأغراض طبية محددة. ويكون محل العقد غير مشروع إذا كان المقصود من وراء العملية القانونية ما يحرمه القانون لما فيه مخالفة للنظام العام أو الآداب ومن ذلك التعامل في التركة المستقبلية³.

الفرع الثاني: السبب في العقد الإلكتروني

يقصد بالسبب الدافع أو الباعث الرئيس الذي حمل المتعاقد على قبول التعاقد، فالشخص لا يبرم عقداً من العقود إلا بوجود باعث يدفعه إلى ذلك، فإذا تعددت البواعث فالغالب أن يكون منها باعثاً رئيسياً يكون هو الدافع إلى التعاقد ولولاه لما فكر الشخص في إبرام العقد وقد يكون الباعث أمراً نفسياً والقانون لا يأخذ بالأمور النفسية لذلك لا يتعين على من يتعاقد أن يصرح بالباعث أو السبب الذي دفعه إلى إبرام العقد، وفي هذه الحالة تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سبباً وأن هذا السبب مشروع، وفي حالة خروجه إلى حيز الوجود لسبب أو لآخر بأية

¹ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

² القانون المدني المصري: مرجع سابق.

³ الصده، عبد المنعم: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 291.

وسيلة اشترط القانون أن يكون مشروعاً أي غير مخالف للنظام العام والآداب، فإذا كان غير مشروع فالعقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً لعدم مشروعية السبب¹.

وقد ورد في نص المادة (165) من القانون المدني الأردني "1 - السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد. 2- ويجب أن يكون موجوداً وصحيحاً ومباحاً غير مخالف للنظام العام أو الآداب"²، والسبب يعتبر ركناً من أركان العقد حيث إن العقد (الالتزام) كما له محل يقوم عليه كذلك يجب أن يكون له سبباً يستند إليه.

وقال الفقهاء الفرنسيون الأقدمون "أن المحل هو جواب قولك بماذا التزم المدين، والسبب هو جواب قولك لماذا التزم المدين فالسبب هو علة نشوء الرابطة القانونية والدافع الحقيقي إليها"³.

أما المادة (136) من القانون المدني المصري، فقد ورد فيها أن العقد يعتبر باطلاً في حالة عدم وجود سبب للالتزام أو كونه مخالفاً للنظام العام أو الآداب⁴، وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية بأن "السبب غير المشروع الذي من شأنه أن يبطل العقد وفقاً للمادة (136) من القانون المدني المصري يجب أن يكون معلوماً للمتعاين الآخر فإذا لم يكن على علم به، أو ليس في استطاعته أن يعلمه، فلا يعتد بعدم مشروعيته"⁵.

ويتضح من ذلك أن المشرع المصري لم يتخل عن فكرة السبب بل اعتبرها أمراً جوهرياً في التعاقد فإذا تخلف وجود السبب أو كان غير مشروع اعتبر العقد باطلاً، ويذهب

¹ شنب، محمد لبيب: مبادئ القانون "المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام". الطبعة الأولى. بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1970. ص319.

² القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

³ الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص90.

⁴ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁵ نقض مدني: جلسة 29 نوفمبر 1979، مجموعة أحكام النقض س30، رقم 358، ص103. نقلاً عن الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص182.

جانب من الفقه إلى أن المشرع في مصر يأخذ بالنظرية الحديثة للسبب مستبعداً النظرية التقليدية¹.

وفيما يخص إثبات السبب تقضي الفقرة الأولى من المادة (137) من القانون المدني المصري "كل التزام لم يذكر له سبباً في العقد يفترض أن له سبباً مشرعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك"² ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك فإذا قام الدليل على صورية السبب الحقيقي، فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر أن يثبت ما يدعيه. وكذلك المادة (166) من القانون المدني الأردني "1 - لا يصح العقد إذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه. 2 - ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك"³.

ولا بد من الإشارة لوجود قاعدتان أساسيتان لإثبات السبب أولها افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد إلى أن يقوم الدليل على غير ذلك ويكون عبء إثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد⁴. أما الثانية فهي افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة إلى أن يقوم الدليل على صوريته فإذا أقيم وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية وهذا ما ورد في المذكرات الإيضاحية لكل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني علماً أن

¹ أبو السعود، رمضان: مرجع سابق. ص161. السبب المعترف في النظرية التقليدية هو "السبب القسدي بمعنى الغرض المباشر الذي يريد المدين أن يصل إليه من وراء التزمه، حيث اعتبرته هذه النظرية ركناً أساسياً في الالتزام ويترتب على تخلفه بطلان العقد، أما السبب باعتباره باعثاً دافعاً إلى التعاقد فهو خارج عن منطقة العقد ولا أثر لتخلفه عن قيام العقد". أما النظرية الحديثة للسبب "لا تقف عند الغرض المباشر الذي يسعى إليه المتعاقد "السبب القسدي" بل تستقصي عن باعثه ودافعه إلى التعاقد فيبطل العقد إذا كان هذا الباعث مخالفاً للنظام العام والآداب وكان يعلم به الطرف الآخر، فإذا ظل الباعث غير المشروع كامناً في نفس المدين لا يعلم به دائنه ولم يكن في إمكانه أن يعلم به، فإن هذا الباعث أو السبب بمعناه الحديث يظل بعيداً عن منطقة العقد وبالتالي لا يؤدي إلى بطلانه". نقلاً عن أبو السعود، رمضان: مرجع سابق. ص155، ص160.

² القانون المدني المصري: مرجع سابق.

³ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

⁴ سلطان، أنور: النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول. الطبعة الثانية. مصر: دار المعارف. 1958. ص245.

المذكرات الإيضاحية للقانون الأردني تحدثت عن القاعدة الثانية فقط، وهذا يعني أن السبب إذا ذكر في العقد يكون حقيقياً إلا أن ذلك يعتبر قرينة قابلة لإثبات العكس، ويقع عبء إثبات الصورية على من يدعيها، وبالمقابل فإن عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يبطله؛ لأن القانون كما أشير سابقاً لا يشترط ذلك وهذا ما قضت به محكمة النقض المصرية¹.

وأخيراً فإن العقود الإلكترونية والتي تتضمن أفعالاً خادشة للحياء تكون باطلة لكون السبب غير مشروع مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف مفهوم الآداب العامة من دولة إلى أخرى وفقاً لتحرر المجتمع، وهذا يتطلب بطبيعة الحال ضرورة التنسيق بين الدول على المستوى الإقليمي والدولي².

وبالرغم من الاختلافات التي يمكن أن يختص بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود، إلا أنه يقوم على أساس واحد هو أصل كافة العقود، وهو تلاقي إرادة طرفي العقد من الموجب والقابل على محل العقد وآثاره، أي أن هذا العقد يقوم على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي وهي الرضا والمحل والسبب ويمكن القول أن القواعد الحاكمة للسبب في القواعد العامة لمصادر الالتزام في العقد التقليدي لا تختلف عنها في العقد الإلكتروني مما يعني عدم وجود خصوصية للقواعد المنظمة للسبب في العقد الإلكتروني.

الفرع الثالث: الأهلية في العقد الإلكتروني

الأهلية بوجه عام قدرة الشخص على الالتزام وعلى مباشرته شخصياً للتصرفات بما يترتب عليها حقوق وواجبات، ويميز الفقهاء بين أهلية الوجوب وأهلية الأداء³. فأهلية الوجوب هي صلاحية الإنسان للتمتع بالحقوق وتحمل الواجبات التي يقررها القانون، مما يجعلها تتصل

¹ سلطان، أنور: النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص246. جاء في نقض مدني: جلسة 27 ديسمبر 1967، مجموعة أحكام النقض س13، رقم 191، ص714. "إذا ادعى المدعي صورية السبب الوارد في العقد كان عليه عبء إثباتها فإن أثبتها وقع عبء إثبات أن للعقد سبباً مشروعاً آخر على الدائن التمسك به". نقلاً عن المرجع السابق. ص246.

² الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص184.

³ الزين، محمد: النظرية العامة للالتزامات (العقد). الطبعة الثانية. تونس: دون ناشر. 1997. ص87.

بالشخصية القانونية لا بالإرادة، وبالتالي تثبت أهلية الوجوب حتى ولو لم تتوافر الإرادة، فهي تثبت للصبي غير المميز وللمجنون¹.

أما أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني عنه على وجه يعتد به شرعاً وهناك تلازم بوجود أهلية الوجوب مع أهلية الأداء والتي هي صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها، إذ يمكن للشخص أن يتمتع بالحق ولكنه لا يستطيع استعماله بنفسه مثل الصغير الذي يتمتع بحق الملكية ولكنه لا يستطيع استعمال هذا الحق بنفسه إلا في حدود معينة فهو ناقص لأهلية الأداء ولكنه كامل أهلية الوجوب ويتضح من ذلك إمكانية فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلاً تاماً². وتكون هذه الأهلية كاملة أو ناقصة أو معدومة لأنها تختلف باختلاف أدوار الحياة من جهة وباختلاف سلامة العقل وقدرته على الإدراك والتمييز من جهة أخرى وعلى اعتبار أنه سيتم تركيز الضوء على صحة العقد الإلكتروني فالمهم في هذا السياق أهلية الأداء، فالأصل في الشخص توافر الأهلية وعكس ذلك يقرر بمقتضى نص القانون وهناك قرينة قانونية على وجود الأهلية ويكون عبء إثبات ذلك على من يدعي عدم الأهلية³، وهذا ما جاء به كلاً من القانون المدني الأردني والقانون المدني المصري، فنصت المادة (116) من القانون المدني الأردني "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"⁴ وكذلك نصت المادة (109) من القانون المدني المصري، "كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون"⁵.

ولا بد من الإشارة إلى أن سن التمييز بحسب القانون المدني الأردني هو سبع سنوات وهذا ما جاءت به الفقرة الثالثة من المادة (118) "وسن التمييز سبع سنوات كاملة"⁶ علماً أن

¹ سلطان، أنور: النظرية العامة للتزام. مرجع سابق. ص72.

² السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الموجز في النظرية العامة للتزامات في القانون المدني. الجزء الأول. الطبعة الأولى. بيروت: المجمع العلمي العربي الإسلامي منشورات محمد الداية. دون سنة نشر. ص81.

³ الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص62.

⁴ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

⁵ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁶ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

القانون المصري ذكر التمييز دون أن يحدد السن الذي يصبح فيه الصغير مميزاً، وهذا وتمر أهلية الأداء بثلاث مراحل وذلك على النحو التالي:

أولاً: مرحلة انعدام الأهلية

تكون تصرفات الإنسان في هذه المرحلة باطلة وغير معتبرة وكذلك تعتبر عباراته لاغية وهذا يكون في الصبي غير المميز، أي الطفل الذي لم يبلغ السابعة من عمره على اعتبار أن هذا الدور يمتد من الولادة وحتى سن السابعة، وقد نصت المادة (117) من القانون المدني الأردني "ليس للصغير غير المميز حق التصرف في ماله وتكون جميع تصرفاته باطلة" وهو ذات النص في المادة (109) من القانون المدني المصري وكذلك الأمر في المجنون جنوناً مطبقاً، وهو ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (128) من القانون المدني الأردني "المجنون المطبق هو في حكم الصغير غير المميز...".² أما المشرع المصري فلم يساو بالنص بين تصرفات المجنون المطبق والصبي غير المميز.

ثانياً: مرحلة نقصان أهلية الأداء

تثبت في هذه المرحلة أهلية الأداء للشخص فتجوز تصرفات ناقص الأهلية في حدود ما ثبت له من أهلية، ويمتد من سن السابعة حتى الثامنة عشرة، وقد بينت الفقرة الأولى والثانية من المادة (118) من القانون المدني الأردني وكذلك المادة (111) من القانون المدني المصري حكم تصرفات الشخص في هذا الدور على أن تصرفات الصغير المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً كقبول الهبة والوصية لعدم الضرر في هذه التصرفات، وتكون باطلة إذا كانت ضارة ضرراً محضاً أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتكون موقوفة على إجازة الولي أو الصبي بعد بلوغه سن الرشد.³

¹ أبو البصل، عبد الناصر موسى: دراسة في فقه القانون المدني الأردني النظرية العامة للعقد. الطبعة الأولى. الأردن: دار النفائس. 1999. ص 90.

² القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

³ أبو البصل، عبد الناصر موسى: مرجع سابق. ص 91. والفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 63.

ولا بد من الإشارة إلى عوارض الأهلية وهي الأمراض أو الخصائص التي تجعل الإنسان غير كامل الأهلية على اعتبار أن الأهلية تتأثر بالسن وسلامة العقل وسلامة التدبير، وقد تناول كلاً من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني أربعة عوارض تتأثر فيها أهلية الشخص وهي الجنون والعتة والسفه والغفلة¹.

ثالثاً: مرحلة كمال الأهلية

تكتمل أهلية الشخص ببلوغه سن الرشد الذي هو ثماني عشر سنة شمسية كاملة على أن يكون متمتعاً بقواه العقلية غير محجوز عليه أو مصاب بعارض من عوارض الأهلية ويكون للشخص أن يمارس كامل التصرفات فيجوز له التبرع للغير وقبول هبة الغير، وهذا ما نصت عليه المادة (43) من القانون المدني الأردني "1- كل شخص يبلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية 2- وسن الرشد هي ثماني عشرة سنة شمسية كاملة" والقانون جعل الأهلية الكاملة للتعاقد الأصل ما لم تسلب أو يحد منها بحكم القانون². ويجب الأخذ بعين الاعتبار أن أحكام الأهلية هي من النظام العام فلا يجوز مخالفتها وأي اتفاق يتضمن تنازل الشخص عن أهليته أو التعديل في أحكامها باطلاً بطلاناً مطلقاً³.

أما بالنسبة لأهلية المتعاقد في العقد الإلكتروني فالعقد الإلكتروني شأنه شأن العقود التقليدية، لا ينعقد صحيحاً إلا إذا صدر من متعاقدين تتوفر فيهما أهلية الأداء القانونية، فالعقود التقليدية عادةً ما تكون بين حاضرين ويمكن لكلا الطرفين التأكد من أهلية الآخر⁴، ولكن تظهر الصعوبة في هذه المسألة إذا كان التعاقد بين غائبين، والعقد الإلكتروني على اعتباره من العقود المبرمة عن بعد تظهر أهمية مسألة التأكد من أهلية الأطراف على اعتبار عدم وجود مواجهة

¹ الفار، عبد القادر: مرجع سابق. ص 65. وسلطان، أنور: النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 76.

² أبو البصل، عبد الناصر موسى: مرجع سابق. ص 65. نصت المادة (57) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 على "1- كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية 2- سن الرشد ثماني عشرة سنة ميلادية كاملة"، وقد عالج المشرع الفلسطيني حالات فقدان الأهلية في المواد (53 - 57).

³ الجمال، سمير حامد عبد العزيز: مرجع سابق. ص 152.

⁴ القواسمي، بيان اسحق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بيرزيت. رام الله. فلسطين 2007. ص 24.

حقيقية وفعلية بين الطرفين المتعاقدين مما يثير صعوبة التأكد من أهلية المتعاقدين¹. وتعد هذه المسألة من أبرز المشكلات التي تظهر عند إبرام العقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد في حالة العقود المبرمة عبر الإنترنت حيث أنه وبالرغم من سهولة استخدام الإنترنت من جهة إلا أنه تثار مشكلة من جهة أخرى تتمثل في صعوبة كشف قصور أهلية المتعاقد²، وهناك وسائل تقنية يمكن استخدامها للتأكد من الأهلية منها:

1 - اللجوء إلى سلطات الإشهار (جهات التصديق الإلكتروني)

وهي عبارة عن هيئة عامة أو خاصة تنظم العلاقة كطرف ثالث محايد بين الطرفين المتعاقدين عن بعد، فتقوم بتحديد هوية الطرفين وأهليتهما القانونية³ كما تقوم بإصدار شهادات تثبت حقائق معينة حول التعاقد الإلكتروني⁴، وهناك مواقع على الإنترنت تصمم بشكل يلزم الطرف الذي يريد التعاقد الكشف عن هويته والإفصاح عن عمره وفي حالة امتناعه لا يسمح له إطلاقاً بإبرام العقد⁵.

2 - التوقيع الإلكتروني

هناك العديد من الأنظمة والقوانين التي صدرت في التجارة الإلكترونية لتعيين هوية المتعاقد وبالنظر إلى شرح مواد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية فإن المادة (7) تضمنت ضرورة وجود توقيع لتعيين هوية الشخص ودليلاً يقيناً يؤكد مشاركته بالذات بفعل التوقيع والربط بين توقيع ذلك الشخص ومضمون السند الموقع عليه، علماً أن التوقيع يؤدي مجموعة متنوعة من الوظائف حسب طبيعة المستند، منها أن التوقيع يمكن أن يكون شاهداً على نية صاحب التوقيع على الالتزام بمضمون العقد الموقع عليه، وعلى نيته

¹ أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص220.

² القواسمي، بيان إسحق: مرجع سابق. ص24.

³ علوان، رامي محمد: مرجع سابق. ص241.

⁴ القواسمي، بيان إسحق: مرجع سابق. ص25. عرفت المادة (1) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 شهادة المصادقة الإلكترونية "رسالة بيانات أو أية وثيقة أخرى يؤكدان الارتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع".

⁵ علوان، رامي محمد: مرجع سابق. ص242.

الإقرار بتحرير النص وربط نفسه بمضمونه مما يجعل هذه المادة تحدد الحد الأدنى من التوثيق بشأن رسائل البيانات التي يمكن تبادلها في حالة عدم وجود علاقة تعاقدية مسبقة وأنها في الوقت ذاته توفر التوجيه بما يمكن أن يعد بديلاً مناسباً للتوقيع إذا استخدم الأطراف وسائل الاتصال الإلكترونية في سياق اتفاق خاص بعملية الإبلاغ¹. وعليه يمكن تعريف التوقيع الإلكتروني بأنه حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع متفرد تسمح بتحديد الشخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره².

وقد جاء في القانون النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في المادة (2) الفقرة (أ) منه، تعريف التوقيع الإلكتروني "بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقياً يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات أو لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات"³.

ولا بد من الإشارة إلى أن هناك طرقاً أخرى يمكن اللجوء إليها من قبل المنتجين أو المزودين وذلك بوضع نماذج للعقود التي توضع على الإنترنت بصيغة ملائمة وبلغت سلسلة مبسطة مفهومة بحيث يوضح النص في هذه النماذج بشكل صريح عدم قبول إبرام العقود ممن لم يبلغ سن الرشد مع لفت انتباه الزبون أو المستخدم إلى ضرورة قراءة النماذج قبل إيداء رغبته في التعاقد وإذا لم يفعل ذلك المنتجين أو المزودين يقع اللوم عليهم، وفي كل الأحوال فإن الأمر متروك برمته للقضاء فهو الذي يقول كلمته النهائية⁴.

¹ الجنبيهي، منير وممدوح محمد: قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية. مرجع سابق. ص 104 - 105.

² السند، عبد الرحمن بن عبد الله: مرجع سابق. ص 146.

³ الجنبيهي، منير وممدوح محمد: قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية. مرجع سابق. ص 173.

⁴ علوان، رامي أحمد: مرجع سابق. ص 242. والجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 160. جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم (82/652) الصادر سنة (1983) على الصفحة رقم (73)، أنه من المبادئ القانونية التي استقر عليها الفقه والقضاء أن لمحكمة الموضوع كامل السلطة في تفسير العقود وتأويلها واستخلاص ما تراه أوفى بمقصود عاقدتها مستعينة في ذلك بجميع وقائع الدعوى وظروفها شريطة عدم الخروج عن عبارات العقود المطروحة عليها". مزاوي، منير وسالم، توفيق: المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1981 وحتى نهاية سنة 1985. الجزء الخامس. الطبعة الأولى. عمان: مطبعة التوفيق. سنة نشر. ص 921 - 922.

وتجدر الإشارة إلى أن الشركات التي تتعامل بالوسائل الحديثة وخاصة الإنترنت تشترط على المتعاقد إدخال رقم بطاقة الدائنية، وهذه البطاقة لا تمنح لمن هم دون سن الثماني عشرة إلا بإذن أولياء أمورهم¹. أما في حالة سرقة بطاقات الأولياء من قبل أبنائهم القاصرين المميزين، فيتحمل القاصر مسؤوليته عند التعاقد مع شخص حسن النية وتكيف هذه المسؤولية على اعتبار أنها تقصيرية² وتترتب هذه المسؤولية استناداً إلى نظرية الوضع الظاهر "مما يعني إذا كان مظهر القاصر عند استخدامه بطاقة والده للتعاقد عبر الإنترنت مظهر صاحب البطاقة وكان البائع حسن النية فيجوز لهذا الأخير أن يتمسك بأنه توفر في القاصر مظهر صاحب البطاقة وبالتالي الرجوع على القاصر إذا كان مليناً على أساس المسؤولية التقصيرية وإلا على ذويه أو ممثليه² وهذا ما أخذ به كل من القانون المدني المصري والقانون المدني الأردني في التعاقد التقليدي، ومؤخراً لجأ القضاء الفرنسي اجتهاداً منه إلى مفهوم الوكالة الضمنية باعتبار أن القاصر وكيل ضمني عن والده وبالتالي يمكن مساءلة والد القاصر على أساس المسؤولية العقدية³، أما في حالة انعدام التمييز لدى الأبناء فإن التعاقد يعتبر باطلاً ومنعدم الوجود⁴.

وبالنظر إلى قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ومشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة (2001) فلم يرد فيهما نص يعالج هذه المسألة إلا أن المادة (62) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 نصت

¹ الرملاوي، محمد سعيد: *التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي*. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2007. ص110.

² برهم، نضال إسماعيل: مرجع سابق. ص48. نصت المادة (119) من القانون المدني المصري على أنه "يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفي نقص أهليته". ونصت المادة (134) من القانون المدني الأردني "1- يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد 2- غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض". كما نصت المادة (212) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 "1- أن يكون الشخص مسئولاً عن أفعاله الضارة متى صدرت منه وهو مميز 2- إذا وقع الضرر من شخص غير مميز، ولم يكن هناك من هو مسئول عنه، أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول، جاز للقاضي أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل، مع مراعاة مركز الخصوم".

³ عيسى، طوني ميشال: مرجع سابق. ص282.

⁴ المرجع السابق. ص281.

على "...يتحمل صاحب وسيلة الدفع الإلكتروني نتائج ضياع أو سرقة وسيلة الدفع أو استعمالها المزور من قبل الغير وحتى تاريخ إبلاغه المصدر، باستثناء حالات التدليس...".

وهناك صعوبة لمعرفة مدى إمكانية تطبيق نص هذه المادة على العقود التي يبرمها الابن القاصر لدى سرقة بطاقة الائتمان من والده على اعتبار أن المادة لا تشير إلى ذلك صراحة ولكن في ظل غياب نص خاص لمعالجة مثل هذه المسألة يمكن اللجوء إلى تطبيقها¹ وبناءً على ذلك فإنه من الضرورة بمكان أن يقوم المشرع الفلسطيني بمعالجة هذه المسألة عند إقراره لمشروع القانون المذكور سابقاً.

أما فيما يتعلق بمسؤولية أصحاب العمل عن العقود التي يجريها أجراؤهم باسمهم دون تخويل فيستند بذلك إلى الوكالة الظاهرة التي يتحمل بموجبها أرباب العمل المسؤولية وفي حال قيام المدير بالتعاقد باسم الشركة وبعنوانها حتى ولو قام بذلك لمصلحته تلتزم الشركة بالتصرف الذي قام به المدير بشرط أن يكون الغير الذي تعامل مع المدير حسن النية، وعلى الشركة أن تتحمل نتيجة خطئها إذا أخطأت في اختيار مديرها، ويمكن للشركة الرجوع على المدير لمطالبته بالتعويض لما لحق بها من أضرار بناءً على المسؤولية المدنية². تجدر الإشارة إلى أن هناك بعض الدول التي نظمت قانون خاص للتوقيع الإلكتروني ومنها مصر والتي أصدرت قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15) لسنة 2004 كما صدر أيضاً قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الإشتراع لسنة 2001، كما أن هناك أيضاً مشروع قانون تنظيم التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003.

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 60.

² برهم، نضال إسماعيل: مرجع سابق. ص 48. وعيسى، طوني ميشال: مرجع سابق. ص 283-284.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية والتفاوض في العقد الإلكتروني

نظراً لخصوصية العقود المبرمة عن بعد ومنها العقد المبرم عبر شبكة الإنترنت مما يستدعي الإمعان بها وتحليلها لمعرفة طبيعتها القانونية وفيما إذا كانت هذه العقود رضائية تخضع لسلطان الإرادة أم أنها عقود إذعان لا يكون لأطرافها حرية الإرادة، وكذلك لا بد بدايةً من التطرق الى التفاوض الحاصل بين الأطراف المتعاقدة قبل إبرام العقد والمسؤولية المترتبة أثناء هذه المرحلة وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: التفاوض الإلكتروني

"عادةً ما يمر أي عقد قبل انعقاده بفترة أولية تسمى "الفترة قبل العقدية" يكون خلالها في طور التكوين، وتبدأ هذه الفترة عادةً منذ اللحظة التي يعلن فيها أحد الطرفين عن رغبته في التعاقد إلى الطرف الآخر وتنتهي في اللحظة التي ينقذ فيها العقد تماماً ويدخل في طور التنفيذ ويختلف مضمون الفترة قبل العقدية باختلاف نوع العقد الذي يتم إبرامه، فإذا كان العقد يتم دون تفاوض فإنه يمر بمرحلة واحدة هي مرحلة إبرام العقد، أما إذا كان يسبقه تفاوض فإنه يمر بمرحلتين، مرحلة التفاوض على العقد، ثم مرحلة إبرام العقد مع العلم بإمكانية انعقاد العقد دون المرور بالتفاوض"¹.

الفرع الأول: ماهية التفاوض الإلكتروني

التفاوض لغةً "مشتق من الفعل فوض، يقال فوض إليه الأمر: صيره إليه وجعله الحاكم فيه والمفاوضة: المساواة والمشاركة"² ويعرف التفاوض، بأنه "تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض

¹ حمود، عبد العزيز المرسي: الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. دون مكان نشر. دون ناشر. 2005. ص7.

² الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص95. نقلاً عن ابن منظور: لسان العرب. ج5. ص170-171.

ليكون كلٌ منهما على بينة وهي من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وتبين ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات لطرفيه"¹.

وبالرغم من أهمية التفاوض وما له من دورٍ مهم، وفعالٍ في إعداد العقد إلا أن بعض التقنيات المدنية ومنها المصري والفرنسي قد خلت من أي نص ينظم المرحلة السابقة للتعاقد، مما يجعل هذه المهمة من مهام الدراسات الفقهية واجتهاد القضاء².

وبالنظر إلى القانون المدني الأردني فإنه أشار إلى التفاوض في الفقرة الثانية من المادة (94) والتي اعتبرت أن النشر والإعلان وبيان الأسعار والعروض الموجهة للجمهور والأفراد تعتبر عند الشك دعوة للتفاوض وكذلك تنص الفقرة الأولى من المادة (100) من ذات القانون "... إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها..."³. وعليه فإن المشرع الأردني لم يعالج بالنص المرحلة السابقة للتعاقد وإنما اكتفى بالإشارة إليها. وبالمقابل فإن هناك بعض التقنيات المدنية الحديثة والتي أشارت بشكل صريح لموضوع التفاوض ومنها القانون المدني الإيطالي والقانون المدني اليوناني وقانون الموجبات اللبناني وقانون العقود الإسرائيلي وعادةً تتم المفاوضات شفاهة بالاتصال المباشر و/أو عن طريق تبادل البيانات عبر البريد الإلكتروني وقد أخذت بالانتشار في الآونة الأخيرة في نطاق التعامل التجاري الدولي⁴، على اعتبار أن بعض العقود ذات القيمة الكبيرة كالعقود التي تبرم عن طريق الإنترنت لا يمكن توافق إرادة طرفي العقد على جميع المسائل دفعةً واحدةً، فتظهر الحاجة إلى المناقشة والتباحث والتفاوض بين طرفي العقد على مدى فترة زمنية طويلة فلا يستطيع الشخص إصدار إيجاباً باتاً في التعاقد إلا بعد مفاوضات يتم خلالها مناقشة العناصر الرئيسية للتعاقد⁵.

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 209.

² المرجع السابق. ص 208.

³ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

⁴ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 208.

⁵ المومني، بشار طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. الأردن: عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع. 2004. ص 46.

فالمفاوضات قبل العقدية مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب النهائي للعقد وتكون عبارة عن مجرد عروض إذ أن المفاوضات تنتهي بمجرد صدور الإيجاب على اعتبار أن التفاوض على العقد بمثابة مقدمة للإيجاب، وتتميز مرحلة المفاوضات أو التفاوض بوجود عنصر الاحتمال بقوة فلا يشترط وصول طرفي العقد إلى اتفاق، فإما أن تصل هذه المفاوضات إلى إبرام العقد وبالتالي تنتهي الفترة قبل العقدية، وإما أن تصل إلى طريق مسدود تنتهي عندها المفاوضات¹.

ويعتبر خطاب النوايا الإلكتروني أهم وسائل الاتصال كذلك البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية حيث تسهل مهمة التفاوض بين طرفي العقد، وعادةً يتم اللجوء إلى خطاب النوايا الإلكترونية بهدف تسجيل ما تم التوصل إليه من اتفاقيات سابقة على التعاقد وغالباً ما نجد في نهاية المفاوضات وسيلة للتعبير عن إبرام العقد النهائي مما يجعله في هذه الحالة أداة لتأكيد انعقاد العقد، ، ويمكن لخطاب النوايا أن يحرر على دعامة ورقية (خطاب النوايا التقليدي) أو يكون على دعامة إلكترونية في حالة استخدام رسائل الاتصال الإلكترونية مثل البريد الإلكتروني وغيره وبهذا الحال لا يختلف مضمون وبناء خطاب النوايا التقليدي عن الإلكتروني سوى بطريقة الإرسال عند استخدام الحاسب الآلي أو أي من وسائل الاتصال الحديثة².

الفرع الثاني: أهمية التفاوض الإلكتروني

التفاوض الإلكتروني من شأنه أن يذلل الصعوبات التي تتمثل في التعقيدات القانونية والفنية التي يتعرض لها طرفي العقد، حيث إنها تحد من المخاطر الجسيمة التي من الممكن أن تواجه العقد في إتمامه وانعقاده على اعتبار أن العقد الإلكتروني ينعقد دون حضور مادي للطرفين، فاللجوء إلى التفاوض من شأنه الحد من الإشكالات القانونية التي من الممكن أن تظهر في المستقبل من جراء عدم الالتزام بالعقد أو لحدوث جهل لدى أحد طرفيه، وعليه تبرز أهمية التفاوض الإلكتروني على النحو التالي:

¹ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 96.

² إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 214 - 216.

أولاً: وضع العقد الإلكتروني في صياغة قانونية صحيحة خاصة به حيث إن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة دقيقة وأولية للشروط التي سيجري تنفيذها وهذه الصياغة لا يمكن أن تأخذ شكلها النهائي إلا بعد مرورها بمفاوضات من شأنها إبراز جميع عناصر العقد وهذه الصياغة مهمة جداً في العقود الإلكترونية خاصةً عندما تكون هذه العقود مركبة يساهم في تنفيذها أطراف متعددة من دول متعددة¹.

ثانياً: إن العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية مثل التأكد من هوية الشخص المتعاقد وفيما إذا كان هو أم لا ومن طبيعة المحل والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد وطرق الوفاء بالالتزامات وهذا ما يمكن التأكد منه مبدئياً في مرحلة التفاوض².

ثالثاً: التفاوض في العقود الإلكترونية يعمل على توفير الزمن والنفقات³، حيث إن المفاوضات يمكن أن تلعب دوراً مهماً في تفسير العقد عند غموضه ومعرفة قصد طرفيه من خلال ما جرى في هذه المرحلة وتلعب المفاوضات دوراً مكماً للعقد، بمعنى أنه يتم الرجوع إليها بوصفها جزءاً من العقد لتحديد السعر ومكان البيع، وبالتالي تصبح ملزمة في الأمور المشار إليها أثناء المفاوضات وليس بناءً على حكم قانوني ملزم مما يعني أن للمفاوضات الحاصلة دوراً تفسيرياً وتكميلياً لانعقاد العقد⁴.

رابعاً: التحديد الدقيق للحقوق والالتزامات حيث يعمل طرفي التعاقد على تعيين النقاط التي يجري تحديدها وتعريفها بمنتهى الدقة والوضوح ومحاولة إزالة الإبهام قدر المستطاع فيما يخص الالتزامات والمبادئ التي تحكم علاقاتهم التعاقدية، وهذا يعني أن الدخول في أي التزام تعاقدية بشكل نهائي يتطلب تقديراً مسبقاً من الأطراف للالتزامات التي يتحملها كل طرف،

¹ العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت (دراسة مقارنة). الطبعة الأولى. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع. 2002. ص 99.

² منصور، محمد حسين: مرجع سابق. ص 44-45.

³ المطالقة، محمد فواز: مرجع سابق. ص 48.

⁴ المومني، بشار طلال: مرجع سابق. ص 47.

وكذلك الحقوق التي يرغبون في الحصول عليها وهناك أمور يجب التشديد عليها وتناولها بدقة أثناء مرحلة المفاوضات لما لها من أهمية في تعيين حقوق والتزامات الأطراف ومنها لغة العقد والتحديد الدقيق لعناصر العقد، الثمن، مدة العقد، الصعوبات التي يمكن أن تظهر أثناء تنفيذ العقد¹، المكان والزمان والمسؤولية في حالة الإخلال في المفاوضات، وتحديد القانون الواجب التطبيق². وللاهتمام بالجوانب الفنية والقانونية والعملية الدقيقة أثناء التفاوض ولما يحتاجه هذا الأمر من دقة وتحري لا بد من الاستعانة بذوي الخبرة والتجربة على نحو يكسب التفاوض مكانةً وحيويةً.

الفرع الثالث: طبيعة المسؤولية في مرحلة التفاوض الإلكتروني

ثار خلاف كبير بين الفقهاء حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي التزام في مرحلة التفاوض لانعقاد العقد حيث ذهب الرأي الأول إلى أنها مسؤولية عقدية وصاحب هذا الرأي الفقيه الألماني أهرنج حيث أسس رأيه على نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" على اعتبار أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي وبالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية تطبق على مرتكبه سواءً ترتب على هذا الخطأ عدم انعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه مما يترتب الحق بالمطالبة بالتعويض كعقد وليس كواقعة مادية، وقد قام أهرنج بافتراض وجود عقد ضمان لكل محاولة لإبرام العقد، حيث كل طرف يتعهد أثناء المحاولة بأن لا يأتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد وعقد الضمان في هذه الحالة يستند إلى رضا ضمني متبادل بين الطرفين المتقدمين للعقد، وبالتالي فإن عدم إبرام العقد وبطلانه يعد إخلالاً بقصد الضمان الضمني، وبناءً على ما سبق رأى قضاة المحكمة العليا في ألمانيا إلى وجوب قيام المرحلة السابقة على التعاقد على أساس الثقة والأمانة من طرفيها ومراعاة الحرص والعناية في سلوك

¹ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 99.

² المطالقة، محمد فواز: مرجع سابق. ص 48.

كل منهما اتجاه الآخر، كما ألزمت المحاكم الألمانية الطرف الذي تسبب عمداً أو بإهمال بإمكانية إبرام العقد مع علمه التام باستحالة ذلك التعويض على أساس المسؤولية العقدية¹.

أما الرأي الثاني فذهب إلى اعتبار أن المفاوضات أعمال مادية غير ملزمة ولا يترتب عليها في ذاتها أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون مسؤولية وهو غير مطالب بتقديم مبرر لانسحابه وبالتالي لا يترتب على الطرفين أي التزام، فالعدول عن التفاوض لا يكون سبباً للمسؤولية إلا إذا كان متعسفاً في الانسحاب أو صدرت منه أفعال تتنافى مع الأمانة وحسن النية أو تشكل سلوكاً خاطئاً ففي هذه الحالة تعتبر المسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت ويقع على المتضرر عبء إثبات الخطأ، وهذا ما استقرت عليه محكمة النقض المصرية بقولها " إن المفاوضات ليست إلا عملاً مادياً لا يترتب عليه أي أثر قانوني فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد دون أن يتعرض لأية مسؤولية أو يطالب ببيان المبرر لعدوله، ولا يترتب هذا العدول مسؤولية على من عدل إلا إذا اقترن به خطأ تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا نتج عنه ضرر بالطرف الآخر المتفاوض"². وبهذا فإن محكمة النقض رفضت فكرة نظرية "الخطأ عند تكوين العقد" الذي نادى بها أهرنج. ولكن إذا قطع الأطراف مرحلة جادة من المفاوضات إلى التعاقد النهائي وكان بالإمكان اعتبار ما تم الاتفاق عليه في هذه المرحلة بمثابة اتفاقات نهائية منظمة لمرحلة التفاوض وسابقة لإبرام العقد الأصلي هنا ينقلب التفاوض من عمل مادي إلى تصرف قانوني ملزم وتتحول المسؤولية من تقصيرية إلى عقدية أما الفقه والقضاء الفرنسي فإنهما يميزان بين صورتين من صور التفاوض، فإذا كان التفاوض مصحوباً باتفاق تفاوض تكون المسؤولية عقدية وإذا لم يكن مصحوباً باتفاق تفاوض فإن المسؤولية تكون تقصيرية، وقد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يتمثل في العدول عن

¹ حسين، محمد عبد الظاهر: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد. دون مكان نشر. دون ناشر. 2002/2001. ص 90-91.

² نقض مدني: جلسة 9 فبراير 1967، س 18، ص 334. نقلاً عن منصور، محمد حسين: مرجع سابق. ص 52-53.

المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بأنه الخطأ القائم على إرادة الإضرار، أو الخطأ الذي يصاحبه سوء نية وليس مجرد الخطأ العادي¹.

وعند النظر إلى هذه الآراء نجد أن الرأي الأرجح هو الثاني الذي اعتبر المفاوضات أعمالاً مادية غير ملزمة ولا مرتبة لأي أثر قانوني وبالتالي فإن العدول عنها لا يترتب أية مسؤولية إلا إذا كان مصحوباً بتعسف أو سوء نية، فعندها تترتب مسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت ويكون عبء إثباته على المتضرر. كما أنه من الصعوبة بمكان الأخذ بالرأي الأول الذي رتب على الإخلال بأي التزام في المرحلة التفاوضية مسؤولية عقدية وذلك؛ لأن عقد الضمان الذي افترض وجوده أهرنج والذي رتب على أساسه الخطأ العقدي هو افتراضي ضمني وغير ملموس وبالتالي لا يمكن الاعتماد عليه لتحديد طبيعة المسؤولية. أما ما ذهب إليه الفقه والقضاء الفرنسي من التمييز بين صورتين من صور التفاوض فلا تبنى على التفاوض المصحوب باتفاق على التفاوض مسؤولية وذلك؛ لأن مرحلة التفاوض من الممكن أن تؤدي إلى اتفاق أو لا، حيث إن التفاوض المصحوب باتفاق تفاوض لا يعتبر عقداً يترتب مسؤولية؛ لأن الاتفاق لا يكون عقداً إلا إذا كان منشأً للالتزام أو ناقلاً له، أما إذا لم يكن التفاوض مصحوباً باتفاق تفاوض فتعتبر المسؤولية تقصيرية وليست عقدية في حال الخطأ بقصد الإضرار أو سوء النية. وبالتالي إذا توافرت عناصر المسؤولية التقصيرية وفقاً للقواعد العامة والتي تتمثل بالخطأ الثابت المتمثل في التقصير في تنفيذ الالتزام والضرر والعلاقة السببية فإن المتضرر يستحق التعويض وهذا التعويض يكون تعويضاً مالياً عن نفقات التفاوض وضياع الوقت والجهد².

وهنا لا بد من الإشارة إلى ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة (217) من القانون المدني المصري "ويقع باطلاً كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع"³. مما يعني أن المسؤولية التقصيرية من النظام العام ولا يجوز الاتفاق مسبقاً بين

¹ إبراهيم، خالد ممدوح. إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 243.

² حسين، محمد عبد الظاهر: مرجع سابق. ص 95-103.

³ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

طرفي التفاوض الإلكتروني على الإعفاء منها وكل شرط مخالف لذلك يعتبر باطلاً¹، وهو ما نصت عليه أيضاً المادة (270) من القانون المدني الأردني².

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

إن الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ما زالت موضوع دراسة واجتهاد وشرح من المهتمين بهذا المجال مما يقود إلى محاولة تصنيفها من حيث الطبيعة وفيما إذا كانت عقود رضائية أم عقود إذعان، وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

الفرع الأول: العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان

اختلف الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض لكون عقود التجارة الإلكترونية عقود إذعان أم لا، فذهب الاتجاه المؤيد إلى اعتبار بعض العقود الإلكترونية من تطبيقات عقود الإذعان وتمثل هذا الاتجاه بالفقه الإنجليزي والفرنسي الحديث وكذلك الأمر في التشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية كمشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 الذي نص في المادة (18) منه على "تعتبر العقود النمطية المبرمة إلكترونياً من عقود الإذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز إبطال ما يرد فيها من شروط تعسفية وبعد شرطاً تعسفاً كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط يتضمن حكماً لم يجرب به العرف"³، ولتوضيح وجهة نظر هذا الاتجاه لا بد من بيان تعريف عقود الإذعان والخصائص المميزة لها وذلك على النحو التالي:

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 243.

² القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

³ أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 82.

أولاً: تعريف عقود الإذعان

عقد الإذعان "هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقرره يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها"، وهذا التعريف ما استقر عليه أغلبية الفقهاء¹.

وهذا العقد جاء وليد التطور في الحياة الاقتصادية الحديثة فالنشاط المتزايد في الحياة الاقتصادية أدى إلى زيادة هائلة في العقود التي يجب أن تبرم في أقصر وقت وأقل جهد مما يترتب على ذلك وجود عدد كبير من العقود انفرادي الموجب بتحديد شروطها واستحال النقاش عند إبرامها².

وبالنظر إلى المفهوم الحديث لعقد الإذعان فإنه يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشترط تعلق العقد بالسلع والخدمات الضرورية، أو أن تكون هذه السلع أو الخدمات محل احتكار فعلي أو قانوني، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقاً بواسطة أحد المتعاقدين (الموجب) بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة المهنية وقد تطور هذا المفهوم ليستوعب ضرورات حماية المستهلك من أجل مواجهة المجتمعات الإنتاجية الضخمة³ فالمادة (100) من القانون المدني المصري لم تشترط الاحتكار أو السيطرة لوجود عقد الإذعان وإنما اكتفت بمجرد التسليم بالشروط التي يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها⁴ وهو ذاته ما ورد في المادة (104) من القانون المدني الأردني⁵.

¹ الصده، عبد المنعم فرج: محاضرات في القانون المدني نظرية العقد في قوانين البلاد العربية التراضي. الجزء الأول. الطبعة الأولى. القاهرة: جامعة الدول العربية. معهد الدراسات العربية العالمية. 1985. ص 91.

² المرجع السابق. ص 92.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 62.

⁴ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁵ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

ثانياً: الخصائص المميزة لعقود الإذعان

من الصعوبة بمكان استخلاص العنصر الأساسي الذي يسمح بتميز هذه العقود قانوناً وهو أمر اختلف فيه الذين تناولوا هذا الموضوع اختلافاً كبيراً وعلى العموم هناك مميزات لهذه العقود وهي:

(1) أن يكون أحد الطرفين في مركز اقتصادي متفوق لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي يجعل التفوق الاقتصادي واضحاً ولمدة طويلة، وفي هذه الحالة ولكي يكون هناك عقد إذعان بالمعنى الحقيقي يجب أن يكون هذا التفوق الاقتصادي واضحاً بدرجة كافية، وأن يغلب عليه طابع الاستمرار بحيث يكون هذا التفوق من جانب الموجب محسوساً وظاهراً خاصةً إذا كان العقد مع شركة صاحبة احتكار قانوني¹.

(2) أن يتعلق العقد بسلع أو خدمات تعد من الأساسيات وبذلك يعد التعاقد مع شركة المياه والكهرباء من قبيل الإذعان؛ لأنهما يعدان من الأساسيات التي تتعدم المنافسة بشأنها مما يحمل الأفراد على التسليم بالشروط العامة المقررة التي تضعها شركة المياه ولا تقبل مناقشة فيها² وبالتالي فإن الموجب لهذه الخدمات أو المرافق يحتكرها احتكاراً قانونياً وفعالياً ولا يكون أي مجال للمنافسة بشأنها³. وقد قضت محكمة النقض المصرية "السلع الضرورية هي التي لا غنى للناس عنها والتي لا تستقيم مصالحهم بدونها، بحيث يكونون في وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها، ولا يمكنهم رفض الشروط التي يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة"⁴.

¹ الصده، عبد المنعم فرج: في عقود الإذعان في القانون المصري "دراسة فقهية وقضائية مقارنة" رسالة دكتوراه منشورة. جامعة فؤاد الأول: مطبعة جامعة فؤاد الأول. 1946. ص 58-63.

² العدوي، جلال الدين: أصول المعاملات محل المعاملات أطراف المعاملات أداة المعاملات. الجزء الأول. الطبعة الأولى. بيروت: المكتب الشرقي للنشر والتوزيع. دون سنة نشر. ص 101.

³ سلطان، أنور: الموجز في مصادر الالتزام. الطبعة الأولى. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1970. ص 66.

⁴ نقض مدني: جلسة 12 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض س 25 ق 80 ص 492. نقلاً عن www.barasy.com/forum/showthread. تاريخ 14/8/2008. الساعة 9:57 مساءً.

3) أن يكون الإيجاب دائماً وعماماً ويوجه لأشخاص غير محدودين ويحتفظ به لمدة غير محدودة وقد لا يكون لزمناً معيناً ويكون طابع الإيجاب في قالب نموذجي ويعرض ككل ويقبل أو يرفض جملةً وغالباً ما يكون في صيغة مطبوعة تحوي الكثير من التعقيد والدقة وتكون جميع الشروط في صالح الموجب¹.

وعلى اعتبار أن أحد طرفي عقد الإذعان قوي والآخر ضعيف لا يملك إلا التسليم بشرط الطرف الأقوى فقد أورد المشرع الأردني حماية للطرف المذعن في العقد، ففي المادة (204) من القانون المدني الأردني، أجاز للمحكمة أن تقوم بتعديل الشروط التعسفية في عقد الإذعان أو حتى إعفاء الطرف المذعن منها إذا اقتضت العدالة ذلك وجعل النص أمر لا يجوز الاتفاق على مخالفته، وكذلك المادة (240) من ذات القانون حيث إن الفقرة الأولى تبين أن تفسير العقد كقاعدة عامة يكون لمصلحة المدين عند الشك ولكن الفقرة الثانية من نفس المادة نصت "ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن" مما يعني أن تفسير الشك في عقود الإذعان يكون لمصلحة الطرف المذعن سواء كان دائماً أم مديناً وسبب ذلك من وجهة نظر القانون المدني الأردني أن الطرف الأقوى يكون محتكراً لسلعة أو خدمة معينة يمكنه مركزه الاقتصادي القوي أن يفرض شروطه على الطرف المذعن، وموقف المشرع الأردني لا يختلف عن موقف المشرع المصري فيما يتعلق بمفهوم عقد الإذعان حسب نص المادتين (149) و(151) من القانون المدني المصري واللتين جاءتا بذات حكم مادتي القانون المدني الأردني (204 240) المشار إليهما آنفاً².

و يبدو مما سبق ذكره فإن العقد الإلكتروني طالما كان بين المستهلك لسلعة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها ومحتكر توزيع تلك السلعة والمستهلك لم يكن بمقدوره مناقشة بنود العقد

¹ الصده، عبد المنعم فرج: في عقود الإذعان في القانون المصري "دراسة فقهية وقضائية مقارنة" رسالة دكتوراه منشورة. مرجع سابق. ص 66-68.

² دواس، أمين: المصادر الإرادية "العقد والإرادة المنفردة". الطبعة الأولى. رام الله: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2004. ص 69-70.

بينه وبين الطرف القوي في العقد المحتكر لتلك السلعة فإن هذا العقد هو عقد إذعان سواء تم بطريقة تقليدية أم بطريقة إلكترونية طالما أن العناصر السابقة وجدت¹.

وبرز لهذا الاتجاه رؤيته بالنسبة للعقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت لاعتباره بمثابة عقد إذعان لكون القابل "الموجب له" لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المتاحة أمامه والخاصة بموقع الموجب على الإنترنت موافقاً على المواصفات التي يرغب بها والخاصة بالسلعة والتمن المحدد سلفاً، فهنا القابل لا يملك خيار الموافقة أو الرفض ولا حتى مناقشة الموجب أو طلب تعديل أي من المواصفات المذكورة أو حتى المفاوضة عليها فالمتاح له قبول العقد برمته أو رفضه كلياً²، ولكن أخذ على هذا الرأي أنه تجاهل أمراً هاماً وهو التفاوض القائم وخاصة في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، فيمكن للموجب أن يرسل عرضه المتضمن للسلعة وثنمها عبر البريد الإلكتروني فيرد عليه القابل ببريد إلكتروني آخر يرفض العرض أو يفاوضه على ثمن السلع ومن هنا يبدأ التفاوض بين الطرفين³، كما أشار هذا الاتجاه وما يتشابه معه من آراء إلى أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت يقترب من عقود الإذعان وذلك لأن طابع النمطية للعقد هو الغالب إذ يعده أحد طرفيه مسبقاً منفرداً بالشروط والبنود المناسبة له. وبذلك يقتصر دور الطرف الآخر على مجرد قبول هذه الشروط كما هي دون تغيير أو تعديل ودون إمكانية المناقشة وبالتالي تنعدم المفاوضة بين الطرفين وأخذ على هذا الاتجاه كونه لم يبين طريقة التعاقد هل تمت عن طريق البريد الإلكتروني أم المحادثة أو غيرها⁴.

¹ الجنبيهي، منير وممدوح محمد: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص 181.

² إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 63. والمومني، عمر حسن: مرجع سابق. ص 34 - 35.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 63.

⁴ حسن، يحي يوسف: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين 2007. ص 19.

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد رضائي

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد الإلكتروني عبارة عن عقد رضائي بعيد كل البعد عن عقود الإذعان¹ وذلك؛ لأن عملية المساومة تسود هذا العقد على اختلاف أنواعه حيث إن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة فإذا كان إبرام العقد عن طريق الإنترنت يمكن للموجب له الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء مما يعني أن الرضائية تسود هذا العقد²، وخاصة إذا كانت السلعة محل العقد غير محتكرة من شخص ما أو جهة ما ويمكن التفاوض على بنود العقد فيما بين الموجب والموجب له وطالما أن السلعة أو الخدمة ليست أساسية للمستهلك مثل توريد المياه والكهرباء³. وبالنظر إلى المادة (4) من الفصل السابع "حماية المستهلك" من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 والتي تنص على "جواز إبطال ما يرد من شروط تعسفية في العقود الإلكترونية والتي يمكن اعتبارها عقود إذعان في مفهوم القانون المدني وتفسيرها لصالح الطرف المدعى"، وكذلك المادة (5) والتي تنص "إبطال كل الشروط التعسفية المتعلقة بإعفاء السلعة أو مقدم الخدمة من المسؤولية" إضافة إلى المادة (6) "جواز إبطال كل شرط من شأنه الإخلال بالتوازن المالي للعقد".

يلاحظ أن المشرع المصري لا يعتبر كل العقود الإلكترونية من قبيل عقود الإذعان بشكل مطلق وإنما من الممكن أن تأتي بعض العقود الإلكترونية بصورة عقود إذعان إذا كانت بالطابع النمطي وفي هذه الحالة يتم التعامل معها بإلغاء الشروط التعسفية الواردة في العقد وعندها يتم تفسيرها لمصلحة الطرف المدعى.

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 28.

² إبراهيم، خالد ومدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 64.

³ الجنبهي، منير ومدوح محمد: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني. مرجع سابق. ص 181-182.

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 فلم يأتي بمواد مماثلة للمواد التي جاء بها مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 المذكورة أعلاه والواردة في الفصل السابع "حماية المستهلك". علماً أن مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني أورد في الفقرة الثانية من المادة (59) "... يعتبر لاغياً كل شرط للإعفاء من المسؤولية ...".

ومما سبق نجد أنه لا يمكن التسليم واعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بشكل مطلق أو عقد رضائي مطلق، فبالنظر إلى كل عقد على حدة يمكن تصنيفه إذا كان عقداً رضائياً أم إذعاناً وذلك حسب محل هذا العقد والطريقة التي يتم إبرام العقد فيها، فإذا لم تتوافر جميع الشروط لاعتباره عقد إذعان وتوافر بعضها يبقى عقداً رضائياً وفي حالة توافر جميع الشروط السالف ذكرها يعتبر عقد إذعان. كما تبرز ضرورة وضع مفهوم حديث ومتطور لعقد الإذعان لتتماشى مع الآلية التي يتم بها إبرام العقد الإلكتروني بعيداً عن المفهوم التقليدي لعقد الإذعان، حيث تمت الإشارة سابقاً إلى المفهوم الحديث لعقد الإذعان والذي يكتفي بأن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقاً من قبل الموجب مع عدم إمكانية مناقشة الشروط الواردة¹. فهذا المفهوم يتلاءم أكثر مع العقد الإلكتروني، وهنا يجدر التفريق بين الآلية التي ينعقد فيها العقد الإلكتروني على شبكة الإنترنت فالعقد الذي يبرم عن طريق البريد الإلكتروني يكون رضائياً لوجود تفاوض ومناقشة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية بين طرفي العقد وكذلك الأمر في العقود التي تبرم عن طريق المحادثة المباشرة أو المشاهدة، أما العقود المبرمة عبر شبكة المواقع (web) فتكون عادةً عقود إذعان وذلك لتوافر بعض شروط الإذعان في المفهوم الحديث كعدم إمكانية التفاوض حول السلع والأسعار ولكنها ليست عقود إذعان من جانب آخر وفقاً للمفهوم التقليدي وذلك لعدم وجود احتكار فعلي وقانوني على السلعة محل العقد في غالب الأحيان.

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 62.

الفصل الثاني

التراضي في العقد الإلكتروني

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد، ويلزم لتوافر الرضا بالعقد، حتى ولو كان إلكترونياً، أن توجد الإرادة في كل من طرفيه وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه¹، ويتطلب وجود الإرادة اتجاه فكر الشخص إلى إنشاء رابطة ملزمة وانعقاد عزمه على اتخاذ العقد وسيلة لتحقيق عرضه، فالإرادة عمل نفسي يفيد انعقاد العزم على إبرام العقد² ولتوفر الرضا لا بد من خروج الإرادة من النفس البشرية إلى العالم الخارجي الملموس وذلك بالمظاهر المادية الدالة عليها من كلام أو كتابة أو إشارة أو غيرها³.

وفي هذا السياق سيتم بحث تكوين العقد الإلكتروني في ضوء توافق الإرادتين (الإيجاب والقبول) وطرق التعبير عنهما في ظل العقد الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

الإرادة في العقد الإلكتروني

يتوقف وجود التراضي في التعاقد على تلاقي التعبير عن اتجاه إرادتين متطابقتين وهذا ما يتوقف بدوره على صدور إيجاب وقبول للتعاقد من ناحية، وعلى تلاقي هذا القبول بالإيجاب من ناحية أخرى، فإذا لم يتلاق تعبير عن الإرادة تتوافر له مقومات الإيجاب بتعبير عن الإرادة تتوافر له مقومات القبول، فلن يتحقق تلاقي التعبير على اتجاه إرادتين متطابقتين إلى التعاقد، وبالتالي لن يتحقق التراضي ولن ينعقد العقد⁴ ولهذا سيتم تناول الإيجاب والقبول الإلكتروني وجميع ما يتعلق بهما بعد تناول طرق التعبير عن الإرادة على النحو التالي:

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 244.

² شنب، محمد لبيب: مرجع سابق. ص 276.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 244.

⁴ العدوي، جلال الدين: مرجع سابق. ص 117.

المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة

لا يكفي وجود الإرادة نظراً لأنها أمر باطني لا يمكن التحقق من وجوده بل لا بد من وجود ما يدل عليها، هذا يعني أهمية التعبير الدال على وجود الإرادة على اعتبار أن التعبير هو المظهر المادي الدال على وجودها، ولما كان جوهر الرضا هو الإرادة فلا يقصد التعبير لذاته وإنما هو دليلاً على وجود الإرادة، والأصل عدم اشتراط شكلاً خاصاً أو صورة معينة في التعبير عن الإرادة فكل ما يدل على الإرادة يصلح تعبيراً عنها وعلى ذلك ليس لإبرام العقد صيغة معينة أو عبارات لا بد من استخدامها "فالعبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني"¹. ومن هنا قد يكون التعبير عن الإرادة صريحاً وقد يكون ضمناً وهذا ما نصت عليه المادة (90) من القانون المدني المصري: "1 - التعبير عن الإرادة يكون باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفاً كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود. 2 - ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً"².

وهذا ما جاء في نص المادة (93) من القانون المدني الأردني "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفاً ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي"³.

فالتعبير الصريح هو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة، أي بالوسيلة المعروفة بين الناس ويكون هذا التعبير بألفاظ يؤديها اللسان مباشرة أو باستخدام رسول ينقل الكلام أو بالكتابة في أية صورة من صورها سواء عرفية أم رسمية وقد تكون بالإشارة المتداولة عرفاً وهي إشارة اعتاد الناس على معنى خاص لها كهز الرأس عمودياً للدلالة على القبول أو هز الكتفين

¹ شنب، محمد لبيب: مرجع سابق. ص 277.

² القانون المدني المصري: مرجع سابق.

³ القانون المدني الأردني: مرجع سابق. المادة (79) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 جاءت مطابقة لما ورد في المادة (90) من القانون المدني المصري.

للدلالة على الرفض، وقد يكون باتخاذ موقف عملي دالاً على حقيقة المقصود منه¹، والتعبير يكون ضمناً إذا كان التصرف الذي قام به الشخص لا يدل بذاته على إرادته، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة²، وتكون هناك إمكانية للتعبير الضمني ما لم يشترط القانون شكلاً خاصاً للتعبير عن الإرادة فعندها لا يكون التعبير الضمني كافياً للتعبير عن الإرادة، ونجد أن غالبية القوانين الوضعية ومنها المشرع المصري وكذلك الأردني لم يركن إلى الإرادة الباطنة وحدها وإلى الإرادة الظاهرة وحدها وإنما جمع بينهما في حدود مختلفة من قانون لآخر³.

ومما سبق يمكن القول أن المقصود من التعبير عن الإرادة الوسائل التي يتم خلالها إخراج النية من عالم المشاعر والأفكار إلى حيز الوجود الخارجي ولم تأت وسائل التعبير عن الإرادة على سبيل الحصر ومن أشهر تلك الوسائل هي اللفظ والكتابة والإشارة والمبادلة الفعلية وأي موقف آخر يدل على التراضي⁴.

وبتسليط الضوء على العقد الإلكتروني ستوضح كيفية التعبير عن الإرادة في حالة إبرامه ومدى تطبيق القواعد العامة المشار إليها سابقاً في ظل بعض قوانين المعاملات الإلكترونية فقد جاء في نص الفقرة الأولى من المادة (11) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة

¹ الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 93-94.
² خلف، محمد موسى: التعاقد بواسطة الإنترنت (دراسة مقارنة تحليلية). (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة القدس. القدس. فلسطين 2004. ص 36.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 127. الإرادة الظاهرة: تعرف وفقاً لنظرية الإرادة الظاهرة "هي الإرادة المعبر عنها والتي تقف عند التعبير لأنه؛ المظهر المادي الذي تتجسم فيه الإرادة والذي يستطيع المتعاملون إدراكه والاطمئنان إليه". أما الإرادة الباطنة فهي وفقاً لنظرية الإرادة الباطنة "التعبير الذي يعتبر دليلاً على الإرادة والذي يقبل إثبات العكس، وفي حال قيام الدليل على أن التعبير لا يطابق الإرادة كانت العبرة بالإرادة أي أن التعبير لا يؤخذ به إلا بالقدر الذي يتوافق به مع الإرادة الحقيقية" ولا بد من الإشارة إلى أن الإرادة الظاهرة تعرف بنظرية إعلان الإرادة وهي لا تحفل بالإرادة الكامنة في النفس بينما الإرادة الباطنة فإنها تأخذ بالإرادة الحقيقية الكامنة في النفس. الصده. عبد المنعم فرج: محاضرات في القانون المدني نظرية العقد في قوانين البلاد العربية التراضي. مرجع سابق. ص 62.

⁴ أحمد، أمّانج رحيم: مرجع سابق. ص 92.

الإلكترونية جواز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإرادة¹، لتشمل جميع المعلومات التي يتم تبادلها سواءً كانت عروضاً أو توقيعات أو قبولاً أو أي شيء من هذا القبيل في شكل غير ورقي². وبالعودة إلى مدلولات هذه المادة نجد أنها لا تتناول مسألة تكوين العقود فحسب بل تتناول أيضاً الشكل الذي يمكن التعبير به عن العرض (الإيجاب) والقبول³، وذلك بواسطة رسالة إلكترونية، أي أنه يمكن أن ينشأ العقد ويكون أو يتم رفض الإيجاب بواسطة الإنترنت⁴. وقد جاءت المادة (10) من المشروع الأولي لاتفاقية بشأن العقود (الدولية) المبرمة أو المثبتة برسائل بيانات وتحت عنوان استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد لتؤكد على ذلك⁵ وهذا يعني جواز التعبير عن الإرادة عن طريق إرسال رسائل بيانات إلكترونية من جهاز حاسوب إلى آخر أو عن طريق رسالة توكس أو فاكس أو غير ذلك من الوسائل المبتكرة مستقبلاً، مع ترك الحرية للأطراف للاتفاق على غير ذلك فمن الممكن أن يشترط الأطراف تعزيز رسالة البيانات بأخرى مكتوبة خلال فترة زمنية معينة لترتيب الأثر القانوني المشار إليه وهذا ما يفهم من عبارة (ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك)⁶.

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 فقد أورد في المادة (2) منه تبادل البيانات الإلكترونية وعرفها "نقل المعلومات إلكترونياً من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات" وعلى اعتبار أن المعاملات الإلكترونية حسب ما وردت في القانون من ذات المادة هي المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية، وكذلك المادة (13) منه نصت "تعتبر

¹ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية. مرجع سابق.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص42.

³ الجنبهي، منير وممدوح محمد: قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية. مرجع سابق. ص114.

⁴ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص42.

⁵ نصت المادة المذكورة أعلاه "1- يجوز التعبير عن العرض وعن قبول العرض باستخدام رسائل بيانات أو تدابير أخرى تبلغ إلكترونياً بطريقة يقصد بها التعبير عن العرض أو القبول بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر لمس أو ضغط زر أو مكان معين على شاشة الحاسوب ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك. 2- حيثما تستخدم رسائل البيانات في تكوين عقد، لا يجوز إنكار صحة ذلك العقد أو نفاذه لمجرد استخدام رسائل بيانات لذلك الغرض". الجنبهي منير وممدوح محمد: قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية. مرجع سابق. ص50.

⁶ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص43.

رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي"¹.

وبالنظر إلى المادة (5) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 فقد نصت "ينطبق على العقود الإلكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

مما يعني أن المشرع الأردني والمشرع الفلسطيني أجازا بشكل صريح أن يتم التعبير عن الإرادة بوسائل إلكترونية ومن ضمنها التعبير عنها بواسطة الإنترنت نستخلص مما ذكر سابقاً وبالنظر إلى نص المادة (5) المذكورة أعلاه أن المشروع الفلسطيني جعل التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية مساوياً تماماً للعقود الكتابية مما يجعل إمكانية التعبير عن الإرادة عبر الإنترنت بشكل عام يكافئ الطرق التقليدية للتعبير عن الإرادة مما يرجعنا إلى القواعد العامة للقانون المدني².

المطلب الثاني: طرق التعبير عن الإرادة في التعاقد عبر شبكة الانترنت

بما أن القواعد العامة الواردة في القانون المدني والقواعد الخاصة التي نصت عليها القوانين المختلفة المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أجازت التعبير عن الإرادة إلكترونياً متى تحققت شروط صحة الإرادة والتعبير عنها³؛ فإن هذا يأخذنا للتعرف على طرق التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت على النحو التالي:

¹ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني. مرجع سابق.

² حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 41.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 129.

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة بواسطة شبكة المواقع (web)

يعرف موقع الويب بأنه "مجموعة من الصفحات على شبكة الإنترنت حول تنظيم ما أو موضوع خاص"¹، ويكون فيه خليط من المعلومات والصور وبيانات أخرى وكل عنوان على هذه الشبكة يدل على الآلاف من العناوين لمواقع أخرى، ويمكن أن تكون هذه العناوين لشخص طبيعي أو حكومي يرغب في أن يكون له موقع على هذه الشبكة فبتحديد عنوان للدخول يشاهد على شاشة الحاسب الآلي الصفحة التي تبحث عنها سواءً أكانت عرضاً أم إيجاباً أم معلومات معينة ويكون العنوان على هذه الشبكة ثابتاً ومستمرّاً على مدار الساعة². ويتم التعبير بالكتابة أو ببعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارفاً عليها في هذه الشبكة وهذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي سوى أنها إشارات جديدة صادرة عن جهاز الحاسب الآلي وتعبّر عن إرادة صاحبها وليس عن إرادة الحاسب الآلي، كما أن التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع يمكن أن يمتد ليشمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضي³.

وتكون المبادلة الفعلية بأن يعرض الموجب على الموجب له بيعة كتاباً مثلاً فيقوم الموجب له بإعطائه رقم بطاقة الائتمان العائدة له فيتم خصم قيمة الكتاب من رصيده فوراً، وهنا القابل لم يتلفظ أو يشير بالقبول وإنما قام بفعلٍ دالٍ على الرضا، علماً أنه من الممكن أن يتم الدفع عبر الإنترنت حيث يتم نقل الأموال إلكترونياً في أي وقت عبر خصمها من حسابات الموجب أو القابل وذلك بين المصارف بطريقة آلية بشرط وجود بطاقة للعميل ورقم خاص للسرية⁴.

¹ المومني، بشار طلال: مرجع سابق. ص34.

² خلف، محمد موسى، مرجع سابق. ص48.

³ كميل، طارق عبد الرحمن: التعاقد عبر الإنترنت وآثاره "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الرباط 2003-2004. ص35. نقلاً عن العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت (دراسة مقارنة). ص47.

⁴ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص48.

الفرع الثاني: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني

البريد الإلكتروني هو تبادل الرسائل بين الأطراف ولكن بطريقة إلكترونية وينظر عادةً إلى البريد الإلكتروني على أنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي؛ لأنه عندما توضع الرسالة داخل صندوق البريد تفقد السيطرة عليها ولا توجد إمكانية لاستردادها¹ عدا بعض الحالات الضيقة بالنسبة للبريد الإلكتروني.

ويستطيع نظام البريد الإلكتروني تأمين التواصل بين أشخاص تفصل بينهم آلاف الأميال دون وجود لقاء فعلي² وبهذه الطريقة يعبر أي من الطرفين عن إرادته بجلاء ووضوح ويرسلها إلى الطرف الآخر مكتوبةً كتاباً إلكترونيةً تظهر على شاشته مع إمكانية طباعتها وأخذ نسخة منها ليعرضها على من يشاء إذا كانت تتضمن عرضاً ما أو صفقة ما³.

هذا بالإضافة إلى إمكانية أن يرسل المرسل تعبيره عن إرادته (رسالته) في آن واحد إلى عشرات الأشخاص في دول مختلفة وبذلك نرى أن التعبير هنا يكون بالكتابة وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى بالوسيلة المستعملة⁴.

وحتى تتضح هذه الصورة في التعبير يجب ذكر وسائل الاتصال الفوري الأخرى مثل الفاكس والتلكس، إذ يتم التعاقد من خلالها بإرسال الإيجاب والقبول بالكتابة، فالذي يحصل من خلال الاتصال بالتلكس والرد عليه في نفس الوقت أو في وقت لاحق هو ذاته الذي يحصل عبر البريد الإلكتروني الأمر الذي يجعل البريد الإلكتروني يقترب من الفاكس والتلكس⁵.

وبالنظر إلى قانون الأونسيفال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية فقد نصت الفقرة (ب) من المادة (2) "يراد بمصطلح "تبادل البيانات الإلكترونية" نقل المعلومات إلكترونياً من

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 129.

² كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 33.

³ خلف، موسى محمد: مرجع سابق، ص 50.

⁴ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 45-46.

⁵ كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 34.

حاسب إلى حاسب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات". كما أن الفقرة (أ) من ذات المادة والتي تمت الإشارة إليها سابقاً بينت أن رسالة البيانات تشمل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر التبادل الإلكتروني للبيانات أو بالبريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي¹ وبالتالي نجد أن هذه المادة أوضحت "وبشكل فضايف بأن كل هذه الوسائل تصلح للتعبير عن الإرادة أي أن الكتابة بهذه الوسائط تعبر عن الإرادة² وهذا ما أخذ به المشرع الأردني في المادة (2) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 عندما عرف رسالة المعلومات "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي"³ وهذا عين ما جاء به مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 في المادة (1) منه باستخدام رسالة البيانات بدلاً من رسالة المعلومات. وبالنظر لمشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 يتضح أنه لم يتناول هذه الجزئية حيث لم يورد تعريفاً لرسالة البيانات.

نستخلص مما ذكر سابقاً أن البريد الإلكتروني يعتبر في الوقت الحاضر من أهم وسائل التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت وأحدثها ويكون التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني عن طريق الكتابة الإلكترونية وليس العادية وهي المعبر عنها في قوانين المعاملات الإلكترونية برسالة البيانات إلا أنه يمكن قياس التعبير عن الإرادة بالبريد الإلكتروني بالتللكس فهناك تشابه كبير بين عملية إرسال رسالة عبر البريد الإلكتروني والعملية التي تتم عند إرسالها بالتللكس⁴.

¹ الجنيهي، منير وممدوح محمد: قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية. مرجع سابق. ص 61.

² خلف، موسى محمد: مرجع سابق. ص 51.

³ قانون المعاملات الإلكترونية: مرجع سابق.

⁴ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 41.

الفرع الثالث: التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة المباشرة والمشاهدة عبر الإنترنت

يقصد بالمحادثة المباشرة عبر الإنترنت وجود شخصين أو أكثر متصلين بشبكة الإنترنت يتبادلون الحديث بنفس الوقت سواءً كتابةً أو محادثةً صوتيةً كما هو الحال في تبادل الحديث على الهاتف¹ ويمكن أن يكون الحديث عبارة عن رسائل مقسمة على الشاشة حسب عدد الأشخاص وكثير ما يرافق الحديث مشاهدة الطرفين لبعضهما وذلك بإيصال أجهزة الحاسب الآلي بكاميرات فيديو خاصة لدى الطرفين مما يتيح رؤية وسماع الأطراف لبعضهم بوضوح مما يسمح بالتعاقد بين عدة أشخاص في حالة الرغبة بذلك بشكل فوري دون حاجة لمرور وقت فاصل². وفي هذه الحالة يكون التعبير عن الإرادة بشتى الطرق المعروفة تقليدياً فيمكن التعبير بالكتابة واللفظ وبالإشارة خصوصاً عندما يستطيع أن يرى أحدهما الآخر بواسطة الكاميرات على أن تكون الإشارة معروفة وواضحة خالية من أي لبس³، وأخيراً يمكن أن يتم التعبير بالمبادلة الفعلية كما يمكن أن يتم باتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على التراضي.

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص42.

² كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص35.

³ يوجد إشارات متداولة عبر شبكة الإنترنت ذات دلائل معينة منها ما يدل على القبول ومنها ما يدل على الرفض فهناك وجه مبتسم دال على القبول وهناك وجه عابس دال على الرفض والإشارة : (دالة على الموافقة، والإشارة : (دالة على الرفض. حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص42.

المبحث الثاني

الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني

لا يختلف الإيجاب والقبول الإلكتروني كثيراً 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، وعلى أساس أن الإيجاب والقبول الإلكتروني يتمان من خلال شبكة المعلومات الدولية التي تتضمن شبكة عالمية للاتصالات سواءً بطريقة مسموعة أو مسموعة ومرئية في آن واحد أو عبر البريد الإلكتروني بإرسال رسالة بيانات إلكترونية للتعبير عن الإرادة في الإيجاب أو القبول¹ فإنه لا بد من تناول الإيجاب والقبول الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

المطلب الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني

لقد نشأ تصورٌ حديثٌ لمبدأ الرضائية نتيجةً لظهور العقود الإلكترونية يتمثل في التقاء الإرادتين إلكترونياً²، غير أن وجود هاتين الإرادتين أو التعبير عنهما غير كافٍ إذ يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، أي أن يكون هناك إيجاب وقبول لتكوين العقد، ويتحدد ذلك بصدور الإيجاب أولاً.

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني

يعرف الإيجاب بأنه التعبير الصادر من أحد المتعاقدين متضمناً رغبته الأكيدة في التعاقد مع الآخر، فيما لو صدر قبول من هذا الأخير³. وقد عرفته المادة (168) من مجلة الأحكام العدلية "الإيجاب والقبول في البيع عبارة عن كل لفظين مستعملين لإنشاء البيع في عرف البلد

¹ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 89-90.

² زريقات، عمر خالد: عقد التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية. الطبعة الأولى. عمان. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع. 2007. ص 119.

³ منصور، أمجد محمد: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقهاء الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز. الطبعة الأولى. عمان. الأردن: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001. ص 68.

والقوم". ونصت الفقرة الأولى من المادة (91) من القانون المدني الأردني "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول"¹.

وقد عرف التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك رقم 97/7/EC الصادر بتاريخ 1997/5/20 الإيجاب الإلكتروني بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان" ويتضح من هذا التعريف أنه لم يحدد وسائل الاتصال عن بعد ولم يبرز أهم الخصائص الواجب توفرها في الإيجاب الإلكتروني وهي الصفة الإلكترونية ولكن اهتم بضرورة توفر عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل (المستهلك) من إصدار قبوله². ويمكن أن يعرف الإيجاب الإلكتروني بأنه تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة³. وهذا التعريف يظهر أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر ذاته.

وتجدر الإشارة إلى عدم وجود نص يعرف الإيجاب في القانون المدني المصري ولكن تعرض القضاء المصري لتعريف الإيجاب حيث جاء في قرار محكمة النقض المصرية أن الإيجاب "عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين"⁴.

¹ القانون المدني الأردني: مرجع سابق. جاء في قرار محكمة التمييز الأردنية تمييز حقوق رقم (78/378)، الصادر سنة (1979) على الصفحة رقم (713) "أن العقد بحسب أحكام المجلة هو التزام المتعاقدين وتعهدهما أمر وهو عبارة عن الإيجاب والقبول". مزاوي، منير: المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1976 حتى نهاية سنة 1980. الجزء الرابع. الطبعة الأولى. عمان: مطبعة التوفيق. دون سنة نشر. ص 852. مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 جاء بذات التعريف بنص المادة (78) "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول".

² نقلاً عن إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 247-248.

³ منصور، محمد حسين. مرجع سابق. ص 56.

⁴ نقض مدني: جلسة 19 يونيو 1969، س 20، ص 1017. عبد التواب، معوض: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني. الجزء الأول. الطبعة الرابعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. ص 247.

ويستخلص مما سبق أن قوانين ومشاريع قوانين التجارة الإلكترونية محل البحث لم
تورد تعريفاً خاصاً للإيجاب الإلكتروني يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب التقليدي إلا
في الوسيلة المستخدمة للتعبير عنه حيث يتم عادةً بوسائل إلكترونية بدلاً من الوسائل التقليدية
ولم تشترط أي من التشريعات المدنية المنظمة لأحكام العقد عموماً شكلية معينة للإيجاب بل
أجازت التعبير عنه بالوسيلة المناسبة للموجب التي لا تثير شكاً في دلالاته على التراخي، سواءً
كانت هذه الوسيلة هي اللفظ أو الكتابة أو رسالة البيانات وغيرها، ولكن شبكة الإنترنت وما
توفره من خدمات متنوعة بالإرسال والاستقبال في ذات الوقت على وسائل مسموعة ومرئية
تكون أكثر ملاءمة للتعبير عن الإيجاب وبيان عناصره الأساسية وشروطه مقارنةً بالوسائل
التقليدية، وهناك شروط خاصة بالإيجاب يجب أن تتوفر لتمييزه عن المرحلة التمهيديّة السابقة
للتعاقد ستوضح من خلال الفرع التالي:

الفرع الثاني: شروط الإيجاب الإلكتروني

لكي يعتد بالإيجاب الإلكتروني كتعبير نهائي عن الإرادة يجب أن يتوفر فيه شروط،
فالإيجاب يجب أن يكون مقترناً بقبولٍ مطابقٍ له حتى يتم التعاقد لذا يتعين تحديد الشروط
الواجب توفرها في الإيجاب ليعتد به إيجاباً بالمعنى القانوني ولكي يتم تمييزه عن المرحلة
التمهيديّة السابقة للتعاقد¹، ويمكن إجمال هذه الشروط على النحو التالي:

أولاً: يجب أن يكون الإيجاب موضحاً وموجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين

يصدر الإيجاب بطرق التعبير الصريحة أو الضمنية ولا يمكن أن يتم بالسكوت؛ لأنه هو
الكلام الأول والسكوت عدم، والعدم لا يترتب عليه أثر فيجب أن يدل التعبير الصريح أو
الضمني على إرادة الموجب².

¹ العبودي، عباس: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997. ص97.

² العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص66. نقلاً عن أبو السعود، رمضان: عقد الإيجار في القانون المصري واللبناني. ص238.

ويجب أن يتضمن الإيجاب العناصر الجوهرية التي لا ينعقد العقد بدونها كون العقود الإلكترونية وعلى وجه التحديد العقود التي تتم عبر الإنترنت خاصة عقود البيع هذه العقود تستدعي توفر معلومات كافية عن البائع وعن السلعة محل العقد¹.

وعليه فقد حرص المشرع على ضرورة وضوح الرؤية في السوق الإلكترونية من حيث ضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة ليتسنى للقابل إصدار قبوله وهو على بينة من أمره مع تيقنه التام من صحة الإيجاب الذي قدمه الموجب، والغاية من ذلك تحقيق مبدأ التبصير². فقد نصت المادة (5) من التوجيه الأوروبي، بشأن حماية المستهلك الصادر بتاريخ حزيران/ يونيو 2000 على إلزام الموجب بضرورة: "1 - بيان اسمه وعنوانه البريدي. 2 - توضيح الخصائص المتعلقة بالسلعة أو الخدمة. 3 - تحديد السعر. 4 - بيان أية تكاليف إضافية، كأجور النقل. 5 - منح المستهلكين الحق في إرجاع المبيع وذلك خلال سبعة أيام عمل دونما إبداء أية أسباب. 6 - توضيح مدة عرض المبيع. 7 - توفير نظام خاص لتلقي أية شكاوى أو ملاحظات من المستهلكين ما بعد البيع"³. وتجدر الإشارة إلى أن مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني جاء بمادة تحمل مضمون ما جاء به التوجيه الأوروبي في المادة (5) المذكورة أعلاه⁴ في الوقت الذي غاب هذا الأمر عن كل من مشروع قانون المعاملات

¹ القواسمي، بيان اسحق: مرجع سابق. ص4.

² أبو الهيجا، محمد إبراهيم: عقود التجارة الإلكترونية (العقود الإلكترونية-المنازعات العقدية وغير العقدية -القانون الواجب التطبيق). الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005. ص42. مبدأ التبصير: "هو الالتزامات التي يفرضها القانون على المتعاقدين للتعريف بشخصيهما فضلاً عن ذلك التزام الموجب ببيان شروط وكيفية تنفيذ التعاقد". نقلاً عن المرجع السابق. ص43.

³ نقلاً عن المرجع السابق. ص43.

⁴ نصت المادة (50) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 " يوفر البائع للمستهلك في المعاملات التجارية الإلكترونية قبل إبرام العقد المعلومات التالية: اسم وعنوان وهاتف البائع أو مقدم الخدمة. تفصيلاً لمراحل إنجاز المعاملة التجارية. طبيعة ومواصفات وسعر المنتج. نفقات تسليم المنتج ومبلغ تأمينه وأية نفقات أخرى. الفترة التي يكون خلالها المنتج معروضاً بالأسعار المحددة. شروط الضمانات التجارية والخدمة بعد البيع. طرق وإجراءات الدفع. طرق وأجال التسليم وتنفيذ العقد والآثار المترتبة على عدم تنفيذ الالتزامات. إمكانية العدول عن الشراء وأجله. كيفية إقرار الصفقة. طرق إرجاع المنتج أو إبداله وإرجاع المبلغ. نفقات استعمال تقنيات الاتصال حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعرفة الجاري العمل بها. شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تزيد على السنة. الحد الأدنى لمدة العقد، فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك منتج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية. يجب توفير هذه المعلومات إلكترونياً ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة".

الإلكترونية المصري لسنة 2001 وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001.

والإيجاب تعبير قانوني يحمل الشخص الموجه إليه الرد على ذلك التعبير بالقبول أو الرفض لذلك يجب أن يكون موجهاً للشخص المقصود به، ويترتب على ذلك أن الإيجاب إذا لم يوجه إلى ذلك الشخص أو وجه إلى شخص آخر غيره، فإنه لا يعد إيجاباً ولا يترتب عليه أثر¹ وهنا لا بد من الإشارة إلى الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التعاقد والتفاوض لتوضيح حدود الإيجاب الإلكتروني فالإيجاب هو الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد²، حيث أن العقد قد يسبقه في بعض الأحيان تفاوضاً بناءً على مبادرة أحدهما بدعوة الآخر للتعاقد ويمكن أن يتمخض التفاوض عن إيجاب بالمفهوم القانوني، ومن المسلم به أن الدعوة إلى التعاقد والمفاوضة أمر خارج التعاقد، إذ أن حصول أيهما ليس ضرورياً لانعقاد العقد فغالبية العقود تتعقد دون المرور بهما، وتكمن أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض وفقاً للآثار القانونية المترتبة، فبالإيجاب ينعقد العقد وينتج آثاره، أما قبول الدعوة للتعاقد أو التفاوض فلا يرتبان أي أثر قانوني³، كما تضح أهمية هذه التفرقة أيضاً في تحديد ما إذا كان بالإمكان الرجوع عن الإيجاب أم لا، فإذا كان الإعلان إيجاباً سينعقد العقد بمجرد اقترانه بالقبول وبالتالي لا يتمكن الموجه من الرجوع عن الإيجاب، أما إذا اعتبر الإعلان دعوة للتفاوض فيظل من حق المعلن الرجوع عن إعلانه حتى بعد أن يبدي أحدهم الرغبة بالشراء ولا ينعقد العقد في هذه الحالة⁴ وهذا يثير السؤال حول توجيه إعلان في إحدى الصحف مع إمكانية وجود هذه الصحف على صفحة web على الإنترنت أو التلفاز خاصة إذا كان الإيجاب باتاً متضمناً لكافة عناصر العقد وموجهاً إلى عامة الناس وليس إلى شخص محدد أيكون إيجاباً أم لا؟.

أجاب المشرع الأردني على ذلك بالمادة (94) من القانون المدني الأردني فقد نصت

¹ العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 97.

² حمود، عبد العزيز المرسي: مرجع سابق. ص 11.

³ سلامة، صابر عبد العزيز: مرجع سابق. ص 46.

⁴ محاسنة، نسرين: مرجع سابق. ص 326.

"1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً. 2- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجاباً وإنما يكون دعوةً إلى التفاوض"¹.

يتضح من ذلك أن عرض البضائع مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً نهائياً وفقاً للفقرة الأولى من المادة (94) إذا كان موجهاً للجمهور بشكل عام أو إلى أشخاص معينين وبالتالي ففي حالة اقتران هذا الإيجاب بقبول فليس للموجب الرجوع عن إيجابه لانعقاد العقد.

أما الفقرة الثانية من المادة ذاتها فقد أوضحت أن النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها تعتبر إيجاباً ما دام مضمونها محددًا تحديداً كافياً يتيح إبرام العقد فور اقترانها بقبول ما لم يوجد شك يدل على أنها دعوةٌ للتفاوض، هذا وقد أشارت الفقرة الأولى من المادة (14) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 إلى أن أي عرض لإبرام عقد يعتبر إيجاباً وإن لم يكن موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينين، طالما يتضمن تعبيراً صريحاً عن إرادة صاحبه إلى الالتزام بالتعاقد قبل كل شخص يقبل الإيجاب والفقرة الثانية من ذات المادة اعتبرت العرض مجرد دعوة إلى التفاوض إذا وجه إلى أشخاص غير محددين إلا إذا عبر صاحبه صراحةً أنه إيجاب².

¹ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

² لمزيد من المعلومات بخصوص اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع أنظر الدكتور الصغير، حسام الدين عبد الغني: تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع. رسالة دكتوراه منشورة. الطبعة الأولى. القاهرة: دار النهضة العربية. 2001. الموقع الإلكتروني/cisgraw3.law.pace.edu/cisgraw3/middeast/interpretation.htm. تاريخ 2008/6/5. الساعة 1:00 ظهراً. "ذهب بعض الفقهاء إلى أن الإيجاب الموجه للجمهور هو إيجاب بالمعنى الصحيح ما دام مضمونه محددًا تحديداً يكفي لإبرام التعاقد فور اقترانه بالقبول لا سيما حين يكون الإيجاب جماعياً أي موجهاً إلى كل أفراد الجمهور وبذلك يمكن تشبيهه بالإيجاب الموجه إلى شخص معين ويشير الأستاذ الفرنسي (Ripert) إلى أنه يجوز وفقاً للقانون الفرنسي توجيه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين؛ لأن الغالبية العظمى من التجار يصرون إيجاباً عاماً إلى الجمهور بعرض بضائعهم مع أسعارها، وفي هذه الحالة يتم العقد بمجرد تعبير المشتري عن إرادته". العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 98-99.

بالنظر إلى المادة (82) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001¹ يتبين أنها وافقت في الجزء الأول منها ما ورد في الفقرة الأولى من المادة المذكورة أعلاه (94) من القانون المدني الأردني، ولكن الجزء الثاني من المادة ذاتها خالفت في حكمها الفقرة الثانية من المادة (94) إذ لم تعتبر النشر وبيان الأسعار إيجاباً ما لم يظهر العكس من ظروف الحال. أما بالنسبة للقانون المدني المصري فلم يلاحظ أن أيّاً من نصوصه ميز بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض.

وضع العقد النموذجي المعد من قبل الغرفة التجارية والصناعية بباريس والمؤسسة الفرنسية للتجارة والمعاملات الإلكترونية بعض الضوابط والقيود المادية والقانونية للحد من تحويل الإيجاب إلى مجرد دعوة للتعاقد بالنسبة للخدمة أو السلعة المعروضة على الإنترنت ويتمثل فحوى القيد المادي بأن يكون تسليم البضاعة في نطاق جغرافي معقول من وجهة نظر التاجر، أما القيد القانوني ففحواه أنه إذا طلب المشتري التسليم خارج هذا النطاق الجغرافي فهذا يعني أنه قدم إيجاباً يكون للبائع قبوله أو رفضه².

من الجدير أن تقوم التشريعات العربية الخاصة بالتجارة والمعاملات الإلكترونية محل البحث وبخاصة المشروع الفلسطيني بتبني ما وضعه العقد النموذجي المعد من قبل الغرفة التجارية والصناعية بباريس والمؤسسة الفرنسية للتجارة والمعاملات الإلكترونية من ضوابط للتغلب على مشكلة تحويل الإيجاب إلى مجرد دعوة للتفاوض بالنسبة للخدمة أو السلعة المعروضة على الإنترنت.

عند النظر إلى ما ورد سابقاً فإن واقع الحال يفرض اعتبار النشر والإعلان وبيان الأسعار واستعمال وسائل الاتصال الفوري للإعلان إيجاباً؛ لأن منطق الأمور يبين أن الموجب حتى في حالة الإعلان للناس كافة فإنه يبحث عن شخص واحد ليقدّم له قبولاً، وعلى اعتبار أن

¹ نصت المادة (82) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 على "يعد عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجاباً، أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر متعلق بعرض، أو بطبقات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين فلا يعد إيجاباً ما لم يظهر العكس من ظروف الحال".

² سلامة، صابر عبد العزيز: مرجع سابق. ص 47.

الأصل في العقد وخاصة بيع السلع التجارية ألا يكون الشخص القابل محل اعتبار في العقد فإنه يعتبر إيجاباً صالحاً لكي يقترن به قبول أي فرد من أفراد الجمهور، ويتضح أن ما أتى به القانون المدني الأردني واتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع من اعتبار الإعلان الموجه للجمهور إيجاباً هو الأكثر ملائمة للعقود الإلكترونية.

ثانياً: يجب أن يكون الإيجاب باتاً ومحددًا تحديداً كافياً

قد تتمخض مرحلة المفاوضات بين الطرفين عن عرض بات فنكون في هذه الحالة أمام إيجاب، مثل أن يتقدم أحد الطرفين بعرض إلى الآخر، يتضمن استعداداً للتعاقد على موضوع معين وفقاً لأحكام مبينة جملةً وتفصيلاً دون أن يعلق هذا الاستعداد على شرط ودون توقيته بزمن عندئذٍ نكون أمام إيجاب بات من لحظة وصوله إلى علم الطرف الآخر ويكون صالحاً لأن يقترن به قبول وينعقد العقد باقتران الإيجاب بالقبول¹.

ويجب أن يكون هذا الإيجاب واضحاً باتاً متضمناً للمسائل الجوهرية في العقد دالاً على نية الموجب في الالتزام به، بمعنى اتجاه نيته الجازمة لإبرام عقد معين بمجرد صدور أي تعبير من الطرف الآخر يشير إلى القبول وإذا تعلق هذا الإيجاب على شرط لا يتعارض مع بقائه إيجاباً أو مع صدق نية الموجب طالما انصرفت إرادته إلى التعاقد، غير أن هذا الإيجاب لا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط². وهذا ما يدفع لبحث القوة الملزمة لهذا الإيجاب وحالات سقوطه.

الفرع الثالث: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وحالات سقوطه

أولاً: القوة الملزمة للإيجاب

الأصل أنه ليس للإيجاب بحد ذاته قوة ملزمة لذا يستطيع الموجب العدول عن إيجابه طالما لم يقترن بقبول إذا وجدت الأسباب الدافعة بالموجب للرجوع عن إيجابه، ومن هذه

¹ المومني، بشار طلال: مرجع سابق. ص58. نقلاً عن مرقس، سليمان: الوافي في شرح القانون المدني. ص176.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص84.

الأسباب حدوث نزاع بين الطرفين أو ارتفاع الأسعار وإدراك الموجب بأن إيجابه أصبح غير ملائم بهذا السعر¹، والمدة التي يمكن للموجب أن يرجع عن إيجابه قبل اقترانه بالقبول قد تطول أو تقصر ولكنها لا تمتد إلى ما وراء مجلس العقد، ويتبين هذا من نص المادة (182) من مجلة الأحكام العدلية "المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس..." وكذلك المادة (184) من المجلة أيضاً "لو رجع أحد المتبايعين عن الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب فلو قبل الآخر بعد ذلك في المجلس لا ينعقد البيع فمثلاً لو قال البائع بعث هذا بكذا وقبل أن يقول المشتري قبلت رجع البائع ثم قبل المشتري بعد ذلك لا ينعقد البيع" ويتبين لنا من نص المادة (182) أن خيار القبول يمتد إلى آخر المجلس مهما طأ ؛ لأن الإنسان بحاجة إلى تفكير وتروي.

أما المادة (184) فتبين أن للموجب الرجوع عن البيع قبل قبول الآخر وبهذا لا يبطل حق الغير؛ لأن الإيجاب طالما لم يقترن بقبول لا يرتب حكماً، وصحة الرجوع عن الإيجاب الذي يقع مواجهةً يتوقف على سماع الطرف الآخر للرجوع، فإذا قبل الآخر دون أن يسمع الموجب فالقبول معتبر والبيع منعقد ولا حكم لهذا الرجوع، وإن رجع الموجب عن إيجابه بعد قبول الآخر فرجوعه لغو والبيع باقٍ على الانعقاد².

وقد بنى المشرع الأردني على المادتين المذكورتين من مجلة الأحكام العدلية الحكم الوارد بنص المادة (96) من القانون المدني الأردني "المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك"³.

تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني المصري لم يتضمن نصاً صريحاً على هذا الحكم إلا أن الفقه والقضاء المصريين يذهبان إلى إعماله وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأن "التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه، فإذا كان الموجب

¹ حسن، يحيى يوسف: مرجع سابق. ص47.

² حيدر، علي: شرح مجلة الأحكام العدلية. الطبعة الأولى. حيفا: المطبعة العباسية. 1925. ص133-135.

³ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

قد التزم في إيجابه بالإبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة، فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به، وإلى هذا الوقت يعد الإيجاب أنه لا يزال في حوزة الموجب، فله أن يعدل عنه"¹.

وأخيراً يفهم من هذه المواد جميعاً أن الإيجاب يظل قائماً إلى آخر المجلس، ولكن للموجب العدول عنه، ما لم يكن الشخص الموجه إليه الإيجاب قد قبل فإن فعل لم يكن للموجب الرجوع عما عرضه، أما قبل القبول فللموجب الرجوع²، طالما لم يقترن بقبول أما فيما يتعلق بتحديد معيار القبول فقد يكون ضمناً أو صريحاً وعند النزاع يترك الأمر للقاضي وفقاً للظروف والوقائع³.

بالنسبة لعقد البيع الإلكتروني فإن خيار المجلس تكون صورته مثلاً أن لكل واحد من المتعاقدين الحق في الرجوع طالما كان متواصلاً مع جهاز الحاسب الآلي وعبر شبكة الإنترنت فإن ترك الجهاز أو أغلقه طواعيةً واختياراً أو انتقل إلى معاملات أخرى أو مواقع أخرى عبر صفحات الويب عندها يسقط الخيار؛ لأنه في الحالة الأولى قد افترق الطرفان وفي الحالة الثانية قد انصرفا عن موضوع التعاقد إلى غيره⁴.

هناك استثناء أشارت إليه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، يعد به الإيجاب ملزماً لا رجوع عنه على الرغم من أن الموجب لم يعبر عن ذلك صراحةً أو ضمناً، وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة (16) من هذه الاتفاقية على أنه "(2) ومع ذلك لا يجوز الرجوع عن الإيجاب: (أ) إذا تبين منه أنه لا رجوع عنه، سواء بذكر فترة محددة للقبول

¹ نقض مدني: جلسة 10 نيسان 1958، طعن رقم 97 لسنة 24 ق، س9، ص 359. عبد التواب، معوض: مرجع سابق. ص253.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص85.

³ حسن، يحيى يوسف: مرجع سابق. ص48.

⁴ إبراهيم، خالد ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2008. ص 150.

أو بطريقة أخرى أو (ب) إذا كان من المعقول للمخاطب أن يعتبر أن الإيجاب لا رجوع عنه وتصرف على هذا الأساس"¹.

واستناداً إلى أصل الإيجاب (بعدم قوته الملزمة) فإنه يجوز للموجب العدول عن إيجابه بشرط الإعلان عن رغبته في العدول قبل وصوله إلى المخاطب أو وقت وصوله، وتحدث مسألة العدول عادةً عند عدم وقوع مواجهة بين الطرفين في التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري فإذا أرسل البائع إيجابه إلى المخاطب عن طريق البريد العادي يعرض عليه بضاعة معينة بسعر معين، ثم عدل عن رأيه، فسارع بإرسال رسالة عن طريق الفاكسميل على سبيل المثال وليس الحصر يخبر فيها بالعدول عن الإيجاب، ففي حال وصول الرسالة عن طريق الفاكسميل قبل وصول الرسالة الأولى أو معها فيلغى الإيجاب ويصبح الأثر في حق الموجب².

والإيجاب يكون ملزماً لصاحبه إذا اقترن بمدة معينة محددة صراحةً أو ضمناً، فإذا حدد الموجب مدة للقبول يبقى على إيجابه حتى انتهاء المدة لمعرفة إرادة من وجه إليه الإيجاب بالقبول أو الرفض، والأساس القانوني لهذه القوة الملزمة هو الإرادة المنفردة للموجب على أساس أنها مصدر الالتزام³.

وهذا ما نصت عليه المادة (93) من القانون المدني المصري¹ -إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. 2- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة"⁴ وكذلك نصت عليه المادة (98) من القانون المدني الأردني "إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد"⁵.

¹ الصغير، حسام الدين عبد الغني: موقع إلكتروني سابق.

² حسن، يحيى يوسف: مرجع سابق. ص 47-48.

³ الفضل، منذر: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام. الجزء الأول. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996. ص 116.

⁴ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁵ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

يستخلص مما ذكر آنفاً فيما يتعلق بالقوة الملزمة للإيجاب، أنه ينطبق على الإيجاب الإلكتروني ما ينطبق على الإيجاب في العقد التقليدي، حيث يمكن أن يقترن بميعاد ويكون ملزماً للموجب طيلة فترة الميعاد وبالمقابل إذا لم يقترن بميعاد جاز للموجب الرجوع عنه طالما لم يقترن بالقبول وعندها يكون الرجوع عن الإيجاب غير الملزم بذات أسلوب الإيجاب ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك أي من خلال رسالة معلومات أو من خلال وسيلة أخرى كالهاتف أو الفاكس أو الرسالة العادية والمهم هنا هو إثبات أن الرجوع عن الإيجاب قد تم قبل اقترانه بالقبول كما أن هناك إمكانية للقبول بوسيلة غير إلكترونية.

قد تنشأ حالة عند التعاقد عبر الإنترنت وهي إرسال سلع أو منتجات دون أن يكون المستهلك قد طلبها مرفقاً بها تعليمات تفيد إمكانية إبقاء هذه السلعة لدى المستهلك إذا أراد مع دفع مبلغ معين أو إعادتها مرة أخرى. فقد يرغب العميل في مجرد الاستعلام عن نوع معين من البضائع أو الخدمات المعروضة على الإنترنت أو مجرد البدء بالتفاوض بشأن إبرام عقد معين ولكنه يفاجأ بأن التاجر أو المهني قد أرسل إليه هذه المنتجات دون طلبها مما يثير التساؤل حول اعتبار مثل هذا الإرسال إيجاباً أم مجرد دعوة للتفاوض وما هو موقف المستهلك تجاه هذا الأمر. فوفقاً للقانون المدني الفرنسي، فإن إرسال التاجر السلعة لعميل لم يطلبها يعتبر من قبيل الإيجاب شريطة أن تكون الظروف المحيطة بعملية الإرسال تدل على ذلك فوضع هذا القانون نوعين من الأحكام التي تفرض في ما يخص إرسال البضائع للمستهلك دون طلبها فالنوع الأول في القانون المدني يقرر بأنه يحق للمستهلك الاحتفاظ بالبضاعة دون أن يكون ملزماً بدفع ثمنها، والنوع الثاني في القانون الجنائي يقرر عقوبة جنائية. ولم يغيب هذا الأمر عن المجلس الأوروبي فقد نصت المادة (14) من توجيهاته أنه على الدول الأعضاء في المجلس الأوروبي أن تتخذ الإجراءات المناسبة لمنع هذه الطرق الخاصة بعرض البضائع والخدمات على المستهلك دون سابق موافقته أو طلبها واعتبار أن عدم رد المستهلك لا يعني الموافقة على قبوله هذه المنتجات. ويتضح مما سبق أنه في حالة البضائع والخدمات المعروضة على شبكة الإنترنت والتي أرسلت إلى المستهلك دون أن يطلبها على الإطلاق بمعنى لم يتم التعاقد بشأنها فإن

الظروف المحيطة بعملية الإرسال يمكن أن تحدد عمّا إذا كان مثل هذا الإرسال إيجاباً أو مجرد دعوة للتفاوض وكذلك وجود معاملات سابقة بين الطرفين من عدمه¹.

وبالنظر إلى بعض قوانين ومشاريع قوانين المعاملات الإلكترونية العربية محل البحث يلاحظ خلوها من المواد المعالجة لمثل هذه الحالة لذا من الأفضل إضافة نص لمعالجتها لتسببها بوقوع خلاف ما بين التاجر والمستهلك في حالة قرر المستهلك الاحتفاظ بها باعتبارها إهداءً أو منحة غير مشروطة كذلك في حالة قرر المستهلك إعادة هذه المنتجات خاصةً فيما يتعلق بتكاليف إرجاعها.

ثانياً: سقوط الإيجاب في العقد الإلكتروني

إن سقوط الإيجاب هو أمر يتعلق بمرور المدة التي لا يمكن بعدها للطرف الآخر قبول الإيجاب لسقوطه بمرور الوقت أو لبعض العوارض الأخرى². وهناك عدة حالات تؤدي إلى سقوط الإيجاب الملزم وغير الملزم ومن الممكن أن يكون سقوط الإيجاب بإرادة الموجب أو لأسباب خارجة عن إرادته وذلك على النحو التالي:

1- عدول الموجب عن إيجابه فقد أعطى القانون الحق للموجب بالعدول عن إيجابه في أي وقت يشاء طالما لم يرتبط به القبول ويتم ذلك صراحةً بالإعلان عن عدوله بإحدى طرق التعبير الصريح فإذا كان الإيجاب موجهاً للجمهور يفترض أن يعدل عنه الموجب بذات الطريقة التي أعلن فيها ليتحقق علم الغير سقوطه وإلا تحمل الموجب مسؤولية الضرر الذي لحق بالغير حسن النية³. كذلك يسقط الإيجاب إذا انفض مجلس العقد أو مات الموجب أو فقد أهليته قبل صدور القبول⁴.

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 255-256. وإبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: الدار الجامعية. 2008. ص 49-50.

² نصير، يزيد أنيس: الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن والقوة الملزمة للإيجاب. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون. 1:2003/30، ص 238.

³ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 70.

⁴ الفضل، منذر: مرجع سابق. ص 118.

2- الرفض الصريح أو الضمني ممن وجه إليه الإيجاب¹، وقد يكون الرفض للإيجاب الإلكتروني عبر الإنترنت بأن يقوم الموجه إليه الإيجاب بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو اختيار الانتقال إلى موقع جديد غير موقع الموجب.

3- إذا جاء القبول بما يزيد في الإيجاب أو ينقص منه أو يعدل فيه أو يقيد كإن يعلقه على شرط مثلاً أو يربطه بأجل فكل ذلك يعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً². نصت المادة (96) من القانون المدني المصري "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"³ وهي تقابل المادة (99) من القانون المدني الأردني.

4- إذا انقضت المدة المحددة للقبول ولم يصدر قبول من الطرف الآخر قبل انتهاء المدة يسقط الإيجاب⁴.

5- إذا صدر إيجاب جديد وكان ناسخاً للإيجاب الأول قبل القبول، فإن الإيجاب الأول يسقط بصدور الإيجاب الجديد، وهذا ما نصت عليه المادة (97) من القانون المدني الأردني "تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثاني"⁵. وقد أورد المشرع الأردني هذا الحكم الوارد في نص المادة دون المصري.

¹ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 71.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 88. نصت المادة (88) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 "يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد، أو يعدل فيه يعد رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"، وقد جاء في قرار محكمة النقض المصرية "يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلاً فإن العقد لا يتم ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"، نقض مدني: جلسة 9 ديسمبر 1965، س 16، ص 986. عبد التواب، معوض: مرجع سابق. ص 246.

³ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁴ سلطان، أنور: النظرية العامة للالتزام. مرجع سابق. ص 113. "إذا لم يعين ميعاد للقبول، فإن الإيجاب لا يسقط إلا إذا عدل عنه الموجب فإن بقي الموجب على إيجابه حتى صدور القبول من المعروض عليه الإيجاب، فقد تم العقد بتلاقي الإرادتين، ومن ثم فلا يجوز بعد ذلك لأي من الطرفين بإرادته المنفردة التصل منه أو التحلل من آثاره". نقض مدني: جلسة 18 أبريل 1963، س 14، ص 550. عبد التواب، معوض: مرجع سابق. ص 258.

⁵ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 49.

6- إذا كان الإيجاب غير مقترن بميعاد و صدر من الموجب أو من الموجه إليه الإيجاب قول أو فعل يدل على الإعراض¹.

7- إذا انفض مجلس العقد دون قبول ولو لم يرجع الموجب عن إيجابه²، وهذا يكون في التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد.

وبالتدقيق في حالات سقوط الإيجاب المذكورة أعلاه نجد أنها تنطبق على التعاقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد باستخدام شبكة الإنترنت. يتضح مما سبق أن الإيجاب الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لكون وصفه إلكترونياً فهذا الوصف لا يغير من أصله المتمثل في المعنى المراد حثه وفقاً للنظريات التقليدية في الالتزامات وقانون العقد³.

المطلب الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني ولغته وصوره عبر الإنترنت

تمت الإشارة سابقاً إلى أن الإيجاب الإلكتروني يخضع لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي إلا أن له بعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات وتمتد هذه الخصوصية كذلك إلى لغته، وهذا ما سيوضح على النحو التالي:

الفرع الأول: خصائص الإيجاب الإلكتروني

أولاً: الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

لكون العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد فالإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة، وعلى هذا الأساس فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد⁴، والتي من شأنها أن تفرض على التاجر أو المتعاقد العديد من الالتزامات والواجبات اتجاه المستهلك ومنها تحديد هوية البائع وعنوانه وتحديد المبيع أو الخدمة

¹ حسن، يحيى يوسف: مرجع سابق. ص 49.

² العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 71.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص 248.

⁴ المرجع السابق. ص 252.

المقدمة وأوصافها والسعر المقابل لها وطريقة الدفع أو السداد، وخيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد خلا المدة المحددة قانوناً، وإعادة إخطار المستهلك بالمعلومات السابقة خلال مدة لا تتجاوز ميعاد التسليم ومدة الضمان وخدمة ما بعد البيع وهذه الالتزامات جاء بها التوجيه الأوروبي، رقم (66) لسنة 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد والصادر في 20 مايو 1997¹.

ثانياً: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

وهذا الوسيط هو مقدم خدمة الإنترنت، حيث يقوم بعرض الإيجاب من خلال الشبكة نيابةً عن الموجب وبالتالي لا يكون الإيجاب فعالاً بمجرد صدوره من الموجب وإنما في الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب من خلال الإنترنت وعرضه على الموقع فعندها يتحقق الوجود المادي للإيجاب خلال هذه الفترة ويترتب على عرضه كافة الآثار القانونية المترتبة على الإيجاب وفي حالة تم سحب الإيجاب من شبكة الإنترنت فهذا التصرف يعد إنهاءً له واعتباره كأن لم يكن بالرغم من بقاء الإيجاب لدى الموجب؛ لأن الوسيط لم يتيح إمكانية الإطلاع عليه للمتعاقد من خلال العرض وبالتالي لا يمكن معرفة ما داخل النفس البشرية من أفكار².

أما في حالة اختفاء الإيجاب لأسباب ناتجة عن خلل فني في الشبكة أو جهاز حاسب المستخدم، فهذه الأسباب لا علاقة للموجب بها ولا تمنع دون بقاء الإيجاب قائماً؛ لأن الخلل في وسائل معالجة البيانات الذي يتم من خلالها إرسال الإيجاب ليس إنهاءً للإيجاب، وبالتالي لا ينعدم الأثر القانوني للإيجاب طيلة فترة سحبه أو اختفائه من الموقع في هذه الحالة³.

ثالثاً: الإيجاب الإلكتروني إيجاباً دولياً

على اعتبار أن العقد الإلكتروني يتسم بالغالبة بالطابع الدولي، حيث يتم باستخدام وسائط إلكترونية باستخدام شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت" مما يجعل الإيجاب الإلكتروني ذا طابع

¹ نقلاً عن أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: مرجع سابق. ص 89.

² المطالقة، محمد فواز: مرجع سابق. ص 63.

³ أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: مرجع سابق. ص 91. والمطالقة، محمد فواز: مرجع سابق. ص 63.

دولي تبعاً لذلك، وبالتالي الإيجاب الإلكتروني لا يتقيد بالحدود السياسية والجغرافية¹، ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، مما يجعل له نطاق جغرافي ومكاني معين ومثال ذلك ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوريا الشمالية وكوبا والسودان، مما يعني أن الإيجاب يمكن أن يكون دولياً أو إقليمياً، وبهذا يلتزم الموجب بإبرام العقود أو تسليم المنتجات في النطاق الجغرافي الإقليمي أو الدولي المحدد، وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب وكذلك المنطقة الجغرافية التي يغطيها التسليم².

الفرع الثاني: لغة الإيجاب الإلكتروني

على اعتبار أن العقد الإلكتروني يتسم بالطبيعة العالمية وبالتالي يكون الإيجاب الإلكتروني ذا طبيعة عالمية فإنه يتم باللغة الإنجليزية أو بلغة أجنبية أخرى غير العربية، وقد يحتوي العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة أو ذات دلالات قانونية مختلفة تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة المنتج أو المورد والذي قد يكون مختلفاً عن النظام القانوني المتبع في دولة المستهلك أو قد يحتل المصطلح أكثر من ترجمة³.

لذلك يجب أن يكون الإيجاب بلغة القابل أو بلغة يفهمها القابل جيداً ليتم الحكم في درجة وضوح العقد إذ يصعب ذلك إن لم يكن بنفس لغة القابل وعليه لا بد من مراعاة اللغة الأم للمستهلك ليفهم مضمون وموضوع العقد وأية شروط أخرى وهذه من أقل الحقوق التي يجب أن تراعى في القوانين الوطنية وبخاصة في مجال العقود المبرمة عن طريق الإنترنت وإذا كان

¹ منصور، محمد حسين: مرجع سابق. ص19.

² مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص77-78.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. مرجع سابق. ص171. نقلاً عن حماد، طارق عبد العال: التجارة الإلكترونية "الأبعاد التكنولوجية والمالية والتسويقية والقانونية". ص632.

الإيجاب في نطاق جغرافي معين يمكن تجاوز مشكلة وجوب أن يكون الإيجاب أو الإعلان بلغة القابل¹.

وقد تحققت معظم الشركات من أن الطريقة الوحيدة للقيام بالأعمال بشكل فعال في ظل وجود ثقافات أخرى يكون بالتوافق مع تلك الثقافات، فأعمال الويب تتحد للوصول إلى العملاء المحتملين في الدول الأخرى وثقافتها بترجمة الموقع إلى لغة أخرى، وقد وجد الباحثون أن هناك احتمالية شراء العملاء للمنتجات والخدمات من مواقع الويب المعروضة بلغتهم حتى مع إمكانية قراءة اللغة الأجنبية وفهمها².

وحتى لا تكون اللغة عقبة تستحق الوقوف عندها نجد أن معظم المواقع العالمية أو المواقع ذات الصلة الانتشارية تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وهذا يسهل للزائرين الدخول لمواقعها للتفاوض والقبول³.

وبالإشارة إلى كلاً من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003، وكذلك مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001، نجد أنها لم تتعرض إلى اللغة التي يجب أن يكون فيها الإيجاب، وكذلك الحال بالنسبة لقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وعلى ذلك يمكن القول أن للأطراف حرية اختيار لغة التعاقد وفقاً للقواعد العامة التي لا تضع قيوداً على لغة العقد، فالمهم أن تكون هذه اللغة مفهومة لكلا المتعاقدين⁴.

¹ أبو الهيجا، محمد إبراهيم: مرجع سابق. ص 47.

² حسن، يحيى يوسف: مرجع سابق. ص 52.

³ زريقات، عمر خالد: مرجع سابق. ص 134.

⁴ محاسنة، نسرين: مرجع سابق. ص 327.

الفرع الثالث: صور التعبير عن الإيجاب في التعاقد عبر شبكة الإنترنت

أولاً: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني

يمكن أن يكون الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني لأشخاص معينين، يرى التاجر أن يخصص بالإيجاب لاهتمامهم بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور وبهذا الحال يكون إيجاب مطابق مع الإيجاب التقليدي الصادر بواسطة البريد العادي، والمرسل إليه لا يعلم بالعرض إلا عند فتحه لصندوق بريده وعندها تبدأ فعالية الإيجاب ويكون للمرسل إليه الحرية في قبول العرض برسالة إلكترونية¹، كما يمكن أن يكون الإيجاب موجهاً من التاجر إلى شخص محدد وفي هذه الحالة يكون الإيجاب مطابقاً للإيجاب الصادر عن التلكس أو الفاكس أو البريد وتكون هناك فترة زمنية فاصلة بين الإيجاب والقبول، وفي هذه الحالة يبقى الإيجاب قائماً وغير ملزم بالنسبة للموجب إلا إذا تضمن الإيجاب إلزاماً للموجب بالبقاء عليه لفترة زمنية معينة (طبقاً للقواعد العامة) ويمكن استخلاص هذه المدة من طبيعة الإيجاب أو الأعراف المتداولة²، وفي حالة ما إذا كان إيجاباً غير ملزم فإنه يمكن أن يتم به العقد متى كان جازماً وباتاً وكاملاً محددًا كما يمكن أن يسقط في حالة رفضه عبر البريد الإلكتروني أو التعديل فيه أو تكراره أو انقضاء المدة فيما إذا كان ملزماً³، وتجدر الإشارة إلى إمكانية الرجوع عن الإيجاب بنفس الوسيلة أو بوسيلة أخرى مثل الاتصال الهاتفي⁴.

أما في حالة أن يرسل التاجر الإيجاب إلى عدد غير محدد من الأشخاص فإن نص المادة (94) من القانون المدني الأردني والتي تم تناولها بالتفصيل سابقاً تنطبق في هذه الحالة وفي بعض الأحيان يكون طرفا التعاقد متصلين بشبكة الإنترنت بنفس اللحظة ولا يكون هناك فاصل زمني بين الإرسال والاستقبال إلا ثوان معدودة خاصة إذا كانت سرعة المعلومات

¹ مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص70.

² العجلوني، أحمد خالد. مرجع سابق. ص72.

³ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص100.

⁴ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص72.

المرسلة والمستقبلة عالية¹، ففي هذه الحالة يقترب الإيجاب من الإيجاب عبر التلكس حيث يتم فيه تبادل الإيجاب والقبول في آن واحد وتنطبق عندها القواعد العامة التي تنص على أن المتعاقدين بالخيار بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدور قول أو فعل من أحد المتعاقدين يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك.

ثانياً: الإيجاب عبر شبكة المواقع WEB

يعتبر التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني من أهم صور التعاقد عبر الإنترنت ويكون الإيجاب موجوداً على الموقع الخاص بالتاجر مالك السلعة أو الخدمة، موضحاً كل ما يتعلق بهذه السلعة أو الخدمة من معلومات مثل النوع والسعر، وعادةً ما يقوم مالك الموقع بوضع صورة ثلاثية الأبعاد للسلع، فتسمح هذه التقنية برؤية السلعة على موقع الإنترنت رؤية واضحة، ويجب أن تكون هذه الصورة واضحة وصادقة معبرة بشكل حقيقي عن السلعة فهذه الصورة أصبحت جزءاً لا يتجزأ من الإيجاب وبناءً عليها فإن المتعاقد الآخر سيعتمد على هذه الصورة لإبرام العقد من عدمه² وبهذا يكون الإيجاب الصادر من خلال شبكة المواقع موجهاً في الغالب إلى الجمهور وليس إلى شخص معين، وهذا يجعله يقترب من الإيجاب الصادر عبر الصحف أو التلفاز أو الشاشات الموضوعية في الساحات والطرق العامة³. مما يعني أن الإيجاب موجه للعامة، أي أن العميل "المتعاقد الآخر" غير محدد بعينه ولكي يعتبر إيجاباً يجب أن يحتوي على كامل العناصر الرئيسية وفقاً للشروط العامة، كالثمن وأوصاف السلعة⁴، وعادةً لا يكون محددًا بزمن وإن كان محددًا أحياناً بنفاذ الكمية أو بمدة معقولة كما في الإيجاب التقليدي⁵.

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 48.

² التهامي، سامح عبد الواحد: التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. مصر: دار الكتب القانونية. 2008. ص 140.

³ كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 47.

⁴ مسودي، غادة جواد: التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بيرزيت. رام الله. فلسطين 2007. ص 78.

⁵ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 73.

والإيجاب الذي يكون مقروناً بتحفظات مرتبطة بنفاذ المخزون يكون بإيراد عبارات صريحة مثل "يبقى العرض سارياً حتى نفاذ المخزون" ويمكن أن يكون التحفظ ضمناً في حال أن إرادة الموجب لا يمكن أن تتعدى كمية المخزون المتوفرة لديه وهذا ما يكون في الغالب¹ وهناك اختلاف بين الفقهاء، في تحديد معنى التحفظ في العرض، فالتحفظ النسبي هو التحفظ الذي يبديه من أصدر العرض في مواجهة أشخاص محددين، والتحفظ المطلق يكون في مواجهة الكافة، فالتحفظ النسبي لا يؤثر على الإيجاب فيكون باتاً أما التحفظ المطلق فيغير الإيجاب إلى دعوة إلى التفاوض².

ويمكن أن يكون الإيجاب معلقاً على شرط في حال عرض الموجب السلعة بثمن معين مع الاحتفاظ بحقه في تعديل الثمن تبعاً لتغير الأسعار في السوق أو البورصة، أو في حالة نفاذ ما لدى الموجب من السلعة فإنه لا يلتزم بأي قبول يصدر بعد نفاذ ما لديه³.

ولكن ليس جميع العروض التي تبث على شبكة الإنترنت تعتبر إيجاباً فهي تأخذ أوصافاً مختلفة فقد يوصف العرض بأنه مجرد دعوة للتفاوض⁴، بالرغم من توافر الشروط الجوهرية التي يتم التعاقد بمقتضاها مع من صدر منه العرض ويكون ذلك إذا كانت شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار لدى من صدر منه التعبير عن الإرادة مثل الإعلان عن الحاجة إلى مستخدمين في هذه الحالة يحتفظ من صدر منه التعبير لنفسه بحق الموافقة على من يتقدم إليه بناءً على الدعوة التي وجهها وذلك؛ لأن شخصية المتعاقد محل اعتبار بالنسبة له⁵ كما ويمكن أن يكون الإيجاب صادراً من الفرد وليس عن الموقع حيث يمكن أن تصدر بعض المواقع دعوة للتفاوض لشراء سلع أو خدمات فيقوم الشخص الذي يتصفح الموقع بإصدار إيجاب منه موجهاً إلى الموقع ومتضمناً كافة شروط الإيجاب، فيكون أمام الموقع إما الموافقة وإصدار القبول، وإما

¹ القواسمي، بيان اسحق: مرجع سابق. ص9. عالج مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 مسألة نفاذ المخزون بنص المادة (60) "يجب على البائع، في حالة عدم توفر المنتج أو الخدمة المطلوبة إبلاغ المستهلك بذلك في مدة أقصاها 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد وإرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى صاحبه...".

² المرجع السابق. ص9.

³ العجلوني، أحمد: مرجع سابق. ص73.

⁴ القواسمي، بيان اسحق: مرجع سابق. ص10.

⁵ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص73.

أن يعدل في الشروط ليكون إيجاباً جديداً أو لا يرد فيعتبر أن إيجاب الشخص لم يصادف قبولاً وبالتالي لا ينعقد العقد¹.

ثالثاً: الإيجاب بواسطة الإنترنت عبر المحادثة والمشاهدة

هنا يتحول الحاسب الآلي إلى شبكة هاتف مرئي، ويمكن أن يكون الموجب شخص يعبر عن رأي مجموعة من الأشخاص موجودين بذات المكان فيكون الإيجاب صادر مباشرةً بالكلام أو الكتابة أو المشاهدة أو كلهم جميعاً في تزامن واحد² وفي هذه الحالة ينطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً³.

ولا بد من الإشارة إلى إمكانية تطبيق القواعد العامة التقليدية للتعاقد بواسطة الهاتف على الحالة التي يستخدم فيها الكلام فقط دون المشاهدة، ففي هذه المسألة لا يتم الخروج عن إطار التعاقد بواسطة الهاتف من حيث سماع الأطراف لبعضهم البعض في نفس اللحظات مع انعدام الفوارق الزمنية⁴.

ووفقاً لما تقدم من شروط الإيجاب وسقوطه وتطبيقه فإن شبكة الإنترنت يطبق عليها القواعد العامة في الإيجاب وهو ما أخذ به القانون المدني الأردني على اعتبار أن ما يصدر أولاً هو إيجاب وما يصدر ثانياً فهو قبول، مع الإشارة من قبل المشرع إلى لزوم العقد لمجرد صدور القبول وعدم ثبات خيار المجلس بعدما يتم القبول⁵.

وأخيراً لا بد من الإشارة إلى حالة الإيجاب الإلكتروني الخاطئ عبر الإنترنت والمسؤولية عن الخطأ أو التحريف في إبلاغ الإيجاب في حالة وقوع خطأ أو غموض أو عدم وضوح، فإذا قرر تاجر إجراء تخفيض على سلعة معينة، والعرض على موقع الإنترنت أظهر

¹ خلف، محمد موسى، مرجع سابق. ص 99.

² كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 47. نقلاً عن العجلوني، أحمد خالد: التعاقد عن طريق الإنترنت (دراسة مقارنة). ص 74. والعبودي، عباس: مرجع سابق. ص 148.

³ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 74.

⁴ كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 102.

⁵ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 103.

بأن التخفيضات على جميع أنواع السلع المعروضة وليس فقط على السلعة التي يريد التاجر إجراء تخفيض عليها، ويكون الطرف الآخر المستهلك قبل هذا العرض وأرسل ذلك فعلاً للتاجر¹، في هذه الحالة إذا كان مقدم العرض على الإنترنت هو ذاته الموجب فلا توجد أي مشكلة ويكون هو المسؤول عن كل خطأ أو تحريف في الرسالة الإلكترونية، أما إذا كان هناك وسيطاً يقدم خدمة الإنترنت للتاجر فهنا تثار مشكلة مدى قيام مسؤولية مقدم الخدمة وحدود هذه المسؤولية².

وقد نص التوجيه الأوروبي رقم 1997/66 الخاص بحماية المستهلك "على التزام الموجب ببيان الخطوات التي يجب إتباعها من أجل إنشاء تعاقد إلكتروني ملزم، وتحديد الخطوات التي يلتزم المستهلك بإتباعها من أجل الحصول على الخدمة أو السلعة، مثل الضغط على زر الموافقة أولاً بما يفيد قراءة شروط التعاقد والموافقة عليها ثم كتابة رقم بطاقة الائتمان الخاصة بالمستهلك والمستخدم في الدفع في الخانة المخصصة لذلك على صفحة الويب وغير ذلك من الخطوات، فإذا لم يتبع الموجب له هذه الخطوات المحددة سلفاً فلا يكون الموجب ملزماً بإبرام هذا التعاقد"³. كما بين هذا التوجيه الأوروبي أيضاً في المادتين (10، 11) على أنه يجب على الدول الأعضاء في الإتحاد الأوروبي وضع الخطوات التي يلزم إتباعها من أجل إبرام العقد الإلكتروني بطريقة تكف أن الأطراف تعطي موافقتها المبنية على العلم اليقيني⁴.

وهذا يعني أن الطريقة الواجب إتباعها سوف تبين بواسطة مقدم خدمة الإنترنت قبل إتمام التعاقد وعليه أن يقدم معلومات عن الخطوات اللازم إتباعها من أجل إبرام العقد بصفة خاصة، كما يجب على مقدم الخدمة بيان الطريقة التي يمكن بها معالجة الأخطاء في الإيجاب الإلكتروني⁵.

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 47.

² إبراهيم، خالد ممدوح. التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 99.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 47.

⁴ إبراهيم، خالد ممدوح. التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 99-100.

⁵ المرجع السابق. ص 100.

ويتضح أن التوجيه الأوروبي كان صائباً بما طرحه من وسيلة لضمان عدم الوقوع في خطأ أو تحريف في إيلاغ الإيجاب ويحبذ أن تتبنى التشريعات الوطنية في قوانينها الخاصة بالتعاقد الإلكتروني وعلى وجه الخصوص المشروع الفلسطيني ما جاء به التوجيه الأوروبي بهذا الخصوص.

المطلب الثالث: القبول الإلكتروني

لا يكفي الإيجاب وحده لإتمام العقد، بل يجب أن يعقبه قبول مطابق له من الطرف الآخر وبذلك يتم التعاقد، والعقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي بهذه المسألة فهو يحتاج قبول إلكتروني مطابق مع الإيجاب الإلكتروني¹.

الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني

يمكن تعريف القبول بأنه التعبير الصادر عن إرادة الموجه إليه الإيجاب، برضاه بإبرام التعاقد بالشروط الواردة بالإيجاب². وقد عرفته المادة (102) من مجلة الأحكام العدلية "القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد".

فالقبول بشكل عام هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، لإبرام التعاقد بناءً على البيانات التي تم إرسالها من خلال الإيجاب دون إحداث أي تعديل والموافقة على محتوياته لي مطابق القبول الإيجاب فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجاباً جديداً وليس قبولاً³ وهذا ما جاء في المادة (96) من القانون المدني المصري والتي اعتبرت أن القبول غير المتطابق مع

¹ مسودي، غادة جواد: مرجع سابق. ص 85. نقلاً عن السنهوري، عبد الرازق أحمد: الوسيط مصادر الالتزام. ص 227.

² العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 122.

³ مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 79-80. ومسودي، غادة جواد: مرجع سابق. ص 85. "ويشترط لانعقاد العقد مطابقة القبول للإيجاب، فإذا اقترن القبول بما يعدل في الإيجاب فلا يكون في حكم القبول الذي يتم به التعاقد وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد، إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر". نقض مدني: جلسة 2 مايو 1963 س 14، ص 654. عبد التواب، معوض: مرجع سابق. ص 264.

الإيجاب يعتبر رفضاً يتطلب إيجاباً جديداً¹ وكذلك المادة (99) من القانون المدني الأردني والتي جاءت بنفس الحكم².

وقد أشار بهذا الخصوص العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في بنده السابع بعنوان "قبول العرض" إلى أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن تحديداً لبعض العناصر وهي الشيء أو الخدمة المتعاقد عليها والتمن وطريقة الوفاء وطريقة التسليم والطريقة التي تتم بها خدمة ما بعد البيع، فالإشارة إلى هذه العناصر تستهدف ضمان اتفاق القبول مع الإيجاب في العناصر الرئيسية للعقد والتي لا ينعقد دون الاتفاق عليها³.

وقد يعبر عن القبول صراحةً أو ضمناً، فيكون صريحاً إذا عُبر عن الرضا بشكل صريح لإبرام العقد ومثال ذلك "قبلت عرضكم المؤرخ بتاريخ...." ويكون ضمناً إذا قام القابل بعمل أو تصرف يدل على موافقته دون التعبير الصريح بذلك مثل أن يرسل القابل "المشتري" إلى الموجب "البائع" الثمن⁴.

والقبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذه التعاريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت مثلاً فهو قبول عن بعد لذلك يخضع لذات القاعدة والأحكام التي تنظم القبول التقليدي⁵ والتعبير عن القبول الإلكتروني بالشكل الصريح ممكن أن يتم بأي صورة من صور التعبير عن الإرادة فقد يكون بالوسائل التقليدية للكتابة أو بالوسائل الإلكترونية عبر البريد الإلكتروني أو عبر شبكة المواقع أو باللفظ التقليدي أو عبر وسائل الاتصال الفوري (التلكس أو الفاكس) أو عبر شبكة الإنترنت من خلال البرامج المخصصة للمحادثة أو الرؤية

¹ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

² القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

³ نقلاً عن مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 80.

⁴ العبودي، عباس. مرجع سابق. ص 123.

⁵ إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 63.

المباشرة من خلال الشبكة عبر برنامج الفيديو (تراني وأراك) وقد يتم بالإشارات والحركات المفهومة¹.

يستخلص مما سبق وكما هو الحال بالنسبة للإيجاب أنه ليست هناك طريقة محددة يتم فيها التعبير عن القبول، وذلك وفقاً للقواعد العامة الواردة بهذا الصدد حيث أجازت للمتعاقد أن يعبر عن إرادته بالقبول بأية وسيلة لا تدع شكاً في دلالتها على التراضي².

وبالرغم من عدم وجود عرف حتى الآن يحكم التعبير الصادر عن الإيجاب والقبول خاصة على شبكة الإنترنت إلا أن بوادق القواعد العرفية بهذا الخصوص قد بدأت بالظهور، حيث إنه اختصاراً لبعض العبارات وأماناً للاتصال أصبح المتخاطبين عبر الشبكات يضعون أشكالاً لوجه الإنسان للتعبير عن الموافقة والرفض كما تم الإشارة إلى ذلك سابقاً³.

ولا يشترط أن يصدر القبول في العقد الإلكتروني في شكل خاص أو وضع معين فيمكن أن يصدر عبر وسائط إلكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول ما لم يشترط الموجب صدوره في شكل معين لا بد من الإشارة إلى أن بعض التشريعات اشترطت التعبير عن القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب مما يعني في حال أرسل الموجب الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني أو عبر موقع الويب فيجب على القابل، إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة. أما في حال عدم تحديد الموجب وسيلة لإرسال القبول، فطبقاً للقانون النموذجي فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول يجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب ويكون عادةً صندوق البريد الإلكتروني الخاص به، أو إرسال القبول بذات الطريقة التي أرسل بها الإيجاب⁴. كما أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لم يورد تعريفاً للقبول الإلكتروني كما لم يورد تعريفاً للإيجاب الإلكتروني وترك هذه المسألة للقوانين المحلية⁵ لكنه

¹ خلف، محمد موسى. مرجع سابق. ص 105-106.

² أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 156.

³ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 75.

⁴ إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 64.

⁵ مسودي، غادة جواد: مرجع سابق. ص 86.

اكتفى بالنص على جواز التعبير عن القبول باستخدام رسائل البيانات، وقد سار المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001 على ذات النهج وفقاً لنص المادة (13)¹.

الفرع الثاني: شروط القبول الإلكتروني

أولاً: صدور القبول، والإيجاب ما زال قائماً

نصت المادة (96) من القانون المدني الأردني على هذا الشرط بقولها "المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك"² وهذه المادة مأخوذة من المادة (182) من مجلة الأحكام العدلية.

والقانون المدني المصري لم يأت بنص صريح بهذا الخصوص ولكن يستتج هذا الشرط من الفقرة الثانية من المادة (94)³.

في ضوء ما تقدم يتضح أن الإيجاب الموجه عبر المحادثة الصوتية أو الكتابية يحتاج إلى قبول فوري من الطرف الآخر وقبل الانتهاء من المحادثة وإن لم يبد الموجب رغبته في قبول التعاقد أثناء المحادثة وقبل الانتهاء منها يسقط الإيجاب كما هو الحال بالهاتف ويعتبر كأن لم يكن⁴، وإذا حدث انقطاع بالخط بعد صدور الإيجاب وقبل صدور القبول يسقط الإيجاب ولا يمكن أن يلحقه قبول حتى لو أجريت محادثة جديدة، وفي هذه الحالة يلزم إيجاب جديد؛ لأن مجلس العقد أنقض بحدوث انقطاع الخط⁵ كذلك إذا قام الشخص الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو بإعطاء إشارة إلى أنه انتقل إلى موقع جديد غير موقع الموجب الذي تجري

¹ قانون المعاملات الإلكترونية الأردني. مرجع سابق. أشار المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 لرسالة البيانات فقد نصت المادة (7) "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ بمجرد أنها في شكل رسالة بيانات".

² القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

³ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁴ برهم، نضال إسماعيل: مرجع سابق. ص42.

⁵ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص53.

من خلاله المحادثة أثناء تبادل الإيجاب يكون الموجب له قام بفعل دل على الإعراض فيسقط الإيجاب¹. أما إذا كان الإيجاب عبر موقع على الإنترنت وكانت هناك مدة محددة من الموجب لقبول إيجابه فإن القبول يجب أن يرتبط بهذه بحيث إذا وجد القبول بعد انتهاء المدة فإنه يولد ميتاً؛ لأن الإيجاب سقط بانتهاء المدة².

ويستخلص كذلك أن المشرع الأردني والمصري وكذلك الفلسطيني أكدوا أن الإيجاب يظل قائماً إلى آخر المجلس، وأن الطرف الآخر الموجه إليه الإيجاب له أن يقبل ما دام المجلس قائماً ولم يعدل الموجب أو يصدر منه ما يدل على الإعراض بالفعل أو القول أو بانتهاء المدة.

ثانياً: مطابقة القبول للإيجاب

إن قيام العقد يتطلب المطابقة التامة بين الإيجاب والقبول وهذا الحكم جاء بنص المادة (99) من القانون المدني الأردني "1 - يجب أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب 2 - وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد فيه أو يعدل فيه أعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"³.

وهذا ما أكدته المادة (89) من القانون المدني المصري "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون وفق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد" وكذلك المادة (96) من ذات القانون "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً"⁴.

والمقصود بالمطابقة ليس المطابقة التامة في الصيغ والألفاظ بل المطابقة في الموضوع من خلال صدور القبول بالموافقة على جميع المسائل الجوهرية التي يتضمنها الإيجاب⁵، وهذا ما أكدت عليه المادة (95) من القانون المدني المصري والمادة (100) من القانون المدني

¹ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 72-73. والعبودي، عباس: مرجع سابق. ص 151.

² برهم، نضال إسماعيل: مرجع سابق. ص 42.

³ القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

⁴ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

⁵ المومني، بشار طلال: مرجع سابق. ص 67.

الأردني، وتجدر الإشارة إلى أنه لا يلزم فيما يتعلق بمطابقة القبول للإيجاب أن يكون مطابقاً له في كافة المسائل إذ يكفي الاتفاق على جميع المسائل الجوهرية لإتمام العقد، أما المسائل التفصيلية فإرجاء الاتفاق عليها لا يؤثر على التعاقد ويترك أمر الفصل فيها للقاضي في حالة النزاع¹. وفي حالة أضاف الموجب أثناء قبوله للإيجاب شرطاً جديداً أو تعديلاً ولم يكن في وسع الموجب أن يتحقق منه فإن ذلك يعتبر رفضاً للإيجاب ويشكل إيجاباً جديداً وهناك صور يكون فيها القبول مخالفاً للإيجاب كأن يقيد القابل للإيجاب ومثال ذلك أن تشير صيغة الإيجاب من البائع بدفع الثمن نقداً وبالดอลลาร์ ويأتي القبول مشيراً إلى دفع الثمن بالتقسيط وبالدينار الأردني وفي هذه الحالة يعد القبول رفضاً للإيجاب أو حسب التعبير الإنجليزي "إيجاب معاكس"². ويكون الحال كذلك إذا زاد القابل بالثمن فإن ذلك يعتبر رفضاً للإيجاب ويتضمن إيجاباً جديداً حتى لو كانت هذه الزيادة لمصلحة الموجب وهذا ما استقرت عليه النصوص القانونية محل المقارنة³.

وبتطبيق ذلك على الإنترنت يمكن تناول الزيادة أو النقصان أو تعديل الإيجاب المعروض عبر الشبكة في حالتين من حالات التعاقد عبر الإنترنت وهما التعاقد عبر البريد الإلكتروني والتعاقد عن طريق المحادثة المباشرة والمشاهدة المرئية. فبالعقد عبر البريد الإلكتروني يوجه الموجب له للموجب رسالة تتضمن إنقاص ثمن البضاعة وبالتالي لا تتحقق المطابقة ونكون أمام رفض يتطلب إيجاباً جديداً مما يدل على تصور تعديل الإيجاب زيادةً أو نقصاناً⁴، وكذلك الحال في التعاقد عن طريق المحادثة المباشرة فكلما من الموجب والموجب له يتحاور بطريقة مباشرة سواءً كتابةً أو بالصوت فهما أقرب ما يكونا إلى مجلس العقد الحقيقي وبالتالي فإن أية إضافة أو تعديل من قبل القابل تعتبر إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول الطرف الآخر الذي كان موجباً فيما مضى⁵، وهذا ما لا يمكن تصور حدوثه في حالة التعاقد عبر شبكة المواقع web فلا يمكن تعديل الإيجاب المعروض على الـ web بالزيادة أو النقصان؛ لأن

¹ المادة (89) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 جاءت بنفس الحكم.

² العبودي، عباس. مرجع سابق. ص 132.

³ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 54.

⁴ المومني، بشار طلال: مرجع سابق. ص 67.

⁵ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 54.

الطرف الآخر "الموجب له ما عليه إلا أن يقبل الإيجاب بالضغط على أيقونة الموافقة أو الرفض بعدم الضغط والخروج من الموقع"¹.

الفرع الثالث: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني

استناداً للقاعدة العامة "لا ينسب لساكت قول لكن السكوت في معرض الحاجة بيان" وهذا ما نصت عليه المادة (67) من مجلة الأحكام العدلية، فالأصل أن السكوت لا يعتبر قبولاً وذلك؛ لأن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيراً عن الإرادة، فالإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي وليس إرادة ضمنية؛ لأن هذه الإرادة يمكن استخلاصها من ظروف إيجابية تدل عليها².

وهذا ما قضت به الفقرة الأولى من المادة (18) من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بنصها "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب. أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أيّاً منهما في ذاته قبولاً"³.

وهناك استثناء على هذا الأصل حيث إن التشريعات محل البحث جعلت من السكوت قبولاً ويستدل على ذلك من الشق الثاني من المادة (67) سائلة الذكر من مجلة الأحكام العدلية وكذلك المادة (98) من القانون المدني المصري حيث نصت على "1 - إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. 2 - ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"⁴.

¹ المومني، بشار طلال: مرجع سابق. ص 67.

² إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 67.

³ الصغير، حسام الدين: موقع إلكتروني سابق.

⁴ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

وقد كررت الفقرة الثانية من المادة (95) من القانون المدني الأردني ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (98) من القانون المدني المصري.

يتضح مما سبق جواز أن يكون السكوت دالاً على القبول إذا كان بالإمكان استخلاصه من الظروف الملابسة ويكون ذلك في حالات استثنائية نصت عليها القوانين محل البحث على النحو التالي:

أولاً: وجود تعامل سابق بين المتعاقدين

في حالة كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين وصدر إيجاب لإبرام عقد جديد وسكت الموجب له عن الجواب يعد سكوته إيجاباً ويجب عدم اعتبار مرحلة المفاوضات العقدية من قبيل التعامل الشائع المسبق على التعاقد ومن ذلك إذا وجه أحد المتعاقدين إيجاباً للطرف الآخر بعد المفاوضات وسكت الطرف الأخير فإن سكوته لا يعد قبولاً، "ويجب أن يكون التعامل السابق في نوع القصد ذاته العقد"¹. وهذه الحالة (التعامل السابق بين المتعاقدين) كثيراً ما تصادف في التعاقد عبر الإنترنت ومن الأمثلة على ذلك اعتياد أحد العملاء شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية سواءً بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الـ web وهذه حالة نموذجية للتطبيق على التعامل السابق، ففي الوقت الحالي توجد سهولة بإرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني للمستهلك الذي اعتاد على التعامل مع المتجر الافتراضي عبر شبكة الإنترنت على أن تتضمن هذه الرسالة الإلكترونية اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة قبول وفي هذه الحالة وبالرغم من وجود تعامل سابق فلا يجوز استنتاج قبول العميل من مجرد سكوته هذا يعني أن ظرف التعامل السابق في التعاقد عبر الإنترنت لا يكفي لاعتبار السكوت قبولاً بل يجب أن يفترن بالسكوت والتعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول العميل للتعاقد لاعتبار السكوت قبولاً².

¹ خاطر، نوري حمد: عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني "دراسة موازنة". الطبعة الأولى. عمان: الدار العلمية الدولية دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001. ص 15-16.

² مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 83.

ثانياً: إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه

الاتجاه السائد في التشريعات المدنية وحتى القضاء أن سكوت من وجه إليه الإيجاب في التبرعات يعد قبولاً وذلك؛ لأن هذا القبول متمخض عنه منفعة له، ومن ذلك أيضاً - إذا عرض المتعهد على إحدى زبائنه برنامج أكثر كفاءةً مجاناً فسكوت الزبون يعتبر قبولاً¹، وسكوت المكفول له عن عرض الكفالة عليه يعتبر قبولاً على اعتبار أنها من أعمال التبرع²، ويمكن حدوث هذه الحالة عبر الإنترنت أثناء التعاقد ولكن بطريقة مختلفة عن أعمال التبرع المعتادة عليها ومن أمثلة ذلك قيام إحدى المتاجر الافتراضية المتخصصة ببيع برامج مقاومة الفيروسات بإرسال بريد إلكتروني إلى شخص ما وهذا البريد يكون متضمناً برامج مقاومة الفيروسات مع التوضيح من خلال البريد الإلكتروني أن الموجب له يستطيع استخدام هذا البرنامج مجاناً ولمدة شهر من تاريخ أول استعمال، فسكوت الموجب له يعتبر قبولاً³.

وتجدر الإشارة إلى أن الحالتين سابقتي الذكر (التعامل السابق بين المتعاقدين، إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه) جاءتا على سبيل الاستثناء في الفقرة الثانية من المادة (98) من القانون المدني المصري والفقرة الثانية المكررة لها من المادة (95) من القانون المدني الأردني وهذا ما استقر عليه القضاء الفرنسي في هذا الشأن أيضاً⁴.

ثالثاً: العرف التجاري

إن العرف التجاري الذي جرى عليه العمل يقضي بأن السكوت يدل على الرضا ويعتبر قبولاً ومن الأمثلة على ذلك إذا أرسل البنك كشف حساب للعميل، وسكت العميل ولم يبد اعتراضه خلال المدة الزمنية المحددة لإبداء الاعتراض أعتبر ذلك بمثابة موافقة على الكشف⁵

¹ خاطر، نوري حمد: مرجع سابق. ص 17-18.

² مسودي، غادة جواد: مرجع سابق. ص 92.

³ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص 58.

⁴ مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق، ص 81.

⁵ مسودي، غادة جواد: مرجع سابق. ص 92.

مع العلم أن بعض البنوك لا تذكر جملة أن عدم الاعتراض على الكشف خلال مدة معينة يعتبر إقراراً، على اعتبار أن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً¹.

وباستعراض الحالات الاستثنائية السابقة الذكر وقياس مدى إمكانية تطبيقها على العقود الإلكترونية يمكن القول بدايةً أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وقوانين التجارة الإلكترونية محل البحث لم تتطرق لهذه الحالات الاستثنائية الواردة في القوانين المدنية² وبالتالي لا توجد إمكانية لتطبيقها على العقود الإلكترونية نظراً لحدثة التعاقد على شبكة الإنترنت، فيما يخص حالة التعامل السابق بين المتعاقدين والذي يحدث كثيراً عبر شبكة المعلومات الإلكترونية فهذا لا يكفي على الصعيد العملي لاعتبار السكوت قبولاً إلا بوجود اتفاق صريح أو ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك³، أما بالنسبة للإيجاب الموجه لمنفعة الموجب له فهي تعتبر من أعمال التبرع الذي لا يوقع أي التزام على عاتق الموجب له وهو فرض غير مألوف على الإنترنت⁴، وكذلك الأمر فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دوراً مهماً وفعالاً لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف كما أشير سابقاً وفقاً لرأي الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد.

وفي هذا السياق يمكن القول بعدم صلاحية السكوت للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية، بالرغم من إدراجها لبعض الأمثلة التي تظهر إمكانية تطبيق الحالات الاستثنائية على العقود المبرمة عبر الإنترنت وذلك؛ لأن طبيعة التعاملات الإلكترونية بخاصة عبر شبكة الإنترنت تفرض ذلك، فمن الممكن أن لا يفتح العميل بريده الإلكتروني فترة من الزمن لأسباب خاصة به، وبالتالي لا يرى العروض الموجه له فلا يمكن اعتباره سكوته قبولاً، كما أن من السهل على العميل إرسال قبوله من أي مكان وفي أي وقت نظراً لسهولة استخدام التقنيات الإلكترونية وتوفير أجهزة الحاسوب الآلي دون الاعتماد على التعامل السابق، كما أن من الصعب

¹ حمارشة، رياض وليد: مرجع سابق. ص57.

² إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص68.

³ مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص83.

⁴ مسودي، غادة جواد: مرجع سابق. ص92.

جداً أن يطبق العرف الجاري على العقود الإلكترونية نظراً لحداتها ولما يحتاج له العرف من فترة زمنية طويلة حتى يرسخ ويستقر ويصبح ملزماً بين الأفراد.

الفرع الرابع: الطرق الخاصة للقبول الإلكتروني عبر الإنترنت

إن ابتكار طرق جديدة في التعبير عن القبول الإلكتروني تتماشى وطبيعة التعاملات والعقود الإلكترونية وخاصةً المبرمة عبر شبكة الإنترنت، حيث تم ابتكار تقنية جديدة في التعبير عن القبول وتعرف بالإنجليزية *shrink wrap license* وقد تم استخدامها في مجال السلع والبرامج المعلوماتية منذ وقت غير بعيد، وهذه التقنية أمريكية الأصل "تعتمد على منح مستعملي برامج الحاسوب الآلي إجازات استعمال البرنامج، تمزيق غلاف القرص اللين الذي يحتوي على البرنامج بعد قراءة مواد العقد المدونة على ظهر الغلاف"¹. وهذه التقنية تكون بالتحميل عن بعد وتعني نقل أحد البرامج أو بعض المعلومات إلى الحاسب الآلي الخاص بالعمل عن طريق شبكة الإنترنت بحيث يحصل العميل على البرنامج أو المعلومات دون حاجة إلى استعمال الوسيلة العادية لوضع البرنامج على الحاسب الآلي عن طريق القرص المرن أو أسطوانة الليزر².

قد يتم القبول الإلكتروني بالكتابة التي تفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق اللفظ عبر غرف المحادثة المباشرة بين الأشخاص إذ بالإمكان أن تكون هذه المحادثة مسموعة أو مسموعة ومرئية بنفس الوقت³، وقد يتم مباشرة عبر الشبكة (Online) وذلك بالضغط على أيقونة خاصة بالقبول ويكون ذلك بملء الفراغ المخصص بإحدى العبارات التي تفيد القبول ومنها (Don) أو (I accept) أو (I agree) أو بمجرد اللمس أو الضغط على الأيقونة المعدة سلفاً للقبول⁴.

نظراً لاحتمالية أن يأتي الضغط على أيقونة القبول لهواً أو خطأً من غير قصد وللتأكد من أن القبول بطريقة الملامسة أو الضغط يعبر بشكل واضح ويقصد عن حقيقة القبول فإن

¹ عيسى، طوني ميشال: مرجع سابق. ص 269.

² مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 87.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 119.

⁴ زريقات، عمر خالد. مرجع سابق. ص 145.

بعض البرامج الإلكترونية التي تعرض التعاقد تتطلب بعض الإجراءات التي تؤكد القبول وصحة إجراءاته ومن ذلك تكرار الضغط على أيقونة القبول¹ أو العمل على تحرير وثيقة أمر بالشراء على الشاشة من قبل العميل لتأكيد سلوكه الإيجابي بهذا الشأن أو يرتد إلى موقع البائع تأكيداً للأمر بالشراء، ومن الأمثلة على ذلك ما ورد بالبند السابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بشأن القبول من ضرورة وجود تأكيد للأمر بالشراء وقد ورد بالتعليق على ذات البند أن القبول وتأكيد الأمر بالشراء يجب أن يتحققا بمجموعة من الأوامر على صفحات الشاشة المتعاقبة، بحيث تتضمن هذه الأوامر ارتباط المستهلك على وجه جازم².

وبناءً على ما تم ذكره سابقاً فإن الأصل العام للقبول يمكن أن يتم صراحةً أو ضمناً وإمكانية تصور ذلك في القبول الإلكتروني ممكناً حيث يتم التعبير صراحةً عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة، وقد يكون ضمناً كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إيرامه كالدفع مثلاً عن طريق بطاقات الائتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري دون الإعلان عن قبوله الصريح فيعتبر هذا قبولاً ضمناً، ولكن الرأي الراجح يذهب إلى أن التعبير عن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً؛ لأنه يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آلياً³.

وفي هذا السياق وقبل الانتهاء من هذا المطلب فإنه لا بد من تناول مسألة مهمة وهي إمكانية رجوع القابل عن قبوله في العقد الإلكتروني.

فموجب القوة الملزمة للعقد فإن أياً من طرفيه لا يمكن أن يرجع عنه إذا التقى الإيجاب بالقبول، وقام العقد وعندها يصبح تنفيذه ملزماً ولا رجعة فيه، ولكن نظراً لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه إمكانية الفعلية لمعاينة السلعة والإلمام بها وبخصائص الخدمة قبل إبرام العقد فإنه يجب أن يتمتع بحق العدول⁴.

¹ أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: مرجع سابق. ص 94.

² مجاهد، أسامة أبو الحسن: مرجع سابق. ص 85.

³ إبراهيم، خالد ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 121.

⁴ المرجع السابق. ص 125.

لذلك نصت بعض التشريعات والتعليمات على هذا للمستهلكين ومنها المادة (6) من التوجيه الأوروبي حيث منحت هذا الحق للمستهلك خلال سبعة أيام دون إعطاء أي أسباب وتبدأ المدة في السريان من تاريخ إبرام العقد أو من تاريخ كتابة المورّد الإقرار الخطي بالنسبة للخدمات وتبدأ من تاريخ استلام المبيع في حالة السلع والبضائع وتصبح المهلة ثلاثة أشهر إذا لم يتم تزويد المستهلك بالبيانات والمعلومات المطلوبة¹، وكذلك تقرر هذا الحق للمستهلك بنص المادة (26/121) من تقنين الاستهلاك الفرنسي والتي نصت "يحق للمشتري في كل عملية بيع عن بعد إعادة المنتج خلال مدة سبعة أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواءً لاستبداله أو لاسترداد ثمنه دون مسؤولية أو نفقات فيما عدا تكاليف الرد" وكذلك تقرر هذا الحق بمقتضى المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم (21/88) الصادر في 6 يناير 1988 بنصها "في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع برده سواءً لاستبداله أو لاسترداد ثمنه". وهذا النص يطبق على الحق في العدول بالنسبة للمنتجات فقط، أي الأشياء المادية المنقولة دون الخدمات سواءً تم هذا البيع عن طريق الهاتف أو الفاكس أو التلكس أو المنتيل أو التلفاز، وهذا ينطبق على التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت باعتباره تعاقدًا عن بعد².

وبالنظر إلى مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 فقد نصت المادة (55) على أن فترة العدول تكون خلال عشرة أيام تحتسب من تاريخ تسلم المستهلك للبضاعة أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة لتقديم الخدمة³. هذا ولم ترد أية مادة في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني وكذلك في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 تكفل حق المستهلك بالعدول عن قبوله دون إبداء الأسباب. أما قانون حماية

¹ أبو الهيجا، محمد إبراهيم: مرجع سابق. ص 50.

² إبراهيم، خالد ممدوح. أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 71.

³ نصت المادة (55) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 "مع مراعاة أحكام المادة (50) من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء خلال عشرة أيام تحتسب من تاريخ تسلم المستهلك للبضاعة أو من تاريخ إبرام العقد بالنسبة لتقديم الخدمة. ويتم إخطار البائع بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقاً في العقد وفي هذه الحالة، يجب على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة، ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

المستهلك المصري فقد نصت المادة (8) منه على أن الفترة التي يحق للمستهلك العدول خلالها أربعة عشر يوماً من تاريخ تسلم السلعة فيكون للمستهلك الحق في استبدالها أو إعادتها أو استرداد قيمتها، وذلك إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات أو الغرض الذي تم التعاقد عليها من أجله¹ وقد أعطي كذلك مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لسنة 2007 هذا الحق للمستهلك في المادة (7) مئة ولكن خلال عشرة أيام، واستثنى من ذلك السلع الاستهلاكية القابلة للتلف السريع على أن يكون أيضاً رد السلعة أو استبدالها مسبباً كوجود عيب فيها على أن لا يكون هذا العيب ناتج عن استعمال المستهلك للسلعة.

وعند التساؤل عن مدى عدالة هذا الحق الممنوح للمستهلك في إمكانية رجوعه عن العقد، نجد أن هناك ضرراً سيلحق بالبائع من جراء هذا الحق فطبيعة التعامل التجاري تفرض على التاجر المشاركة في الصفقات والأعمال التجارية المختلفة من بيع وشراء، وهذه تستند إلى مركزه المالي المعرض للزعزعة من جراء قيام المشتري بالعدول عن العقد بعد أن يكون التاجر تصرف بجميع أمواله بالبيع والشراء وهذا يشكل ضرراً جسيماً بالنسبة للتاجر، كذلك يمكن أن ينفذ كل ما لدى التاجر من مخزون البضاعة فيقوم التاجر برد العروض الجديدة، وبعد ذلك يفاجئ بأن البضاعة قد ردت إليه، مما يلحق به خسارة فادحة بسبب تفويت الفرصة عليه بقبول العروض الجديدة، بالإضافة إلى تكديس البضاعة المردودة². وبالرغم من ذلك فإنه من الأولى وجود فترة يستطيع خلالها المستهلك معاينة البضاعة والتفكير بشأنها علماً أنه لا يستطيع القيام بذلك قبل تسلم البضاعة ولكن مراعاةً لمصلحة الطرف الآخر "البائع" يفضل أن لا تطول هذه الفترة. فمدة عشرة أيام مناسبة لكلا الطرفين وذلك كما ورد في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 خوفاً من عدم مبالاة بعض المستهلكين وإهمالهم ومماطلتهم في إرجاع البضاعة بحيث يرجئوا ذلك إلى آخر أيام المهلة المسموحة مما قد يلحق الضرر بالتاجر العربي والفلسطيني تحديداً في حالة كان يقوم مقام البائع أو مسوق السلعة عبر الإنترنت.

¹ قانون حماية المستهلك المصري رقم (67). نشر هذا القانون في العدد (20) من الجريدة الرسمية مكرر في تاريخ 20 مايو 2006.

² حسن، يحيى يوسف: مرجع سابق. ص57. نقلاً عن أبو الهيجا، محمد إبراهيم: عقود التجارة الإلكترونية. ص50.

الفصل الثالث

لحظة انعقاد العقد الإلكتروني

ينعقد العقد عموماً سواءً كان إلكترونياً أم تقليدياً في اللحظة الزمنية التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، وهذا الاقتران إما أن يكون حقيقياً وعندها يسمى بالتعاقد بين حاضرين أو يكون الاقتران حكماً ويسمى عندها بالتعاقد بين غائبين.

وتظهر الصعوبة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عادةً في التعاقد بين غائبين وذلك لوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به في أغلب الأحوال، وبما أن العقد الإلكتروني يدخل ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد (عقود المسافات) والتي تتعقد دون الحضور المادي للطرفين في مجلس عقد واحد، فإن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني ومكانه تعد من أهم المسائل القانونية في التعاقد الإلكتروني، وهذا ما سيعالج في هذا السياق بما يتماشى مع طبيعة هذا النمط من التعاقد بعد تناول مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول

اقتران القبول بالإيجاب في العقد الإلكتروني

أجمع الفقهاء أن التعاقد الإلكتروني لا يختلف في حد ذاته عن التعاقد العادي، إلا أن التعاقد الإلكتروني يتم بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد في أغلب الحالات، وبوسائل إلكترونية¹، فالإيجاب والقبول يصدر بهذه الوسائل فينعقد العقد عند تلاقي الإيجاب الإلكتروني المستكمل لشروطه مع القبول الإلكتروني الموافق له، وبهذا التلاقي يتحقق التوافق بين الإرادتين المؤدي إلى انعقاد العقد، وتكمن أهمية اقتران القبول بالإيجاب في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد². والعقد الإلكتروني كسائر العقود الرضائية يحتاج إلى رضا صادر عن ذي أهلية ومحل وسبب مشروعين غير مخالفين للنظام العام والآداب كما ذكر آنفاً.

¹ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 144.

² المرجع السابق. ص 144. والعجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 79.

المطلب الأول: التعاقد بين حاضرين

يعرف التعاقد بين حاضرين بتوافق الإرادتين في مجلس واحد¹، فعندما يجتمع الموجب والقابل في ذات المكان يكونان في مجلس واحد فيعتبر التعاقد بين حاضرين². ولبيان التعاقد بين حاضرين يقتضي التعرض لمسألة مجلس العقد.

عرفت مجلة الأحكام العدلية مجلس العقد في المادة (181) بأنه "مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع". وبالنظر إلى شرح المجلة يرى علي حيدر أن المجلس اسم مكان بمعنى مكان استقرار الناس، والاجتماع هو وصف المتبايعين³.

وقد لاقت فكرة مجلس العقد عناية كبيرة، وذلك بقصد تحديد المدة التي يجب أن تفصل بين الإيجاب والقبول، ومجلس العقد هو اصطلاح شرعي يقصد به "اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل"، "وعليه ينفذ مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدين أو كليهما، ولكنه يعتبر منفضاً كذلك ولو لم يبرح العاقدان المكان، إذا شغلها أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل ويقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان، ووحدة الزمان ومؤدى ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول بنفس المكان ونفس الجلسة"⁴.

هذا وقد تعددت المحاولات في تناول تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي والفقه المعاصر، وقد عرفه البعض بأنه "مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال بالصيغة وينفذ بانتهاء الانشغال بالتعاقد"، وهذا ينطبق على مجلس العقد الإلكتروني أيضاً⁵.

¹ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 79.

² كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 53.

³ حيدر، علي: مرجع سابق. ص 132.

⁴ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 128.

⁵ إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 83.

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة(94) من القانون المدني المصري "2 - ومع ذلك يتم العقد ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد"¹. ولا بد من الإشارة أن فكرة مجلس العقد لم يتناولها الفقه الفرنسي بوجه خاص، لذلك فليس لها صدى في التقنين المدني الفرنسي². وقد استوحى القانون المدني المصري فكرة مجلس العقد من الفقه الإسلامي، وقد شهد الفقيه السنهوري بقوله "وقد رؤي من المفيد أن يأخذ مشروع القانون المدني بنظرية الشريعة الإسلامية في مجلس العقد"، وقال "أن الأساس المستمد من الشريعة الإسلامية لفكرة مجلس العقد إنما هو وضع عملي معقول واستمر قائلاً "وهذا هو خير تفسير لقواعد الفقه الإسلامي في مجلس العقد"³. ويقارب هذا النص المتعلق بمجلس العقد ما ورد في المادة (96) في القانون المدني الأردني⁴.

ويتضح مما سبق وحسب رأى الفقيه السنهوري أن الفقه الإسلامي قد صاغ فكرة مجلس العقد (نظرية مجلس العقد) بشكل كبير من الإتقان، فلم يطلب من المتعاقد الآخر القبول فوراً، بل له بعض الوقت، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقاً مدة طويلة دون الرد على إيجابه، وهذا يلزمه التوسط بين الأمرين، ومن هنا نبنت نظرية مجلس العقد⁵.

والغرض من وجود هذه النظرية هو أن يكون الإيجاب والقبول في مجلس واحد، ولأن اتحاد المجلس شرط في الانعقاد والغرض من النظرية تحديد المدة التي يصح فيها فصل القبول

¹ القانون المدني المصري: مرجع سابق.

² الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص130.

³ المغربي، محمد نجيب: مرجع سابق. ص52-53. نقلاً عن السنهوري، عبد الرازق أحمد: الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام. ص271.

⁴ القانون المدني الأردني: مرجع سابق. نص المادة (86) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 جاءت متقاربة مع فحوى نص المادة (94) من القانون المدني المصري ونص المادة (96) من القانون المدني الأردني، وجميعهم أوضحوا مدى ضرورة أن يحوي مجلس العقد ركنا المكان والزمان.

⁵ إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص82.

عن الإيجاب حتى يتمكن من عرض عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر أمره فيقبل الإيجاب أو يرفضه، فلو بدا إعراض من أحدهما انفض مجلس العقد¹، ويترتب على ذلك أن يكون كل من الإيجاب والقبول غير ملزمين طالما لم يتم التلاقي بينهما²، فيكون للمخاطب بالإيجاب خيار القبول إلى أن ينفذ مجلس العقد فالقبول غير محتم؛ لأن مجلس العقد صيغت نظريته لتحديد المعيار الذي يتم فيه قبول الإيجاب أو رفضه، ويكون للموجب خيار الرجوع عن إيجابه حتى صدور القبول أو انقضاء المجلس، كما يكون لكل من المتعاقدين خيار المجلس، والمقصود بخيار المجلس "أن يكون لكل واحد من العاقدين الفسخ ما لم يتفرقا بالأبدان، وهذا الأمر مختلف عليه بين الفقهاء"³.

ولمجلس العقد أهمية بالنسبة للعقد تتمثل بما يحمله من تحديد لمكان وزمان التعاقد، وكذلك يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة، إذا ما ثار نزاع بشأن العقد وكذلك القانون الواجب التطبيق⁴.

وعليه يمكن تعريف مجلس العقد بأنه "مجلس يتواجد فيه العاقدان حقيقةً أو حكماً عند التعاقد، ويكون التواجد حكماً عند التعاقد بوسيلة إلكترونية" وقد انفرد بهذا التعريف مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 من قوانين ومشاريع المعاملات الإلكترونية محل البحث.

المطلب الثاني: التعاقد بين غائبين

عادةً ما كان يتم التعاقد بين غائبين بالمراسلة بإحدى طرقها سواءً بالبريد أو البرق أو رسول خاص⁵. إلا أن تطور مناحي الحياة بجوانبها المختلفة، وتشعب المصالح وتبادلها وانتشار

¹ الفضل، منذر: مرجع سابق. ص135. وخلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص146.

² إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص83.

³ الفضل، منذر: مرجع سابق. ص135. والعجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص281.

⁴ إبراهيم، خالد ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص148.

⁵ الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص140.

وسائل الاتصالات المتقدمة جعل من السهولة إجراء الاتصالات وإنشاء العقود بين الأشخاص سواءً على المستوى الوطني أو الدولي مع من هم داخل أو خارج الوطن كالتعاقد بين أفراد الدول المختلفة والمتباعدة¹، وفي هاتين الحالتين للتعاقد يوصف بأنه تعاقد بين غائبين لكون الأطراف المتعاقدة لا يجمعهما مجلس واحد في مكان واحد، بخلاف التعاقد الميسور الذي يجمع الموجب والقابل في نفس المكان².

ولتوضيح الفرق بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، وجب توضيح المعيار للفرقة بينهما، وبهذا يرى الدكتور السنهوري أن معيار التمييز هو فترة من الزمن فيما بين صدور القبول وعلم الموجب به، ففي التعاقد ما بين حاضرين تتمحي هذه الفترة من الزمن ويعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه، أما في التعاقد بين غائبين فإن القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب وعلى هذا يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به معتبرين أن العبرة ليست بالمكان أي اتحاد المجلس أو اختلافه، بل تكمن في أن تتخلل فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به³.

ويمكن أن نتصور تعاقدًا تم ما بين غائبين لا يفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به، فعندها نطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين وهذا ما سنراه في التعاقد عبر الهاتف ونستطيع أن نتصور تعاقدًا ما بين حاضرين يفصل فيه زمن ما بين صدور القبول والعلم به ومع ذلك تطبق عليه قواعد التعاقد بين غائبين، ومن ذلك الحالة التي يتم فيها الإيجاب والمتعاقدين في مجلس واحد، كما لو حدد الموجب ميعاد للقبول وافترق الطرفان المتعاقدان، ثم أرسل الموجب له القبول عن طريق رسالة عبر البريد الإلكتروني⁴. وينطبق على المحادثة عبر

¹ الفضل، منذر: مرجع سابق. ص 137.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 148.

³ المرجع السابق. ص 148. نقلًا عن السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الوسيط. ج 1. ص 160-255. والعجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 86.

⁴ كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 54.

الإنترنت ما ينطبق على التعاقد عبر الهاتف من حيث إنه تعاقد ما بين غائبين لا تفصل ما بين صدور القبول والعلم به مدة زمنية.

وهناك جانب من الفقه الحديث يرى أن معيار الزمن ليس جامعاً ولا مانعاً فالزمن ليس العنصر الوحيد الذي يميز بين التعاقد بين غائبين، والتعاقد بين حاضرين، بل هناك ثلاثة عناصر وهي: بالإضافة إلى عنصر الزمن عنصر المكان وعنصر الانشغال بظروف العقد¹.

وبرر هذا الاتجاه رأيه على أساس أن فكرة التزامن ليست سليمة وغير منضبطة فالتعاقد قد يطول تبعاً لظروفه، فضلاً عن أن تحديد فكرة التزامن حسب هذا الرأي لا تزال محل خلاف فقهي وتشريعي وقضائي وبناءً عليه ظهرت نظريات مختلفة لتحديد زمان ومكان التعاقد بين غائبين².

وقد سهلت تطورات الحياة المعاصرة بكافة مناحيها وخاصة تكنولوجيا الاتصال عملية الاتصال والتعاقد بين الأشخاص في كافة أرجاء المعمورة، دون حضور مادي لأطراف العقد في مجلس واحد، فضلاً عن عدم اشتراط القانون للوجود الثنائي الفعلي لأطراف العقد في مكان واحد لحظة تبادل الإيجاب والقبول، إذ يمكن أن يتم تبادلها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة والفورية من الهاتف أو التلكس أو الفاكس أو عن طريق أجهزة الحاسب الآلي، مما يجعل إمكانية مواءمة هذا الرأي غايةً في الصعوبة، وبذلك يبقى المعيار الزمني المعيار الأساسي للتمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين بوصفه قاعدة عامة ولا سيما بعد أن تطورت مسائل الاتصال الحديثة³.

ويمكن القول أن الصواب في ذلك، حيث إنه ولمواكبة التطورات الحاصلة على أرض الواقع في وسائل الاتصال الحديثة يجب استخدام المعيار الأنسب والأكثر مرونة للتمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين ألا وهو المعيار الزمني.

¹ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 86.

² العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 145.

³ كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 54-55. والعجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 87.

نستخلص مما سبق أن هناك نوعين من مجلس العقد: حقيقي وحكمي، فالمجلس الحقيقي هو المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حالة أنهما منصرفان إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد عليه قبولاً أو رفضاً، أو ينفذ دون رد، أما مجلس العقد الحكمي أو الافتراضي فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، وهذا ما يكون عليه الحال غالباً في العقد الإلكتروني¹.

ولا بد من الإشارة إلى عدم وجود نص في التشريعات المدنية المختلفة بما فيها محل البحث، يعرف مجلس العقد، ولكن من استقراء النصوص نستطيع تكوين صورة عنه مقترنة بالإيجاب²، ويمكن أن نخلص إلى أن هناك شرطين يجب توفرهما في مجلس العقد:

1 - وحدة المكان حقيقةً أو حكماً (كما ذكر آنفاً) ويمكن أن نمثل عليها، بأن يكون كل من المتعاقدين يرى ويسمع الآخر ويتمثل ذلك التعاقد بالهاتف وعن طريق الإنترنت، وكذلك يعتبر التعاقد عن طريق الفاكس تعاقدًا حكماً.

2 - انشغال المتعاقدين بأمر العقد، بحيث إذا صدر من أحدهما قول أو فعل يدل على الإعراض بطل الإيجاب³. وبعد الاستعراض الموجز للتمييز بين حالتي التعاقد فلا بد من توضيح ما إذا كان التعاقد عبر بعض وسائل الاتصال الحديثة تعاقدًا بين حاضرين أم غائبين، وفيما إذا كان مجلس العقد حقيقياً أم حكماً.

الفرع الأول: التعاقد عبر الهاتف وما يماثله

تجدر الإشارة إلى أنه يقصد بتعبير (ما يماثله)، أجهزة اللاسلكي بأشكالها المختلفة، وهي أجهزة متحركة غير ثابتة تقوم بنقل الأصوات لمسافات طويلة حسب قوة ترددها والأجهزة

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 84.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 147.

³ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 80. وخلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 146-147.

الداعمة لها، وكذلك أجهزة الراديو والمسماة بمحطات الإذاعة اللاسلكية¹ والراديو والتلفاز حيث إنها تماثل الهاتف من حيث قيامها بنقل الصوت علماً بأن التلفاز يقوم بنقل الصورة أيضاً². وقد اختلف الفقهاء بشأن مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف وما يماثله من حيث كونه تعاقد بين غائبين أم بين حاضرين.

فالرأي الأول يرى أن التعاقد عبر الهاتف وما يماثله من وسائل سمعية وبصرية هو تعاقد بين حاضرين، وبالتالي فإن مجلس العقد حقيقي وليس حكمي، واحتجوا بذلك بأن كل عناصر مجلس العقد العملية متحققة باستخدام هذه الوسيلة، على اعتبار وجود فارق كبير بين التعاقد بالرسول وبين الهاتف؛ لأن إرادة الموجب حاضرة وإمكانية التوضيح والتفصيل موجودة في الحال للرد على كل أمور العقد وإنهائه دون وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب والعلم به، عكس إرادة الرسول فهي محددة الجهة لا يستطع الزيادة عليها وقد اعتبر أنصار هذا الرأي أن هذه الحالة تعتبر وكأن طرفي التعاقد في مجلس واحد فالمعنى المفهوم عندهم من اشتراط اتحاد المجلس سماع كل منهما الآخر والانتباه لقوله، وهذا حاصل في التعاقد بهذه الوسيلة³. وقد أخذ المشرع المصري بهذا الرأي في القانون المدني المصري في المادة (94)⁴ والتي نصت "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون أن يعين ميعاد للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأي طريق مماثل⁵.

¹ المغربي، محمد نجيب: مرجع سابق. ص188. محطات الإذاعة اللاسلكية تقوم ببث مواد إعلامية إخبارية يلتقطها الناس في أجهزتهم الصغيرة التي تعرف بالمذياع أو الراديو عندما تتوارد محطات الاستماع على ترددات هذه المحطات الطويلة والمتوسطة والقصيرة لكن هذه المحطات ترسل فقط أما استقبالها فيكون عن طريق أجهزة الهواتف وغيرها. نقلاً عن المرجع السابق. ص188.

² الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص135.

³ الرمالوي، محمد سعيد: مرجع سابق. ص150.

⁴ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص131.

⁵ القانون المدني المصري. مرجع سابق.

وفقاً لهذا النص فإن التعاقد عن طريق الهاتف وما يمثله يأخذ حكم التعاقد ما بين حاضرين في مجلس العقد، على اعتبار أن كلاً منهما يسمع حديث الآخر فور صدوره منه، فالإيجاب الصادر بواسطة الهاتف يسقط إذا لم يلحقه قبول فوري، فمجلس العقد يتحدد بزمان المكاملة الهاتفية وينفض بانتهائها أو بانفضاض مجلس العقد بتغيير موضوع المحادثة¹.

أما الرأي الثاني فيرى أن التعاقد عبر الهاتف وما يمثله تعاقد بين غائبين وبالتالي مجلس العقد حكمي، فاعتبروا أن الهاتف كالرسول في نقل الكلام أو الإيجاب، حيث يقوم بإبلاغ التعبير كما يتلقنه فهو ينقل إرادة الموجب لإرادته، ولكن هناك فرق بينهما متمثل في أن التعاقد عبر الهاتف ينقل الموجب إجابته بلسانه، أما الرسول فينقل الإيجاب بلسانه هو، وليس بلسان الموجب ويكون دوره سفيراً معبراً أو ناقلاً لكلام الموجب². ويكون مجلس العقد حسب هذا الرأي مفتقراً إلى الركن المكاني للمجلس بمعنى وجود ركن الزمان دون ركن المكان على اعتبار أن المجلس يقوم على ركنين أساسيين هما: الزمان والمكان³.

وذهب الرأي الثالث إلى أن التعاقد بالهاتف وما يمثله تعاقد بين حاضرين من جانب وبين غائبين من جانب آخر، فمن ناحية الركن الزماني لمجلس العقد هو تعاقد بين حاضرين⁴ ويكون ذلك بانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، وبالتالي ينعقد العقد فور صدور القبول لاتصاله بعلم الموجب فور صدوره، أما من ناحية الركن المكاني فيعد تعاقدًا بين غائبين، وبالتالي ينعقد العقد في المكان الذي يوجد فيه الموجب وقت علمه بالقبول، وبالتالي فإن مجلس العقد يعتبر مختلطاً، فهو من حيث الزمان يعتبر مجلس عقد حقيقي، ومن حيث المكان يعتبر مجلس عقد حكمي⁵.

¹ المغربي، محمد نجيب: مرجع سابق. ص 196.

² الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 132-133.

³ الرمالوي، محمد سعيد: مرجع سابق. ص 152.

⁴ المغربي، محمد نجيب: مرجع سابق. ص 193-194.

⁵ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 134.

وهذا الرأي يؤدي إلى فصل ركني مجلس العقد عن بعضهما ويجعل للعقد مجلساً من حيث المكان ومجلساً من حين الزمان، أو يجعل للمجلس شقين: شق يخضع لأحكام مجلس العقد الحقيقي وشق يخضع لأحكام مجلس العقد الحكمي. والمعروف أن للعقد مجلساً واحداً ينعقد فيه العقد على ركنين معاً، والمجلس إما أن يكون حقيقياً تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، وإما أن يكون مجلساً حكماً تسري عليه أحكام المجلس الحكمي¹.

وقد نص القانون المدني الأردني في المادة (102) "يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد حين العقد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس"².

فهنا اعتبر النص التعاقد عن طريق الهاتف أو أي طريقة مماثلة تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان ويكون عندها مجلس العقد حقيقي، وتعاقداً بين غائبين من حيث المكان، ويكون عندها مجلس العقد حكمي، وبهذا يكون المشرع الأردني أكثر دقة من المشرع المصري الذي اعتبر القبول عبر الهاتف قبولاً صحيحاً ملزماً للموجب والقابل دون ذكر مجلس العقد ومدى اعتبار هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد دون تمييز الزمان والمكان³. وقد جاء مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 بشكل مباشر بما جاء به القانون المدني الأردني⁴. وتشير عبارة "بأية طريقة مماثلة" في المادة (102) من القانون المدني الأردني بوضوح إلى أية وسيلة تقترب فنياً من الهاتف وبالتالي يمكن القول بأن النص يمتد ليشمل التعاقد بالإنترنت على اعتبار أن هذه الشبكة اعتمدت في بداية ظهورها على وجود شبكة هاتف تقليدية أو حديثة.

من خلال ما تقدم يمكن القول أن التعاقد بالهاتف وما يماثله يعد تعاقداً بين حاضرين إذا لم تفصل مدة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، أما إذا مضت مدة من الزمن

¹ الرملاوي، محمد سعيد: مرجع سابق. ص 153.

² القانون المدني الأردني: مرجع سابق.

³ المطالقة، محمد فواز: مرجع سابق. ص 33.

⁴ نصت المادة (91) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 "يعد التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة أخرى مماثلة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان".

معينة، كما لو طلب أحد المتعاقدين من الآخر، أن ينتظر ويبقى الهاتف مشغولاً لحين الرد بالإجابة عن القبول، غير أنه عندما عاد ورد على الهاتف انشغل بشيء آخر لا يتعلق بموضوع القبول وانتهت المكالمة ومن ثم اعلم الموجب بقبوله لاحقاً فإن التعاقد في هذه الحالة يعد بين غائبين من حيث الزمان وتطبق بشأنه أحكام التعاقد بالمراسلة وهذا ما جاء به دكتور عباس العبودي في كتاب التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني "دراسة مقارنة".

الفرع الثاني: التعاقد عبر الهاتف النقال

يمكن التمييز في حالة الهاتف النقال بين حالتين، حالة الاتصال الشفوي المباشر وحالة الاتصال بالرسائل القصيرة، ففي الحالة الأولى فإن التعاقد يعد تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان كما هو الحال في الهاتف العادي، أما الحالة الثانية (الاتصال بالرسائل القصيرة) فإذا تم الاتصال بالرسائل القصيرة مباشرةً أي بعدم وجود فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها، والرد عليها برسالة أخرى فورية أو بالاتصال الشفوي فإنه يعتبر تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة القصيرة وبين العلم بها أو الرد عليها فإنه يعتبر تعاقداً بين غائبين¹.

ونظراً للتطور الحاصل والمتمثل بظهور الجيل الثالث من الهواتف النقالة والذي يمكن من خلالها الحديث والرؤية والكتابة في آن واحد، ففي هذه الحالة يكيف مجلس العقد كما هو عليه مجلس العقد في المحادثة المباشرة مع المشاهدة على الإنترنت.

الفرع الثالث: التعاقد عبر الفاكس وما يماثله

يعتبر التعاقد بالفاكس وما يماثله صورة يزداد شيوعها على أثر ازدهار التجارة الإلكترونية والتقدم المذهل في مجال تقنيات الاتصال عن بعد، والتعاقد بواسطته يعتبر تعاقداً بين

¹ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 135.

غائبين حيث لا يجمعهما مجلس واحد¹، حيث يكون كل من العاقدين حاضراً من جانب وغائباً من جانب آخر، فالموجب حاضراً عند إصداره الإيجاب ويعد غائباً بعد وصول الإيجاب إلى من وجه إليه الأخير، ويعد الأخير حاضراً في الوقت الذي يكون فيه الموجب غائباً².

وهذه الوسيلة لا تختلف عن التعاقد بالمراسلة التقليدية بطريقة الكتابة، فالإيجاب أو القبول المرسل عن طريقها يرسل بصورة مكتوبة وواضحة، حتى ولو لم تكن بخط المتعاقد وإنما نقل لصورة منه عبر آلة ميكانيكية أو إلكترونية ويتمثل الفارق بين التعاقد بالمراسلة والتعاقد بهذه الوسيلة في أن الأول يتم بكتاب محمول في حين أن الثاني يتم عبر آلة إلكترونية، وتمثل هذه الآلة بالتلغراف أو الفاكس أو التلكس أو التليتكس أو المينيثل³.

المطلب الثالث: التعاقد عبر الإنترنت

لمعرفة ما إذا كان التعاقد عبر الإنترنت تعاقداً بين حاضرين أو غائبين بمعنى (مجلس العقد حقيقي أم حكمي) لا بد من التطرق إلى الصور التي يتم بها هذا التعاقد، سواءً عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال شبكة المواقع أو من خلال المحادثة المباشرة مع المشاهدة.

الفرع الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني

إذا تم التعاقد وكان هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول يكون تعاقداً بين غائبين من حيث الزمان والمكان. ومثل ذلك أن يقوم الموجب بإرسال إيجابه عبر البريد الإلكتروني لشخص ليس موجوداً على اتصال مباشر، وعندما يقوم الموجب له بعد فترة من الزمن بفتح بريده الإلكتروني يجد العرض ويرد عليه، وهذه الحالة تقترب من حالة التعاقد عبر الفاكس⁴.

¹ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 136.

² المغربي، محمد نجيب: مرجع سابق. ص 206.

³ الجمال، سمير حامد: مرجع سابق. ص 136.

⁴ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 153. وكميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 55.

أما إذا تم الإيجاب والقبول في نفس الوقت وكان المتعاقدان على اتصال مباشر دون وجود مدة زمنية فاصلة بين صدور القبول وعلم الموجب به، يكون التعاقد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان وهذه الحالة تقترب من حالة التعاقد عبر الهاتف¹. ويبدأ مجلس العقد في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني من حين صدور الإيجاب أو البدء بالتفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع في حال أن التعاقد يتم بالكتابة المباشرة بين الطرفين إي يكون الاتصال بينهما لحظياً أما إذا كان التعاقد غير مباشر (غير خطي) فإن مجلس العقد يبتدئ من لحظة إطلاع القابل على المعروض عليه سواء كان منتجاً أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت وإلا يتم الرجوع في ذلك إلى الأعراف مع العلم عدم وجود أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها نظراً لحدثة التعاقد الإلكتروني كما أشير سابقاً².

الفرع الثاني: التعاقد عبر شبكة المواقع

إذا دخل شخص إلى موقع ما على الشبكة ليبرم عقد ووضع إجابته على العرض، فإما أن ينتظر فترة من الزمن لتلقي الرد وهنا يكون التعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان، وإما أن يتلقى الرد فوراً بعد وضع الإجابة دون فاصل زمني فنكون هنا أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حين المكان³. وسواء كان التعاقد عبر الموقع الإلكتروني web عن طريق الضغط على زر الموافقة أو عن طريق التنزيل عن بعد، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل من الموقع⁴.

ولا بد من الإشارة إلى أنه ونتيجةً للتقدم الكبير في هذا المجال أصبح بالإمكان دمج أجهزة الاتصال الحديثة جميعها مع جهاز كمبيوتر حديث، بمعنى دمج كل من الفاكس والهاتف

¹ كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص 55.

² إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. مرجع سابق. ص 85.

³ العجلوني، أحمد خالد: مرجع سابق. ص 90.

⁴ إبراهيم، خالد ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 151.

مع الحاسب الآلي في آن واحد بحيث ما يتم طباعته على جهاز الحاسب الآلي يمكن إيصاله عبر جهاز الفاكس بدلاً من الطابعة اللازمة لجهاز الحاسب الآلي، فيستطيع أي من الطرفين أن يطلب من الآخر إرسال العقد له ليوقعه عبر الفاكس المتصل بكل التقنيات اللازمة، والأكثر من ذلك يمكن عبر جهاز "الساكنر" أن يقرأ عقداً مع الطرف الآخر دون أن يستخرجه بواسطة جهاز الفاكس أو الحاسب الآلي الذي يملكه، وبذلك يكون قد اقترب إلى حد التماس مع المجلس الحقيقي للعقد¹.

الفرع الثالث: التعاقد بواسطة المحادثة المباشرة مع المشاهدة

تقدم هذه التقنية خدمات عبر شبكة الإنترنت تجعل من المتعاقدين يتحدثون ويشاهدون بعضهم البعض في نفس الوقت وبصورة واضحة، وهذا ما يعرف بالهاتف المرئي²، فيكون التعاقد من خلالها تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان ومن حيث المكان؛ لأنه وإن تباعدت الأجساد فجميع لوازمها متوفرة في الحال، مما يؤدي إلى تحقق نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن³، والذي بدوره يسهل حدوث نقاش ومفاوضات حول العقد الذي سيتم إبرامه وذلك من خلال مجلس واحد افتراضي كما هو الحال بالتعاقد بين متعاقدين يجمعهما التقاء فعلي واقعي⁴.

ولا بد من الإشارة إلى إمكانية استخدام هذه الخدمة بالكتابة فقط فعندها إذا لم يكن هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة وعلم الطرف الآخر بها والرد عليها برسالة فورية أو بالاتصال الشفوي فهنا يعتبر تعاقداً بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين إرسال الرسالة والعلم بها والرد عليها فإنه يعتبر تعاقداً بين غائبين زماناً ومكاناً، وقد يكون

¹ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص155.

² العبودي، عباس: مرجع سابق. ص148.

³ المغربي، محمد نجيب: مرجع سابق. ص233.

⁴ كميل، طارق عبد الرحمن: مرجع سابق. ص56. أورد الدكتور منذر الفضل رأي عكس هذا الافتراض حيث يرى أنه لا يمكن أن نعد التعاقد بالهاتف المرئي تعاقداً بين حاضرين حتى ولو انتقلت صورة وصوت أحدهما للآخر طالما بقيا متفرقين بالأبدان حقيقة وظل أحدهما غائباً عن الآخر. العبودي، عباس: مرجع سابق. ص148. نقلاً عن مجلة القانون الأردنية، بحث بعنوان التعاقد بطريقة الكمبيوتر. ص68.

بالصوت فقط فعندها يتحول الحاسوب الآلي إلى هاتف وينطبق عليه الحكم المطبق على الهاتف. ويبدأ مجلس العقد في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة¹.

¹ إبراهيم، خالد ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. مرجع سابق. ص 151.

المبحث الثاني

زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

يحظى تحديد الزمان والمكان بأهمية خاصة في كل ما يتصل بالتعاقد، فمن تحديد مكان انعقاد العقد إلى زمان انعقاده، أحكام متعددة تنظمها القواعد العامة في التعاقد في القانون المدني. كما أن مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد لا تثور عندما يكون المتعاقدان حاضرين لعدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، فالقابل يصدر القبول فوراً، وينعقد العقد في هذه اللحظة، ولكن عند الحديث عن العقد الإلكتروني الذي لا يوجد حضور مادي بين أطرافه يثور التساؤل عن زمان ومكان انعقاد العقد¹، وهذا ما سيتم تناوله على النحو التالي:

المطلب الأو : زمان انعقاد العقد الإلكتروني

يكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان إذا توفرت عناصر ثلاثة وهي: عنصر وحدة المكان، عنصر وحدة الزمان، وعنصر الانشغال بشؤون التعاقد، فإذا افتقر التعاقد إلى عنصر التزامن بين لحظة صدور القبول وعلم الموجب به، فإنه يتحول إلى تعاقد بين غائبين من حيث الزمان وتثور صعوبة تحديد زمان الانعقاد.

ولكن يمكن إخضاع هذه المسألة للحلول التشريعية والفقهية التي وجدت في العالم لانطباقها على هذا النمط من التعاقد، وتتمثل هذه الحلول في النظريات التقليدية (الأحادية) و(الثنائية) ويقصد بالنظريات الأحادية تلك التي لا تفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه وهي أربع أما النظريات الثنائية فهي التي لا ترى تلازماً بين زمان انعقاد العقد ومكانه. وتتخلص في اثنتين تبناها الفقيهان مالوري وشيفاليه² أما بالنسبة للنظريات الأربع التي عالجت تحديد زمان انعقاد العقد فسيتم تناولها على النحو التالي:

¹ برهم، نضال إسماعيل: مرجع سابق. ص 58-59.

² أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 177-178.

الفرع الأول: نظرية إعلان القبول

يرى أنصار هذه النظرية أن نظريتهم هي المطبقة على القواعد العامة، وأن العقد عبارة عن توافق إرادتين (توافق القبول للإيجاب) فإذا أعلن الطرف الآخر قبوله للإيجاب المعروض عليه، يعني توافق الإرادتين وتام العقد، ولا أهمية بعلم الموجب للقبول أو عدم علمه¹، فالقبول وفقاً لهذه النظرية تعبير إرادي يكفي مجرد إعلانه².

وقد أخذ المشرع الأردني بنص المادة (101) في القانون المدني "إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك". وهذه النظرية تتفق مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل، ولكن يأخذ عليها عدم وجود الإمكانية للموجب بأن يثبت أن عدوله قد وصل قبل القبول في حالة إذا عدل وحتى في حالة عدم عدول الموجب يتعذر عليه إثبات القبول، ومن جهة أخرى فإن إعلان القبول لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى الموجب له وذلك؛ لأن مجرد إعلان القبول لا يتحقق معه توافق الإرادتين المطلوب في العقد³، وبموجب هذه النظرية فإن زمن انعقاد العقد عبر الإنترنت يكون لحظة إعلان القبول التي يكتب فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن قبوله ويمكن أن تكون هذه اللحظة هي التي يضغط بها القابل على المفتاح المخصص للقبول ولكن هذا لا يشكل قبولاً عملياً، ذلك أن تحرير الرسالة ليس له وجود إلا على جهاز الحاسب الآلي الخاص بالشخص الذي كتبها عليه (القابل) ويصعب إثبات ذلك طالما لم تخرج إلى الشبكة من نطاق جهازه الخاص، كذلك لا يمكن إثبات ضغط القابل على مفتاح القبول طالما كان ضغطه هذا غير مقترن بفاعلية الخروج إلى فضاء الشبكة، وهذا ما يمكن إدراكه من خلال التعامل مع الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت⁴.

¹ السنهوري، عبد الرزاق أحمد: مرجع سابق. ص 73.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 109.

³ الصدة، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 142.

⁴ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 110.

وبالتالي فهذه النظرية غير مناسبة للتعامل عبر شبكة الإنترنت، وخاصةً إذا كان الإيجاب موجهاً للجمهور فلا يمكن للموجب بهذه الحالة أن يستنتج عدد الأشخاص الذين قبلوا العرض، طالما لم يصله قبول إلا من عدد محدد إضافةً إلى أن الموجب قد يجد نفسه أمام ملايين الدعاوى القضائية المقامة ضده من الأشخاص الذين أعلنوا قبولهم ولم يخبروه بذلك، لمطالبة الموجب بتنفيذ عقود هو نفسه لا يعلم بأنها قد أبرمت معه، وبالنتيجة فإن الأخذ بهذه النظرية لن يستقيم مع واقع التجارة والمعاملات الإلكترونية¹، علماً أنه لا يوجد بين التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية -التي تم تناولها- تشريع يأخذ بهذه النظرية.

الفرع الثاني: نظرية تصدير القبول

تتفق هذه النظرية بجوهرها مع النظرية الأولى، ولكن أصحابها يشترطون تصدير هذا القبول زيادةً عن إعلانه، ليكون الإعلان نهائياً لا رجوع فيه، فإذا بعث القبول إلى الموجب لا يستطيع أن يسترده بعد ذلك، وبهذا يصبح إثبات القبول سهلاً، مما يزيل الاعتراض الموجه للنظرية السابقة، وقد أخذ على هذه النظرية أن إرسال القبول لا يحول دون إمكانية استرداده، سواءً عن طريق استرداد الرسالة من مصلحة البريد أو بإرسال رسالة لاحقة تتضمن العدول عن القبول على أن تصل رسالة العدول قبل وصول القبول إلى الموجب ولكن مجرد إعلان القبول غير كافٍ لتوافق الإرادتين وانعقاد العقد²، وطبقاً لهذه النظرية فإن العقد عبر الإنترنت ينعقد من حيث الزمان عندما يكتب القابل رسالة بريد إلكتروني متضمنة قبوله ويضغط على زر الإرسال عند استخدام خدمة البريد الإلكتروني، فتخرج هذه الرسالة عن سيطرته ولا يعود بإمكانه التراجع عن القبول وبهذا يصبح قبوله باتاً، أو عندما يرسل القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر (الموجب) (وذلك في خدمة غرفة المحادثة) ويكون ذلك من خلال الضغط على مفتاح القبول (Enter) أو بقيام القابل بالضغط على المؤشر المتحرك للحاسوب

¹ الشريقات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 155 - 156.

² الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 143.

على خانة القبول (وذلك في العقود المعروضة على مواقع الويب، فالضغط عليها يعتبر إرسالاً للقبول إلى موقع الويب الذي يعرض الإيجاب)¹.

ولكن هذه النظرية محل نظر في التعامل عبر شبكة الإنترنت في حال وجود مانع فني أو تقني يمنع وصول القبول، مما يجعل الرسالة المتضمنة القبول حبيسة في جهاز القابل، وبذلك تبقى أمام إعلان القبول دون إرساله وليس تصدير القبول دون تسلمه مما يعيدنا إلى نظرية إعلان القبول²، مما يجعل هذه النظرية أيضاً غير مناسبة للمعاملات والعقود الإلكترونية.

الفرع الثالث: نظرية وصول القبول وتسلمه

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب جواب الطرف القابل ولو قبل الإطلاع على مضمونه، حيث باستلام القبول يجعل منه نهائياً إذ تنتفي إمكانية استرداده، ويستوي علم الموجب بالقبول من عدم علمه إذ وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على علمه بمضمونه³. وعند أنصار هذه النظرية يتم توافق الإرادتين بوجود هذا القبول⁴، وهذه النظرية شأن السابقة لم تخل من النقص الموجه إليها وذلك أن وصول القبول دون علم الموجب لا يزيد إعلان القبول شيئاً من الناحية القانونية، وإذا كان اشتراط وصول القبول لاعتباره قرينة على العلم به، فإن تلك القرينة غير قاطعة، وقابلة لإثبات العكس، وعليه فإن هذه النظرية تختلط بنظرية العلم بالقبول ونظرية إعلان القبول⁵. ومن الجدير بالذكر أن بعض إصدارات برنامج مايكروسوفت أوت لوك تتيح إمكانية استرداد القبول المرسل بالبريد الإلكتروني حتى بعد دخول الرسالة الإلكترونية إلى صندوق الوارد الخاص بالموجب شريطة أن لا يكون الموجب قد فتح الرسالة الإلكترونية، وبالتالي ينتفي عن استلام القبول صفة النهائية.

¹ الشريقات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 156-157.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 111.

³ أبو العز، علي محمد أحمد: التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. عمان: دار النفائس. 2008. ص 199.

⁴ الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 143.

⁵ أبو العز، علي محمد أحمد: مرجع سابق. ص 199 - 200.

و طبقاً لهذه النظرية فإن العقد الإلكتروني ينعقد عبر الإنترنت اعتباراً من وقت دخول الرسالة الإلكترونية الحاملة للقبول إلى نظام معلومات خاص بالمرسل "الموجب" حتى ولو لم يطلع الموجب على مضمون الرسالة مما يعني انعقاد العقد في الوقت الذي تدخل فيه الرسالة إلى صندوق الوارد للبريد الإلكتروني للموجب دون الاعتبار الفعلي لعلم الموجب بمحتوى القبول الإلكتروني¹.

وهذه النظرية لا تتجاهل إرادة كل من الموجب والقابل، فالموجب يستطيع أن يعلم بإبرامه عقد مع طرف ما بوصول رسالة البريد الإلكتروني، ويرتب أموره على هذا الأساس والقابل يعلم بأن رسالة القبول التي وجهها قد وصلت إلى الموجب؛ لأن مقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه سيؤكد له ذلك، فبعد الضغط على زر الإرسال تظهر بعد فترة وجيزة رسالة على شاشة الحاسوب تقول "لقد تم إرسال الرسالة بنجاح" وعندها يتأكد القابل من وصول رسالته وأن العقد قد انعقد ورتب آثاره من هذه اللحظة² إلا أن هذا الأمر ليس قطعياً ففي بعض الحالات وبالرغم من ظهور رسالة التأكيد من مقدم خدمة البريد الإلكتروني والتي تفيد إرسال الرسالة بنجاح فإن مقدم الخدمة يعود بعد فترة زمنية قد تطول أو تقصر ليرسل بريداً إلكترونياً إلى القابل يعلمه فيه بتعذر إيصال بريده الإلكتروني إلى العنوان الإلكتروني الذي أرسل إليه الرسالة فإذا كان القابل قد أغلق جهاز الكمبيوتر أو انتقل إلى موقع آخر فإنه لن يعلم بان عملية الإرسال قد فشلت إلا بعد أن يعود ويفحص البريد الإلكتروني الوارد إلى حسابه. وعليه فإن هذه النظرية لا يمكن اعتبارها الأكثر ملاءمة لطبيعة التعامل عبر شبكة الإنترنت بالرغم من أنها توفر حلاً عملياً وتقنيّاً للعيوب التي وجهت إلى النظريات السابقة إلا أن قيام هذه النظرية على أساس أن استلام البريد الإلكتروني يعتبر نهائياً لانتهاء القدرة على استرداده بعد دخوله إلى صندوق الموجب فإن هذه الفرضية قد سقطت ما دام القابل يستطيع استرداد الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل أن يطلع عليها، وذلك باستخدام برنامج مايكروسوفت أوت لوك، إضافةً إلى ذلك وبما أن العقد الإلكتروني عبر الإنترنت وفقاً لهذه

¹ أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 182.

² الشريقات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 159-160.

النظرية ينعقد بمجرد دخول الرسالة الإلكترونية التي تحمل القبول إلى صندوق الوارد الخاص بالموجب فإن هذا الأمر يلغي أية إمكانية لعدول القابل عن قبوله سواءً عن طريق المكالمة الهاتفية أو أية وسيلة من وسائل الاتصال الفوري الأخرى؛ لأن العقد وكما أسلفنا يكون قد انعقد بدخول الرسالة الإلكترونية إلى صندوق الموجب وترتبت آثاره القانونية.

وبالرغم مما تقدم فقد تبنى قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وقوانين التجارة الإلكترونية التي سارت على خطاه هذه النظرية ولم تجر أية تعديلات على هذه القوانين لتأخذ بعين الاعتبار التحديات التي ظهرت نتيجةً للتطورات التكنولوجية الحديثة.

الفرع الرابع: نظرية العلم بالقبول

يرى أنصار هذه النظرية أن التعاقد لا يتم إلا بعلم الموجب فعلاً بقبول من وجه الإيجاب إليه وذلك؛ لأن الإيجاب تعبير إرادي واجب الاتصال يقصد به إثارة الطرف الآخر للتعاقد، فبعلم القابل بإرادة الموجب بعد وصول الإيجاب إليه، يكون من حق الموجب أن يعلم برد فعله¹ وذلك؛ لأن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم من وجهت إليه، فعندها يكون هناك توافق بين الإرادتين من الناحية القانونية²، ويؤخذ على هذه النظرية البطء في سير المعاملات والأخذ بها بالشكل المطلق يجعل القابل تحت رحمة الموجب؛ لأن علم الموجب بالقبول أمر شخصي يصعب على القابل إثباته لذلك إذا كان وصول القبول قرينة على العلم به، فإن هذه القرينة قابلة لإثبات العكس فيما إذا أنكره الموجب³. ولكن تطور البرمجيات المستمر والمتسارع أتاح إمكانية معرفة ما إذا كان البريد الإلكتروني الذي أرسل لشخص ما قد تم العلم به حيث أن برنامج أوت لوك يوفر هذه الميزة بحيث يظهر عند مرسل البريد الإلكتروني تقريراً في اللحظة التي يفتح فيها الشخص الذي استلم البريد الإلكتروني الرسالة ويوضح هذا التقرير الساعة

¹ العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 161.

² الصده، عبد المنعم فرج: محاضرات في القانون المدني نظرية العقد في قوانين البلاد العربية التراضي. مرجع سابق. ص 113.

³ أبو العز، علي محمد أحمد: مرجع سابق. ص 201.

والتاريخ التي تم فيها فتح الرسالة مع إمكانية طباعته على الورق، وبذلك يسهل إثبات علم الموجب بالقبول.

وقد أخذ المشرع المصري في القانون المدني بهذه النظرية فقد نصت المادة (97) على "1- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد نص قانوني يقضي بغير ذلك 2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول"¹.

وبالرغم أن هذه النظرية هي الأقرب لرعاية مصلحة الموجب، فهو الذي يبدأ بالتعاقد وهو الذي يحدد مضمونه وشروطه فمن الطبيعي أن يتولى تحديد زمان ومكان الانعقاد، وإذا لم يفعل تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الاتفاق على ما يخالف ذلك.

وتطبيقاً لذلك على التعاقد عبر الإنترنت، فإن لحظة انعقاد العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول وتتجسد عندما يفتح الموجب صندوق البريد الإلكتروني ويقراً الرسائل التي تتضمن القبول، أو يطالع صفحته على شبكة web فيعلم عندها بأن هناك قبولاً قد أرسل إليه وفق العقد النموذجي الذي أعده المرسل "الموجب" ابتداءً².

وبناءً على ما ذكر سابقاً فإن هذه النظرية أصبحت الأكثر استقامةً مع المعاملات والعقود المبرمة عبر الإنترنت، حيث إن العديد من التشريعات الوطنية اعتمدت هذه النظرية في التعاقد التقليدي، ولكن حين وضعت تشريعات التعاقد الإلكتروني فإنها اعتمدت نظرية تسلم

¹ القانون المدني المصري: مرجع سابق. نصت المادة (90) من مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001 على "1- يعد التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. 2- يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول". كما نصت المادة (80) من ذات المشروع على "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعد وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم دليل على عكس ذلك". وبهذا يكون المشرع الفلسطيني قد حسم أمره وأخذ بنظرية العلم بالقبول كما فعل المشرع المصري في هذا الشأن، حيث إن وصول القبول أو استلامه في المادة (80) قرينة على العلم به، ولكنها قابلة لإثبات عكسها؛ لأنها بسيطة "ما لم يقم الدليل على عكس ذلك" فيجوز للموجب مثلاً أن يثبت أنه كان يستحيل عليه وبدون خطأ منه أن يعلم بالقبول.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 114.

القبول أسوةً بالتشريعات على المستوى الدولي مثل قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وذلك إغفالاً لأحدث البرامج المستخدمة عبر الإنترنت والتي تتيح إمكانيات إلكترونية لم تكن معروفة من قبل ومثال ذلك البريد الإلكتروني المنشأ على نظام ميكروسوفت أوت لوك، حيث بدأت إصدارات هذا البرنامج في عام 2000، في حين أن قوانين ومشاريع قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث جاءت متزامنةً مع ظهور هذا البرنامج ولكن هذه التشريعات لم تقم بدراسة ما يتيح البرنامج المذكور من إمكانيات ومن ثم محاولة اعتماد النظرية المناسبة والمتوافقة مع أحدث التطورات التكنولوجية.

الفرع الخامس: الآثار المترتبة على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني

هناك آثار تترتب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني لا بد من الإشارة إليها ويمكن إجمالها على النحو التالي:

أولاً: تحديد الوقت الذي يجوز فيه العدول عن الإيجاب غير الملزم للموجب وكذلك القابل عن قبوله، ففي هذا الخصوص إذا أخذنا بنظرية الإعلان فهنا يتعذر على الموجب بالرجوع عن إيجابه في الحالات التي يكون له فيها ذلك لانعقاد العقد بإعلان القبول، ولسقوط حقه في العدول، كذلك لا يجوز للقابل أن يرجع في قبوله، أما في حال الأخذ بنظرية علم الموجب بالقبول فيجوز للموجب الرجوع طالما لم يقترن بإيجابه قبول، ويجوز للقابل العدول عن قبوله؛ لأن العقد ينعقد وقت علم الموجب بالقبول، وقد يرسل القابل قبوله بالبريد العادي، ثم يلجأ إلى وسيلة أسرع (كالفاكس، أو التلكس، أو البريد الإلكتروني) يعلن بواسطتها أنه عدل عن قبوله طالباً اعتباره كأن لم يكن، على أن يصل العدول قبل القبول¹.

ثانياً: تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد، ففي عقد البيع إذا كان المبيع منقولاً معيناً بالذات فإن ملكيته تنتقل للمشتري من وقت إبرام العقد، أي وقت إعلان القبول عند الأخذ بنظرية

¹ أبو العز، علي محمد أحمد: مرجع سابق. ص 202. والعبودي، عباس: مرجع سابق. ص 173.

الإعلان، ومن وقت العلم بالقبول إذا أخذنا بنظرية العلم، وهذا ما ينطبق على تبعة الهلاك¹، كما أن زمن الانعقاد قد يكون محدد به السعر؛ لأن السعر المعو عليه هو السعر في تلك اللحظة وقد يختلف حين وقت التصدير أو الإعلان أو العلم مما يجعل لهذه النظريات أثرها المهم في هذه النواحي².

ثالثاً: تحديد بدء سريان ميعاد التقادم بالنسبة لسماع الدعوى، فإذا كان الالتزام منجزاً فإن ميعاد التقادم يبدأ من وقت إعلان القبول وفقاً لنظرية الإعلان أو من وقت العلم بالقبول تبعاً لنظرية العلم³.

رابعاً: في دعوى نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، لا يستطيع الدائن الطعن في عقد صدر عن مدينه إضراراً بحقه، إلا إذا كان هذا العقد متأخراً في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين وهنا تبدو أهمية تحديد وقت انعقاد العقد، لمعرفة ما إذا كان حق الدائن نشأ قبل ذلك أم لا، فلو أن هذا الحق ثبت في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القبول والعلم في العقد المراد الطعن فيه، فإنه يجوز الطعن فيه تبعاً لنظرية العلم، ولا يجوز له ذلك تبعاً لنظرية الإعلان⁴.

خامساً: لتحديد زمان انعقاد العقد أهمية كبيرة تظهر في حالة إشهار إفلاس التاجر الذي أبرم عقوداً، لمعرفة ما إذا كانت نافذة بحق الدائن أو أنها لا تنفذ بحسب الفترة التي أبرمت من خلالها⁵، فإذا أبرمها بعد الإشهار لا تنفذ في حق الدائن ويتوقف مصيرها على معرفة وقت تمامها، أما العقد الذي يبرمه التاجر المفلس فيختلف حكمه بحسب ما إذا كان قد تم قبل المدة المشتبه فيها أو أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد إشهار الإفلاس، حيث إن معرفة

¹ سلطان، أنور: الموجز في مصادر الالتزام. مرجع سابق. ص 86.

² أبو العز، علي محمد أحمد: مرجع سابق. ص 203.

³ الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 141.

⁴ السنهوري، عبد الرازق أحمد: مرجع سابق. ص 77.

⁵ الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 141.

وقت انعقاد العقد تبدو أهميتها واضحة لاختلاف الحكم من حيث الصحة أو البطلان باختلاف النظرية التي يؤخذ بها في مثل هذه الفروض¹.

سادساً: تحديد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العقد عند تنازع القوانين وهو القانون النافذ وقت انعقاد العقد، فإذا صدر قانون جديد يعدل مثلاً من شروط الانعقاد، فإن هذا القانون لا تسري أحكامه على العقود التي تمت قبل العمل بهذا القانون الجديد، مما يثير الحاجة لمعرفة وقت انعقاد العقد².

المطلب الثاني: مكان انعقاد العقد الإلكتروني

التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين من حيث المكان غالباً وقد تناولت معظم القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية قواعد وأحكاماً خاصة بتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل البيانات باعتبارها وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي وذلك لأهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

ومن خلال طرح الحلول القانونية الواردة بهذا الصدد فإن النظريات الأربع سابقة الذكر قدمت حلاً واحداً للمسألتين (الزمان والمكان) بعكس النظريات الثنائية الحديثة التي لا ترى تلازماً حتمياً بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده والتي تبناها الأستاذان مالوري وشيفاليه وهذا ما سيوضح من خلال عرض النظريتين الحديثتين على النحو التالي:

الفرع الأول: نظرية مالوري

استند الأستاذ (مالوري) في نظريته إلى أحكام القضاء الفرنسي، الذي اعتمد في معالجته لأحكام التعاقد ما بين الغائبين الفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده دون الاعتماد على تحليل التراضي، وقدم لكل منهما حلاً يختلف عن الآخر، وفيما يخص مسألة مكان الانعقاد

¹ العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 175-176.

² أبو العز، علي محمد أحمد: مرجع سابق. ص 203.

فقد توصل الأستاذ مالوري إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول وهو النهج الذي استقر عليه القضاء الفرنسي، استناداً إلى حجة مفادها عدم جواز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر منه الإيجاب إلى التقاضي بعيداً عن محل إقامته، بل أن الذي يجب أن يقاضى بعيداً عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية¹.

وتطبيقاً لذلك على العقد الإلكتروني عبر الإنترنت، فإن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا قام القابل باستخدام رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فهنا يكون مكان الانعقاد الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول هو مكان القابل².

الفرع الثاني: نظرية شيفاليه

هذه النظرية أخذت ذات الفكرة التي ذهبت إليها النظرية السابقة، من حيث فصل زمان انعقاد العقد عن مكان انعقاده، خلافاً لما استقرت عليه النظريات التقليدية التي تمت الإشارة إليها سابقاً وتؤكد هذه النظرية عدم إمكانية ربط اقتران الإرادتين بمكان معين في حالة التعاقد بين الغائبين، على اعتبار أن فكرة العقد الرضائي تتعارض مع الوجود في مكان انعقاد العقد ما بين الغائبين، بمعنى أن تطابق الإرادتين المنشئ للتراضي يتحقق في وقت معين، غير أنه لا يتحقق في مكان معين، فالإيجاب والقبول لا يمكن أن يتواجدا في مكان معين؛ لأن الإرادة لا تقبل الانتقال ولا الوجود في مكان معين وفي وقت معين³.

وفيما يتعلق بمكان الانعقاد حسب ما يرى الأستاذ (شيفاليه) فهو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (مكان الموجب له) وعند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره، يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية وذلك؛ لأن

¹ العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 164.

² أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 202.

³ العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 165. وأحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 200-201.

الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى أشخاص عدة يكون له المعنى نفسه وإن اختلف الأشخاص الموجه إليهم الإيجاب¹.

وفيما يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد فإن هذه النظريات الثنائية لم تأت بمعالجة تختلف عن المعالجة التي نادت بها نظرية العلم بالقبول، إذ حدد كل من الأستاذين مالوري وشيفاليه زمان انعقاد العقد بالوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول وقال الأستاذ مالوري تأكيداً على ذلك "أن الموجب ليس مجبراً بأن يلتزم تجاه الموجب له قبل أن يعلم بقبوله" وقال أيضاً بهذا الشأن "لما كانت الإرادة التي يعبر عنها الموجب عن إيجابه، يترتب عليها أنه إذا قبل الإيجاب فإنه لا يجوز الرجوع عنه، تحتم أنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذي يعلم فيه بقبول القابل"².

وبذات الخصوص رأى الأستاذ شيفاليه بأن زمن الانعقاد هو الوقت الذي لا يستطيع فيه الموجب أن يرجع فيه عن إيجابه وبهذا يفضل الأستاذ نظرية العلم عن غيرها من هذه النظريات وخاصة إذا كان الإيجاب مقترناً بمدة معينة³.

كما قال الأستاذ شيفاليه "ليس من المحتم أن تنشأ التزامات كل من المتعاقدين في وقت واحد، فكل منهما يمكن أن ينشأ التزامه بمجرد إصدار إرادته كما في حال الموجب الذي يلتزم بإيجابه قبل حصول القبول، أي قبل تمام العقد"، وعلق على ذلك الأستاذ شيفاليه بأنه يستحيل وضع وقت تنشأ فيه التزامات كل من الموجب والقابل؛ لأن التزامات أحدهما تنشأ في وقت غير الوقت الذي تنشأ فيه التزامات الثاني، بل إن من المشاكل التي يثيرها الفقه في مسألة تمام العقد ما لا ينفع في حلها أي نظرية من النظريات الأربع سالفة الذكر⁴.

¹ العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 166.

² المرجع السابق ص 164. وأحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 201.

³ أحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 201. والعبودي، عباس: مرجع سابق. ص 165.

⁴ نقلاً عن العبودي، عباس: مرجع سابق. ص 164.

وبالنظر إلى النظرتين الحديثتين (مالوري و شيفاليه) نجد أنهما كانا على صواب بالأخذ بنظرية العلم بالقبول لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وبخاصة عبر الإنترنت، وذلك؛ لأن هذه النظرية كما ظهر سابقاً هي الأكثر مواكبة لآخر التطورات والتقنيات المصاحبة للإنترنت. أما فيما يخص مكان انعقاد العقد فإن اعتماد نظرية تصدير القبول التي نادى بها مالوري من الصعوبة بمكان، فبالرغم من منطوقية عدم جواز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر منه الإيجاب إلى التقاضي بعيداً عن محل إقامته، إلا أنه لا يمكن تصور ذلك في حالة صدور قبول من عدة أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة لإيجاب موجه لهم عبر شبكة المواقع أو حتى البريد الإلكتروني، في حال قرروا مقاضاة الموجب لسبب ما وفي ذات الوقت ففي هذه الحالة لا يستطيع الموجب التوجه إلى عدة دول بذات الوقت للتقاضي وبالمقابل من السهل على القابل التوجه إلى دولة الموجب وبخاصة أنه اختار أن يكون طرفاً بالتعاقد بمحض إرادته. وهذا ما يمكن قوله بشأن ما أخذ به شيفاليه لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني الذي اعتمد مكان الموجب له وفي حال سكوت الطرفين، يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية، على أن الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى عدة أشخاص يكون له المعنى نفسه الموجه إليهم الإيجاب وإن اختلف الأشخاص.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

كما أشير سابقاً إلى الآثار المترتبة على تحديد زمان انعقاد العقد لا بد من الإشارة إلى الآثار المترتبة على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

أولاً: تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك تطبيقاً لقواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة للعقود التي يدخل فيها عنصر أجنبي، فالقانون الذي يخضع له العقد هو القانون الذي أراده الطرفان وفقاً لمبدأ حرية الإرادة، ويكون عادةً قانون الجهة التي تم فيها العقد، فإذا تم عقد بين طرفين وكان من صدر منه الإيجاب موجود في الأردن، وعلم بالقبول فيها، وكان من صدر منه القبول موجوداً في مصر وقت صدور القبول، عندها يخضع العقد للقانون المصري إذا أخذنا بمذهب

الإعلان، ويخضع للقانون الأردني إذا أخذنا بمذهب العلم، وعلى هذا فإن لتحديد مكان العقد أثراً في تعيين القانون الذي يحكم التعاقد¹.

ثانياً: تحديد المحكمة المختصة بالنزاع، في حال حدوث تنازع بسبب التعاقد، فإن مكان العقد هو الذي يعين المحكمة المختصة بفصله، فلو أبرم عقد بين طرفين مثلاً وكان الموجب في الأردن والقابل في العراق، ففي حال ثار نزاع بينهما حول العقد، فإن مكان العقد هو المكان الذي أعلن فيه القابل عن رضاه بالإيجاب وذلك حسب نظرية إعلان القبول (وهو العراق) وبالتالي يكون الاختصاص للمحاكم العراقية على أساس أن العقد تم فيها، إلا إذا كان هناك اتفاق بينهما يقضي بغير ذلك، وإذا أخذنا بنظرية العلم فإن تحديد المحكمة المختصة يختلف وذلك؛ لأن هذا التحديد يتوقف على النظرية التي يؤخذ بها وقت تمام العقد².

المطلب الثالث: موقف بعض التشريعات الدولية والوطنية محل البحث من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

بعد أن تم عرض النظريات التقليدية والحديثة التي تناولت هذه المسألة مع بعض التطبيقات العملية للتعاقد الإلكتروني خاصةً عبر الإنترنت، سيتم تناول بعض التشريعات الدولية والوطنية لتحديد موقفها من هذه النظريات وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول: موقف التشريعات الدولية محل البحث من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

عند الحديث عن التجارة الإلكترونية التي تباشر على النطاق الدولي، قد يحدث الكثير من التداخل بين قوانين الدول، مما يعيق ازدهار وتطور التجارة الإلكترونية لذا لا بد من العمل

¹ الصده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. مرجع سابق. ص 141. وأبو العز، علي محمد أحمد: مرجع سابق. ص 204.

² أبو العز، علي محمد أحمد: المرجع السابق. ص 204. والعبودي، عباس: مرجع سابق. ص 182.

على توضيح هذه المسألة في بعض النصوص الدولية مع محاولة إيجاد حل مناسب لهذه المسألة دولياً.

أولاً: موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980)

جاءت هذه الاتفاقية لتنظيم عقود البيع الدولي بغض النظر عن الطريقة التي تتم بها تقليدية كانت أم إلكترونية، حيث لم يرد أي نص في هذه الاتفاقية يتعلق بالعقود الإلكترونية وبالتالي فإن أحكامها تطبق على عقود البيع الدولية مهما كانت وسيلة إبرامها تقليدية أم إلكترونية.

وقد وضعت هذه الاتفاقية حلاً لمسألة زمان ومكان انعقاد العقود الدولية، بالنسبة للدول الموقعة عليها، فقد جاء بنص المادة (3) منها "ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقاً لأحكام هذه الاتفاقية"، يتضح من النص أن الحديث يدور حول لحظة انعقاد العقد دون توضيح ماهية هذه اللحظة مكتفياً فعلياً بالقول عنها باللحظة التي ينتج فيها القبول أثره وعندها ينعقد العقد وبالرجوع إلى الفقرة الثانية من نص المادة (18) "يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما يفيد الموافقة..." ويتضح من النص أن الاتفاقية أخذت بنظرية تسلّم (وصول) القبول، وقد جاءت المادة (24) من الاتفاقية لتوضيح وصول إعلان القبول فنصت "في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أي تعبير آخر عن القصد "قد وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفوياً أو تسليمه إليه شخصياً بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي." وهذا يؤكد على تبني اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لنظرية تسليم أو وصول القبول، بمعنى أن العقد ينعقد لحظة تسلّم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر فيما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أو لم يعلم¹.

¹ الشريقات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 164-165. والصغير، عبد الغني: موقع إلكتروني سابق.

وتطبيقاً لذلك إذا أبرم عقد بيع دولي عبر الإنترنت بين دولتين منضمتين إلى الاتفاقية أو بين أفراد تلك الدول من خلال تبادل رسائل البريد الإلكتروني، فإن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي تصل فيها إلى صندوق بريد الموجب رسالة تتضمن قبولاً للإيجاب، بغض النظر تم فتحها أم لا، المهم أن تكون هذه الرسالة جاهزة للمعالجة أي يمكن قراءتها دون الحاجة لفتحها ومعرفة مضمونها ويكون ذلك من خلال عنوان الرسالة الذي يظهر عليها دون فتحها¹ كما أن مسألة مكان الانعقاد وفقاً لهذه الاتفاقية تكون هي نفسها النظرية الخاصة بزمن الانعقاد، (ينعقد العقد في المكان الذي تم فيه تسليم القبول للموجب) مع ملاحظة أن نص المادة (24) من الاتفاقية أعطى أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان.

ثانياً: موقف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996

لم يتطرق قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في كافة نصوصه إلى بحث مسألة زمان ومكان انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية، وإنما اقتصر بحثه على مسألة زمان ومكان إرسال رسائل البيانات، وذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإرادة التعاقدية (الإيجاب والقبول)².

ونظم ذلك في نص المادة (15) والتي جاءت بعنوان زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات، وبالنظر إلى هذا النص نجد أن المشرع رسخ من خلاله مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف فترك لهم ابتداءً الاتفاق على زمان ومكان الإرسال والاستلام ويكون هذا الاتفاق ملزماً، أما في حال عدم وجود اتفاق مسبق بين الأطراف على تحديد هذه المسائل، فتأتي الأحكام الواردة في هذه المادة لسد النقص.

¹ مسودي، غادة جواد. مرجع سابق. ص106. والشريفات محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص165.

² انظر نص المادة (11) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية. مرجع سابق.

فقد نصت الفقرة الأولى في المادة (15) " ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ".

تحدد واقعة الإرسال بموجب هذا النص لرسالة البيانات بأنها تحدث متى دخلت الرسالة إلى نظام معلومات الحاسوب الآلي أو أرسلت على شبكة الإنترنت بحيث تخرج رسالة البيانات عن سيطرة المنشئ أو الشخص النائب عنه، وإذا تساءلنا عن استقامة مفهوم الإرسال بشكل عام مع ما ورد في هذه الفقرة، نجد أن المقصود بالإرسال قيام الشخص بالإجراء التقني الذي ينتج منه إرسال رسالة، أما خروج رسالة البيانات من سيطرة المنشئ ودخولها في نظام آخر فهي واقعة لاحقة لإجراء الإرسال، وليست هي عملية الإرسال بذاتها، وقد يحدث بوسيلة فنية استرجاع الرسالة قبل وصولها إلى المرسل إليه (وهي في طريق الإرسال) فإن الرسالة لا تكون قد خرجت عن سيطرة المنشئ، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على تحقيق واقعة الإرسال بطريقة أخرى¹.

وتطبيقاً لذلك عبر الإنترنت فإن رسالة البريد الإلكتروني باعتبارها رسالة بيانات، تكون قد أرسلت عبر شبكة الإنترنت عندما تدخل إلى نظام المعلومات الخاص بمقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه المرسل لأن المرسل في هذه الحالة يفقد سيطرته على الرسالة ولا يستطيع تعديلها أو استرجاعها². إلا في بعض الحالات التي يكون فيها كلا الطرفين يستخدمان

¹ الشريقات محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 167-168. وأحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 187. عرفت المادة (2) من قانون الأونسيتال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية: (أ) "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي. (ب) يراد بمصطلح "تبادل البيانات الإلكترونية" نقل المعلومات إلكترونياً من حاسب إلى حاسب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات. (ج) يراد بمصطلح "منشئ" رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها إن حدث قد تم على يديه أو نيابة عنه، لكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة. (د) يراد بمصطلح المرسل إليه "رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

² مسودي، غادة جواد: مرجع سابق. ص 108.

برنامج ميكروسفت أوت لوك (MS out look) حيث يمكن هذا البرنامج مستخدميه من استرجاع أو تعديل الرسائل الإلكترونية حتى بعد دخولها إلى نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه.

أما الفقرة الثانية في المادة (15) فقد حددت وقت تسليم رسالة البيانات فنصت "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

(أ) - إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

"1" وقت دخول رسالة البيانات نظام معلومات معين. أو "2" وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

(ب) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعاً للمرسل إليه".

وبالنظر إلى النص نجد أنه لم يتطرق إلى مسألة وقت انعقاد العقد وإنما اقتصر على

تحديد لحظة استلام رسائل البيانات ضمن فرضيتين هما:

الفرضية الأولى: إذا قام المرسل إليه بتحديد نظام معلومات محدد لاستقبال رسائل البيانات الواردة إليه، عندها تعتبر رسالة البيانات قد استلمت من قبل المرسل إليه وقت دخولها إلى نظام المعلومات المحدد، حتى ولو لم يطلع عليها المرسل إليه، وفي حالة إرسال رسالة البيانات إلى نظام معلومات آخر غير المحدد ولكنه تابع للمرسل إليه فإن لحظة استلام الرسالة تكون في الوقت الذي يسترجع فيه المرسل إليه رسالة البيانات من هذا النظام، على اعتبار أن وقت الاسترجاع هو الوقت الفعلي الذي يستلم فيه المرسل أو المرسل إليه قبول الآخر أو إجابته¹.

¹ خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 119.

الفرضية الثانية: حالة: إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات محدد لتسلم رسائل البيانات، فيعتبر وقت تسلّم الرسالة عند دخولها إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه، حتى ولو لم يطلع المرسل إليه على الرسالة بعد.

ولتوضيح الفرضيتين السابقتين يمكن طرح المثال التالي، لو أن شركة لبيع أدوات كهربائية تملك موقعاً على شبكة الإنترنت وتملك عنوانين على البريد الإلكتروني، أحدهما لدى محرك البحث yahoo والآخر محرك البحث Hotmail، فإذا طرحت هذه الشركة عرض على موقعها الإلكتروني وطلبت من زوار الموقع الراغبين بالشراء إرسال القبول على عنوان بريدها الإلكتروني لدى محرك بحث Hotmail فكل رسالة تتضمن القبول ترسل على هذا العنوان المحدد تكون لحظة استلامها هي لحظة دخولها إلى صندوق البريد الإلكتروني، أما الرسالة المتضمنة للقبول والتي ترسل على عنوان البريد الإلكتروني لدى yahoo فتكون لحظة استلام هذه الرسالة عندما تقوم الشركة باسترجاعها من هذا البريد الإلكتروني¹. وبإشارة المادة إلى وقت تسلّم القبول ووقت إرسال الإيجاب إشارة ضمنية إلى إعمال نظرية تسلّم القبول لوقت انعقاد العقد، تاركةً الإشارة الصريحة في ذلك إلى القوانين الوطنية كل حسب النظرية التي يتبناها متأثرةً بذلك باتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع سابقة الذكر.

أما فيما يتعلق بمكان استلام رسالة البيانات فقضت الفقرة الرابعة من ذات المادة، "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:

(أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيس إذا لم توجد مثل تلك العلاقة.

(ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

¹ أحمد، أمانح رحيم: مرجع سابق. ص 189. والشريفات، محمود عبد الرحيم: مرجع سابق. ص 169-170.

وقد أوضحت هذه الفقرة قاعدة عامة بهذا الخصوص، تفيد أن مقر عمل المنشئ يعد المكان الذي أرسلت منه رسالة البيانات، كما يعد مقر عمل المرسل إليه المكان الذي استلم فيه الرسالة ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، وهذه القاعدة بمثابة قرينة قانونية قاطعة لا يجوز لأطراف المعاملة الإلكترونية إثبات عكسها؛ لأن إثبات عكسها يزيد من المنازعات القضائية بهذا الخصوص. وفي حال كان المنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد مثل شركة تجارية لها فروع عدة تمارس أنشطة مختلفة فهذا يظهر الصعوبة في تحديد مقر عمل المرسل إليه من بين هذه الأماكن التي يعد كل واحد منها بذات الوقت مقراً للعمل، وحلاً لذلك أوردت هذه الفقرة معياراً يعتبر مقر العمل هو الذي له الصلة الأوثق بالمعاملة المرتبطة بالرسالة المعينة كالفرع الذي صدرت منه الرسالة، وفي حال عدم وجود مثل تلك المعاملة فيعد مقر العمل الرئيس مقر العمل المنشئ أو المرسل إليه حسب الأحوال كالمركز الرئيس لإدارة الشركة مثلاً ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك¹.

ولا بد من الإشارة إلى أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ترك مسألة تحديد مكان الانعقاد وما يترتب عليه من نتائج من تحديد القانون الواجب التطبيق والاختصاص القضائي إلى القواعد العامة للقوانين الوطنية للدول من حيث تبني نظرية معينة من نظريات القبول بالإضافة إلى قواعد القانون الدولي الخاص لديها، وينطبق ذلك أيضاً - على مسألة وقت الانعقاد. وبهذا نرى أن القانون النموذجي غرضه كما عبر عن نفسه بنصوصه ومذكراته إيجاد مجموعة من القواعد القانونية المقبولة دولياً والتي يمكن أن تستخدمها الدول في سن تشريعاتها لتذلل العقبات القانونية التي يمكن أن تعيق التعاقد الإلكتروني والتجارة الإلكترونية².

¹ زريقات، عمر خالد: مرجع سابق. ص 169 - 170. وأحمد، أمانج رحيم: مرجع سابق. ص 204. وخلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 121.

² خلف، محمد موسى: مرجع سابق. ص 122.

الفرع الثاني: موقف التشريعات الوطنية محل البحث من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني

أولاً: موقف المشرع الأردني

أخذ المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001 بما أخذ به القانون النموذجي في هذا الخصوص فنصت المادة (17) منه على "أ. تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابةً عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك. ب. إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذلك النظام، فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالاطلاع عليها لأول مرة. ج. إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه"¹.

وبالنظر إلى هذا النص يتضح أن المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية سار على نهج القانون النموذجي وأخذ بنظرية استلام القبول، وذلك انطلاقاً من القاعدة الفقهية التي تنص على أن النص الخاص يقيد العام وقت انعقاد العقد الإلكتروني هو وقت استلام القبول وليس وقت إعلان القبول، وهذا خلافاً لما أخذ به المشرع الأردني في القانون المدني بخصوص تحديد وقت الانعقاد فيما غائبين مكاناً².

وبالرغم من أن المشرع الأردني سار على نهج القانون النموذجي في المادة المذكورة إلا أنه كان موفقاً أكثر من القانون النموذجي عندما استخدم مصطلح الاطلاع بدل استرجاع في الفقرة (ب) وذلك لعدم توضيحه المقصود بمصطلح الاسترجاع وفيما إذا كان المقصود منه

¹ قانون المعاملات الإلكترونية: مرجع سابق.

² المطالفة، محمد فواز: مرجع سابق. ص 73-74.

استرجاع رسالة المعلومات من نظام معالجة المعلومات أم يكفي الاطلاع عليها أي قراءتها لكي تعتبر قد استرجعت علماً أن مصطلح الاطلاع الذي استخدمه المشرع الأردني يعني قراءة الرسالة ومعرفة ما فيها بمعنى العلم بمضمونها.

أما المادة (18) من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني فقد نصت على "أ. تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقراً لعمله، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على غير ذلك. ب. إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيس هو مكان الإرسال أو مكان التسلم".

وبالنظر إلى هذه المادة نجد أن المشرع الأردني أخذ بمقر العمل سواءً للمنشئ أو للمرسل إليه كميّار لتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات تماماً كما فعل القانون النموذجي، ولم يأخذ مكان وجود نظام معالجة المعلومات وهذا منحى جيد وسليم على اعتبار أنه أكثر انسجاماً مع المعاملات الإلكترونية.

ثانياً: موقف المشرع المصري

لم يأت المشرع المصري في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001، بنص يوضح لحظة إبرام العقد الإلكتروني، ويستدل على ذلك من نص المادة (2) من الفصل الثاني الذي يحمل عنوان العقود الإلكترونية من مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 "يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول".

وبالنظر إلى النص أعلاه نجد أن المشروع المصري عالج مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني ضمن القواعد المتعلقة بتنازع القوانين من حيث المكان، وقد تبنى حل يختلف عن الحلول المطروحة في النظريات الخاصة بمعالجة زمان انعقاد العقد، فبالرغم من تبيينه نظرية استلام القبول إلا أنه انتهج نهج (تأكيد وصول القبول) والذي ينعقد العقد الإلكتروني فيه باللحظة التي يستلم فيها القابل رسالة تأكيد من الموجب تفيد وصول القبول إليه. ويمكن أن يتم ذلك بنفس طريقة الإيجاب أو بطرق أخرى ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، بالتالي ينعقد العقد في اللحظة التي تدخل فيها الرسالة التأكيدية إلى نظام معالجة معلومات خاص بالقابل، وفي حال عدم قيام الموجب بإرسال هذا التأكيد إلى القابل وإشعاره بتسلم القبول لا ينعقد العقد ومن حق القابل أن يعتبر قبوله كأنه لم يرسل أصلاً ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك¹ وهذا خلافاً للقاعدة العامة المقررة في القانون المدني حسب الفقرة الأولى من المادة (97) التي اعتمدت نظرية علم الموجب بالقبول².

ثالثاً: موقف المشرع الفلسطيني

أخذ المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 بما أخذ به القانون النموذجي وبهذا الخصوص فقد نصت المادة (19) منه على "يعتبر إرسال رسالة البيانات أنه قد تم عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المرسل أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابةً عن المرسل ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك. ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي: إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يتم الاستلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل

¹ أحمد، امانح رحيم : مرجع سابق. ص 195-196. والمطالفة، محمد فواز: مرجع سابق. ص 72-73.

² المومني، بشار طلال: مرجع سابق. ص 87.

إليه ولكن ليس هو الذي تم تعيينه. إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يتم الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه...."

وبالنظر إلى المادة أعلاه نجد أن المشرع الفلسطيني تبنى ذات النظرية التي اعتمدها قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية وهي نظرية استلام القبول وفقاً للتدرج الذي أشارت إليه المادة (15) من حيث زمان ومكان الانعقاد.

وبعد استعراض النظريات التي تناولت مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني والآثار القانونية المترتبة على هذا التحديد، إضافةً إلى موقف بعض التشريعات الدولية والوطنية محل البحث من مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، يظهر لنا عدم ضرورة التلازم بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، وعليه فإن النظرية الأنسب لتحديد زمان الانعقاد في العقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد المبرم عبر الإنترنت هي نظرية العلم بالقبول، وذلك تماشياً مع التقنيات التكنولوجية والبرمجيات الحديثة المصاحبة لاستخدام الإنترنت، والتي تتيح استرجاع رسالة البريد الإلكتروني أو تعديلها أو استبدالها بأخرى بعد إرسالها ودخولها حساب البريد الإلكتروني الخاص بالمستقبل. علماً أن هذه الخاصية تحتاج إلى بريد إلكتروني منشأً على مخدم مايكروسوفت يسمح بالتبادل، ويكون استرجاع البريد الإلكتروني باستخدام برنامج مايكروسوفت أوت لوك حيث تتمتع إصدارات هذا البرنامج للأعوام 2000، 2003 و 2007 بهذه الخاصية، وحتى يكون استرجاع أو استبدال الرسالة الإلكترونية ممكناً لا بد من أن يكون كلاً من المرسل والمستقبل يستعملان إصداراً من مايكروسوفت أوت لوك يتيح هذه الخاصية. إن معظم حسابات البريد الإلكتروني الشخصية المنزلية لا تستعمل هذا النوع من الحسابات وبالتالي لا يمكن استرجاع الرسائل المرسلة إليها، إلا أن معظم الشركات التجارية الكبرى تعتمد عادةً على استخدام البريد الإلكتروني الخاص بميكروسوفت أوت لوك لتستطيع الاستفادة من الخصائص التي يتيحها هذا البرنامج، ومن الجدير بالذكر أنه وعند إرسال بريد إلكتروني بواسطة ميكروسوفت أوت لوك إلى شخص ما يستعمل هو الآخر هذا البرنامج فإن إمكانية تبقى متاحة لاسترجاع الرسالة، أو استبدالها برسالة أخرى بعد دخولها حساب المستقبل طالما أن

المستقبل لم يتم بفتحها، فإذا قام المستقبل بفتح الرسالة الإلكترونية يتعذر بعدها الاسترجاع، التعديل، أو الاستبدال¹. لهذا كله فإنه من الأنسب الأخذ بنظرية العلم بالقبول لتحديد زمان انعقاد العقد عوضاً عن نظرية استلام القبول التي أخذت بها قوانين ومشاريع القوانين محل البحث، أما بالنسبة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني فإن الخيار الأنسب هو الأخذ بمكان صدور الإيجاب (مكان الموجب) لتحديد مكان الانعقاد لما يوفره هذا الخيار من السهولة والواقعية في حال اقتضى الأمر مقاضاة القابل للموجب خاصة في حالة ما إذا كان القابل عدد كبير من الأشخاص الذين ينتمون إلى دول مختلفة حيث إنه ليس من المنطق أن يجبر الموجب على التوجه إلى عدد كبير من الدول حتى يتم مقاضاته فيها. يتضح مما تقدم مدى الحاجة إلى دعوة المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2001 لتبني نظرية العلم بالقبول لتحديد زمان الانعقاد ومكان إرسال الإيجاب لتحديد مكان الانعقاد.

¹ <http://office.microsoft.com/en-us/outlook/HA010917601033.aspx>. تاريخ 2008/10/8. الساعة

الخاتمة

بعد الانتهاء من دراسة موضوع البحث تم التوصل إلى العديد من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج

1. التسمية الأنسب لشبكة الإنترنت هي شبكة المعلومات العالمية بدلاً من الدولية، وذلك؛ لأن استخدامها لا يقتصر على الدول فقط بل يصل إلى مناطق في العالم لم تكتسب صفة الدولة نظراً لظروفها السياسية السائدة كما هو الحال في فلسطين.
2. يوجد خلط بين التجارة الإلكترونية والتجارة عبر الإنترنت علماً بأن الأخيرة جزء من التجارة الإلكترونية، فالتجارة الإلكترونية تشمل التجارة عن طريق الهاتف والفاكس والتلكس وليست محصورة في الإنترنت فقط.
3. تأثر قانون المعاملات الإلكترونية الأردني ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني ومشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري بشكل واضح بقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.
4. أورد المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001 تعريفاً للعقد الإلكتروني بينما غاب هذا التعريف عن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003 وكذلك مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001.
5. اعتبار العقد الإلكتروني من زمرة العقود المبرمة عن بعد وبالتالي يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد ويختلف عن العقد التقليدي في الوسيلة التي يتم خلالها إبرامه كونه ينعقد دون حضور مادي لطرفيه حيث لا يجتمعهما مجلس واحد، ولم يضع له المشرع في قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث تنظيمًا خاصاً به.

6. يقوم العقد الإلكتروني على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي وهي: المحل والسبب والرضا والأهلية.
7. تثار مشكلة صعوبة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة في التعاقد عبر الإنترنت لعدم وجود التقاء فعلي حقيقي، وتعتبر نظرية الوضع الظاهر الحل الأفضل لهذه المشكلة، كما قد تساهم مرحلة التفاوض في الحل.
8. العقود الشكلية التي يطلب المشرع شكلية خاصة لانعقادها لا يمكن أن تكون محلاً للعقد الإلكتروني وبخاصة عبر الإنترنت.
9. الأخذ بالمفهوم الحديث لعقد الإذعان يجعل من الصعوبة اعتبار العقد الإلكتروني والمبرم عبر الإنترنت على وجه التحديد عقد إذعان بالمطلق أو رضائي بالمطلق.
10. مرحلة التفاوض تقوم على عنصر الاحتمال بقوة وليس هناك إجماع بين الفقهاء حول طبيعة المسؤولية المترتبة على قطع المفاوضات أثناء هذه المرحلة.
11. التعبير عن الإرادة بواسطة الإنترنت يتم بوسيلة إلكترونية عبر رسائل البيانات الإلكترونية وللأطراف حرية الاتفاق بتعزيزها برسالة مكتوبة وكذلك باستخدام ما أمكن من الطرق التقليدية للتعبير عن الإرادة.
12. لا يوجد للإيجاب الإلكتروني تعريف خاص به في قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث فهو لا يختلف في مضمونه عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة الإلكترونية المستخدمة للتعبير عنه، ويمكن أن يصنف الإيجاب عبر الإنترنت بالإيجاب العام كما هو عليه الحال بالنسبة لشبكة المواقع، والإيجاب الخاص كما هو الحال عبر البريد الإلكتروني والمحادثة مع المشاهدة المرئية.
13. الأصل في الإيجاب عدم قوته الملزمة، ويمكن للموجب العدول عن إيجابه في العقد الإلكتروني بشرط إعلان رغبته في العدول قبل وصول الإيجاب إلى الموجب إليه، كذلك حال اقترانه بمدة محددة ضمناً أو صراحةً.

14. لا يوجد تعريفاً خاصاً للقبول الإلكتروني في قوانين المعاملات الإلكترونية، ويكون في العقد المبرم عبر الإنترنت صراحةً أو ضمناً، أو بأية طريقة تعبر عن إرادة القابل لا تدع شكاً في دلالتها على التراضي مع وجود طرق خاصة للقبول الإلكتروني عبر الإنترنت تتمثل بتقنية التحميل عن بعد، وبالضغط على الأيقونة الخاصة بالقبول.

15. الأصل أن السكوت لا يعتبر قبولاً إلا بحالات استثنائية هي: حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين، العرف التجاري، وفيما إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. وتعتبر الحالة الأخيرة فرض غير مألوف في التعاقد عبر الإنترنت.

16. ينعقد العقد باقتران القبول بالإيجاب، ويصبح ملزم التنفيذ لا رجعة فيه، وانطلاقاً من حماية المستهلك فيمكن له في العقد الإلكتروني العدول عن القبول خلال مدة معينة وقد حدد مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني هذه المدة بعشرة أيام وتعتبر هذه المدة هي الأنسب مقارنةً بما حددته القوانين ومشاريع القوانين محل البحث.

17. صاغ الفقه الإسلامي فكرة مجلس العقد "نظرية مجلس العقد" بشكل كبير من الإقتان، وتأثر بها كل من القانون المدني الأردني والمصري، وقد انفرد مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001 بتعريف مجلس العقد الإلكتروني في قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث وتبرز أهمية مجلس العقد في تحديد زمان ومكان التعاقد، والمحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق في حال ثار نزاع بشأن العقد.

18. مجلس العقد نوعان حقيقي وحكمي، فالمجلس الحقيقي هو الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر، يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرةً بحيث لا ينصرف أيّاً منهما عن التعاقد بشاغل، أما المجلس الحكمي أو الافتراضي فهو الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، وهو ما يكون غالباً عليه العقد الإلكتروني مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية الوسائل الإلكترونية المختلفة التي يتم انعقاد العقد من خلالها.

19. المعيار الزمني هو الأنسب للتمييز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين لمرونته وقدرته على مواكبة التطورات الحاصلة في وسائل الاتصالات.

20. تعد مسألة الإيجاب والقبول من أدق المسائل العقدية وبالرغم من المساحة الواسعة لهما في العالم المادي لكنهما لم ينظما بالشكل الوافي في قوانين المعاملات الإلكترونية محل البحث.

21. أخذ قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بنظرية استلام القبول في تحديد وقت انعقاد العقد، كما أخذ بمقر العمل سواءً للمنشئ أو المرسل إليه لتحديد مكان الانعقاد، وقد سار المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على ذات النهج من حيث زمان ومكان الانعقاد، خلافاً لمشروع القانون المدني الفلسطيني الذي أخذ بنظرية العلم بالقبول، وكذلك سار على ذات النهج المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، خلافاً للقانون المدني الأردني الذي أخذ بنظرية تصدير القبول، أما المشرع المصري فقد أخذ في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري بنظرية استلام القبول في تحديد زمان انعقاد العقد كمبدأ عام، ويكون ذلك في اللحظة التي يتسلم فيها القابل رسالة تأكيد من الموجب تنفيذ وصول القبول إليه وبهذا يكون المشرع المصري قد اتخذ منحىً مختلفاً عن ما ورد في النظريات التي عالجت مسألة زمان انعقاد العقد، كما أنه خالف أيضاً القانون المدني المصري الذي أخذ بنظرية العلم بالقبول، كما أخذت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي بنظرية استلام القبول .

ثانياً: التوصيات

1. اعتماد تسمية شبكة المعلومات العالمية للإنترنت بدلاً من الدولية.
2. إيراد تعريف محدد للعقد الإلكتروني في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني ومشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري على غرار التعريف الوارد في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً".
3. الاعتماد على معيار النمطية والتفاوض لاعتبار العقد الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت عقد إذعان أو عقد رضائي.

4. إيراد نص في مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري يوضح فيه التصرفات القانونية التي لا تصح أن تكون محلاً للتعاقد عبر الإنترنت على غرار قانون المعاملات الإلكترونية الأردني ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.
5. الأخذ بنظرية الوضع الظاهر لتحديد مسؤولية القاصر عند التعاقد عبر الإنترنت.
6. إيراد تعريف لمجلس العقد في مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني على غرار التعريف الصادر في مشروع المعاملات الإلكترونية المصري "مجلس يتواجد فيه العاقدان حقيقةً أو حكماً عند التعاقد، ويكون التعاقد حكماً عند التعاقد بوسيلة إلكترونية" مع اقتراح تعديل الجزء الأخير من المادة لكي يصبح "وغالباً ما يكون التعاقد حكماً عند التعاقد بوسيلة إلكترونية." حتى لا يغيب عن الأذهان التعاقد عبر المحادثة مع المشاهدة (التلفزيون المرئي).
7. الاعتراف بالشكل الواضح الصريح برسالة البيانات وسيلة مقبولة قانوناً للتعبير عن الإيجاب أو القبول، ويكون ذلك بتعديل المادة (7) من مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني بما يفيد ذلك.
8. محاولة استخلاص قواعد عرفية خاصة بالعقود المبرمة عبر الإنترنت على غرار القواعد العرفية في العالم المادي، لما تساهم به في سد النقص التشريعي في بعض الحالات.
9. تنظيم العقد الإلكتروني في قواعد خاصة في قوانين المعاملات التجارية ليشمل الإيجاب والقبول الإلكتروني.
10. النص لحماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني وخاصة عبر الإنترنت في مشروع قانون المبادلات م التجارة الإلكترونية الفلسطيني وكذلك تعديل قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85) لسنة 2001، على غرار مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري، علماً أن قانون حماية المستهلك الفلسطيني حالياً من مثل هذا النص.

11. إيراد نص في قوانين ومشاريع القوانين الإلكترونية محل البحث يعالج حالة إرسال السلع والمنتجات إلى المستهلك دون طلبها وتوضيح ما إذا كانت هذه الحالة إيجاباً أم دعوةً للتفاوض على غرار التشريعات الغربية.

12. إيراد نص في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني يوضح فيه حق المستهلك بالعدول عن التعاقد وإرجاع السلع التي تم شراؤها من خلال الإنترنت دون إبداء الأسباب خلال مدة أقصاها عشرة أيام من تاريخ استلام البيع على غرار ما أتى به مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.

13. الأخذ بالنظريات الثنائية والتي لا ترى تلازماً حتمياً بين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني وذلك بتبني نظرية العلم بالقبول لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني وعلى وجه التحديد المبرم عبر الإنترنت والأخذ بمكان إرسال الإيجاب لضمان سهولة وفاعلية التقاضي في حال نشوء نزاع بشأن العقد.

14. إدخال تعديلات على التشريعات المدنية محل البحث لمواكبة مستحدثات التجارة الإلكترونية.

15. تهيئة الأطر التشريعية في الدول العربية بتعديلها بما يتماشى مع طبيعة التجارة الإلكترونية وأساليب تكوين العقود الإلكترونية.

16. الاستعانة بالكوادر الفنية المتخصصة بتكنولوجيا وسائل الاتصال وبخاصة الإنترنت أثناء صياغة المواد القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

17. توفير الإمكانية لكافة قضاة المحاكم على اختلاف درجاتها ليتمكنوا من التعامل والفصل في القضايا الناجمة عن العقود الإلكترونية وذلك من خلال الدورات التدريبية المتخصصة بهذا المجال (تكنولوجيا المعلومات).

18. تهيئة طلاب الجامعات وعلى وجه الخصوص طلاب كليات الحقوق في مجال تكنولوجيا المعلومات حتى تتوفر لديهم المعرفة الكافية للتعامل مع العقود الإلكترونية.

19. دعوة المشرع الفلسطيني للإسراع في المصادقة على مشروع القانون المدني مع ضرورة تطويره ليكون مواكباً للتطورات التكنولوجية الحاصلة على العقود الإلكترونية وكذلك الأمر بالنسبة لمشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: المصادر

قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) في دورتها التاسعة والعشرين والصادر في 16 كانون الأول 1996.

القانون المدني الأردني رقم (43). نشر هذا القانون في العدد (2645) من الجريدة الرسمية تاريخ 1 آب لسنة 1976، الصفحة رقم (2).

القانون المدني المصري رقم (131). نشر هذا القانون في الوقائع المصرية في العدد (108) مكرر (أ) تاريخ 29 تموز لسنة 1948.

قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (85). نشر هذا القانون في العدد (4524) من الجريدة الرسمية تاريخ 31 كانون أول لسنة 2001، الصفحة رقم (6010).

قانون حماية المستهلك المصري رقم (67). نشر هذا القانون في العدد (20) من الجريدة الرسمية مكرر في 20 مايو 2006.

مجلة الأحكام العدلية.

مشروع القانون المدني الفلسطيني لسنة 2001.

مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني لسنة 2003.

مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001.

مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لسنة 2007.

ثانياً: المراجع

أ-الكتب

إبراهيم، خالد ممدوح. التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2008.

إبراهيم، خالد ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2006.

إبراهيم، خالد ممدوح: أمن المستندات الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: الدار الجامعية. 2008.

أبو البصل، عبد الناصر موسى: دراسة في فقه القانون المدني الأردني النظرية العامة للعقد. الطبعة الأولى. الأردن: دار النفائس. 1999.

أبو السعود، رمضان: النظرية العامة للالتزام. مصادر الالتزام. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2002.

أبو العز، علي محمد احمد: التجارة الالكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. عمان: دار النفائس. 2008.

أبو الليل، إبراهيم الدسوقي: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية. الطبعة الأولى. الكويت: جامعة الكويت. 2003.

أبو الهيجا، محمد إبراهيم: عقود التجارة الالكترونية (العقود الالكترونية- المنازعات العقدية وغير العقدية -القانون الواجب التطبيق). الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005.

أحمد، أمانح رحيم: التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت دراسة تحليلية مقارنة في ضوء القانون المدني العراقي وقوانين التجارة والمعاملات الالكترونية في كل من (الولايات المتحدة الأمريكية، كندا، تونس، الأردن، مملكة البحرين، إمارة دبي) وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية. الطبعة الأولى. عمان: دار وائل للنشر. 2006.

برهم، نضال إسماعيل: أحكام عقود التجارة الإلكترونية. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2005.

التهامي، سامح عبد الواحد: التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. مصر: دار الكتب القانونية. 2008.

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

الجنبيهي، منير وممدوح محمد: الشركات الالكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2005.

الجنبيهي، منير وممدوح محمد: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. دون سنة نشر.

الجنبيهي، منير وممدوح محمد: بروتوكولات وقوانين الانترنت. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2005.

الجنبيهي، منير وممدوح محمد: قوانين الأونسيترال النموذجية في مجال التجارة الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2006.

حسين، محمد عبد الظاهر: الجوانب القانونية للمرحلة السابقة على التعاقد. دون مكان نشر. دون ناشر. 2002/2001.

حمود، عبد العزيز المرسي: الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذو الطابع التعاقدية "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. دون مكان نشر. دون ناشر. 2005.

حيدر، علي: شرح مجلة الأحكام العدلية. الطبعة الأولى. حيفا: المطبعة العباسية. 1925.

خاطر، نوري حمد: عقود المعلوماتية دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني "دراسة موازنة". الطبعة الأولى. عمان: الدار العلمية الدولية دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001.

دواس، أمين: المصادر الإرادية "العقد والإرادة المتفردة". الطبعة الأولى. رام الله: دار الشروق للنشر والتوزيع. 2004.

الرملاوي، محمد سعيد: التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الفكر الجامعي. 2007.

الرومي، محمد أمين: التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية. 2004.

زريقات، عمر خالد: عقد التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دراسة تحليلية. الطبعة الأولى. عمان. الأردن: دار الحامد للنشر والتوزيع. 2007.

الزين، محمد: النظرية العامة للالتزامات (العقد). الطبعة الثانية. تونس: دون ناشر. 1997.

سلامة، صابر عبد العزيز: العقد الإلكتروني. الطبعة الأولى. دون مكان نشر: دون ناشر. 2005.

سلطان، أنور: الموجز في مصادر الالتزام. الطبعة الأولى. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1970.

سلطان، أنور: النظرية العامة للالتزام. الجزء الأول. الطبعة الثانية. مصر: دار المعارف. 1958.

السند، عبد الرحمن بن عبد الله: الأحكام الفقهية للتعاملات الإلكترونية "الحاسب الآلي وشبكة المعلومات (الإنترنت)". الطبعة الأولى. بيروت: دار الوراق، دار النيربين. 2004.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد: الموجز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني. الجزء الأول. الطبعة الأولى. بيروت: المجمع العلمي العربي الإسلامي منشورات محمد الدايدة. دون سنة نشر.

الشريفات، محمود عبد الرحيم: التراضي في التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. عمان: دون ناشر. 2005.

شنب، محمد نبيب: مبادئ القانون "المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام". الطبعة الأولى. بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1970.

الصدده، عبد المنعم فرج: في عقود الإذعان في القانون المصري "دراسة فقهية وقضائية مقارنة" رسالة دكتوراه منشورة. جامعة فؤاد الأول: مطبعة جامعة فؤاد الأول. 1946.

الصدده، عبد المنعم فرج: محاضرات في القانون المدني نظرية العقد في قوانين البلاد العربية التراضي. الجزء الأول. الطبعة الأولى. جامعة الدول العربية: معهد الدراسات العربية العالمية. 1985.

الصدده، عبد المنعم فرج: مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري. الطبعة الأولى. بيروت: دار النهضة العربية للطباعة والنشر. 1971.

عبد التواب، معوض: المرجع في التعليق على نصوص القانون المدني. الجزء الأول. الطبعة الرابعة. الإسكندرية: منشأة المعارف. 1998.

العبودي، عباس: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1997.

العجلوني، أحمد خالد: **التعاقد عن طريق الإنترنت (دراسة مقارنة)**. الطبعة الأولى. عمان: الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع. 2002.

العدوي، جلال الدين: **أصول المعاملات محل المعاملات أطراف المعاملات أداة المعاملات**. الجزء الأول. الطبعة الأولى. بيروت: المكتب الشرقي للنشر والتوزيع. دون سنة نشر.

العتار، محمد حسن: **البيع عبر شبكة الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني رقم (15) لسنة 2004**. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2005.

عيسى، طوني ميشال: **التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دراسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية أو الاتفاقيات الدولية**. الطبعة الأولى. لبنان: صادر ناشرون. الطبعة الأولى. 2001.

الفار، عبد القادر: **مصادر الالتزام مصادر الحق الشخصي في القانون المدني**. الطبعة الأولى. الأردن: الدار العلمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001.

الفضل، منذر: **النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام**. الجزء الأول. الطبعة الأولى. عمان: مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع. 1996.

مان، كاثرينال واكيرت سوا، ونايت سارة كلياند (ترجمة الشحات منصور): **أوليات السياسة: التجارية الإلكترونية العالمية**. الطبعة الأولى. القاهرة: مؤسسة الأهرام للترجمة والنشر. 2003.

مجاهد، أسامة أبو الحسن: **التعاقد عبر الإنترنت**. الطبعة الأولى. مصر: دار الكتب القانونية. 2002.

مزاوي، منير وسالم، توفيق: المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1981 وحتى نهاية سنة 1985. الجزء الخامس. الطبعة الأولى. عمان: مطبعة التوفيق. دون سنة نشر.

مزاوي، منير: المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1976 حتى نهاية سنة 1980. الجزء الرابع. الطبعة الأولى. عمان: مطبعة التوفيق. دون سنة نشر.

المطالقة، محمد فواز: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته "التشفير" التوقيع الإلكتروني دراسة مقارنة. الطبعة الأولى. عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع. 2006.

المغربي، محمد نجيب: أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني. الطبعة الأولى. القاهرة: دار النهضة العربية. 2006.

منصور، أمجد محمد: النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، دراسة في القانون المدني الأردني والمصري والفرنسي ومجلة الأحكام العدلية والفقه الإسلامي مع التطبيقات القضائية لمحكمتي النقض والتمييز. الطبعة الأولى. عمان: الأردن: دار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع. 2001.

منصور، محمد حسين: المسؤولية الإلكترونية. الطبعة الأولى. الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة. 2007.

المومني، بشار طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت "دراسة مقارنة". الطبعة الأولى. الأردن: عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع. 2004.

المومني، عمر حسن: التوقيع الإلكتروني وقانون التجارة الإلكترونية دراسة قانونية وتحليلية مقارنة. الطبعة الأولى. عمان: دار وائل للنشر والتوزيع. 2003.

نادر، جمال: أساسيات ومفاهيم التجارة الالكترونية. الطبعة الأولى. الأردن: دار الإسراء للنشر والتوزيع. 2005.

ب - الدوريات

علوان، رامي محمد: التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني. مجلة الحقوق. 2002/26:4.

محاسنة، نسرين: انعقاد العقد الالكتروني دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الالكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون. 2004/31:2.

نصير، يزيد أنيس: الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن والقوة الملزمة للإيجاب. مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون. 2003/30:1.

ت - الرسائل الجامعية

حسن، يحي يوسف: التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة النجاح الوطنية. نابلس. فلسطين 2007.

حمارشة، رياض وليد: عقد البيع الالكتروني في ظل التجارة الالكترونية إبرامه آثاره إثباته دراسة تحليلية مقارنة. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة الدول العربية. القاهرة. مصر 2000.

خلف، محمد موسى: التعاقد بواسطة الإنترنت (دراسة مقارنة تحليلية). (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة القدس. القدس. فلسطين 2004..

القواسمي، بيان اسحق: القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية "دراسة مقارنة". (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بيرزيت. رام الله. فلسطين 2007.

كميل، طارق عبد الرحمن: **التعاقد عبر الإنترنت وآثاره "دراسة مقارنة"**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة محمد الخامس كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية. الرباط 2003-2004.

مسودي، غادة جواد: **التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين**. (رسالة ماجستير غير منشورة). جامعة بيرزيت. رام الله. فلسطين 2007.

ث -المواقع الالكترونية

<http://office.microsoft.com/en-us/outlook/HA010917601033.aspx>.

www.alyaseer.net.

www.c4arab.com.

أحمد، أماني: **التحديات القانونية للتجارة الالكترونية**. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.f-law.net/.law/forumdisplay.php?f=40>

أحمد، أماني: **تعريف التجارة الالكترونية وأهم أنواعها**. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.f-law.net/law/forumdisplay.php?f=40>

أحمد، أماني: **معوقات التجارة الالكترونية**. بحث منشور على الموقع الإلكتروني: <http://www.f-law.net/law/forumdisplay.php?f=40>

الصغير، حسام الدين عبد الغني: **تفسير اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع**. رسالة دكتوراه منشورة على الموقع الإلكتروني: <http://cisgw3.law.pace.edu/cisgarabic/middleeast/interpretation.htm>

نقض مدني: **جلسة 12 مارس 1974، مجموعة أحكام النقض س 25 ق 80 ص 492**. نقلاً عن www.barasy.com/forum/showthread

وايكيبيديا، الموسوعة الحرة. <http://ar.wikipedia.org>

**An-Najah National Universit
Faculty of Graduate Studies**

Electronic Contract Council

**By
Lama Abdalah Sadeq Salhab**

**Supervised by
Dr. Akram Daoud**

**Submitted in Partial Fulfillment of the Requirment for the Degree
of Master in Law, Development, Faculty of Graduate Studies, at
An-Najah National University, Nablus, Palestine.**

2008

Electronic Contract Council
By
Lama Abdalah Sadeq Salhab
Supervised by
Dr. Akram Daoud

Abstract

Internet is considered one of the most important innovations developed by the human being, in the field of informatics since the end of the past decade, as it removed all the geographical borders between countries, converting the world into a small village. In accord with this context, the electronic commerce appeared and developed, and the Internet became one of the important intermediaries, through which electronic contracts are made.

The electronic contract can be defined as an agreement, in which the acceptance encounter the offer, at an international open communication net, over distance through audiovisual manners, creating reaction between the offerer and the offeree, and these manners are not limited only to the Internet, but it comprises other electronic communication devices, such as Fax, Telex, Facsimail, and Telephone, as these devices through which the electronic contract is made, is one of the most important features of the electronic contract, that distinguishes it from the conventional one. Considering that the internet and its divers services, is one of the most important sides that give the electronic contract its specialty, differentiating it from the conventional contract. The electronic contract belongs to a group of contract made through distance, using electronic

devices without physical presence of the contractors. Because of that, its proving and fulfillment is done in special ways, different from those of the conventional contract.

The validity of the electronic contract is materialized as a result of the materialization of the validity of its bases, which is the object, the cause, the satisfaction (approval) and the eligibility, which are regulated with the same frame of general principles, that regulate the conventional contract, with the particularity of these bases, as the general principles do not have the ability to expand, in order to comprise the eligibility of the contractor, as a result of the difficulty of the assurance of the identity of the contractors and their eligibility, and because of that the electronic signature and the electronic certifying bodies were created.

The negotiation stage usually precedes the concluding of the contract, during this stage the suggestions and the bargaining are exchanged, and it is known as the duration before contracting, although the contract could be made without going through this stage, disagreement arisen about the nature of the responsibility as a consequence of the interruption of the negotiation, and whether it is considered as delinquency or contractual responsibility, also disagreement has been roused about the legal nature of the contract, and whether it is considered as contentment or submissiveness contract, which is determined according to the method used to conclude the contract on the Internet, as the contract made through the Internet is in

general a contentment one, but those made through Email or Chatting is considered as submissiveness contract.

The electronic contract is concluded by the submissiveness of its parties, the presence of the submissiveness depends on the concordant of the concurrence of wills, expressing the offer and the acceptance, using one of the expression methods considered according to the general principles, as expressing orally, by writing, signs will known traditionally and the attitude of the parties of which the situation and all the circumstances do not leave any suspicion regarding its significance, also there are special ways for expressing the will in the electronic contract concluded through Internet, from which according to the general principles we can consider, the expression using Email, websites and chatting, in which an electronic data letters could be used to express the will through the mentioned ways, in addition to other ways regulated by the general principles.

The essence of the electronic offer does not differ from that of the conventional one, except in the manner used to express it. The importance of distinguishing between the offer and the invitation to treat, is the possibility of regression of the offer, as the engagement of the acceptance with the offer lead to the conclusion of the contract, so the offerer will not be able to regress his offer, while in the case of the invitation to treat, the offerer has the right to regress his offer despite the engagement of the acceptance with the offer. There are several requirements of the electronic

contract, among these: it should be clear and directed to a concrete person or persons, decisive and exactly defined.

In the same manner that the general principles applied on the electronic offer, it is also applied on the electronic acceptance, there are special ways of the electronic acceptance, in accordance with the nature of the electronic contract concluded through Internet. The expression of the acceptance could be explicit or implicit, but the silence is not considered as an acceptance, except in exceptional cases, although this assumption is difficult to be applied on the contract made through Internet.

The Egyptian and the Jordanian legislator of the civil law, adopted the same approach as Islamic jurisprudence regarding the contract council, as it gave the offeree a rational period of time in order to express his acceptance, without slackness that lead to harm the offerer, the importance of the contract council exists in the determination of place and time of conclusion, in addition to the type of law that should be applied, and the court that has the jurisdiction in the case of disagreement regarding the contract.

There are two types of contract council, a true one and a propositional one, in the case of the true one, the contractors are meeting in the same place contacting and hearing each other directly, and they should not be diverted by something else other than the contractual matter, the council begins with an offer and end with acceptance or rejection, or dissolved with out response, while the council is considered a propositional

council, if one of contactors is absent, and it is usually the case of electronic council.

The time parameter is considered the appropriate and the most flexible, in order to distinguish between these two types of contracting, because this parameter is able to follow the real development of the modern communication media, according to this parameter, the contract council when using the telephone and the similar devices, is considered in general as contracting between absents with respect to the place, and attendant with respect to the time, also the contract council using the fax and similar devices, is considered as contracting between absents regarding both place and time, however with respect to contracting using Internet, the state differs according to the way of the contract conclusion, as the contracting using Email, usually considered as contracting between absents regarding both place and time, except in the case of direct connection using Email with out time gap between the issuance of the acceptance, and the awareness of the offere, in the case of contracting using the web page, the contracting is considered as contracting between absents regarding both place and time, although in the case of contracting using direct chatting with vision through camera, the contracting considered as contracting between attendant regarding both place and time, and if only writing is used in chatting, without time gap between sending the letter and the awareness of the other part, in order to respond with immediate letter or oral communication, then the contracting is considered as contracting between attendant regarding time and absent regarding place, although in

the case of the presence of time gap between the issuance and awareness of the letter in order to respond to it, then the contracting is considered as contracting between absents regarding both time and place, this ultimate case is the one that could be applied on sending SMS using mobile.

As a result of the challenged appeared regarding the determination of the time and place of contract council, legal and jurisprudence solutions appeared in order to resolve this issue, as it is the most important problem facing contracting between absents. These solutions were represented in the unilateral and bilateral theory, the unilateral theory does not separate between time and place of the contract council, from which we can mention the announcement of acceptance theory, the expedition of acceptance theory, receiving the acceptance theory, and the awareness of acceptance theory, while the bilateral theories does not bind between time and place of contract council, these theories are represented by the Malory and Chevalier theories.

This document was created with Win2PDF available at <http://www.win2pdf.com>.
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.
This page will not be added after purchasing Win2PDF.