جامعة القاهرة

كلية الحقوق

الدراسات العليا

قسم القانون المدني

فكرة التراضي في العقود الإلكترونية

بحث مقدم ضمن متطلبات الحصول درجة الدكتوراه في الحقوق

من الطالب

أحمد ضيف الله

مـقــدمــة

يخضع العقد الإلكتروني في تنظيمه للقواعد والأحكام العامة التي تضمنتها النظرية العامة للعقد، فينعقد بتبادل الطرفين المتعاقدين للتعبير عن إرادتين متطابقتين قائمتين على مبدأ الرضا، الذي يلزم لانعقاده ارتباط الإيجاب بالقبول، وبما أن العقد الإلكتروني تعاقد يتم عن بعد، بحيث فتبادل الإرادات فيه يتم عن طريق وسيط إلكتروني، وهذا يشكل ركن التراضي الذي يعتبر أهم ركن في جميع أنواع التصرفات القانونية.

ويقصد بالتراضي – بصفة عامة – تطابق إرادتين تتجهان لإحداث أثر قانوني معين هو إنشاء التزام معين. فالأثر القانوني لتطابق الإرادتين لا بُدَّ أن يكون إنشاء التزام معين يلتزم به كلا من طرفي العقد.

ومن المتفق عليه بين الفقهاء أن تعريف العقد سواء كان بمعناه العام وهو إرادة العاقد إلزام نفسه بتصرف ما، أو معناه الخاص وهو ارتباط إرادتين لتأدية أثرٍ معينٍ، يفيد أن الرضا والاختبار هما أساس العقد وركنه الذي لا يقوم بغيره.

وعلى ذلك فإن الركن الحقيقي للعقد هو الرضا المعبر عن القول أو الفعل أو الإشارة أو الرسول أو الكتابة وفي حالة التعاقد بين حاضرين يستطيع كان من المتعاقدين أن يتوثق من وجود وأهليه المتعاقد الآخر من خلال تقديم ما يفيد اكتمال أهليته من الناحية القانونية كوثيقة إثبات الشخصية[١٦٣١].

مما سبق، يتضح بأن التراضي في العقد الإلكتروني ما هو إلا تراضي في عقد عادي، إلا أنه يختلف عنه في وسيلة إبرامه فقط، فهو تراضي يبرم عن طريق وسائط إلكترونية لإتمام عمليات التجارة الإلكترونية، وبذلك فهو ليس استثناء من أحكام وقواعد النظرية العامة للعقد، فهو يخضع في بنائه وتركيبته إلى أحكام هذه النظرية، ويرد على كل الأشياء والخدمات التي يجوز فيها التعامل، إلا أن ذلك يرتبط ارتباطًا وثيقًا بتوفير الحماية والأمن لكل أطراف المعاملات المتباينة وأن يحصل كل طرف على

([١٦٣١]) راجع في تفصيل ذلك: د. محمد على عمران – د. السيد عيد نايل: القانون المدني، الجزء الأول مصادر الالتزام، بدون دار نشر، بدون تاريخ نشر، ص ٣٧، د. محمد عقله الأبرا هيم: حكم إجراء العقود بوسائل الاتصال الحديثة (الهاتف – البرقية – التلكس) في ضوء الشريعة والقانون، بحث منشور بمجلة الشريعة والدراسات الإسلامية، جامعة الكويت كلية الشريعة والقانون عام ١٩٨٦م، ص ٩٠ .

درجة مناسبة من الثقة التي تحقق له أن ينطلق في استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد نظرا لما تتميز به من سهولة وسرعة في انجاز المعاملات التجارية، وسنتناول التراضي في العقد الإلكتروني من خلال تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: التعبير عن الإرادة.

المبحث الثاني: النيابة في التعاقد الإلكتروني.

المبحث الأول

التعبير عن الإرادة

يتميز العقد الإلكتروني بخصوصيات كثيرة، والتي أصابت كذلك الأحكام الخاصة بركن التراضي في شقيه المتعلقين بالإيجاب والقبول الإلكترونيين، مما أثر كثيرا على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقود، الشيء الذي أعاق تطبيق القواعد العامة على هذا النوع من التراضي، باعتبار أن هذه القواعد تمت صياغتها لتتناسب وطبيعة المعاملات التقليدية.

كما أنه نظرا لما يثيره التراضي في العقد الإلكتروني من تحديات ومشكلات قانونية، فقد تصدي لها الفقه والمنظمات الدولية والقوانين الداخلية فظهر على إثرها القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية " الونيسنترال" لعام ١٩٩٦، والذي تعد قواعده الأساس الذي أخذت منه كل القوانين المتعلقة بالعقود الإلكترونية في غالبية التشريعات المقارنة، والتي حاولت مواكبة هذا التطور القانوني من خلال إجراء عدة تعديلات في قوانينها، لا سيما المتعلقة بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية الذي أقرت من خلاله صحة التعاقد المبرم بشكل إلكتروني.

وبناء على كل ذلك حق لنا أن نتساءل عن كيفية مواجهة خصوصيات التراضي في العقد الإلكتروني؟ وعن مدى اعتراف القانون بالإرادة المعبر عنها إلكترونيا المتمثلة بالأساس في كل من الإيجاب والقبول الإلكترونيين؟

هذا ما سنحاول الإجابة عنه من خلال مطلبين أساسيين:

المطلب الأول

الإيجاب في العقد الإلكتروني

إن انفراد الإيجاب الإلكتروني عن التقليدي بكونه يتم باستخدام وسيط إلكتروني جعله يتمتع بخصوصية تثير جملة من الإشكالات النوعية، فيما يتعلق بوجود الإرادة وشكل التعبير عنها والتي تؤدي فعلا إلى إحداث أثر قانوني معين، أي يجب أن يكون هناك إيجابا في حدود هذا الإطار. وهو الشيء الذي يستدعى دراسة هذا الأخير، بدءً بتحديد تعريفه وخصائصه(أولًا)، ثم شروطه (ثانيًا) وصولا إلى تحديد لغته ونطاقه المكاني (ثالثًا).

أولًا: تعريف الإيجاب الإلكتروني وخصائصه :

أ ـ تعريف الإيجاب الإلكتروني :

يعرف الإيجاب بأنه التعبير عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه[١٦٣٢]. وبذلك فهو يعتبر الخطوة الأولى في إبرام كل العقود، المتمثل في عرض يقدم من طرف أحد الأشخاص إلى آخر أو آخرين بقصد إبرام عقد ما. بحيث لكي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا يجب أن يكون قد استقر عليه نهائيا من طرف الموجب، بمعنى يجب أن يكون جازما وكاملا وباتا، وأن يتضمن الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه، إضافة إلى توفر نية إبرام العقد، وهو الشيء الذي يثير إشكالا قانونيا بالنسبة للإيجاب الإلكتروني الذي يتم من خلال الشبكات الإلكترونية المفتوحة؟.

إلا أنه لما كان العقد الإلكتروني الذي ينعقد في إطار التجارة الإلكترونية يندرج من الناحية التشريعية ضمن طائفة العقود التي تبرم عن بعد، فإن تعريف الإيجاب فيه يجب أن يتم في ظل تعريف الإيجاب في هذه العقود[١٦٣٣].

غير أن هذا التعريف لم يعرف أو يحدد وسائل الاتصال عن بعد، كما لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني، وهي الصفة الإلكترونية في هذا الإيجاب، لكن يتضح منه اهتمامه بضرورة

(١٦٣٢) د. مأمون الكزبري: نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المرجع السابق، ص: ٥٤.
(١٦٣٣) لجنة القانون، مجموعة باحثين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، القاهرة، ص ٣٧ .

تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل وهو المستهلك عادة، من إصدار قبوله وهو على بينة[١٦٣٤].

ويشترط في الإيجاب الإلكتروني، كما هو الحال في الإيجاب التقليدي، أن يكون جازمًا ومحددًا وباتًا 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 الدعوة إلى التعاقد.

وبذلك فإن الإيجاب في التعاقد الإلكتروني هو 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 وجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة. وبذلك فهو لا يختلف عن الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة المستخدمة فقط مع بقاء الجوهر نفسه، فوصف الإيجاب بالإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أن تم عبر شبكة اتصالات، فلفظ إلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا ينال من أصله المتمثل في المعني المراد منه وفقا للنظريات التقليدية في الالتزامات والعقود.

فالمسألة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في تعاقد يتم إلكترونيا عن طريق شبكة الإنترنت[١٦٣٥] وهذه الأخيرة التي جعلت من الإيجاب الإلكتروني أن يتميز ببعض الخصائص المتعلقة بطبيعته لكونه يتم من خلال شبكة عالمية للمعلومات والاتصالات. فما هي إذن أهم هذه الخصائص؟.

ب- خصائص الإيجاب الإلكتروني

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتميز ببعض الخصوصيات التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات، إذ تسمح هذه الوسيلة لمن يصدر عنه الإيجاب باستخدام وسائل الإيضاح البياني أكثر ملائمة بالنسبة لأنواع معينة من

(١٦٣٤) د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١، ص ٣١٧.
(١٦٣٥) د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، ٢٠١١، مرجع سابق، ص ٣١٧ .

البيوع، التي تقتضي الخروج عما هو مستقر عليه في القواعد العامة، ويمكن حصر هذه الخصوصيات في كونه إيجاب يتم التعبير عنه من خلال شبكة عالمية للاتصالات عن بعد، عبر وسيط إلكتروني. وبذلك فإن أهم هذه الخصائص تتجلى فيما يلي :

١- الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب عالمي:

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعًا لذلك إيجابًا دوليًا نظرًا لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية(١٦٣٦).

ورغم ذلك يري البعض، أنه لا يوجد ما يحول دون 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، وأيضًا ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية، أي أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميًا أو دوليًا، ومن ثم فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سلفًا. وقد أجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو تلك التي يغطيها تنفيذ العقد(١٦٣٧).

٢- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:

من المعلوم أن التعاقد عبر الإنترنت يتم من خلال المواقع الإلكترونية، فإن الإيجاب يكون موجودا على الموقع الخاص بالتاجر مالك السلعة أو الخدمة، حيث يوجد عليه كل ما يتعلق بهذه السلعة أو الخدمة من معلومات مثل النوع والسعر والكمية وكيفية التسليم (١٦٣٨).

(١٦٣٦) خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص ٣٢٣.
(١٦٣٧) المرجع السابق، ص ٣٢٣.
(١٦٣٨) د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع سابق، ص ٣٢٢.

ونظرًا لكون العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد فإن الإيجاب الإلكتروني بدوره يكون إيجابًا عن بعد، فهو بذلك 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 ٩٧/٧ في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد(١٦٣٩).

٣- 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 أشخاصًا عديدين يتدخلون في الاتصال ويساهم كل منهم بدور في إتمامه ومنهم عامل الاتصالات ومورد المعلومة ومورد المنافذ ومورد المعلومات(١٦٤٠).

ثانيًا: شروط الإيجاب الإلكتروني :

يشترط في الإيجاب الإلكتروني شروط عامة كما هو الحال في الإيجاب التقليدي أن يكون جازما محددًا باتًا ولا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالإيجاب الإلكتروني الموجه للمستهلكين(١٦٤١)، كتحديد طرق الوفاء، التنفيذ، التسليم ومدة صلاحية الإيجاب وحق الرجوع في التعاقد (١٦٤٢)، وبيان ثمن السلع والخدمات التي

(١٦٣٩) المرجع السابق، ص ٣٢٢.

(١٦٤٠) المرجع نفسه، ص ٣٢٢.

(١٦٤١) المواد من ٤-٦ من التوجيه الأوروبي رقم ٠٧ / ٩٧ الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧، بشأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد، د . أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص ١٥٠ .

(١٦٤٢) انظر المواد ١٨ / ١٢٢، ١٩ – ٢٥ / ٢ من القانون الفرنسي رقم ٥٧٥ / ٢٠٠٤ الصادر في ٢١ يونيو ٢٠٠٤، بشأن حماية الثقة في الاقتصاد الرقمي، أشار إليه :=

يعرضها، والشروط العامة للعقد، شريطة أن يكون الوصول لهذه المعلومات سهلا، مباشرا، متاحًا ودائمًا(١٦٤٣).

لذلك فإن الأمر يتعلق بصفة أساسية بالالتزام بالإعلام، قبل التعاقد الذي يقع على عاتق المهني الموجب اتجاه عملائه من المستهلكين(١٦٤٤).

يرتبط هذا الالتزام بالإطار العام للعقد المقترح وبالعناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه .، الأمر الذي سنوضحه على النحو التالي(١٦٤٥):

أ - الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام المتعلق بالإطار العام للعقد الإلكتروني:

ينبغي أن يراعى الإيجاب الإلكتروني شرطين أساسيين، الأول قد يشترط القانون ضرورة صياغة الإيجاب بلغة المستهلك، والثاني ينبغي أن يتضمن الإيجاب لكافة المعلومات التي تفيد في تحديد هوية الموجب؛ لإبراز الإطار العام للعقد المقترح.

١- وجوب استعمال اللغة الوطنية في الإيجاب في بعض القوانين:

يوجب القانون الفرنسي(Toubon) رقم ٩٤/٣٤٥ الصادر في ٤ أوغسطس ١٩٩٤ الخاص باستعمال اللغة الفرنسية ضرورة استعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب للسلع والخدمات الموجه للمستهلكين(١٦٤٦)، تعد هذه القاعدة قابلة للتصديق على الإيجاب المعروض على الإنترنت متى كان موجها إلى مستهلكين فرنسيين بحيث تمتد لتشمل كافة المستندات المستخدمة في المعاملات التجارية، فضلًا عن ذلك يلتزم المهني وفقا للمادة (١٠/ ١- د) من التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية بأن يذكر على سبيل الإعلام اللغات المقترحة في شأن إبرام العقد.

= TAZE-DEKEUWER. Consommateurs ;de la loi nO :98-60 du18 janvier1992 renforçant la protection des consommateurs petites affiches ;29janvier1993 ;n 13 p 11 .

(١٦٤٣) د. فيصل محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، طبعة ٢٠٠٨، ص ٢٢١ .

(١٦٤٤) د. خالد جمال أحمد حسين: الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٦، ص ٦٥ .

(١٦٤٥) د. محمد حسن قاسم: التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٤٣ .

(١٦٤٦) ومن الملاحظ أن قانون (Toubon) لا يقرر استخدام اللغة الفرنسية بصورة منفردة، إنما يجيز أن تقترن بترجمة بلغات أخرى.

ومن الملاحظ أنه نظرا لأن الإيجاب عبر الإنترنت يتم عبر شبكة اتصال عالمية يكون دول، وحتى لا تكون اللغة الوطنية قيدا على التعاملات التي تبرم عبر الإنترنت، أصدر رئيس الوزراء الفرنسي منشورا في ١٩ مارس ١٩٩٦، يجيز أن تكون اللغة الفرنسية المستخدمة في كتابة البيانات على الشاشات مصحوبة بترجمة بلغة أجنبية أخرى، على الرغم من اشتراطه استخدام اللغة الفرنسية في كتابة تلك البيانات (١٦٤٧).

ويرى الباحث أنه من الصعب الالتزام على شبكة مفتوحة باستعمال اللغة الوطنية فقط نظرا للطابع العالمي للشبكة، ما يمكن أن يلقى صدى على مستوى الحلول التقنية التي أفرزت تقنيات تسمح للمستهلك بأن يختار في صفحة الاستقبال بموقع الويب اللغة التي يرغب في التعامل بها.

ومما لا شك فيه أن الإيجاب الإلكتروني الذي يمكن أن تساعد التقنيات المستخدمة في الوقت الراهن على تقديمه بعدة لغات، ومن بينها لغة المستهلك، يحقق فائدة كبيرة للموجب تتمثل في حسن إدراكه لذلك الإيجاب، لا سيما المواقع ذات الصبغة الانتشارية تحاول أن تبرز صفحات بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية وكاملة لكل محتويات الموقع، بالتالي فهي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها وتجذم بذلك وتتعاطى معهم بلغاتهم المحلية (١٦٤٨).

٢. ضرورة أن يتضمن الإيجاب للعناصر المؤدية لتحديد هوية الموجب:

يعد تحديد مصدر كل إيجاب على الإنترنت من أكبر الصعوبات التي تواجهها الشبكة، نظرا لأن تحديد هوية صاحب الإيجاب يتيح إنشاء بيئة آمنة ومحل ثقة للمعاملات ويساهم لحد كبير في تنظيم العملية التعاقدية، بتحديد على سبيل المثال القانون الواجب التطبيق على الاتفاق الإلكتروني، أو القاضي المختص بنظر النزاع المحتمل حدوثه، إلى جانب ذلك ومراعاةً لهذه المتطلبات ومن منطلق الحرص على الشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية مع المستهلكين، فإنه يقع على عاتق

(١٦٤٧) د. محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإدارية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة الطبعة الثانية، مصر ٢٠٠٤، ص ٢٩٣ .

(١٦٤٨) د. عمر محمد عبد الباقي: الحماية العقدية للمستهلك دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٨، ص ١٣٣ .

بائعي المنتجات أو مقدمي الخدمات التزاما بتحديد هويتهم عبر الشبكة، بحيث ينبغي أن يبين الإيجاب الصادر منهم العناصر اللازمة التي تكفل تحديد تلك الهوية.

وتجدر الإشارة إلى أنه في مصر يتطلب قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ ضرورة تحديد شخصية المهني (المورد) [١٦٤٩] (٣)، وذلك في المادة(٤) منه والتي يجري نصها على أنه: "على المورد أن يضع على جميع المراسلات، المستندات والمحررات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك، بما في ذلك المحررات والمستندات الإلكترونية، البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته؛ كاسمه، لقبه، عنوانه، موطنه المختار إن كان أجنبيا، أرقام هواتفه، إذا كان المورد شخصا اعتباريا فيتعين ذكر اسم الكيان، عنوان المركز الرئيسي للمنشأة وأرقام هواتفها، عنوان الفرع في حالة صدور التعامل معه، رقم السجل التجاري للمورد، العلامة التجارية إن وجدت ورقم الملف الضريبي".

ب- التزام الموجب بإعلام المستهلك بالعناصر الأساسية للعقد الإلكتروني:

يقع على عاتق المهني، قبل تكوين العقد، أن يقوم بتزويد المتعاقد الآخر الذي يوجه إليه إيجابه بكل العناصر الأساسية للعقد المزمع إبرامه [١٦٥٠]، وقد أكد تقنين الاستهلاك الفرنسي وقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي على ضرورة قيام الموجب بالإدلاء بالمعلومات التي تبصر الموجب له (المستهلك) في هذه الصورة العقدية بكافة المعلومات الجوهرية الخاصة بالتعاقد والتي من شأنها أن تشكل إرادته على نحو صحيح [١٦٥١].

ومن الملاحظ أنه يمكن في الواقع تصنيف المعلومات المتعلقة بالعناصر الأساسية للعقد التي ينبغي على الموجب أن يحيط المستهلك علما إلى ثلاثة طوائف.

١. المعلومات المتعلقة بالسلع أو الخدمات المقترحة:

(١٦٤٩) يقصد بالمورد "كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج، استراد، توزيع، عرض، تداول، إتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها، بهدف تقديمها للمستهلك، التعاقد أو التعامل معه عليها بأي طريقة من الطرق" المادة ١ من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٧٦ لسنة ٢٠٠٦ .

(1650)–Étienne MONTERO، les contrats de l'informatique et de l'internet، lorcier، 2005، p60 .

(١٦٥١) نصت على هذا الالتزام أيضا م ٤/ ٢ من التوجه الأوربي الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ في شأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد .

يقصد بالخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل لعلم المستهلك قبل إعلان قبوله للعقد الإلكتروني، ما يلزم معه وصف المنتج أو الخدمة وصًفا دقيًقا يتحقق بموجبه علم المستهلك بمحل العقد علما كافيا نافيا للجهالة. وفي هذا الإطار تلزم المادة (١ – ١١ L) من قانون الاستهلاك الفرنسي كل مهني بائع للسلع أو مقدم للخدمات أن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة قبل إبرام العقد [١٦٥٢].

كما تلزم المادة (٦) من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ كل مورد ومعلن بإمداد المستهلك بالمعلومات الصحيحة؛ طبيعة المنتج وخصائصه، تجنب ما قد يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مظلل لدى المستهلك أو وقوعه في غلط.

غير أنه من الملاحظ أن الواقع العملي ينبئ أن وصف المنتجات أو الخدمات الذي يتم في العروض الصادرة عن المواقع التجارية عبر الإنترنت قد يتسم بالإيجاز وعدم الدقة، لذا ينبغي في تقديرنا أن تكون صورة المنتج معبرة عنه بأمانة وألا يحتوي على عناصر من شأنها تضليل المستهلك، أو تعلن عن خصائص للمنتج ليس لها وجود في الحقيقة.

٢. المعلومات المتعلقة بكيفية تنفيذ العقد وبشروطه الخاصة:

ينبغي على المهني أن يحدد في وقت سابق على إبرام العقد المعلومات الخاصة بطرق تنفيذ العقد، كموعد تسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة ومصاريف التسليم إن وجدت[١٦٥٣]، وطرق الوفاء والوسائل المتاحة للتسليم أو التنفيذ [١٦٥٤] باستثناء حالة تنفيذ الخدمة بطريقة فورية، كما هو الحال بالنسبة للخدمات المعلوماتية المتاحة على الإنترنت، كما يلتزم المهني بإعلام المستهلك بالمعلومات الخاصة بحق المستهلك في العدول، فيما عدا الحالات التي يكون فيها الحق مستبعدا وفًقا لنص القانون [١٦٥٥].

(١٦٥٢) انظر قانون الاستهلاك الفرنسي رقم ٩٣ / ٩٤٩ الصادر في ٢٦ يوليو ١٩٩٦ .

(١٦٥٣) المادة (١٨ / ٢ – ١٢١ L)من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

(١٦٥٤) المادة (١٨ / ٤) من تقنين الاستهلاك الفرنسي .

(١٦٥٥)المادة (١٤/ ٨) من تقنين الاستهلاك الفرنسي .

كذلك يلتزم المهني بالنسبة للمعلومات المتعلقة بما قد يتضمنه العقد من شروط خاصة، بأن يحيط المستهلك علما بجميع الشروط العامة والخاصة المتعلقة بالعقد، كذلك ينبغي أن يضع تحت تصرف كل صاحب شأن نسخة من الاتفاق المعروض[١٦٥٦]، إلا أنه ينبغي على كل مهني يعرض سلعة أو خدمة بوسيلة إلكترونية أن يضع تحت تصرف المتعاقد معه الشروط التعاقدية التي تنطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها أو نسخها [١٦٥٧].

فضلا عما تقدم يلتزم الموجب بذكر معلومات معينة مرتبطة بخصوصية العقد الإلكتروني وبتكوينه (الخاص للغاية) على الخط وبطبيعته غير المادية.

وقد ألزم القانون المدني الفرنسي الموجب المهني أن يذكر في إيجابه ما يلي:

*المراحل المختلفة الواجب اتباعها لإبرام العقد بوسيلة إلكترونية.

*الوسائل التقنية التي تسمح للمستخدم بتحديد الأخطاء الواردة في حالة تدوين البيانات قبل إبرام العقد.

*اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد.

*طرق حفظ وأرشفة العقد بواسطة الموجب.

*شروط الاطلاع على العقد الذي تمت أرشفته.

*وسائل الاطلاع الإلكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي وافق الموجب على الخضوع لها عند الاقتضاء [١٦٥٨].

٣. المعلومات الخاصة بثمن المنتج أو مقابل الخدمة:

(١٦٥٦) المادة (٣ – L١٣٤) من تقنين الاستهلاك الفرنسي، 61; 60 pp ; thèse précité ; marine naimi-charbonnier.

(١٦٥٧) انظر القانون الفرنسي رقم ٥٧٥ الصادر بتاريخ ١٦ يونيو ٢٠٠٤ .

(١٦٥٨) انظر المادة (١٣٦٩ – ٤) من القانون المدني الفرنسي .

وضع المشرع الفرنسي في المرسوم الصادر في ٣ ديسمبر ١٩٨٧ والمتعلق بإعلام المستهلك بالسعر[١٦٥٩] قواعد صارمة ومحددة في هذا الشأن مشيرا في المادة ١٤ منه إلى أنه "يجب أن يشار على نحو دقيق لثمن كل منتج أو خدمة تقدم للمستهلك وفقا لتقنيات الاتصال عن بعد، وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد " وعلى ذلك ينبغي على المهني أن يشير بأية وسيلة قبل إبرام العقد، إلى سعر أي منتج أو خدمة معروضة عن بعد بطريقة محددة لا لبس فيها[١٦٦٠].

والجدير بالذكر أنه أكد المشرع الفرنسي هذا المسلك بدعمه التزام البائع بالإعلام بشأن المعلومات المتعلقة بالثمن، مؤكدا على أنه ينبغي على من يمارس نشاط التجارة الإلكترونية حتى ولو لم يتعلق الأمر بإيجاب للتعاقد طالما أشار للثمن بطريقة واضحة ويوضح بصفة خاصة ما إذا كان الثمن متضمنا الضرائب ونفقات التسليم أم لا[١٦٦١].

ثالثاُ: تحديد لغة الإيجاب الإلكتروني والنطاق المكاني له :

أ ـ تحديد لغة الإيجاب الإلكتروني :

أدى اعتبار الإيجاب الإلكتروني إيجابا دوليا عابرا للحدود، إلى أن تكون للغة المستعملة فيه أهمية بالغة في إطار العقود الإلكترونية، مما يثير التساؤل حول مدى أحقية اشتراط استعمال لغة معينة عند التعبير عن الإيجاب الإلكتروني؟

إن الشيء الذي دفعنا إلى طرح هذا التساؤل يتجلى في أن بعض القوانين تشترط استعمال اللغة الوطنية للتعبير عن الإيجاب، كالمادة الثانية من القانون الفرنسي الصادر في ١٩٩٤ المسمى بقانون توبون (toubon) [١٦٦٢]، التي توجب استعمال اللغة الفرنسية في الوصف والإيجاب والتقديم وكذا طريقة التشغيل أو الاستعمال، ووصف مجال الضمان الخاص بالمنتج أو الخدمة، كذلك في الفواتير

([١٦٥٩]) انظر المادة ٠٣ – ١١٣ L، من تقنين الاستهلاك الفرنسي المعدلة بالقانون رقم ٢٠٠١ – ١١٦٨ الصادر في ١١ ديسمبر ٢٠٠١ .

(1660) Jeanc ALAIS-AULOY et STEINMETZ، Prix des produits et services، Droit de la consommation précis DOLLOZ 4éme édition1996 p39

(١٦٦١) انظر المادة (١٩ ـ ٢) من القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي .

(1662) loi n 94-665 du aout 1994 relative a l'emploi de la langue francaise، j . o. du 5 aout 1994، P: 11392.

والاتصالات، وفي كل إعلان مكتوب، شفهي أو سمعي مرئي، وعدم احترام هذا الالتزام يترتب عليه توقيع الجزاء القانوني(١٦٦٣).

والهدف من هذه الإجراءات هو ضمان حماية المستهلك لكي يستطيع أن يشترى أو يستعمل منتجا أو يستفيد من خدمات وهو يعلم حقيقة طبيعتها، وكيفية استعمالها والشروط الخاصة بالضمان لهذه المنتجات أو الخدمات(١٦٦٤).

وغني عن البيان أن العرض يكون دوليا في حالة التجارة الإلكترونية، وهنا يجوز التساؤل عما إذا كان للمستهلك الفرنسي أن يستند إلى قانون toubon لكي يتمكن بسوء النية، من تقرير بطلان العقد؟ ويبدو من الصعب قبول مثل هذا الحل خاصة إذا تخيلنا وضع التاجر إذا وجد مثل هذا التشريع في دول أخرى عديدة.

ب- تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني :

ترجع صعوبة تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني إلى عدم تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني نتيجة صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني cyber-space، وبالتالي يثور التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول، أم مكان تسجيل موقع الويب؟(١٦٦٥).

أضيف إلى ذلك انتشار الإنترنت التي قلصت من مبدأ الدولة القطرية وأزاحت مبدأ الإقليمية السائد في القانون الكلاسيكي، بحيث إن الاتصال عبر هذا المكان الاجتماعي يتم من أية نقطة في هذه المعمورة في الحين واللحظة اللذين يرغب فيهما المتعاقدين.

لذلك نلاحظ أن بعض العقود تنص صراحة على ما يمكن أن يسمى بنطاق التغطية lieu de couverture أي النطاق الذي يغطيه الإيجاب، ومن ذلك ما نص عليه المركز التجاري Infonie من

(1663)caprioli، la loi francaise sur la preuve et la signature électronique، j. c. p. 2000، p :1 224.

(١٦٦٤) د. مخلوفي عبد الوهاب: التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية ٢٠١٢-٢٠١١، ص ٩٦.

(١٦٦٥) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٩٠ .

أن العروض ليست صالحة إلا في الإقليم الفرنسي، كما تنص شروط المركز التجاري appelé store على أن هذا المركز يبيع المنتجات في الولايات المتحدة وألاسكا وهاواي فقط [١٦٦٦].

إلا أن النطاق المحلى الذي يكون الإيجاب صالحا فيه، قد يطرح إشكالا لاحقا يتعلق بتنفيذ العقد كما لو كان الأمر يتعلق بتسليم البضاعة فقد يحول هذا الشرط المكاني دون قبول العرض. بحيث إن تحديد المكان يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافي معين، فإن العقد لن ينعقد أصلا إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافي إذ لن يصادف القبول إيجابا صالحا.

وتعتبر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية أن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب وأن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه، ولتفصيل هذا المكان فقد أوردت الفقرة الثالثة من المادة ١٠ استثناء يتعلق بتحديد مكان الإيجاب وذلك بتطبيق المادة ٦ من نفس الاتفاقية التي تنص على أنه [١٦٦٧]:

١- لأغرض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يشترط طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

٢- إذا لم يعين الطرف مقر عمل وكان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل لأغراض هذه الاتفاقية هو المقر الأوثق صلة بالعقد المعنى مع ايلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

٣- إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحل إقامته المعتاد. . . . .

وعلى أي حال، فمن الواجب أن يولى الشرط الذي يحدد النطاق الذي يغطيه العرض قدرا كافيا من الأهمية، فرغم انه يضيق بالتأكيد من نطاق عمل التاجر من الناحية الاقتصادية، إلا أنه قد يحقق له من الناحية القانونية نوعا من الأمان إذ لن يلتزم بإبرام عقود في نطاق جغرافي وقانوني لا يسيطر عليه.

(١٦٦٦) د. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ٩٨.
(١٦٦٧) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٩٥ .

المطلب الثاني

القبول في العقد الإلكتروني

يقصد بالقبول بصفة عامة، موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها ودون تعديل، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب والإيجاب ما زال قائما. وقد عرفته اتفاقية فيينا لسنة ١٩٨٠ بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة ١٨/١ على أنه :" يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب، يفيد الموافقة على الإيجاب [١٦٦٨].

والقبول الإلكتروني لا يخرج عن هذا التعريف سوى أنه يتم بوسائط إلكترونية، ويتم عن بعد ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد والأحكام العامة التي تنظم القبول العادي أو التقليدي الذي لا يتم إلكترونيا، ولكنه يتميز ببعض القواعد الخاصة به والتي ترجع إلى طرق التعبير عنه (أولًا)، كما أن له شروطه الخاصة (ثانيًا) كما يحق للعميل في الرجوع عنه (ثالثًا).

أولًا: طرق 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 غرفة المحادثة chatting room، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الإنترنت downloade وتحميلها على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل.

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه، وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول، أن يتم عن طريق النقر مرتين double click على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وفي هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة لا يرتب أثرا بشان انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالبا ما يلجأ الموجب

(1668)vincent heuze، la vente internationale de marchandise، droit uniforme، delta، paris، 2000، p: 16.
وانظر أيضاً: د. محمود سمير الشرقاوي، عقود التجارة الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة ٢٠٠٢، ص ٢٨١ .

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[١٦٦٩].

وعلى العموم يجوز التعبير عن القبول بكل وسيلة لا تدع شكا لدى الموجب بأن إيجابه قد لاقى القبول، والتعبير بهذا المعنى قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا، فكيف يعبر صراحة عن القبول الإلكتروني؟ وما مدى صلاحية السكوت للتعبير عنه؟

أ- التعبير الصريح عن القبول الإلكتروني:

تنص المادة ١١ من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية "اليونيسترال" على أنه:" يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض".

وقد ورد في الفصل ٦٥-٥ من ق. ل. ع على أنه :"يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطأ المحتملة وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله، يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة إلكترونية ودون تأخير غير مبرر بتسلمه قبول العرض الموجه إليه، ويصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه، ويعد قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسلم متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها" [١٦٧٠].

من خلال ما سبق يتضح أنه من اليسير القول بوجود الإرادة إذا تم التعبير عنها كتابة، ولكن تثور الصعوبة عند غياب الدليل الكتابي، وهنا يثور التساؤل بصفة خاصة، ما إذا كان مجرد ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة القبول أو الضغط عليها يعد كافيا للتعبير عن القبول؟

٢ – النقر على زر القبول :

(١٦٦٩) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٤٢.
(١٦٧٠) د. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ٣٤٢.

أثارت حجية النقر على الأيقونة المخصصة للقبول تساؤلات أمام القضاء بالولايات المتحدة الأمريكية ومدى اعتبار هذا النقر تعبيرا كافيا عن القبول؟

وقد أجاب القضاء الأمريكي باعتبار هذا الفعل بمثابة القبول، غير أنه يجب أن يكون التعبير حاسما، لذلك يجب أن يتضمن العقد ما يسمى برسالة القبول النهائي، وذلك لتجنب الوقوع في أخطأ تلقائية أو عفوية قد تصدر من اليد إثناء العمل على جهاز الكمبيوتر، وقد تأتي هذه الرسالة على شكل تساؤلات مثل " هل تؤكد القبول؟" ويكون الجواب "بنعم" أو "لا" أو على شكل طلب بالتعبير عن القبول بإحداث نقرتين متتاليتين على الأيقونة المخصصة لذلك، بدلا من نقرة واحدة هذا فضلا عن وجود العديد من الوسائل التي يمكن إتباعها من اجل التغلب على الشك والوصول إلى اليقين الكامل في المسألة المتعلقة بتأكيد القبول من خلال وثيقة أمر إلكتروني بالشراء على شكل رسالة إلكترونية أو على شكل قائمة أو نموذج تعبئة بيانات، ويتعين على مستخدم هذا الموقع " المشترى" أن يحررها على الشاشة ويضغط على زر معين لإرسالها وهو ما يؤكد سلوكه الإيجابي في هذا الشأن(١٦٧١).

٢ – القبول عبر البريد الإلكتروني :

يعد التعبير عن القبول عن طريق البريد الإلكتروني أحسن طريقة للتأكد من إرادة القابل ووضوح هذه الأخيرة وإن كان جانب من الفقه يرى عدم مشروعية التعاقد عن طريق الطباعة أو الكتابة على الهواء، بيد أن شيوع استخدام البريد الإلكتروني من طرف المنتجين وزبائنهم لكونه يوفر السرعة العالية والكفاءة الأكبر ودقة متناهية في التواصل. فإن مجلس الدولة الفرنسي اعتبره بمثابة محرر عرفي وقد حذا حذوه المشرع المغربي الذي نص من خلال الفصل ٤١٧–١ بأنه: " تتمتع الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية بنفس قوة الإثبات التي تتمتع بها الوثيقة المحررة على الورق ".

(١٦٧١) د. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ١٠٧.

هذا وتقبل الوثيقة بشكل إلكتروني للإثبات، شأنها في ذلك شأن الوثيقة المحررة على الورق شريطة أن يكون بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه، وأن تكون معدة ومحفوظة وفق شروط من شأنها ضمان تماميتها.

وبذلك يمكن للقابل أن يعبر عن قبوله بواسطة البريد الإلكتروني إذ لا يوجد أدنى شك في اعتباره قبول صريح للإيجاب الموجه إليه بغض النظر عن طريقة توجيه له هذا الإيجاب سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو كان معروضا على موقع الإنترنت.

وبالإضافة إلى البريد الإلكتروني، يمكن التعبير عن القبول عن طريق المحادثة (chatting room) التي أخذت بدورها في الانتشار، لا سيما في إطار التعامل التجاري الدولي. بحيث نجد في هذا الصدد القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية لسنة ١٩٩٩ أجاز إجراء الاتفاقات والمفاوضات وإبرام العقود ونشؤ الالتزامات بطريقة إلكترونية حيث عرف في المادة ٢/٢ منها ماهية الأعمال التجارية الإلكترونية بأنها هي :" تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل إلكترونية أو بالتسجيل الإلكتروني، وهذه الأعمال تهدف إلى إبرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية ". وهو ما يستفاد منه جواز إتمام المفاوضات بطريقة إلكترونية [١٦٧٢]. وهو الشيء الذي يدفعنا إلى التساؤل عن مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني؟.

ب- مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني :

إذا كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إنشاء الإيجاب، فإنه على العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولا. فهنا يثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن إرادة أحد الأشخاص في التعاقد الإلكتروني؟[١٦٧٣].

يُعَدُّ السكوت عن الرد قبولًا إذا كان هناك تعامل سابق بين الأطراف أو اتصل الإيجاب بهذا التعامل أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه. ويلاحظ إن القانون الأمريكي يضيف ثلاثة حالات استثنائية

(١٦٧٢) د. مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص ١٠٨.
(١٦٧٣) د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٤٣ .

ينتج فيها القبول أثره رغم سكوت الطرف الثاني هي: إذا كان ممكنا استخلاص ذلك من تصرفات الأفراد لا يمكن القول أو سلوكياتهم أو إذا جرى العرف على اعتبار السكوت قبولا أو إذا كان للأطراف ارتباطا بسبق التعامل.

غير أن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن قبولها على علتها في شأن القبول الإلكتروني نظرا لحداثة التعاقد عبر شبكة الإنترنت. فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا مهمًا وفعالًا في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف.

وبشأن الإيجاب الموجه لمنفعة الموجب إليه فهي حالة تتضمن عملًا من أعمال التبرع دون أن يقع أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهو فرض غير مألوف على الإنترنت. وكذلك فإنه من الصعوبة اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الإلكتروني، كما في حالة التعامل الساق بين المتعاقدين والذي يحدث كثيرا عبر شبكة المعلومات الإلكترونية، فإن ذلك لا يكفي من الناحية العملية لاعتبار السكوت قبولا إلا إذا كان هناك اتفاق صريح أو ضمني بين أطراف التعاقد على ذلك(١٦٧٤).

وتطبيقا لذلك فإنه يجوز اعتبار السكوت قبولًا أو رفضًا في التعاقد الإلكتروني بحسب الأحوال، وذلك إذا كانت طبيعة التعامل أو العرف التجاري تدل على ذلك، أو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، أو اتفاق صريح بينهم، أو أن يقترن السكوت بظروف أخرى يرجح معها دلالة السكوت على القبول.

وبما أن أغلب التشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية لم تشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول، فإن استخلاص ذلك يعد مسالة موضوعية تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع (١٦٧٥).

ثانيًا: شروط القبول الإلكتروني:

على الرغم من الخصوصية التي يتميز القبول الإلكتروني إلا أنه يظل خاضعًا للشروط التي تتطلبها القواعد العامة في القبول التقليدي، وهذه الشروط هي، أن يكون القبول والإيجاب قائمًا، ومطابقة القبول

(١٦٧٤) د. خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ٣٤٥ .
(١٦٧٥) المرجع نفسه، ص ٣٤٥.

للإيجاب وأن يكون صريحًا واضحًا، وسنتناولهم من خلال خصوصيات البيئة الافتراضية التي يتم فيها القبول الإلكتروني ويقتضي بحث مدى توافر شروط القبول فيها من عدمه فيما يلي:

أ- أن يصدر القبول والإيجاب قائما:

يعد القبول جوابا على إيجاب فإذا لم يعد ذلك قائما كان القبول جوابا لمعدوم، لذا فإن القبول الصادر بعد ذلك يعد إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول لانعقاد العقد، فيستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه(١٦٧٦).

وبشأن التعاقد من خلال الويب، يجب أن يصدر القبول خلال المدة التي حددها الموجب لصلاحية إيجابه أو خلال وجود الإيجاب على الموقع، فطالما أن الإيجاب ما زال موجودا على الموقع، فإن الموجب له إذا ضغط على أيقونة القبول فإن العقد ينعقد في هذه الحالة، فالإيجاب ما زال قائمًا.

أما بالنسبة للتعاقد من خلال التفاعل المباشر فيجب أن يصدر القبول قبل أن يعدل الموجب عن إيجابه إلا إذا كان قد حدد مدة القبول، فيجب أن يصدر القبول خلال هذه الفترة. في كل حال يجب أن يصدر القبول انقضاء مجلس العقد أي قبل انتهاء الاتصال بين المتعاقدين.

وفي هذا المقام يمكننا القول أنه بالنسبة لحالة التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فتعد هذه حالة تعاقد بين غائبين(١٦٧٧)، وبالتالي فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب واطلاع الموجب له عليه والمدة اللازمة لإرسال القبول، فإن صدر القبول خلال هذه المدة فإنه ينعقد به العقد بالتالي إذا أرسل الموجب له القبول خلال هذه المدة المناسبة فالعقد ينعقد لصدور القبول والإيجاب قائم. بالتالي فإن القبول الذي يصدر بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد به العقد، لكن هذا القبول ليس مجردا من كل أثر، إذ يصح اعتباره إيجابا، بالتالي يجوز للطرف الآخر ((الموجب الأصلي) أن يقبل هذا الإيجاب (القبول المتأخر) فإن فعل ذلك انعقد العقد(١٦٧٨).

(١٦٧٦) د. سامح عبد الواحد محمد التهامي: التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة ٢٠٠٨، ص ١٨٩.

(١٦٧٧) د. تامر محمد سليمان الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، طبعة ٢٠٠٩، ص ٨٢.

(١٦٧٨) د. محمد لبيب شنب: دروس في مصادر الالتزام، الإثبات، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩١، ص ١١٦.

يمكن تصور ذلك في التعاقد من خلال البريد الإلكتروني حيث يتم إرسال القبول بعد انقضاء المدة المناسبة لبقاء الموجب على إيجابه، ويمكن تصورها في التعاقد من خلال التفاعل المباشر، حيث يصدر القبول بعد عدول الموجب عن إيجابه أو بعد انتقال الطرفين بأمر آخر أثناء المحادثة، ففي هاتين الحالتين يعتبر القبول المتأخر إيجابا جديدا يحق للطرف الآخر قبوله من عدمه، فإن قبله انعقد العقد.

ولا يمكن تصور القبول المتأخر في حالة التعاقد من خلال الويب، ذلك أن الموجب يقوم بإزالة الصفحة التي دون بها الإيجاب وأيقونة القبول من على الموقع كله بالتالي فإن أيقونة القبول تكون غير موجودة، فلا يستطيع الموجب له أن يقبل هذا الإيجاب [١٦٧٩].

ب ـ مطابقة القبول للإيجاب:

لا يكفي أن يصدر القبول والإيجاب قائما بل يجب أيضا أن يكون مطابقًا له بكل عناصره وشروطه، فلا يكون القبول مطابقًا للإيجاب إذا أنصب على جزء مما يتضمنه الإيجاب دون باقية أو إذا انطوى القبول على تعديل مضمون الإيجاب، وإلا لم يكن قبولا مطابقًا ولم ينعقد به العقد لا يقصد بالمطابقة بالألفاظ والصيغ إنما يتم المطابقة في الموضوع أي صدور القبول بالموافقة على كل المسائل الجوهرية، وما يعد من المسائل التفصيلية الثانوية[١٦٨٠].

وتجدر الإشارة أنه نظرا لخصوصية بعض صور التعاقد الإلكتروني يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق شرط مطابقة القبول للإيجاب في التعاقد عبر الإنترنت؟ لا شك في ضرورة تحقق هذا الشرط في كل صور التعاقد عبر الإنترنت قد أثارت سؤالا عن مدى توفر (hyper Texte) ولكن الأمر ليس بهذه السهولة[١٦٨١]. فتقنية النصوص المخفية شرط مطابقة القبول للإيجاب في حالة تضمن الإيجاب لهذه النصوص المخفية[١٦٨٢].

(١٦٧٩) د. سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص ١٩٠.

(١٦٨٠) د. حمدي عبد الرحمن :الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٩، ص ١٩٨.

(١٦٨١) د. سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص ١٨٤ .

(١٦٨٢) يقصد بتقنية النصوص المخفية أن يتضمن المحرر الإلكتروني سطرا يكون لونه مختلفًا عن لون باقي المحرر وبالضغط على هذا السطر ينتقل مستخدم الإنترنت إلى محرر آخر يتضمن نصوصا ذات صلة بموضوع المحرر الأول ويتم عمل هذه التقنية للوصول إلى النصوص المرتبطة بالمحرر الأول بالتالي يتم تقسيم المحرر لعدة أقسام، د. برسيتون جرالا، التسوق عبر الإنترنت، ترجمة د/خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة ٢٠٠١ ص ٣٧٩.

ويرى بعض الفقه أنه لا توجد ثمة مشكلة في حالة استخدام هذه التقنية في إبرام العقد الإلكتروني، طالما أن هناك إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، وأن القبول يكون صحيحا ومطابقًا وفي إمكان الموجب له ملاحظة وجود نص مخفي(١٦٨٣).

ويرى بعض الفقه أنه لا توجد ثمة مشكلة في حالة استخدام هذه التقنية في إبرام العقد الإلكتروني، طالما أن هناك إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، وأن القبول يكون صحيحا ومطابقًا وفي إمكان (الموجب له ملاحظة وجود نص مخفي(١٦٨٤) .

وخلافا لهذا الرأي يذهب بعض الفقه إلى أنه لا يجوز اللجوء إلى تقنية النصوص المخفية في مجال الإيجاب الإلكتروني، وينتهي إلى ضرورة إتاحة الإيجاب من خلال صفحة واحدة على الويب، حتى يتسنى للموجب له التعرف على كل شروط الإيجاب ويكون قبوله مطابقًا له فيتم التعاقد(١٦٨٥).

أخذ هذا الرأي الأخير التقرير الصادر من مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالإنترنت، حيث ذكر بأنه: "حتى يكون الرضاء صحيحًا وكاملًا، فإنه يجب إلا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية (١٦٨٦).

يؤيد بعض الفقه المصري الرأي الأخير، وذلك على اعتبار أن الموجب له قد لا ينتبه إلى وجود هذه النصوص المخفية مما يؤدي إلى عدم علمه بكل الشروط الواردة في الإيجاب، لا سيما إذا كان الموجب لا يحيط بقواعد استخدام شبكة الإنترنت(١٦٨٧).

إلا أن أغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت لا تتم عبر تبادل وسائل البريد الإلكتروني أو المحادثات، بل يتم إبرامها من خلال مواقع الويب الإلكترونية وبين مستخدمي جمهور الشبكة عبر نماذج العقود التي تطرحها هذه المواقع، حيث تتضمن بنودها كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية التي

(1683)Verbiest (T). ، lof rance transpose la directive sur le contrat à distance Art. Disponible sur www. Droit technologie . orge.

(1684)Verbiest (T). ، lof rance transpose la directive sur le contrat à distance Art. Disponible sur www. Droit technologie . orge.

(1685)Vautrais، le couleur du consentement électronique، 2003 P14. Disponible sur. . www. Droit. Montréal.

(١٦٨٦) د. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهر، مصر، طبعة ٢٠٠١، ص ٨٩ .

(١٦٨٧) د. سامح عبد الواحد التهامي، مرجع سابق، ص ١٨٦ .

يراها صاحب موقع الويب مناسبة له، وليس أمام المتعاقد إذا ما رغب بالتعاقد إلا الضغط على خانة القبول في هذا العقد النموذجي معبرا عن قبوله بالتعاقد، بالتالي سيكون قبوله مطابقًا للإيجاب مطابقةً تامةً وفي كل المسائل الجوهرية والتفصيلية، لا يمكن تصور أن يقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه وذلك في حالة التعاقد من خلال الويب، فلا مجال للمفاوضة في هذه الصورة من صور التعاقد عبر الإنترنت، فأما قبول الإيجاب أو رفضه ذلك بعكس الحال في التعاقد من خلال البريد الإلكتروني أو التعاقد من خلال التفاعل المباشر فيمكن تصور أن يقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه لأن المفاوضة موجودة في هذه الصور من التعاقد عبر الإنترنت [١٦٨٨].

ج - أن يصدر القبول الإلكتروني صريحا واضحا وحرا:

ويجب أن يكون سليما بسيطا حرا[١٦٨٩] طبقًا للقواعد العامة فإن القبول قد يتم صراحة (باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفًا، وباتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال كافي دلالته على حقيقة المقصود)[١٦٩٠].

كما يجوز أن يكون التعبير عن إرادة القبول ضمنيًا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا، وبتطبيق تلك القواعد على القبول الإلكتروني نجد أنه يتم في الغالب صراحة ويصعب أن يتم ضمنيا، ويستشف ضرورة أن القبول صريحا من خلال النصوص القانونية حيث نجد أن العقد النموذجي لليونسترال ينص في المادة(٢، ٣، ٤) على أنه:" يعتبر القبول. . . مقبولا إذا تسلمه (مرسل الإيجاب. . . " فكلمة تسلم هنا تفيد أن القبول يتم تسلمه (رسالة مكتوبة) وهذا تعبير صريح [١٦٩١].

(1688)M. I. CAHEN، la formation des contrats de commerce électronique، p25، Ouvrage disponible sur WWW. elec. com .

(1689)JEAN-BAPTISTE(M)crées et exploiter un commerce électronique éd liter، 1998,p103 .

(١٦٩٠) المادة (٩٠ / ١) من القانون المدني المصري .

(١٦٩١) د. تامر سليمان الدمياطي، مرجع سابق، ص ٨٣.

كذلك فإن العقد النموذجي الفرنسي تطلب أن يرد بالقبول بيانات محددة [١٦٩٢] ما يفيد أن يتم التعبير عن القبول صراحة وكذلك قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ١٩٩٦ نص في المادة (١١) على (أنه: "في سياق تكوين العقود. . . يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض. . " [١٦٩٣].

كل هذه النصوص وغيرها[١٦٩٤] تفيد أن القبول الإلكتروني يشترط أن يتم صراحة سواء باستعمال اللفظ الذي يدل مباشرة على المعنى المقصود منه بإجراء اتصال تليفوني عبر الإنترنت أو من خلال المحادثة، أو يتم كتابة باستخدام البريد الإلكتروني وكذلك فإن مجرد الضغط على مفتاح في لوحة مفاتيح الحاسب الآلي أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة يعد تعبيرا صريحا عن الإرادة بالنظر إلى أن هذا الفعل هو الوسيلة التي تسمح بإظهار إرادة المتعاقدين في هذا النمط من أنماط التعاقد [١٦٩٥].

وهذا ما يؤكده الرأي الراجح إلى أن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحا [١٦٩٦] فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، هذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص واستنتاج إرادة المتعاقد[١٦٩٧] بالإضافة إلى طلب أن يكون القبول صريحًا يجب أن يكون واضحا، إن اشتمل على عدد من البيانات منها أن يتم تحديد الشخص القابل للإيجاب وبناءً على ذلك فتسجيل بيانات تحديد الشخصية يكون ضروريا لتسجيل العقد[١٦٩٨].

ثالثًا: الرجوع عن القبول الإلكتروني :

(١٦٩٢) راجع البند (٧) قبول الإيجاب من العقد النموذجي الفرنسي :

FCP– le Semaine Juridico entreprise et Affaires، N° 41، 8 octobre 1998 p1580 . .

(١٦٩٣) راجع هذا القانون على الموقع:

http://www Commerce / 1996 mode . htmi . Uncitral. Org/ unicitral – texts / electric.

(١٦٩٤) يراجع المادة (١٣) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لدبي، راجع هذا القانون على الموقع التالي: http://www. Arab– elaw . com .

(١٦٩٥) د. حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص: ٣٩.

(١٦٩٦) د. أسامة أحمد بدر: حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، القاهرة، دار النهضة العربية ٢٠٠٥، ص ٢٠٧.

(١٦٩٧) د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، طبعة ٢٠٠٣، ص ٩٣ .

(1698)BOCHURBERG (L): internet et commerce électronique، éd encyclopédie DELMAS، 1999 p116.

نصت العديد من التشريعات الدولية والوطنية على مبدأ حق الرجوع عن القبول في العقود المبرمة عن بعد، وذلك لتوفير الحماية الكافية للقابل وهو بصدد إجراء المعاملات الإلكترونية، هذه الأخيرة التي لا تسمح للقابل المتمثل في المستهلك من إمكانية فعلية لمعاينة السلعة والإلمام بخصائص الخدمة قبل إبرام العقد، بالرغم من أن هذا الحق في الواقع يمثل خروجًا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، إلا أنه يجد مبرره في ضرورة حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة التعاقدية.

وقد نظم العقد النموذجي الفرنسي أحكام الرجوع وذلك في البند التاسع تحت عنون " مدة الرجوع" فنص على أن مدة الرجوع هي سبعة أيام من أيام العمل jours ouvrables تحسب بالنسبة للسلع من تاريخ تسلم المستهلك لها، أما بالنسبة للخدمات فتحسب من يوم انعقاد العقد وذلك إذا كان المستهلك قد تسلم التأكيد من التاجر بما يتضمنه من معلومات بالبريد الإلكتروني [١٦٩٩].

وفي حالة عدم احترام التاجر لالتزامه بالتأكيد بالبريد الإلكتروني، تمتد مدة الرجوع إلى ثلاثة شهور تحسب بالنسبة للسلع من يوم تسلم المستهلك لها وبالنسبة للخدمات من يوم انعقاد العقد، فإذا سلم التأكيد خلال هذه الشهور الثلاثة، احتسب مدة الأيام السبعة من يوم تمام التأكيد المذكور.

وإذا باشر المستهلك حقه في الرجوع، التزام التاجر بأن يرد له المبالغ التي دفعها دون أية نفقات إضافية، وذلك خلال ثلاثين يوم كحد أقصى [١٧٠٠].

المبحث الثاني

النيابة في التعاقد الإلكتروني

إذا أراد الشخص إبرام أحد التصرفات القانونية فالأصل أن يقوم الشخص بالتعبير عن إرادة بنفسه، إلا أن الحاجة في الوقت الراهن قد دعت إلى أن يقوم شخص آخر بإبرام التصرف نيابة عن

(١٦٩٩) لجنة القانون، مجموعة باحثين، مرجع سابق، ص٥٣ .
(١٧٠٠) المرجع السابق، ص ٥٣ .

الأول وذلك لظرف لحقت الأول منعته من القيام بإبرام التصرف بنفسه، وهذا ما يطلق عليه النيابة في التعاقد [١٧٠١].

وقد أقرت القوانين الحديثة هذه النيابة ووضعت لها التنظيم المناسب، ومن تلك القوانين القانون المدني المصري الحالي، حيث نص على: (١- إذا تم التعاقد بطريق النيابة كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل اعتبار عند عيوب الإرادة أو في أثر العلم في بعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما. ٢- ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهله لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتمًا أن يعلمها) [١٧٠٢]. وهذا ما نص عليه القانون المدني الكويتي، فذهب إلى أنه يجوز أن يتم التعاقد بطريق النيابة، ما لم يستلزم القانون حصوله بالأصالة[١٧٠٣].

كما نص على أنه (١. في التعاقد بطريق النيابة تكون العبرة بشخص النائب، لا بشخص الأصيل، في اعتبار عيوب الرضاء، أو أثر الجهل ببعض الظروف الخاصة. ٢. ومع ذلك إذا نشأت النيابة بمقتضى اتفاق وتصرف النائب وفقا لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل، فإنه لا يكون لهذا الأخير في حدود تنفيذ تعليماته، أن يتمسك بجهل نائبه أمورا كان يعلمها هو، أو كان مفروضا فيه أن يعلمها ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب) [١٧٠٤]. وكذلك نص على أنه: (إذا أبرم النائب في حدود نيابته عقدًا باسم الأصيل فإن كل ما يترتب على هذا العقد من آثار ينصرف مباشرة إلى الأصيل) [١٧٠٥].

يتضح من هذه النصوص أن النيابة هي حلول إرادة شخص (النائب) محل إرادة شخص آخر(الأصيل) في إبرام تصرف قانوني، مع انصراف آثار التصرف إلى الأصيل، والنيابة من حيث المصدر

(١٧٠١) يراجع في نفس هذا المعني: د . عبد الرشيد مأمون: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر، ص ٦٨.
(١٧٠٢) المادة ١٠٤ من القانون المدني المصري .
(١٧٠٣) المادة ٥٣ من القانون المدني الكويتي.
(١٧٠٤) المادة ٥٦ من القانون المدني الكويتي.
(١٧٠٥) المادة ٥٧ من القانون المدني الكويتي.

الذي يعين شخص النائب قد تكون نيابة قانونية كما في نيابة الولي على الصغير، وقد تكون نيابة قضائية كما في نيابة الوصي والحارس القضائي ووكيل الدائنين، وقد تكون نيابة اتفاقية كما في الوكالة حيث يعين الوكيل باتفاق بينه وبين الموكل[١٧٠٦].

أما من حيث المصدر الذي يحدد نطاق سلطات النائب فقد تكون نيابة قانونية إذا كان القانون هو الذي يحدد هذا النطاق وقد تكون اتفاقية وإذا كان الاتفاق هو الذي يحدد سلطات النائب [١٧٠٧].

هذه هي النيابة في العقد التقليدي أما النيابة في التعاقد الإلكتروني فهي تتم بواسطة وسيط يتعلق برسالة بيانات معينة والوسيط هو (الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات أو بتقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه)، ويفهم من ذلك جواز أن يقوم شخص ما نيابة عن آخر بإرسال أو استلام أو تخزين أو تسجيل رسالة البيانات الإلكترونية وهذا يعني مشروعية النيابة في التعاقد الإلكتروني، حيث إن النيابة في التعاقد الإلكتروني ممكنة بجميع أنواعها حيث يمكن أن تنشأ من خلال رسائل إلكترونية يحددها المشرع بالطرق التي تتفق والتطور التقني، وليس هناك ما يمنع من أن يقوم الأب نيابة عن ابنه بالتعاقد عبر الإنترنت أو أن يقوم الوصي بذلك أيضا أو الحارس القضائي.

ولذلك فإن النيابة في العقود التقليدية لا تختلف عنها في العقود الإلكترونية حيث النيابة في العقود الإلكترونية تكون اتفاقية. والأسباب الداعية للتعاقد بوجه عام هي الأسباب الداعية للتعاقد الإلكتروني مثل تعذر وجود الأصيل لإبرام العقد أو عدم امتلاك الخبرات موضوع العقد.

وتجدر الإشارة إلى أنه يخضع التعبير الصادر من النائب من حيث إنه تعبير عن الإرادة لجميع القواعد العامة في التعبير عن الإرادة، فيكون صريحًا أو ضمنيًا . ويرد فيه الأخذ بالإرادة الباطنة أو الإرادة الظاهرة، وينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ولا يسقط بموت النائب أو فقده

(١٧٠٦) يراجع في نفس هذا المعني: د . عبد الرشيد مأمون، مرجع سابق، ص ٦٩.
(١٧٠٧) يراجع في تفصيل ذلك: د . محمود عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١١، ص ٩٧.

لأهليته، فالنيابة (représentation) تعني حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى شخص الأصيل كما لو كانت الإرادة قد صدرت منه هو(١٧٠٨).

كما عرف البعض النيابة في التعاقد بأنها " حلول إرادة شخص (وهو النائب) محل إرادة شخص آخر (وهو الأصيل) في إبرام تصرف (العقد) مع انصراف أثر هذا التصرف إلى الأصيل كما لو كان هو الذي تعاقد شخصيًا" (١٧٠٩).

والفكرة الجديدة التي اهتدى إليها الفقه الحديث في موضوع النيابة هي أن من ينوب عن غيره إنما يحل إرادته هو محل إرادة من ينوب عنه. وقد هجر الرأي القديم الذي كان يذهب إلى أن النائب إنما يتقمس شخص الأصيل، فيتكلم بلسانه ويعبر عن إرادته. وأصبح الفقه الحديث يذهب إلى أن التعبير الذي يصدر من النائب إنما هو تعبير عن إرادة النائب لا عن إرادة الأصيل، وذلك بالقدر الذي لا يتلقى فيه النائب من الأصيل تعليمات محددة فينفذها كما تلقاها، إذ يكون في هذه الحدود معبرًا عن إرادة الأصيل لا عن إرادته هو(١٧١٠).

ومما سبق يظهر لنا الفرق ما بين النائب والرسول، فالنائب يعبر عن إرادته هو لا عن إرادة الأصيل، أما الرسول فيعبر عن إرادة المرسل لا عن إرادته هو. فإذا تلقى النائب تعليمات محددة من الأصيل، كان رسولا في حدود هذه التعليمات ونائبا في خارج هذه الحدود (١٧١١).

ويذهب بعض الفقه إلى وجوب التمييز بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية. ففي الأولى تشترك إرادة الأصيل والنائب في إمضاء العقد، ونتيجة لهذا الاشتراك توزع شروط الإرادة على هاتين الإرادتين بقدر

(١٧٠٨)انظر د. جيرار، ص ٦٧٨، ص ٦٩٠، وانظر في القانون الفرنسي القديم د. بريسو (Brissaud) ص ١٤٤٢ وما بعدها.

(١٧٠٩) يراجع في تفصيل ذلك: د . محمود عبد الرحمن، مرجع سابق، ص ٩٦.

(١٧١٠) د. حلمي بهجت بدوي ص ٧٩ – ٨٠ – وانظر في النظريات المختلفة التي تقول باشتراك ارادتي النائب والأصيل في إبرام العقد ديموج ١ ص ١٤٧ – ١٥٠) . وانظر أيضًا في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة، وهل النائب يتقمص شخص الأصيل عن طريقة الافتراض القانوني (fiction) كما هو الرأي القديم، أو أن النائب ليس إلا رسولا كما يقول سافيني، أو أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول إهرنج، أو إن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول ميتييس (Mitteis)، إلى رسالة حديثة في النيابة والدور الذي تقوم به في إنشاء الالتزامات لجان كلاريز (Jean Clarise) ليل سنة ١٩٤٩ ص ١٤٧ – ص ١٦٥ .

(١٧١١) انظر في هذا المعنى د. بلانيول، د. وربير وإسمان ١ فقرة ٥٧ .

مساهمتهما في إمضاء العقد. أما في النيابة القانونية فالعقد ينعقد بإرادة النائب وحده، ولكن أثر العقد هو حكم من أحكام القانون ينصرف إلى الأصيل [١٧١٢].

وفي مجال الحديث عن النيابة في التعاقد لا بُدَّ من تناول في مسائل ثلاث رئيسة هي: (أولًا) شروط تحقق النيابة (ثانيًا) آثار النيابة (ثالثًا) تعاقد الشخص مع نفسه.

أولًا: شروط تحقق النيابة:

لكي تتحقق النيابة لا بُدَّ من توافر ثلاثة شروط هي:

١- حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل.

٢- أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه.

٣- أن يلتزم النائب حدود النيابة المرسومة لنيابته.

ومن الجدير بالذكر أن النيابة في التعاقد الإلكتروني تتم بواسطة وسيط يتعلق برسالة بيانات معينة، والوسيط هو الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر في ما يتعلق برسالة البيانات هذه، ويفهم من ذلك جواز أن يقوم شخص ما بإرسال أو استلام أو تخزين أو تسجيل رسالة البيانات الإلكترونية، وهذا يعني مشروعية النيابة في التعاقد الإلكتروني، حيث إن النيابة في التعاقد الإلكتروني ممكنة بجميع أنواعها أن تنشأ من خلال رسائل إلكترونية يحددها المشروع بالطرق التي تتفق والتطور التقني، وليس هناك ما يمنع من أن يقوم الأب نيابة عن ابنه بالتعاقد عبر شبكات الإنترنت أو أن يقوم الوصي بذلك او الحارس القضائي.

ومما سبق يتضح لنا أن النيابة في العقود التقليدية لا تختلف عن النيابه في العقود الإلكترونية حيث النيابة في كل من النوعين دول طبعا اتفاقية كما أن الأسباب التي تدعو إلى النيابة في العقود التقليدية

(١٧١٢) د. حلمي بهجت بدوي ص ٧٩ – ٨٠ – وانظر في النظريات المختلفة التي تقول باشتراك ارادتي النائب والأصيل في إبرام العقد ديموج ١ ص ١٤٧ – ١٥٠) . وانظر أيضًا في النظريات المختلفة في طبيعة النيابة، وهل النائب يتقمص شخص الأصيل عن طريقة الافتراض القانوني (fiction) كما هو الرأي القديم، أو أن النائب ليس إلا رسولا كما يقول سافيني، أو أن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل كما يقول د. إهرنج، أو إن إرادته تشترك مع إرادة الأصيل كما يقول ميتييس (Mitteis)، إلى رسالة حديثة في النيابة والدور الذي تقوم به في إنشاء الالتزامات للدكتور جان كلاريز (Jean Clarise) ليل سنة ١٩٤٩ ص ١٤٧ – ص ١٦٥ .

هي ذات الاسباب إلى النيابة في العقود الإلكترونية مثل عدم وجود الخبرة في الأصيل في ذات موضوع العقد وكذلك تعذر وجوز الأصيل في مكان إبرام العقد.

خـا تــمـة

هذا كان حديثنا عن فكرة التراضي في العقود الإلكترونية وإن الهدف من وراء هذه الدراسة ، هو البحث عن مدي توافق فكرة التراضي في مجال العقود الإلكترونية مع نظيرتها في القواعد العامة لنظرية العقد، وفي التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية في مختلف النظم والقوانين لمعرفة ما إذا كانت تشكل نظرية عامة مستقلة أم أن القواعد العامة تغني عن وضع تشريع خاص يستقل بتنظيم هذه الوسيلة الجديدة في التعاقد.

وقد قمت بتقسيم هذا البحث فصل إلى مبحثين، كان موضوع الأول: التعبير عن الإرادة. أما المبحث الثاني فتحدثنا فيه عن النيابة في التعاقد الإلكتروني.

النتائج والتوصيات

وفي النهاية نود أن نورد بعض التوصيات تتمثل في الآتي :

١- ضرورة العمل على وضع آلية للحماية المباشرة أو غير المباشرة المتعاقدين إلكترونيا في التشريع الكويتي، والذي لا يخلو تمامًا من النصوص والقواعد القانونية التي تسعي إلى توفير شيء من

الحماية، إلا أنها لا تشكل قواعد عامة في حماية المتعاقدين، بل تنصب على نوع معين من المعاملات دون غيرها وعلى أنواع معينة من العقود دون غيرها، وعلى رأس هذه العقود نجد عقود البيوع بالتقسيط.

٢- ضرورة مواكبة التشريعات الكويتية لحداثة وسائل ابرام التعاقدات لتلبية حاجات المواطنين وفرض نظام حماية لطرفي العلاقة التعاقدية

قائمة المراجع

أولًا: المراجع باللغة العربية :

أ- المؤلفات القانونية العامة :

٧. د. حسن عبدالباسط جميعي، د. حسن عبد الباسط جميعي، شرط التخفيف أو الإعفاء من ضمان العيوب الخفية، سنة ١٩٩٣م.

٨. د. حمدي عبد الرحمن: الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٩م.

٩. د. حمدي عبد الرحمن :الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، طبعة ١٩٩٩.

١٠. د. عبد الرشيد مأمون: الوجيز في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، بدون تاريخ نشر.

١١. د. محسن عبد الحميد البيه: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، المصادر الإرادية، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة الطبعة الثانية، مصر ٢٠٠٤.

١٢. د. محمود سمير الشرقاوي، عقود التجارة الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، دار النهضة العربية، الطبعة الثانية، القاهرة ٢٠٠٢.

١٣. د. محمود عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١١.

١٤. د. محمود عبد الرحمن: النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، طبعة ٢٠١١.

ب - المؤلفات القانونية الخاصة :

٢٢. د. إبراهيم الدسوقي ابو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، الكويت، طبعة ٢٠٠٣.

٢٣. د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة (التراسل الإلكتروني) مطبوعات جامعة الكويت، ٢٠٠٣.

٢٤. د. أحمد شرف الدين، تسوية المنازعات إلكترونيا، دراسة قانونية في التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية ٢٠٠٢.

٢٥. د. أحمد شرف الدين: عقود التجارة الإلكترونية تكوين العقد وإثباته، القاهرة، ٢٠٠٠ .

٢٦. د. أسامة أبو الحسن مجاهد: خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، القاهر، مصر، طبعة ٢٠٠١.

٢٧. د. أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٢٨. د. تامر محمد سليمان الدمياطي: إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، طبعة ٢٠٠٩.

٢٩. د. حسن عبد الباسط جميعي: إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، القاهرة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.

٣٠. د. حسن عبدالباسط جميعى، إثبات التصرفات القانونية التى يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، دار النهضة العربية ٢٠٠٠.

٣١. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥م.

٣٢. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر العربي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.

٣٣. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠١١.

٣٤. د. خالد ممدوح ابراهيم: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٨.

٣٥. د. خالد ممدوح ابراهيم: أمن المستندات أمن المستندات الإلكترونية، الطبعة الأولى، الإسكندرية، الدار الجامعية ٢٠٠٨.

٣٦. د. خالد ممدوح إبراهيم: حجية البريد الإلكتروني في الإثبات، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٧.

٣٧. د. سامح عبد الواحد محمد التهامي: التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة ٢٠٠٨.

٣٨. د. مأمون الكزبري: نظرية الالتزام في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، المجلد الأول مصادر الالتزامات، بدون دار نشر، بدون تاريخ نشر.

ج- الرسائل العلمية :

٢. د. خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، سنة ٢٠٠٥م.

٣. د. مخلوفي عبد الوهاب: التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه العلوم في الحقوق، جامعة الحاج الخضر، باتنة، الجزائر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، السنة الجامعية ٢٠١٢-٢٠١١.

د- الابحاث والمؤتمرات:

١. د. فيصل محمد كمال عبد العزيز: الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، طبعة ٢٠٠٨.

ثالثًا: المراجع الأجنبية

trib. civ. paris. 7. 5. 1975. Gaz pal. 1975. 2 748 et D. 1976. 605. Trib. civ. paris. 11. 1. 1978. Gaz pal 1978. 5. 27.

trib civ paris: 3. 1. 1974. Gaz. pal. 1974.

2003 P14. Disponible ،le couleur du consentement électronique ،Vautrais sur. . www. Droit. Montréal.

،droit uniforme ،la vente internationale de marchandise ،vincent heuze .p: 16 ،2000 ،paris ،delta