تأثير التحولات التكنولوجية على النظرية العامة للعقد :العقد الالكتروني

The impact of technological transformations on the general theory of the contract: the electronic contract

علي شريف زهرة [1]* ،

[1] جامعة غليزان (الجزائر)،

zohra.alicherif@univ-relizane.dz

تاريخ الاستلام: 2023/06/02 تاريخ القبول: 2023/06/30 تاريخ النشر: 2023/06/30

ملخص:

العقد الإلكتروني يتم إبرامه دون حاجة إلى التواجد المادي للأطراف أي عدم وجود مجلس للعقد حقيقي بل افتراضي فقط، فهو بذلك يندرج ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول عبر شبكة الإنترنت لذلك فهو فوري ومعاصر ،والعقد الإلكتروني تعتمده التجارة الإلكترونية كأساس لها ويرتبطان ارتباطا وثيقا، إلا أن وجه الاختلاف بينهما يكمن في الوسيلة التي ينعقد بها كل واحد منهما، فالعقد الإلكتروني يستوجب الطريقة الإلكترونية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد.

الكلمات الافتتاحية : العقد الالكتروني. التجارة الالكترونية. شبكة الانترنيت .

Abstract:

The electronic contract is concluded without the need for the physical presence of the parties, i.e. there is no real council for the contract, but only virtual. Thus, it falls within the category of contracts concluded remotely, where the offer and acceptance are exchanged via the Internet, so it is immediate and contemporary. The electronic contract is adopted by electronic commerce as its basis and they are closely related, but the difference between them lies in the method by which each one of them is concluded. The electronic contract requires the electronic method through an open international network for remote communication.

Keywords: : the electronic contract. E-Commerce. the interne

***المؤلف المرسل:**

مقدمة:

من الملاحظ أن التقدم العلمي والتكنولوجي الهائل الذي تشهده البشرية في العصر الحديث يلقي بظلاله ونتائجه على كافة جوانب الحياة والعلاقات بين الأفراد والدول، ويبدو ذلك بوضوح بصدد ثورة الاتصالات والفضائيات والحاسبات الآلية والمعلوماتية عبر شبكة الإنترنت، ولذلك يتم تجسيد التجارة الإلكترونية عبر الأساليب التعاقدية ومن خلال العقد الإلكتروني الذي يعتبر من أهم الوسائل التي ساعدت على رواج تلك التجارة. وبالتالي، لا مناص من التسليم بأن العقد الإلكتروني يعتبر بمثابة القلب النابض للتجارة الإلكترونية، حيث أنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي الإرادات بين البائع ومقدم الخدمة من ناحية والمشتري أو المستهلك من ناحية أخرى، ويقوم هذا العقد مثل العقد التقليدي على الثقة ويتطلب وسطا قانونيا قويا تحيطه العديد من الضمانات التي تعمل على تدارك المخاطر التي قد تصيب المعاملات المبرمة عن بعد، ويواكب التطور المتنامي في مجال التجارة الإلكترونية والتي أصبحت حقيقة قائمة لا تقف آفاقها وإمكاناتها عند حد. و من هنا نطرح الإشكال الآتي :ما مفهوم العقد الالكتروني؟ و ماهية آلية انعقاده ؟و ما مدى مسايرة المشرع الجزائري لهذا النمط الجديد من العقد ؟ وللإجابة علي هذا الإشكال ارتأينا الاعتماد على الخطة التالية

المبحث الأول :

ماهية العقد الالكتروني

المطلب الاول :مفهوم العقد الإلكتروني

إن العقد الإلكتروني، في الواقع، لا يخرج في بنائه وتركيبة وأنواعه ومضمونه عن هذا السياق، ومن ثم فهو يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، وهو من العقود غير المسماة حيث لم يضع المشرع تنظيما خاصا له.

(أ) المقصود بالعقد الإلكتروني:

اكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية اونيسترال في المادة 02 بتعريف

تبادل البيانات الإلكترونية و عليه فان العقد حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين . (نسرين، 2004)

ولما كان العقد الإلكتروني من طائفة العقود عن بعد، فقد عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997، والمتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، المقصود بالتعاقد 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 واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية،حتى إتمام التعاقد ". (مجاهد، 2000، صفحة 39)

ويذهب بعض الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل " . (نسرين، 2004)

وهذا التعريف – في رأينا – هو تعريف ناقص حيث أنه لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهى إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية.

ولما كان العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت يتميز بأنه يتم، في الغالب، على المستوى الدولي، فقد ذهب البعض إلى تعريف عقد التجارة الإلكتروني الدولي بأنه " هو العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت)، بهدف إتمام العقد ". (سلامة، 2002، صفحة 28)

ومما سبق فقد عرف البعض، العقد الإلكتروني بأنه " العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، وبقصد إنشاء التزامات تعاقدية ". فالعقد الإلكتروني إذن، هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية، سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة للاتصالات والمعلومات، بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطرق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها. (إبراهيم، 2005، صفحة 51)

وتشتمل عملية التعاقد الإلكتروني، بخلاف الإيجاب والقبول الإلكتروني، على العديد من المعاملات الإلكترونية، مثل العروض والإعلان عن السلع والخدمات، وطلبات الشراء الإلكترونية، والفواتير الإلكترونية، وأوامر الدفع الإلكترونية.

اما المشرع الجزائري فقد عرف العقد الالكتروني في نص المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية بأنه "...يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي و المتزامن لإطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني ."

المطلب الثاني : **خصائص العقد الإلكتروني**:

يتضح مما سبق أن العقد الإلكتروني يتميز بعدة سمات تميزه عن العقود التقليدية وتتمثل فيما يلي:

1- يتم إبرام العقد الإلكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الإلكتروني عبر الإنترنيت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي، ولذلك فهو عقد فوري متعاصر، وقد يكون العقد الإلكتروني غير

متعاصر أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، وهذا التعاصر هو نتيجة صفة التفاعلية فيما بين أطراف العقد. (مجاهد، 2000، صفحة 40)

2- يتم استخدام الوسائط الإلكترونية في إبرام التعاقد، ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الإلكتروني، بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة اتصالات إلكترونية، فالعقد الإلكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط إلكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية التي تقوم على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية.

3- يتصف العقد الإلكتروني غالبا بالطابع التجاري والاستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية، وقد جاءت تلك الصفة من السمة الغالبة لذلك العقد حيث أن عقود البيع الإلكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود.

ويترتب على ذلك أن العقد الإلكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر من قبيل عقود الاستهلاك ولذلك يخضع العقد الإلكتروني، عادة، للقواعد الخاصة بحماية المستهلك. (إبراهيم، 2005، صفحة 53)

4- من حيث الوفاء، فقد حلت وسائل الدفع الإلكترونية، في التعاقد الإلكتروني محل النقود العادية، ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الإلكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات. (سلامة، 2002، صفحة 59)

وتتضمن وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في التجارة الإلكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية الإلكترونية، والنقود الإلكترونية، والتي تتمثل في نوعين هما، النقود الرقمية،والمحفظة الإلكترونية .

5- من حيث الإثبات، فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي، ولا تعد الكتابة دليلا كاملا للإثبات، إلا إذا كانت موقعة بالتوقيع اليدوي، أما العقد الإلكتروني فيتم إثباته عبر المستند الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني، فالمستند الإلكتروني يتبلور فيه حقوق طرفي التعاقد، فهو المرجع للوقوف على ما اتفق عليه الطرفان وتحديد التزاماتهما القانونية، والتوقيع الإلكتروني هو الذي يضفي حجية على هذا المستند.

المبحث الثاني :

تكوين العقد الإلكتروني

التراضي هو تطابق الإيجاب والقبول كتعبيرين عن إرادتي طرفي العقد، ويلزم لتوافر الرضاء بالعقد، حتى ولو كان إلكترونيا أن توجد الإرادة في كل من طرفيه وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانوني المقصود منه.

إن العلاقات التجارية التقليدية قامت منذ فجر النشاط التجاري على أساس الإيجاب والقبول بخصوص أي تعاقد وعلى أساس التزام البائع مثلا بتسليم المبيع بشكل مادي وضمن نشاط إيجابي خارجي ملموس، وأن يقوم المشتري بالوفاء بالثمن إما نقدا أو من خلال الأوراق المالية التجارية أو الشيكات. (إبراهيم، 2005، صفحة 55)

لكن الأمر يختلف بالنسبة إلى العقد الإلكتروني فرغم أنه يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من حيث توافر الإيجاب والقبول والمحل والسبب والثمن وجميع شروط تحديد المسؤولية المتعلقة بالمتعاقدين، لكنه يختلف عن غيره من العقود حال كونه ينعقد دون أن يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده حيث يكون كل طرف في مكان مختلف عن مكان الآخر ويفصل بينهما بعد جغرافي، أي أنه في حالة التعاقد الإلكتروني ليس الطرفان حاضرين في مجلس العقد وإنما يجمعهما مجلس عقد حكمي.

على ضوء ما سبق فان العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد عادي و لكن يختلف عنه في جزئية معينة هي وسيلة إبرامه ، و يشترط لانعقاده كغيره من العقود توافر التراضي بين طرفيه و المحل و السبب ، و يمكن القول أن الفقه لم يوجد شيئا من الخصوصية بالنسبة لركني المحل و السبب في هذا العقد ، و على هذا سيتم تناول ركن التراضي .

يتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين متطابقتين لإبرام العقد ،و هو يتوقف بدوره على صدور الإيجاب من قبل الموجب الذي يقابله القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب.، و من جهة أخرى على تلاقي هذا القبول بالإيجاب. (برهم، 2009، صفحة 28)

المطلب الاول :الإيجاب الإلكتروني

(أ) تعريف الإيجاب الإلكتروني:

يعرف الإيجاب بأنه " تعبير نهائي، جازم، قاطع الدلالة، على اتجاه إرادة من صدر منه إلى قبول التعاقد وفقا لشروط معينة". (قحطان،، 1991، صفحة 313)وبديهي أن هذا التعبير لا يصلح في ذاته ليتلاقى معه قبول إلا إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد، ولا ينال من ذلك أن يكون الإيجاب معلقا أو مقترنا بتحفظات، مثل نفاذ الكمية أو عدم تغير الأسعار، ولم تشترط غالبية التشريعات والاتفاقات الدولية أي شكل معين للإيجاب.

هذا عن الإيجاب التقليدي، أما الإيجاب الإلكتروني فقد عرفه التوجيه الأوربي في شأن حماية المستهلك بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان". (.، 2008، صفحة 232)

عرف المشرع الجزائري في المادة 10 من قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية علي انه "يجب ان تكون كل معاملة تجارية الكترونية مسبوقة بعرض تجاري و ان توثق بموجب عقد الكتروني يصادق عليه المستهلك الالكتروني ".

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني، كما هو الحال في الإيجاب التقليدي، أن يكون جازما ومحددا وباتا لا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به، أما إذا احتفظ الموجب بشرط يعلن فيه أنه غير ملتزم بما عرضه في حالة القبول فلا يعتبر هذا إيجابا بل مجرد دعوة إلى التعاقد. (سلامة، 2002، صفحة 80)

والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجابا خاصا موجه إلى أشخاص محددين، وهو يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة Chatting، وقد يكون إيجابا عاما موجها إلى أشخاص غير محددين، هو ما يحدث في حالة التعاقد عبر مواقع الويب التجارية المنتشرة على شبكة الإنترنت.

ويترتب على هذه التفرقة نتائج وآثار قانونية مختلفة، ففي الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور لا تكون شخصية القابل ذات أهمية بالنسبة للموجب، ولذلك فإن أي شخص يستطيع التقدم بالقبول، حيث يحصل الارتباط حينئذ، وينتهي مفعول هذا الإيجاب بالنسبة للأشخاص الآخرين. (قحطان،، 1991، صفحة 314)

(ب) سريان الإيجاب الإلكتروني:

ولا يكون للإيجاب الإلكتروني فاعلية بمجرد صدوره من الموجب، وإنما يكون بعرضه على الموقع عبر شبكة الإنترنت على الجمهور أو إرساله بالبريد الإلكتروني، أو غير ذلك من طرق التعبير الإلكتروني عن الإرادة، مشتملا العناصر الجوهرية اللازمة للتعاقد، ويترتب على ذلك نشوء حق لمن وجه إليه الإيجاب الإلكتروني في قبوله، ولكن هذا الحق لا ينشأ إلا منذ وقت علم الموجب له بالإيجاب، فلا يترتب على مجرد صدور الإيجاب من الموجب أي إلزام طالما لم يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه. (،، 2006، صفحة 55) وللموجب في الإيجاب الإلكتروني، كما في الإيجاب التقليدي، الرجوع عن إيجابه، ويكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الإنترنت بشرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع

عن الإيجاب، فيعدم بذلك أثره القانوني، إلا أن هناك استثناء على ذلك حيث يكون الإيجاب ملزما إذا كان مقترنا بأجل للقبول، غير أن هذا العدول لا يكون له أي أثر قانوني إلا إذا علم به الموجب له، ويقع عبء إثبات ذلك علي الموجب. (الأهوانى،، 1995، صفحة 55)

(ج) خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة اتصالات:

1- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: نظرالأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة.

ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها، تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها وأثمانها، ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وإعادة إخطار المستهلك وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان. وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد.(rechenman, 2001, p. 42)

2- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني: يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الإنترنت، فهو يتم من خلال الشبكة وباستخدام وسيلة مسموعة مرئية، وليس هناك ما يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم خدمة الإنترنت. وجدير بالذكر أن هناك آخرين يشاركون في تقديم تلك الخدمة، إذ أن هناك

أشخا صا عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ ومورد المعلومات. (التهامي، 2008، صفحة 140)

ويقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التليفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا توجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن استمرارا معينا بحيث أن الموجب له يستطيع دائما أن يعود ليقرأ مرة أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني، بينما يتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التليفزيون بوقتية الرسالة المعروضة عبر شاشة التليفزيون، فمدة البث عبر التليفزيون تكون محدودة وتتميز بالسرعة وباختصار المعلومات، أي أن الإيجاب عبر التلفزيون يتميز بالاختصار وسرعة الزوال.

3- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابا دوليا يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية (البختي، 2005، صفحة 22)ورغم ذلك يرى البعض، أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، مثال ذلك ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الإنترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية، وأيضا ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفا

(د): الإيجاب الإلكتروني وتمييزه عن الدعوة للتفاوض أو التعاقد

قد ينتج عن المرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني الكثير من صور التعبير عن الإرادة منها ما يعتبر دعوة إلى التفاوض، ومنها ما يعتبر إيجابا تلما ينعقد به العقد بمجرد قبوله،أي أن الدعوة إلى التفاوض والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة.

وتبدو أهمية التفرقة بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في كون الأخيرة تدل على أن الأمر ما زال في مرحلة التفاوض على العقد، ومن ثم فإن الأطراف غير ملزمة بإبرام العقد أما الإيجاب فإنه يدل على الخروج من دائرة التفاوض والدخول في مرحلة إبرام العقد (البسيوني، 2002، صفحة 54)يقصد بالدعوة إلى التعاقد، العرض الذي يتقدم به شخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره وشروطه، أما الإيجاب فهو التعبير عن إرادة باتة ويتضمن جميع عناصر العقد الأساسية.

ويصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الإنترنت بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعني القانوني للكلمة، أم مجرد دعوة للتفاوض والتعاقد، ذلك أنه إذا اعتبر إيجابا وصادفه قبول مطابق فإن العقد الإلكتروني يتم،أما إذا اعتبر مجرد دعوة للتفاوض فإن العقد لا ينعقد، وهو ما يثير التساؤل حول معيار التفرقة بين الإيجاب الإلكتروني والتفاوض.

يذهب جانب من الفقه إلى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض هو فارق وظيفي، فوظيفة الثانية مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما يرمي الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله، كذلك إذا كان التعبير الصادر من طرف إلى آخر مجرد دعوة إلى التفاوض، لا تتوافر فيها مقومات الإيجاب فإن الاستجابة لهذه الدعوة لا تمثل قبولا ينعقد به العقد وإنما تمثل قبولا للتفاوض عليه (عرفة، متطلبات التجارة الالكترونية، 2009) بينما يرى البعض أن الفارق هو وجود النية الجازمة في التعاقد، فيجب لكي يعد عرض ما إيجابا أن يخرج هذا العرض من دائرة

الدعوة إلى التفاوض ليدخل في إطار الإيجاب، أي أن الأصل هو اعتبار أي عرض يهدف إلى التعاقد هو دعوة للتفاوض ما لم يثبت اعتباره إيجابا وهو يكون كذلك إذا اتصف بصفة مميزة، وهي كونه يعبر عن رغبة أكيدة ونية جازمة في التعاقد.

ووفقا لهذا الرأي فإن الإيجاب يفيد الجزم والبت بنية صاحبه في التعاقد، بينما الدعوة للتفاوض مجرد عرض يتضمن فحسب إرادة أولية ترغب في التفاوض على العقد، ويستخلص قاضي الموضوع هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف المتعلقة بالدعوى. (المنزلاوي، 2000، صفحة 177)

بينما يذهب غالبيه الفقه إلى أن التفاوض على العقد ينتهي في اللحظة التي يصدر فيها الإيجاب، فعندما تنتهي المفاوضات ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد، يقوم أحدهما بتوجيه إيجاب للطرف الآخر، فإذا صادفه قبول مطابق انعقد العقد.

ويفرق البعض بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، فهما ليسا مصطلحين متماثلين، بل أنهما مختلفان ولكل منهما مفهوم وهدف مستقل عن الآخر،ففي الدعوة إلى التفاوض تتجه إرادة صاحبها إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد على قدم المساواة، بينما في الدعوة إلى التعاقد تتجه إرادة صاحبها إلى عدم التفاوض على العقد نهائيا، ولكنه يهدف إلى دعوة الناس فحسب إلى التعاقد معه في الحال دون تفاوض، ومثال الدعوة إلى التعاقد، الإعلان الذي تنشره شركة التليفونات عن فتح باب الاشتراك في خدمة التليفون الدولي، فمثل هذا الإعلان لا يعتبر دعوة إلى التفاوض لأن شركة التليفونات لا تقبل مطلقا التفاوض على شروطها (القاسم، 2000، صفحة 100) ويفرق القانون الإنجليزي بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض، والمعيار في ذلك هو أسلوب صياغة العرض والعبارات المستخدمة، فقد لا ترتب العبارات التي يستخدمها أحد

الأطراف أي أثر قانوني بين أطرافها بقدر ما تعبر عن مجرد ارتباط أخلاقي فيما بينهم، وقد تعتبر هذه العبارات إيجاباكلما كان العرض المقدم محتويا على تفاصيل مختلفة.

أما القانون الأمريكي فأساس التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد هو معيار القطعية حيث يعتبر أنه إذا استوفى العرض المقدم شرط القطعية فإنه يعد إيجابا، في حين يصبح الأمر مجرد دعوة للتعاقد إذا لم يتمتع بهذه الصفة، وفي الحالات التي لا يتبين فيها ما إذا كان العرض المقدم قاطعا أم لا، يتم الاسترشاد ببعض الاعتبارات مثل التفاصيل الواردة في العرض وأسلوب الصياغة المستخدم فيه.

وقد أقر القانون المدني الألماني أيضا التفرقة بين الإيجاب والدعوة للتعاقد استنادا إلى مدي تناول العرض للعناصر الأساسية المتعلقة بالمعاملة، حيث يعتبر العرض المقدم إيجابا إذا احتوي على العناصر الأساسية الخاصة بالمعاملة، ويعتبر العرض مجرد دعوة للتعاقد كلما افتقر إلى هذه العناصر.

وبناء على ذلك فإنه إذا كانت عناصر عقد البيع مثلاهي المبيع والثمن فإن التعبير عن الإرادة الذي يتضمن تحديدهما هو الذي يكون إيجابا بالبيع، وكل تعبير عن الرغبة في البيع عبر شبكة الإنترنت دون تحديد هذه العناصر، لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب بالبيع. (الصرفي، 2000، صفحة 48)

المطلب الثاني: القبول الإلكتروني

القبول هو الإرادة الثانية في العقد الصادرة ممن وجه إليه الإيجاب، ويجب أن يتضمن النية القاطعة في التعاقد أي يصدر منجزا بلا قيد أو شرط.

ويجب أن يصدر القبول مطابقا للإيجاب، والمقصود بتطابق الإيجاب والقبول ليس تطابقهما في كل المسائل التي تدخل في العقد بل تطابقهما في شأن المسائل الجوهرية والرئيسية وعدم اختلافهما في شأن المسائل التفصيلية، وهو ما يثير مسألة غاية في

الأهمية وهى اختلاف صيغ الإيجاب والقبول الإلكتروني (محمد، 2000، صفحة 120)(أ)

سمات القبول الإلكتروني:

يعرف القبول بأنه " تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقي الإيجاب يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب ". فهو الإجابة بالموافقة على عرض الموجب، وبإضافته إلي الإيجاب يتكون العقد.

والقبول الإلكتروني لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، فهو قبول عن بعد، ولذلك فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية.

وهناك شروط عامة يجب توافرها في القبول، فالقبول يخضع للشروط العامة المطلوبة في كل تعبير عن إرادة، فيجب أن يكون باتا ومحددا ومنصرفا لإنتاج آثار قانونية وذا مظهر خارجي، وأن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائما وأن يطابق القبول. فإذا كان القبول مطابقا للإيجاب ولا يتضمن أي تحفظات أبرم العقد، فالقبول إذن يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا.

ولا يشترط أن يصدر القبول الإلكتروني في شكل خاص أو وضع معين، فيصح أن يصدر عبر وسائط إلكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، وذلك ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين، فعلى سبيل المثال إذا اشترط التاجر الإلكتروني في عقد البيع أن يكون القبول عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق ملأ الاستمارة الإلكترونية المعدة سلفا والمبينة على الموقع، فإذا أرسل المستهلك قبوله في شكل آخر، كأن يرسله بالبريد التقليدي أو بالفاكس أو بالاتصال تليفونيا فإن هذا القبول لا يكون صحيحا ولا ينعقد به العقد. (البختي، 2005، صفحة 20) وإذا لم يحدد الموجب

وسيلة لإرسال القبول، فطبقا للقانون النموذجي فإن الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول يجب إرسالها إلى نظام المعلومات التابع للموجب، والذي يكون عادة صندوق البريد الإلكتروني الخاص به، أو إرسال القبول بذات الطريقة التي أرسل بها الإيجاب.

(ب) طرق التعبير عن القبول الإلكتروني:

يتم التعبير عن القبول الإلكتروني بعدة طرق منها الكتابة بما يفيد الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف المحادثة Chatting room، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الإنترنت Down load وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل. (العجلون، 2002، صفحة 52)

ومن طرق القبول الإلكتروني أيضا النقر مرة واحدة بالموافقة simple-clic على العلامة الخاصة بذلك – الأيقونة- Icon، حيث نجد عبارة " أنا موافق " وتستخدم مواقع الويب التي تتعامل باللغة الفرنسية، في الغالب عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة J'accepte L'offre"" أو "d'accord"، أما مواقع الويب باللغة الإنجليزية فتستخدم عبارة "I agree" أو OK.

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه، وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم عن طريق النقر مرتين double clic على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد.

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول، كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلي القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه أو كتابة

بعض البيانات الخاصة التي تظهر على شاشة جهاز الحاسب الآلي كرقم ونوع بطاقته الائتمانية، وواضح أن القصد من هذه الإجراءات اللاحقة هو تأكيد القبول وجعله في صورة أكثر فاعلية، بمنح القابل فرصة للتروي والتدبر والتأكد من رغبته في القبول وإبرام العقد، حتى إذا تم منه بالشكل المطلوب كان معبرا بالفعل عن إرادته الجازمة في القبول (الهيجاء،، 2002، صفحة 92)وإذا كان الأصل العام أن القبول يمكن أن يتم صراحة أو ضمنا فإن من المتصور إمكانية ذلك في القبول الإلكتروني، حيث يتم التعبير صراحة عن القبول عبر الوسائط الإلكترونية المتعددة، وقد يكون ضمنيا كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه ، كالدفع مثلا عن طريق بطاقات الائتمان بإعطاء الموجب رقم البطاقة السري، دون أن يعلن صراحة قبوله فيتم العقد وفق هذا القبول الضمني.

ومع ذلك يذهب الرأي الراجح إلى أن التعبير عن إرادة القبول الإلكترونية لا يكون إلا صريحا فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقد. ووفق هذا الرأي فإنه لا محل للقول بأن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني يمكن أن يكون إشارة متداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه، أو السكوت المقترن بظروف يرجح معها دلالته على القبول. (العلجون، صفحة 56)(ج) مدى صلاحية السكوت للتعبير الإلكتروني عن القبول:

وإذا كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إنشاء الإيجاب، فإنه على العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولا. يثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن إرادة أحد الأشخاص في التعاقد الإلكتروني. فالأصل أن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة، فالإرادة عمل

إيجابي والسكوت شئ سلبي، وليس إرادة ضمنية لأن هذه الإرادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها. وقد قرر الفقه الإسلامي هذه القاعدة بقوله " لا ينسب لساكت قول ".

ولكن استثناء من هذا الأصل فإن السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن الإرادة ويعتبر قبولا بناء على نص في القانون أو اتفاق طرفي التعاقد إذا أحاطت به ظروف ملابسه من شأنها أن تفيد دلالته على الرضاء. (الهيجاء،، 2002، صفحة 100)

خاتمة :

على ضوء ما سبق يمكن القول أن هذه العقود هي عقود تجارية لكن نادرا ما تكون مدنية لا تختلف عن العقود التقليدية إلا في وسيلة مباشرتها، و لذا رأينا أن هذه العقود تخضع للقواعد العامة التي تحكم العقود بشكل عام بالإضافة إلى قواعد خاصة فراضتها خصوصية الوسيلة تتناول عدم الحضور المادي بين المتعاقدين و ما يترتب عليها من أثار.

وعليه ما يمكننا قوله إذن إن التعاقد عبر الانترنت بما يشكله من أهمية ومزايا تجعل من المتعاقدين في إرجاء الكرة الأرضية من ألسهولة واليسر إلا إن هذا التعاقد فيه الكثير من الخطورة بسبب النقص الذي لايزال يعتري تنظيم هكذا نوع من التعاقد لذلك لابد من سد هذا النقص وتوفير الحماية الكافية للتعاقد عبر هذه الوسيلة التي يمكن إن تكون وسيلة للنصب والاحتيال خاصة مع وجود الشركات الوهمية التي تعلق عن خدماتها عن طريق الانترنت.

قائمة المراجع

الكتب :

1-باللغة العربية

اولا : الكتب العامة

- أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي، دار النهضة العربية، 2002

- حسام الدين الأهوانى، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، الطبعة الثانية، 1995

- عبد القادر محمد قحطان، السكوت المعبر عن الإرادة وأثره في التصرفات، دار النهضة العربية، الطبعة الأولي 1991

- محمد صالح المنزلاوي،مقدمة في الأعمال في عصر التكنولوجيا ،الإسكندرية ،الدار الجامعية

ثانيا : الكتب المتخصصة

- ابراهيم البختي،التجارة الالكترونية ،الجزائر،ديوان المطبوعات الجامعية ، 2005

- أحمد خالد العجلون،التعاقد عن طريق الانترنيت-دراسة مقارنة-،الأردن ،دار الثقافة ، ،2002

- احمد محمد أبو القاسم،التسويق عبر الإنترنيت ،ط1،مصر،دار الأمين للنشر،2000

- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، 2000

- بشار محمود دودين ،الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت ، ط1،عمان ،دار الثقافة للنشر ،2006

- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي،

- سامح عبد الواحد التهامي ، التعاقد عبر الانترنيت ،ط1،مصر ،دار الكتب القانونية،2008

- عبد الحميد البسيوني،التجارة الإلكترونية ، القاهرة ، دار الكتب العلمية للنشر ، 2004

- عبد الفتاح البيومي الحجازي ،التجارة عبر الانترنيت ،ط1،الإسكندرية ،دار الفكر الجامعي،2008

محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنيت، الأردن ،دار الثقافة،2002

-نضال سليم برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، ط1،عمان ،دار الثقافة للنشر ، 2009

2-باللغة الاجنبية:

jean jacques rechenman, internet et marketing , ed2 paris,2001

المقالات :

-جمال عبد السميع محمد، مصر و بداية عصر التجارة الالكترونية في القرن 21،مجلة الاهرام،ع125 2000،

- محاسنة نسرين، انعقاد العقد الالكتروني، مجلة دراسات علوم الشريعة و القانون 2004/02/31 ،ع4

- محمد عرفة ،متطلبات التجارة الإلكترونية و التنظيم القانوني العربي ،ع 20،5611/2009/04