إشكاليات التراضي في العقـد الإلكترونـي

الدكتور بعجي نورالدين
أستاذ محاضر قسم [أ]
كلية الحقوق. جامعة الجزائر [1]

مقدمة

لا شك أن العقد الإلكتروني له نفس القيمة القانونية التي يتمتع بها العقد التقليدي، وذلك انطلاقا من أساس قيام كل منهما على وجود التراضي. وغني عن البيان بأن التراضي المقصود هو اقتران القبول بالإيجاب.

وقد ظهرا مصطلحا الإيجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني تماشيا مع طبيعة العقد الإلكتروني الذي يتم من خلال وسائط تقنية يغلب عليها الطابع الإلكتروني.

وما دام أن الإيجاب الإلكتروني أو القبول الإلكتروني يجسد كل منهما مفهوم التعبير عن إرادة متساوية بالنسبة لكل طرف اتجاه الطرف الآخر، غير أن الطرف الذي يعبر عن إراداته أولا ، يعد تعبيره إيجابا إلكتروني والطرف الآخر يعد تعبيره قبولا إلكتروني يبرم باقترانهما العقد الإلكتروني.

وانطلاقا من اعتبار أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته عن مقصود صاحبه. فإن التقدم في مجال الاختراعات الإلكترونية ، وتوجه الأشخاص إلى القبول والأخذ بطريقة إبرام العقود في مختلف المجالات ، بواسطة الوسائط الإلكترونية ، قد طرح موضوع إشكالية التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

ومن بين طرق التعبير عن الإرادة المعروضة ، فإن الكتابة هي الوسيلة الأسلم والأصح للتعبير عن الإيجاب والقبول الإلكترونيين . وتعتبر الكتابة إبـداع لا حصر له والـذي لا يتسع المقام للخوض فيه وتكفي الإشارة إلى وصف بن خلدون لها على النحو التالـي إذ قال [الخط و الكتابة من عداد الصنائع الإنسانية].والتعبير عن الإرادة عبر الإنترنت بواسطة الكتابة التي تصنف أنها كتابة تختلف عن الكتابة على الورق من حيث القراءة. وذلك لأن الكتابة الإلكترونية تسمح بإمكانية قراءتها من طــرف الإنسان ومن طرف الآلة ، وذلك طبعا بعد تحويلها من لغة الآلة إلى لغة الإنسان.

وهنا تكمن أهمية دراسة موضوع إشكاليات التراضي في العقد الإلكتروني. لأن التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني ، يكون بواسطة الكتابة الإلكترونية. ولدراسة هذا الموضوع يستوجب طرح الإشكالية التالية ماهية العقد الإلكتروني وخصائصه؟ وما مدى قوة الحجة القانونية لتبادل البيانات بواسطة الكتابة الإلكترونية؟ وما هو موقف التشريعات المختلفة من إشكاليات اقتران القبول الإلكتروني بالإيجاب الإلكتروني.

ومن أجل الإجابة عن كل ما تثيره هذه الإشكالية من أسئلة فقد تم وضع الخطة التالية.

المبحث الأول : تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه والتعاقــد بتبادل رسالة البيانات وحجيتها القانونية.

المطلب الأول : تعريف وخصائص العقد الإلكتروني.

الفرع الأول : تعريف العقد الإلكتروني.

الفرع الثاني : خصائص العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني : التعاقد بتبادل رسالة البيانات وحجيتها القانونية.

الفرع الأول : التعاقد بتبادل رسالـة البيانات.

الفرع الثاني : الحجية القانونية لرسالة البيانات.

المبحث الثاني : إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإيجاب والقبول وموقف التشريعات منها.

المطلب الأول : المفهوم الإلكتروني للإيجاب والقبول.

الفرع الأول : الإيجاب الإلكتروني.

الفرع الثاني : القبول الإلكتروني.

المطلب الثاني : إشكالية اقتران القبول بالإيجاب وموقف التشريعات منها.

الفرع الأول : إشكالية اقتران القبول بالإيجاب.

الفرع الثاني : موقف التشريعات من الإشكالية.

المبحث الأول : تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه والتعاقد بتبادل رسالة البيانات وحجيتها القانونية

تقدم طريقة تبادل رسالة البيانات خدمة هامة ومفيدة، في مجال التجارة الإلكترونية. وتظهر تلك الخدمة بصفة خاصة في اختصار المكان والزمان من أجل تواصـــل الأطراف المتعاقدة.ويتم ذلك من خلال توفير إمكانية تعبير طرفي العقد عن إرادتهما بسهولة تامـة وصحيحة في وقت واحد ، رغم بعد المسافات التي تقدر بآلاف الكيلومترات . وهكذا يقترن القبول بالإيجاب وينشأ العقد الإلكتروني.لذلك سيتم في هذا البحث تبيان ما هو العقد الإلكتروني ؟ وما هي خصائصه ؟ وماهية التعاقد بتبادل رسالة البيانات ؟ وما هي حجيتها القانونية ؟

المطلب الأول : تعريف العقد الإلكتروني وخصائصه

لكي تفهم ما هي الإشكالية القانونية المطروحة في مسألة الرضا في العقـــود الإلكترونية،ومن أجل إيجاد الحلول اللازمة لها. لا بد من القيام قبل ذلك بدراسة ماهية العقد الإلكتروني، وتبيان خصائص هذا العقد. ولهذا سيتم تقسيم هذا المطلب إلى فرعين بحيث يتم التطرق في الفرع الأول إلى تعريف العقد الإلكتروني ، بينما تتم دراسة خصائص العقد الإلكتروني في الفرع الثاني.

الفـرع الأول : تعريف العقد الإلكتروني

يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه ذلك العقد الذي يتم بين طرفين من خلال وسائط إلكترونية . ومن هذا التعريف البسيط يظهر الفرق والتمييز بين العقد التقليدي ، والعقد الإلكتروني الذي يكمن في استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن إرادة المتعاقدين. وهي الإرادة المتمثلة في الإيجاب والقبول المعبر عنهما من قبل الطرفين. غير أنه يمكن إضافة عنصري تمييز هامين في هذا السياق ، وهما البعد المكانـــي للمتعاقدين عن مجلس العقد ، واستعمال الوسائط الإلكترونية. وقد يؤدي هذا في

بعض الحالات أن البعد الزمني يؤخر تطابق الإيجاب مع القبول ، وذلك بسبب ما ، قد يحدث في الوسائط الإلكترونية ، مما ينتج عنه إشكاليات عملية وقانونية سيتم التطرق إليها لاحقا. وقد أدت أهمية مسألة عدم الوجود المكاني والزماني للمتعاقدين في العقد الإلكتروني ، إلى وجوب التفكير في طريقة ناجحة وفعالة لحماية المتعاقد ، الذي يمكن أن يكون محل ضرر نتيجة تأخر تطابق الإيجاب مع القبول.وهذا ما دفع الإتحاد الأوربي إلى القيام بذلك من خلال التوجيه الأوروبي الصادر بتاريخ 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد. وذلك باعتبار أن العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد ، وقد عرف التعاقد عن بعد[**بأنه أي عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحد أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكتروني حتى إتمام العقد] وانطلاقا من فرضية أن هذا التعاقد يتم بواسطة الوسائط الإلكترونية فقد عرفها كذلك على أنها [أية وسيلة تستخدم في التعاقد بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما، وذلك حتى إتمام التعاقد بين الأطراف]** .

وفي هذا الشأن يمكن إدراج ما احتوى عليه قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة سنة 1996، والذي نص في المادة 11 منه في سياق تكوين العقود [**وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد،لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض]**. وقد جاء في دليل تشريع قانون الأونسيترال فيما يخص توضيح هذه المادة ما يلي ليس المقصود بالمادة 11 أن تمس بالقانون المعني بتكوين العقود، بل أن تشجع التجارة الدولية بتوفير المزيد من التيقن القانوني بشأن إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية. وهي لا تتناول مسألة تكوين العقود فحسب بل تتناول أيضا الشكل الذي يمكن التعبير به عن العرض والقبول.

ومن أهداف تشجيع التجارة الدولية الذي جاء في توضيح المادة 11 من قانون الأونسيترال رأى بعض أن العقد الإلكتروني هو عقد عادي مثله مثل العقد التقليدي وأن الطابع الإلكتروني يرجع إلى الوسيلة التي يتم من خلالها إبرامه. أما الخاصية أو السمة المميزة له عن العقد التقليدي فهي عملية العروض للسلع والخدمات وطريقة تبادلها بين الأطراف المتعاقدة عن طريق وسائط الاتصالات عن بعد عبر الشبكة العنكبوتية [الأنترنت] دون أن يكون أي انتقال ومواجهة بين الأطراف المتعاقدة في مجلس عقد محدد بالمكان والزمان. كما هو ثابت غالب في العقد التقليدي.

أما فيما يخص التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني فإن جانبا من الفقه حصر ذلك في أن هذا الأخير اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مقترحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية وقد وجه لهذا التعريف نقد يتمثل في عدم تبيانه للنتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب والقبول والتي يترتب عنها إنشاء التزامات تعاقدية.

وفي الأخير يمكن اعتماد التعريف الذي رآه الأستاذ الدكتور أمل لطفي حسن جاب الله بأن العقد الإلكتروني **[هو العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية].**[1].

الفرع الثاني : خصائص العقد الإلكتروني.

يتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بعدة خصائص لا يوجد لها أثر في هذا الأخير. وقد تم وضعت عدة خصائص يختلف عددها بالزيادة والنقصان عند بعض الدارسين عن البعض الآخر، غير أن هناك عدة خصائص لا يمكن إلا أن تكون في العقد الإلكتروني وقد اتفق عليها الجميع. وتتمثل هذه الخصائص في الآتي:

1 - الأطراف المتعاقدة لا يجمعها مجلس عقد مباشر ويقصد بهذا أن الوجود المادي للأطراف المتعاقدة في مجلس واحد في المكان والزمان معا كما يحدث عادة في العقد التقليدي، هو أمر غائب ولا يحدث في العقد الإلكتروني. والسبب هنا موضوعي وبسيط لأن طرفي العقد الإلكتروني في وقت مباشرة التعبير عن الإرادة بواسطة الإيجاب والقبول ، يكون كل واحد منهما في مكان بعيد عن الآخر يقدر في حالات عديدة بالآلاف الكيلومترات. كما يكمن اختلاف التوقيت الزمني لذلك العقد جراء عامل تقني إلكتروني يتعلق بوسائط الاتصال ، كعدم إنزال الرسائل الإلكترونية المتبادلة بين الطرفين من على الشبكة ، أو التأخر في إرسالها بسبب تعطيل الشبكة. وتعتبر هذه السمة كذلك من خصائص التجارة الإلكترونية حيث يغيب العنصر البشري تماما. ويتم العقد بناءا على تراسل الأجهزة مع بعضها وفقا للبرامج التي برمجت عليها مسبقا ، من أجل مواصلة عملية الشراء لتزويد مخازن السلع وذلك بإرسال بيانات جديدة تتمثل في أوامر الشراء في حالـة نقص المخزون ، وبالمقابل تقوم أجهزة الكمبيوتر لدى الموردين باستلام أوامر الشراء وتنفيذها ، وإرسال فواتير البيع دون تدخل من الأطراف المتعاقدة بمعنى غياب العنصر البشري كليا عن إبرام العقد.

2 - استعمال الوسيط الإلكتروني في إبرام العقد الإلكتروني ما دام أن الأطراف المتعاقدة لا يجمعها مكان واحد ، وأن كل واحد منها يبعد عن الآخر بمسافة معينة فإن التواصل بينها يتم ، بواسطة وسائل ووسائط إلكترونية تتمثل في جهاز الكمبيوتر الموجود لدى كل طرف من أطراف العقد ، والذي هو بدوره متصل بشبكة الاتصالات الدولية. ودور هذه الوسائل الإلكترونية يكمن في نقل التعبير عن إرادة الأطراف المتعاقدة ، في نفس اللحظة التي يعبر فيه كل طرف عن إرادته سواء كان هذا التعبير بالإيجاب أو القبول ، وذلك رغم بعد مكان وجـــود كل طرف عن الآخر. وهذا معناه أن المتعاقدين يجمعهما مجلس عقد حكمي افتراضي ، إلا في حالة وقوع عطل أو انهيار في الشبكة ، أما

في باقي وأغلب الحالات فإن التعبيرعن الإرادة بين المتعاقدين ، يتم بشكل صحيح ويتوفر على شرط اليقين القانوني المطلوب في تطابق الإرادتين المعبرعنهما من الطرفين. وبذلك ينتج نفس الآثار التي ينتجها التعبيرعن الإرادة في العقد التقليدي. وبفضل هذا الإنجاز التقني لإبرام العقود تم التحول من نظام العقد العادي في مجلس واحد محدد المكان والزمان إلى نظام العقد الإلكتروني الذي يتم رغم البعد المكاني الشاسع بين الأطراف المتعاقدة.

3 - تمتع رسائل البيانات والموقع الإلكتروني بحجية إثبات ما دام المفروض أن كتابة العقد الإلكتروني لا تتم على الدعامة الورقية. وهي تتم عبردعامة إلكترونية. فقد طرحت مسألة مدى حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في إثبات العقود المبرمة بين الأطراف بوسائط إلكترونية. وقد انتهى الأمر بتسوية الكتابة الإلكترونية بالكتابة العادية لإثبات التصرف ، بمعنى أن الكتابة الإلكترونية ، والتوقيع الإلكتروني قد أصبحا لهما نفس الحجية في الإثبات التي تتمتع بها الكتابة الورقية والتوقيع الورقي فـي العقد العادي. وقد تجســـد مبدأ حجية الكتابة الإلكترونية ، والتوقيع الإلكترونية في إثبات التصرفات التعاقدية في قانون الأونسيترال في المادة 7 الخاصة بالتوقيع والمادة 9 الخاصة بقبول رسائل البيانات وحجيتها في الإثبات.[2].

المطلب الثاني : التعاقد بتبادل رسالة البيانات وحجيتها القانونية.

قبل عرض طرق التعاقد الإلكتروني لابد من معرفة الوسيط الذي من خلالـــه يتم التعاقـد ، إذ يتمثل هذا الوسيـط في رسالـة البيانات التـي بواسطتها يتـم تبادل الإيجاب والقبـول.

وقد عرفتها المادة الثانية من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996 في الفقرة [أ] منه كما يلي :**[يراد بمصطلح "رسالة بيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل**

مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي].

ومن خلال هذا المفهوم لرسالة البيانات يمكن القول أن طرق التعاقد الإلكتروني، يقصد بها هو قيام رسالة البيانات بنقل لفظي الإيجاب والقبول ، بواسطة الكتابة الإلكترونية بين طرفي العقد من أجل إحداث اقتران القبول بالإيجاب. ولهذا سيتم في هذا المطلب دراسة التعاقد بتبادل رسالة البيانات في الفرع الأول ، وسيخصص الفرع الثاني لدراسة الحجية القانونية لرسالة البيانات.

الفرع الأول : التعاقد بتبادل رسالة البيانات.

يتم إرسال وتخزين وتسليم ألفاظ التعبير عن إرادة المتعاقدين في العقد الإلكتروني ، بواسطة الوسيط الإلكتروني من خلال الكتابة الإلكترونية.

وقد عرف بعض الفقه تبادل البيانات إلكترونيا على أنه [مجموعة من القواعد والعمليات المتعارف عليها التي تسمح للعمليات التجارية بأن تتم إلكترونيا].[3].

وهذا يعني أن التعاقد بين الأطراف بعدما كان يرتكز في العقد التقليدي على دعامة ورقية أو يتم مباشرة ، أصبح في العقد الإلكتروني ينجز بواسطة دعامة إلكترونية. وقد عرفها الفقه الأمريكي على أنها [عملية تبادل البيانات والمعلومات بين أطراف محددة بطريقة إلكترونية ومن خلال الكمبيوتر].

وغنى عن البيان أن إبرام العقود يعتبر من العمليات التي تتم بواسطة تبادل رسالة البيانات.

الفرع الثاني : الحجية القانونية لرسالة البيانات.

يمكن اعتبار أن القانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية ، هو أول من أرسى مبدءا أساسيا أدي إلى الاعتراف بحجة رسالة البيانات القانونية ، فيما يخص التعبير عن الإرادة إلكترونيا. ومن ثمة اعتبار إن اقتران القبول الإلكتروني بالإيجاب

الإلكتروني ينتج عقدا صحيحا وسليما فيما يتعلق بتوافر ركن التراضي. وهو ما نصت عليه المادة الخامسة إذ جاءت كالتالي **[لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات]**.

وقد أكد نفس القانون على عدم إمكانية نكران أو رجوع الأطراف المتعاقدة في محتوى رسالة البيانات المتبادلة بينها ، بسبب أن الإيجاب والقبول بين هذه الأطراف قد تم إلكترونيا. وهو ما نصت عليها المادة الثانية عشر في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه كما يلي **[لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات]**.

كما أن الاتفاق النموذجي الأوربي للتبادل الإلكتروني للبيانات نص على أن يقبل الأطراف بأن تعتبر المعاملات تمت على الوجه الصحيح إن هي كانت عن طريق رسائل التبادل الإلكتروني للبيانات.[4]

ومن خلال ما سبق يتبين أن رسالة البيانات تتمتع بنفس الحجية القانونية التي يتمتع بها المستند القانوني ، فيما يخص اقتران القبول بالإيجاب ، وتوافر ركن التراضي في العقد الذي يتم بين الأطراف بواسطة الوسيط الإلكتروني.

المبحث الثاني : إشكالية التعبير الإلكتروني عن الإيجاب والقبول وموقف التشريعات منها

يأخذ التعبير الإلكتروني عن الإرادة صورا مختلفة باختلاف الآلة الإلكترونية التي تمر بواسطتها تعبير الأطراف المتعاقدة عن إرادتها. ويمكن حصر تلك الصور في التعبير بواسطة

1 - التعبير عن طريق البريد الإلكتروني.

2 - التعبير من خلال موقع الإنترنت.

3 - التعبير عن طريق المحادثة.

4 - التعبير عبر التنزيل عن بعد.

ويقصد بالتعبير عبر تنزيل عن بعد هو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الإنترنت إلى الكمبيوتر الخاص بالعميل. ويكون التعبير الإلكتروني عن الإرادة عن طريق اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال في دلالته على أن صاحبه قد قصد إبرام عقد كأن يعرض الموجب على الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينمائي. فيقوم هذا الأخير بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة ، ويتم خصم ثمن الفيلم فورا من رصيده عن طريق التحويل الإلكتروني للأموال. كما يقوم في نفس الوقت الموجب بنقل الفيلم إلى جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب إليه عبر الانترنت .

أما التعبير عن الإرادة الإلكتروني بواسطة المحادثة فإن هذه الوسيلة تمكن طرفي العقد من التعبير عن إرادتهما مباشرة لأنها تسمح لهما بالتحدث مع بعضهما في وقت واحد بواسطة الكتابة.

أما التعبير عن الإرادة الإلكتروني عبر موقع الواب يكون بالكتابة أو النقر على زر الموافقة سواء بالضغط على زر الموافقة الموجود على لوحة المفاتيح على الكمبيوتر الشخصي أو بالضغط بالفأرة في الخانة المخصصة لذلك على صفحة الواب.

أما وسيلة التعبير عن الإرادة الإلكتروني بواسطة البريد الإلكتروني فتكون بالكتابة الإلكترونية. وهي تعادل الكتابة العادية والفرق فقط أنها تتم بواسطة جهاز الكمبيوتر باستخدام دعائم إلكترونية ، بينما الكتابة العادية تتم بواسطة القلم باستخدام دعائم ورقية.[5].

ولهذا فإنه سيتم التعرض في هذا المبحث إلى المفهوم الإلكتروني للإيجاب والقبول في المطلب الأول ، بينما سيتم دراسة إشكالية اقتران القبول بالإيجاب في العقد الإلكتروني وموقف التشريعات منها.

المطلب الأول : المفهوم الإلكتروني للإيجاب والقبول.

مادام أن التراضي في العقد الإلكتروني يتطلب توافق إرادتي المتعاقدين. ويتم التعبير عن كل إرادة من أحد الأشخاص الممثلة لكل طرف في العقد.وتدعى الأولى بالإيجاب الإلكتروني بينما يطلق على الثانية القبول الإلكتروني. فإنه سيتم في هذا المطلب بحث الإيجاب الإلكتروني في الفرع الأول ، بينما سيتم دراسة القبول الإلكتروني في الفرع الثاني.

الفرع الأول : الإيجاب الإلكتروني.

لقد تم تعريف الإيجاب في العقد العادي على أنه تعبير نهائي، جازم، قاطع الدلالة، على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقا لشروط معينة. أما الإيجاب الإلكتروني فيمكن اعتماد تعريف التوجيه الأوربي بشأن حماية المستهلك على أنه **[كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة بتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان]**[6].

ومن هذا التعريف يظهر أن الإيجاب الإلكتروني يختلف عن الإيجاب التقليدي فقط في الوسيلة التي تم من خلالها التعبير عنه ، وهي الوسيط التقني. أما فيما يخص اشتماله على كافة العناصر المطلوبة لإتمام العقد فهو ثابت ، وبنفس المستوى كما هو في العقد التقليدي.ومن هذا المنطلق فإن الإيجاب الإلكتروني يحتوي على كل السمات والشروط التي يتمتع بها الإيجاب التقليدي ، وله نفس الآثار التي تنتج عن هذا الأخير.

الفرع الثاني : القبول الإلكتروني.

يعرف القبول على أنه تعبير عن إرادة الطرف الآخر، الذي يتلقى الإيجاب ويطلقه نحو الموجب ، ليعلمه بموافقته عن الإيجاب.

وهذا التعريف هو نفسه الذي يمكن اعتماده لتعريف القبول الإلكتروني مع إضافة أن هذا الأخير يتم عبر وسائط إلكترونية. وبالتالي فإنه تنطبق عليه نفس القواعد التي

تحكم القبول في العقد التقليدي. ويجب أن تتوافر فيها الشروط العامة بأن يكون باتا ومحددا ومنصرف لإنتاج آثار قانونية ، وأن يطابق الإيجاب مطابقة تامة. بحيث لا يزيد فيه ولا ينقص وإلا أعتبر إيجابا جديدا طبق لنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري التي نصت **[لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا]**.

والقبول الإلكتروني يكون بنفس الوسيط الإلكتروني ، الذي تم من خلاله الإيجاب الإلكتروني. ومن التشريعات التي تشترط ذلك القانون التجاري الأمريكي الموحد إذ نصت المادة 206/2 منه على **[التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب]**.[7].

ويمكن عرض طرق التعبير عن القبول الإلكتروني فيما يلي :

وهي الكتابة بما يفيد الموافقة أو بواسطة التوقيع الإلكتروني ، أو بواسطة اللفظ من خلال غرف المحادثة ، أو بواسطة التنزيل عن بعد ، أو بواسطة النقر بالموافقة على الأيقونة الخاصة بذلك ، حيث تكون عبارة أنا موافق أو ما يدل عليها.

المطلب الثاني : إشكالية اقتران القبول بالإيجاب وموقف التشريعات منها.

لمعرفة معالم إشكالية اقتران القبول بالإيجاب في العقد الإلكتروني ، لابد من عرض موقف الآراء الفقهية المختلفة. وذلك في شأن التوقيت الذي يمكن فيه اعتبار أن القبول قد توافق مع الإيجاب واقترن معه.وكذلك عرض موقف مختلف التشريعات من هذه الإشكالية لذلك فإنه سيتم في هذا المطلب دراسة إشكالية اقتران القبول بالإيجاب في الفرع الأول ، بينما سيخصص الفرع الثاني لعرض موقف التشريعات من الإشكالية.

الفرع الأول : إشكالية اقتران القبول بالإيجاب.

من أجل الوصول إلى تحديد متى يعتبر أن القبول قد اقترن بالإيجاب في العقد الإلكتروني ، لابد من تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني. وقد ظهرت عدة آراء فقهية في هذا المجال يمكن عرضها فيما يلي

1 - العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا :

ومن هذا المنطلق فإن العقد الإلكتروني مثل العقد الذي يتم بواسطة المراسلة أو الهاتف ولا يختلف عن ذلك إلا في أنه يتم إلكترونيا.

ومن هنا يرى أصحاب هذا الرأي أنه عقد بين غائبين بسبب عدم صدور الإيجاب والقبول في نفس الوقت. وذلك بسبب وجود فترة زمنية بين علم الموجب بالقبول وصدوره ، وكذلك اختلاف مكان وجود المتعاقدين.

2 -العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين :

ويعتبر هذا الرأي أنه رغم غياب كل متعاقد عن مجلس العقد ، فإنه من حيث الزمن لا يفصل ما بين صدور القبول ، والعلم به زمن في التعاقد. وعلى هذا فقد تم اعتبار أن مجلس العقد حكميا ، يطبق عليه التعاقد بين حاضرين حتى ولو كان هذا الحضور اعتباريا.

وهناك آراء أخرى في هذا الشأن لا يتسع المجال للتطرق إليها.

أما فيما يخص تحديد وقت اقتران القبول بالإيجاب فقد ظهرت كذلك عدة نظريات. ومن خلال تطبيق تلك النظريات على العقد الإلكتروني ، تظهر الحالات التي تحدد زمان إبرام العقد الإلكتروني. وتتمثل هذه النظريات في الآتي :

1 - نظرية إعلان القبول :

ومضمونها أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول للموجب ، لأن العقد الإلكتروني توافـق إرادتين. ويتم هذا التوافق بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب دون أن تكون حاجة إلى علم الموجب بالقبول أو عدم علمه.

وطبقا لهذه النظرية فإن لحظة إتمام العقد الإلكتروني ، هي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية. تتضمن القبول دون انتظار القيام بإرسالها ، أو قيام القابـل بالنقر على الإيقونة المخصصة لذلك النقر ، على مفتاح التوقف وبذلك لا يخرج القبـول عن سلطة القابل ويبقى في مرحلة إعلان القبول.

2 - نظرية إرسال القبول :

تتمثل هذه النظرية في حصول واقعة مادية وذلك من خلال قيام القابل بإرسال القبول بالإضافة إلى إعلانه حتى يكون نهائيا ولا يستطيع العدول عنه

وطبقا لهذه النظرية فإن العقد الإلكتروني يعتبرتاما ابتداء من لحظة قيام القابل بإرسال رسالة القبول. حيث تصبح هذه الرسالة في سيطرة الوسيط الإلكتروني. ولا يشترط وصولها إلى الموجب.

3 - نظرية وصول القبول :

مفاد هذه النظرية أن وقت إبرام العقد الإلكتروني ، هو الوقت الذي تصل فيه الرسالة المتضمنة القبول إلى الموجب. بمعنى أن تكون الرسالة تحت تصرفه حتى يتحقق إتمام العقد الإلكتروني.

4 - نظرية العلم بالقبول :

ويرى أصحاب هذه النظرية أن العقد الإلكتروني يتم في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب فعلا بالقبول. وذلك من خلال إطلاعه على الرسالة الخاصة بالقبول وعلمه بذلك.

فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا أتصل بعلم الموجب له ، فإن القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب. [8].

الفرع الثاني : موقف التشريعات من الإشكالية.

يمكن التطرق إلى موقف التشريعات ، من خلال دراسة موقف التشريعات الدولية والوطنية من إشكالية مكان وزمان اقتران الإيجاب بالقبول. ومن هنا يمكن معرفة وقت حدوث تطابق إرادة المتعاقدين من خلال تبادل رسالة البيانات. ومن ثمة اعتبار أن العقد قد تم بشكل صحيح كما نص عنه القانون .

1. موقف التشريعات الدولية :

يمكن إجمال موقف التشريعات الدولية في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع [فينا1980] ، والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية [اليونسترال]. فبالنسبة لاتفاقية فينا ورغم عدم ورود أي نص يتعلق بالعقود الإلكترونية ، إلا أنها نصت على تبيان اللحظة التي يتصل فيها القبول بالإيجاب . وقد حددت المادة 23 من الاتفاقية تلك اللحظة إذ نصت [ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية] كما نصت المادة 18 على [يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه...]. أما قانون اليونسترال فقد رسخ مبدأ سلطان الإرادة وذلك بترك الحرية للمتعاقدين للاتفاق على زمان ومكان الإرسال والاستلام . وفي حالة عدم الاتفاق فإنه يتم تطبيق نص المادة 15 التي نصت [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].[9].

2. موقف التشريعات الوطنية :

لم يتطرق القانون الجزائري إلى مسألة تحديد زمان ومكان اقتران القبول بالإيجاب في العقود المبرمة إلكترونيا ، وذلك لعدم وجود قانون خاص بالتجارة الإلكترونية .

أما المشرع الفرنسي فهو كذلك لم يرد أي نص يحدد زمان ومكان إبرام العقد عبر الوسائل الإلكترونية. وهذا الأمر فتح الباب أمام الفقه. وقد أظهر اتجاهين بشأن وقت اقتران القبول بالإيجاب . حيث تمثل الأول في أن العقد ينعقد من اللحظة التي يتم فيها إعلان القبول ، بينما تمثل الاتجاه الثاني في اعتبار أن وقت اقتران القبول بالإيجاب يكون في اللحظة التي يتم فيها العلم بالقبول من طـــــرف الموجب.[10]. كما أن القضاء الفرنسي قد تردد كثيرقبل أن يستقر ، على الأخذ برأي إرسال القبول لتحديد تطابق

القبول والإيجاب في العقد الإلكتروني.وهذا ما صدر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ07 /01/ 1981 .غير أن الملاحظ على التشريع الفرنسي ، ومن خلال تناول القانون المدني الفرنسي لمسألة تكوين العقود الإلكترونية فقد أخذ بنظرية وصول القبول.وقد تجسد ذلك بوضوح في نص المادة1369 /5 والتي نصت على [الطلب وتأكيد القبول والإقرار بالاستلام يعتبروا قد وصلوا عندما يستطيع المرسل إليه أن يطلع عليهم].[11]. أما المشرع الأردني فقد تبنى الأحكام الواردة في قانون اليونسترال إذ بحث مسألة زمان ومكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات من خلال المادتين 17 ، 18 من قانون المعاملات الإلكترونية. حيث نص في المادة 17 على مسألة تحديد زمان الإيجاب والقبول كما يلي : [أ. تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات...لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك.

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

ج . إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها إلى أي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه]. أما المدة 18 فقد نصت على تحديد مكان الإيجاب والقبول وذلك كما يلي : [1 . 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 مقرا لعمله ، ما لم يكن منشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتفقا على خلاف ذلك.[12]

2 . 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 الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسليم...].

أما المشرع المصري فإن الظاهر أنه قد طبق المادة 97 من القانون المدني التي تحكم التعاقد بين غائبين. وهذه المادة نصت على اعتبار أن انعقاد العقد بين غائبين يكون في وقت العلم بالقبول. ومن خلال تطبيق ذلك على العقد الإلكتروني ، فإن وقت انعقاده يتم حين يعلم من قام بالإيجاب بقبول من أرسل إليه ذلك الإيجاب. وهذا لا يحدث ، ولا يتم إلا عندما يقوم من وجه إليه الإيجاب ، بإرسال القبول ويتسلمه صاحب الإيجاب ويعلم به يقينا.[13]

أما القانون التونسي فقد نص في الفصل الأول من الباب الأول لقانون المبادلات والتجارة على أنه [يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية ، من حيث التعبير عن الإرادة].

وقد تطرق قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية في إمارة دبي إلى مسألة التعاقد إلكترونيا ، دون تحديد إشكالية توافق الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني. وهذا ما يفهم من نص المادة 13 التي نصت على [يجوز أن يتم التعاقد بين نظام إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه].

وعلى خلاف قانون إمارة دبي ، فإن القانون الكويتي قد أجاز صحة استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإرادة. وهذا الاتجاه يظهر في نص المادة 8 من مشروع قانون التجارة الإلكتروني الكويتي ، والتي حررت كما يلي [يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك] ومن خلال عرض مواقف التشريعات الوطنية المختلفة ، تبقى مسألة التراضي

في العقد الإلكتروني محل جدل. وذلك مثلها ، كمثل كل مسألة جديدة تظهر في حياة الإنسان. غير أن الأكيد فإن إشكالية التراضي في العقد الإلكتروني ستجد الحل القانوني الملائم بمرور الوقت. وهذا لحاجة الناس الضرورية لذلك الحل.

الخاتمة

ستظل إشكالية اقتران القبول بالإيجاب في العقد الإلكتروني محل آراء مختلفة ومتضاربة ، وذلك بسبب الطريقة المتبعة في التعبير عن الإرادة.

والتعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني يتم بواسطة وسائل تقنية ، وهو ما يجعله عرضة لتعطل أو عدم وصول ، سواء بالنسبة للإيجاب أو القبول.

ومن ثمة فإن المشاكل التي تثار جراء تبادل الأطراف المتعاقدة ركنا التراضي المتمثلة في الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني ، ترجع أساسا إلى حداثة هذا النوع من العقود وعدم قدرة التشريعات الدولية والوطنية على مسايرة ذلك.

وهذا الأمر يتطلب البحث عن الحل التشريعي الملائم لهذه الإشكالية ، حتى يمكن الوصول إلى معرفة متى يتم اقتران القبول بالإيجاب. ومن ثمة يعتبر العقد الإلكتروني على أنه عقد قانوني صحيح وكامل ، وأن إرادة أطرافه قد تم التعبير عنها بشكل سليم عمليا ونظريا.

الهوامش:

1.خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية، 2006 ، ص.50 وما يليها.

2 . خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص.53 وما يليها.

3 . خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص.107 وما يليها.

4 . نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.

5 . نضال إسماعيل برهم ، مرجع سابق ، ص. 31 وما يليها.

6 . خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص. 246 وما يليها.

7 . محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011 ، ص. 142 وما يليها.

8 . محمود عبد الرحيم الشريفات ، مرجع سابق ، ص.164 وما يليها.

9 . ممدوح عبد الرحيم الشريفات ، مرجع سابق ،ص.172 وما يليها.

10 . ممدوح عبد الرحيم الشريفات ، مرجع سابق ، ص. 182 وما يليها.

11 . صفاء فتوح جمعة فتوح ، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم ، دار الجامعة الجديدة ،الاسكندرية ، 2013، ص236 وما يليها

12.ممدوح عبد الرحيم الشريفات ، مرجع سابق ، ص. 186 وما يليها.

13 . صفاء فتوح جمعة فتوح ، مرجع سابق ، ص 234 وما يليها.

المراجع :

1.خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الإلكتروني ، دار الفكري الجامعي ، الاسكندرية 2006.

2. محمود عبد الرحيم الشريفات ، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2011.

3. عابد فايد عبد الفتاح فايد ، الكتابة الإلكترونية ، دار الجامعة الجديدة الاسكندرية ، 2014.

4. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الإلكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.

5. منير محمد الجنبيهي ، ممدوح محمد الجنبيهي ، الشركات الإلكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2008.

6. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، 1981.

7 . نادر عبد العزيز شافي ، المصاريف والنقود الإلكترونية ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، 2007.

8. نهلا عبد القادر المومني ، الجرائم المعلوماتية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2008.

9 . سمير فرنان بالي ، قضايا القرصنة التجارية والصناعية والفكرية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ،2003.

10 . أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.

11 . صفاء فتوح جمعة فتوح ، منازعات عقود التجارة الإلكترونية بين القضاء والتحكيم ، الاسكندرية ، 2013.

12 . ميكائيل رشيد على ، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2014 .

13 . حسن محمد محمد بودى ، التعاقد عبر الانترنت ، دار الجامعة الجديدة ، 2014.

14 .رضوان هاشم حمدون الشريفي ، نحو نظام قانوني للتحكيم الإلكتروني ، دار الجامعة الجديدة ، 2013.

15 . شريف محمد غنام ، التوزيع الإلكتروني للسلع والخدمات ، دار الجامعة الجديدة ، 2012.

16 . معتز سيد محمد أحمد عفيفي ، قواعد الاختصاص القضائي بالمسؤولية الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت ، دار الجامعة الجديدة ، 2013.