جامعة محمد الخامس
كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية
أكدال - الرباط

شعبة القانون الخاص
وحدة البحث والتكوين في:
القانون المدني المعمق

أطروحة لنيل الدكتوراه

في

القانون الخاص

في موضوع:

العقد المبرم بطريقة إلكترونية

من إنجاز
بشرى النية

تحت إشراف:
الدكتور عبد اللطيف هداية الله

أعضاء اللجنة:

الدكتور عبد اللطيف هداية الله	رئيسا
الدكتورة رجاء الناجي مكاوي	عضوة
الدكتور بكور المختار	عضوا
الدكتور محمد محبوبي	عضوا
الدكتور عبد المجيد غميجة	عضوا

السنة الجامعية:
2012 - 2011

لائحة المختصرات

LISTE DES ABREVIATIONS

م.	المادة
ف.	الفصل
س.	السنة
ع.	العدد
ج.	جزء
ص.	صفحة
ط.	طبعة
ظ. ش.	ظهير شريف
ق.ل.ع	قانون الالتزامات والعقود
ق.	قانون
ق.م.	القانون المدني
ق.ا.ج	القانون الجنائي
م.س.	مرجع سابق
فق.	فقرة
ج.ر.	الجريدة الرسمية
-	إلى

Art.	Article
Bull. civ.	Bulletin civil
Cah. Dr. Entr	Cahier de droit de l'entreprise
C. Civ	Code civil
C. Com	Code commercial
C. Consom	Code de la consommation
Civ. 1ère , 2ème	Cour de cassation, 1ère, 2ème chambre civile
C.pén.	Code pénal.
C.A.	Cour d'Appel.

Cah.dr.ent.	Cahier de droit de l'entreprise.
Cass.ass.plén.	Arrêt de l'assemblée plénière de la cour de cassation.
Cass.Crim	Arrêt de la chambre criminelle de la cour de cassation.
C.E.E.	CommunautéEconomiqueEuropéenne
Ch.	Chambre
Chron.	Chronique.
Circ.	Circulaire.
Cop.	Copyright
Coll.	Collection.
CRID	cahiers du centre de recherches informatique et droit
Uncitral	United Nations commission On International Trade Law.
D.	Recueil Dalloz
Diff.	Diffusion
Doct.	Doctrine.
Ed.	Edition.
Et s.	Et suivant.
Fasc.	Fascicule
Gaz.Pal.	Gazette de palais (journal ou recueil).
Gaz.T.Av.	Gazette des technologies avancées
Ibid.	Au même endroit.
Inc.	Incorporation
Infra.	Ci-dessous
I.R.	Inforamtion rapide.
I.F.C.L.A	International Federation Of Computer Law Association
JCP. G	Juriss- Classeur périodique, Semaine juridique (édition générale)
JCP. E	Juriss- Classeur périodique, Semaine juridique (édition Entreprise
J.O	Journal Officiel.
Jurisp.	Jurisprudence

J.O.C.E.	Journal Officiel des communautés européennes.
J.O	Journal Officiel.
J.O.C.E. européennes.	Journal Officiel des communautés
I.C.C.E	International Conference on Consumer Electronic
Idem	Même emplacement
L.G.D.J	Librairie Générale de Droit et de la Jurisprudence
L.J	Law Journal
L.T.D.	Limited
M.S.J.	Mise à jour
N°	Numéro
Obs.	Observations
Op.Cit.	Option Citée
Répt.	Dalloz Répertoire Dalloz
R.T.S Civ	Revue Trimestrielle de droit civil
S.	Suivant
T.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
U.K	United Kingdom
V.	Voir
Vol.	Volume

مقدمة

تعد نظرية العقد، من أهم النظريات التي تكشف عن جوهر أي نظام قانوني وتعبر عن خصائصه واتجاهاته العامة، على اعتبارها تتعلق بكثير من المفاهيم الحقوقية الأساسية، كمفهوم الملكية الخاصة وحق المالك في التصرف بكل حرية فيما يملكه، وضرورة تقيده بما يفرضه عليه المجتمع من قيود في التصرف في ملكيته الخاصة، إلى غير ذلك من الضوابط التي تحاول رسم الحدود المعقولة التي يمارس فيها الأطراف حريتهم التعاقدية[1].

وقد استقر الفكر القانوني على ما يسمى بقاعدة أو مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ومفاده توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، سواء أكان هذا الأثر القانوني ذو طبيعة مدنية، أم تجارية، أم إدارية. فالعقد يوجد أينما وجد الالتزام، فهو بمثابة الأداة القانونية والقوة الملزمة[2] والمنظمة لهذا الالتزام. لذا، هذه القاعدة من أبرز القواعد الآمرة المتعارف عليها في مجال العقود، والتي يلتزم بموجبها طرفي التعاقد بتنفيذ العقد تنفيذاً شاملاً، لكل ما ورد فيه من شروط وأحكام، دون تعديل أو تغيير، إلا باتفاق المتعاقدين فيما بينهما، لأن العقد شريعة المتعاقدين.

وقد تتعدد التعاريف التي أعطيت للعقد، ولكن معظمها يتشابه وأغلبها من صنع الفقه وليس التشريع، على اعتبار أنها الوظيفة الأساسية للفقه والقضاء. لذا، نلاحظ أن معظم التشريعات المدنية لم تعرف العقد كالقانون المدني المغربي والمصري والتونسي. ومن التشريعات القلائل التي عرفته نجد القانون الفرنسي الذي عرف العقد بموجب المادة 1101 من القانون المدني بأنه "اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر تجاه شخص أو عدة أشخاص بإعطاء شيء أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عنه"[3].

---

[1] وفاء جوهر، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض عن العقد، أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في القانون المدني، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2010، ص. 4.

[2] حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، ج. 1، المجلد 1، المصادر الإرادية للالتزام، ط. 3، 2000، ص. 45 - 48.

[3] يعد مصطلح "الاتفاق" « Convention » المنصوص عليه في هذه المادة أوسع نطاقا من العقد، ويفضل الكثير من الفقهاء القانونيين التفرقة بين "العقد" و"الاتفاق"، حيث يعتبرون الاتفاق أعم من العقد، ويخلص هذا الموقف الفقهي إلى أن العقد هو نوع خاص من الاتفاق. ومن الفقهاء القائلين بذلك أوبري ورو: راجع في عرض هذا الاتجاه الفقهي، أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، بيروت، 1983، ص. 10 وما بعدها. ورفض اتجاه آخر في الفقه هذه التفرقة، على أساس أنها مجرد تفرقة لفظية لا غير، لا يترتب عليها أي نتائج أو آثار قانونية، انظر في هذا الاتجاه الفقهي:

Jacques Flour, Jean-Luc Aubert, Droit civil - Les obligations - Volume 1, L'acte juridique, Paris Sirey, Ed. 5, 1991, paragh. 80.

وللعقود تقسيمات مختلفة[4]، إذ ليست كلها على درجة واحدة من القوة والفعالية، وهي تتفاوت فيما بينها بحسب أهميتها في ميدان المعاملات. وإذا لم يتوصل الفقهاء إلى تحديد كامل العقود التي يبرمها أو تلك التي يضطر الأفراد إلى إبرامها، فإنهم توصلوا إلى تصنيفها في شكل مجموعات يختلف بعضها عن البعض الآخر، ذلك أن التقسيم أقرب إلى عمل الفقيه منه إلى عمل المشرع.

وتولي التشريعات عناية خاصة للعقد، وتفرد له مجموعة من الأحكام القانونية بما يتناسب مع هذه الأهمية نظرا لدوره في تيسير واستقرار المعاملات على أنواعها. ويعد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من أهم الطفرات القانونية التي استجدت على نظرية العقد والتي جاءت بها وسائل الاتصال الحديثة، ممثلة بشبكة الإنترنيت[5].

فقد شهد العالم خلال العقود الأخيرة ثورة تكنولوجية رقمية هائلة، حولت العالم إلى قرية صغيرة متصلة مع بعضها البعض، من خلال نقل ما يجري في كافة بقاع الأرض عن طريق الأجهزة الالكترونية المتطورة. كما أصبحت عملية تبادل المعرفة والمعلومات ميسرة وسهلة بين الدول المختلفة، رغم بعدها مكانيا[6]؛ مما أثر على مختلف مناحي الحياة بل وحتى على الجانب المعاملاتي.

ولئن أخذت النظرية العامة في العقود حصة الأسد في الأبحاث والدراسات القانونية والأكاديمية، فإن هذه التطورات التكنولوجية الرقمية، أحدثت انقلابا في الكثير من نواحي النظرية العقدية، مما طرح في العديد من التشريعات مدى استيعاب نظرية العقد للتطورات التكنولوجية، ومدى كفاية أحكامها في حل مختلف الإشكالات القانونية التي يطرحها مجال التعاقد بالطرق والوسائل الإلكترونية.

---

[4] للعقود تقسيمات عديدة، تختلف باختلاف وجهات النظر منها إلى العقد. ولهذه التقسيمات أهميتها، إذ من خلالها نتعرف على مسمياتها وأنواعها. وهي تختلف بحسب وجهة النظر إليها:

- فمن حيث التكوين: إما أن يكون عقدا رضائيا أو عقدا شكليا أو عقدا عينيا.
- ومن حيث الموضوع: إما عقدا مسمى أو غير مسمى، وإما أن يكون عقدا بسيطا أو عقدا مختلطا.
- ومن حيث الأثر: إما ان يكون عقدا ملزما للجانبين، او عقدا ملزما لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد تبرع.
- أما من حيث الطبيعة: إما أن يكون عقدا محددا أو عقدا احتماليا، وإما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا زمنيا.

ولمزيد من الاطلاع، انظر: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص. 149- 169. وأيضا، عبد القادر العرعاري، مصادر الالتزام، الكتاب الأول: نظرية العقد، دار الأمان، ط. 2، 2005، ص. 2 - 43.

[5] مصطلح الانترنيت «Internet» اختصار للكلمات: "Inter Communication Network"، أي شبكة الوصل فيما بين الشبكات أو شبكة الشبكات. ويمكن تعريفها بأنها شبكة متداخلة ومتشعبة تربط آلاف الشبكات فيما بينها، ومن خلالها يتم تناقل البيانات والمعلومات وسائر الخدمات المعلوماتية الأخرى كخدمات البريد الإلكتروني ومواقع الحوار وغيرها. انظر: إلياس ناصيف، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط. 1، 2009، ص.23 وما بعدها. وأيضا، أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2007، ص. 13 وما بعدها. أما تعريفه الاصطلاحي، فهو مجموعة من شبكات المعلومات المتصلة فيما بينها عالميا من خلال ربط أجهزة الحاسوب فيما بينها وتربط الآلاف من مراكز المعلومات وقواعد البيانات في جميع أنحاء العالم، إما عن طريق شبكات الهاتف الثابت أو النقال أو عن طريق الأقمار الصناعية، ويستفيد منها الملايين من المستخدمين. ويطلق على الانترنيت أيضا اصطلاح "شبكة الاتصالات والمعلومات العالمية"، ذلك أن هذه الشبكة تحكمها بروتوكولات الانترنيت التي تتسم بصفة العالمية، ومنها: بروتوكول"TCP/IP" Transmission Control Protocol Internet". والبروتوكول: هو مجموعة من القوانين التي تحدد بالتفصيل كيف يمكن لحاسوبين الاتصال فيما بينهما عبر شبكة ما. ولمزيد من الاطلاع: محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية، المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010، ص. 107 وما بعدها. منير الجنبيهي- ممدوح محمد الجنبيهي، بروتوكولات وقوانين الانترنيت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ط. 1، 2005، ص. 23 وما بعدها. وحول نشأتها وتطورها نحيل على المراجع التالية: صابر عبد العزيز سلامة، العقد الالكتروني، دون مكان النشر ودون ناشر، ط. 1، 2005، ص. 5؛ إلياس ناصيف، م.س.ص. 23 إلى 31.

[6] محمد فواز المطالقة، النظام القانوني لعقود إعداد برامج الحاسب الآلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2004، ص. 9.

فنتيجة لهذه الثورة الرقمية تطورت وسائل الاتصال[7] بشكل هائل، وإن كانت تتسم كلها بالسرعة والفورية في الاتصال ونقل المعلومات[8]، كالهاتف والتلكس والفاكس[9] والحاسوب[10]، ففرضت نفسها في التعاملات نظرا لسرعتها في الأداء وسهولة تعبير الأفراد عن إرادتهم بواسطتها.

---

[7] عرف قانون الاتحاد الدولي للمواصلات السلكية الصادر لسنة 1986، الاتصالات، بأنها "نقل أو بث النقاط والعلامات والإشارات والكتابات والصور والأصوات، أو التخابر بأي شكل من الأشكال سواء كان سلكيا أو مرئيا بواسطة أي من الأنظمة المغناطيسية الكهربائية الأخرى". أشار إلى هذا التعريف عباس العبودي في كتابه: التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، م.س.ص.18 وما بعدها. ووسائل الاتصالات منها: السلكية وهي التي تعتمد كوابل أرضية أو بحرية أو محطات لاسلكية كبيرة تعتمد على أجهزة إرسال واستقبال ومجموعات هوائية لكل منها أو تستخدم الأقمار الصناعية كوسيلة وسيطة لتحقيق اتصالها. للمزيد من الإطلاع انظر: محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، 2007، ص. 85 وما بعدها.

[8] ابتدع مصطلح "المعلوميات Informatique" لأول مرة سنة 1962 من طرف "فيليب دريفوس Philippe Drefus"، وهي كلمة مركبة من كلمة معلومة «Information» وآلية «Automatique». أما الأكاديمية الفرنسية فقد عرفتها سنة 1967 بأنها (علم المعالجة المنطقية المعقلنة بواسطة آلة أوتوماتيكية، للمعلومات المعتبرة كدعامة للمعارف والاتصالات في المجالات التقنية والاقتصادية والاجتماعية). للمزيد من التفاصيل انظر:
Moreau Moreau, Ainsi naquit l'informatique, DUNOD Paris, 1984, p.5

[9] لمزيد من الإطلاع حول هذه الوسائط، انظر عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 19، وأيضا، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، م.س.ص. 16 وما بعدها.

[10] عرفته الموسوعة الشاملة لمصطلحات الحاسب الإلكتروني، بأنه "جهاز إلكتروني يستطيع ترجمة أوامر مكتوبة بتسلسل منطقي لتنفيذ عمليات إدخال بيانات، أو إخراج معلومات وإجراء عمليات حسابية أو منطقية، كما يقوم بالكتابة على أجهزة الإخراج أو التخزين. ويتم إدخال البيانات بواسطة مشغل الحاسب عن طريق وحدات الإدخال، مثل لوحة المفاتيح أو استرجاعها من خلال وحدة المعالجة المركزية، التي تقوم بإجراء العمليات الحسابية وكذلك العمليات المنطقية. وبعد معالجة البيانات، تتم كتابتها على أجهزة الإخراج، مثل الطابعات أو وسائط التخزين المختلفة". وجعل البعض من الحاسوب، المادة الأساس في النظام المعلوماتي، بأن عرفه بآلة معالجة المعلومات، مهمتها إنجاز العديد من الوظائف دفعة واحدة. وتتكون من النظم المعلوماتية الأساسية، برامج معالجة البيانات والمعلومات، مناطق للعمل في الذاكرة، والذاكرات المختلفة التي يتكون منها الحاسوب. كما يتكون من وحدة مركزية للمعالجة، يمكن أن تشكل شبكة اتصال بين العديد من الحواسب المرتبطة بدورها بوحدات للإدخال والإخراج. و"الحاسوب" كآلة ليس اختراعا حديثا، بل أن أصله الأول يعود إلى القرن 17 م على يد العالم الرياضي "بليز باسكال". وقد كان عبارة عن آلة جمع تتكون من عجلات كبيرة مرتب بعضها فوق بعض ومرقمة من 0 إلى 9. وقد طورها العالم "جوتفريد فون ليبنز" الذي جعلها تقوم بعملية الجمع والضرب والقسمة. وفي منتصف القرن 19 تحول هذا الإختراع من مجرد آلة للحساب إلى آلة احتوت على ذاكرة وكان أشهرها: "مارك1" و"إينياك ENIAC" و"أونيباك UNIVAC" الذي أنتجته شركة "IBM". وقد تطور بشكل كبير وعبر خمسة أجيال، ومع كل جيل يتطور الحاسوب أكثر كما تتطور معه لغات البرمجة أيضا. وأهم أجياله هو الجيل الرابع والخامس. ففي هذين الجيلين استعملت "الدوائر المتكاملة أو الرقائق الدقيقة Les Microships"، وأيضا "المعالج الدقيق الميكروبروسيسور Microprocesseur " الذي جعل الحاسوب يستطيع قراءة الصور بالأبعاد الأربعة ويتعرف على الأصوات الخ. كما انتشرت مع هذا الجيل من الحواسيب تقنيات الذكاء الإصطناعي والنظم الخبيرة، والشبكات العصبية الإصطناعية في معالجة المعلومات، كما تميزت هذه الحواسيب بسرعتها المتناهية في أداء مهامها وكذا في استعمالها اللغة الطبيعية في البرمجة. للمزيد من التفاصيل انظر ا.د.جمال عبد المعطي - ا.د.علاء الدين محمد فهمي وآخرون، الحاسبات الإلكترونية- مكوناتها وتطبيقاتها، مطابع المكتب المصري الحديث، 1997، ص.22 إلى 28. ولمزيد من الاطلاع راجع: بشرى النية، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، ع. 10، مارس 2009، ص. 18 وما بعدها.
ويتعامل الحاسوب مع البيانات في شكل أرقام ورموز، وليتسنى له معالجتها وتخزينها لاسترجاعها بقصد استعمالها، لا بد أن يفهمها أولا. فهي تكون في شكل نبضات كهرو- مغناطيسية تمثل أرقاما وحروفا ورسوما، ويحتاج لمعالجتها إلى تعليمات خاصة يفهمها، وهي ما يصطلح عليها "بالمكونات المنطقية أو برامج الحاسوب". وقد استخدمت العديد من المصطلحات للدلالة على المكونات غير المادية للحاسوب، من مثل: "الكيان المنطقي، برامج الحاسوب، البرامجيات، البرمجيات أو البرانم". وهي تشمل كلا من البرامج الضرورية واللازمة لتشغيل الحاسوب وبرامج التطبيقات. وقد عرفها المعجم العربي الموحد لمصطلحات الحاسبات الإلكترونية بأنها "مجموعة تعليمات الحاسب الإلكتروني مكتوبة بنوع من الوضوح والتفصيل".

فكان نتاج استخدام الوسائل الحديثة الإلكترونية للاتصال في المعاملات ما اصطلح عليه بـ: "التجارة الإلكترونية"[11]، حيث ألقت بظلالها على الكثير من المفاهيم القانونية التي قد تتطلب إعادة النظر فيها، ومنها: نظرية الأعمال التجارية وصفة التاجر السيبرياني، فضلا عن ظهور أساليب جديدة في المنافسة عبر المواقع الإلكترونية وكذا تطور العمليات المصرفية الإلكترونية. بذلك أتاحت التجارة الإلكترونية للأفراد استعمال التقنيات الحديثة في مجال المعاملات، بقصد تسهيل عرض السلع والخدمات[12]، بل وتنفيذها أحيانا عبر هذه الوسائل الحديثة للاتصال دونما حاجة إلى تواجد مادي.

ونتيجة لتطور مجال التجارة بطريقة إلكترونية، كان من الطبيعي أن يواكب القانون التطورات المتلاحقة لهذه التكنولوجيا الحديثة، ليستجيب العقد لأنساق القواعد القانونية التي تتولد عنه؛ فظهر العقد المبرم بطريقة إلكترونية كوسيلة جديدة لإجراء المعاملات لكن باستعمال الطرق والوسائل الإلكترونية.

---

[11] ظهرت التجارة الإلكترونية في الثمانينيات من القرن العشرين وتطورت في النظام الأمريكي تحت مفهوم تبادل المعطيات المعلوماتية: "EDI" والتي تعني المعالجة الأوتوماتيكية للعملية التجارية برمتها دون أي تدخل إنساني وفقا لمستوى معياري. وقد انقسم الفقه في تعريفه للتجارة الإلكترونية إلى اتجاهين: الأول ضيق من مجالها ليقصره فقط في مجال البيع والشراء عن طريق الحاسوب، انظر في هذا الاتجاه: ممدوح المسلمي، مشكلات البيع عن طريق الإنترنيت في القانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 6. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2003، ص. 9. أما الاتجاه الثاني: فوسع من مجال التجارة الإلكترونية ليشمل كل المبادلات التجارية التي تعتمد على تبادل المعلومات عبر شبكة اتصال لاسلكية سواء تلك التي تتم عبر الإنترنيت أو غيرها من وسائل الاتصال اللاسلكية كالفاكس أو التلكس أو الهاتف، أو هي إنجاز الصفقات التجارية من بيع وشراء وباستخدام الطرق الإلكترونية، انظر في هذا الاتجاه: محمد السيد عرفة، التجارة الدولية الإلكترونية عبر الإنترنيت، بحوث مؤتمر : القانون والكمبيوتر والانترنيت، جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 1 - 3 ماي، 2000، المجلد 1، ص. 5. وقد نصت المادة 2 من تشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000 على أن التجارة الإلكترونية هي "العمليات التي تتم عبر المبادلات الإلكترونية". كما نصت المادة 2 من تشريع المعاملات والتجارة رقم 2 لسنة 2002 في إمارة دبي، على أن التجارة الإلكترونية هي "المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية". وهناك من اعتبر أن التجارة الإلكترونية ليست مجرد موقع إعلامي فحسب، بل هي نظام معلوماتي متكامل يتيح فرصة إنجاز العمليات التجارية التي تتم بين الأطراف ذات العلاقة باستخدام شبكات الاتصالات العالمية. انظر لمزيد من الاطلاع: محمد عبد حسين الطائي، التجارة الإلكترونية: المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2010، ص. 16 وما بعدها. وهناك العديد من تصنيفات التجارة الالكترونية، إلا أن أكثرها شيوعا هي تصنيفها حسب الجهات المشاركة في تطبيقها، أي بحسب طبيعة وهوية الأطراف الأساسية المعنية بالتعامل التجاري، وذلك باعتماد معيار طرفي العلاقة التعاقدية ومعيار محل وهدف التبادل الإلكتروني، وهي: التجارة الإلكترونية من الأعمال على المستهلك - التجارة الإلكترونية بين الأعمال، التجارة الالكترونية من المستهلك إلى الأعمال - التجارة الالكترونية داخل المنظمة - التجارة الالكترونية بين المستهلك والمستهلك - التجارة الالكترونية بين الحكومة والمواطنين - التجارة الإلكترونية بين الحكومة والأعمال - التجارة الإلكترونية بين الأعمال والحكومة - التجارة الإلكترونية بين الحكومة (من الحكومة إلى الحكومة) - التجارة الإلكترونية داخل الحكومة - التجارة الالكترونية غير الربحية - التجارة الالكترونية من الحكومة إلى الموظفين، راجع: محمد عبد حسين الطائي، م.س.ص. 30 - 33.

[12] يقصد بموجب المادة 3 البند 6 من مشروع قانون رقم 09-24، يتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود (الصيغة الجديدة الموضوعة لدى الأمانة العامة للحكومة في يناير 2011)، بـ"عرض المنتوجات أو الخدمات في السوق: عرض منتوج ما من طرف من منتج أو مستورد أو خدمة ما من طرف مقدم خدمات في السوق الوطنية، سواء بعوض أو بغير عوض قصد توزيعها أو تحويلها أو استعمالها داخل التراب الوطني".

ويشمل مفهوم المعاملات الإلكترونية بمعناها العام، كل تعامل يتم باستخدام وسيط إلكتروني أيا كانت أطرافه، بين أفراد أو بين جهات حكومية أو غير حكومية، أو بين دول أو مؤسسات دولية، أو بين بعض من هذه الجهات المذكورة وبعضها الآخر كتعامل فرد مع الشركات التجارية، أو التعامل مع المصارف سواء فيما بينها أو مع عملائها[13].

وتتمثل فوائد إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية بالأساس، في الآتي:

- تخفيض تكاليف الصفقات مع تخطي العقبات والحواجز الجغرافية التقليدية.

- سهولة إبرام الصفقات من خلال الدخول في علاقات تعاقدية بين المشتري والبائع دون وساطة أفراد أو شركات.

- شفافية وتدفق المعلومات وسرعتها من خلال شبكة الانترنيت، مما يوفر مختلف الأسعار التنافسية العالمية.

- سهولة عملية التعامل مع البيانات المتوفرة على الشبكة، فبنقرة واحدة على الجهاز يمكن أن تتم عملية البيع والشراء.

على أن هذا النوع من التعاقد، وبالرغم من مزاياه لا يخلو من عيوب، نذكر منها:

- عدم قدرة المستورد على رؤية أو فحص السلعة قبل طلب شرائها.

- احتمال حدوث تعاقدات صورية باستخدام الوسائل الالكترونية.

- إمكانية استخدام البطائق الائتمانية المزيفة للشراء بواسطة شبكة الانترنيت عن طريق سرقة أرقام تلك البطائق خلال تداولها عبر الشبكة، ومن ثم يتحمل أصحابها الحقيقيون أعباء عمليات الشراء أو الحصول على خدمات لم يقوموا بطلبها أو تنفيذها[14].

فأمام هذه التغيرات، كان لا بد أن لا يظل القانون جامدا مكانه؛ فهو يتطور بتطور المجتمعات ويتغير بتغير السلوكيات الاجتماعية والاقتصادية داخله، وليس من المعقول أن يبقى القانون بمنأى عن هذه الثورة، خاصة وأن الحاسوب أدى إلى إحداث تطورات جوهرية في نقل المعلومات وتنظيم المعاملات بين الناس من عقود ومراسلات، حيث يستطيع أي شخص إبرام عقد وإجراء العديد من المراسلات عن طريق نظام المعلومات[15].

---

[13] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 10-12 ماي 2003، ص.1847.

[14] محمد سعيد محمد الرملاوي، م.س.ص. 95 -97.

[15] Pierre Catala, L'informatique et l'évolution des modèles contractuels, J.C.P 1993, 1-3-3, p. 87. André Lucas, droit d'auteur et numérique, Litec, 1998, N°5 et 19 p.3 et 6.

فتحقيق الأمن القانوني للمعاملات الإلكترونية، هو أحد عوامل تحقيق الأمن الاجتماعي والاقتصادي، فضلا عن أن نظام التشفير وسرية المعلومات، هما بلا شك من أهم الوسائل الكفيلة بتحقيق أمن المعاملات الإلكترونية؛ فلا بد من دعم الثقة الإلكترونية للمساهمة في خلق بيئة إلكترونية آمنة[16].

والواقع، أن للمعلوماتية علاقة وطيدة بالقانون، تتأثر به ويؤثر فيها، ويظهر هذا التأثير بصفة خاصة في المجالات التالية:

- مدى حرية الحصول على البيانات والمعلومات ومدى استغلالها.
- تأثير المعلوماتية وانسياب المعلومات وتدفقها على الخصوصية والحق في السرية.
- حماية المعلومات وبصفة خاصة تلك المتعلقة بحقوق التأليف، وحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة، على المستويين: المحلي والدولي.
- التجارة الدولية في السلع والخدمات المعلوماتية.
- التجارة الالكترونية: الداخلية والخارجية.
- تدفق المعلومات وانسيابها عبر الحدود الدولية.
- حماية الأفراد متلقي المعلومات من مخاطرها ومضارها.
- حماية الأفراد والمجتمع من المعلومات التي تخدش الحياء العام.
- ظهور الحكومة الالكترونية وذيوعها في بلاد متعددة، وما يترتب عليها من تأثير في الأفكار والقواعد القانونية القائمة[17].

من هنا كان إبرام العقد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، مثيرا لاهتمام رجل القانون سواء كان مشرعا أو فقيها أو قاضيا. فليس من المنطقي في ظل هذا التطور الهائل في مجال التكنولوجيا وفي مجال المعلوماتية، أن يبقى القانون كما هو، دون تطور ودون مواكبة لهذه الوثيرة المتسارعة لعالم الرقمية، وإيجاد الحلول للمشاكل القانونية الحديثة التي يثيرها العالم الرقمي[18].

وقد تطورت المعاملات الإلكترونية بشكل كبير إن على الصعيد الدولي أو المحلي. فبحسب دراسة أجريت في الإمارات العربية المتحدة، فإن مليونًا و160 ألف شخص أجروا عمليات تجارية عبر الإنترنت خلال العام 2007، وقد أجروا عمليات تجارية بقيمة إجمالية بلغت 4 مليارات و257 مليون درهم إماراتي).

---

[16] بشرى النية، التوعية بالاستخدام الآمن للأنترنيت وتحصين مستعمليه من مضاره، ، بحث مقدم إلى مؤتمر "التوعية بالاستخدام الآمن والأخلاقي للإنترنيت"، الذي نظمته المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة "الإيسيسكو" بكلية العلوم والتكنولوجيا، بنواكشوط، موريطانيا، أيام 14 - 16 أبريل 2008، الشريحة رقم 3، منشور ضمن أشغال المؤتمر (النسخة الإلكترونية متوفرة لدى الإيسيسكو).

[17] ابراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص. 5.

[18] انظر في هذا الاتجاه: شحاته غريب محمد شلقامي، برامج الحاسب الآلي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص. (أ). انظر أيضا، نبيلة إسماعيل رسلان، التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات، دار الجامعة الجديدة، 2007، ص. 3 و4؛ وفي نفس السياق انظر:
Jérôme Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique, J.C.P., 1993,I, 3095.

وبحسب البيانات الصادرة عن هيئة تنظيم الاتصالات الإماراتية، فإن النسبة الأكبر من هذه التداولات التجارية تركزت على تسديد الفواتير، إذ إن غالبية مستخدمي الخدمات المالية الإلكترونية يقومون بتسديد فواتير الهاتف والماء والكهرباء والخدمات الأخرى عبر الإنترنت.

وتحتل الحجوزات الإلكترونية لرحلات الطيران والفنادق وتسديد أجورها حيزًا كبيرًا أيضًا من إجمالي التداولات التجارية عبر الإنترنت، وتقترب في نسبتها من نسبة الفواتير المسددة إلكترونيًا حيث تلعب شركات الطيران المحلية دورًا كبيرًا في ذلك بعد أن تحولت جميعها إلى إصدار كافة تذاكرها إلكترونيًا[19].

أما بالنسبة للمغرب، فيعرف التعامل بالطرق الإلكترونية خطا حثيثة جدا[20]. فمن خلال التقرير الأخير لمرصد تكنولوجيا الإعلام والاتصال لسنة 2010، نجد أن 4% فقط من مستعملي الإنترنيت[21] يلجؤون لعملية الشراء على الخط.

في حين أن 78% منهم لم يقم بعملية من هذا النوع خلال الإثنى عشر شهرا الأخيرة لانعدام المنفعة في ذلك، كما أن 67% من عينة الأفراد المستجوبة لا يثقون في هذه الخدمة، في حين يعتقد 57% من بين هؤلاء أن عدم التمكن من الملامسة المادية للبضاعة يعد عائقا أمام اللجوء لمثل هذه التجربة.

بالنسبة للمقاولات المغربية، فقد عزت 56% من المقاولات المستجوبة أهم عائق أمام تطورات التجارة الإلكترونية، إلى عدم ملاءمة المنتجات لعملية البيع على الخط. في حين أن 23% منها لا تمارس هذا النوع من التجارة عبر الإنترنيت، اعتقادا منها أن طبيعة السوق لا تقبل مثل هذه الخدمة، مما يجعل تطورها يدور في حلقة مفرغة.

---

[19] http://www.alaswaq.net/economy.html, (Juin 2008).

[20] من خلال تقرير "مرصد تكنولوجيا الإعلام والاتصال" لسنة 2010، والذي اعتمد عينة من الأفراد (1326 أسرة مستجوبة: 870 مقيمة بالمناطق الحضرية و456 منها مقيمة بالمناطق القروية المجهزة بالطاقة الكهربائية. وقد تراوحت أعمار المستجوبين من: 12 إلى 65 سنة. وقد تم سحب العينة من قاعدة المعطيات المتوفرة -بعد إحصاء السكان لسنة 2004- لدى المندوبية السامية للتخطيط وكذا الدراسات التي أنجزتها الأخيرة برسم سنة 2010). وعينة من المقالات: 500 مقاولة تزاول نشاطا بالمغرب وتضم 10 أشخاصٍ أو أكثر، تم سحب العينات من قاعدة بيانات المندوبية السامية للتخطيط وتم استكمالها بكيفية تلقائية من خلال قاعدة "دليل الشركات بالمغرب: كومباس". وشملت القطاعات التالية: الصناعة، البناء والأشغال العمومية، التجارة والخدمات، القطاع الأولي والخدمات المالية. أجري الاستطلاع الخاص بالمقاولات في الفترة ما بين 9 فبراير و14 مارس 2011).

http://www.anrt.ma/fr/admin/download/upload/file_autre_vers2182.pdf (17 Mai 2011).

[21] ارتفع عدد مستعملي الإنترنيت بالمغرب من 3,6 مليون شخص سنة 2004 إلى 14 مليون شخص سنة 2010، منهم 67% من مستعملي خدمة البريد الإلكتروني. كما ارتفع نسبة تجهيز الأسر المغربية بالإنترنيت سنة 2010 لتصل إلى 25%، بينما هيمن الإنترنيت بالصبيب العالي المتنقل سنة 2010، حيث بلغ 78% من الأسر المجهزة به. وإلى غاية 31 مارس 2011 بلغت الحظيرة الإجمالية للإنترنيت 2.172.903 مشتركا، مقابل 1.866.963 عند نهاية الفصل الأخير من سنة 2010، أي بنمو إجمالي يقدر بـ 59,54 % خلال سنة 2011. كما ارتفع عدد المشتركين بحظيرة الإنترنيت بالصبيب العالي بنسبة 3,58 % خلال الفصل الأول من سنة 2010، أما مشتركي حظيرة الإنترنيت من الجيل الثالث 3G، فقد سجل نموا سنويا يقدر ب 88,37 %مع نهاية مارس 2011.

يمكن مراجعة تقرير حول المعطيات التحليلية لتطور أسواق الهاتف الثابت والمتنقل والانترنت بالمغرب برسم الفصل الأول من سنة2011، كاملا على الرابط التالي:

http://www.anrt.ma/fr/admin/download/upload/file_autre_vers2165.pdf (Mai 2011).

وحسب نفس الدراسة المذكورة، فإن 48% من المقاولات المستجوبة مرتبطة بالإنترنيت من خلال موقع إلكتروني، في حين تلجأ 67% منها إلى شركات متخصصة لإنجاز هذه الخدمة. كما أن 91% من المقاولات المستجوبة تتوفر على موقع إلكتروني واسم مجال خاص بها، و59% تستعمل مجال (ma.)، بينما 37% تستعمل (com.). ولا تستعمل المقاولات المغربية التجارة الإلكترونية بشكل مكثف، إذ تقوم نسبة 17% فقط من مجموع المقاولات المرتبطة بالإنترنيت بعملتي الشراء أو طلب الشراء، و11% منها تقوم بعملية تسويق منتجاتها أو خدماتها عبر الإنترنيت.

وبالرغم من أن هذه النسبة جد ضئيلة، أكد تقرير مرصد تكنولوجيا الإعلام والاتصال، على وجود بوادر تطور التعامل إلكترونيا، حيث أبانت 26% من المقاولات المرتبطة بالإنترنيت عن نيتها استعمال وسيلة الشراء من خلال الإنترنيت، خلال الإثنى عشر شهرا المقبلة[22].

أما على الصعيد الدولي، فقد ازدهرت المعاملات الإلكترونية في العديد من الدول بشكل ملفت للنظر. ففي فرنسا مثلا، 35% من التجار التقليديون متواجدون عبر الإنترنيت: 26% منهم يتوفرون على فيترينات على موقع على الإنترنيت و7% منهم لديه موقع خاص على الإنترنيت و4% يستعملون الإعلانات الإلكترونية.

على أن هذا العدد يصل إلى 43% بالنسبة للتجار في بقية أنواع التجارات: 32% لديهم "موقع-فيترينة Site-vitrine" على الإنترنيت، و10% يتوفر على موقع تجاري، و4% من التجار يبيعون عبر الخط من خلال سوق تجارية إلكترونية.

أما بالنسبة للمقاولات الكبرى بفرنسا، فمن بين 500 مقاولة مستجوبة: 60% ارتفع رقم أعمالها بعد تعاطيها للتجارة الإلكترونية و40% أصبحت لها مبيعات في الخارج[23]. وتعتبر فرنسا نفسها جد متأخرة في مجال التجارة الإلكترونية، مقارنة والعديد من دول الإتحاد الأوروبيز فألمانيا مثلا، وصلت نسبة الشركات التي لها معاملات في مجال التجارة الإلكترونية إلى 59%، والدانمرك إلى 64%[24]. ويترقب منظرو الاقتصاد العالمي، ارتفاع رقم معاملات التجارة الإلكترونية الدولية بـ 18,9 % خلال سنة 2011، أي بـ 68 مليار دولار عند متم هذه السنة[25].

هذه الأهمية للمعاملات المبرمة بالطرق الإلكترونية، خاصة الإنترنيت، حذت بالمشرع في العديد من دول العالم إلى وضع قوانين تنظم هذا المجال الجديد من المعاملات، وبالتالي خلق الحاجة لسن تشريعات وطنية تنظم مجال المعاملات الالكترونية، نتيجة لظهور الكثير من التحديات القانونية حول هذا النوع من المعاملات والتعاقدات.

---

[22] Idem.

[23] http://www.industrie.gouv.fr/p3e/tableau_bord/tic/tbtic-1-6.pdf (Mai 2011).

[24] Idem.

[25] http://www.journaldunet.com/ebusiness/commerce/croissance-e-commerce-mondial-en-2011-0111.shtml (Mai 2011).

ـ موضوع الدراسة:

يعتبر موضوع التعاقد بطريقة إلكترونية، من المواضيع الحديثة التي تسترعي انتباه المشرعين والباحثين على السواء. وهو من المواضيع المهمة التي تثير جوانب جديدة ترجع إلى استخدام التكنولوجيا الحديثة والوسائل التقنية في مجال العقود والمعاملات المدنية والتجارية.

لذلك أصبح من الضروري اتجاه الأبحاث القانونية إلى تنظيم هذه الظاهرة العصرية، بما يحقق تلاؤم واندماج الوسائل التقنية الإلكترونية في مجال العقود والمعاملات المدنية والتجارية، ويضمن إحداث أثرها القانوني الملزم وعدم تأثير تلك الوسائل التقنية على التنظيم القانوني لهذه المعاملات، بل على العكس من ذلك، مراعاة الطبيعة القانونية الحديثة لهذه المعاملات المؤتمتة[26] واستخدام الوسائل الإلكترونية في تسهيلها، والتقريب بين المتعاقدين عن بعد، بما يحقق عدم التحريف أو التشويه في الأثر القانوني لهذه المعاملات القانونية.

ـ أهمية موضوع الدراسة ونطاقها:

يكتسي الموضوع أهمية متزايدة، بسبب انتشار المعاملات التي تتم بوسائل إلكترونية. ونظرا لحداثة الموضوع وأهميته من الناحية القانونية، فقد وقع الاختيار على دراسته على اعتباره من المواضيع القانونية التي أصبحت تطرح نفسها على دائرة النقاش القانوني وتستدعي البحث والتمحيص، خاصة وأن المعاملات المبرمة إلكترونيا في تزايد مستمر وبشكل كبير يوما عن يوم، إلى جانب المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنيت، ناهيك عن المشاكل التي تطرحها.

وتتمثل أهمية البحث في موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من زاويتين: أولها عملية والثانية علمية وقانونية. فمن الناحية العملية، تتمثل أهمية هذا الموضوع بالأساس في ارتباطه بعقود تتنامى بشكل مضطرد يوما عن يوم إذ أصبح ازدياد العقود المبرمة بطريقة إلكترونية واقعا ملموسا، إن على الصعيد الدولي أو الوطني، خصوصا مع ظهور العديد من المواقع المغربية للخدمات أو لبيع السلع والبضائع.

---

[26] الأتمتة "automatisation " هي إلغاء تدخل الإنسان إلغاءً كلياً أو جزئياً في تنفيذ مهمات صناعية أو منزلية أو إدارية أو علمية، من أكثرها بساطة، كتنظيم درجة الحرارة في فرن أو التحكم التسلسلي (التعاقبي) في المراحل العملية لمكنة -أداة، حتى أكثرها تعقداً كالتحكم بوساطة الحاسوب في وحدة كيمياوية أو كالإدارة المؤتمتة لمؤسسة مصرفية. ولقد استعملت كلمة الأتمتة منذ منتصف الثلاثينات من القرن العشرين للتعبير عن جميع العمليات التي استطاع الإنسان تسخير آلات ميكانيكية للقيام بها بدلاً عنه. واتسع استعمالها حتى غدت تعبر عن جميع عمليات الإنتاج التي يتطلب إنجازها استعمال نظريات وطرائق تحكمية متطورة بلا تدخل الإنسان تدخلاً مباشراً كما في مجالات الهندسة الكيمياوية والبتروكيمياوية والطبية وغيرها. انظر الموسوعة العربية، المجلد 284، متوفرة على الرابط التالي:

http://www.arab-ency.com/index.php?module=pnEncyclopedia&func=display_term&id=14593&vid= (Juillet 2011).

وللموضوع أهميته أيضا من حيث ارتباطه بحماية المستهلك بطريقة إلكترونية، والذي أصبح يعتمد في الحصول على كثير من السلع والخدمات عن طريق المعاملات الإلكترونية. لذا، بات الاهتمام بهذا النوع من العقود -وطنيا ودوليا- في تزايد مستمر، لأهميتها الكبيرة في حياة الأفراد والدول؛ مما جعل الكثير من الهيئات تركز اهتمامها في تنظيم هذا النوع من العقود العابرة للدول والقارات، هذا إلى جانب تنظيمها وطنيا.

بينما تتجلى أهمية الموضوع من الناحية القانونية، في الاهتمام الكبير الذي أصبح يوليه المشرع المغربي لتنظيم مجال المعلوميات، خاصة: تنظيم العقود المبرم بطريقة إلكترونية، والتبادل الإلكتروني للمعطيات، والإثبات الإلكتروني، والتشفير، والتوقيع الإلكتروني، وغير ذلك من المواضيع المرتبطة بمجال المعلوميات والإنترنيت وذلك بموجب القانون رقم 05-53 [27].

ولن نغفل تنظيم المشرع المغربي للعقود المبرمة عن بعد من خلال القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك[28]، وأيضا من خلال حمايته للمعطيات والمعلومات ذات الطابع الشخصي بموجب القانون 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي[29].

ومن الأهمية بمكان -من الناحية القانونية- إبراز مكامن ضعف وقوة التشريعات المنظمة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، في ظل تعزيز الترسانة القانونية بمجموعة من النصوص القانونية السالف ذكرها، والتي كانت دفعة جديدة على درب تطور التشريع في بلادنا.

وقد حاولت أن أجعل من هذه الدراسة - قدر الإمكان- دراسة لا تتطرق فقط إلى القانون المغربي بل ويمتد نطاقها ليشمل أيضا دولا عديدة، بقصد الإلمام الدقيق بمواقف تشريعاتها والتعرف على آراء فقهائها وقضائها، ليتأتى لي المقارنة بينها وبين تشريعنا المغربي، ومن تم لأتبين مختلف الآراء والمواقف القانونية سواء على الصعيد الوطني أو الدولي في موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

كما سعيت إلى جعل هذه الدراسة مستوفية الجوانب، بالبحث في مواقف المنظمات الدولية التي اهتمت بالموضوع، سواء من خلال دراسة القوانين والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تمس من قريب أو من بعيد مجال العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أو بتتبع كل ما يستجد في هذا الموضوع، من آراء فقهية قانونية ونقاشات وندوات، وأيضا عبر مواقع قانونية مختلفة على الانترنيت.

---

[27] تم الفصل 1-2 الباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود، وذلك بمقتضى المادة 2 من القانون رقم 05-53 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-07-129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007)، ج.ر.ع. 5584، بتاريخ 25 من ذي القعدة (6 ديسمبر 2007)، ص. 3879.

[28] ظهير شريف رقم 1-11-03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج.ر.ع. 5932، الصادرة بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص. 1072.

[29] ظهير شريف رقم 1-09-15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009)، بتنفيذ القانون رقم 08-09 يتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. ج.ر.ع. 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص. 552.

وتجدر الإشارة، إلى أنه يدخل في نطاق هذه الدراسة كل العقود المرتبطة بالحاسوب بمختلف صيغها إلى جانب العقود المرتبطة بالملكية الفكرية، مادامت تبرم بطرق إلكترونية. كما يخرج عن نطاقها كل المواضيع التي لا تتصل بموضوع الإشكالية مباشرة، ومنها: إشكالية الإثبات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

وعلى الرغم من أن لموضوع الإثبات أهميته وخصوصيته المميزة له عن الإثبات في العقود المبرمة بالطرق العادية، فإنني فضلت عدم الخوض فيه إلا بالقدر اللازم للدراسة إذ للموضوع ارتباط بموضوع حجية المحررات الإلكترونية في الإثبات، وبالتالي فإن البحث فيه سيكون خروجا عن موضوع الدراسة الرئيس، لا سيما وأن هناك -حاليا- دراسات أخرى متخصصة، تتناول هذا الموضوع. كما يخرج عن نطاق دراستي موضوع التوقيع الإلكتروني وأيضا دراسة المسائل الجنائية التي يمكن أن تثور بمناسبة انعقاد العقد بطرق إلكترونية.

- صعوبات الدراسة:

إن الدراسة والبحث القانوني في مجال المعلوميات عموما، وفي موضوع يتسم بطابع معلوماتي خصوصا، مجال لا يمكن الخوض فيه دون الوقوع في مزالق حقيقية. فهو طريق شائك قد يصيب عزيمة الباحث بالوهن، لتعقد مجال الدراسة كلما قطع شوطا في الموضوع.

وقد قررت رفع التحدي والخوض فيه من خلال اختيار مواضيع تتسم بطابعها القانوني- المعلوماتي رغم صعوباته التي تكمن بالأساس في التعامل مع موضوع يمكن أن نعده -مجازا- موضوعا متحركا غير ثابت؛ وأعني بذلك أن حداثة ظاهرة المعاملات الإلكترونية أدت إلى عدم بلورة المفاهيم القانونية فيها بشكل مستقر، كما أن المستجدات والتطورات التي تطرأ على هذا الموضوع باستمرار تجعله غير منضبط ولا مستقر الجوانب، فتكون بالتالي مهمة الباحث أمرا لا يخلو من الصعوبات.

من الصعوبات التي واجهتني أيضا، دقة محل الدراسة من ناحية أولى، وإلى ما تطرحه العقود المبرمة بطريقة إلكترونية من تساؤلات ومشاكل من ناحية ثانية، وإلى قلة الكتابات فيه باللغة العربية من ناحية ثالثة. هذا إلى جانب حتى المراجع الموجودة لا تطرح نفس الإشكاليات التي تطرح في قانونا المغربي، حيث اهتمت بمعالجة الموضوع من خلال زاوية التراضي في ضوء القواعد العامة للعقد ولم تتعرض للقواعد الخاصة بتكوين العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

وبعض منها لم تطرح إشكاليات الموضوع في عمقها، إذ اكتفى العديد من الكتاب القانونيين بسرد ما ورد في غالبية الكتابات القانونية في هذا الموضوع دون إبداء آرائهم حوله. ولعل ما طرح أمامي صعوبات جمة عند بداية بحثي في هذا الموضوع، هو أني اعتمدت في بحثي هذا على نص القانون رقم 05-53 حينما كان لا يزال مشروعا، فكان علي تتبع صدور مراسيمه التطبيقية ومتابعة كل الكتابات بخصوصه.

غير أنه حينما انتهيت من إعداد الأطروحة، طرح أمامي الأمر نفسه بخصوص مشروع قانون رقم 31-08 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حيث اعتمدت نسخته التي صادق عليها مجلس الحكومة. فما كدت أنتهي حتى صادق عليه البرلمان فكان علي انتظار صدوره في الجريدة الرسمية، مما استدعى مني الرجوع إلى الدراسة لملائمة بعض أجزائها وفقراتها مع مضامين النص الجديد، والذي أعتبره طفرة جديدة في مجال حماية المستهلك المغربي.

ولمزيد من التعمق، تناولت في دراستي هذه كل القوانين العربية الصادرة حديثا في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، لأتمكن من تسليط الضوء على مواقفها ومقارنتها بموقف المشرع المغربي من العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ومن مختلف الإشكالات القانونية التي يطرحها.

وقد استوجبت مني طبيعة دراسة موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، الخوض في أكثر من فرع من فروع القانون، كالقانون التجاري وقانون الالتزامات والعقود وقانون المسطرة المدنية والقانون الجنائي وقواعد القانون الدولي الخاص، فضلا عن اللجوء إلى أكثر من نظام قانوني داخلي لدول مختلفة، مع اللجوء وباستمرار، إلى الاتفاقيات الدولية والقوانين النموذجية المرتبطة بموضوع العقد المبرمة عن بعد أو بطرق إلكترونية.

كما واجهت صعوبة الاستقرار على خطة بحث متناسقة ومقبولة بالنسبة إلي، وهذا راجع لخصوصية الموضوع التي تستوجب التركيز في نقاط دقيقة عند بحث الموضوع والمرور على أخرى بشكل موجز فضلت فيها الإحالة على المراجع العامة، ولم أتطرق إليها في العمق إلا بالقدر اللازم الذي تتصل فيه بخصوصية التعاقد بطريقة إلكترونية وتستقل فيه بأحكام خاصة. هذه الصعوبة ذاتها، جعلتني أغير من خطة البحث غير ما مرة، وحتى حين اللمسات الأخيرة حول هذه الأطروحة، إلى أن استقريت على ما هي عليه الآن.

- إشكالية الدراسة:

أدى الانتشار الكبير لظاهرة العقود المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة، إلى شيوع ما أصبح يصطلح عليه بالعقود الالكترونية. وباتت اليوم تطرح العديد من الإشكالات القانونية، وذلك بالنظر إلى تعقد العلاقات الناجمة عن مثل هذا النوع من العقود، واختلاف الوسيط المادي الذي يتم من خلاله العقد وتدوين بنوده.

ويثير هذا الموضوع الكثير من الإشكالات القانونية التي سأحاول من خلال دراستي لهذا الموضوع، معالجتها وإيجاد الحلول لها. على أني اخترت لموضوع أطروحتي إشكالية هي دائرة بحثي، لأنطلق من خلالها لسبر أغوار موضوع البحث في العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

إن الإشكالية الرئيسة التي اخترتها لدراسة موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، تتمحور فيما يلي: هل العقد المبرم بطريقة إلكترونية عقد من نوع خاص يستلزم تنظيما تشريعيا مستقلا لكل موضوعاته؟.

وإلى أي مدى تمكن المشرع المغربي من منح أطراف الرابطة التعاقدية المؤتمتة الحماية القانونية اللازمة لضمان الثقة واستقرار المعاملات الإلكترونية، وبالتالي الدفع بعجلة الاقتصاد الوطني في مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية قدما إلى الأمام في إطار تشجيع خطة "المغرب الرقمي في أفق 2013[30]"؟.

وعن هذا الإشكال الرئيس، تتفرع العديد من التساؤلات المرتبطة بهذه الخصوصية، وأخص بالذكر منها:

- ما المقصود بالتعاقد بالطرق الإلكترونية؟، ما أنواعها؟ وما مدى تأثر مبدأ الرضائية في هذا النوع من العقود بالمجال الإلكتروني؟ ولماذا اختار المشرع المغربي تغيير توصيف قانوني درج عليه منذ وضعه لقانون الالتزامات والعقود، ألا وهو وصف: الإيجاب، وتبنى اصطلاحا اقتصاديا: "العرض"؟. هل هي مرحلة جديدة في المنظومة القانونية المغربية، يعتمد فيها تحديث المبادئ والقواعد القانونية التي تتسم في أصلها بالجمود؟.

- ما هي مظاهر التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية، وهل يمكننا تصور تطابق العرض والقبول في كل صورة من صور التعاقد بطريقة إلكترونية؟. وهل حقا يمكننا الحديث عن رضائية عقدية إلكترونية، في ظل وجود طابع إذعاني تتسم به غالبية العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة منها العقود الإلكترونية - الأنموذج؟.

- ما هي الإشكالات القانونية التي يطرحها العقد المبرم بالطرق الإلكترونية، في كل مرحلة من مراحل إبرامه، بدءا من طرح العرض المعبر عنه إلكترونيا، ثم مرحلة توافق الإرادتين بعد الاتفاق حول بنود العقد من خلال مرحلة مفاوضات تتم هي أيضا بطريقة إلكترونية، إلى مرحلة تنفيذه، مرورا بطرق الوفاء بالالتزامات فيه والإشكالات المرتبطة بحالة حدوث نزاع بين طرفيه، دون إغفال للمقتضيات التشريعية التي جاء بها القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

---

[30] استراتيجية "المغرب الرقمي"، تمتد خلال الفترة 2009-2013 ، والتي تم وضعها تنفيذا للتوجيهات السامية لصاحب الجلالة الملك محمد السادس. وتقوم استراتيجية مجتمع المعلومات والاقتصاد الرقمي التي تعد ثمرة عمل تشاركي تم إنجازه من طرف مجموع الفاعلين العموميين والخواص المعنيين بالتكنولوجيات الحديثة والإعلام، على أساس رؤية واضحة بالنسبة للمغرب ترمي إلى جعله يتبوأ موقعه بين الدول الناهضة في مجال التكنولوجيات الحديثة للاتصال والإعلام. وتستند هذه الرؤية على جعل تكنولوجيات الاعلام والاتصال، إحدى الأسس والدعامات الرئيسية للاقتصاد الوطني بما تقدمه من قيمة مضافة عالية لباقي الفاعلين الاقتصاديين والإدارة العمومية على حد سواء، فضلا عن دورها كقاطرة للتنمية البشرية، ورافعة لوضع المغرب في مقدمة الدول المتطورة تكنولوجيا على الصعيد الإقليمي. ولمواجهة الرهان المتمثل في جعل التكنولوجيات الحديثة للإعلام والاتصال قاطرة للتنمية وتمكين المغرب من ولوج الاقتصاد الرقمي العالمي، تم وضع استراتيجية المغرب الرقمي"، استنادا إلى أربع أولويات استراتيجية، إلى جانب آليتين للمواكبة، وشكلين للتنفيذ. وتسعى هذه الأولويات إلى تمكين المواطنين من الولوج إلى الانترنت ذي الصبيب العالي وتشجيع الولوج إلى التبادل والمعرفة، وتقريب الإدارة من حاجيات روادها، ولاسيما على مستوى الفعالية والجودة والشفافية، انطلاقا من برنامج طموح للحكومة الالكترونية، وتشجيع المقاولات الصغرى والمتوسطة على استخدام الأنظمة المعلوماتية في أفق الرفع من إنتاجيتها، فضلا عن تشجيع تطوير قطاع التكنولوجيات الحديثة للإعلام محليا من خلال دعم إحداث وتنمية فاعلين محليين وكذا تشجيع قيام أقطاب امتياز موجهة للتصدير. ويظل تطبيق هذه الأولويات الأربع رهينا بوضع آليتين للمواكبة، تتمثلان في ضمان توفر القدرات البشرية، سواء على مستوى الكم أو الكيف، القادرة على الاستجابة لحاجيات القطاع ، وتفعيل شروط الثقة الرقمية. فيما تتحدد شروط التنفيذ في تفعيل شروط الحكامة بالنسبة للجميع وتعبئة الموارد المالية الملائمة. انظر لمزيد من الإطلاع حول استراتيجية المغرب الرقمي:

http://www.pm.gov.ma/ar/press-details.aspx?id=608 (juillet 2011).

- كيف يمكن في ظل العالم الافتراضي، التحقق والتثبت من صفة وأهلية الطرفين المتعاقدين المتواجدين في مجلس عقد افتراضي يميزه عدم التواجد المكاني المادي لطرفيه، لكنهما متواجدان زمانيا وبشكل آني، مما يجعلنا نتساءل عن مكان وزمان انعقاد هذا العقد. هذا ما سأحاول تخصيص البحث له والإجابة عنه، من خلال دراستي لموضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

-منهجية الدراسة:

من أجل الإحاطة وبتركيز بأهم المشاكل التي تحيط بموضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، كان علي أن أتبع منهجا وصفيا تحليليا مقارنا، توضيحا لمجال هذه الدراسة وتعريفا بها، ولإبراز خصوصية هذا العقد من خلال العديد من الإشكالات التي يطرحها في مختلف مراحل انعقاده.

ولجدة الموضوع واحتياجه إلى التقديم والتعريف والتحديد، استوجب الأمر مني مقابلة المقتضيات والخصوصيات التي يتضمنها موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بالمبادئ القانونية والقواعد المعروفة في نظامنا القانوني، للوقوف على مدى كفاية هذه القواعد في وضع إطار قانوني متكامل يحكم هذا النوع الجديد من العقود من حيث وسيلة إبرامه، لذلك سلكت منهج المقارنة بين عدة قوانين واتجاهات فقهية، لما له من دور جوهري في التعرف بشكل أدق على مختلف ما يمس موضوع أطروحتي من إشكالات وقضايا.

وقد حاولت - قدر الإمكان- أن لا أتطرق فقط إلى القانون المغربي بل أيضا إلى تشريعات دول عديدة، بقصد الإلمام الدقيق بمواقف تشريعاتها والتعرف على آراء فقهائها وقضائها، ليتأتى لي المقارنة بينها وبين تشريعنا المغربي، ولأتبين مختلف الآراء والمواقف القانونية، سواء على الصعيد الوطني أو الدولي في موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

كما سعيت إلى جعل هذه الدراسة مستوفية الجوانب، بالبحث في مواقف المنظمات الدولية التي اهتمت بالموضوع سواء من خلال دراسة القوانين والاتفاقيات والمعاهدات الدولية التي تمس من قريب أو من بعيد مجال العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أو بتتبع كل ما يستجد في هذا الموضوع، من آراء فقهية قانونية ونقاشات وندوات، وأيضا عبر مواقع قانونية مختلفة على الانترنيت.

على أنني أثير الانتباه، إلى أن المقارنة جاءت واسعة تارة ومحدودة تارة أخرى. ويعود السبب في ذلك، إلى أن معالجة الموضوع سواء على صعيد التشريعات الوطنية أو الدولية، لم تكن منسجمة الجوانب فبعضها لم تعالج العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بل عالجت عقود التجارة الإلكترونية أو البيانات الإلكترونية.

ولأن المعالجة المقارنة تقتضي رصد مواقف الفقه والتشريع والقضاء على حد سواء، فإني - ورغم بحثي عن أحكام مغربية في الموضوع - لم أجد ولو حكما واحدا. ولحد كتابة هذه السطور، لم أتوصل بأي حكم أو قرار للقضاء المغربي في الموضوع، وحتى القلة النادرة من الأحكام فتتعلق إما بمشاكل بين شركات إنتاج مواقع أو برامج حاسوب لعدم وفائها بالتزاماتها أو تتعلق بعدم أداء مقابل خدمة إلكترونية. لذا، كان اعتمادي على قرارات في الموضوع لمحاكم أجنبية، حيث اقتصرت المقارنة في الغالب الأعم من أطروحتي، على موقف كل من الفقه والتشريع، وأحيانا لبعض المواقف القضائية الأجنبية.

ومن خلال المنهج التحليلي، عمدت إلى تفكيك فكرة التعاقد بالطرق الإلكترونية إلى أجزاء وعناصر لتوضيح المشكل بشكل أعمق، ولفصل العناصر الجوهرية عن الفرعية منها، ومن شأن التحليل أن يكشف عن معطيات مختلفة في الموضوع قد تخفى علينا إذا لم ندرس موضوع التعاقد بطرق إلكترونية بهذا الشكل.

وهكذا، حاولت أن أجمع في دراستي هذه، ما بين عنصر التفسير والتحليل لمختلف الموضوعات والإشكالات المرتبطة بها من جهة، وعنصر المقارنة فيما بين القوانين سواء الوطنية أو النموذجية، من جهة أخرى ناهيك عن الاتفاقيات الدولية؛ مما يوسع الرؤية ويعمق الفهم الدقيق لمختلف جوانب موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

- خطة الدراسة:

بناء على ما تقدم، واتساقا مع النهج الذي حددت معالمه وإطاره سابقا، وحرصا على أن تكون دراسة هذا موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية تتسم بالدقة العلمية، فقد استندت في تحليله على خطة بحث تقوم على الثنائية، في محاولة للتركيز على أهم القضايا التي يطرحها موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، قصد تحديده وحصر إشكالاته القانونية والعملية في المجالات التي يمكن أن تخدم إشكالية الموضوع، دون الخوض في بعض التفاصيل والجزئيات التي يمكن أن لا تخدم الإشكالية المطروحة.

وهكذا اعتمدت خطة بحث تقوم بالأساس على الثنائية حيث جاءت الأطروحة متفرعة على قسمين، وفي نفس نسق التقسيم الثنائي قسمت كل قسم إلى بابين، تناولت من خلالها أهم تفاصيل موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية. وجعلت لكل باب فصلين منقسمين بدورهما إلى مباحث ومطالب، ففقرات، حتى أتمكن من دراسة مختلف الإشكاليات القانونية المتعلقة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية، وكذا مختلف الآراء الفقهية والتشريعية والقضائية.

وبناء عليه، قسمت دراستي إلى قسمين ليكونا المنطلق لدراسة ما يطرحه موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية من إشكاليات، فتطرقت من خلال القسم الأول إلى الإطار القانوني للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، وفي هذا القسم سأتناول بالبحث الأحكام العامة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية (**الباب الأول**) من خلال البحث في ماهية العقد المبرم بطريقة إلكترونية وإبراز سماته المميزه له عن غيره من العقود (**الفصل الأول**)، وأيضا من خلال تمييزه عما قد تتشابه معه من عقود تبرم هي في نفس البيئة (**الفصل الثاني**).

وبالنظر إلى طبيعة العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فقد خصصت الباب الثاني من القسم الأول لبحث مختلف الأحكام الخاصة بصحة الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية (**الفصل الأول**)، وأيضا للأحكام الخاصة بمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية (**الفصل الثاني**).

أما **القسم الثاني** فتطرقت من خلاله إلى كيفية إنعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ببحث مختلف الإشكالات القانونية المتعلقة بأحكام التراضي (**الباب الأول**)، فدرست أولا الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية (الفصل الأول)، ثم بعد ذلك بحثت في خصوصية القبول في هذا العقد مع رصد أهم الإشكالات القانونية المتعلقة بمجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية (**الفصل الثاني**).

وعلى اعتبار أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية يشترك مع بقية العقود الأخرى في العديد من الأحكام القانونية، كان لزاما البحث في أهم المقتضيات المميزة له من حيث الآثار المترتبة عن التراضي (**الباب الثاني**)، سواء ببحث الأحكام الخاصة بتسليم محل العقد مع الوقوف على أهم التزامات البائع (**الفصل الأول**)، أو ببحث مختلف التزامات المتعاقد معه بتسلم محل العقد أو بأدائه له، حيث تطرقت بهذا الخصوص إلى مختلف وسائل الأداء بطريقة إلكترونية (**الفصل الثاني**).

وهدفي من وراء اعتماد هذه الخطة في التقسيم، البحث في مختلف الإشكالات القانونية المطروحة، للوقوف بعدها على مختلف نتائج هذه الدراسة، محاولة في ذلك نهج أسلوب الدراسة المقارنة لعلي أصل في الأخير إلى الإجابة عن الإشكالية التي سبق لي تقديمها؛ لأختم بعد ذلك دراستي هذه، بخلاصة ضمنتها أهم ما توصلت إليه في بحثي مع وضع اقتراحات كلما تطلب الأمر ذلك.

القسم الأول

الإطار القانوني للعقد المبرم بطريقة إلكترونية

يعد العقد، أهم التصرفات القانونية في المعاملات اليومية للأفراد، فهو يلعب دورا حيويا وبارزا في حياة المجتمع وتعاملات الأفراد والمؤسسات بشكل يومي، إن على المستوى المحلي أو الدولي. بذلك العقد، هو المصدر الأول من مصادر الالتزام، بل وأهمها. وقد عرف العقد تطورات عدة، تبعا لتقدم المجتمعات وتطورات التقنيات، ليحدد ويرسم الحدود الفاصلة بين حقوق وواجبات كلا طرفيه، ويوفر الثقة والطمأنينة لهما حين إبرامهما له.

طبيعة العقد هذه، هي التي حفته بقدسية خاصة وفرضت أن يحاط تكوينه بمجموعة من الضمانات على نحو يكون معه كل طرف على بينة تامة ورؤية واضحة بخصوص العقد المزمع إبرامه. فللطرفين كل الصلاحيات لحماية مراكزهما القانونية تجسيدا للحرية التعاقدية، وإن كان المشرع يتدخل في بعض الحالات لوضع ضوابط قانونية، فلحماية الطرف الضعيف في العقد لإعادة توازنه الاقتصادي.

ومن المعلوم أن العقد يتأثر بالتطورات التي تحدث في محيطه، فهو ابن بيئته، وأطرافه هم أفراد المجتمع، فكان من الطبيعي أن يتأثر بتطورات المجتمع، وبدرجة قوة المراكز القانونية للطرفين فكلما كان مركز أحد الطرفين قويا من الناحية الاقتصادية فإنه سيكون فارضا لشروطه التعاقدية على الطرف الآخر.

خلاصة القول، إن القوة الملزمة للعقد تأتي من إعطاء المشرع أهمية كبرى لإرادة الأطراف المتعاقدة، بحكم أن العقد شريعة متعاقديه تم تكوينه بإرادات واعية وحرة، ومن تم لا بد من احترام مبدإ من الأهمية بمكان، ألا وهو مبدأ سلطان الإرادة الذي يفرغ عمليا في صورة إيجاب من جهة وفي صورة قبول من جهة أخرى، وبتطابقهما يبرم العقد.

وعملية إبرام العقد، تعني إمكانية إبرامه في لحظة وجيزة بمجرد تطابق الإيجاب والقبول وبكل الوسائل المتاحة لإبرام العقد. على أن الأمر ليس بنفس السهولة دائما، خاصة في ظل تطور وسائل الاتصال الحديثة. فقد أدى الانتشار الكبير لوسائل الاتصال الحديثة إلى شيوع استعمالها في إبرام العقود، فأضحت عملية إبرامها عبر هذه الوسائل، خاصة الإلكترونية منها، وجها من أوجه المعاملات، وبالخصوص التجارية منها.

ويعد العقد المبرم بالوسائل الإلكترونية، من العقود التي أصبحت تفرض نفسها في مجال المعاملات بين الأفراد والمشروعات بشكل أصبح يتزايد يوما عن يوم. وهي ليست عقودا جديدة في المنظومة القانونية العقدية لكنها نفسها العقود التقليدية المعروفة، فقط اختلفت من حيث الوسيلة المستعملة في إبرامها.

وإختلاف هذه العقود عن العقود التقليدية من حيث الوسيلة المبرمة بها، طرح العديد من الإشكالات القانونية، وذلك بالنظر إلى تعقد العلاقات الناجمة عنها، ولاختلاف الوسيط المادي الذي تتم من خلاله. ولعل اولى الإشكالات القانونية التي طرحها العقد المبرم بالطرق والوسائل الإلكترونية، مسألة التسمية، إذ اختلفت الرؤى الفقهيات كما اختلفت وجهات النظر من هذا العقد.

وتعد مسألة تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية، مسألة معقدة وليست من السهولة بمكان حسبما يظهر لأول مرة، بل إنها تثير كثيرا من الجدل والاختلاف بين وجهات النظر من هذا العقد. ومرد هذه الصعوبة يكمن بالأساس، في تنوع العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية إلى جانب تشعب مجالاتها؛ مما يؤدي إلى اختلاف التعريفات التي قيلت في شأنه باختلاف الزاوية التي ينظر منها الباحث إلى هذه العقود.

جاءت معظم التشريعات الحديثة المنظمة للعقد المبرم عن بعد عموما، والعقود المبرمة بطريقة إلكترونيةعلى وجه الخصوص، خلوا من تعريف للعقد المبرم بطرق الإلكترونية، وإن كانت قد تعددت المسميات التي أعطيت للعقد المبرم بالطرق والوسائل الإلكترونية في الأدبيات القانونية.

ونذكر منها: "العقد الموجه إلكترونيا"، "العقد المبرم بطريقة إلكترونية"، "العقد المبرم عن بعد"، "العقد المبرم بشكل إلكتروني"، "العقد الإلكتروني"، "عقد التجارة الإلكترونية"، "العقد المبرم على دعامة إلكترونية"، "العقد المبرم عبر الإنترنيت"، "العقد الرقمي"، "عقد البيع الإلكتروني". لكن هل هذه المسميات ذات معنى واحد لتفيد العقد المبرم بواسطة الوسائل الإلكترونية الحديثة؟، أم أن لكل مصطلح معنى مختلف؟.

من هنا تأتي أهمية ضبط المصطلح القانوني، وكذا تحديد ماهية هذا النوع من العقود، محاولة منا في حسم الجدل والاختلاف في وجهات النظر بخصوص المصطلح الأكثر تماشيا وطبيعة هذا العقد، وذلك منعا لأي خلط فيما بين المصطلحات السالفة الذكر، والتي من شأنها أن ترتب نتائج قانونية خطيرة. وبالتالي علينا بيان ماهية هذا النوع الجديد من العقود والمتميزة من حيث الوسيلة التي تبرم بها، بقصد تحديد طبيعة القواعد التي تحكمها.

ونرى أن تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لا يعتمد على طبيعة العلاقة التعاقدية أو نوع العقد المبرم. كما لا يمكن الاعتداد في تعريفه بوسيلة إبرامه، لأن ذلك لا يدخل في طبيعة العقد ذاته، بل هو مسألة إجرائية، ولا يمكن إطلاقا تجاهل الجوانب القانونية والخصائص الموضوعية التي يتميز بها العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

فهل القواعد القانونية العامة التي تحكم العقود، هي ذاتها التي تطبق بخصوص العقد المبرم بطريقة إلكترونية؟. وهل هذه القواعد القانونية في القانون المدني، قادرة على مواجهة هذا النوع من المعاملات الإلكترونية؟، أم أن الأمر يحتاج إلى تدخل تشريعي يفرز لهذه العقود أحكاما خاصة بها في نصوص خاصة على اعتبار أن الطريقة التي نظمت بها في نصوص القانون المدني لا تزال غير كافية للإحاطة بمختلف الإشكالات القانونية التي تطرحها هذه العقود.

مما يدعونا إلى محاولة التعرف على الماهية القانونية للعقد المبرم في شكل الكتروني من خلال بيان خصوصيته المتمثلة في طريقة انعقاده من خلال وسائط إلكترونية، وأهمها الشبكة الدولية للمعلومات "الانترنيت"، وذلك بغرض وضع تنظيم هيكلي له.

الإجابة عن تساؤلاتنا هاته، تفرض علينا الوقوف على الماهية القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية وسماته المميزة له (**الفصل الأول**). كما أن هناك عقودا عديدة تبرم عن طريق الوسائل الالكترونية، كتلك التي تتم عبر الانترنيت، بقصد تسهيل المعاملات إلكترونيا، مما يدفعنا إلى تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن غيره من العقود التي تتم في بيئة إلكترونية أيضا (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول
الماهية القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، وسماته المميزة له عن غيره من العقود

يعتبر مفهوم العقد المبرم بطريقة أو وسيلة إلكترونية، مصطلحا حديثا يتطلب الإطلاع على ما ورد حوله في بعض النصوص التشريعية والآراء الفقهية، لتوضيح تعريفه وبيان مفهومه. فوضع تعريف محدد له ليس بالأمر اليسير، وتكتنفه العديد من الصعوبات، لوجود أبعاد فنية مرتبطة بهذا المصطلح، بالإضافة إلى الأبعاد القانونية التي تهم دراستنا هذه.

فمن الأمور التي أثارت الجدل واختلفت بخصوصها الآراء الفقهية، هو وضع تعريف لهذا العقد الذي يبرم بواسطة إلكترونية. ولعل مرد ذلك الخلاف هو اختلاف المفاهيم، فاختلفت تبعا لذلك التعريفات أيضا. ويرجع ذلك من وجهة نظري، إلى اختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى هذا النوع الجديد من العقود، من حيث الوسيلة المستعملة في إبرامها.

وقد اضطلع الفقه القانوني بتعريف هذا النوع من العقود، وذلك من خلال تحليل التجربة العملية للتجارة الإلكترونية، مع التركيز على الخصوصية الفردية لهذه العقود والتي تتمثل بصفة أساسية في الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها.

وهكذا نجد أن بعض التشريعات التي نظمت المعاملات الإلكترونية، لم تهتم كثيرا بمسألة التعاريف، كما أنها تبنت مصطلحات عديدة من مثل: "العقد المبرم بطريقة إلكترونية" أو "العقد الإلكتروني" أو "المعاملات الإلكترونية"[31]. أما الفقه القانوني فقد تبنى مصطلحات شتى، وسنعرض لها في حينه.

ويشمل "مفهوم المعاملات الإلكترونية بمعناها العام، كل تعامل يتم باستخدام وسيط إلكتروني أيا كانت أطرافه، بين أفراد أو بين جهات حكومية أو غير حكومية، أو بين دول أو مؤسسات دولية، أو بين بعض من هذه الجهات المذكورة وبعض آخر، كتعامل فرد مع الشركات التجارية، أو التعامل مع المصارف سواء فيما بينها أو مع عملائها"[32].

---

[31] من التشريعات التي استعملت مصطلح "المعاملات الإلكترونية" قانون عدد 83 لسنة 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، في 11 غشت 2000؛ القانون الأردني المنظم للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، منشور في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، ع. 4524، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2001. أيضا عرف البند 2 من المادة الأولى من مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، المعاملات الإلكترونية بأنها "أي تعامل أو تعاقد أو اتفاق يتم إبرامه أو تنفيذه بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل إلكترونية". وثيقة جامعة الدول العربية - مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص. 220.

[32] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، 10-12 ماي 2003، المجلد 5، بدون جهة النشر، بدون سنة النشر، ص. 1847.

ويضم مجال المعاملات الإلكترونية جوانب عديدة، وتشمل: التعامل عبر شبكات الاتصالات والمعلومات والتبادل الإلكتروني للبيانات، والدعاية والإعلان[33] عبر مواقع الويب، والتفاوض، والصفقات التجارية الإلكترونية، وإبرام العقود إلكترونيا، والسداد الإلكتروني، وإلى غير ذلك.

ونقصد عند استعمالنا لمصطلح "الإلكترونية"[34]، كل ما يتم من مبادلات بوسيلة إلكترونية، سوا كانت هذه الأخيرة الحاسوب أو الأجهزة الطرفية الموجودة[35] لدى البنوك والمؤسسات المالية عموما أو الإنترنيت أو كل ما يمكن أن يستجد من وسائل إلكترونية قد تستعمل في الاتصال وإبرام الاتفاقات.

ولما كان التعريف بالشيء يقتضي تحديد مفهومه تحديدا دقيقا يميزه عما قد يشتبه من مصطلحات أو مفاهيم أو مضامين أخرى، كان لا بد أن نخص مفهوم العقد المبرم بطريقة إلكترونية بطرف من الحديث في محاولة للتعرف على ماهيته القانونية، من خلال بيان خصوصيته المتمثلة في طريقة انعقاده بوسائط إلكترونية وأهمها: الشبكة الدولية للمعلومات "الإنترنيت" وذلك بغرض وضع تنظيم هيكلي له. فالقواعد التقليدية المستمدة من النظرية العامة للالتزامات وضعت لتنظيم التعاقد في شكله التقليدي دون الإلكتروني وكذلك لبيان النظام القانوني الذي يخضع له هذا العقد.

---

[33] من الصعوبة بمكان وضع تعريف جامع لكلمة "الإعلان"، فهي ذات معان متعددة، تتباين بحسب تناولها وتداولها في المجالات العلمية والعملية المختلفة من صحافة وإعلام وقانون وغير ذلك. إلا أن ما يجب التأكيد عليه هو أن المقصود بالإعلان في هذا الموضع من الدراسة، هو ذلك الإعلان الموجه إلى المستهلك موضوع الحماية باعتباره وسيلة من وسائل تنشيط التعاقد، يجري في إطار من نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو حر، بغرض الترويج لتقديم الأموال أو لأداء الخدمات، بما فيها الأموال العقارية. راجع لمزيد من التفاصيل:

Wery Etienne et Verbiest Thibault, Le cadre juridique du commerce électronique après l'ordonnance du 23 Août 2001 et le projet de loi sur la société de l'information, Lamy de droit de l'informatique et des réseaux, 20901, N°140, Octobre 2001, p. 2, (Version electronique).

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، استعمل مصطلح "الإشهار" وليس "الإعلان" ولم يعرفه، بل اكتفى بوضع إطاره القانوني وعرف فقط الإشهار المقارن بموجب المادة 22، كما تطرق لحالة الإشهار الذي يمكن استقباله عبر خدمة للاتصالات موجهة للجمهور، وإلى الإشهار المرسل عن طريق البريد الإلكتروني (م. 24). كما نلاحظ أن المشرع المغربي تبنى المصطلح ذاته بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 4-65 ق.ل.ع، حينما حدد البيانات اللازم توافرها في العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية، بقوله "كل اقتراح غير متضمن لكافة البيانات المشار إليها في هذا الفصل لا يجوز اعتباره عرضا بل يبقى مجرد إشهار، ولا يلزم صاحبه".

[34] نشير إلى أن المشرع المغربي في القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، لم يعرف المقصود لا بالتبادل الإلكتروني ولا بالمعطيات القانونية، وسنرى ذلك في حينه.

[35] عرفت المادة 1 من القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات الشبكة أو التجهيزات الطرفية بأنها "كل شبكة أو جهاز طرفي راديو كهربائي يستخدم ترددات هرتزية لبث الموجات في الفضاء الخارجي. وتدخل الشبكات التي تستعمل الأقمار الصناعية في عداد الشبكات الراديو كهربائية". ظهير شريف رقم 1-97-162 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 بتنفيذ القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-01-123 بتاريخ 29 ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-79، ج.ر.ع. 5520 الصادرة يوم الخميس 26 أبريل 2007، يمكن الاطلاع على هذا النص على الرابط التالي:

www.haca.ma/html/Ar/dahir_1_97_162.htm#_ftn4 (Oct. 2009).

وتجدر الإشارة، إلى أن هناك عقودا عديدة تبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية، كتلك التي تتم عبر الإنترنيت، بقصد تسهيل المعاملات إلكترونيا، مما يدفعنا إلى تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن غيره من العقود التي تتم في بيئة إلكترونية أيضا. كما أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ليست عقودا خاصة، بل هي نفسها العقود المبرمة بطريقة عادية، فقط اختلفت عن هذه الأخيرة، من حيث الطريقة المستعملة في إبرامها؛ فهي نوع من العقود التي تنشأ بين غائبين[36].

وتقتضي منا دراسة العقد المبرم بطريقة إلكترونية، الوقوف أولا على مختلف المفاهيم والتعاريف الفقهية والتشريعية التي تطرقت إلى هذا النوع الخاص من العقود المتميزة من حيث الوسيلة التي تنعقد بها عن بقية العقود الأخرى، وذلك من خلال **الفرع الأول**. وعلى اعتبار أن هذا العقد متميز من حيث الوسيلة التي ينعقد بها، فإن له سمات تميزه عن بقية العقود، وسنخصص لذلك **الفرع الثاني**.

[36] التعاقد بين غائبين: هو ذلك التعاقد بين طرفين لا يجمعها مجلس عقد واحد. وللمزيد من الإطلاع انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، ج. 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1964، ص. 304. عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1969، ص. 122. على أن بعضا من الفقه يفضل استعمال عبارة "أطراف غير حاضرة Non présents" بدل استعمال "أطراف غائبة Abscents"، على اعتباره أكثر عمومية من مصطلح العقود المبرمة بالمراسلة "Par correspondance"، والتي تحيل إلى مفهوم المراسلة المادية. لمزيد من الاطلاع انظر:

Thierry Revet, Rapport introductif, in le contrat életronique, traveaux de l'Association Henri Capitant, Journées nationales, Tome V, Toulouse, 2000, p. 19.

الفرع الأول
الماهية القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية

لقد اختلف الفقه حول تحديد ماهية العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، سواء من حيث تعريفها أو من حيث خصائصها التي تميزها عن غيرها من سائر العقود، بصفة عامة. ويرجع هذا الإختلاف إلى التنوع الكبير للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة تلك التي تبرم عبر الإنترنيت.

ويعتبر العقد المبرم إلكترونيا من العقود المسماة التي وضع لها المشرع المغربي - حديثا - تنظيما قانونيا، من خلال تتميمه للباب الأول من القسم الأول من الكتاب الأول من الظهير الشريف المعتبر بمثابة قانون الالتزامات والعقود. كما اهتمت به مختلف التشريعات المقارنة، بالنظر إلى طبيعته الخاصة وتزايد التعامل عبر الوسائل الإلكترونية.

ومهما كانت حداثة مسألة التعاقد إلكترونيا، فإن فكرة التعاقد بتبادل التعبير عن الإرادة بواسطة شبكة للاتصال عن بعد أو بأي واسطة إلكترونية، ليست فكرة حديثة. فعلى سبيل المثال لا الحصر، لعب التعاقد عبر جهاز المينيتيل "Minitel"[37] دورا فعالا في جعل هذه المسألة مألوفة من جانب المستهلكين[38]، ومن جانب المشروعات التي تقدم المنتوجات أو الخدمات أيضا[39].

---

[37] شاع استعمالها في فرنسا بشكل كبير، اعتبارا من سنة 1985، وهو عبارة عن جهاز شبيه بجهاز الحاسوب، لكنه أصغر حجما منه، ويتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح. ويعد المينيتل من وسائل إبرام المعاملات بطريقة إلكترونية. وهو وسيلة اتصال سهلت بشكل كبير للمشتركين في خدمتها التفاوض على العقود وإبرامها، وكذا توجيه طلبات بالشراء أو البيع وتقديم الخدمات على الخط.

[38] عرف القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك هذا الأخير بأنه كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية حاجياته غير المهنية منتوجات أو سلعا أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي". كما سارت في نفس التعريف المادة 3 البند 1، من مشروع قانون رقم 09-24 يتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود (الصيغة الجديدة الموضوعة لدى الأمانة العامة للحكومة في يناير 2011).

ويقصد بالمستهلك بالمفهوم الواسع، الشخص الذي يحصل على السلع والخدمات المختلفة، كما هو الحال بشراء المواد الغذائية وغيرها من السلع. والمستهلك المقصود بالحماية والاهتمام، هو الشخص الذي يسعى للحصول على متطلباته الأساسية أو الكمالية من مختلف السلع الاستهلاكية وغيرها من الخدمات والوسائل التي تعينه على متطلبات الحياة والتي يحصل عليها من الأسواق على أساس التعامل مع التجار وأصحاب المهن أو الحرف المختلفة. لمزيد من التفاصيل انظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك -دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2007، ص. 20 و21.

[39] Lionel Costes, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Lamy droit de l'informatique, N° 97, Nov. 1997, p. 2.

هنا أطرح تساؤلا: هل العقد المبرم إلكترونيا أو بوسيلة إلكترونية أو بشكل إلكتروني[40]، ينحصر في العقد المبرم عبر الإنترنيت؟. سؤال لم أجد له جوابا، رغم تصفحي لمعظم الكتابات الفقهية العربية والمقارنة. إذ أجدها تجمع على أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية هو العقد المبرم عبر الانترنيت، من خلال استخدام الحاسوب.

لكن العقد المبرم من خلال جهاز الحاسوب وعبر شبكة الانترنيت، هل وحده من يكتسب هذه الصفة الإلكترونية؟. وماذا عن العقد الذي يبرم بواسطة الرسائل النصية «SMS» أو الصوتية-المرئية «MMS» أو مباشرة عبر الهواتف النقالة؟. ألا تعتبر العقود التي تبرم بواسطة الهاتف المحمول - وفق هذا المفهوم - عقودا مبرمة في شكل وبطريقة إلكترونية؟.

جملة أسئلة وإشكالات تطرح هنا، وسنحاول الإجابة عنها من خلال **مبحثين: نخصص الأول** للبحث في الماهية القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، من خلال المواقف الفقهية على اعتبار أن الفقه كان سباقا في بحث ودراسة وتنظير مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. فمهمة توفير إطار آمن للمعاملات من صميم عمل المشرع، إذ عليه إيجاد الحلول القانونية المناسبة للمعاملات الإلكترونية، وبالتالي إمكانية استعمال الوسائل الإلكترونية في المعاملات سواء في المجال المدني، أو التجاري، أو الإداري[41].

ولأن القانون لا يتطور من فراغ، بل وفق الأنساق التشريعية الوطنية أو الجهوية، فإن الأمر يفرض إما تكييف القوانين الوطنية، أو وضع نصوص خاصة تفي بخصوصيات هذه العقود. فالقانون بطبيعته لا يتمتع بالمرونة اللازمة للاستجابة للتغيرات السريعة التي عرفتها العقود، بحيث يظل غير قادر على احتواء وحصر كل الإشكالات التي يطرحها العالم الافتراضي[42].

لذا، سأحاول الوقوف عند رؤية التشريعات لهذا النوع الحديث من العقود، من خلال رصد التعريفات التشريعية على الصعيد الدولي، وكذا في التشريعات العربية للمعاملات والتجارة الإلكترونية **(المبحث الثاني)**.

---

[40] ما يثير الدهشة، أن المشرع المغربي بموجب القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، استعمل هاتين العبارتين معا، انظر في ذلك عنوان الباب الأول المكرر: العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية، وكذا عنوان الفرع الثالث: إبرام عقد بشكل إلكتروني. ولا نفهم تعدد المصطلحات التي اعتمدها المشرع المغربي، والحال أنها كلها تفيد العقد ذاته، ألا وهو العقد المبرم بطريقة إلكترونية. وتظهر هنا معالم ظاهرة الاقتباس التي ينهجها التشريع المغربي في غالبية نصوصه، وإن كان التشريع الفرنسي تبنى عبارة "العقد المبرم في شكل إلكتروني: "contrat sous forme électronique"، فمصدر النص هو القانون المدني الفرنسي، انظر الفصل 1361-1 وما بعده، والنص متوفر على الرابط التالي:

www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721 (Jan. 2010).

[41] عبد الحميد أخريف، عقود الاستهلاك، الدليل القانوني للمستهلك رقم 1، مطبعة أمنية، فاس، 2006، ص.55.

[42] Serge Parisien, un essai sur la mode formation des normes dans le commerce électronique, exposé présentait lors, du colloque "les autoroutes de l'information enjeux et défis, Lyon 6-8 dec 1995, www.Lex-electronic.org/articles/v2-1/parisien.html, (Août 2008).

المبحث الأول

تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية من خلال رصد المواقف الفقهية

يختلط مصطلح "التعاقد بطريقة أو وسيلة إلكترونية" بالعديد من المصطلحات، من مثل: "العقد الإلكتروني"، "التعاقد عبر الإنترنيت"، "عقود التجارة الإلكترونية"، "العقد الرقمي"، "عقد البيع عبر الإنترنيت" ....؛ مما يدفعنا في هذه الدراسة، إلى محاولة التمييز فيما بين هذه المصطلحات، مع توضيح الفارق فيما بينها. ونرى للأمر أهميته من حيث ضبط المصطلحات، منعا لحدوث الخلط فيما بينها.

لقد كان السبق للفقه على التشريع، في معالجة الأمور الخاصة بالإلكترونيات بشكل عام، من خلال القياس على القواعد العامة، واستنباط الأحكام لمعالجة بعض الإشكاليات القانونية، نظرا لظهور هذا النوع من العقود في مجال المعاملات، دون أن تكون التشريعات قد تطرقت إلى تنظيمه (**المطلب الأول**). على أن التنظير الفقهي في مجال يتميز بتعقده، كالمجال المعلوماتي، خاصة في غياب تنظيم تشريعي، يجعل من الطبيعي تعرضه لمواقف بين الأخذ والرد، وبالتالي لانتقادات عديدة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

رصد لمختلف المواقف الفقهية من تعريف العقد المبرم إلكترونيا

هناك من الفقه من يطلق تعبير "العقد الإلكتروني"، أو "العقد عبر الإنترنيت"، أو "عقد التجارة الإلكترونية" كمصطلحات مترادفة لمفهوم العقود التي تبرم دون الحضور المادي الفعلي للطرفين المتعاقدين، وإن كان البعض يميز فيما بينها.

فعرف بعض من الفقه "العقد عبر الإنترنيت"، بأنه الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد[43]، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل[44].

وحصرت بعض التعريفات العقد المبرم بطريقة إلكترونية، في ذلك الذي يبرم بين البائع والمشتري فقط. فبعض ممن اتخذ هذا المنحى، عرفه بأنه عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل للمشتري عن بعد ملكية شيء أو حق مالي آخر، مقابل ثمن نقدي عن طريق الإنترنيت[45].

---

[43] عرفت المادة 1 من القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات الشبكة المفتوحة للمواصلات، بأنها "الولوج المفتوح للشبكات العامة للمواصلات أو عند الاقتضاء لخدمات المواصلات التي تقدمها هذه الشبكات، وكذلك للاستعمال الأنجع لهذه الشبكات والخدمات". ظهير شريف رقم 162-97-1 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 بتنفيذ القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 123-01-1 بتاريخ 29 ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-79، ج.ر.ع. 5520 الصادرة يوم الخميس 26 أبريل 2007.

[44] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2005، ص. 39.

[45] ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي، مشكلات البيع عن طريق الإنترنت في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 13.

فيما ذهب اتجاه آخر إلى تعريفه بأنه، هو ذاك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والذي يكون قائما على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا؛ وتنشئ التزامات تعاقدية[46].

بينما اعتبره موقف آخر في الفقه[47]، أنه أحد أنواع التعاقد الذي يتم عبر وسائل الاتصال الفوري الحديثة، وهي الانترنيت، على اعتبار أن شبكة الإنترنيت أحد أهم تلك الوسائل. ويرى هذا الموقف الفقهي، أنه يتوجب عند تعريف العقد المبرم عبر الإنترنيت، ألا تُغفل صفة مهمة من صفاته، وهي انتماؤه إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد - من حيث المكان - والتي تتم باستخدام أحد وسائل الاتصال الفوري الحديثة[48].

في حين ذهب اتجاه آخر في الفقه، ممن اعتبره من عقود التجارة الإلكترونية، إلى تعريف هذا العقد، بأنه "اتفاق فيه الإيجاب ببيع أشياء أو تقديم خدمات، يعبر عنه على طريقة الإذاعة المرئية المسموعة أو وسط شبكة دولية للاتصالات عن بعد، ويلاقيه القبول عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية[49] ببعضها"[50]. بينما عرفه بعض آخر من الفقه بأنه "التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة اتصال حديثة"[51].

واعتبر بعض من الفقه[52]، ممن استعمل اصطلاح العقد المبرم عبر الإنترنت، أنه يتميز عن كل العقود الأخرى، من خلال ما يلي:

أولا: عدم الالتقاء المادي للأطراف لحظة تبادل التعبير عن إرادتهما.

ثانيا: عدم الالتقاء المادي عن طريق وسيلة إلكترونية سمعية - بصرية، تمكن من التفاعل بين أطرافه، مما يمكن معه القول بأن العقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان، وهو حضور مفترض ومعاصر للمتعاقدين.

ثالثا: التباعد المكاني بين طرفي التعاقد، إذ قد يتواجد في نفس الدولة أو يتواجدون في دول مختلفة؛ وبذلك يدخل هذا العقد زمرة العقود التي تبرم عن بعد من حيث المكان.

---

[46] Michael S.Baum, Henry H. Perrit: Electronic contracting, publishing and EDI, Law Willy Publication, New York, 1991, p. 6.

[47] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 65 و66.

[48] لقد تعددت وسائل الاتصال بشكل كبير في العصر الحديث، فمنها ما يسير عبر كوابل أرضية أو بحرية أو محطات لاسلكية كبيرة تعتمد على أجهزة إرسال واستقبال، ومجموعات هوائية لكل منها، ومنها ما يستخدم الأقمار الصناعية كوسيلة لتحقيق اتصالها. إما وسائل خاصة بنقل الحروف: "الوسائل الكتابية"، وهناك وسائل خاصة بنقل الصوت: "الوسائل السمعية". كما توجد وسائل خاصة بنقل الصوت والصورة معا، وهي "الوسائل السمعية البصرية".

[49] يقصد بالأنظمة المعلوماتية، مجموعة العناصر المادية وغير المادية، والتي يمكن باجتماعها التعامل الفوري مع المعلومة. أما المعلوماتية، فهي علم التعامل المنطقي مع المعلومات، باعتبارها ناقلة للمعارف الإنسانية، سواء أكانت تقنية أو اقتصادية أو اجتماعية، وذلك من خلال أجهزة أوتوماتيكية وفورية. أما المعلومة، فهي تعبير جعل رسالة قابلة للتوصيل إلى الغير بفضل علامة أو إشارة من شأنها توصيل المعلومة له؛ فالتعبير وتوصيله إلى الغير يحقق وظيفة المعلومة، وهي انتقال أو نقل المعرفة. راجع: نبيلة اسماعيل رسلان، التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2007، ص.10.

[50] محمود السيد عبد المعطي خيال، الانترنيت وبعض الجوانب القانونية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص. 108.

[51] محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص.18.

[52] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته،الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 56 و57.

رابعا: عدم وجود مستند كتابي مادي لهذا العقد، وإنما يكون مثبتا على دعامة غير مادية، لأن وسيلة إبرامه هي وسيلة إلكترونية.

على أن الملاحظ من خلال مختلف الكتابات الفقهية، أن معظمها درج على تبني مصطلح "العقد الإلكتروني"، وعُرف بأنه هو ذلك العقد الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وأن له العديد من الصور، يأتي في مقدمتها العقد المبرم باستخدام الحاسوب[53].

كما عرف بعض من الفقه العقد الإلكتروني بأنه "ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية؛ سواء كليا أو جزئيا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه، ويرتب التزامات على عاتقهم"[54].

وقد اعتبره هذا الموقف في الفقه عقدا عاديا، لكنه يكتسي الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، أو من الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها. وهو ينشأ من تلاقي الإيجاب والقبول، بفضل التواصل الحاصل ما بين الأطراف عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد[55].

وهناك من الفقه[56] من اعتبر العقد الإلكتروني، بأنه العقد الذي تشكل فيه الطريقة الإلكترونية للتعاقد، أداة لإنجاز هذا العقد. ويعتبر هذا الموقف في الفقه، أن "الإلكترونيك" وسيلة للتعاقد ظهرت مع التجارة الإلكترونية. ويترتب عن ذلك، أنه يمكن التعبير إلكترونيا عن الإرادة. مما يعني أنه لا يفترض في التعاقد بطريقة إلكترونية أي تغيير في مفهوم الالتزام التعاقدي.

فالتأويل القانوني للعقد هنا، لا يفترض أية ملائمة أو تحول، إذ الدعامة الإلكترونية يمكن أن تعبر عن الإرادة التعاقدية وعناصر العقد في شكل مجموعة من المعلومات[57].

---

[53] سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط. 1، 2006، ص.66. عبد الله إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظمة من طرف جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 10-12 ماي 2003، ص.2122. وأيضا:

- Lionel Bochurberg, Internet et commerce électronique, Delmas, 1ère Ed. 1999, p. 112.
- R.Julta-barcelo, E.Montero et A.Salaün, La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies, in commerce électronique: le temps des certitudes, Cahier du CRID, N° 17, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 4.

[54] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2010، ص. 37.

[55] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنيت، ط. 1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص. 54، خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الإنترنيت - دراسة مقارنة - الدار العالمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 1، 2002، ص. 72.

[56] Thierry Revet, Rap. Cit. p. 10.

[57] Idem.

بينما استند جانب من الفقهاء[58]، حين تعريفهم للعقد الإلكتروني، على معيار الصفة الدولية، والتي ترتكز أساسا على الحيز المكاني في تنظيم تلك الآلية الجديدة، حيث عرف العقد الإلكتروني بأنه عقد ذو طابع دولي، تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بوسائط التكنولوجيا المتعددة، خصوصا شبكة الإنترنيت، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد.

واستند موقف آخر في الفقه[59] في تعريفه للعقد الإلكتروني، إلى صفة أطراف العلاقة التعاقدية. فعرفه بأنه تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر[60] ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.

بينما عرفه بعض من الفقه[61]، بأنه اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا، من خلال تقنية الاتصال عن بعد "Technique de communication à distance"[62]. وقد تكون هذه الوسيلة مسموعة كالهاتف، أو مرئية كالكتالوجات الإلكترونية[63]، ويمكن أن تكون مسموعة مرئية كالتلفزيون، أو مسموعة مرئية حوارية كالإنترنيت أو الهاتف المحمول المرئي أو الفضائي[64].

كما قد تكون الوسيلة المستعملة مكتوبة كالفاكس بدون حضور مادي متزامن "Sans présence physique simultanée"، لأن مفهوم الاتصال عن بعد قد يكون مرتبطا بأزمنة مختلفة، وقد تكون أي وسيلة أخرى من الوسائل التي تعمل بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها؛ وهذا ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود التقليدية، التي تتم بين حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادتين.

---

[58] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، المنظم من طرف جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون، أيام 12 و13 ماي 2000، ص. 28. انظر أيضا، محمد حسين منصور، م.س.ص. 22. وانظر أيضا، عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات، م.س.ص. 15.

[59] محمد شكري سرور، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، أيام 26 و 28 أبريل 2003، المجلد 2، ص. 214.

[60] بموجب المادة 11 من مدونة التجارة: "يعتبر تاجرا كل شخص اعتاد ممارسة نشاط تجاري رغم وقوعه في حالة الحظر أو السقوط أو التنافي".

[61] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مطبوعات جامعة الكويت، 2003، ص.71.

[62] عرفت المادة 25 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، تقنية الاتصال عن بعد بأنها "كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصيا وفي آن واحد". وعرفها بعض من الفقه، بأنها كل تقنية تسمح للمستهلك بأن يتسلم من العميل طلب المنتج أو الخدمة بعيدا عن أماكن الإقامة المعتادة. للمزيد من الإطلاع انظر:

Deprez P. et Fauchoux V., Lois, Contrats et usages du multimédia, Ed. Dixit, à consulter sur: www.en-droit.com/intellex/ouvrages/lois-contratusage-multimedia.pdf, 2002, p. 35-36 (jan. 2008).

[63] تشبه الكاتالوجات الإلكترونية مثيلاتها من الكتالوجات الورقية التقليدية، فيما يتعلق بوظيفة هذه الكتالوجات، فهي تماثل الصفحات الصفراء التي تستخدم من قبل الزبائن لتحديد مواقع العمال التي يحتمل أنها تلبي طلبات الزبائن في التجارة التقليدية، إذ تتضمن قاعدة بيانات المنتجات وأدوات البحث والتوجيه. وتعتبر العمود الفقري لمعظم المواقع الإلكترونية وخاصة ما يتعلق بعرض المعلومات عن المنتجات إلكترونيا باستخدام النصوص، الرسومات، الصور المتحركة، الفيديو، الصوتيات... والوظيفة الأساسية للكتالوج هي عرض بضائع التاجر وإدارة الطلبات من خلال استيفاء استمارات الطلب والتحقق من المواصفات ومن العناوين وشروط الدفع وطريقة الشحن والتوصيل. ولمزيد من التفاصيل أنظر: محمد عبد حسين الطائي، م.س.ص. 164 وما بعدها.

[64] ظهرت في الأسواق هواتف محمولة يمكنها الاتصال بالقمر الصناعي وإجراء الاتصالات من خلاله. وتعود أهمية مثل هذه الأجهزة إلى إمكانية استخدامها حتى في المناطق النائية وفي المحيطات ... .

وهناك من الفقه من صنف العقود المبرمة بطريقة إلكترونية إلى نوعين: عقد يبرم على الخط "Contrat électronique en ligne"، وعقد يبرم عن بعد "Contrat électronique à distance"[65].

بينما تبنى اتجاه فقهي آخر[66] مفهوم "عقد التجارة الإلكترونية" وعرفه بأنه عبارة عن تقابل لعرض مبيعات أو خدمات يعبر عنها بوسيلة اتصال سمعية - مرئية، من خلال شبكة دولية للاتصالات عن بعد، مع قبول، والذي يكون قابلا لأن يظهر باستعمال النشاط الحواري بين الإنسان والمعلومة التي تقدمها الآلة[67].

على أن هناك من الفقه من ضيق أثر مجال عقود التجارة الإلكترونية، واعتبرها عقود بيع عبر الإنترنيت، وعرفها بأنه التوافق التام بين إرادتين صحيحتين، بارتباط إيجاب بقبول، على تمليك شيء أو حق مقابل ثمن يلتزم به البائع بتسليم المبيع أو تمكين المشتري من حيازته داخل الشبكة أو خارجها، ويلتزم به المشتري بدفع الثمن المتفق عليه من خلال وسيلة الاتصال المسموعة والمرئية[68].

واعتبر موقف في الفقه، أن عقد البيع عبر الإنترنيت عقد حر، لا حدود له من حيث الزمان والمكان، قد يرد على معلومات أو خدمات كأشياء غير مادية على أن تكون ذات قيمة اقتصادية وقد يرد على أشياء مادية كسلع استهلاكية[69].

ورأى هذا الموقف الفقهي، أنه لا يجب أن ينحصر العقد المبرم عبر الإنترنيت في عقد البيع فقط - كما قد توحي بعض المفاهيم- بل يمتد ليشمل كل العقود التي تبرم في بيئة تجارية، ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كليا أو جزئيا من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة، تربط بينها شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة[70].

وقد اعتبره جانب من الفقه الأمريكي، بأنه هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري، والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا، وتنشئ التزامات تعاقدية[71].

---

[65] Iteanu O., Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, N° 5, Dec 1997. V.aussi, N° 55, p. 52; J. Huet, Aspects juridiques du commerce életronique, Approche international, Les petites affiches, 26 Sep 1997, N° 116, p. 6.

[66] بشار محمود دودين، م.س.ص. 27. انظر أيضا:

Jean-Baptiste M., Créer et exploiter un commerce électronique, Ed. Litec, 1996, p. 97 et S.

[67] Iteanu O., Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, Ed. Eyrolles, 1996, p. 27.

[68] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 66. وأنظر أيضا: جمال زكي الجريدلي البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الإنترنيت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 6. وانظر أيضا، محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط1، 2007، ص. 41.

[69] فاروق الأباصيري، م.س.ص. 20.

[70] هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية - دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص. 146- 147.

[71] Michael S.Baum, Henry H. Perrit: Op.cit, p. 6.

اتجاه فقهي آخر[72]، ممن تبنى مفهوم عقد التجارة الإلكترونية اعتبره المصطلح الأشمل، لأنه - حسب هذا الموقف الفقهي - يضم كل العقود التي تبرم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة بجانب مجموعة من العقود الحديثة التي ظهرت مع ظهور تكنولوجيا المعلومات، مثل:

- عقد الدخول إلى شبكة الإنترنيت،
- عقد تسجيل "اسم الدومين"،
- عقد إنشاء موقع[73] على شبكة الإنترنيت،
- عقد استضافة موقع على شبكة الإنترنيت،
- عقد صيانة موقع على الشبكة،
- عقد الانضمام إلى متجر افتراضي،
- عقد الدعاية عبر الإنترنيت،

هذا، إلى جانب تنفيذ العقود عبر الشبكة والذي - حسب هذا الموقف الفقهي- يدخل في حد ذاته في مصطلح "العقد الرقمي". ويعد هذا الاصطلاح الأخير جديدا مقارنة وباقي الاصطلاحات السابقة، إذ بدأت تظهر في الكتابات القانونية الحديثة، للتعبير عن الصور الحديثة للتعاقد والتي تتم بوسائل تقنية رقمية.

ويعرف هذا الاتجاه في الفقه العقد الرقمي، بأنه العقد الذي يتم باستخدام الأسلوب الرقمي، لإنشاء علاقات تعاقدية رقمية بين طرفين أو أكثر، ويستخدم المتعاقدان في ذلك وسائل تكنولوجية حديثة رقمية.

واعتبر هذا الموقف في الفقه، أن العقد الرقمي لا يقتصر على العقود المبرمة عبر الإنترنيت بل يتعداه إلى وسائل أخرى، كالتعاقد باستعمال الهاتف المحمول سواء المحمول العادي أو المحمول المرئي، إذ يعتبر التعاقد من خلاله عقدا رقميا ويعتمد في تشغيله على التكنولوجيا الرقمية؛ وبالتالي فإن أي اشتراك في خدمة من خدمات شبكة الاتصالات الخلوية، إلا ويعد عقدا رقميا[74].

وبذلك يدخل العقد الرقمي في زمرة عقود الإنترنيت، إذ أنه هو الذي يتم باستخدام أجهزة رقمية ووسائل تكنولوجية رقمية، ويعد التعاقد عبر الإنترنيت، من أهم مظاهر العقود الرقمية. فأي شراء يتم عبر الهاتف يعد عقدا رقميا، كما لو توصل شخص بدعوة لإبرام عقد شراء أغنية حديثة وتحميلها على الهاتف المحمول مقابل الخصم من الرصيد؛ فهذا العقد يعد عقدا رقميا.

---

[72] بشار محمود دودين، م.س.ص. 54، علي أحمد مرسي، دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والتكنولوجيا والذي عقد بكلية الحقوق بجامعة أسيوط الإنترنيت -دراسة مقارنة- الدار العالمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 1، 2002، ص. 27. انظر أيضا:

Jean-Baptiste M., créer et exploiter un commerce électronique, Ed. Litec, 1996, p. 97 et S.

[73] يعتبر إنشاء موقع على الانترنيت عملا شديد التعقيد ويتطلب اللجوء إلى خبرات متخصصين في إنشاء المواقع الإلكترونية على الإنترنيت. يمكن الرجوع لمزيد من التفاصيل حول بناء مواقع الويب الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، محمد عبد حسين الطائي، م.س.ص. 193 وما بعدها.

[74] سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنيت، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008، ص. 25 وما بعدها.

ويعتبر هذا الاتجاه في الفقه، أن الأمر نفسه يصدق في حالة التعاقد من خلال التلفزيون الرقمي، والذي يطلق عليه أيضا بالتلفزيون التفاعلي، وهو يسمح للمشترك في شبكة إعلامية معينة بطلب عرض أي برنامج يختاره المشترك في الوقت الذي يختاره هو. فهذا العقد هو أيضا عقد رقمي، إذ يتم من خلال وسيلة رقمية[75].

بعض من الفقه[76]، عرف العقد المبرم بوسائط إلكترونية، بأنه كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني. ووفق هذا الاتجاه، يبرم هذا العقد بين أطراف لا يرون بعضهم البعض، وقد لا يحملون نفس الجنسية وليس بينهم في الغالب سابق معرفة.

كما أنه عقد يبرم بعيدا عن الشكل التقليدي الذي تتخذه العقود العادية والمتمثل بالأساس في الشكل الإلكتروني للعقد، والصور والرسوم المصاحبة له على شاشة الحاسوب، وكذا المعطيات المرتبطة بهذا النص والمخزن في ذاكرة الحاسوب، وأخيرا بجهاز الطابعة المتصل بالحاسوب والذي من خلاله يتم نقل النص المكتوب إلكترونيا، إلى نص مكتوب على دعامة ورقية.

وباعتبار أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية أفرزته الثورة التقنية الحديثة، بحيث أصبحت العديد من التعاملات القانونية والإدارية والتنظيمية تتم إلكترونيا باستخدام أجهزة التقنية الحديثة، خاصة الحاسوب والإنترنيت، فقد عرفه البعض من هذا المنطلق، أي من خلال تعريف التعاملات الإلكترونية.

وتشمل هذه الأخيرة، كل تعامل يتم باستخدام وسيط إلكتروني، أيا كانت أطرافه، بين أفراد أو بين جهات حكومية أو غير حكومية، أو بين دول أو مؤسسات دولية أو وطنية، أو بين بعض هذه الجهات المذكورة وبعض آخر، كتعامل فرد مع الشركات التجارية، أو التعامل مع المصارف سواء فيما بينها أو مع عملائها[77].

على أن ثمة انتقادات وجهت إلى هذه التعاريف، مما يدفعنا إلى المقارنة فيما بينها لمعرفة مدى تطابقها أو انسجامها مع المصطلح والمفهوم الذي سنتبناه لهذا النوع الحديث من العقود. وذلك ما سنتطرق إليه من خلال **المطلب الثاني**.

---

[75] سامح عبد الواحد التهامي، م.س.ص. 25 وما بعدها.

[76] أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2004، ص.25.

[77] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون المنعقد ما بين 10 - 12 ماي 2003، دبي، المجلد 5، ص.1847 وما يليها.

المطلب الثاني
الانتقادات الموجهة لهذه التعريفات

من خلال التعريفات السابقة، نلحظ تداخل بعضها ونقصان بعضها الآخر، ذلك أنه من ناحية ركز بعضها على مرحلة تكوين العقد دونما اهتمام بمرحلة تنفيذه، بالرغم من أهمية هذه المرحلة والتي قد تميز بعض العقود المبرمة بوسيلة إلكترونية، إذ أن بعضها ينفذ عبر هذه الوسيلة؛ مما يميزها عن غيرها من العقود المحيطة بها في البيئة الإلكترونية.

وبعض من التعريفات التي سبق لنا التطرق إليها، لم تبين النتيجة المترتبة على التقاء القبول والإيجاب، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية[78].

بينما ركزت بعض التعريفات السابقة على الصفة الدولية للعقد المبرم بوسيلة إلكترونية، لتميز هذا النوع من العقود بين تلك المبرمة دوليا والأخرى المبرمة على الصعيد الوطني، وإن كانت وسيلة إبرامها واحدة، ألا وهي "الوسيلة الإلكترونية"، خاصة المبرمة عبر الإنترنيت.

لكن الإنترنيت، لا تواجد جغرافي لها، ولا تقف عند حد بلد أو رقعة مكانية؛ وبالتالي فهي لا تميز المجال الوطني عن المجال الدولي، ذلك أن الحدود الجغرافية في عالم الإنترنيت لا وجود لها.

على أن الفقهاء اختلفوا حول مفهوم الصفة الدولية في عقود التجارة الإلكترونية، ومرد ذلك إلى مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية، وتتخطى الحدود الجغرافية للدول[79]. وقد فرق أنصار الصفة الدولية في العقود المبرمة إلكترونيا، بين نوعين من العقود التي تبرم عبر الإنترنيت:

النوع الأول من هذه العقود، يكون مبرمها في دولة والمورد[80] لخدمة الاشتراك في دولة ثانية، والشركة التي تقوم بمعالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الإنترنيت، في دولة ثالثة. فهذا النوع من العقود لا مناص من اعتباره عقدا دوليا إلكترونيا، على اعتبار تواجد الأطراف المتعاقدة في دول مختلفة[81].

مما يعني أن العقد هنا لا يرتبط بدولة واحدة وإنما انعقد في ظل البعد المادي بين الأطراف، وارتبطت عملية التعاقد بدول ثلاثة، وهذا ما أعطى للعقد المبرم بطريقة إلكترونية في هذه الحالة من التعاقد، الصفة الدولية. ويضيف هذا الاتجاه في الفقه، إلى جانب المعيار القانوني السالف ذكره معيارا آخر، ألا وهو المعيار الاقتصادي الذي يجعل العقد دوليا إذا تعلق بعقود التجارة الدولية الخاصة بتدفق السلع والمنتوجات والخدمات عبر الحدود[82].

---

[78] راجع خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 52.

[79] يحيى يوسف فلاح حسن، م.س.ص. 21.

[80] يقصد بالمورد في مفهوم المادة 2 (فق.3) من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري". ورغم أن القانون 05-53 استعمل اصطلاح "المهني"، فإننا نلاحظ استعمال المشرع لاصطلاح ثالث في البند 3 من المادة 25، وهو اصطلاح "تاجر سيبراني"، حيث عرفه المشرع بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري باستعمال شبكة الإنترنيت".

[81] صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2006، ص. 27 و28 و35.

[82] سمير حامد عبد العزيز الجمال، م.س.ص. 75.

وبناء على ذلك، إذا ما عبرت حدود عدة دول، توفر عنصر الدولية فيها فلا يكون العقد دوليا إذا انعقد في نفس الدولة، ويجب أن يتخطى حدود عدة دول لاعتباره دوليا؛ وبالتالي، فإن العقد المبرم بطريقة إلكترونية إذا ما أبرم بين طرفين من نفس الدولة، فإنه يأخذ بالتالي حكم العقد الداخلي أو المحلي.

إلا أنه في غالبا ما يتسم العقد المبرم بطريقة إلكترونية بالطابع الدولي، حيث إن أغلب المعاملات تتم عبر الإنترنيت بين أشخاص موجودين أو ينتمون إلى دول مختلفة، ويكون أطرافها أحدهما مقيما في دولة ومورد أو مقدم خدمات الاشتراك في الشبكة من دولة أخرى، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها من دولة ثالثة، فالمعاملات والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية لا تتصل فقط بأكثر من دولة، بل تستتبعها انتقال القيم الاقتصادية والثروات عبر الحدود فيما بين الدول[83].

أما النوع الثاني من العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، هي تلك التي تستوفي جميع عناصرها في دولة واحدة، كالأطراف والبضائع والدفع والبائع والمشتري من نفس الدولة، بحيث لا يتصور أن هذا العقد دولي، وبناء على ذلك لا يجوز للأطراف الاتفاق على قانون معين يطبق على علاقاتهم العقدية، ومن البديهي أن يطبق قانون الدولة التي نشأ فيها ونفذ فيها[84].

ويتحفظ هذا الاتجاه في الفقه، على مسألة تقسيم العقود المبرمة بطريقة إلكترونية إلى عقود داخلية وأخرى دولية، إذ يرى أنه من الصعوبة إعمال هذه التفرقة، في ظل قيام الشخص بحمل جهاز الحاسوب الخاص به والتنقل بين عدة دول وهو يتفاوض من أجل إبرام عقد بطريقة إلكترونية، وقد يكون في مكان لا يخضع لسيطرة أي دولة كأعالي البحار أو المحيطات أو الفضاء الخارجي.

على أن اتجاه آخر، اعتبر أن البعد الدولي هو ما يغلب على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية أيا كان نوعها، وأنه يؤكد على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيما لفكرة العولمة، وما ينتج عن ذلك من صعوبة توطين هذه الشبكة، أو توطين المعاملات القانونية التي تجري من خلالها. ولا خلاف في دولية هذه العلاقات بتوافر المعايير اللازمة بها كما ذكر سابقا، وبسبب تواجد الأطراف في دول مختلفة عند إبرامهم للعقود[85].

ونلاحظ من خلال الكتابات الفقهية، أن أغلب التعريفات التي وقفنا عليها اعتبرت أن السمة المميزة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، إنما تكمن في عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام الصفقات، باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد، ولا سيما شبكة المعلومات الدولية "الإنترنيت"، حيث حصرت مجال العقود المبرمة بوسيلة إلكترونية في عقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الإنترنيت. في حين، أن مجال المعاملات والاتفاقات لا تنحصر في مجال الإنترنيت كوسيلة فقط، بل تمتد لتشمل كل الوسائل الإلكترونية التي من خلالها يمكن إبرام هذه المعاملات التي قد تكون ذات طابع تجاري، أو ذات طابع مدني.

---

[83] أحمد الهواري، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث منشور ضمن أبحاث "مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون"، المجلد 4، ص. 1643.

[84] صالح المنزلاوي، م.س.ص. 36 و38.

[85] المرجع السابق، ص. 36 و38 .

فهناك عقود تبرم بطريقة إلكترونية بين المشروعات، وأخرى بين المستهلك والمهني[86]: فأما العقود التي تبرم بين المشروعات فغالبيتها يتم بهدف إشباع حاجيات مهنية؛ فهي عقود تجارية بالأساس إذ من قام بها تاجر وله صفة الاحتراف، وهدفه الربح. بينما العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية بين التجار بهدف إشباع حاجاتهم الشخصية أو المنزلية أو العائلية، فهي عقود مدنية وليست تجارية.

أما العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية بين المهنيين (التجار) والمستهلكين، فذات صفة مختلطة: تجارية من جهة التاجر أو المهني، لأنه يقوم بها على وجه الاحتراف وتحقيق الربح وتنمية نشاطاته التجارية، ومدنية من جهة المستهلك، لسعيه إلى تحقيق حاجاته الشخصية.

وهناك نوع آخر من العقود تتم بين المستهلكين، بهدف إشباع حاجيات أساسية أو عائلية أو خدماتية، وهي عقود مدنية لأن من قام بها ليسوا تجارا وليس هدفهم الربح.

كما لا ينحصر العقد المبرم بطريقة إلكترونية - من وجهة نظري - في ذلك المبرم عبر الإنترنيت فقط، كما سبق أن رأينا في التعاريف السابقة، لكنه يستوعب ما قد يستجد من تطورات في وسائل الاتصال الحديثة. فإذا حصرنا العقد المبرم بطريقة إلكترونية فقط في الإنترنيت، نكون قد سددنا الباب أمام وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى، كالهاتف بنوعيه العادي والمرئي والتلكس والفاكس، ولو أن الإنترنيت كان أكثر تحد وقوة.

ورغم ما سبق لنا قوله، فلتنوع وتعدد التعريفات أهمية كبيرة، ويضفي قدرا كبيرا من المرونة في تحديد مفهوم تلك العقود، ويتيح للمشتغلين في المجال القانوني -خاصة في تطبيقه- الملاءمة بين تلك المفاهيم المستحدثة، وما بين ما قد يستجد من متغيرات.

---

[86] يقصد بالمهني كل شخص طبيعي أو معنوي، خاص أو عام، والذي يظهر في العقد كمهني محترف، فهو الشخص الذي يعمل من اجل حاجات نشاطه المهني، سواء كان هذا النشاط تجاري أم صناعي أم زراعي، فيمتلك مكانا أو محلا تجاريا بقصد ممارسة نشاطه، أو يشتري البضائع بقصد إعادة بيعها. ويشترط في المهني اجتماع عنصرين: الأول هو العرض لأموال أو خدمات، الثاني هو ممارسة نشاط بصفة اعتيادية وعلى وجه الاحتراف. راجع: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2008، ص. 33 و34.

وقد اختلفت المواقف الفقهية من مدى اعتبار المهني مستهلكا في ظل قصر قوانين حماية المستهلك على هذا الأخير فقط، بالنظر إلى تنامي مقومات ضعفه في مواجهة شخص البائع وطبيعة السلعة أو الخدمة محل المعاملة والظروف العقدية غير الملائمة. فاتجه البعض من الفقه الفرنسي إلى تمديد الحماية المقررة للمستهلك إلى المهني الذي يقوم بإبرام التصرفات التي تخدم مهنته خارج نطاق تخصصه؛ مما يؤدي إلى إستفادة أكبر عدد ممكن من الأشخاص المتعاقدين من القواعد الحمائية التي تضمنها قوانين حماية المستهلك. على أن اتجاها آخر عارض هذا التوجه، حيث اعتبر أن توسيع مفهوم المستهلك بصفة عامة، يعتبر غير متفق مع الحكمة التي من أجلها تم وضع نصوص قوانين خاصة لحمايته، تلك الحكمة التي تتمثل في العمل على إعادة التوازن للعلاقة العقدية، من خلال تدعيم مقومات الحماية لطرفها الضعيف، عن طريق الحد من آثار الخلل الناجم عن عدم المساواة الفنية والاقتصادية بين الأطراف المتعاقدة. ولمزيد من الاطلاع حول هذا الخلاف، يمكن الرجوع إلى: عمر محمد عبد الباقي، الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية،ط. 2، 2008، ص. 28 - 41.

على أن هناك من الفقه[87] من رأى، بأن التعريفات السابقة لم تميز بين كل من العقد الإلكتروني وعقد التجارة الإلكترونية، بالرغم من الفارق الموجود بينهما. ذلك أن العقد الإلكتروني يشمل جميع صور التعاقد من خلال الوسائط الالكترونية، بغض النظر عن موضوع العقد وأطرافه، في حين أن عقد التجارة الإلكترونية يشمل - بالإضافة إلى العقد الإلكتروني الذي يقع في مجال التجارة من حيث الموضوع أو الأطراف - بعض صور الاتفاقات المتداولة في أوساط التجارة الإلكترونية، كاتفاق التبادل الالكتروني للبيانات.

ويعتبر هذا الموقف في الفقه، أن العقد الإلكتروني في الغالب الأعم، هو عقد تجاري[88] على الأقل من جانب مقدم السلعة أو الخدمة[89] أو من كلا الجانبين. وفي نظر هذا الموقف الفقهي، تتجسد أهمية هذا التمييز في النتائج القانونية المهمة التي تترتب بين العقود المدنية والعقود التجارية عموما، من حيث الإثبات وطبيعة الالتزامات الناشئة عن كل منهما، وكذا من حيث الاختصاص القانوني والقضائي، فضلا عن القواعد الخاصة بحماية المستهلك[90].

أما بالنسبة لمفهوم عقد التجارة الالكترونية، فنسجل على هذا التعريف بعض المؤاخذات من حيث أنه يشير إلى أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول يكون كليا أو جزئيا، في حين أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول لا يمكن أن يكون إلا على سبيل التطابق، كي يتحقق مفهوم العقد بالمعنى الدقيق.

كما أن ركن التراضي في العقد المبرم بواسطة إلكترونية يتحقق كليا أو جزئيا من خلال استخدام أجهزة قابلة للبرمجة، سواء تمت عملية التعبير عن الإرادة من خلال استخدام وتحكم الأطراف في الأجهزة آنيا وبشكل مباشر وتفاعلي عند إبرام العقد، أو من خلال قيام الأجهزة التي تمت برمجتها بالتعبير عن الإرادة نيابة عن أحد الأطراف أو كليهما.

ويشمل ذلك، التعاقد من خلال المواقع الإلكترونية أو من خلال استعمال تقنيات البريد الالكتروني[91] أو أي وسيلة إلكترونية أخرى. كما لا يهم أن يتم التنفيذ كليا أو جزئيا من خلال نفس الوسيلة المستعملة في انعقاده، أم تم استعمال وسيلة أخرى، أو تم التنفيذ بالطرق التقليدية.

نلاحظ أولا أن مفهوم "العقد الالكتروني"، يتطابق بشكل كبير مع مفهوم "العقد المبرم بطريقة إلكترونية"، إذ أن لفظ "إلكتروني" المضاف إلى العقد في المصطلح السابق الذي يتبنى مصطلح "العقد المبرم عبر الإنترنيت"، يدل على أن هذا العقد يتم بوسيلة إلكترونية.

---

[87] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 147.

[88] محمد العروصي، التعاقد التجاري عن طريق شبكة الإنترنيت، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 10، مارس 2006، ص. 14.

[89] عرف مشروع القانون رقم 09-24 يتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، بموجب البند 20، الخدمة بأنها "كل نشاط مقدم أو معروض في إطار نشاط مهني أو تجاري سواء بعوض أو بغير عوض".

[90] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 147.

[91] البريد الإلكتروني هو طريقة لتوجيه رسالة إلى شخص أو عدة أشخاص عبر شبكة الإنترنيت، بواسطة أحد برامج البريد الإلكترونية، مثل برنامج: "E-Mail ; Outlook Express".

على أننا نرى ضيق ومحدودية التعريفات التي حصرت العقود المبرمة عن بعد وبواسطة إلكترونية، في نوع واحد من العقود؛ وهي تلك التي يتم إبرامها عبر شبكة الإنترنيت[92]. والحال أنها إحدى وسائل الاتصال الفوري، حين لا تفصل الفترة الزمنية ما بين صدور الإيجاب وتلقي القبول، سوى فترة زمنية جد بسيطة.

وبذلك يعتبر اتجاه في الفقه، أن العقد المبرم عبر الإنترنيت يندرج ضمن العقود المبرمة عن بعد، والتي تتم من خلال استخدام وسائل الاتصال الفوري[93].

فالوسائل التي يتم عبرها العقد متعددة، والإنترنيت ما هو إلا إحدى هذه الوسائل وإن كان أهمها وأحدثها في الفترة الحالية، إذ أنه أضاف آفاقا جديدة إلى العقد وإلى طرق إبرامه. كما أن العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنيت، كثيرة وجد متنوعة ولا تقع تحت حصر. على أن التعاقد عبر الإنترنيت، ليس الصورة الوحيدة للعقد الذي يتم بطريقة إلكترونية.

أما بالنسبة للموقف الفقهي الذي أخذ بمفهوم "العقد الإلكتروني"، فنرى أنه قد وسع من نطاقه، ولم يقصره - كما في بعض التعاريف السابقة - في العقد المبرم عبر الإنترنيت فقط.

لذلك رأى بعض من الفقه، أن عقد التجارة الالكترونية أوسع وأشمل مفهوما، ولا ينحصر في عقد البيع فقط - كما قد توحي بعض المفاهيم - وإن كان هو أهم هذه العقود. فهو ذاك العقد الذي يبرم في بيئة تجارية ويتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول وتلاقيهما كليا أو جزئيا من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة، تربط بينها شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة[94].

على أننا نسجل على هذا التعريف بعض المؤاخذات، من حيث أنه يشير إلى أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول يكون كليا أو جزئيا، في حين أن التلاقي ما بين الإيجاب والقبول لا يمكن أن يكون إلا على سبيل التطابق، كي يتحقق مفهوم العقد بالمعنى الدقيق.

ونثير ملاحظة أخرى، وهي أن الاختلاف الفقهي لم يشمل التعاريف فقط، بل وأيضا امتد إلى نطاق العقد. وقد انقسمت الآراء إلى اتجاهات ثلاث:

الاتجاه الأول[95]، حصر عقود التجارة الالكترونية في مجال جد ضيق، في التعاقدات التي تتم عبر الإنترنيت، وفي هذا خلط بين مصطلح التجارة الإلكترونية ومصطلح العقد عبر الإنترنيت ومصطلح العقد المبرم بوسيلة أو طريقة إلكترونية.

---

[92] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، 2005، م.س.ص. 39.

[93] بشار محمود دودين، م.س.ص. 66 و68؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنيت، بحث مقدم إلى مؤتمر دور "القانون والكمبيوتر والإنترنيت"، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 1 - 3 ماي، 2000، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، المجلد 1، ص. 121؛ وانظر أيضا، خالد ممدوح إبراهيم، العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص. 51.

[94] هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية -دراسة مقارنة- دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص. 146 و147.

[95] إبراهيم أحمد إبراهيم، التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية، مجلة المحاماة (المصرية)، ع.1، 2001، ص.591؛ هدى حامد قشقوش، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2000، ص. 8؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، م.س.ص. 34 و35. وأنظر أيضا في ذات الاتجاه، نضال اسماعيل برهم، م.س.ص. 31 وما بعدها. وأيضا، لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 23 - 25.

واعتبر هذا الاتجاه الفقهي، أن أكثر ما يظهر في مجال التجارة الإلكترونية هي العقود التجارية الإلكترونية، وأن المقصود بها: جميع المعاملات التي تتم عبر الإنترنيت، حتى ولو لم تتمتع بالصفة التجارية، وإن كان الغالب أن تتمتع بهذه الصفة من جانب مقدم السلعة أو الخدمة - على الأقل - والذي غالبا ما يكون تاجرا.

على أن عملية التعاقد تشتمل على العديد من المعاملات الإلكترونية، بحيث أن العقد المبرم عبر الإنترنيت، ما هو إلا أحد التصرفات التي تبرم بواسطة إلكترونية. بحيث هناك العديد من التصرفات التي تنجز من خلال شبكة الانترنيت أو وسائط إلكترونية أخرى، ولكنها ليست كلها معاملات ذات طابع تجاري.

ويمكن تعريف العقد المبرم بوسيلة إلكترونية، بأنه اتفاق يبرم وينفذ كليا أو جزئيا من خلال تقنية الاتصال عن بعد "Technique de communication à distance"[96]. وقد تكون هذه الوسيلة الالكترونية مسموعة كالهاتف، أو مرئية كالكتالوجات الإلكترونية، ويمكن أن تكون مسموعة مرئية كالتلفزيون، أو مسموعة مرئية حوارية كالإنترنيت أو الهاتف المحمول المرئي.

كما قد تكون مكتوبة كالفاكس بدون حضور مادي متزامن "simultanée Sans présence physique"، لأن مفهوم الاتصال عن بعد قد يكون مرتبطا بأزمنة مختلفة. وقد تكون أي وسيلة أخرى من الوسائل التي تعمل بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها[97]، وهذا ما يميز هذا العقد عن غيره من العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين عند تبادل التعبير عن الإرادتين.

ويؤاخذ على هذا الاتجاه، أنه ضيق نطاق العقود الإلكترونية في إطار العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنيت فقط؛ وبالتالي فإن هذا التعريف لم يستوعب ما يستجد من تطورات في وسائل الاتصال الحديثة؛ إضافة إلى أنه لم يدخل وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى، مثل: الهاتف والتلكس والتي سبقت في وجودها شبكة الإنترنيت[98].

---

[96] يقصد بتقنية الاتصال عن بعد، كل تقنية تسمح للمستهلك بأن يتسلم من العميل طلب المنتج أو الخدمة بعيدا عن أماكن الإقامة المعتادة. للمزيد من الإطلاع انظر:

Deprez P. et Fauchoux V., Lois, Contrats et usages du multimédia, Ed. Dixit, à consulter sur: www.en-droit.com/intellex/ouvrages/lois-contratusage-multimedia.pdf .2002, p. 35-136. (jan. 2008).

[97] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، عرض مقدم خلال المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، 26 - 28 أبريل 2003، ويمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: www.arabLawInfo.com، (سبتمبر 2007).

[98] لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، رسالة دكتوراه، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 26.

أما **الاتجاه الثاني**[99]، فيرى أن مصطلح "عقد التجارة الإلكترونية"، يضم كل العقود التي تتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة. ونلحظ الخلط الكبير بين مصطلح التجارة الإلكترونية ومصطلح العقد المبرم عبر الإنترنيت، من جهة؛ ومصطلح العقد المبرم بوسيلة إلكترونية، من جهة ثانية.

وبالتالي، يوسع هذا الموقف الفقهي تعريفه للعقد المبرم بطريقة إلكترونية مقارنة والاتجاه الأول، إذ يرى بأن "عقد التجارة الإلكترونية"، اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل[100].

بينما يركز **اتجاه ثالث** لبعض من الفقه[101]، في تعريفه لهذا العقد، على خصوصيته والمتمثلة بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها وتتركز حول العامل أو العنصر الإلكتروني في هذا العقد، خصوصا وأنه يدخل في زمرة العقود المبرمة عن بعد.

ويوسع هذا الموقف الفقهي من دائرة عقود التجارة الإلكترونية لتضم كل العقود المبرمة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، إلى جانب مجموعة من العقود التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات كعقد الدخول إلى شبكة الإنترنيت وعقد إنشاء موقع.

على أن أول ما يطالعنا بشأن الطريقة أو الوسيلة التي تنعقد بها هذه العقود، هي أنها وسيلة إلكترونية غالبا ما تكون متصلة بشبكة الإنترنيت، والتي تتميز بوجهين أساسيين للخصوصية، وهما: أنها شبكة دولية، كما أنها تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد[102]. وبذلك يمكننا أن نصف الإنترنيت، بأنها شبكة دولية للاتصالات عن بعد[103].

---

[99] علي أحمد مرسي، دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والتكنولوجيا والذي عقد بكلية الحقوق بجامعة أسيوط ما بين أبريل 2001، ص.6. وانظر أيضا، مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2001، ص.21.

V.aussi, T. Piette-coudol et A.Bertrand, Internet et la loi, collection Dalloz, 1997, p.178; M.bourrie-quenillet, Les aspects juridiques du commerce électronique sur internet, disponible sur: www.cm-languedocroussillon.fr (Av.2000); F.J.Pansier, E.Jez et P.D. boucier: Initiation à l'internet juridique, Litec, 2ème Ed., p. 60.

[100] نهى الزيني، بحث بعنوان: التعاقد عبر شبكة الإنترنيت، ص. 7، أشار إليه عبد الله الخرشوم في: عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنيت وفقا لأحكام الشريعة الأردنية، يمكن الإطلاع على نص المقال على موقع:

www.ArabLawInfo.com (Juin 2008).

[101] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، م.س.ص. 39. وفي ذات السياق انظر:

Guillaume Beaure d'Augéres, Pierre Bresse et Stéphanie Thuiller: Paiement numérique sur l'internet : Etat de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson publishing, 1997, p. 75 et s.

[102] Infrastructures de Télécommunications.

[103] Réseau International de Télécommunications.

يمكن تعريف الاتصالات عن بعد وفقا للمادة 2/1 من التشريع الفرنسي الصادر في 30 ديسمبر 1986، بشأن حرية الاتصالات بأنها "كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابة أو صور أو أصوات أو معلومات أيا كانت طبيعتها، بواسطة ألياف بصرية أو كهربائية لاسلكية أو أية أنظمة إلكترو- مغناطيسية أخرى".

ونرى بالنسبة لمن أخذ بمفهوم العقد المبرم بوسائط إلكترونية، أنه لم يقصره على عقود التجارة الإلكترونية فقط أو العقد المبرم عبر الإنترنيت فقط - كما سبق أن رأينا - بل جعلها عامة تشمل كل التعاملات الإلكترونية غير الورقية، التي تتم من خلال استخدام وسائط إلكترونية في معالجة البيانات[104] ونقلها باستخدام الوسائل التقنية الحديثة خاصة جهاز الحاسوب، على اعتبار أنه الأوسع استعمالا في مجال المعاملات الإلكترونية، وإن كان الآن أصبح منافسا من قبل الهاتف المحمول المرئي الذي أصبح يتمتع بخواص تؤهل إبرام المعاملات بسرعة أكبر وعبر الرؤية والحديث المباشرين.

على أن هذا العقد، لا يجمع متعاقديه في مجلس عقد واحد لكن يكون بينهما اتصال مباشر، حيث ينشأ هذا النوع من العقود في فترة زمنية ولو كانت قصيرة، يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول. ومثل هذه الفترة الزمنية لا نجدها في التعاقد ما بين غائبين، كما في التعاقد عبر الرسائل أو البرقيات أو باستخدام رسول[105].

فهذه وسائل تقليدية وبطيء تبادل الإيجاب والقبول عبرها، إذا ما قورنت بوسائل الاتصال الفوري كالهاتف والتلكس والفاكس. فمن خلال هذه الوسائل يتم تبادل التعبير عن الإرادتين، كما لو كان المتعاقدان مجتمعين بمجلس عقد واحد، مع أن الواقع أنهما مختلفان في المكان والزمان.

فالعقد الذي يبرم بين متعاقدين غير متواجدين جسديا في مواجهة بعضهما، هو عقد بين أطراف غير حاضرة، ويتميز بغياب عنصر المكان فيه. وهو يظهر على صورتين:

الصورة الأولى: إذا غاب عنصر المكان، سنكون أمام عقد مبرم بالهاتف.

الصورة الثانية: إذا تعددت أمكنة تواجد الأطراف وغاب عنصر الزمان، سيكون عنصر العرض في وقت ما والقبول في وقت لاحق له. وهذه الصورة تتلاءم مع العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

وعليه، فإن العقد المبرم بواسطة إلكترونية - سواء كان عن طريق الإنترنيت أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى، وسواء بشكل كلي أو جزئي - من العقود المبرمة عن بعد بين غائبين من حيث المكان، حاضرين من حيث الزمان في بعض بإحدى وسائل الاتصال الحديثة، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول من خلال الوسائط الإلكترونية[106].

---

[104] البيانات أو المعلومات أشياء غير مادية، ولكنها تصلح لأن تكون محلا للحقوق المالية وعلى الأخص حق الملكية. وقد تكون المعلومة منتجا أو سلعة مستقلة سابقة على الخدمة التي تكون المعلومة محلا لها. وعلى ذلك فهي تتميز وتستقل عن الشكل المادي الذي تتمثل فيه بطريق الكتابة أو الصوت أو الصورة، وكذلك عن الخدمة التي تكون محلا لها، فهي بالضرورة سابقة في وجودها على لحظة تقديمها في صورة سلعة أو خدمة. وبالرغم من أهمية المعلومات فلا يوجد نص قانوني على حسب علمنا يعطيها تعريفا جامعا مانعا، ولا نجد سوى إشارة القانون الفرنسي الصادر في 29 يوليوز 1982 الخاص بالاتصالات السمعية والبصرية إلى أول تعريف للمعلومة، بأنها "رنين صور الوثائق والبيانات أو الرسائل من أي نوع". كما عرفها الفقه الفرنسي بأنها "رسالة معبر عنها في شكل يجعلها قابلة للنقل أو الإبلاغ للغير". لمزيد من الاطلاع: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، م.س. الكتاب الثاني، ص. 271 و272.

[105] عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1979، ص. 140.

[106] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص. 71.

بعبارة أخرى، العقد المبرم بطريقة إلكترونية، هو الذي يقترن فيه الإيجاب بالقبول عبر وسائط إلكترونية، باستخدام التبادل الإلكتروني للمعلومات والبيانات، بهدف إنشاء التزامات تعاقدية. وتشتمل عملية التعاقد العديد من المعاملات الإلكترونية، بحيث أن العقد المبرم عبر الإنترنيت، ما هو إلا أحد التصرفات التي تبرم بواسطة إلكترونية، فعديدة إذن التصرفات التي تنجز من خلال شبكة الانترنيت أو وسائط إلكترونية أخرى.

وبهذا لا ينحصر العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من وجهة نظري، في عقود التجارة الإلكترونية فقط، القائمة على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري في شكل صيغ معدة سلفا ومعالجة إلكترونيا لتنشئ التزامات تعاقدية. كما لا ينحصر في ذلك المبرم عبر الإنترنيت فقط، كما سبق أن رأينا في التعاريف السابقة، لكنه يستوعب ما قد يستجد من تطورات في وسائل الاتصال الحديثة.

بالنسبة للإتجاه الفقهي الذي جعل العقد المبرم بطريقة إلكترونية أوسع مجالا، بأن اعتبره عقدا ذو طابع دولي، على اعتبار أن شبكة المعلومات الدولية: الإنترنيت، تسهل إبرامه وتربط أطرافه أينما تواجدوا[107]. ومن وجهة نظري، حصر العقد المبرم بطريقة إلكترونية فقط في الإنترنيت، يكون قد سد الباب أمام وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى، كالهاتف بنوعيه العادي والمرئي والتلكس والفاكس، ولو أن الإنترنيت كان أكثر تحد وقوة.

ونلاحظ أن غالبية الفقه، انصب اهتمامه على الوسيلة التي يتم من خلالها إبرام العقد، وحصر أغلب تعريفاته للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية في تلك التي تتم على الإنترنيت فقط. وأيا كان الأمر، فإن "تنوع التعريفات يضفي قدرا من المرونة في تحديد مفهوم تلك العقود، ويتيح للمشتغلين بتطبيق القانون، الملائم بين تلك المفاهيم المستحدثة وبين ما يستجد من ظروف وما يطرأ من متغيرات"[108].

ومرد هذا الاختلاف في وضع تعريف للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، إلى تشعب وتنوع المعاملات التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية الحديثة للاتصال. مما أدى إلى الاختلاف في المفاهيم أيضا، وبالتالي التعريفات التي - وكما سبق أن رأينا - اختلفت باختلاف الزاوية التي ينظر منها إلى تلك العقود.

---

[107] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولي الخاص. فراق أم تلاق، بحث سابق، بند رقم: 38، ص. 28.

[108] صالح المنزلاوي، م.س.ص. 14.

ورأى البعض حسما للخلاف، اعتبار العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عقدا ذا طابع دولي، تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة "Multimédia"، خصوصا شبكة المعلومات الدولية (الإنترنيت)، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط لإتمام العقد[109]، على اعتبار أن شبكة المعلومات الدولية: الإنترنيت، تسهل إبرامه وتربط أطرافه أينما تواجدوا[110].

على أن بعضا من الفقه فضل أن يكون مفهوم العقد المبرم إلكترونيا واسع المجال، بحيث يضم في نطاقه العقد المبرم إلكترونيا وكذا الاتصالات والرسائل والبيانات الإلكترونية المتبادلة بين منشأة تجارية ومنشأة تجارية أخرى. على أن لا يشمل الاتصالات داخل المنشأة الواحدة إذ لا تعدو أن تكون الأخيرة مجرد تبادل للبيانات والمعلومات لا ترقى إلى مستوى التعاقد الإلكتروني[111].

فإذا كان هذا من شأن الجانب الفقهي، فماذا عن الجانب التشريعي؟ **(المبحث الثاني).**

---

[109] أحمد عبد الكريم سلامة، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية، وفق مناهج القانون الدولي الخاص، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، بالإمارات العربية المتحدة، 26 - 27 أبريل 2003، المجلد 1، بند 1، ص.5؛ أحمد المهدي، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004، ص.25 وما بعدها. وانظر في ذات السياق:

Vincent Gautrais, Le contrat électronique international, encadrement juridique, 2ème Ed. Académie Bruylant, delta, Beyrouth, Liban, 2003, p. 5.

[110] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولي الخاص. فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، 12-13 ماي 2000، بند 38، ص. 28.

[111] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2010، ص. 36.

المبحث الثاني
المواقف التشريعية من العقد المبرم بطريقة إلكترونية

انتشرت العقود المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة بشكل واسع، وأصبحت تفرض نفسها بشكل كبير إن على الصعيد الوطني أو الجهوي أو الدولي[112]. لكنها في ذات الوقت، طرحت مجموعة من الإشكالات القانونية، بالنظر إلى تعقد العلاقات الناجمة عن مثل هذا النوع من العقود، إلى جانب نوعية الوسيلة المبرمة؛ ونعني بالقول الوسيلة الإلكترونية.

مما استدعى من المشرعين في العديد من دول العالم، عدم الوقوف مكتوفي الأيدي، والتفكير بشكل سريع في تطوير الأحكام القانونية القائمة، أو وضع أحكام جديدة في مجال إبرام العقود المبرمة بطريقة أو وسيلة إلكترونية.

وطبيعي أن يتأثر التشريع وقواعده ومرتكزاته بما خلفته التقنية الحديثة من آثار، وما انتهجته من أنماط جديدة للعلاقات القانونية. ومن الطبيعي أيضا، أن تتجه النظم القانونية المختلفة لمعالجة هذه الآثار عبر حركة تشريعية، تعكس استجابة التشريع للجديد والمستجد في هذا الحقل[113].

أما بالنسبة للدول العربية، فلا تخرج عن هذا السياق العام، وبعض من القوانين العربية[114] لا تزال تشق طريقها بخطى سديدة، وإن كانت حثيثة.

فمن منطلق هذا الاهتمام القانوني الكبير بمسائل التعاقد بالوسائل الإلكترونية -خاصة التعاقد عن طريق الإنترنت- قامت العديد من المبادرات سواء على الصعيد الداخلي أو الدولي، محاولة وضع إطار قانوني يستوعب مستجدات التقنيات الحديثة وأثرها على التعامل بين الشعوب والدول[115].

---

[112] بعد العديد من الدراسات، جاءت دراسة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية بنتائجها سنة 1996، حيث وضعت مشروع قانون نموذجي للمعاملات الإلكترونية، متضمنا دعوة الدول الأعضاء في الأمم المتحدة، للأخذ به سواء بإصدار تشريعات مستقلة أو بإجراء تعديلات على قوانينها الداخلية. وقد استجابت العديد من الدول والتنظيمات كالاتحاد الأوروبي الذي بادر إلى وضع مشروع قانون نموذجي مستوحى من دراسة الأمم المتحدة.

[113] يونس عرب، التشريعات والقوانين العربية المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية - ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر ومعرض التكنولوجيا المصرفية العربية والدولية - اتحاد المصارف العربية، 28 و 29 أكتوبر 2002، الأردن:

www.arablaws.org/board/showthread.php?t=3308&goto=nextnewst,2007 (M.S.J, Jan.2008).

[114] قانون عدد 83 لسنة 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية الصادر في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، في 11 غشت 2000؛ القانون الأردني المنظم للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، منشور في الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية العدد 4524، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2001. أيضا صدر قانون التجارة الإلكترونية لمملكة البحرين في 14 سبتمبر 2002، ثم قانون المعاملات الإلكترونية لسلطنة عمان رقم 69/2008 الصادر في 18 ماي 2008، وقانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002؛ كما سعى المشرع المصري إلى إرساء القواعد القانونية بقانون التجارة الإلكترونية، من خلال تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا الصادر بتاريخ 17 أبريل 2004؛ كما أن هناك مشروع مصري لقانون التجارة الالكترونية ووضعت دولة فلسطين مشروع قانون المبادلات التجارية والتجارة الإلكترونية سنة 2003، ومشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي سنة 2005، وأيضا قانون التعاملات الإلكترونية السعودي في 9 أبريل 2007، ثم قانون المعاملات الإلكترونية السوداني سنة 2007، والتشريع المغربي المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية في 6 ديسمبر 2007. وقد جاءت هذه القوانين كلها، بناء على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية - الأونسيترال (1996).

[115] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، انظر موقعها على الإنترنت حيث يمكن مراجعة القانون النموذجي الصادر في 16 ديسمبر 1996، على الموقع التالي: www.uncitral.org

وكما تعددت التعريفات الفقهية، تعددت أيضا الرؤى التشريعية من العقد المبرم في شكل إلكتروني. لذلك سندرس أولا تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية من خلال موقف القوانين الأجنبية وكذا المنظمات العالمية **(المطلب الأول)**، على أن نتطرق بعد ذلك إلى موقف التشريعات العربية من مسألة تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
موقف القوانين الأجنبية والمنظمات الدولية من مسألة تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية

الملاحظ أن ما أوردته التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية من تعريفات، لم تكن اصطلاحية قانونية دقيقة، بقدر ما هي بيان أو تفسير لمصطلحات في تلك التشريعات. وتعتبر القوانين الأمريكية والأوروبية[116] سباقة في هذا المجال، بوضعها تنظيمات أو تدابير قانونية.

فقد صدرت في الولايات المتحدة الأمريكية، العديد من التشريعات سواء على صعيد الولايات أو على المستوى الفيدرالي، أهمها: قانون المعاملات الإلكترونية الموحد لعام 1999، وكذلك القانون الصادر في 17 يونيو 2000 والمتعلق بالبريد الإلكتروني التجاري، وكذلك القانون الفدرالي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني الصادر في 30 يونيو 2000[117].

أما في فرنسا، فقد تم إدخال تعديلات جوهرية على بعض القوانين كالقانون رقم 230 الصادر في 13 مارس 2000، والذي عدل بعض نصوص القانون المدني الفرنسي خاصة فيما يتعلق بالمستندات والأدلة الكتابية والتوقيع، والقانون رقم 78-23 الصادر سنة 1978 بشأن حماية وإعلام المستهلك والذي تم تعديله بالقانون رقم 949 الصادر في 26 يوليوز 1993 والخاص بحماية المستهلك في البيع عن بعد أو بيع المسافات، كما تم إصدار قوانين أخرى مستقلة كقانون التوقيع الإلكتروني مثلا[118].

---

[116] اتخذت العديد من الدول في مختلف أرجاء المعمور تدابير تشريعية لتنظيم التجارة الإلكترونية، ومنها مثلا: كندا واستراليا واليابان وكوريا الجنوبية وسنغافورة وكولومبيا.

[117] للمزيد من الإطلاع، انظر الموقع التالي:

www.ecommerce.gov/Framework-html (M.S.J. Jan. 2009)

[118] للمزيد من الإطلاع حول التجربة الفرنسية، انظر الموقع الإلكتروني لوزارة العدل الفرنسية:

www.justice.gouv.fr (M.S.J jan.2009).

كما يمكن مراجعة قوانينها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية على الموقع التالي: www.legifrance.gouv.fr (M.S.J jan.2009).

على الصعيد الدولي، نجد أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996[119]، لم يعرف هو أيضا العقد المبرم بطريقة إلكترونية لكنه أخذ بمفهوم واسع له، ونستنتج ذلك من خلال المادة 1 التي تنص على أنه "ينطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات تكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية".

كما أوضحت الفقرة أ من المادة 2 من القانون المذكور، المقصود من رسالة البيانات، بأن نصت على أنه "يراد بمصطلح "رسالة البيانات" 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".

بذلك لم يعرف قانون الأونسيترال النموذجي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لكنه اكتفى فقط بإجازته تكوين العقود باستخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبوله، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض (المادة 11). كما اكتفى بتعداد الوسائل المستخدمة في إبرام العقود الإلكترونية بشكل عام، وتوسع فيها بأن أدخل الفاكس والتلكس.

أما الفقرة 4 من المادة 1 من مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، فعرفت رسالة البيانات بأنها "المحرر الإلكتروني الذي يتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بأي وسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة"[120]. بمعنى أن القانون العربي الاسترشادي لم يعرف العقد في ذاته، لكن فقط من خلال تعريف رسالة البيانات.

وتجدر الإشارة، إلى أن بعض القوانين الحديثة المنظمة للتعاقد بطريقة إلكترونية، قد عرضت لتحديد المقصود بمصطلح "إلكتروني"، فقد عرفته المادة 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم 2 لسنة 2002، بأنه "ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لا سلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمة أو ضوئية أو ما شابه ذلك".

أما قانون المعاملات الإلكترونية لسلطنة عمان رقم 69/2008، فقد عرف مصطلح "إلكتروني" بموجب البند 5 المادة الأولى بأنه، أية وسيلة تتصل بالتقنية الحديثة أو ذات قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لا سلكية أو بصرية أو كهرو مغناطيسية أو ضوئية أو أية قدرات مماثلة لذلك".

وعلى نفس المنوال، عرف قانون المعاملات الإلكترونية البحريني رقم 28 الصادر بتاريخ 14 سبتمبر 2002 في البند الأول من المادة الأولى منه "إلكتروني"، بأنه "تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرو مغناطيسية أو بصرية أو بايومترية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة".

---

[119] Uncitral: United Nations commission On International Trade Law.

تعرف هذه اللجنة اختصارا بلجنة الأونسيترال، وللإطلاع على مزيد من المعلومات عن هذه اللجنة وكذا القانون النموذجي الذي أصدرته، يحيل على موقعها على الانترنيت:

www.uncitral.org/stable/ml-ecomm-a/pdf (mai 2008).

[120] المصدر: الأمانة العامة لجامعة الدول العربية.

على أن المشرع المغربي لم يتخذ نفس المنحى، بوضعه تعريفات للمصطلحات المدرجة ضمن متن نص القانون رقم 05-53.

أما التوجيهة الأوروبية رقم 7-97 الصادرة في 20 ماي 1997، فلم تعرف العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بينما عرفت "العقد عن بعد" بموجب المادة 2-1 منها بأنه "كل عقد يتعلق بالبضائع او الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في إطار نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد، فقط، تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه"[121].

وقد تم تعريف تقنية الاتصال عن بعد في التوجيهة ذاتها، بموجب المادة 2-4 بأنها: "كل وسيلة يمكن استخدامها تتيح إبرام العقد بين طرفيه وذلك دون الحضور المادي لكل من المورد والمستهلك، وقد وضع هذا التعريف شرط عدم الوجود المادي واللحظي للطرفين المتعاقدين معا، بوسيلة الاتصال عن بعد.

وتجدر الإشارة، إلى أن التوجيهة المذكورة أعلاه، لم تعرف العقد المبرم بطريقة أو وسيلة إلكترونية، إنما عرفت العقد عن بعد، ومعلوم أن العقد الإلكتروني أيا كانت الوسيلة المستعملة في إبرامه، فهو ينتمي لطائفة العقود عن بعد.

ونلاحظ أن هذا التعريف، حصر العقود عن بعد في عقود الاستهلاك[122] فقط، وهي التي يكون أحد أطرافها مستهلكا؛ وبالتالي فإن هذا التعريف لا يشمل العلاقة التي يكون كلا طرفيها من التجار. بذلك لا يعطي هذا التعريف تصورا عاما عن العقد المبرم بوسيلة إلكترونية، بحيث لا يشمل العقود التي تبرم خارج نطاق الخدمات والبضائع.

---

[121] J.O.C.E., L.144 du 4 Juin 1997, p. 19. A consulter sur :
http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:FR:HTML (Mai 2010).

[122] يعرف الاستهلاك لدى رجال الاقتصاد بأنه آخر العمليات الاقتصادية التي تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات. ونظرا لدخول هذا المصطلح في اللغة القانونية، فإن رجال القانون يضطرون لتحديد معناه القانوني مستوحين إياه من المفهوم الاقتصادي، لذلك يعرف الاستهلاك من الناحية القانونية بأنه التصرف القانوني الذي يبرمه المستهلك للحصول على السلع والخدمات التي يشبع بها احتياجاته الشخصية أو العائلية. انظر حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996، ص. 8. ولفظ الاستهلاك في مجال المعاملات الإلكترونية يشمل كلا من السلع والخدمات، سواء التي يتسلمها المستهلك ماديا أو معنويا. انظر في تفاصيل ذلك، خالد ممدوح إبراهيم،م.س.ص. 20 و21.

نفسه المنحى، اتخذته التوجيهة الأوربية رقم 2000/31 الصادرة بتاريخ 8 يونيو 2000، بشأن الجوانب القانونية للخدمات ضمن مجتمع المعلومات المعروف بالتوجيهة الأوروبية حول التجارة الالكترونية حيث لم تعرف العقد المبرم بواسطة إلكترونية وإنما اكتفت عند معالجتها لهذه العقود في المادة 9 الفقرة الأولى منها بحث الدول الأعضاء على عدم عرقلة عمليات انعقاد العقد بالطرق الالكترونية، بحيث لا تعمل هذه الأنظمة كعائق يمنع استعمال العقود الالكترونية في التعامل ولا تحد من أثرها وفعاليتها لمجرد أنها تتم بالطرق الإلكترونية[123].

القانون الفرنسي - مصدر اقتباس التشريع المغربي - أدخل مقتضيات العقود المبرمة بطريقة إلكترونية في القانون المدني، وأصدر القانون الخاص بالتجارة الإلكترونية والمسمى بقانون الثقة في الاقتصاد الرقمي[124]. وبموجبه وضع تعريفا للتجارة الإلكترونية بأنها: نشاط اقتصادي يتم من خلاله عرض الترويد بأشياء أو خدمات عن بعد بطريقة إلكترونية.

ويدخل أيضا في مجال التجارة الإلكترونية خدمات الإمداد بالمعلومات على الخط، الاتصالات التجارية، وأدوات البحث، والدخول والحصول على البيانات، والولوج إلى شبكة للاتصالات أو استضافة المعلومات ولو دون مقابل مادي يؤديه الحاصلون عليها.

وعلى صعيد التشريع الفرنسي أيضا، صدر المرسوم رقم 2001-741 المنظم للتعاقد عن بعد، وقد وضع مفهوما لهذا التعاقد. وقد تم إدخال النصوص القانونية الواردة في هذا المرسوم، في تقنين الاستهلاك الفرنسي. وبموجب المادة 16-121 من تقنين الاستهلاك، يشمل التعاقد عن بعد التعاقد عبر شبكات الإنترنيت.

---

[123] يلاحظ أن المادة 11 من التوجيهة الأوروبية ل 8 يونيو 2000 حول التجارة الإلكترونية، لا تتعلق فقط بالتصرفات القانونية التي يمكن تكييفها بأنها "طلبيات Commandes". ولم تحدد هذه التوجيهة المقصود بذلك، بل تبنت بدل ذلك مصطلح "العرض أو الإيجاب" "Offre"، ذلك أن المصطلح الأول يتيح حل معضلة التنازع بين الأنظمة القانونية التي تصنف "الاقتراح Proposition" المعبر عنه من طرف البائع ب"العرض Offre"، وتلك التي تصنفه بأنه "دعوة إلى تقديم العرض Invitation à faire une offre". فمصطلح "الطلبية" تتعلق بالاقتراح المقدم من طرف البائع، بشكل مستقل عن تصنيفه في القانون المدني. فواضح أن عبارة "طلبية" لا تتعلق بالعقود المبرمة عبر تبادل البريد الإلكتروني. ويصنفه "ألان ستروفيل" بأن "عقد طلبية Contrat de commande". انظر لمزيد من الاطلاع:

Alain Strowel, Nicolas Ide et F.Verhoestraete, la directive du 8 Juin 2000 sur le commerce électronique: Un cadre juridique pour l'Internet, Journal des tribuneaux, du 17 Fev 2001, 120ème année, N° 6000, p. 139. Disponible sur :

http://www.droit-technologie.org/dossier-40/la-directive-du-8-juin-2000-sur-le-commerce-electronique-un-cadre-ju.html, (M.S.J Mars 2007).

[124] Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. du 22 juin 2004, disponible sur www.legifrance.gouv.fr (M.S.J Jan. 2009).

بذلك أصدر المشرع الفرنسي نظامين للعقود، تتعلقان بالتجارة الالكترونية: الأول هو العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية ما بين التجار والمستهلكين[125]، والثاني هو العقود الخاصة بالمراكز التجارية الافتراضية، الذي تضمن مجموعة من الشروط المتعين توافرها في المتاجر الإلكترونية بصفة عامة، ثم تلك التي يتعين توافرها في كل متجر على حدة[126].

المطلب الثاني
موقف القوانين العربية من مسألة تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية

تعتبر الدول العربية، من الدول النامية التي لم تستوعب فكرة وأهمية تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، إلا في وقت متأخر. ومع ذلك أصدرت بعض الدول العربية تشريعات جديدة، عالجت فيها موضوع التجارة والمعاملات الإلكترونية، واعتمدت في صياغة معظم أحكامها، على قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996.

ونلاحظ أن بعض التشريعات العربية لم تورد تعريفا للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، وإن كان المشرع العماني قد حاول وضع تعريف له بموجب المادة الأولى (البند 8) بأنه"العقد أو القيد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استرجاعها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو تسلمها بوسائل إلكترونية على وسيط ملموس أو أي وسيط آخر ويكون قابلا للتسلم بشكل يمكن فهمه".

ونجد أن التشريعات في غالبيتها العظمى، تبنت النزعة الاستقلالية، كما في القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية عدد 83 لسنة 2000 المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية[127]، والقانون الأردني المنظم للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001[128].

---

[125] تم إعداد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة بين التجار والمستهلكين من طرف مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس في 30 أبريل 1998، ثم اعتمد من طرف اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الالكترونية في 4 ماي 1998، وتمت صياغته وإعداده بما يتفق والقانون الفرنسي، فضلا عن أنه يوفر حماية قوية للمستهلك. راجع في ذلك، أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنيت، م.س.ص. 29 وما بعدها.

[126] المرجع السابق، ص. 30.

[127] الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، في 11 غشت 2000. يمكن مراجعة النص كاملا على الموقع التالي:
http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=70 (Dec.2008).

[128] الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، ع. 4524، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر2001، ويمكن مراجعة النص الكامل على الموقع التالي:
http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=6 (Dec.2008).

أيضا صدر مرسوم بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية البحريني رقم (28) لسنة 2002[129]، ثم قانون المعاملات الإلكترونية لسلطنة عمان رقم 69/2008 الصادر في 18 ماي 2008[130]، والقانون الاتحادي الإماراتي رقم (1) لعام 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية[131]، وقانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002[132]. كما سعى المشرع المصري إلى إرساء القواعد القانونية بقانون التجارة الإلكترونية، من خلال تنظيم التوقيع الإلكتروني[133].

ووضعت دولة فلسطين مشروع قانون المبادلات التجارية والتجارة الإلكترونية سنة 2003[134]، أيضا هناك مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي سنة 2005، وقانون التعاملات الإلكترونية السعودي في 9 أبريل 2007[135]، ثم قانون المعاملات الإلكترونية السوداني[136] سنة 2007، ثم التشريع المغربي المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية في 6 ديسمبر 2007.

وقد جاءت هذه القوانين كلها، بناء على اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية: قانون الاونسيترال النموذجي (1996)[137].

وإذا كانت الدول العربية، قد أفردت نصوصا قانونية خاصة للمعاملات الإلكترونية، فإن التشريع المغربي اتخذ اتجاها مخالفا لها، بأن أضاف مجموعة من المواد الجديدة لقانون الالتزامات والعقود، مع تعديل مواد أخرى في قانون المسطرة المدنية خاصة في باب الحجة الكتابية، وذلك بموجب القانون رقم 53-05[138].

---

[129] http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=71 (M.S.J Dec.2008).

[130] http://www.ita.gov.om/ITAPortal_AR/Pages/Page.aspx?NID=1&PID=7&LID=3 (M.S.J Dec. 2008).

[131] http://helmylawyers.maktoobblog.com/3905/القانون-الاتحادي-الاماراتي-رقم-1-لسنة-2006-ف/ (M.S.J Jan.2011).

[132] http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=70 (M.S.J Dec.2008).

[133] http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=75 (M.S.J Dec.2008).

[134] http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=76 (M.S.J Dec.2008).

[135] http://www.mofa.gov.sa/Detail.asp?InSectionID=5800&InNewsItemID=87827 (M.S.J Dec.2008).

[136] http://sudanian.jeeran.com/archive/2008/1/430112.html (M.S.J Dec.2008).

[137] http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=15 (M.S.J Dec.2008).

[138] يعتبر إصدار قانون خاص بالمبادلات الإلكترونية في المغرب مطلبا ملحا للقانونيين وللفاعلين في مجال التجارة الإلكترونية، وذلك منذ العقد الأخير من القرن الماضي. وقد شكلت لهذا الغرض لجنة وزارية لإنعاش وتطوير التجارة الإلكترونية بتاريخ 29 فبراير 2000، تمخض عملها عن إعداد مسودة لمشروع قانون بخصوص رسائل البيانات، تم اقتباسه في مجمله من القانون الدولي النموذجي للتجارة الإلكترونية وكذا من القانون الدولي النموذجي المتعلق بالتوقيع الإلكتروني والمعدان من طرف لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (CNUDCI) في 6 دجنبر 1996. وفي سنة 2003، شكلت لجنة أخرى لمراجعة وتتميم عمل اللجنة الأولى، تمخض عملها عن تهيئ نسخة منقحة ومزيدة من المسودة الأولى لمشروع قانون حول رسائل البيانات. راجع: عبد الحميد أخريف، الدليل القانوني للمستهلك رقم 1: عقود الاستهلاك، مطبعة أمنية، فاس، 2006، ص. 53 - 56.

هذا، إلى جانب سنه لقواعد جديدة لأول مرة، تتعلق بالتوقيع الإلكتروني والترميز، ومقدمي خدمات المصادقة الالكترونية[139]، وسلطات المراقبة، ومنح الرخص.

---

[139] تناول القانون رقم 53-05 موضوع المصادقة الالكترونية من خلال أشخاص ثلاثة: السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية المسماة اختصارا بالسلطة الوطنية (وهي الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات)، ومقدمي خدمة المصادقة الالكترونية، وصاحب الشهادة الإلكترونية. وقد أناط المشرع بالسلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية مجموعة من المهام، أهمها: إضافة إلى اعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية بموجب المواد 15 إلى 19 من القانون رقم 05-53 المشار إليه آنفا، اقتراح معايير نظام الاعتماد على الحكومة وكيفية اتخاذ التدابير اللازمة لتفعيله، ونشر مستخرج من قرار الاعتماد في الجريدة الرسمية، ومسك سجل بأسماء مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمدين ينشر كل سنة في الجريدة الرسمية، ثم التأكد من احترام مقدمي خدمات المصاقة الالكترونية الذين يسلمون شهادات إلكترونية مؤمنة للالتزامات المنصوص عليها في القانون رقم 05-53 وفي النصوص التنظيمية له. كما يجوز لها إما تلقائيا أو بطلب من أي شخص يهمه الأمر أن تتحقق بنفسها أو أن تنتدب خبراء للتحقق من مطابقة نشاط مقدم الخدمة الذي يسلم شهادات إلكترونية مؤمنة، لأحكام هذا القانون والنصوص المقررة لتطبيقه. ويحق لأعوانها والخبراء المنتدبين من قبلها بعد إثبات صفتهم ولوج أي مؤسسة والاطلاع على كل الآليات والوسائل التقنية المتعلقة بخدمات المصادقة الالكترونية المؤمنة، حيث يعتبرونها مفيدة أو ضرورية لإنجاز مهام التحقيق المكلفين بها في إطار المادة 18 من نفس القانون.

أما مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، فقد حدد القانون مهامهم وشروط اعتمادهم لاكتساب صفة مقدمي خدمات المصادقة وكذا التزاماتهم ومسؤولياتهم. وتتمثل مهامهم بالأساس، في إصدار شهادات إلكترونية مؤمنة وتسليمها بعد التحقق من أهلية وصفة متسلم الشهادة مع ضرورة حفظ مميزاتها ومراجعها. كما يقوم مقدم خدمة المصادقة الالكترونية، بالتأكد، وقت تسليم الشهادة، من صحة معلوماتها ومن المطابقة بين معطيات إنشاء التوقيع ومعطيات التحقق منه التي تتضمنها الشهادة، كما يقوم بالإخبار الذي يوجه إما إلى صاحب الشهادة أو إلى الإدارة (السلطة الحكومية المكلفة بالتكنولوجيات الحديثة)، وذلك قبل إبرام عقد الخدمة، بطريقة وشروط استعمال الشهادة وطريقة فض المنازعات وتسوية الخلافات بشأنها، وكذا تدبير الخدمات المتعلقة بالمصادقة الالكترونية، وفق الشروط المقررة في القانون السالف ذكره والنصوص المتخذة لتطبيقه. أما بالنسبة لطالبي الإعتماد لاكتساب صفة مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية، فيتحملون بجملة من الالتزامات، أهمها: التحقق تحت مسؤوليته من هوية الشخص الذي سلمت له شهادة إلكترونية ويترتب على هذا الإلتزام، أن مقدم الخدمة يقع على عاتقه إثبات أن من تسلم الشهادة الإلكترونية أهل للالتزام، وأن له الصفة التي يدعيها، كما يلتزم بالمحافظة على مميزات ومراجع الوثائق المدلى بها لإثبات الأهلية والصفة.

أما بخصوص التزامات صاحب الشهادة الالكترونية، فهي أولا: ضمان سرية وتمامية المعطيات المتعلقة بإنشاء التوقيع، وثانيا: إبلاغ مقدم خدمة المصادقة بكل تغيير قد يطرأ على مضمون الشهادة، وثالثا: طلب إلغاء الشهادة عند الشك في سرية مضمونها أو مطابقتها للواقع. وأخيرا، عدم استعمال شهادة انتهت صلاحيتها، أو السعي إلى مقدم خدمة آخر للمصادقة الالكترونية. وانظر لمزيد من الاطلاع: مصطفى مالك، قراءة في قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج: 13-14، 2009، ص. 43 - 46. وأيضا، المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ط. 1، 2010. ص. 77 - 98. وبالرجوع إلى مقتضيات القانون رقم 05-53 المشار إليه آنفا، نجد أن المادة 1/21 منه حدد فيها المشرع المغربي الشروط التقنية التي يجب توافرها لدى مقدم خدمة المصادقة الالكترونية، على اعتباره يمارس نشاطا معلوماتيا عبارة عن معلومات وبيانات تنساب عبر أجهزة إلكترونية فإنه سيعمل حسب برامج معلوماتية محددة، وهذه البرامج لا بد وأن تكون مترابطة على نحو يؤدي إلى صدور الشهادة الخاصة بالمصادقة في أمان تام. ولمزيد من الاطلاع: ضياء نعمان، المصادقة الالكترونية على ضوء قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، مقال منشور في: المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية،ع. 1، أكتوبر 2009، ص. 136.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي، قد نظم بتدقيق مجال المصادقة الإلكترونية من خلال النصوص السالفة الذكر، وأيضا من خلال مجموعة من القرارات الصادرة حديثا عن وزير الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة، وهي صادرة بالجريدة الرسمية ع. 5830 بتاريخ 29 ربيع الآخر 1431 (15 أبريل 2010)، ص. 2483 وما بعدها. وذلك كالآتي:

- قرار رقم 10- 151 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) بتحديد شكل التصريح المسبق المتعلق باستيراد أو تصدير أو توريد أو استغلال أو استخدام وسائل أو خدمات التشفير ومحتوى الملف المرافق له.
- قرار رقم 10- 152 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) بتحديد شكل طلب الترخيص المسبق من أجل استيراد أو تصدير أو توريد أو استغلال أو استخدام وسائل أو خدمات التشفير ومحتوى الملف المرافق له.
- قرار رقم 10- 153 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) يتعلق باعتماد الأشخاص الذين لا يتوفرون على الاعتماد بصفتهم مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية والذين يرغبون في توريد خدمات التشفير الخاضعة للترخيص.
- قرار رقم 10- 154 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) بتحديد شكل طلب الحصول على الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية والمصادقة على نموذج دفتر التحملات المرافق له.

كما أفرد القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، في القسم الرابع المتعلق بالممارسات التجارية - الباب الثاني منه "للعقود المبرمة عن بعد"[140].

والملاحظ، أن المشرع المغربي استعمل اصطلاحين في قانون الإلتزامات والعقود، للتعبير عن هذا النوع من المعاملات: "العقد المبرم بشكل إلكتروني" أو "الموجه بطريقة إلكترونية".

ولا أدري لماذا استعمل المشرع المصطلحين معا، مع أنه استخدم عبارة "العقد المبرم في شكل إلكتروني"، فقط، في متن النص. فهل الأمر لا يعدو أن يكون سهوا أو خطأ مطبعيا؟، أم أن المشرع المغربي قصد التمييز بين نوعين من العقود، رغم أنهما يبرمان بذات الوسيلة؟[141]، والحال أنه استعمل مصطلحا ثالثا بموجب القانون رقم 08-31 المومأ إليه أعلاه، وهو "العقود المبرمة عن بعد".

كما نجده في الفقرة الأولى من المادة 26 من نفس هذا القانون، جعل تطبيق أحكام الباب الثاني الخاصة بـ: "العقود المبرمة عن بعد"، تطبق "على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاطا عن بعد أو يقترح بواسطة إلكترونية توريد منتج أو سلعة أو تقديم خدمة للمستهلك، كما تطبق هذه المقتضيات على كل عقد ينتج عن هذه العملية بين مستهلك ومورد بواسطة تقنية للاتصال عن بعد".

وبموجب المادة 27 من نفس القانون، "يكون عقد البيع عن بعد بوسيلة إلكترونية صحيحا إذا أبرم طبقا للشروط المنصوص عليها في القانون رقم 05-35 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتشريعات المعمول بها في هذا المجال وكذا الشروط الواردة في هذا القانون".

بذلك يكون المشرع المغربي ميز بين العقد المبرم بطريقة إلكترونية والعقد المبرم عن بعد، ليعتبر هذا الأخير أوسع مجالا، ويتضمن بين طياته العقد المبرم بطريقة إلكترونية أيضا دون أن يشير المشرع المغربي في القانون رقم 08-31، إلى العقد المرسل بطريقة إلكترونية. كما أنه يقرر أن العقد المبرم عن بعد، منحصر مجاله في البيع (المادة 27 من القانون رقم 08-31)، فيكون بذلك ذهب مع الاتجاه المنادي باعتبار العقد المبرم بالوسائل الإلكترونية عقدا للبيع عن بعد.

وتجدر الإشارة، إلى أن العقد سواء أكان مبرما بطريقة إلكترونية أو أرسل فقط بطريقة إلكترونية، فهما مبرمين عن بعد وكلاهما يتميز من حيث الطريقة التي ينشأ بها: فالأول يبرم وينفذ بطريقة إلكترونية في كل مراحل انعقاده وتنفيذه، أما الثاني فلا ينعقد بطريقة إلكترونية بل يرسل فقط بطريقة إلكترونية.

---

[140] انظر المواد من 25 إلى 44 من القانون المومأ إليه أعلاه.

[141] بخصوص عنوان النص أشار السيد الوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية والعامة في معرض مناقشة مواد النص القانوني أمام لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب، أن العنوان يحمل في طياته الاعتراف القانوني بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية وكذلك الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني وبحجية المحررات القانونية المرسلة عبر البريد الإلكتروني، كما أنه يوضح تقنية المصادقة الإلكترونية والتشفير. وفي معرض مناقشات السادة النواب لهذا العنوان ذاته، رأوا أنه يطرح بعض الارتباك من الناحية اللغوية، وتم التأكيد على ضرورة تدقيق الصياغة من أجل رفع كل لبس. انظر تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، البرلمان - مجلس النواب، الكتابة العامة، مصلحة اللجان، الولاية التشريعية السابعة، السنة التشريعية الخامسة، دورة أكتوبر 2006، ص. 15.

هنا نتساءل عن القواعد القانونية اللازم تطبيقها بخصوص العقد المرسل بطريقة إلكترونية، هل هي ذاتها التي تتعلق بالعقد المبرم بشكل إلكتروني ؟. ذلك أن العقد الأول مبرم ومرسل ومنفذ بطريقة إلكترونية، أما الثاني فإحدى مراحله هي التي تتسم بالطابع الإلكتروني.

من وجهة نظري، سنعود للقواعد العامة الخاصة بالعقود بخصوص العقد الموجه بطريقة إلكترونية، من حيث مسألة الإيجاب والقبول، وسنطبق بخصوصه الأحكام الخاصة بالتوقيع الإلكتروني والتشفير؛ أي كل الأحكام الخاصة بالعقد المبرم بشكل إلكتروني بعد إنعقاده. بينما سنطبق الأحكام القانونية الخاصة بالعقد المبرم بشكل إلكتروني كما هي في القانون رقم 05-53.

فإذا ما رجعنا إلى المصطلح المستعمل باللغة الفرنسية، نجد أن المشرع اصطلح على العقد المبرم بشكل إلكتروني بـ: "Acte établis sous forme électronique"، أي أنه عقد أبرم وكليا بشكل إلكتروني؛ بمعنى أن كل مراحل إبرام هذا العقد، تمت بشكل وبطريقة إلكترونية. بينما العقد الموجه بطريقة إلكترونية اصطلح عليه بالفرنسية "Acte transmis par voie électronique" أي أنه عقد أرسل بطريقة إلكترونية.

ومعناه، أنه من الممكن أن يكون قد أبرم بطريقة عادية وأرسل فقط بطريقة إلكترونية. والحال، أن هذا العقد الأخير لن يكون موصوفا بالصفة الالكترونية، إذ أنه أبرم بالطرق العادية فقط، عوض إرساله عبر البريد العادي أرسل بواسطة بريد إلكتروني.

ولم يوضح المشرع المغربي الفرق بين النوعين من العقود، ولا مقصده من عنونته للباب الأول مكرر ب: "العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية"، وإن كان مصطلح واحد يفي بالغرض، مادام نفسه النص القانوني الذي يحكمها معا[142].

كما لا نجد للعقد الموجه بطريقة إلكترونية أحكاما خاصة تميزه عن العقد المبرم بشكل إلكتروني، والعبارتان اللتان استعملهما المشرع، لا علاقة لهما بالعنوان الرئيسي للقانون، والذي عنونه المشرع بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية. بل أن حتى هذا العنوان ضيق منه المشرع المغربي بشكل كبير، ويتأكد ضيقه بالمادة الأولى التي تنص على أن هذا القانون يحدد النظام المطبق على المعطيات القانونية[143] التي يتم تبادلها بطريقة إلكترونية.

---

[142] لم نقف من خلال تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب، على أي ما يفيد التمييز بين العقد المبرم بشكل إلكتروني أو العقد الموجه بطريقة إلكترونية.

[143] المعطيات هي تقديم معلومات معدة في شكل متفق عليه يسهل معالجتها، فهي المعلومات منظور إليها من زاوية المعالجة المراد تحقيقها. انظر: العربي جنان، الأنظمة المعلوماتية والاتزنيت بين التنظيم القانوني وأحكام المسؤولية -النظرية والتأصيل- أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، شعبة القانون الخاص، وحدة القانون المدني، 2010، ص. 232.

وهو عنوان - اعتبره بعض الفقه المغربي[144]- ظاهره يوحي بشموله فقط عملية التبادل المتمثلة في التوجيه والاستلام، ولا يتسع لبعض العمليات الأخرى مثل: الإعداد (الإنشاء)، والتخزين، والحفظ، ولعمليات من قبيل المعادلة بين الوثائق الورقية والوثائق الإلكترونية، وعلى العمليات التي يقوم بها مزودو خدمات المصادقة الإلكترونية[145].

كما أن بالعنوان خلطا كبيرا بين نظام "التبادل المعلوماتي للمعطيات Electronic Data Interchange"[146] والذي ليس سوى طريقة إلكترونية تتمثل في نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات دون تدخل بشري، وبين "التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية Echange electronique des données juridiques"، وهذا ما يمكننا أن نستشفه من خلال النطاق الذي حدده المشرع المغربي في المادة الأولى من القانون 05-53[147].

ولذلك عملت التشريعات الأخرى على اختيار عناوين أكثر سعة وشمولية، كالتجارة الإلكترونية، والمعاملات والتجارة الإلكترونية، والمبادلات والتجارة الإلكترونية، والثقة في الاقتصاد الرقمي وغيرها. كما أن المشرع المغربي استعمل الصياغة العامة أيضا، من خلال القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، من خلال عنونته للباب الثاني من القسم الرابع بـ: "العقود المبرمة عن بعد".

ومن الملاحظ، أن المشرع المغربي حينما وضع قانونا للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، نظم من خلاله العقد الذي يبرم بطريقة إلكترونية، وكذا النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني... .

---

[144] مصطفى مالك، مقال سابق، ص. 48.

[145] Politique de Certification de référence, PC-type d'un PSCE «en application des dispositions de l'article 7 du modèle de cahier des charges, devant accompagner la demande d'agrément d'un prestataire de services de certification électronique, annexé à l'arrêté n°154-10 du 05 rabii II 1431 (22 mars 2010)» Version 1.1 (Avril 2011) ;

A consulter sur :

http://www.anrt.ma/fr/content/download_detail.php?id_page=21&id_sous_page=0&RefNiv=0&Ref=1938&aff=0 (Mai 2011).

[146] انظر ملحق بقرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 08-1214 صادر في 13 من رجب 1429 (17 يوليو 2008) يحدد شروط تطبيق مسطرة الإقرار والأداء الإلكترونيين للضريبة على الشركات، ج.ر.ع. 5661، الصادرة بتاريخ 1429 (فاتح سبتمبر 2008)، ص. 2507.

[147] مصطفى مالك، مقال سابق، ص. 49.

لذا، نرى أن حتى عنونة النص تنقصها الدقة القانونية. كما لم يفسر المشرع معنى التبادل الإلكتروني[148] للمعطيات القانونية، وإن كنا قد لاحظنا من خلال تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بمجلس النواب، أن السادة النواب اعتبروا هذا اللفظ عام ولا يعبر عن مضمون النص[149].

وحين استفسار السادة النواب بالبرلمان، عن نوعية "المعطيات" التي يتم تبادلها عبر الإنترنيت، لم يتم تفسير كلمة "المعطيات القانونية" تفسيرا واضحا وشافيا. وقد جاء في معرض جواب السيد الوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية والعامة:

"يعالج النص العديد من القضايا كالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتوقيع الإلكتروني والتشفير[150]، وكذلك التجارة الإلكترونية، وأي عنوان أعطي للمشروع يمكن أن يقلص من حجم النص، من أجل ذلك ارتأت الحكومة توسيع مضمون العنوان ليشمل التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والتي يمكن أن تكون لها طبيعة إدارية ومالية أو تجارية"[151].

---

[148] عرفت المادة 2 من تشريع المعاملات الالكترونية الأردني التبادل الالكتروني، بأنه "نقل المعلومات إلكترونيا من شخص إلى آخر باستخدام نظم معالجة المعلومات". أما قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية فعرفه بموجب البند (ب) من المادة 2 بأنه "نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين العقد". ويقصد بنظام معالجة المعلومات، "النظام الذي يشمل كامل نطاق الوسائل التقنية المستخدمة لإرسال المعلومات وتلقيها وخزنها". فرغم أن بروتوكولات إرسال الاتصالات الالكترونية لا تشير عادة إلى مكان وجود الأطراف، فكثيرا ما تتضمن عددا من أنواع أخرى من المعلومات التي تبدو موضوعية، مثل عناوين بروتوكول الانترنت؛ وأسماء الحقول، أو معلومات تتعلق بنظم المعلومات الوسيطة. من ثم يثار التساؤل عن القيمة التي يمكن تعليقها على مثل هذه المعلومات، إن كانت لها قيمة، لغرض تحديد مكان الأطراف الحقيقي. وأشارت الدراسات التمهيدية التي أجرتها الأمانة العامة للجنة وهي بصدد الصيغة الأولى من مشروع الاتفاقية الأولي، إلى أن مكان المعدات والتكنولوجيا الداعمة لها قد لا يكون عاملا كافيا لتحديد مكان الأطراف إذ أنه لا يعطي دلالة كافية إلى أطراف العقد النهائيين، وقد يتغير بمرور الوقت، وكثيرا ما لا يكون معروفا للأطراف أو ظاهرا لهم أثناء اتصالاتهم. كما أشير إلى أنه يمكن أن تسند إدارة نظام للمعلومات وتشغيله كليا إلى طرف ثالث أو أن يشغّله طرف ثالث. فمثلا يمكن أن يبرم عقد نيابة عن البائع أوتوماتيكيا مع المشتري بواسطة الحاسوب الخاص بمقدم خدمات الانترنت الذي يستضيف موقع البائع على الشبكة العالمية. فالاعتماد على مكان المعدات قد يؤدي بذلك إلى نتيجة غير مرغوبة، ألا وهي الربط بين العقد وموقع جغرافي قد يكون قليل الصلة أو عديم الصلة بمكان الأطراف الفعلي، وإن كان متعلقا بمسار الرسائل الالكترونية التي تبادلتها الأطراف. وثمة نتيجة أخرى غير مرغوبة هي أن مكان عمل الشخص، عندما يتفاوض إلكترونيا على إبرام العقد، قد يكون في الواقع مختلفا عن مكان عمل الشخص نفسه عندما يتفاوض بوسائل أخرى. ومع ذلك، يمكن تصوّر انطباق التجارة الالكترونية و"الاقتصاد الجديد" على أنشطة تجرى كليا أو غالبا بواسطة استخدام نظم المعلومات، دون" منشأة "ثابتة أو دون أي ارتباط بموقع حقيقي خلاف - مثلا - تسجيل عقد التأسيس في سجل ما . وقيل إنه قد لا يكون من المنطقي أن تطبق على هذه" الشركات الافتراضية"، كما تسمى نفس المعايير المستخدمة تقليديا لتحديد مكان عمل الشخص. أو بعبارة أخرى هل يكون من المناسب أن يعطى اعتبار قانوني لمكان المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات أو الأماكن التي يمكن منها الوصول إلى هذا النظام بغية تقرير أين يوجد مكان عمل" شركة افتراضية"؟. انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.IV/WP.104 على الرابط التالي:

http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V03/877/54/PDF/V0387754.pdf?OpenElement (mars 2009).

[149] تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، تقرير سابق، ص. 15.

[150] يعد التشفير المعلوماتي في مقدمة الوسائل في مجال توفير أمن وسلامة وسرية المعلومات والمعاملات والصفقات المتبادلة في شبكة الإنترنيت، ولا تقتصر تقنيات التشفير على تأدية وظائف الحماية والسرية للرسائل الرقمية المتبادلة وحدها، بل تتعداها لتشمل وظائف أخرى تساهم بنسبة كبيرة في تدعيم الإثبات المعلوماتي، أبرزها: التحقق من هوية مرسل الرسائل والمصادقة على مضمونها وعلى توقيع أصحابها إلكترونيا عليها، والتأكد من سلامتها، أي التثبت من عدم تعيبها أثناء عبورها داخل الشبكة، وضمان عدم قابلية إنكارها، لمزيد من الاطلاع أنظر: بولين أنطونيوس أيوب، الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2009، ص. 228 - 230.

[151] انظر تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، سبقت الإشارة إليه، ص. 15.

وجهة نظر تحترم، ولكن كان الأولى، مادام ترك المشرع النص ليشمل كل ما يمكن تبادله من معطيات باعتباره نصا عاما، أن تأتي عنونته عامة أيضا. ونقترح إعادة صياغة العنوان كالآتي: "المعاملات بطريقة إلكترونية"، لتشمل كل أنواع التعاملات بما فيها التبادل الإلكتروني للوثائق الإلكترونية بين الإدارات أو بين الإدارات والمواطنين أو الشركات فيما بينها أو بينها وبين المواطنين.

ومن وجهة نظري، ما يمكن تبادله بطريقة إلكترونية سواء بواسطة البريد الإلكتروني أو عبر موقع افتراضي على الإنترنت، لا يتضمن فقط معطيات قانونية، بل معطيات من كل نوع. ولم نقف على تفسير المشرع المغربي لعبارة "طريقة إلكترونية"، عكس التشريعات العربية التي تبنت مصطلح "المعاملات الإلكترونية"، ووضعت في ديباجة قوانينها تعريفات اصطلاحية.

وبالرجوع إلى القوانين العربية الأخرى، نجد أغلبها استعمل عبارة "المعاملات الإلكترونية". وهكذا، فقد عرفتها المادة 2 من قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية".

وكذلك فعل مشرع قانون المعاملات الإلكترونية لسلطنة عمان في المادة الأولى[152]، وأيضا وبمطالعة نصوص القانون البحريني الخاص بالتجارة الإلكترونية، يتبين لنا أنه لم يتعرض صراحة ومباشرة إلى تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية ولم يعرف المقصود بالمعاملات الإلكترونية، بل اكتفى بتعريف الوسيلة فقط، ونعني بها السجلات الإلكترونية (م. 1 البند 4)[153].

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، فقد استعمل مصطلح العقد الإلكتروني، وعرفه في المادة 2 منه بأنه" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا". ونلاحظ هنا، أن المشرع الأردني اعتبر عقدا إلكترونيا، كل اتفاق يتم انعقاده كليا أو جزئيا بوسائل إلكترونية، بحيث يشمل كافة التصرفات والعقود المبرمة عبر الإنترنت.

وقد جاء التعميم المطلق لهذا التعريف، سعيا من المشرع الأردني لاحتواء كافة التصرفات المبرمة عبر الإنترنت والوسائل الإلكترونية، نظرا لتطورها وتجددها يوميا بحيث يواجه التطورات ويحتويها ضمن التعريف العام. بذلك يكاد يعد المشرع الأردني، المشرع العربي الوحيد الذي عرف العقد الإلكتروني بشكل مباشر.

---

[152] "سجل إلكتروني: العقد أو القيد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تخزينها أو استخراجها أو نسخها أو إرسالها أو إبلاغها أو تسلمها بوسائل إلكترونية على وسيط ملموس أو أي وسيط آخر ويكون قابلا للتسلم بشكل يمكن فهمه".

[153] عرف القانون البحريني الخاص بالتجارة الإلكترونية السجل الإلكتروني بأنه: "السجل الذي يتم إنشاؤه أو إرساله أو تسلمه أو بثه أو حفظه بوسيلة إلكترونية".

وللسجل الإلكتروني أهميته في توثيق المعاملات الإلكترونية، لذا اهتمت به الاتفاقيات الدولية والتشريعات الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية. فالمادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني عرفت السجل بأنه: "القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية". وعرفه القانون الكندي الموحد للإثبات الإلكتروني بأنه: "البيانات التي يتم تسجيلها أو تخزينها على وسائط، أو بواسطة الكمبيوتر، أو أية وسيلة مشابهة، وتشمل البيانات المقروءة، أو المخرجات الكمبيوترية المطبوعة، أو أي مخرجات أخرى من هذه البيانات".

ويمكن القول، أن التعريف الذي أتى به المشرع الأردني، جاء جامعا لكل التصرفات التي يمكن أن تبرم بالوسائل الإلكترونية، بحيث لم يحصر العقد الالكتروني بنوع واحد من العقود، ولم يفرق بين أن يكون عقدا مدنيا أو تجاريا. فجاء التعريف شاملا لكل التصرفات التي يمكن إبرامها عبر الانترنيت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، بالإضافة إلى أنه ترك المجال مفتوحا لإدراج حالات جديدة من التصرفات التي تتسم بالصفة الإلكترونية والتي قد توجد مستقبلا، نظرا لأن الوسائل الإلكترونية لا تزال في تطور مستمر.

ولم يحصر هذا التعريف، الوسائل المستخدمة في إبرام العقود بواسطة إلكترونية في فئة محددة من الوسائل الالكترونية، بل تركها دون تحديد لتشمل كافة الوسائل الإلكترونية التي منها على سبيل المثال: الهاتف والفاكس والتلكس وشبكة الإنترنيت.

وعلى سبيل التدقيق، حدد المشرع الأردني المقصود بكلمة "الإلكترونية" بموجب المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية بأنها: "تقنية استخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو إلكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

أما التعريف الذي أتى به المشرع المصري في مشروع قانون التجارة الالكترونية، فأدق وأعم، بحيث أطلق عليه "العقد الإلكتروني"، وعرفه بأنه "كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني"، وهذا لاعتباره أن أي تصرف يسبق العقد أو يلازمه إذا ما تم القيام به كليا أو جزئيا، من خلال وسيط إلكتروني، فإن العقد الذي ينعقد تبعا لذلك، يعتبر عقدا إلكترونيا[154].

وقد انتهج المشرع الكويتي منهجا مقاربا لذلك في مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي، حيث قصر تنظيمه لمجال استخدام الوسائل الإلكترونية على الأعمال التجارية، مستثنيا من ذلك أي عمل تجاري. وقد تم تبرير ذلك في المذكرة الإيضاحية لمشروع هذا القانون، بأن "الأمر يتعلق بحماية الشخص العادي من أن يكون محلا لتطبيق أحكام ذالك القانون، في الوقت الذي لم يصل فيه الوعي والثقافة عند عامة الناس للمستوى المطلوب لمثل هذه التعاملات"[155].

فمن خلال المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الكويتي، نجد أنه "يطبق هذا القانون على أي نوع من المعلومات يكون في شكل مستند إلكتروني مستخدما في أعمال تجارية...". وقرر بموجب المادة 8 منه، أنه "يجوز استخدام المستند الإلكتروني للتعبير عن الإيجاب والقبول في إبرام العقود، ما لم يتفق الأطراف على غير ذلك"[156].

---

[154] لمزيد من التفاصيل، أنظر: محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2005، ص. 25.

[155] المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون التجارة الالكترونية الكويتي، ص. 2، أشار إليها محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنيت -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 1، الإصدار الأول، 2009، ص. 55 و56.

[156] عرف مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي المستند الإلكتروني بموجب الفقرة ب من المادة 2، بأنه "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو النسخ البرقي".

في مشروع قانون المبادلات الالكترونية الفلسطيني، لم نقف على أي تعريف للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، حيث اكتفى المشرع بالنص على إخضاع العقود الالكترونية للأحكام التي تنطبق على العقود الكتابية، من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ، فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون[157].

على أن هناك من التشريعات العربية من وسعت نطاق المعاملات الالكترونية، بحيث لم تقصرها فقط على الأعمال التجارية، بل وأيضا الأعمال غير التجارية، بحيث تبنت مسميات: "المعاملات أو التعاملات الالكترونية"[158] أو "المبادلات الالكترونية"[159].

فالمشرع في القانون التونسي وقانون إمارة دبي وقانون المعاملات الإلكترونية السوداني ونظام التعاملات الإلكترونية السعودي، لم يعرف العقد المبرم بطريقة إلكترونية بشكل مباشر، بل جاء ذلك من خلال تعريف المعاملات الإلكترونية. ولعله ترك الباب مفتوحا، تحسبا لما قد يحصل من إشكالات في المستقبل. فإذا نجم عن هذه المعاملات عقد، فإنه يعتبر عقدا إلكترونيا تابعا للأصل.

وهكذا، عرف نظام التعاملات الإلكترونية السعودي بموجب البند 10 من المادة الأولى منه، التعاملات الالكترونية بأنها "أي تبادل أو تراسل أو تعاقد، أو أي إجراء آخر يبرم أو ينفذ - بشكل كلي أو جزئي - بوسيلة إلكترونية". أما البند 38 من المادة 2 من مشروع قانون أحكام المعاملات الالكترونية اللبناني، فقد عرفت العقد الالكتروني بأنه "عقد يتم جزئيا أو كليا بواسطة عملية إلكترونية"[160].

أما قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي، فاكتفى بالنص على حجية العقد المبرم بوسيلة إلكترونية، ضمن مقتضيات الفصل الأول، بأن نص على أنه "... يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون". بذلك أعطى المشرع التونسي الحجية للعقود الإلكترونية، من خلال إخضاعها لأحكام العقود التقليدية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ، مع مراعاة خصوصية العقود الإلكترونية عند تطبيق النص.

قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لم يعرف، هو أيضا، العقد الالكتروني وإن استعمله كمصطلح إذ اكتفى - وكنظيره السعودي - بتعريف المعاملات الإلكترونية بأنها: "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية". وحصر المعاملات في النطاق التجاري فقط، بأن نص في المادة 2 منه على أنها "تتم بواسطة المراسلات الإلكترونية" وعرف في نفس المادة المراسلات الالكترونية بأنها "إرسال واستلام الرسائل الإلكترونية".

---

[157] نصت المادة 5 من مشروع قانون المبادلات والتجارة الالكترونية الفلسطيني، على أنه "ينطبق على العقود الالكترونية ما يطبق على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة وأثرها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ، فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

[158] مثل: قانون المعاملات الالكترونية البحريني لعام 2002، وقانون المعاملات الالكتروني الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2002 ونظام التعاملات الالكترونية السعودي لسنة 2009.

[159] مثل: قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي لسنة 2000، ومشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني.

[160] إلياس ناصيف، م.س.ص. 369.

بذلك فإن المشرع الإماراتي لم يعرف العقد المبرم بواسطة إلكترونية، إنما اكتفى بتعريف المبادلات الالكترونية، التي اعتبرها تشمل التعامل والاتفاقية والعقد[161] بحيث يتم إبرام أي من هذه التصرفات، أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية واستلامها.

هذا بعكس المشرعين الأردني والمصري، اللذين عالجا كلا من العقد الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية وتبادل البيانات بشكل مفصل، ليكون أكثر دقة وبعدا عن الخلط بين كل منها، حيث إنه لا يمكن تبادل البيانات إلكترونيا دون إبرام عقد. مما قد يكون من الأفضل تعريف كل منها وبيانها بشكل مباشر، وذلك توفيرا للشفافية في هذه التصرفات، سواء تم إبرام عقد أم لا[162].

بذلك نستخلص أن المعاملات الإلكترونية - باعتبارها تبادل إلكتروني بين طرفين- لا تنحصر في إطار معين للمبادلات إذ تتسع لتشمل كافة التبادلات بين الأفراد والشركات. وليس من المهم أن تتعلق فقط بالجانب التجاري، لكن المهم هو أن تحدث تبادلات بين طرفين غير حاضرين في مجلس عقد واحد، وذلك باستعمال وسيلة إلكترونية[163].

من خلال وقوفنا على مختلف التعريفات الفقهية والتشريعية من العقد المبرم بطريقة إلكترونية، نستخلص أهمية وضع تعريف لهذا النوع الجديد من العقود. على أننا نفضل لو أن المشرع المغربي استعمل عبارة "المعاملات بطريقة إلكترونية"، لشمولية هذا المفهوم لمختلف أنواع المعاملات، ولتدخل بذلك في زمرتها، كل العقود التي تبرم بوسيلة إلكترونية".

ومرد اختيارنا لعبارة "**المعاملات بطريقة إلكترونية**"، كعنوان لقانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، أن المشرع نفسه أكد على أن النص جاء عاما. ونقترح تعريف المعاملات التي تتم بطريقة إلكترونية بأنها كل تعامل أو إجراء أو اتفاق أو تصرف يبرم كليا بوسيلة إلكترونية أو يبرم وينفذ جزئيا بوسيلة أو أكثر من الوسائل الإلكترونية.

نخلص مما تقدم من تحليل، أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية أيا كانت الطريقة المستعملة، ما هو في حقيقة الأمر سوى عقد عادي، اكتسب الطابع الإلكتروني من الوسيلة التي استعملت من أجل إبرامه وانعقاده، والتي هي - في الغالب الأعم - شبكة الإنترنيت.

---

[161] التعامل هو عقد من العقود، سواء كان من العقود المسماة المعروفة والتي نظمها القانون مثل: عقد البيع والإيجار والدعاية والإعلان وكذلك الصيانة والنقل وغيرها من العقود المسماة. أما العقود غير المسماة فقد تكون كذلك من العقود الإلكترونية كعقد إدارة المنزل وعقد الرعاية الطبية لفريق كرة القدم أو غيرها. أما الاتفاقات فقد يقصد بها عقود جماعية بين إحدى الجماعات ومجموعة عملاء وبين أحد الأطراف، وبين مجموعة من المستهلكين وشركة من الشركات، لكن ما ينبغي ملاحظته أن التعامل أو الاتفاق أو العقد، هو في حقيقته تكرار لمضمون العقد. انظر لمزيد من التفاصيل: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية العربية - الكتاب الثاني- دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2007، ص. 95 و96.

[162] لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، رسالة دكتوراه من الأردن، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 24 و25؛ محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2006، ص.56، أنظر أيضا عامر محمود الكسواني، التجارة عبر الحاسوب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الإصدار الأول، 2008، ص. 52.

[163] شيماء عبد الغني محمد عطا الله، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص. 9.

ومرد موقفنا هذا، هو أن المشرع المغربي بموجب القانون رقم 05-54، حصر العقد المبرم بطريقة إلكترونية في إطار ضيق دون أن يضفي على الهاتف والتلكس والفاكس والتي هي وسائل إلكترونية أيضا، نفس الأحكام؛ مما يعني أن مقصد المشرع المغربي هو العقد المبرم عبر الإنترنيت، وإن كان قد استعمل مصطلحا عاما في الباب الثاني من القسم الرابع من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وهو "العقد المبرم عن بعد"[164]، وإن كان قد ميز في العقود عن بعد، تلك التي تبرم بواسطة إلكترونية (فق.1، م. 26).

ومن خلال ما سبق، نستخلص ما يلي:

العقد المبرم إلكترونيا أو في شكل إلكتروني أو المرسل إلكترونيا أو المبرم بطريقة إلكترونية - كيفما كان المصطلح المعتمد[165] - هو عقد يخضع للقواعد والأحكام العامة المنظمة للمعاملات، مع بعض الخصوصيات التي تميزه من حيث الوسيلة الإلكترونية، وتتمثل في الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها[166].

وهو بذلك نوع خاص من العقود الافتراضية[167] التي تتم ما بين غائبين؛ بمعنى أن هذا العقد، لا يجمع متعاقديه في مجلس عقد واحد، لكن يكون بينهما اتصال مباشر، حيث ينشأ هذا النوع من العقود في فترة زمنية ولو كانت قصيرة، يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول.

ومثل هذه الفترة الزمنية لا نجدها في التعاقد ما بين غائبين، كما في التعاقد عبر الرسائل أو البرقيات أو باستخدام رسول[168]. فهذه وسائل تقليدية وبطيء تبادل الإيجاب والقبول عبرها، إذا ما قورنت بوسائل الاتصال الفوري كالهاتف والتلكس والفاكس. فمن خلال هذه الوسائل، يتم تبادل التعبير عن الإرادتين كأن المتعاقدين مجتمعان بمجلس عقد واحد، مع أن الواقع أنهما مختلفان في المكان والزمان.

---

[164] نص المشرع المغربي بموجب المادة 31 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، على أنه "دون الإخلال بمقتضيات المادة 29، يجب على المورد، إذا تعلق الأمر ببيع عن بعد باستعمال الهاتف أو أية تقنية أخرى للاتصال عن بعد، أن يشير صراحة في بداية المحادثة مع المستهلك إلى هويته والغرض التجاري من الاتصال".

[165] المصطلحات التي سبق لنا الإشارة إليها، تفيد كلها المعنى ذاته، لذا سنتبنى مصطلح العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لأنه المصطلح الأدق تعبيرا من وجهة نظرنا.

[166] محمد حسين منصور، م.س.ص. 18.

[167] Le Contrat virtuel.

[168] عبد المنعم فرج الصده، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، القاهرة، 1979، ص. 140.

بذلك نتبنى في أطروحتنا هذه، مصطلح "العقد المبرم بطريقة إلكترونية". ويمكننا أن نعرفه بأنه اتفاق يتلاقى فيه إيجاب صادر من طرف أول - محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كلاهما على شبكة الاتصالات - بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق، من خلال استعمال وسائط إلكترونية للاتصال عن بعد، سواء أكانت مسموعة مرئية عبر جهاز الحاسوب أو عبر جهاز الهاتف المحمول أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى[169] بفضل التفاعل بين الموجب والقابل[170]، من أجل إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية يقصد الطرفان إتمامها[171].

ومن وجهة نظري، العقد المبرم بطريقة إلكترونية - سواء كان عن طريق الإنترنيت أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى، وسواء بشكل كلي أو جزئي - من العقود المبرمة عن بعد بين غائبين من حيث المكان، حاضرين من حيث الزمان في بعض أنواعه - كما سنرى في حينه - بإحدى وسائل الاتصال الحديثة، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول من خلال الوسائط الإلكترونية[172].

وهذا التعريف في نظرنا، شامل ويتضمن التعبير عن الإرادة سواء من خلال استخدام وسائل إلكترونية مباشرة أو من خلال أجهزة تفاعلية مبرمجة خصيصا للتعبير عن الإرادة نيابة عن أحد طرفي العقد. ولا يهم في نظرنا أن يكون تنفيذ العقد المبرم بطريقة إلكترونية، قد تم كليا أو جزئيا في البيئة الإلكترونية أو وفق الطرق التقليدية.

وهكذا يظهر لنا جليا، أن خصوصية تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية، تكمن في الجانب الإلكتروني من هذا العقد؛ بمعنى آخر في الوسيلة التي من خلالها يبرم وينعقد. مما يميزه بسمات تخصه وتجعله يختلف عن غيره من العقود، وهذا ما سنتطرق إليه من خلال **الفرع الثاني**.

---

[169] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي: (الالكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002. ص. 68.

[170] يمكن تعريف التفاعل بأنه "إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات والآلة، بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة للرؤية"، انظر محمد فتوح عثمان، أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون، ع.2، س. 9، يوليوز 2001، ص. 437. انظر أيضا،

Beaure d'Augères et autres, Op.Cit., p. 76, V. aussi, Poitier Isabelle, Le commerce électronique sur Internet, G.P., 4 Av. 1996, p. 298.

[171] Beaure D'Augeres et autres, Op.cit., p. 76.

[172] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، م.س.ص. 71.

الفرع الثاني
سمات العقد المبرم بطريقة إلكترونية

إن الوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد، سواء أكانت شبكة الإنترنيت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى قد تظهر فيما بعد، ميزت هذا النوع من العقود، بسمات جعلته يختلف عن غيره من العقود. وسنحاول في هذا الفرع، التركيز على الخصائص الأساسية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، والتي تمثل أوجه اختلاف جوهرية بينه وبين العقد العادي **(المبحث الأول)**.

على أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة للعقود عموما، والمنصوص عليها في القوانين المدنية، وإن رأى بعض من الفقه أنه يتسم بصفة الإذعان، مما يقتضي منا البحث في مدى توافر صفة الإذعان في العقد المبرم بطريقة إلكترونية **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول
الخصائص الأساسية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية

يتميز العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بسمات عدة تميزه عن العقد المبرم بطرق العادية، نظرا للطبيعة الخاصة للتعاملات الالكترونية، ولعل أهمها: الوسيلة التي ينعقد بها، والتي تعد أهم وجه لخصوصيته **(المطلب الأول)**. كما أنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، مع أنه لا يشكل نوعا جديدا من العقود **(المطلب الثاني)**. ويتميز أيضا هذا العقد بأنه تغلب عليه الصفة التجارية **(المطلب الثالث)**.

المطلب الأول
العقد المبرم بطريقة إلكترونية متميز من حيث الوسيلة التي يبرم بها

لا يختلف العقد المبرم بطريقة إلكترونية من حيث الموضوع عن سائر العقود الأخرى، إذ يمكن أن يرد على كافة الأشياء والخدمات التي يجوز التعامل فيها. أما من حيث أطراف العقد، فهم أنفسهم في أي عقد آخر، بائعون أو مقدمو خدمات ومشترون ومستهلكون. كما يتم إبرام هذا العقد بين الأفراد أو الأشخاص المعنوية العامة والخاصة، من شركات ومشروعات[173].

ما يعتبر من أهم مظاهر الخصوصية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية - وإن كان لا يختلف عن بقية العقود من حيث الموضوع والأطراف - أنه عقد يبرم باستخدام وسائل إلكترونية حديثة، كشبكة الإنترنيت، أو الهاتف المحمول المرئي المتوفر على خدمة الإنترنيت، أو أي وسيلة اتصال إلكترونية أخرى. وقد مكنت وسائل الاتصال الالكترونية، الأشخاص من تبادل البيانات والمعلومات فيما بينهم بسهولة ويسر، لإتمام أعمالهم وإبرام عقودهم، بحيث تجمعهم كل المتطلبات الضرورية لإبرام العقود.

[173] Beaure d'Augères Guillaumeet autres, Op.cit, p. 76 et s.

وتجدر الإشارة، إلى أن اصطلاح "الاتصالات الإلكترونية"، يأخذ مفهوما واسعا في مجال التعاقد بواسطة إلكترونية، فهو ينطبق على كل أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بالصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها، وينطبق ذلك على كل الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية. كما يشمل أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات الهيرتزية[174]، وينطبق كذلك على عروض الإيجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية[175].

وتعتبر الإنترنيت، أحدث الوسائل الإلكترونية المستعملة في إبرام العقود ومختلف المعاملات. وهي تقوم على التقنيات الإلكترونية التي تستعمل الحواسيب ذات البنية الإلكترونية المعقدة والموصولة فيما بينها - عبر العديد من شبكات الاتصال - إما عن طريق خطوط الهاتف أو عن طريق الأقمار الصناعية.

وفي كلتا الحالتين، تعتمد هذه الشبكات على تقنيات تكنولوجية مبنية على وصلات سلكية أو لا سلكية ذات رموز رقمية، تشكل بيانات سمعية أو صوتية أو أحرفا أو أرقاما[176]. كما تمكن شبكة الإنترنيت من الاتصال بعدد كبير من المواقع، من خلالها تتم دراسة العروض المقدمة من العديد من العارضين، والبحث من خلالها في المواصفات والمقاييس المراد توافرها في السلعة المراد الحصول عليها.

وإذا ما تبين أن ثمة غموض في العروض، تتم مراسلة الموقع لطلب إيضاحات أكثر. ومن الممكن أيضا، القيام بإجراء تجربة للسلع المعروضة. وقد تتم تجربة السلعة، إذا كانت من الممكن استخدامها بواسطة برامج الحاسوب[177] مهما كان نوعها، أو أية سلعة يمكن استخدامها من خلال الحاسوب[178].

---

[174] Une communication hertzienne.

[175] أشرف وفا محمد، عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية- القاهرة، جامعة الدول العربية، 17-18 يناير 2004، أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم في مؤلفه: إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص.54.

[176] عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنيت - دراسة تحليلية - دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط. 1، 2007، ص. 66 و67.

[177] يمكن تعريف برامج الحاسوب اصطلاحيا، بأنها "مجموعة تعليمات وأوامر مكتوبة بلغة ما موجهة إلى جهاز تقني معقد، يسمى بالحاسب الإلكتروني، بغرض الوصول إلى نتيجة معينة"، تخزن في الذاكرة الرئيسية لتوجه الحاسوب لإنجاز العمليات المطلوبة، وتمكنه من إدارة ومراقبة وتنظيم مكوناته المادية، لتنفيذ هذه العمليات ويرجع أصل مصطلح "برامج الحاسوب" إلى الكلمة الإنجليزية "Software"، ورأى البعض أن الترجمة الدقيقة لهذا المصطلح هي الكيان المنطقي، حيث تشمل بالإضافة إلى البرنامج الذي هو جوهر النظام، كافة الوثائق اللازمة والمصاحبة لهذا البرنامج، وكل البرامج الأخرى المساعدة، وكذا العناصر غير المادية اللازمة لتشغيل الحاسوب والاستفادة من إمكاناته.

أما تعريف البرامج في الاصطلاح المعلوماتي، فهي الوسيلة التخاطبية بين الإنسان والآلة، وهي عبارة عن أوامر مرتبة منطقيا وموجهة إلى الحاسوب، بعد ترجمتها إلى اللغة الوحيدة التي يفهمها الحاسوب، وهي اللغة الثنائية. ويمكننا القول، إن برامج الحاسوب، عبارة عن مجموعة من التعليمات والطرق الموجهة له في معالجة البيانات والمعلومات المدخلة إليه، بطريقة أوتوماتيكية منطقية ومسترسلة، بفضل برنامج أو أكثر منسجمة فيما بينها ومكتوبة بلغة ما. وهو يضم إلى جانب البرنامج في ذاته، المعطيات والمستندات المرافقة له. راجع لمزيد من التفاصيل، بشرى النية، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب م.س.ص. 31 وما بعدها.

[178] إلياس ناصيف، م.س.ص. 39.

ولعل تلك الوسائل الإلكترونية في التعاقد، هي التي استوجبت ضمانات خاصة تتعلق بأهلية المتعاقدين، وسلامة المنتجات والسلع، وصلاحيات الخدمات[179]، والمشاكل التي يطرحها تنفيذ العقد وإثباته.

ولصياغة العقد أهمية بالغة، لما في ذلك من تأثير على حقوق الطرفين عند تأويل وتفسير الاتفاق وتكييفه الصحيح للتوصل إلى حل المنازعات التي قد تثار في شأنه، لا سيما في مجال المسؤولية العقدية الالكترونية[180]. وأحيانا لا مجال لإعمال الصياغة، كما في حالة إبرام العقد وتنفيذه على الخط، أي على شبكة الانترنيت، مثل الخدمات المصرفية؛ فالعقد هنا لا يتجسد على أي دعامة.

كما تفرغ بعض المعاملات الالكترونية في شكل عقود نموذجية[181] مكتوبة أو محملة على الشبكة، وصيغتها معدة مسبقا من لدن الطرف القوي في العقد، كما في عقود تقديم الخدمات المعلوماتية والاتصالات، حيث يكون المتعاقد في الغالب شركة متخصصة تعد صيغا نموذجية على ضوء المنافسة ومؤشرات السوق في شكل غير قابل للتفاوض، ما عدا إمكانية الإختيار بين أصناف النماذج المعروضة؛ ومن تم فهذه العقود لها صبغة إذعانية[182].

بذلك يتميز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن بقية العقود الأخرى، من حيث الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها؛ مما يجعل له خصوصية متميزة ومعيارا أساسيا لتمييزه عن بقية العقود.

المطلب الثاني
العقد المبرم بطريقة إلكترونية من العقود المبرمة عن بعد

يشهد قطاع الاتصالات عن بعد تطورا مستمرا ومتنوعا، حيث يمكن إبرام العقد عن بعد بطرق مختلفة، منها: التلغراف والهاتف والفاكس والإذاعة والتلفزيون والإنترنيت، وغيرها من وسائل الاتصال الأخرى التي أتينا على ذكرها[183].

---

[179] ألزم المشرع المغربي بموجب المادة 4 من مشروع قانون رقم 09-24 يتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود (صيغة جديدة)، كلا من منتجي ومستوردي المنتوجات وكذا مقدمي الخدمات بألا يعرضوا إلا المنتوجات أو الخدمات السليمة والتي عرفها بموجب المادة 4 من نفس مشروع القانون السالف ذكره. كما تطرق الباب الثاني منه، إلى كل ما يخص الالتزام العام بسلامة المنتجات والخدمات على السواء.

[180] العربي جنان، الأنظمة المعلوماتية والإنترنيت، أطروحة سابقة، ص. 215.

[181] العقد النموذجي الإلكتروني الذي يظهر على صفحات المواقع على الويب، يشبه إلى حد بعيد الاستمارات المرفقة بإعلان عن سلعة ما على صفحات الجرائد والمجلات، والتي تبين مراحل العقد، والعرض وثمنه ونوع السلعة أو الخدمة المعروضة، ووسيلة الدفع وحق العدول والكيفية التي يتم بها تسليم المبيع أو تقديم الخدمة، وتبقى في النهاية مرحلة إبرام العقد بتخصيص مكان للضغط أو كتابة الكلمات التي تدل على القبول أو الرفض. راجع، مولود قارة، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، الملتقى الدولي حول التوجه التعاقدي للتصرفات القانونية، بكلية الحقوق جامعة تلمسان، 23 و24 أبريل 2006، مداخلة منشورة في: مجلة دراسات المعلومات، ع. 3، سبتمبر 2006، ص. 25.

[182] العربي جنان، المرجع السابق، ص. 215 و216.

[183] Pierre Laffitte et René Tregouet, Les conséquences de l'évolution scientifique et technique dans le secteur des télécommunications, rapport d'information 159 (2001-2002), O.P.D.C.S.T., p. 40, A consulter sur : www.senat.fr/rap/r01-159mono.html (M.S.J jan. 2009).

ولا جدال أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من العقود التي تبرم عن بعد، حيث تتم بين شخصين يعبران عن إرادتيهما بوسائل إلكترونية. بعبارة أخرى بين غائبين مكانيا، حاضرين زمانيا؛ فلا وجود مادي للطرفين ولا علاقة مباشرة تربطهما، حيث لا ينعقد مجلس العقد[184] وفق التصور القانوني، بل ينعقد افتراضيا بين طرفين متواجدين افتراضيا أيضا[185].

فقد يتواجد العارض المهني في مكان، والمستهلك في مكان أو بلد آخر. كما قد يختلف التوقيت الزمني أيضا بينهما، اعتمادا على علاقة تقنية حديثة ومتطورة، يتم من خلالها التلاقي بين طرفي المعاملات من خلال شبكة الاتصال.

وبالرغم من أن هذا النموذج ليس جديدا، حيث شهدت التجارة الاستخدام المكثف لوسائل الاتصال الحديثة، مثل الفاكس والمينيتل، إلا أن ما يميز هذا الأسلوب هو وجود درجة عالية من التفاعلية، بغض النظر عن وجود طرفي التفاعل في الوقت نفسه على الشبكة[186].

وعلى نحو ما يتضح بجلاء من نص الفقرة الأولى من مشروع المادة 24 من مشروع قانون رقم 08-31 يقضي بتحديد تدابير لحماية المستهلكين[187] - في نسخته التي صادق عليها مجلس الحكومة (2008)- أن التعاقد عن بعد هو "كل عقد بيع لمنتوج أو سلعة أو تقديم خدمة يبرم دون حضور الأطراف شخصيا وفي آن واحد، بين مستهلك ومورد يستعملان بوجه خاص واحدة أو أكثر من تقنيات الاتصال عن بعد ولا سيما التقنيات الإلكترونية لإبرام العقد المذكور"[188].

ويلاحظ أن المشرع المغربي، تراجع عن هذا التعريف ليكتفي فقط في المادة 25 (النسخة الصادرة في الجريدة الرسمية) ضمن البند الأول، بتعريفه لتقنية الاتصال عن بعد بأنها "كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصيا وفي آن واحد".

وإذا كان المشرع المغربي لم يعرف الوسائل الإلكترونية، ولم يحددها بموجب القانون رقم 05-53، بأن اكتفى فقط بالإشارة بموجب الفصل 3-65 ق.ل.ع إلى أنه "يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود"، فإنه في نص المادة 25 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك (البند الأول)، عرف تقنية الاتصال عن بعد بأنها "كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصيا وفي آن واحد".

---

[184] مجلس العقد، هو الفترة الزمنية التي تبدأ من صدور الإيجاب والطرفان مقبلان على التعاقد دون إعراض من أحدهما.

[185] نزيه الصادق المهدي، انعقاد العقد الالكتروني، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و 29 ماي 2009، ص. 192 و193؛ انظر أيضا: إدريس الحياني، مقال سابق، ص. 51.

[186] فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 37 و38.

[187] تغيرت عنونة مشروع هذا القانون فيما بعد لتصبح " القانون القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك".

[188] هذا التعريف مقتبس من التعريفات التي جاءت بها التوجيهة الأوروبية رقم CE/7/97، بتاريخ 20 ماي 1997.

أما التوجيهة الأوروبية رقم 97-7 الصادرة في 20 ماي 1998، والتي نصت بموجب المادة 1/2 على تعريف العقد عن بعد بأنه "كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين المورد والمستهلك في نطاق نظام للبيع، أو تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية الاتصال عن بعد لإبرام العقد وتنفيذه".

كما عرفت تقنية الاتصال عن بعد بموجب المادة 4/2 بأنها "كل وسيلة يمكن استخدامها، تتيح إبرام العقد بين أطرافه، وذلك دون الحضور المادي لكل من المورد والمستهلك". فهذا التعريف اشترط عدم الوجود المادي واللحظي للطرفين المتعاقدين مجتمعين معا.

وقد تضمن ملحق التوجيهة المذكورة أعلاه، بشأن البيع عن بعد، أمثلة لتقنيات الاتصال عن بعد، منها: الكتالوجات، والهاتف مع تدخل إنساني أو دون تدخل إنساني، وكذلك التليفون المرئي "الفيزيفون"، والفيديوتكس، والميكروكمبيوتر، والمراسلات الالكترونية، وماكينات التصوير، والتلفزيون[189].

وعلى اعتبار أن هذا العقد يبرم بوسائل إلكترونية، فإنه يتم دونما تواجد مادي فعلي متزامن لأطرافه المتعاقدة لحظة تبادل الرضا بينهم، مما يجعله ضمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، أو كما يطلق عليها عقود المسافات[190]. فالعقد يبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه في لحظة التقاء إرادتيهما، لكن يستعملان في إبرامه وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية عن بعد.

فتلاقي الإيجاب والقبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، إنما يكون عن طريق اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها، كما تتيح للمستهلك إرسال إيماءات أو إشارات يحتمل قبولها من الطرف الآخر. فخدمة اتصال الأنظمة المعلوماتية ببعضها تسمح باستشارة المعلومات، سواء أكانت فورية أو مستندية[191]، أو أكانت ذات أهمية عامة أو خاصة.

كما تتيح إجراء العمليات التجارية، كطلب السلعة أو الخدمة، حيث يمكن للشخص الوصول إلى ما يرغب فيه من خلال العروض المتسعة الخيار، وذلك بالضغط على زر لوحة المفاتيح الموجودة بحاسوبه الخاص المتصل بالإنترنيت دونما حاجة إلى الانتقال، الأمر الذي يؤدي إلى سهولة الاتصال والتفاعل الدائم بين طرفي العقد، ويكفل لهما التفاوض ومناقشة بنود العقد بحرية تامة، كما هو الحال تقريبا في التعاقد الذي يتم في مجلس العقد بين حاضرين[192].

---

[189] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنيت، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص.88 - 91. وأيضا، إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 55.

[190] يطلق عليها بالفرنسية «Contrats à distance» وبالإنجليزية: «Distance Contracts» وللمزيد من الإطلاع انظر: محمد السعيد رشدي، م.س.ص. 6؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، م.س.ص. 49. محمد حسين منصور، م.س.ص. 23 و24. وفي ذات السياق انظر:
Graham Allan, Electronic Trade: Contractual niceties in Hyperspace, Baker & McKenzie, London, p. 7. at: www.baker.com.hk/publicat/europe/alrt16/t-19august1998, (juin 2009).

[191] مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 47.

[192] محمد حسين منصور، م.س.ص. 19.

بذلك يعتبر مفهوم الاتصال عن بعد واسعا، بحيث يشمل كل العقود المبرمة بواسطة وسائل الاتصال، سواء أكانت التقليدية أم الحديثة، كما قد يكون مرتبطا بأزمنة مختلفة. ولعل أبرز مثال عن الاتصال المتزامن: هو غرف الحوار "Chat room" أو البريد الإلكتروني "E- Mail"، وكذلك الحوارات التي تتم عبر الويب، بدون حضور مادي متزامن[193].

فتبادل التراضي في هذا النوع من العقود، يكون بين طرفين لا يتواجدان ماديا في مكان واحد، بل يجمعها مجلس عقد حكمي افتراضي، وإن كانا على اتصال مباشر فيما بينهما، بحيث تفصل في هذا النوع من العقود فترة زمنية ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به، وصدور القبول وعلم الموجب به.

ومثل هذه العقود التي تتم ما بين غائبين - من حيث المكان- من خلال وسائل الاتصال الفوري، تتيح التعبير عن الإيجاب والقبول إلكترونيا، مما توفر الجهد والوقت ومشقة الانتظار والبحث عن السلعة. فقد أدى استخدام العقد المبرم بطريقة إلكترونية إلى ازدياد وتنوع المعاملات، وإلى توسيع دائرة السوق التي تتعامل فيها الشركات، إذ تعدتها من السوق المحلية إلى أخرى دولية.

فعلى سبيل المثال، أعلنت شركة "بوينج" عن توفير مالي قدره 20%، وذلك بعد الإعلان عن الحاجة لمصنع من أجل صنع نظام جزئي للشركة. وقد كان الإعلان على موقع الشركة على الإنترنيت، فاستجابت إحدى الشركات للطلب المقدم، وقد كان عرض الشركة القابلة للطلب أرخص وأفضل من بقية الشركات[194].

إضافة إلى ذلك، يمكن تنفيذ العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن بعد أيضا[195]، ودون انتقال أطرافه إلى مكان معين. بمعنى، أن طرفي العقد يقومان بتنفيذ إلتزاماتهما المتبادلة إلكترونيا، كما في عقود الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية وبنوك المعلومات والمواقع القانونية الإلكترونية، والتي يمكن تنفيذها عن بعد دون التواجد المادي؛ مما من شأنه توفير الوقت والجهد والحصول على أحسن العروض.

فعندما يتم التعاقد من أجل تقديم خدمة الاستشارات القانونية عن بعد مثلا فالإبرام والتنفيذ يكونان عن بعد، عكس بعض العقود الأخرى التي تقتضي الوجود المادي عند التنفيذ، كما في عقد بيع سيارة عن طريق الإنترنيت فالإبرام يتم عن بعد، بينما التنفيذ لا يمكن أن يتم عن بعد، بل من خلال التواجد المادي لعاقديه[196].

---

[193] "Sans presence physique simultané"; V. Katsh E., The emergence of line dispute resolution, in les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Ed. Litec, 23-25 oct. 2000, p. 52.

[194] عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص. 151.

[195] مصطفى أحمد عمرو، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنيت، دار النهضة العربية، 2008، ص. 35.

[196] شحاته غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية -دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، 2008، ص.43.

بذلك، فإن العقد المبرم بطريقة إلكترونية يتم من خلال إحدى الوسائل الإلكترونية للاتصال عن بعد، كالهاتف، والتلكس، والفاكس، والتلغراف[197]، والبث التلفزيوني "Vidéotransmission"، و"الكتالوجات الإلكترونية Catalogues électroniques"[198]، وغير ذلك من الوسائل التي تعمل بمجرد أوامر التشغيل إليها[199].

وبما أن العقود المبرم بطريقة إلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، فإنها تتصف بطابع داخلي ودولي أيضا، إذ قد تبرم داخل الدولة الواحدة، كما قد تجتاز الحدود الجغرافية، حيث تبرم بين أطراف ينتمون إلى بلدان مختلفة. مما تثير بعض الإشكالات التي قد لا تحصل بالنسبة للعقود المبرمة بين حاضرين، ونذكر منها على سبيل المثال: اللغة التي سيتم تحرير العقد بها، وأيضا مسألة توقيت إبرام العقد، حيث يمكن إبرام العقد بين شخصين أحدهما في المغرب والآخر في الولايات المتحدة الأمريكية، وهناك ثمة فارق زمني بين موطني المتعاقدين.

كما تطرح أيضا مسألة الغياب المادي للسلعة عن أنظار المستهلك، الذي لا يستطيع معاينتها إلا من خلال الموقع، إذا ما وجدت صورة لها، أيضا مسألة التحقق من أهلية وهوية المتعاقدين من حيث صحة البيانات المعطاة عن الشخص المراد إبرام العقد معه من الإشكالات القانونية المطروحة، وكذلك مسألة التوقيع على العقد، وصحة المستندات المدلى بها بين الطرفين[200].

على أن الآراء الفقهية، اختلفت بين من يعتبرها عقودا داخلية (وطنية)، ومن يعتبرها عقودا دولية.

ويفرق الرأي الأول بين نوعين من العقود المبرمة بطريقة إلكترونية:

- **النوع الأول:** العقود التي تبرم بين أشخاص يقيمون في دول مختلفة، وهذه العقود دولية بالمعنى الدقيق، بسبب اتصالها بأكثر من دولة من خلال موطن أو جنسية أو مراكز أعمال أحد أطرافها، واتصالها بمصالح التجارة الدولية[201].

- **النوع الثاني:** عقود تبرم بطريقة إلكترونية، بين أشخاص يقيمون في دولة واحدة تتركز فيها جميع عناصر العلاقة القانونية، كتعاقد مغربي على شراء كتب داخل المغرب، ويتم الدفع بالدرهم المغربي ويكون التسليم في المغرب أيضا؛ فهذا العقد وطني بحت.

أما الرأي الثاني، فيرى أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية - خاصة تلك التي تجري عبر شبكة الإنترنيت - هي عقود دولية، بغض النظر عن وصف البعض لها أنها تجسيد للعولمة، وبالتالي صعوبة توطين العلاقات القانونية التي تجري بواسطتها[202].

---

[197] Brault N., le droit applicable à Internet: de l'abîme aux sommets, Legicom, Av-Mai-Juin, 1996, p. 5.

[198] Deprez Pierre et Fauchaux Vincent, Op.cit, p. 135.

[199] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، ص.25، يمكن الإطلاع على نص المقال على الموقع التالي: www.ArabInfo.com (يناير 2008).

[200] سيتم التطرق إلى مختلف هذه الإشكاليات وغيرها في حينه.

[201] أحمد عبد الكريم سلامة، القانون الدولي الخاص النوعي (الإلكتروني - السياحي - البيئي)، م.س.ص. 32 و33.

[202] أحمد عبد الكريم سلامة، المرجع السابق، ص. 34 - 48.

على أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية ليس دائما عقدا دوليا، وذلك لكون الشبكة الدولية فضاءا افتراضيا يجمع البائعين والمشترين في معارض تجارية افتراضية تتم عبر الشبكة. ويرى موقف في الفقه، أنه دائما عقد دولي لعدم إمكانية تطبيق المعايير التقليدية في القانون الدولي الخاص، بوصفه عقدا وطنيا أو دوليا؛ مما يعني تغييرا جوهريا في الأوضاع والمفاهيم القانونية التقليدية[203].

وهناك من الفقه[204] من يعتبر العقد المبرم بطريقة إلكترونية - باعتباره ينتمي لطائفة العقود المبرمة عن بعد - عقدا من طبيعة خاصة ولا سيما فيما يتعلق بحماية المستهلك، إذ إن لهذه العقود أحكاما وقواعد تختلف عن تلك الخاصة بالتعاقد بين حاضرين، ومنها على سبيل المثال أن المستهلك يتمتع بحق أو رخصة الرجوع في العقد خلال مدة معينة، تحسب عادة من تاريخ تسلمه للمنتج الذي تعاقد عليه.

وسند هذا الموقف في الفقه، أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية باعتباره عقدا عن بعد، فإن تنفيذه يمكن أن يتم بنفس الطريقة؛ أي دونما حاجة لانتقال الطرفين والتقائهما في مكان معين، حيث رغم وجودهما أحيانا في دول مختلفة، يقومان بتنفيذ التزاماتهما المتبادلة إلكترونيا، كما هو الحال في عقود الخدمات المصرفية والتعليمية والاستشارات القانونية والمحاسبية والطبية وغيرها.

وقد يتم التنفيذ بشكل مادي محسوس، حيث نجد بعض العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تنعقد وتنفذ على الشبكة نفسها. بمعنى أن العقد قد يتم بكامله على الخط أو على الشبكة، وبخاصة إذا تم الوفاء بالثمن أيضا من خلالها. ويتحقق ذلك، عندما يكون محل العقد غير مادي لكن متاح على الخط، مثل: الحصول على معلومات أو برامج معينة.

وهناك من العقود ما يتم تنفيذه خارج الشبكة، عندما يكون محلها سلعا معينة أو مواد يتعين تسليمها في بيئة مادية، وفي هذه الحالة لا تكون شبكة الإنترنيت سوى وسيلة جديدة للتعاقد[205].

بناء على ما سبق، العقد المبرم بطريقة إلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، دون الحضور المادي للطرفين، على أنه حضور تفاعلي متعاصر بفضل التقنيات السمعية - البصرية التي تجمع طرفي العقد، بالرغم من اختلاف المكان بينهما. كما أنه عقد مدني أحيانا وتجاري أحيانا أخرى، أو مختلط. وعقد وطني إذا ما تم بين طرفين بنفس البلد مع وجود الخادم المستعمل في المعاملة ببلد الطرفين، وعقدا دوليا إذا ما كان طرفي العقد من دول مختلفة.

---

[203] عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنيت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2010، ص. 58 - 60.

[204] Olivier Iteanu, op.cit. p. 24.

[205] محمد حسين منصور، م.س.ص. 23 وما بعدها.

المطلب الثالث
العقد المبرم بطريقة إلكترونية بين الطابع المدني والصفة التجارية

من الصعب وضع حد فاصل بين العمل التجاري والعمل المدني، لهذا لجأ المشرع لوضع ضوابط محددة، ترسم الحدود الفاصلة بين كلا العملين من خلال المادة 6 من مدونة التجارة، حيث عمد إلى تعداد الأعمال التجارية[206] والتي بممارستها بشكل اعتيادي واحترافي، يكتسب ممارسها صفة تاجر[207].

---

[206] "... تكتسب صفة تاجر بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:
"1- شراء المنقولات المادية أو المعنوية بنية بيعها بذاتها أو بعد تهيئتها بهيئة أخرى أو بقصد تأجيرها؛
2- إكتراء المنقولات المادية أو المعنوية من أجل إكرائها من الباطن؛
3- شراء العقارات بنية بيعها على حالها أو بعد تغييرها؛
4- التنقيب عن المناجم والمقالع واستغلالها؛
5- النشاط الصناعي أو الحرفي؛
6- النقل؛
7- البنك والقرض والمعاملات المالية؛
8- عملية التأمين بالأقساط الثابتة؛
9- السمسرة والوكالة بالعمولة وغيرها من أعمال الوساطة؛
10- استغلال المستودعات والمخازن العمومية؛
11- الطباعة والنشر بجميع أشكالها ودعائمها؛
12- البناء والأشغال العمومية؛
13- مكاتب ووكالات الأعمال والأسفار والإعلام والإشهار؛
14- التزويد بالمواد والخدمات؛
15- تنظيم الملاهي العمومية؛
16- البيع بالمزاد العلني؛
17- توزيع الماء والكهرباء والغاز؛
18- البريد والمواصلات."

ظهير شريف رقم 83-96-1، صادر في 15 ربيع الأول 1417 (فاتح غشت 1996)، بتنفيذ القانون رقم 95 15 المتعلق بمدونة التجارة. ج.ر.ع. 4418، بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص. 2187.

[207] بموجب المادة 7 من مدونة التجارة "تكتسب صفة تاجر أيضا بالممارسة الاعتيادية أو الاحترافية للأنشطة التالية:
1- كل عملية تتعلق بالسفن والطائرات وتوابعها؛
2- كل عملية ترتبط باستغلال السفن والطائرات وبالتجارة البحرية والجوية".
كما نصت المادة 8 من مدونة التجارة على أنه "تكتسب صفة تاجر كذلك بالممارسة الإعتيادية أو الاحترافية لكل نشاط يمكن أن يماثل الأنشطة الواردة في المادتين 6 و7". كما ويعتبر عملا تجاريا بموجب المادة 9 من نفس المدونة: " ... بصرف النظر عن المادتين 6 و7:
- الكمبيالة؛
- السند لأمر الموقع ولو من غير تاجر، إذا ترتب في هذه الحالة عن معاملة تجارية".

على أنه يصعب وضع ضابط بموجبه يمكننا أن نصنف العقد المبرم بطريقة إلكترونية، هل هو مدني أم تجاري، وإن كان من الفقه[208] من يرى أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية يتسم غالبا بالطابع التجاري. لذا، يطلق عليه عقد التجارة الإلكترونية والذي يتمثل في ممارسة الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية، على سبيل الاعتياد أو الاستعمال الأمثل، لكافة أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة، من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات.

وتلك السمة في الواقع، هي الصفة الغالبة لذلك العقد، حيث يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر الإنترنيت، إلا أنه يمكن أن يتم بين الأفراد العاديين من جهة، ويمكن أن يرد على الخدمات والمنافع في صورة إيجار أو مقاولة، من جهة أخرى. بيد أنه غالبا ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة على الأقل تاجرا؛ أي يتمتع بالصفة التجارية.

ويترتب عن هذا، أن اعتبر هذا الموقف في الفقه، العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من عقود الاستهلاك، وأن هذه صفة للعقد، من حيث كون أحد طرفيه مستهلكا. ولذا، كانت الرغبة في حمايته بوصفه طرفا ضعيفا، من خلال التدخل التشريعي في مواجهة ضغط المنتجين واستغلالهم له، وتنوع السلع والخدمات وصورها المعقدة، واستخدام أساليب الترويج والدعاية المغالى فيها.

ومن ثم، فلن يتمكن المستهلك من الحكم الدقيق على السلعة التي يتعاقد عليها والتأكد من سلامتها وصلاحيتها، مهما بلغ وصف البائع لها؛ مما قد يؤدي إلى وجود بعض المخاطر على مشتري السلعة أو متلقي الخدمة، وهذا ما برر إعطاء المستهلك حق الرجوع أو رخصة العدول عن العقد بعد إبرامه[209].

ويمكننا القول، بأن العقد المبرمة بطريقة إلكترونية، منه ما هو تجاري صرف، ومنه ما يعد مدنيا، كما قد يكون عقدا مختلطا. وبهذا الصدد نميز بين الأنواع الثلاثة الآتية:

النوع الأول: العقود التي تبرم بين المهنيين عبر شبكة الإنترنيت: على اعتبار العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يستخدم كثيرا في مجال المعاملات التجارية، اصطبغ بهذه الصفة في أذهان الكثيرين، خاصة وأن من يقدم العروض على الإنترنيت هي شركات تجارية تمارس الأعمال التجارية بوسيلة إلكترونية على سبيل الإعتياد، حيث تستحوذ صفة الاحتراف والمهنية على الجانب الأعظم من إجمالي العقود المبرمة عن بعد بواسطة شبكة الانترنيت.

بذلك تتسم العقود التي تبرمها الشركات بالصفة التجارية، إذ من خلالها تقصد الإنتفاع بكل مزايا الانترنيت والوسائل الإلكترونية عموما، بهدف إشباع حاجياتها المهنية أو التجارية، وذلك من أجل جني الأرباح وإبرام العديد من الصفقات[210].

---

[208] محمود السيد عبد المعطي خيال، م.س.ص. 108؛ مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 48. عمر خالد زريقات، م.س.ص. 66؛ وانظر أيضا، لزهر سعيد، م.س.ص. 24 وما بعدها.

[209] راجع المواد من 36 إلى 38 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

[210] عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 152.

النوع الثاني: العقود التي تتم بين المستهلكين[211] عبر شبكة الإنترنت: وهذه العقود تعد مدنية لبعدها عن المجال التجاري، ما دام المقصد هو إشباع احتياجات شخصية من السلع والخدمات[212].

ومن الجدير بالذكر، أنه لا توجد طائفة معينة من الأشخاص يمكن تسميتهم مستهلكين، لأن كل أفراد المجتمع مستهلكون، ولو بدرجات متفاوتة. كما لا توجد فئة محددة من العقود يمكن تسميتها عقود الاستهلاك، حيث يمكن تطبيق هذه الصفة على العقود التقليدية العادية، مثل: البيع أو عقد الإيجار أو غيرهما[213].

النوع الثالث: وهي العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ما بين المهنيين من جهة والمستهلكين من جهة ثانية. فغالبا ما تبرم بين متعاقد مهني محترف ومتعاقد آخر عادي، ليسا على نفس القدم من المساواة في العلم والمعرفة والاحتراف[214].

وهذا النوع من العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، يمكن تصنيفه ضمن طائفة الأعمال المختلفة، إذ يمكن اعتباره هنا عقد تجارة[215] من جهة المورد، وعقدا مدنيا بالنسبة للمستهلك؛ مما أعطاه صبغة عقود الاستهلاك.

فهي عقود عادية تتمثل في توريد أو تقديم أشياء منقولة مادية أو خدمات، إلا أن مقدم السلعة أو الخدمة يكون منتجا أو مهنيا والمتلقي هو المستهلك، أي الفرد العادي الذي ينبغي إشباع حاجاته الشخصية[216]؛ مما يجعلنا نتساءل حول مدى صفة الإذعان في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية **(المبحث الثاني)**.

---

[211] راجع تعريف المستهلك في ص. 8، الهامش رقم: 8.

[212] عبد الباسط جاسم محمد، م.س.ص. 56.

[213] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 102 و103.

[214] نزيه الصادق المهدي، انعقاد العقد الالكتروني، مقال سابق، ص. 194.

[215] بموجب المادة 4 من مدونة التجارة "إذا كان العمل تجاريا بالنسبة لأحد المتعاقدين ومدنيا بالنسبة للمتعاقد الآخر، طبقت قواعد القانون التجاري في مواجهة الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه تجاريا؛ ولا يمكن أن يواجه بها الطرف الذي كان العمل بالنسبة إليه مدنيا، ما لم ينص مقتضى خاص على خلاف ذلك".

[216] عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 152.

المبحث الثاني

العقد المبرم بطريقة إلكترونية بين مبدإ حرية التفاوض وصفة الإذعان

يكاد يجمع الفقه المغربي والمقارن[217]، على أن من أهم الخصائص المميزة لعقود الإذعان، بالإضافة إلى أنها نتاج إرادة أحد الأطراف، أن يكون أحد الطرفين في مركز اقتصادي قوي نابع من الاحتكار القانوني أو الفعلي الذي يستفيد منه.

وتعد ظاهرة التفوق الاقتصادي لأحد الأطراف في عقود الإذعان، ووجود الطرف الآخر في موقف ضعف اقتصادي أو فني، سببا لشل حرية هذا الأخير في مناقشة بنود العقد بكل حرية ويدافع كل طرف عن مصالحه بعيدا عن الضغوط الخارجية[218].

وعلى اعتبار أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، غالبا ما يتفوق الطرف العارض بطريقة إلكترونية اقتصاديا ومعلوماتيا، على من يتعاقد معهم من المستهلكين الذين هم بحاجة إلى الحماية القانونية بسبب ضعف مراكزهم، نتساءل عما إذا كان هذا العقد عقدا رضائيا؟ أم عقد إذعان؟.

ولعل البحث في الطبيعة القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، يقتضي منا بيان ما إذا كان هذا العقد قائما على أساس التراضي الحقيقي للأطراف، أم أنه من قبيل عقود الإذعان حيث لا يسمح للمتعاقد بالتفاوض ويكون أمام الراغب في السلعة أو الخدمة، سوى الخضوع للشروط المعروضة عليه من طرف البائع المهني، دون أن يملك حق التفاوض.

ويعتبر تحديد الطبيعة القانونية لأي عقد من العقود من الأمور العسيرة، ولا سيما إذا كان العقد المرغوب في تحديد طبيعته من العقود الحديثة. ذلك أن العقد هو نتاج إرادتين، ولا يمكن بأي حال من الأحوال، إنكار دور الطرف الآخر ولو كان مذعنا، إذ الإذعان - في رأي موقف في الفقه - في حد ذاته قبولا[219]. مما يقتضي منا مناقشة المواقف الفقهية التي أصبغت على العقد المبرم بطريقة إلكترونية صفة الإذعان (**المطلب الأول**)، على أن نتعرض بعد ذلك لموقفنا الخاص من هذه المسألة (**المطلب الثاني**).

---

[217] العربي مياد، عقود الإذعان - دراسة مقارنة - مكتبة دار السلام، ط. 1، 2003، ص. 53، الهامش رقم 116 و117.

[218] انظر بخصوص هذا الطرح الفقهي، العربي مياد، م.س.ص. 57 وما بعدها.

[219] المرجع السابق، ص. 17.

المطلب الأول
مناقشة المواقف الفقهية من مسألة إضفاء صفة الإذعان على العقد المبرم بطريقة إلكترونية

لا يقتصر المفهوم الحديث لعقد الإذعان، على معناه التقليدي المستند إلى وجود متعاقد قوي يحتكر سلعة معينة، ويفرض شروطه الخاصة على متعاقد ضعيف يحتاج لهذه السلعة، بل قد تأتي عدم المساواة بين الطرفين لاعتبارات تتعلق بالمعاملات الحديثة، إما لعدم المساواة في العلم والمعرفة بين الطرفين، أو لكون أحد الطرفين المتعاقدين محترفا مهنيا يتعاقد في مجال احترافه مع متعاقد آخر عادي مستهلك، تنقصه الخبرة والعلم والدراية[220].

ولقد اعتبر بعض من الفقه[221]، العقد المبرم بطريقة إلكترونية من قبيل عقود الإذعان[222]، استنادا إلى حقائق موضوعية، وهي أن المهني (الموجب) في مركز اقتصادي ومعلوماتي قوي، وأن العقد يتعلق بسلع أو خدمات لا غنى عنها للمستهلك الذي يسعى إلى تلبية حاجاته الشخصية أو حاجات أسرته فهي ضروريات ليس له العزوف عنها، فضلا عن أن العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية يعد عاما ودائما وتتم صياغة مضمونه بما يحتويه من بنود وشروط في قالب نموذجي. وتتسم الصياغة فيه بالتطرق لمسائل فنية دقيقة تفتقر غالبا إلى الوضوح، وإن كانت كذلك، فلا يتيسر فهمها بالنسبة للمستهلك الذي لا يملك سوى أن يذعن للعرض، بما يتضمنه من شروط لا يملك احتمالية تعديلها.

بذلك يعتبر هذا الاتجاه في الفقه هذه العقود من قبيل عقود الإذعان، إذا كانت الشروط العامة للعقد مذكورة بموقع التاجر أو عارض الخدمة أو السلعة، بحيث لا يكون أمام العميل أو زائر الموقع، إلا قبولها بالنقر على زر القبول فينعقد العقد، أو رفضها والضغط على زر التجاهل، فلا يبرم التعاقد[223].

وقد تضع بعض الشركات على مواقعها شروطا مفصلة لا يجوز أن تناقش، وفي الغالب تكون لمصلحتها، وتكون من التعقيد بمكان بحيث يصعب على المستهلك العادي فهمها[224]. وقد تكون هذه الشركات محتكرة للسلعة أو الخدمة، ولا يكون أمام المستهلك المحتاج لتلك السلعة سوى التعاقد معها.

---

[220] نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الالكتروني، بحث سابق، ص. 159 و160.

[221] أسامة أبو الحسن مجاهد الوسيط، م.س.ص. 134 وما بعدها. أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص. 191؛ وانظر أيضا:

Jacques Ghestin, Traité de droit civil, Le contrat, 2ème Ed., L.G.D.J., 1988, N° 74 .

[222] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، م.س.ص. 91. عبد الحق حميش، حماية المستهلك الإلكتروني، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، المجلد 3، ص. 1289.

[223] Olivier Hance, Suzan Dionne-Balz, Business et droit d'internet, 1997, p. 153.

[224] عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول: في نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2004، الإسكندرية، ص. 238 و 239.

غير أن هذا الرأي إن كان صحيحا، في فرض شروط التعاقد من طرف على طرف آخر، فإنه يستبعد الشروط الأخرى في عقد الإذعان، إذ أن هذا الأخير هو الذي ينعقد دون مناقشة أو مساومة بين الطرفين، فالشروط التي يمليها طرف معين، إما تقبل جملة أو ترفض دون مفاوضة[225].

ويؤخذ على أنصار هذا الرأي أيضا أنه تجاهل أمرا هاما، وهو أن التفاوض قائم وخاصة في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، حيث نجد الموجب على سبيل المثال يرسل عرضا يتضمن سلعة معينة ومبلغا محددا، فيرد عليه الموجب له بأنه يوافق بشرط معين، وهو مثلا: الحصول على نسبة خصم معينة، أو الحصول على قطعة إضافية مجانية من المنتج المباع، فتبدأ عملية المساومة من الطرفين[226].

اتجاه آخر في الفقه[227]، ذهب إلى القول بأن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ليست من عقود الإذعان، حيث لا يكفي أن تحتوي الصيغ العقدية على شروط لا تسمح بالمناقشة، وإنما يلزم أن تكون من الضروريات التي يصعب الاستغناء عنها وتكون محل احتكار من جانب التاجر؛ هنا فقط يمكن القول بأن هذا العقد هو عقد إذعان.

ويرى هذا الموقف في الفقه، أنه من الصعب التسليم بأن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية من قبيل عقود الإذعان، انطلاقا من عدة حقائق، ومنها: أن ليست كل العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تتم من خلال وجود شروط ونماذج معدة مسبقا من قبل صاحب الموقع، إذا كان العرض على صفحات الويب، بحيث يملي شروطه وبنوده على كل من يرغب في التعاقد معه، دون أن يملك الحق في المناقشة أو الاعتراض[228].

بل إن الواقع يؤكد أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عموما والعقود المبرمة عبر الإنترنيت خصوصا، تتم عادة من خلال وجود نوع من التفاوض والتفاهم المسبق بين المتعاقدين عبر شبكة المعلومات بمختلف خدماتها، وبالتالي يتوصلان إلى وضع صيغة تمثل اتفاقهما وتراضيهما، وتعبر تعبيرا حرا عن إرادتيهما، لاسيما بالنسبة للعقود والمعاملات المبرمة فيما بين المؤسسات والتي تعرف بـ «B2B»[229] والتي تمثل الغالبية الكبرى للمعاملات التي تتم عبر الإنترنيت.

---

[225] إدريس الحياني، مقال سابق، ص. 49.

[226] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 63.

[227] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، م.س.ص. 91.

[228] هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص.178.

[229] Business To Business.

ويقصد بها التجارة الالكترونية بين الأعمال، وتشير إلى التبادل الذي يتم بين المنظمات كشراء المواد الأولية من الموردين، وتنسيق قنوات توزيع المنتجات والخدمات والاتصال والتنسيق مع جهات الشحن والنقل وغيرها باستخدام التكنولوجيا الرقمية. ويشكل هذا النوع من المعاملات أغلب معاملات التجارة الإلكترونية حيث يستحوذ على ما يقارب 80% من إجمالي حجم التجارة الإلكترونية في العالم. لمزيد من الاطلاع على مختلف أنواع تصنيفات التجارة الإلكترونية، راجع: محمد عبد حسين الطائي، م.س.ص. 30 - 33.

ويذهب اتجاه آخر في الفقه[230]، إلى وجوب الاسترشاد بمعيار التفاوض في هذا النوع من العقود، لإضفاء صفة الإذعان عليها من عدمه. فوفق هذا الاتجاه، كلما كان هناك مجال للتفاوض حول شروط العقد وبنوده خرج هذا العقد من دائرة عقود الإذعان، أما إذا استحال التفاوض حول بنوده أو مراجعة شروطه، اعتبر هذا العقد المبرم بطريقة إلكترونية من عقود الإذعان.

على أن عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة، يضعها الموجب ولا يسمح بمناقشته فيها وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها[231].

وبموجب هذا التعريف، يستلزم عقد الإذعان ثلاثة شروط، وهي: أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية تمس مصلحة حقيقية، وأن تكون خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة، وأن تكون محل احتكار، سواء محتكر وحيد أو من عدد قليل من المحتكرين لهذه السلعة، الذين يقومون بتحديد سعر بيعها، بالإضافة إلى شرط أن يسلم أحد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشة[232].

رأي فقهي آخر[233]، يرى أن هناك مفهومان لعقد الإذعان: الأول تقليدي والآخر حديث. واعتبر أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية ليس عقد إذعان في كل الأحوال، لأن المعاملات التي تتم باستخدام الوسائط الالكترونية، ليست كلها تتعلق بسلع ضرورية ولا احتكار لها، رغم أن الموقع موجه للكافة.

ويعتبر هذا الموقف الفقهي أن معيار تمييز هل هو عقد رضائي أم عقد إذعان، هو التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام التعاقد الإلكتروني: فإذا ما تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني أو من خلال برامج المحادثة أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية، فإن العقد المبرم بطريقة إلكترونية يكون عقدا رضائيا، حيث يتم تبادل الطرفين الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الالكترونية.

ويستطيع الموجه إليه الإيجاب، التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه، حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه؛ ولذلك فالعقود التي تبرم عن طريق هذه الوسائل تعد من قبيل عقود المساومة[234].

---

[230] صالح المنزلاوي، م.س.ص. 27.

[231] عبد الرزاق السنهوري، م.س.ص. 293 وما بعدها.

[232] رمزي فريد محمد مبروك، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2002، ص. 21 - 32.

[233] فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 41.

[234] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 64.

وهناك من الفقه[235] من رفض تماما أطروحة الإذعان في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، واعتبرها من حيث الأصل عقود تراض - حيث للأطراف حرية التعاقد - وإذا كانت هناك شروط معدة سلفا، فإن الأطراف لا يجبرون على الموافقة عليها، بل لهم حرية رفضها، إذ يجوز لهم شراء سلعة من منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة. وما تفاصيل الشروط التي يضعها العارض إلا تحليل للإيجاب أو للدعوة إلى التعاقد، فهي تهدف إلى تسهيل عملية البيع والشراء التي تتم عن طريق أجهزة الحاسوب[236].

ويبرر هذا الموقف في الفقه وجهة نظره من خلال عملية التعاقد المباشر بين الطرفين، حيث لا يتم وضع شروط على الموقع، وإنما يتم إرسال إيجاب إلى أحد الأطراف فينظر فيه، إما بالقبول، أو بالرفض، أو بتعديل ما يراه مناسبا، فيصبح إيجابا جديدا. فهو اختيار بين فرضيات مختلفة، ويشكل نوعا من التفاوض يؤدي إلى التعاقد.

من خلال ما تقدم، وصف العقد المبرم بطريقة إلكترونية بوصف الإذعان، لا يستقيم مع مبدأ الحرية التعاقدية التي ينشأ على أساسها العقد. كما أن الأخذ بمعيار إمكانية التفاوض، من شأنه أن يؤدي إلى عدم استقرار للمراكز القانونية؛ مما يستدعي وضع ضابط واضح ومحدد يساعد على تثبيت المراكز القانونية.

لذلك نرى أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عقود إذعان، إذا ما تعلق الأمر باحتكار بضاعة أو خدمة. وتعتبر كذلك، إذا لم يكن بإمكان الطرف الآخر أن يناقش بنود وشروط العقد.

وهذا ما يتماشى مع إجازة المشرع المغربي تعديل الشروط التعسفية[237] في العقد أو إعفاء الطرف المذعن منها وتفسير العبارات الغامضة لمصلحة المذعن، كما أنه حسم النقاش حول عدم مشروعية بعض الشروط في عقود من المحتمل أن يستغل المحتكر تفوقه القانوني أو الواقعي، من أجل إملاء شروط مجحفة على الطرف المذعن. وقد كرس المشرع المغربي مبدأ تدخل القضاء في العقود، من خلال الفصل 264 ق.ل.ع، حينما نص على أنه "يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على التعويض عن الأضرار التي قد تلحق الدائن من جراء عدم الوفاء بالإلتزام الأصلي كليا أو جزئيا أو التأخير في تنفيذه.

يمكن للمحكمة تخفيض التعويض المتفق عليه إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أيضا أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن من جراء التنفيذ الجزئي.

---

[235] إدريس الحياني، إبرام العقد الإلكتروني وفق القواعد العامة، وعلى ضوء مشروع قانون التبادل الإلكتروني للبيانات القانونية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 11، أكتوبر 2006، ص. 50.

[236] نفس المقال، ص. 50.

[237] عرف المشرع المغربي الشرط التعسفي بموجب الفقرة الأولى من المادة 15 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بأنه "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". واعتبر أنه "يقدر الطابع التعسفي لشرط من الشروط بالرجوع وقت إبرام العقد إلى جميع الظروف المحيطة بإبرامه وإلى جميع الشروط الأخرى الواردة في العقد. ويقدر كذلك بالنظر إلى الشروط الواردة في عقد آخر عندما يكون إبرام أو تنفيذ العقدين المذكورين مرتبطين بعضهما ببعض من الوجهة القانونية" (م. 16 من نفس القانون المذكور). على أن "لا يشمل تقدير الطابع التعسفي لشرط من الشروط، حسب مدلول المادة 16، تحديد المحل الأساسي من العقد ولا ملاءمة السعر للسلعة المبيعة أو الأجرة للخدمة المقدمة ما دامت الشروط محررة بصورة واضحة ومفهومة" (م. 17 من نفس القانون).

يقع باطلا كل شرط يخالف ذلك"[238].

ولكن، إذا كان بإمكان المحكمة التدخل في مجال العقد بشكل مباشر، سواء بالتخفيض أو الرفع استنادا إلى سلطتها التقديرية، فإن ما يؤخذ على هذا التوجه، هو ثنائية الخطاب، ذلك أن الاتفاق على الشرط الجزائي حق للمتعاقدين، أما تحديد قيمته فيخضع لمراقبة المحكمة؛ الشيء الذي يجعل قدسية العقد شريعة المتعاقدين مقيدة[239].

مما من شأنه تحقيق العدالة، لأنه لا يضر بمصلحة الطرف القوي الذي غالبا ما يكون مؤسسة لها مركز اقتصادي قوي، ويحمي في الوقت نفسه المستهلك الذي غالبا ما يكون فردا له مركز اقتصادي ضعيف، أو متوسط في أحسن الأحوال[240].

المطلب الثاني
رأينا الخاص من مسألة الإذعان في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

نرى أن تكييف العقد المبرم بطريقة إلكترونية بأنه عقد إذعان، لا يستند إلى معيار الاحتكار- رغم أن مواصفات وأسعار السلع والخدمات وكذلك شروط التعاقد مثبتة في موقع عارضها، وما على المشتري إلا قبولها أو رفضها - إذ يفترض لاعتبار عقد ما عقد إذعان، أن يتوافر فيه إضافة لما ذكر احتكار السلعة أو الخدمة محل العقد، بحيث تكون ضرورية للمشتري.

بذلك نرى أنه يجب لاعتبار عقد مبرم بطريقة إلكترونية عقد الإذعان، أن يتعلق بسلع ومرافق تعتبر من الضروريات للمستهلكين أو المنتفعين، ويكون فيها الاحتكار الموجب لهذه السلع أو المرافق احتكارا قانونيا أو فعليا، أو أن تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محددة النطاق، وأن يكون صدور الإيجاب إلى الناس كافة، وبشروط واحدة ولمدة غير محددة.

فإذا لم تتوافر شروط الإذعان، فلا نرى بُدا من اعتبار العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، من قبيل عقود الإذعان. ونرى أن تحقق شرط الاحتكار أمر نادر جدا وقوعه، ذلك أن شبكة الإنترنيت هي شبكة عالمية لا تحدها حدود جغرافية، وبوابة يدخل من خلالها المستهلك لكل دول العالم.

وبالتالي لا نرى أي احتكار لسلعة ما على مستوى العالم، مادامت الإنترنيت توفر عروضا مختلفة للعديد من الموردين والشركات بمختلف الأسعار. أما بالنسبة للقبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فإننا لا نرى أنه مفروض قصرا وإلزاما على المستهلك الذي يبقى حرا في القبول به أو رفضه، وذلك كما في العقود التقليدية.

---

[238] أضيفت مقتضيات هذه الفقرة وما يليها إلى الفصل 264 ق.ل.ع، بمقتضى القانون رقم 95-27 المتمم للفصل 264 بإضافة حكم التعويض الاتفاقي، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 157-95-1 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 غشت 1995)، ج.ر.ع. 4323 الصادرة بتاريخ 10 ربيع الآخر1416 (6 سبتمبر 1995)، ص. 2443.

[239] العربي مياد، م.س.ص. 468.

[240] عبد الباسط جاسم محمد، م.س.ص. 53.

على أن المسألة التي يجب أخذها بعين الاعتبار - من وجهة نظري - هي وضعية المستهلك في هذه العقود، باعتباره الطرف الضعيف فيها. مما يلزم معالجة الأمر من خلال تدابير تشريعية، تكفل حماية المستهلك بالنص على هذه الحماية في قوانين حماية المستهلك، سواء تم التعاقد عبر الإنترنيت أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى، بما فيها الوسيط الإلكتروني[241].

أما إذا كان التعاقد عبر الانترنيت من خلال المواقع الالكترونية - والتي تستخدم غالبا عقودا نموذجية - نمطية - تكون شروطها معدة سلفا من قبل الموجب ولا يترك معها للموجب له، وهو المستهلك في الغالب، مجالا للمساومة والمناقشة في هذه الشروط، خاصة الثمن في العقود المعروضة على العديد من الصفحات على الإنترنيت والذي يحدده سلفا العارض المهني بطريقة إلكترونية - فلا يكون المتعاقدان على قدم المساواة لعدم التكافؤ في المقدرة التعاقدية؛ وبالتالي فإن العقد المبرم بطريقة إلكترونية يكون عقد إذعان[242].

خلاصة القول، إن العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا تتوفر فيه دائما سمات عقود الإذعان. لكن في الوقت نفسه نراه عقدا من طبيعة خاصة، يفرض بالضرورة وضع أحكام خاصة لحماية الطرف الضعيف في العقد، وهو المستهلك؛ وهو بذلك من عقود المساومة في بعض منها ومن عقود الإذعان وفق ما حللناه سالفا.

على أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية قد يختلط مع علاقات عقدية أخرى، تبرم هي أيضا من خلال شبكة الإنترنيت أو بإحدى الوسائل الإلكترونية وترتبط بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية. مما يستدعي منا رفع الخلط الذي قد يحدث بين العقد المبرم بطريقة إلكترونية والعقود الأخرى المرتبطة به، وذلك من خلال تناولنا لبعض تلك العقود في **الفصل الثاني**.

---

[241] يمكن تعريف الوسيط الإلكتروني بأنه "برنامج أو نظام معلوماتي أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تعمل تلقائيا بشكل مستقل كليا أو جزئيا دون تدخل شخصي"، انظر البند 5 من المادة 1 من مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

[242] فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 44 و45.

الفصل الثاني
تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عما قد يتشابه معه من عقود أخرى تبرم في نفس البيئة

فرضت الوسائل الإلكترونية نفسها بشكل كبير وعلى نطاق واسع، بوصفها البديل العصري للتعاقد بالمراسلة عن طريق الرسائل والبرقيات العادية[243]. وهنا تتشابه مع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، إذ كلاهما لا يجمع عاقديه مجلس عقد واحد، وكلاهما من العقود المبرمة عن بعد.

ويشترك العقد المبرم بطريقة إلكترونية في صفة الإبرام عن بعد مع بعض العقود، مثل: التعاقد عن طريق الميني تل «Minitel»، أو التلفزيون، أو بإرسال كتالوج. لكنه يتميز عن تلك العقود بتلاقي أطرافه بوسائل مسموعة - مرئية، أو بواسطة البريد الإلكتروني، أو بأي وسيلة اتصالات إلكترونية أخرى.

والواقع أن عقودا كثيرة ترتبط بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية وتلزم لوجوده، وهناك أخرى تساعد على تسهيل عملية إبرامه وتيسر تبادل السلع والخدمات، وكلها تنعقد بوسيلة إلكترونية وهذا ما يميزها عن باقي العقود، وهي ما يمكننا تسميتها بعقود الخدمات الإلكترونية.

وتتعدد صور المعاملات التي تتم عبر وسائل إلكترونية، ومنها: البيع والشراء للأسهم والعملات والخدمات. فبعد أن كان مجالها قاصر على البنوك والشركات الكبرى، أصبح الآن منتشرا بين الأفراد أنفسهم، خاصة بعد انتشار شبكة المعلومات، إذ عن طريقها يمكن للأفراد شراء السلع التي يرغبون فيها، إما بالاتصال المباشر عبر شبكة الانترنيت أو بإدخال أمر الشراء عبر الشبكة[244].

لذا، سنقسم الحديث في هذا الموضوع إلى **فرعين**: نتعرض في **أولها** إلى تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن غيره من العقود التي قد تتشابه معه بالنسبة إلى طريقة التعاقد. أما في **الثاني**، فسنميز فيه العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن غيره من العقود المرتبطة بالبيئة الإلكترونية، من خلال تكييف هذه العقود، للوقوف على مدى انطباق وصف العقد المبرم بطريقة إلكترونية عليها.

---

[243] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني، م.س.ص. 17.

[244] شحاته غريب الشلقامي، م.س.ص. 49.

الفرع الأول
تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن غيره من العقود المشابهة، من حيث طريقة الانعقاد

تعددت وسائل الاتصال الحديثة وتطورت تطورا هائلا، بشكل فاق كل التصورات. وقد لعبت دورا هاما لا سيما في مجال التجارة الإلكترونية، إذ عن طريقها يتم توفير المعلومات وإجراء المعاملات والتسويق والترويج للسلع والخدمات.

ومن هذه الوسائل: جهاز الميني تل، والتلكس، والفاكس، والهاتف المرئي، والتلفزيون، والحاسوب. ومن خلال هذه الوسائل، يمكن للأطراف تبادل إرادتيهما، والتهيئ لإبرام العقد. لكن، ما الإختلاف الذي يميز التعاقد بوسائل الاتصال فيما بينها، مقارنة والوسائل الإلكترونية ؟.

هذا ما سنتطرق إليه من خلال تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عن العقد المبرم بوسائل الاتصال التقليدية في **مبحث أول**، على أن نبحث في تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عن العقود المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة في **مبحث ثان**.

المبحث الأول
تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقد المبرم بوسائل الاتصال التقليدية

تنوعت العقود المرتبطة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية، خاصة العقد المبرم من خلال الإنترنيت، على اعتبار أن هذه الأخيرة، الوسيلة الأكثر استعمالا في الفترة الحالية. وهذه العقود، تلزم وجوده، بل وتسهل عملية التعاقد، رغم أنها كلها تنعقد بوسيلة إلكترونية. مما يميزه عن بقية العقود الأخرى، وإن كان يصعب أحيانا حصر العقود المرتبطة بالنشاط الإلكتروني[245].

وإذا كان المشرع المغربي بموجب البند الأول من المادة 25 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، عرف تقنية الاتصال عن بعد بأنها "كل وسيلة تستعمل لإبرام العقد بين المورد والمستهلك بدون حضورهما شخصيا وفي آن واحد"، وجعل بموجب المادة 27 من نفس القانون السالف ذكره، العقد المشار إليه في القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، عقد بيع عن بعد بوسيلة إلكترونية، فإنه بذلك قد ميز في تقنيات الاتصال عن بعد، العقود التي تبرم بطرق إلكترونية؛ ويعني هنا العقود التي تبرم عبر الإنترنيت.

مما يتطلب منا تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقود المبرم بالوسائل الاتصال الأخرى عن بعد: عن طريق التلفزيون (**المطلب الأول**)، والتلكس والفاكس (**المطلب الثاني**).

---

[245] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010، ص. 16 - 22.

المطلب الأول
تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن التعاقد عن طريق التلفزيون[246]

عرف البعض هذا النوع من التعاقد بأنه "طلب سلعة أو منتج بواسطة التلفزيون، سواء كان أرضيا أو رقميا «la télévision numérique» أو عبر الأقمار الصناعية"[247]. وفي العقدين معا، يتم تقديم السلع والخدمات مع تحديد أوصافها وأسعارها، فقط عبر شاشة التلفزيون في العقد الأول، ومن خلال شاشة الحاسوب في العقد الثاني.

وحينما يختار المشاهد السلعة المرغوب فيها، فإنه يعبر عن قبوله من خلال الهاتف بالنسبة للعقد المبرم عن طريق التلفزيون[248]، على أرقام هواتف تعرض على الشاشة لإعلان رغبته في شراء سلعة ما، مع إرسال الثمن بشيك، أو عن طريق رقم الحساب البنكي، أو عن طريق البريد الإلكتروني، أو بأية وسيلة من وسائل الدفع، فتصله السلعة أو المنتج على الفور، وهو قابع في مكانه ولم يتكلف عناء أو مشقة[249].

ويتشابه العقد المبرم عن طريق التلفزيون والعقد المبرم بطريقة إلكترونية، في كونهما يبرمان عن بعد، وأيضا من حيث حضورية الشخصين المبرمين للعقد من حيث الزمان، إذ ينقل القبول في العقد الأول، كما أسلفنا عن طريق الهاتف. وفي العقد الثاني، من خلال الرسائل الإلكترونية المتبادلة مباشرة بين الطرفين، أو من خلال غرف الدردشة المباشرة «Chat room»، حيث لا تفرق مدة زمنية كبيرة بين صدور القبول وعلم الموجب به.

والفارق الجوهري بين كلا العقدين - من وجهة نظرنا - هو أنه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يمكن للشخص من خلال تصفح المواقع التجارية، طلب الحصول على الخدمة أو السلعة المختارة، وذلك بالضغط على زر في لوحة مفاتيح حاسوبه أو هاتفه النقال؛ مما يؤدي إلى سهولة الاتصال والتفاعل الدائم بين طرفي العقد، وكذا التفاوض ومناقشة بنود العقد بحرية تامة، كما هو الحال - تقريبا - في التعاقد في مجلس العقد بين حاضرين.

وهذه الخاصية هي التي تميز العقد المبرمة بطريقة إلكترونية عن التعاقد عن طريق التلفزيون، والذي - كما أسلفنا - يتم عن طريق البث بالإرادة المنفردة ولا يتضمن إمكانية الرجوع في الإيجاب بنفس وسيلة الاتصال عن بعد.

---

[246] عرفت الولايات المتحدة الأمريكية نظام التسوق بواسطة التلفزيون منذ زمن بعيد. ويعتبر هذا النوع من التسوق، تجارة جد رائجة في مختلف دول العالم، حيث تصادف قبولا كبيرا من الجمهور ومن المنتجين الذين وجدوا فيه دعما لهم في نطاق المنافسة الدولية لتسويق البضائع عبر الحدود. وللمزيد من التفاصيل أنظر: محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005، ص.52 وما بعدها.

[247] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، بدون ناشر، 2000، ص.10. وقد ظهر مؤخرا نوع جديد من التلفزيون أطلق عليه التلفاز الذكي.

[248] أحمد السعيد الزقرد، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 3 ، س. 19، سبتمبر 1995، ص. 179.

[249] محمد السعيد رشدي، م.س.ص. 54.

كما أن العرض في العقد المبرم بطريقة إلكترونية يبقى ساريا وقائما، ويكفي تصفح الموقع الخاص بمقدم المنتج أو الخدمة، للإطلاع على أدق التفاصيل. بينما في البيع بواسطة التلفزيون، فالعرض محدود في فترة البث التلفزي.

ولا توجد من وسيلة لإعلان القبول، إلا من خلال الاتصال هاتفيا[250]، كما لا إمكانية للتجاوب إلا من خلال استعمال وسائط أخرى للاتصال. في حين، في العقد المبرم بوسيلة إلكترونية هناك نوع من التجاوب والتفاعلية المتبادلة بين الطرفين[251].

وتسمح صفة التفاعلية هذه، بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم معنوي أو أداء لبعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الإلكتروني عبر الإنترنت عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية[252].

---

[250] Philippe Achilleas, La télévision par satellite, Aspects juridiques internationaux, perspectives internationales, N°7, Montchrestien, 1995, p. 31 .

وانظر في السياق ذاته، أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 139-140؛ محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006، ص. 34؛ وأيضا: لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 34.

[251] Beaure d'Augères Guillaume, Breese Pierre et Thuilier Stéphanie, Op.cit. p. 78. V. aussi, Xavier Linant de Bellefonds, la problématique française, colloque du 13 Mai 1998, Commerce électronique et avenir des circuits de distribution, G.P., Dimanche 18 au Mardi 20, 1998, p. 17 .

[252] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 70.

المطلب الثاني
تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقد المبرم بواسطة التلكس[253] والفاكس[254]

في التعاقد من خلال التلكس، يتم إرسال الإيجاب في رسالة من الموجب إلى الشخص الموجه إليه الإيجاب، ثم يقوم هذا الأخير بإرسال رسالة تتضمن القبول وينعقد العقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بهذا القبول بقراءة الرسالة.

ويتشابه العقد المبرم بطريقة إلكترونية والعقد المبرم بواسطة الفاكس، في أن كلاهما يبرم عن بعد. وفيهما معا يتم التعبير عن الإرادة من خلال الكتابة[255]، إذا كان العقد المبرم بطريقة إلكترونية قد تم من خلال البريد الإلكتروني.

---

[253] التلكس: هو إحدى الوسائل الحديثة للاتصالات، يختلف عن النظام البرقي القديم «Télégramme». وهو عبارة عن جهاز للتبادل البرقي، يتكون من جهاز لتبادل البرقيات إرسالا واستقبالا، مزود بآلة طباعة إلكترونية. ويعمل هذا الجهاز عن طريق تحويل الحروف المكتوبة إلى نبضات كهرومغناطسية، يتم إرسالها سلكيا أو لاسلكيا عبر الجو، وعند استقبال هذه النبضات تتحول إلى كلمات مطبوعة. ويتم إعداد رسائل التلكس قبل إرسالها على شريط مثقب أو شريط مغناطيسي. وتميز التعاقد الذي يتم عن طريق التلكس بالسرعة والسهولة والسرية، مع الإتقان والوضوح. إضافة إلى الميزة الأساسية التي يتمتع بها جهاز التلكس، والمتمثلة في أنه يترك أثرا ماديا مكتوبا للرسائل التي يقوم بإرسالها، وهذا أمر يسهل من عبء إثبات التعاملات التي تتم عن طريقه. وأهم عيوب التلكس أنه لا يسمح بإرسال التواقيع والرسوم التوضيحية. راجع إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، إصدارات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003،ص.18-19. ولمزيد من التفاصيل راجع: عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص.26 - 28؛ وأيضا، علاء محمد نصيرات، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص.51 وما بعدها، محمد سعيد محمد الرملاوي، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص.86؛ محمد حسن رفاعي العطار، م.س.ص.27.

[254] الفاكس أو جهاز النسخ ونقل المستندات: «Facsimile Transmission» المختصر في عبارة .«Fax» وهو جهاز لنقل المستندات والصور عن بعد، سواء كانت مخطوطة باليد أو منسوخة وتسلم عن طريق شبكة الهاتف المركزية أو عن طريق الأقمار الصناعية. ويتم إرسال المستندات أو الصور عن طريق الهاتف المدمج به، أو الحاسوب أو آلة الطباعة، وهو الذي يصل المرسل بالمستقبل. فإذا لم يكن ذلك الجهاز مشغولا أو فيه خلل، يقوم بفتح الخط ليقوم بطبع صورة الورقة المرسلة على ورقة خاصة موجودة فيه، لتظهر الورقة للمرسل إليه كما هي دون تغيير أو تبديل، فتكون صورة طبق الأصل مما هو موجود في جهاز الإرسال، رغم اختلاف الزمان وبعد المكان. لمزيد من الإطلاع انظر: عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص.29 وما بعدها، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المقال السابق، ص.20 و21؛ أيضا: محمد سعيد الرملاوي، م.س.ص.86 و87؛ وأيضا، محمد حسن رفاعي العطار، م.س.ص.28.

[255] تعتبر الكتابة "L'Ecrit" من الأفكار القانونية التي يصعب وضع تعريف لها، ولا نجد في التشريع المغربي أي تعريف للكتابة التقليدية، شأنه في ذلك شأن باقي القوانين العربية التي لم تهتم بالتعريفات. على أن الفقه يجمع على أن الكتابة لا تعدو كونها رموزا تعبر عن الفكر والقول، راجع في ذلك، محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، بدون دار النشر، القاهرة، 1993، ص. 8. ونعني هنا الكتابة الرقمية بمعناها الواسع والتي لا تشمل الكتابة التقليدية على الورق. والكتابة أسلوب للتعبير يتضمن تسطير وجمع الحروف والكلمات في شكل مادي ظاهر، ويعبر عن معنى مكتمل أو فكرة مترابطة صادرة من الشخص الذي نسبت إليه. راجع: عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2010، ص. 57.

ويقصد بالكتابة بالمفهوم التقليدي كوسيلة للإثبات، ذلك المحرر الخطي الذي يذيله شخص ما بتوقيعه وفق حركات خطية معينة. ونقصد بالكتابة الكتابة العرفية وليست الرسمية، حيث إن حجية الإثبات في الكتابة الرسمية تستند إلى قيام الموظف المختص بتوثيقها رسميا. ولا يشترط في مثل تلك الحركات الخطية شكل معين، وإنما صاحب التوقيع هو الذي يختارها بالكيفية التي يراها مناسبة. ولا تبرز أهمية المحرر الخطي بهذا المفهوم بكتابته فحسب، وإنما بتوقيع صاحب الشأن عليه. ولا عبرة للكتابة كوسيلة إثبات في المحرر دون توقيع حتى لو كتب بخط اليد. وقد أصبحت الكتابة في المفهوم الحديث، تعني كل الحروف أو الأرقام أو الرموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشابهة تعطي دلالة قابلة للإدراك. راجع: نور الدين الناصري، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ع. 12، ط. 1، 2007، بدون ذكر جهة النشر، ص. 20 - 22.

أما في التعاقد من خلال الفاكس، فقد نصت الفقرة (أ) من المادة 2 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، على أنه أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات. وهو بذلك من الوسائل التي ينعقد بها العقد المبرم عن بعد، وما على المتعاقد سوى إبداء رغبته في التعاقد في رسالة مكتوبة، ثم يرسلها بالفاكس فتصل هذه الرسالة مستنسخة طبقا لأصلها إلى المتعاقد، الذي يملك بدوره هو الآخر جهاز الفاكس؛ مما يعني أن التعاقد بالفاكس يكون بالتعبير كتابة عن الإرادة.

ويختلف التعاقد بوسيلة إلكترونية عن التعاقد بواسطة الفاكس والتلكس، ذلك أن المستند **المرسل** بطريقة إلكترونية له أصل ورقي، ويقتصر استخدام الوسائل الإلكترونية، على مجرد عملية الإرسال، كالمستندات المرسلة عن طريق الفاكس. ونستشهد هنا بما ذهبت إليه محكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، في قرارها الصادر بتاريخ 29 أبريل 2008، بأن "الفاكس لا يقوم مقام عقد مكتوب صريح إلا إذا تم الإقرار به من طرف من يتمسك به ضده"[256].

ومن هنا، نلاحظ اختلاف التعاقد بطريقة إلكترونية عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس. ففي هذين الأخيرين، يتم التعبير عن الإرادة بطريقة كتابية؛ مما يعني ضرورة التواجد المادي للوثيقة الورقية. كما أن الرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس لا تحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الحاسوب، بل فقط طبعها على الورق من الطرف المستقبل للرسالة. في حين، أن التعاقد بطريقة إلكترونية يتميز بالطبيعة غير المادية، حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على دعامة ورقية ممهورة بتوقيع الأطراف، بل تكون مثبته على دعامة إلكترونية[257].

من جهة أخرى، فإنه من السهل التأكد من صحة أصل رسائل الفاكس والتلكس، وعلى عكس ذلك الرسائل الإلكترونية، لا تتيح هذه الإمكانية، لكون (الأصل) ثابت على دعامة ورقية بالنسبة لرسائل التلكس والفاكس، كما يمكن التعرف على الأقل على هوية المرسل. في حين، لا يمكن التحقق من جهة إرسال الوثيقة الإلكترونية، ولا من صفة وأهلية مرسلها.

وتجدر الإشارة، إلى أن في التعاقد عبر الفاكس، لا يكون المتعاقدان في مجلس عقد واحد، إذ أنه تعاقد بين غائبين في الزمان والمكان. على أن التعاقد بواسطة التلكس في نظر بعض الفقه، يدخل في حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، وهو الوقت الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب[258].

---

[256] قرار عدد: 2008/2203، في الملف التجاري ع. 14/2007/4213، منشور في مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج: 13-14، 2009، ص. 287 وما بعدها.

[257] فاروق الأباصيري، م.س.ص. 44.

[258] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 35 وما بعدها؛ محمد سعيد محمد الرملاوي، م.س.ص. 212 وما بعدها.
V.aussi, Arnaud Baynouard, la formation du contrat électronique, in le contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationale, Tome V, Toulouse, 2000, Ed. LGDJ, Paris, 2002, p. 22.

المبحث الثاني
تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقود المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة

سنميز من خلال هذا المبحث بين العقد المبرم بطريقة إلكترونية والعقد المبرم عن طريق الكتالوج (**المطلب الأول**)، كما سنميز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقد المبرم عبر الهاتف (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
التعاقد بطريقة إلكترونية والتعاقد عن طريق الكتالوج

قد يتخذ الكتالوج شكلا ورقيا كتابيا، فيحتوي على بيانات مكتوبة وصور ورسومات للمنتجات والخدمات المعروضة، كما قد يكون على شكل أقراص ممغنطة أو شرائط فيديو، ويستخدم الكتالوج كوسيلة لوصف المنتجات والخدمات في التعاقد بطريق المراسلة[259].

كما قد يكون الكتالوج في شكل إلكتروني موجود على موقع على الشبكة العنكبوتية، بحيث يمكن تشبيهه بمعرض للمنتجات والخدمات عبر شبكة الإنترنت، ويتضمن مجموعة من البيانات اللازمة لعملية التعاقد، كاسم الشركةن ومقرها الرئيسي، وعنوانها المحلين وكذا عنوان بريدها الإلكتروني، ومنتجاتها وخدماتها، وأسعارها، ونسبة الخصم - إن وجدت - ومصاريف الشحن، وكيفيته وشروطه، والرسوم الجمركية والضرائب، وميعاد التسليم وطريقته.

ويعتبر التعاقد بواسطة الكتالوج الإلكتروني، من الطرق الحديثة في المعاملات عن بعد، ويتم من خلال المراسلات مابين الموجب والقابل، بإرساله إلى القابل للإطلاع عليه وبيان مدى انطباق المواصفات المذكورة فيه، مع ما يرغب الحصول عليه. ويعد إرسال الكتالوج إلى شخص معين، إيجابا موجها لهذا الشخص بانتظار القبول، لكنه لا يعد ملزما له، إذا كان موجها للكافة دون تحديد، ومن يجد لديه حاجة في هذا المنتج يقوم بالبحث في جدية العرض.

وتكون المرحلة السابقة عن التعاقد، من مراحل المفاوضات العقدية جزءا من العقد. ويكون الموجب وقتذاك ملزما بالكتالوج الذي يتضمن الشروط الأساسية، التي كانت هي السبب الرئيسي في التعاقد. وأي مخالفة لهذه الشروط، تعد مخالفة للعقد الذي أبرم بناء على الشروط المذكورة بالكتالوج الذي تم إرساله[260].

وعليه، يعد التعاقد عن طريق الكتالوج تعاقدا بين غائبين عن طريق المراسلة، حيث يقوم الموجب فيه بعرض المنتجات أو الخدمة وبيان مواصفاتها وثمنها، ويقوم بتوزيعه وإرساله إلى العملاء، والقابل فيه هو المستهلك أو العميل الذي اضطلع على مواصفات وبيانات المنتجات والخدمات في الكتالوج وقبل التعاقد.

---

[259] وهو يقوم على عنصرين أساسيين: الأول: عنصر الجاذبية والثاني: العنصر الإعلامي، حيث يشتمل على وصف دقيق وواضح للمنتجات والخدمات ممدوح محمد علي مبروك، أحكام العمل بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة، 1998، ص. 530 وما بعدها.

[260] ممدوح محمد علي مبروك، م.س.ص. 334، انظر أيضا، لورنس محمد عبيدات، م.س.ص. 32، وأيضا، محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 340.

ويتفق كل من التعاقد بوسيلة إلكترونية والتعاقد عن طريق الكتالوج، في عدم اجتماع المتعاقدين في مجلس واحد، يجعل بينهما اتصالا مباشرا. بل تكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به، وقد تطول أو تقصر بحسب الأحوال.

لكنهما يختلفان من حيث طريقة التعبير عن القبول، إذ في التعاقد عن طريق الكتالوج، يتم من خلال قيام العميل بملء صيغة طلب السلعة أو الخدمة المرفقة بالكتالوج. بينما في التعاقد بوسيلة إلكترونية، فإن القبول يتم من خلال هذه الوسيلة الإلكترونية، كالإنترنت، أو الهاتف عبر الإنترنت، أو عبر الأقمار الصناعية، أو الهاتف المرئي، أو إحدى الطرق التي سنتعرض لها فيما بعد.

المطلب الثاني

التمييز بين العقد المبرم بطريقة إلكترونية والعقد المبرم عبر الهاتف[261]

يعتبر التعاقد عبر الهاتف إحدى الطرق التي تبرم من خلالها المعاملة. وقد عالجه المشرع المغربي في الفصل 23 من ق.ل.ع، حيث نظم التصرفات التي تتم من خلال الهاتف، نظرا لأنه كان أحدث وسيلة اتصال في الوقت الذي صدر فيه قانون الالتزامات والعقود[262].

وقد عالجت مختلف التشريعات مثل هذه التعاقدات، كالمادة 102 من القانون المدني الأردني[263] والمادة 97/1 من القانون المدني المصري[264]. لكن، انفرد المشرع الأردني في اعتبار هذا النوع من التعاقد، تعاقدا يتم بين حاضرين في مجلس العقد. أما المشرع المصري، فاعتبر القبول عبر الهاتف قبولا صحيحا ملزما للموجب والقابل دون ذكر مجلس العقد، واعتبر هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد، دون تمييز للزمان والمكان.

ويرى بعض الفقه، أن التعاقد الذي يتم عبر الهاتف إنما هو تعاقد بين حاضرين، إذ يختلط صدور هذا التعبير بالعلم به، فبمجرد تعبير أحد العاقدين عن رغبته في التعاقد إيجابا أو قبولا، يصل هذا التعبير في الحال إلى المتعاقد الآخر.

---

[261] نقصد هنا الهاتف العادي والهاتف المرئي-المسموع، سواء عبر الإنترنت أو بواسطة الأقمار الصناعية أو عبر خدمة الرسائل القصيرة «SMS» أو خدمة الرسائل القصيرة السمعية- المرئية «MMS».

[262] لمزيد من التفاصيل حول المقتضيات القانونية المتعلقة بالتعاقد بالهاتف، أنظر: مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1، مصادر الالتزامات، ط. 2، 1972، بدون جهة النشر، ص. 70 و71.

[263] يمكن الاطلاع على القانون المدني الأردني من خلال هذا الموقع:

http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=43&year=1976 (juin 2011).

[264] يمكن الاطلاع على القانون المدني المصري من خلال هذا الموقع:

http://ar.jurispedia.org/index.php/97_مادة_مدني_قانون_(eg) (juin 2011).

وفي هذه الحالة، لا يوجد ثمة فاصل زمني بين العاقدين، فتعبير أحدهما عن إرادته يصل إلى علم الآخر فور صدوره كما لو كان المتعاقدان في مجلس عقد واحد، وكلاهما يتأكد من تلاقي إرادتيهما ومن اقتران القبول بالإيجاب. وهذا هو مبرر هذا الاتجاه الفقهي، في اعتبار التعاقد عبر الهاتف في حكم التعاقد بين أشخاص حاضرين من حيث زمان الانعقاد[265]، وهذا نفسه ما ذهبت إليه غالبية التشريعات.

أما فيما يتعلق بمكان التعبير عن الإرادة، فيتحدد بالمكان الذي يوجد فيه من صدر منه التعبير إيجابا أو قبولا. لذلك فإن مكان انعقاد العقد الذي يتم عن طريق جهاز الهاتف، يتحدد وفقا للمكان الذي يوجد فيه الموجب وقت تلقيه القبول ممن وجه إليه الإيجاب، باعتبار أنه في هذا المكان يرتبط القبول بالإيجاب وينعقد العقد[266].

وقد عرف الهاتف العادي تطورات سريعة، فأضيفت له ملحقات مثل المجيب الآلي الذي يسجل تلقائيا عن طريق جهاز تسجيل ويخبر المتصل بغياب صاحب المنزل، ثم يسجل الرسالة التي يتركها المتصل[267]، مما أثر في مسألة مجلس العقد إذ أن التعاقد من خلال الهاتف العادي هو تعاقد بين حاضرين حكما. أما تبادل الإيجاب والقبول بواسطة التسجيل الملحق بالهاتف، فيؤدي إلى اعتباره تعاقدا بين غائبين، على أساس أن الموجب لا يعلم بالقبول فور صدوره، ولكن بعد صدوره من القابل، بسماعه في جهاز التسجيل.

أيضا حصل تطور كبير في الهاتف، مع ظهور الهاتف المحمول الذي يتم استخدامه في الاتصال المباشر أو في إرسال رسائل إلكترونية قصيرة «SMS[268]». وفي هذه الحالة يعتبر التعاقد منعقدا بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

فالموجب لا يعلم بالقبول فور صدوره من القابل، بل تمر مدة من الوقت قد تطول أو تقصر، بين إرسال الرسالة من المرسل وبين قيام المرسل إليه بفتح هذه الرسالة وقراءتها؛ وبالتالي فهو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان المكان. بذلك لا يمكن القول دائما بأن التعاقد عن طريق الهاتف هو تعاقد بين حاضرين حكما في جميع الأحوال، بل يمكن التفرقة بين حالة وأخرى.

ويتشابه التعاقد بالهاتف مع التعاقد بالوسائل الإلكترونية، في أن كليهما ينعقد فورا وبشكل مباشر حيث يتلاشى عنصر الزمن. لكن، ما يميز التعاقد بالهاتف هو أنه تعاقد شفوي صريح، يتطلب صدور تأكيد كتابي من الموجب، يرسله إلى الطرف الآخر المتعاقد في موطنه، نظرا لصعوبة إثبات التعاقد بالتلفون.

---

[265] محمد حسن رفاعي العطار ، البيع عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 1، 2007، ص. 26 و27؛ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري م.س.ص. 66، وانظر أيضا: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المقال السابق، ص. 18

[266] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المقال السابق، ص. 18؛ عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 66.

[267] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 23.

[268] SMS: "Short Message Service": رسالة نصية قصيرة

وتعترض التعاقد عن طريق الهاتف العادي مشكلة حقيقة، ألا وهي مشكلة إثبات المخاطبة الهاتفية. ولا تعد المخاطبة الهاتفية وسيلة إثبات قانونية للتعاقد، في حالات المنازعات القضائية أمام المحاكم، وإن كان التطور التقني جعل للهاتف مسجلة تسجل فيها المهاتفة بتاريخها وبصوت أطرافها[269].

أما في التعاقد بطريقة إلكترونية وخاصة المبرم عن طريق شبكة الإنترنت مثلا، فلا يحتاج الموجب إلى إثبات كتابي، بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن إرادته بقبول التعاقد بواسطة الضغط على عبارة أو أيقونة "موافق" عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالحاسوب.

كما أنه في التعاقد بطريقة إلكترونية، يمكن رؤية الرسالة الإلكترونية المرسلة على جهاز الحاسوب ويمكن طباعتها، والحصول على نسخة منها، وخزنها، والاحتفاظ بها في الجهاز. بينما في التعاقد عن طريق الهاتف العادي تكون الرسالة شفوية، عكس العقد المبرم بواسطة الهاتف المحمول حيث يتم الاحتفاظ بالرسالة بذاكرة الهاتف، بل ونسخها وطبعها أيضا.

ويتشابه التعاقد بطريقة إلكترونية مع التعاقد عن طريق الهاتف المحمول، من خلال تبادل الرسائل القصيرة الكتابية «SMS» أو الصوتية المصورة «MMS[270]». فهنا أيضا، يمكن الاحتفاظ بالرسالة والإطلاع عليها ونسخها على الورق، أو تسجيلها على دعامة مادية وتخزينها في ذاكرة الحاسوب.

على أن ما قد يثير التساؤل، هو التعاقد عن طريق الهاتف المرئي، الذي يتيح المحادثة والمشاهدة المباشرة من خلال الكاميرا المزود بها، ويرى كلا المتعاقدين الآخر مباشرة كما في المحادثة المباشرة عبر الإنترنت «Vidéo conférence».

بهذا الخصوص، يعتبر بعض الفقه أن التعاقد عبر الهاتف المرئي، يدخل ضمن طريقة التعبير عن الإرادة باللفظ مع الصورة، واعتبره تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان[271]. وهذا عكس ما ذهب إليه بعض آخر من الفقه من أن ما يصدق من أحكام على التعاقد بواسطة الهاتف العادي، يطبق أيضا على الهاتف المرئي. ويرى أن هذا التعاقد هو تعاقد بين حاضرين، من حيث الزمان فقط دون المكان[272]. بينما يرى اتجاه آخر، أن العقد المبرم بواسطة الهاتف المرئي هو عقد شفوي[273].

ورغم وجاهة الرأي الأول من الناحية النظرية، إلا أن ما يمكن قوله في هذا الصدد، هو أن انتقال صورة المتعاقد إلى الطرف الآخر عبر الهاتف، لا يمثل حضورا فعليا وحقيقيا للمتعاقدين في مجلس عقد واحد وفق المفاهيم القانونية المعروفة.

والقول بأنه انتقال أو حضور حكمي هو مجرد افتراض، وليس الافتراض دائما انعكاسا للحقيقة والواقع؛ فضلا عن أن ظهور صورة كل متعاقد في جهاز المتعاقد الآخر أثناء التعاقد،لا يكفي ليتحول من تعاقد بين غائبين إلى تعاقد بين حاضرين.

---

[269] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 23.

[270] MMS: « Service de messagerie multimedia »: رسالة المولتميديا

[271] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 66.

[272] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المقال السابق، ص. 18.

[273] خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 68.

وإذا سلمنا أنه تعاقد بين حاضرين، فيفترض أن مكان انعقاد العقد هو مجلس العقد أو مكان حضور الأطراف، فأين يتحقق هذا الحضور عند التعاقد عبر الهاتف المرئي؟، علما بأنه لا يمكن في هذه الفرضية اللجوء إلى الحلول المطروحة بصدد تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين الغائبين، لأننا هنا - وبحسب هذا الاتجاه - بصدد تعاقد بين حاضرين زمانا ومكانا. لذا، يبدو من الأفضل اعتبار التعاقد عن طريق الهاتف المرئي، في حكم التعاقد بالهاتف العادي[274].

وبرأيي أن التعاقد بالهاتف المرئي الموصول بالإنترنيت يتشابه مع التعاقد بطريقة إلكترونية من خلال الإنترنيت، في حالة انعقاده عن طريق الصوت والصورة من خلال التفاعل المباشر بين المتعاقدين، وإن كان هناك بعض التشابه بين التعاقد بواسطة الرسائل القصيرة في الهاتف المحمول والتعاقد بالبريد الإلكتروني.

ولكن، تظل صور التعاقد عبر الإنترنيت أكثر تطورا من باقي الصور الأخرى في التعاقد، كيفما كانت الوسيلة المستعملة في التعاقد هاتفا مرئيا ذكيا أو حاسوبا أو أي وسيلة أخرى إلكترونية قابلة للاتصال المباشر عبر الإنترنيت.

خلاصة القول، العقد المبرم بطريقة أو وسيلة إلكترونية هو نوع جديد من العقود من حيث طريقة انعقاده، ولا يدخل زمرة العقود الخاصة، بل هو ثمرة العصر التكنولوجي. وله خصوصيته وذاتيته المستقلة التي تميزه عن أنظمة التعاقد الأخرى، التي تتم باستخدام وسائل الاتصال الحديثة.

لكن، لا ينبغي أن تؤدي هذه الخصوصية إلى التشكيك في اعتباره من العقود التي تبرم عن بعد، مهما قلنا عن معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية[275]، إذ أن البعد المكاني بين الموجب والقابل يظل واقعا مؤثرا لا يجوز إنكاره، خاصة فيما يتعلق بمسألة التحقق من أهلية المتعاقد وصفته في التعاقد وكذلك فيما يتعلق بعدم رؤية المستهلك للسلعة بعينه.

ونظرا لوجود العديد من العقود المرتبطة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية، إذ أن هناك علاقات عقدية متنوعة تنشأ لتحقيقه دون أن يكون هو محلا لها[276]، فإننا نجد من الجدير البحث في العقود التي تتم هي أيضا في البيئة الإلكترونية، خاصة تلك التي تبرم عبر الإنترنيت، وذلك في **الفرع الثاني**.

---

[274] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 155 و156.

[275] يرى بعض من الفقه، ضرورة التخلي عن فكرة الحد الزمني لتحل محلها فكرة المعاصرة «le tempe réel»، وهي سمة خاصة بشبكة الإنترنت ويجب أن تؤخذ في الاعتبار من الناحية القانونية، لمزيد من الإيضاح انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 143. وأيضا:
Beaure d'Augères et autres, Op.cit. p. 79.

[276] يطلق عليها في الفقه القانوني "عقود الخدمات الإلكترونية"، انظر على سبيل المثال: إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص. 68 شحاته غريب شلقامي، م.س.ص. 68؛ بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2006، ص. 76.

الفرع الثاني
تكييف العقد المبرم في بيئة إلكترونية، ومدى انطباق وصف العقد المبرم بطريقة إلكترونية عليه

إذا كان العقد المبرم بطريقة إلكترونية يتميز عن غيره من العقود التقليدية، بالنظر إلى الوسيلة التي يبرم من خلالها، فإنه ليس بالعقد الوحيد الذي يجري التعامل به في المجال الإلكتروني.

فمباشرة المعاملات الإلكترونية، تتطلب النفاذ إلى شبكات الاتصال في الفضاء الإلكتروني، عن طريق أحد موردي خدمات النفاذ إلى الشبكة، وهو ما يتطلب إبرام عقود للخدمات الإنترنيت المتنوعة. وتجدر الإشارة هنا، إلى أن هناك طائفة من العقود التي تبرم بسبب التجارة الإلكترونية ومن أجل تحقيقها، دون أن تكون التجارة الإلكترونية محلا لها[277].

وسنتطرق في هذا الفرع، إلى بعض أنواع هذه العقود التي تبرم هي أيضا في بيئة إلكترونية وبطريقة إلكترونية أيضا، وبيان ما يميزها عن بعضها، ومدى اعتبارها عقودا إلكترونية، أم فقط مرتبطة بالبيئة الإلكترونية، وذلك على النحو التالي:

المبحث الأول: عقود الخدمات المعلوماتية.

المبحث الثاني: عقد التوريد المعلوماتي.

[277] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 147.

المبحث الأول
عقود الخدمات المعلوماتية

تعتبر عقود الخدمات المعلوماتية من العقود التي تبرم عبر الإنترنيت، بقصد تقديم خدمات عديدة لرواده، للإستفادة منها. وتبرم بين القائمين على تقديم هذه الخدمات من خلال شبكة الإنترنيت، والمستفيدين منها[278]. وسنتطرق إليها اتباعا من خلال المطالب التالية:

المطلب الأول: عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت.

المطلب الثاني: عقد الإيجار المعلوماتي.

المطلب الثالث: عقد إنشاء المتجر الافتراضي.

المطلب الرابع: عقد الاشتراك في البنوك والقواعد الإلكترونية للمعلومات أو البيانات.

المطلب الخامس: عقد تقديم خدمة البريد الإلكتروني.

المطلب الأول
عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت[279]

يمكن تعريف هذا العقد، بأنه تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية: الموجب والقابل، محله السماح للطرف الآخر بالانتفاع واستخدام شبكة الإنترنت، بإتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة وتصفح مواقعها[280]، من خلال توفير جهاز "المودم"[281] والخط الواصل معه، لإمكانية ربط هذا الجهاز بالحاسوب وبالتالي ربطه بالشبكة العنكبوتية "الإنترنيت". ويتوجب على مزود الخدمة، توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الإنترنت[282].

---

[278] محمد حسين منصور، م.س.ص. 26.

[279] "Le contrat d'accès au réseau".

[280] الموقع هو مكان محدد خاص بالعميل يمكنه من عرض منتجاته أو خدماته. وقد عرفه القانون العربي النموذجي الموحد في شأن إساءة استخدام تقنية الحاسب الآلي بأنه "مكان افتراضي على شبكة الانترنيت يسجل وفقا للأسبقية مع شركة مختصة". ويمكن لصاحب الموقع من خلال موقعه، بث المادة التي يريدها، كما أنه مكان للتسوق والاتجار وتبادل المعلومات والتشاور وتقديم المساعدة لزواره. ولمزيد من الاطلاع، انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، ط. 1، 2006، ص. 77 و78.
ولا بد للموقع على شبكة الإنترنيت من شعار أو علامة تميزه عن غيره من المواقع ولذلك سمي باسم النطاق أو اسم الدومين.

[281] جهاز معدل الموجات "المودم": يمثل أوائل الحروف من الكلمات «Modulateur - Démodulateur» وهو جهاز يحول الإشارات الرقمية المستخدمة بواسطة الحاسوب إلى موجات تناظرية «analogique» تنقل مع الموجات الصوتية خلال خطوط الهاتف. ولتستطيع هذه الأخيرة حمل الموجات التناظرية، يستخدم معدل الموجات « Modulateur » وفي محطة الاستقبال يكون مطلوبا إعادة تعديل آخر بواسطة «démodulateur» لتحويل الموجات التناظرية إلى إشارات رقمية يتم استقبالها بواسطة الحاسوب، محمد فهمي طلبة، وآخرون، دائرة معارف الحاسب الإلكتروني، مجموعة دلتا كمبيوتر، رقم 2، مطابع المكتب المصري الحديث، 1991، ص. 305.

[282] محمد فواز المطالقة، م.س.ص.37، أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 147 و148، وانظر أيضا: أحمد شرف الدين، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين والشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 10 - 12 ماي 2003، المجلد 4، ص. 1583 و1584. وراجع أيضا خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 73.

فمن خلال هذا العقد الذي يبرم مع الشركة مقدمة خدمة الاشتراك « Fournisseur de Service Internet»[283]، يتم إلحاق المشترك بالشبكة من الناحية الفنية، وتموينه بكل ما هو ضروري لتخويله الدخول إلى شبكة الإنترنت، من أجهزة للربط أو ببرامج محققة للاتصال بين الحاسوب وشبكة الإنترنت، في مقابل سداد مبلغ معين يسمى برسوم الاشتراك التي يدفعها المشترك إلى ممون الخدمة شهريا أو سنويا، أو من خلال بطاقة مدفوعة مسبقا، مع تحمله أجرة الاتصال بالشبكة على صورة مكالمات هاتفية وطنية أو دولية وذلك حسبما تم الاتفاق عليه.

وهذا العقد ملزم لجانبيه، إذ يقع على عاتق ممون الخدمة التزام أساسي بتقديم خدمة الدخول إلى شبكة الإنترنت، وهو التزام بتحقيق نتيجة[284].

وهنا يختلف الأمر بحسب ما إذا كانت شركة الاتصالات هي نفسها التي تتولى تقديم وتوريد الخدمة للمستفيد منها وبشكل مباشر، فعندئذ يكون التزامها بتحقيق نتيجة، إذ لا تملك السيطرة الكاملة على العوامل الفنية المؤثرة في جودة الخدمة وسلامتها. ولا تعفى منها إلا في حالات محددة سلفا، كانقطاع التيار الكهربائي أو تعطل الشبكة الرئيسة أو غيرها من حالات القوة القاهرة.

أما إذا كان مورد الخدمة، مجرد وسيط بين المستخدم من جهة، ومورد المعلومات أو منتجها من جهة أخرى، يتولى تقديم خدمة الدخول إلى الإنترنت، فالتزامه هنا يقتصر على اختيار أفضل الشبكات وأحسن طرق البث، وإرشاد المشتركين إلى أفضل التقنيات والبرامج والوسائل. بذلك فهو غير مسؤول أمام الغير عن صحة أو دقة أو سلامة المعلومات التي ينقلها. وكل ما يمكن أن يسأل فيه، هو الإخلال بمسؤوليته التعاقدية، سواء أمام المستخدم للشبكة أو المورد[285].

كما يتولى توفير خدمة الإرشاد والنصيحة وحل المشكلات، التي قد تعترض المستخدم قبل وأثناء وبعد النفاذ إلى الشبكة، من خلال ما يطلق عليه الخط الساخن «la haute line». ونعني هنا قيام مقدم هذه الخدمة، بأداء المساعدة التقنية لحل المشكلات التي قد يواجهها المشترك أثناء تواجده على الشبكة[286].

بناء على ما سبق، يمكن القول، بأن عقد استخدام شبكة الإنترنت[287]، هو أصل كافة العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عبر الإنترنيت، إذ تمكن من استخدام الشبكة والتجول عبر مواقعها والبحث عن السلع أو الخدمات التي يرغب فيها المستخدم، تمهيدا لإبرام عقد أو معاملة من خلال هذه الشبكة.

---

[283] يطلق عليه أيضا مزود خدمات الانترنيت.

[284] Jean-Baptiste M., créer et exploiter un commerce électronique, Ed. Litec, Paris, 1998, p. 45.

[285] محمد أمين الرومي، جرائم الكمبيوتر، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية، مصر، 2004، ص. 126.

[286] Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, Ed. Litec, Paris, 1999, p. 118.

[287] تجدر الإشارة، إلى أن عقد الدخول إلى الشبكة، يمكن أن يتعلق بأعمال مختلفة من حيث موضوعه، وإن كانت طبيعة العمل لا تعدل من جوهر العقد، فإن اختلاف الأعمال يرجع لتباين الخدمات التي يطلبها المستخدم، وذلك حسبما كان مهنيا أم لا. ومن ثم، قد يمتد نطاق عقد الدخول إلى الشبكة، إلى الخدمات التالية: خدمة الإيواء؛ «Service d'hébergement»؛ خدمة المعلومات «Service d'information»؛ خدمة نقل البيانات « Service de transfert de données»؛ خدمة الوصول المباشر للانترنت «Service de Compuserve»؛ خدمة الدخول عن بعد «Telenet». لمزيد من التفاصيل انظر: أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م.س.ص. 123 و124.

المطلب الثاني
عقد الإيجار المعلوماتي[288]

عقد الإيجار المعلوماتي أو عقد الإيواء أو التوطين، عقد بموجبه يلتزم مقدم خدمة الإنترنت، بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانياته الفنية والتقنية المتعلقة بإمكانيات الأجهزة التي تناسبه[289]. ومثال ذلك: أن يتيح مقدم الخدمة[290] المعلوماتية للمشترك، إمكانية أن يكون له عنوان بريدي إلكتروني لديه، حيث يخصص له حيزا على القرص الصلب لجهاز الحاسوب المملوك له، والمتصل بشبكة الانترنيت من أجل صندوق خطاباته الالكترونية[291].

ويعرفه البعض بأنه التقاء إرادتين على إبرام عقد محله معلوماتي، أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات وإرسالها إلى الغير بأية وسيلة كانت[292]. ويكون ذلك إما بشكل مباشر من خلال اسم وعنوان مستقل «Nom de domaine privé»، كصفحة مستقلة «page web»، أو من خلال جزء كصفحة داخلية على موقع موجود أصلا مثل: «google» و«yahoo» وغيرهما.

على أن الفقه اختلف حول ما إذا كان الظهور على الشاشة من قبيل الخدمات، أم من قبيل العقود التي تقع على البرامج، كالبيع والإيجار والمقاولة. فبعض منهم[293]، اعتبرها من عقود البيع لبعض الحقوق المالية الواردة في البرامج.

بينما اتجاه آخر[294] اعتبرها من قبيل عقود الإيجار المعلوماتي التي ترد على خدمات معلوماتية، يقوم من خلالها مقدم الخدمة بوضعها تحت تصرف المشترك، والتي تكون بإتاحة مساحة على القرص أو إتاحة مكان على الشبكة، أو تقديم أي جزء من المعلومات يتم الانتفاع به خلال المدة التي يتم تحديدها.

ويمكن تكييف هذا العقد على أنه عقد إيجار أشياء، إذ غايته تمكين المستخدم من الانتفاع بالعين المؤجرة، بينما تبقى ملكية المعلومات لأصحابها[295].

---

[288] "Contrat d'hébergement".

[289] بشار محمود دودين، م.س.ص. 177. انظر أيضا: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 153؛ وخالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2007، ص. 80.

O.Iteanu, Les contrats du commerce éléctronique, Droit et patrimoine, Dec 1997, N° 55, p. 52 - 55.

[290] يراد بمقدم الخدمة في مدلول المادة 3 البند 8 من مشروع قانون رقم 09-24 يتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود (الصيغة الجديدة الموضوعة لدى الأمانة العامة للحكومة في يناير 2011)، "كل شخص يقدم خدمة من الخدمات".

[291] Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, Op.cit. p. 31 - 34.

[292] Michel Vivant, idem, p. 371.

[293] مدحت محمد محمود عبد العال، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2001، ص. 91.

[294] أسامة أبو الحسن، مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 153 و154.

[295] لورانس محمد عبيدات، م.س.ص. 37، وأيضا أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنيت، بحث سابق، ص. 139.

وهذا نفسه الموقف الذي اتخذته المحكمة التجارية بالرباط، في الحكم رقم 1537 الصادر بتاريخ 2007/5/3 في الملف رقم 2006/8/4510، في قضية تتعلق بإنشاء موقع على شبكة الإنترنيت يسهل الولوج إلى خدمات الشركة العارضة ويسهل عليها تسويق وبيع منتجاتها عبر دول العالم. فقد فوجئت الشركة المالكة للموقع، أنه غير مشغل ولم يعد معروضا على الإنترنيت.

وقد اعتبرت المحكمة التجارية أن "عقد الاستضافة المبرم بين الطرفين هو بمثابة عقد كراء يخضع للقواعد العامة المنظمة بمقتضى قانون الالتزامات والعقود، ولما كان من الالتزامات المترتبة على عاتق المكري أن يمكن المكتري من الشيء موضوع الكراء، بشكل يكون معه قابلا للاستعمال وفق ما أعد له أو وفق المتفق عليه تصير تبعا لذلك المدعى عليها الأولى ملزمة بتخصيص موقع للمدعية باعتبارها مكترية".

والانتفاع بميزات هذا النوع من عقود الخدمات، تتيح للمنتفع استخدام الشبكة وإجراء كافة التصرفات المتاحة، كالتجول في المواقع والتسوق والتصفح، والذي قد يتيح إبرام العقود الإلكترونية من خلال هذه الخدمة، كما أن هذا العقد في حد ذاته، يمكن أن يكون من العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إذا أبرم عبر الإنترنت كليا أو في أي مرحلة من مراحله عبر وسائل إلكترونية.

على أن بعضا آخر من الفقه، اعتبرها من عقود الخدمات التي توفر الإشتراك في قواعد المعلومات عبر الشبكة[296]، وكُيفت على أنها من عقود المقاولة[297]، موضوعها إنجاز عمل يتعلق بأداء خدمة معلوماتية. ويتضمن هذا العقد، الإلتزامات المتبادلة على عاتق الطرفين ويلتزم مصمم الموقع "le concepteur du site"، بإنجاز ذلك عبر المواصفات الفنية والجمالية ذات الأصالة الخاصة به على نحو يضمن حمايته القانونية كعمل يندرج في إطار الملكية الفكرية.

ويمكن أن يتضمن الاتفاق، تحديد مدة معينة لإنجاز العمل، إضافة إلى بعض الالتزامات الإضافية، من مثل: الالتزام بإيواء الموقع، وإتمام الإجراءات الإدارية اللازمة للحصول على اسم له. وتلك مسألة غاية في الأهمية، حيث يتعين اختيار الاسم و تقديم طلب بذلك لدى الجهات المختصة، لإتمام تسجيل اسم الموقع وإضفاء الحماية القانونية عليه[298].

ويميز بعض الفقه، بين نوعين من العقود للظهور على الشبكة، فإذا ما كان طلب الظهور مباشرا ومقتصرا على حجز موقع، فإن العلاقة بين المورد والطالب هو من باب شراء الموقع. أما إذا كان الطلب متضمنا الموقع مع البرنامج الذي يساعد على الظهور، فإننا بصدد علاقة مقاولة.

أما إذا كان الظهور من خلال موقع آخر، فلا يعدو أن يكون إيجارا لمساحة افتراضية، مع تمييز ما إذا كان الطلب متضمنا تقديم البرنامج مع الظهور أم لا، حيث يمكن القول بأنه عقد اشتراك، ويصنف تحت باب عقود المقاولة[299].

---

[296] فاروق الأباصيري، م.س.ص. 23.

[297] محمد حسين منصور، م.س.ص. 29.

[298] محمد حسام لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 1993، ص. 163.

[299] انظر حول تكييف عقد خدمات المعلومات بصفة عامة كعقد مقاولة، محمد حسام لطفي، م.س.ص.163.

من خلال كل ما حللناه، يظهر لنا أن صعوبة تكييف عقد الظهور على الشاشة، ناتجة عن احتوائه على البرنامج التشغيلي أثناء الظهور. هذا البرنامج الذي مازال الخلاف الفقهي قائما حوله، فيما إذا كان من الممكن أن يرد عليه البيع أم لا، وبين ما إذا كان معدا سلفا، أم أنه برنامج خاص بعميل معين؛ وبين ما إذا كان تحت إشراف العميل أم بدون إشرافه، إلى غير ذلك من الإشكالات التي يمكن طرحها هنا، مما يجعل من الصعوبة بمكان حسم هذه المسألة الشائكة[300].

المطلب الثالث
عقد إنشاء المتجر الافتراضي[301]

هو عقد بمقتضاه يتم إنشاء مراكز تجارية افتراضية على شبكة الإنترنت، ويضم المركز الواحد، مجموعة من البوتيكات أو المتاجر، ويسمى صاحب البوتيك أو المتجر مشاركا «Partenaire». وينضم إلى المركز التجاري بعقد المشاركة «Contrat de participation»، ويضم المركز مجموعة من التجار تحت عنوان معين في مكان واحد[302]. وهو بذلك يماثل المركز التجاري التقليدي، الذي يجمع العديد من التجار في مكان واحد، وهو المعروف باسم (المول).

ويتكون المتجر الافتراضي من صفحات ويب عادية، وبرنامج لضمان أمن المعلومات المالية للعملاء، وإدارة التعاملات المالية مع البنوك ومؤسسات النقد الإلكتروني، وبرامج تصل واجهة المتجر الافتراضي بقاعدة بيانات العملاء. ويحتاج إنشاء متجر افتراضي، إلى مقدم خدمة الإنترنت، وخط مستأجر مفتوح دائما على الإنترنت، وواجهة افتراضية[303].

وتنقسم المراكز التجارية الافتراضية إلى قسمين: أولهما يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة، ويسمح لزائر الموقع الإطلاع فقط بالتجول فيه، بقصد التعرف على السلع والخدمات المعروضة، دون أن يتمكن من شرائها. ومن أجل ذلك، ما عليه سوى الدخول إلى القسم الثاني الذي لن يتمكن من الدخول إليه، إلا بعد اتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله، وتتلخص في ذكر رقم بطاقته الائتمانية من أجل تيسير الوفاء.

كما عليه أن يتبنى توقيعا رقميا "Signature digitale" ذا شفرة خاصة، ليعتمده في التصرفات التي يبرمها. وغني عن البيان، مدى حساسية هذه البيانات لما تنطوي عليه عملية نقلها عبر الشبكة من مخاطر جمة، خاصة إذا تم النقل من خلال الشبكة المفتوحة، إلا إذا استعملت الشفرة في ذلك.

---

[300] عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع على الإنترنت، دراسة تحليلية ، ط. 1، 2007، دار الحامد للنشر والتوزيع الأردن، ص. 86 - 87.

[301] "Contrat de réalisation de la boutique virtuelle".

[302] محمد حسين منصور، م.س.ص. 30. أسامة مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 62.

[303] خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 77.

فإذا ما تمت هذه الإجراءات، استطاع الزائر الدخول إلى صفحات البيع لمختلف المحلات التجارية التي يتكون منها المركز التجاري، وأن يتعاقد على المنتجات أو الخدمات التي يرغب فيها، وعليه بعد ذلك، أن يقدم نفسه مستخدما الكود الخاص به كلما أراد الدخول إلى هذا المركز، مع ملاحظة أنه إذا دخله يستطيع الدخول بحرية إلى باقي المحلات المشاركة فيه، دون حاجة إلى التحقق منه عند دخوله إلى كل منها[304].

ووفقا لهذا العقد، يلتزم المركز التجاري بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الانترنيت، وذلك بأن يرخص له باستخدام برنامج خاص يتيح له ممارسة الأعمال التجارية على الشبكة العنكبوتية، نظير مقابل مالي يدفعه إلى صاحب المركز الافتراضي.

كما يتضمن هذا العقد كذلك، بعض الأحكام التي تستهدف تحديد مسؤولية طرفيه بشأن بعض المسائل مثل: احترام التشريعات السارية التي تتعلق بالنشاط الممارس، وتنظيم الرقابة على محتويات المتجر، وضمان احترام الطرفين للأعراف التجارية، وتنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير مثل الترخيص للمتجر من إحدى شركات البرامج باستخدام برنامج معين للوفاء[305].

ويتضمن العقد عادة، نوعين من الشروط:

شروط عامة، وتخضع لها كل المتاجر المشاركة في المركز التجاري، مثل: تحديد البيانات الشخصية للمشارك، وتقديم بيان مفصل للمنتجات، والبضائع المعروضة، وبيان إذا كانت رقمية أو غير رقمية، وتحديد اللغة التي يتم العرض بها، وبيان ثمن الحصول على السلعة أو الخدمة المعروضة وتحديد أسعارها بوضوح مع بيان الضرائب، ونفقات الشحن أو أي مصروفات يتوجب الوفاء بها لإيصالها إلى المستهلك ، كما ولا بد من تحديد طريقة تسليم محل العقد، ومكانه، ومدته ومواعيد ذلك، واحترام التشريعات والأعراف السارية، وطرق الوفاء.

وإلى جانب الشروط العامة السالفة الذكر، هناك شروط خاصة بكل متجر على حدة[306]، وتتمثل بالأساس في بعض الأحكام التي تستهدف تنظيم مسؤولية طرفي العقد بشأن بعض المسائل الضرورية، منها: ضرورة احترام التشريعات السارية التي تتعلق بهذه الأنشطة، والقوانين والأعراف المعتادة والبعد عن الصورية، بحيث يكون الموقع الذي يعرض منتجاته عرضا حقيقيا، هو الموقع الذي يزود عملاءه بكافة المواصفات والمقاييس للسلعة المراد ترويجها قدر الإمكان، وبكافة الوسائل المتاحة التي يمكن من خلالها عرض السلعة بشكلها ومواصفاتها الحقيقية.

---

[304] Lionel Costes, Op.cit. p. 66-67.

[305] Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, Op.cit. p. 67-69.

[306] انظر أيضا، محمد حسين منصور، م.س.ص. 31؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 77 و78؛ وأيضا، بشار محمود دودين، م.س.ص. 78.

هذا، مع مراعاة وجود بعض الشروط الخاصة بالرقابة على محتويات الموقع، وتنظيم إبرام العقود اللازمة مع الغير، مثل: الترخيص للمتجر من إحدى شركات برامج الأداء الإلكتروني باستخدام برنامج معين للوفاء[307].

كما ولا بد أن يتم العرض باللغة الفصحى، ليتمكن الكافة من فهمه وبيان مختلف الإشارات والمنشورات المعروضة عن السلعة، حتى لا يكون هناك أي غبن لدى المستهلك. وعلى العارض تحديد مدى توافر هذه السلعة، والوقت اللازم للتسليم، حتى لا يدعي مستقبلا بالتأخر في الشحن أو بعدم توافر هذه السلعة، أو أنها قد نفذت.

بذلك يكون عقد إنشاء المتجر الافتراضي، هو ذلك العقد الذي يبرم بين المشترك "التاجر" ومقدم خدمة الاشتراك في الإنترنت، أو أنه العقد المبرم ما بين المشترك "التاجر" وصاحب المركز التجاري الافتراضي على الشبكة، يلتزم بموجبه مقدم الخدمة أو صاحب المركز التجاري بتخصيص موقع محدد ومرخص لنوع محدد من التجارة، يفتح من خلاله متجرا خاصا بالمشترك على شبكة الإنترنت، فيقوم هذا الأخير، تبعا لذلك باستخدام برنامج معين، يباشر بمقتضاه التجارة عبر الإنترنت بشكل اعتيادي وبكل سهولة، مع التزامه بدفع مقابل مالي لذلك[308].

بذلك نستخلص أن عقد المركز التجاري الافتراضي، خدمة إلكترونية، يتم الدخول إليها عبر شبكة الإنترنت والمفتوحة لكل مستعمليها، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها[309].

---

[307] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 156.

[308] بشار محمود دودين، م.س.ص.78 ؛ محمد حسين منصور، م.س.ص. 31.

[309] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 13.

المطلب الرابع
عقد الاشتراك في البنوك والقواعد الإلكترونية للمعلومات أو البيانات[310]

يعتبر هذا العقد من عقود تقديم الخدمات، ومن ثم فهو عقد مقاولة يلتزم بمقتضاه مقدم خدمة الإنترنت، بأن يضع تحت تصرف العميل مقابل اشتراك معين، خدمة النفاذ إلى قاعدة المعلومات بتزويده بالوسائل الفنية التي تمكنه من الحصول على المعلومات التي يحتاجها، كالبرنامج المقترن بالكود، أو الرقم السري، أو كلمة السر التي تيسر له الدخول إلى قاعدة المعلومات أو البيانات[311]. كما يلتزم مقدم الخدمة، بتقديم النصيحة والمشورة للعميل، بهدف مساعدته للحصول على أفضل خدمة، من خلال الحصول على المعلومات المناسبة[312].

وما يجعل المعلومات محلا للتعاقد، هو قيمتها بعد معالجتها. إذ في الغالب الأعم، تقدم للعملاء مبوبة ومعلقا عليها بالشرح والتفصيل بطريقة سهلة ويسيرة ومحدثة "Actualiser" بشكل دوري؛ مما يجعلها عملا فنيا ذا قيمة اقتصادية.

ويرتب عقد الاشتراك في قواعد البيانات، إلتزامات متبادلة على عاتق كل طرف. فالمورد يلتزم بأن يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الاتصال بقاعدة المعلومات أو البيانات، وبأن يحافظ على سرية مطالب العميل بشأن المعلومات الموردة، كما يلتزم بحسن استخدام المعلومات والمحافظة على سريتها. ولعل الالتزام الرئيس، الذي يقع على عاتق العميل، هو أداء المقابل النقدي المتفق عليه[313].

على أننا نلاحظ اختلاف الآراء الفقهية، حول التكييف القانوني لهذا العقد، فيما إذا كانت تصلح المعلومات بأن تكون محل بيع أو إجارة أو مقاولة، بالنظر إلى طبيعة هذه المعلومات المقدمة، وفيما إذا كان من الممكن اعتبارها محلا لقيمة اقتصادية أم لا.

---

[310] "Banques et bases de données".

[311] هي عبارة عن مجموعة من الحروف أو الأرقام أو هما معا، يقوم المستخدم للبرنامج بإدخالها إلى جهاز الحاسوب، بفحص مدى مطابقتها مع الكلمة المخزونة به، فإذا ما كانت مطابقة فإنه يسمح للمستخدم بتنفيذ جميع العمليات المصرح له بها. وكلمة السر أو الشفرة السرية، إحدى وسائل تأمين نظام الحاسوب، ضد الاستخدام غير المشروع لأشخاص يمنع عليهم الدخول على ذاكرة الحاسوب أو إلى قاعدة البيانات أو لبرامج معينة. وكلمة السر هي إحدى الوسائل الفنية لحماية شبكة المعلومات في أي نظام إلكتروني، ذلك أن أية بيانات أو معلومات وسواء كانت شخصية أو مهنية ويرغب الشخص المالك لها أو القائم عليها في إخفائها، فإنه يتبع وسيلة لمنع وصول الآخرين إليها. وهناك نظام أمني يتشابه مع كلمة المرور في منع الدخول إلى ملفات ومعلومات الشبكة ونظم تشغيلها، وإن كان يختلف عنها، وهو نظام البروكسي " Proxy" وهي كلمة إنجليزية وتعني الوكيل، حيث تقوم مزودات البروكسي بدور الوسيط بين المشتركين في خدمة الإنترنيت لدى الجهة التي تقوم بذلك، مثل مؤسسات الاتصالات، وما بين المواقع على الشبكة العالمية، حيث يطلب مزودي البروكسي المعلومات من الشبكة نيابة عن المشتركين. كما يستخدم البروكسي كحائط منع أو جدار ناري، حيث يقوم بتصفية المعلومات الصادرة من وإلى الشبكات من شبكة الإنترنيت. لمزيد من الاطلاع انظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر في القانون العربي النموذجي، م.س.ص. 58 و59.

[312] محمد حسين منصور، م.س.ص. 31 و32.

[313] المرجع السابق، ص. 33.

ولن ندخل في تفاصيل هذا الجدل الفقهي حول تكييف عقد الاشتراك، لأنه يخرج عن دائرة دراستنا، ونكتفي فقط بالإشارة إلى ما انتهى إليه غالبية الفقه، وهو اعتبارها ضمن طائفة عقود المقاولة[314].

المطلب الخامس
عقد تقديم خدمة البريد الإلكتروني[315]

يرجع انتشار استخدام البريد الإلكتروني لعدة أسباب، نذكر منها: قلة التكلفة، وسرعة وصول الرسائل الإلكترونية والقدرة على إرسال الوثائق والمستندات بمئات الصفحات وإرسال آلاف الرسائل في الوقت ذاته لعدة أشخاص في بقاع شتى من العالم، وكذا تنظيم وقت إرسال الرسائل إلكترونيا.

بذلك يعتبر عقد تقديم خدمة البريد الإلكتروني، من عقود الخدمات الإلكترونية. ويشبه صندوق البريد الإلكتروني صندوق البريد العادي، مع وجود فارق جوهري، هو أنه في صندوق البريد الإلكتروني توجد الرسائل المرسلة إليه بطريقة إلكترونية، وتلك التي سبق إرسالها، وأيضا الرسائل الملغاة ونماذج عامة لصيغ الرسائل، إضافة إلى قائمة العناوين البريدية التي تتم إضافتها إلى قائمة العناوين البريدية الإلكترونية الأخرى الموجودة بصندوق البريد الإلكتروني.

ويتم تخزين محتوى هذا الأخير على أحد خوادم الشبكة العنكبوتية، أو في المعدات الطرفية[316] للمرسل إليه، حتى يتمكن - هذا الأخير - من استعادتها متى شاء وأينما شاء.

---

[314] لتفاصيل النقاشات الفقهية بالنسبة إلى هذه النقطة، يمكن الرجوع إلى المراجع التالية:
فاروق الأباصيري، م.س.ص.21 و22 ؛ عادل أبو هشيمة محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004، ص.87؛ مدحت محمد عبد العال، م.س.ص. 79؛ محمد عبد الظاهر حسين، م.س.ص.39؛ محمد السيد عمران، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992، ص. 62؛ وأيضا: جمال عبد الرحمن علي، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية بدون سنة النشر، ص. 325.

[315] «E-Mail: Electronic mail»: ظهر البريد الإلكتروني وانتشر في معظم أنحاء العالم تحت التسمية الانجليزية «EMAIL» وهي اختصار لكلمة «Electronic Mail»، ورغم ذلك حاولت كل دولة أن تجد في لغتها الأصلية مقابلا لهذا المصطلح، بخلق تسمية جديدة. ففي فرنسا مثلا وبالنظر إلى عدم وجود ترجمة مقابلة لكلمة «Email»، تعددت التسميات التي تطلق عليه من الناحية العملية، مثل: «Courrier électronique» و«Messagerie électronique» و«Email» و«mél». مما دفع اللجنة العامة للغة الفرنسية إلى إصدار منشور في 20 يونيو 2003، يلزم الإدارات والمصالح العامة باستخدام مصطلح «courriel». وهذا المصطلح ناتج من تركيب ودمج كلمة «courrier» بكلمة «électronique». أما في البلدان العربية، فالمصطلح الغالب من الناحية النظرية، هو" البريد الإلكتروني"، على أن الشائع من الناحية العملية- هو "إيميل Email". والجدير بالذكر، أن هذا المصطلح يطلق ليس فقط على البريد الإلكتروني كوسيلة اتصال بين الأفراد والجماعات، بل أيضا على العنوان والرسالة المنقولة ذاتها عبر هذه الوسيلة. لمزيد من الإطلاع حول البريد الإلكتروني نحيل على المرجع التالي: عبد الهادي فوزي العوضي، الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005، ص. 11 - 26.
والبريد الإلكتروني هو عنوان صندوق البريد الذي عن طريقه يتم إرسال الرسائل البريدية الإلكترونية باستخدام شبكة الإنترنيت، ذلك أن كل شخص مستخدم لهذه الشبكة عنوانا بريديا يتم الدخول إليه بكلمة مرور لا يعلمها سوى الشخص صاحب صندوق البريد بنفسه، وبمجرد إدخاله يفتح صندوق البريد الإلكتروني. انظر عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول، م.س.ص. 264. =

وتجدر الإشارة، إلى أن العديد من المواقع عبر شبكة الإنترنيت، توفر هذه الخدمة مجانا، بغرض الدعاية للموقع. حيث يخصص مقدم هذه الخدمة لزبنائه، حيزا معينا على أجهزة حواسيبه "الخوادم les serveurs"[317] والمتصلة بشبكة الإنترنت، ليتمكنوا من إرسال واستقبال الرسائل الإلكترونية عبر الصندوق الإلكتروني لخطاباتهم، سواء كانت نصية أو مسموعة أو مصورة. ويمكن تلقي الرسائل الإلكترونية من أي مستخدم آخر للإنترنت، كما يمكن إرسالها إلى أي شخص لديه عنوان بريدي إلكتروني[318].

المبحث الثاني
عقود الصناعة المعلوماتية

تبرم هذه العقود في إطار إبرام صفقات توريد البرامج والتجهيزات المعلوماتية. وهي أنواع عديدة، نذكر منها:

- عقد التوريد المعلوماتي[319] **(المطلب الأول)**.
- عقد استصناع برامج الحاسوب[320] **(المطلب الثاني)**.

---

[316] عرف الظهير الشريف رقم 1-97-162 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 بتنفيذ القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-01-123 بتاريخ 29 ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-79 وبمقتضى القانون رقم 01-55 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-04-154 بتاريخ 21 رمضان 1425 (4 نوفمبر 2004) وكذا القانون رقم 06-29 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-43 بتاريخ 28 ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007). ج.ر.ع. 5520 الصادرة يوم الخميس 26 أبريل 2007، في الفقرة الأولى من المادة 1 "المعدات الطرفية بأنها : " كل جهاز معد للتوصيل المباشر أو غير المباشر مع نقط انتهائية في شبكة للمواصلات، يستعمل لإرسال أو استقبال أو معالجة إشارات المواصلات، ولا يشمل هذا التعريف الأجهزة المتعلقة بخدمات البث الإذاعي والتلفزي". وللإطلاع إلكترونيا على نص القانون، يمكن الرجوع إلى الرابط التالي:

www.haca.ma/html/Ar/dahir_1_97_162.htm#_ftn4 (M.S.J, Oct. 2009).

ولا يخضع تداول المعدات الطرفية لأية موافقة مسبقة من طرف الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات. لكن إذا كانت معدة للربط بالشبكة العامة للمواصلات، فإنها تخضع لموافقة مسبقة للوكالة الوطنية لتقنين المواصلات أو لأحد مختبرات التجارب والقياسات المعتمدة من قبل الوكالة المذكورة. وفي جميع الأحوال، فإن الموافقة تعتبر ضرورية بالنسبة للمعدات الراديو كهربائية سواء أكانت معدة للربط بالشبكة العامة للمواصلات أم لا. ولمزيد من الإيضاح يمكن الرجوع إلى الرابط التالي:

www.anrt.net.ma/arb/content/main.php?id_page=5&id_sous_page=2&RefNiv=0 (M.S.J, Oct. 2009).

[317] في الشبكات الحاسوبية: الخادم أو المخدم أو الخادوم (ويطلق عليها أحيانا الملقم) (بالإنجليزية: Server) هو نظام حاسوبي متصل بشبكة بيانات. أي أنه عقدة فيها، ومتخصص في إدارة وتلبية الطلبات التي ترده من حواسيب أخرى على الشبكة. في مجال تقنية المعلوماتية يطلق مصطلح خادوم على النظام سواء كان عتادا أو برمجية. وعادة ما تكون الخواديم العتادية ذات إمكانات متفوقة وتصميمات خاصة لتحمل العمل لفترات طويلة بلا انقطاع ولمواجهة الأعطال بكفاءة أكبر، إلا أن أي حاسوب يمكنه أن يقوم بدور الخادوم مبدئيا. من أمثلة الخواديم الموجودة على إنترنيت "خواديم وب Web" و"خواديم نقل الملفات FTP" و"خواديم المحادثة باتفاقياتها المختلفة". ويمكن للحاسوب الواحد أن يكون خادوما وعميلا في الوقت ذاته في بعض أنواع العمليات، بحيث يلبي طلبات حواسيب كخادوم وفي نفس الوقت يمكنه أن يطلب منها أو من غيرها كعميل. في هذه الحالة توصف الحواسيب المتصلة باتفاقيات تحقق هذا الوضع بأنها أنداد. كما يوجد نمط آخر تتبادل فيه العقدة على الشبكة دور الخادوم لعميل ودور العميل لخادوم آخر، وفي هذه الحالة تكون وسيطا (proxy) بين كل من العميل والخادوم الذين تتصل بهما، ولذلك استخدامات مختلفة، ولمزيد من الإطلاع نحيل على الموقع التالي: http//ar.wikipedia.org.

[318] محمد حسين منصور، م.س.ص. 30. انظر أيضا: بشار محمود دودين، م.س.ص. 79. وأيضا: خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي...، م.س.ص. 81 و82.

[319] "Contrat de fourniture du contenu".

[320] "Contrat de Conception et de creation d'un programme d'ordinateur".

المطلب الأول
عقد التوريد المعلوماتي

يطلق عليه أيضا، "عقد بث مضمون معين عبر شبكة الانترنيت". وهو عقد يبرمه مورد المعلومات والخدمات، مع من يقوم بطرحها على الموقع على شبكة الإنترنت. ولا يرتبط مورد المعلومة بأية رابطة عقدية مع مستخدمي الشبكة الذين يتلقون المعلومات، سواء كان شخصا عاديا أو مهنيا متخصصا في جمع المعلومات ونشرها على شبكة الإنترنت.

ومع ذلك، فإن مسؤوليته تقوم في مواجهة هؤلاء، عن المعلومات الخاطئة، أو الكاذبة، أو غير المشروعة، أو غير الكاملة[321]. في حين يرى بعض آخر من الفقه، أنها نوع من المسؤولية عن حراسة الأشياء[322].

أما مورد المنفذ، فيعتبر الوسيط بين مستخدم الإنترنت ومورد الخدمات التي يتعهد بها عبر عقود الاشتراك التي يبرمها. وغالبا لا يقوم بتزويد مستخدمي شبكة الإنترنت بالمعلومات، ذلك أنها مهمة مورد المعلومات. وكل ما يتعهد به، هو وضعها على الموقع وتيسير إمكانية الإطلاع عليها، من خلال المنفذ الذي أعده لهذا الغرض. ولا يعتبر مورد المنفذ مسؤولا عن محتوى المعلومة أو الخدمة، طالما أنه ليس موردا لها؛ فدوره يقتصر على مجرد ربط المستخدمين بالشبكة، من خلال المنافذ التي يقدمها.

لكن، إذا ما تعدى دوره هذا، بأن أصبح موردا ومنتجا للمعلومات والخدمات، ففي هذه الحالة تكون له القدرة على رقابة هذه المعلومات والإطلاع عليها وفحصها. لذلك تقوم مسؤوليته إذا سمح بنشر معلومات غير مشروعة: فتكون عقدية إذا أثيرت من جانب مستخدمي شبكة الإنترنت، وتقصيرية تجاه الغير المضرور[323].

ويلتزم مورد المعلومات بمقتضى عقد التوريد، بتزويد مورد المنافذ بالمعلومات والخدمات، التي تُبث من خلال مواقع الإنترنت، نظير مقابل يلتزم هذا الأخير بأدائه. وهو لا يلتزم فقط بتوريدها أو تزويد مورد المنافذ بها، وإنما يُسأل أيضا عن مضمونها ومحتواها.

وهذا الالتزام هو بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية[324]. لذلك فهو يلتزم بتوريد معلومات وخدمات صحيحة وكاملة ومشروعة، ولا تسبب ضررا للغير أو تخالف النظام العام[325] والآداب.

---

[321] خالد ممدوح إبراهيم، التقاضي الإلكتروني، م.س.ص. 77 و78.

[322] محمد عبد الظاهر حسين، م.س.ص. 42.

[323] نبيلة إسماعيل رسلان، المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات، مطبعة جامعة طنطا، بدون سنة النشر، ص.82.

[324] الالتزام بتحقيق نتيجة أو غاية هو التزام محدد، محله تحقيق نتيجة محددة، بحيث إذا لم تتحقق هذه الغاية، اعتبر المدين أنه لم ينفذ التزامه وذلك كالتزام الناقل بنقل البضاعة إلى مكان محدد في وقت محدد. أما الالتزام ببذل عناية أو ما يسمى أيضا بالالتزام بوسيلة، فهو الالتزام الذي لا يتطلب لتنفيذه بالضرورة تحقيق الغاية البعيدة التي قد يتوخاها الدائن. وبذلك، يكون المدين في الالتزام بتحقيق نتيجة مسؤولا مدنيا لمجرد عدم تحقيق هذه النتيجة، ولو بذل جهدا وعناية لتحقيقها ولا يتحلل من هذه المسؤولية إلا بإثبات قوة قاهرة أو سبب أجنبي استحال معها تنفيذ التزامه بتحقيق نتيجة. أما المتعاقد في الالتزام بوسيلة، فيكون أحيانا ملزما فقط باتخاذ الاحياطات والتدابير اللازمة من أجل الحيلولة دون إلحاق ضرر بالمتعاقد معه. =

المطلب الثاني
عقد استصناع برامج الحاسوب[326]

بالنظر إلى الطبيعة الخاصة لبرامج الحاسوب، فإن إنشاءها واستعمالها يقتضي إبرام عقد بين الجهة المصنعة للبرنامج وبين العميل. ولا تختلف العقود المبرمة بخصوص إنشاء وتداول برامج الحاسوب في شيء عن باقي عقود بيع أي خدمة أو منتوج، سواء من حيث شروط إبرامها أو أركانها. على أن طابع محلها الخاص، هو ما يجعلها تنفرد ببنود خاصة، لتلائم طبيعة برامج الحاسوب.

ويقتضي إنشاء أي برنامج للحاسوب، المعرفة التقنية والمهارة التكنولوجية لليد العاملة الخبيرة معلوماتيا، في مجال البرمجة وتصميم البرامج. لذا فإن عقود العاملين المعلوماتيين هي أيضا تنفرد بخصوصيات تميزها عن عقود عمل باقي القطاعات الأخرى، وتتمثل في أن محلها هو إنشاء وتصميم نظم أو برامج للحاسوب.

وهذا يقتضي من رب العمل، مد أجرائه بكل المعلومات والتقنيات اللازمة لصناعة البرنامج والتي تشكل في واقع الأمر أسرارا خاصة بعمله، يمكنهم إذاعتها وتسريبها بسهولة، خصوصا وأن سمة عمل الأجراء المعلوماتيين، هو الانتقال والتغيير المستمر لأرباب العمل، مما من شأنه أن يشكل خطرا كبيرا على رب العمل وعلى سمعته.

لذا، يلعب العقد هنا دورا مهما، إذ ميزته الأساسية، هي وضع أسس قانونية للعلاقات التعاقدية، تفاديا لكل ما يمكن أن يسبب النزاع أو التشويش في الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد، بحيث يكون اللجوء إلى نظام العقد المتفق عليه بين الطرفين أساسيا، لفض أي خلاف قد يحدث بينهما.

= [325] تعددت تعريفات النظام العام، وعموما يمكن تعريفه بأنه هو القوانين التي تهم حقوق المجتمع أو المصلحة العامة، أو هو العلاقات الدولية الخاصة والقواعد القانونية التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع وتعلو مصلحة الأفراد. وفكرة النظام العام فكرة مرنة ويكتنفها الغموض ويؤكد الفقه أن العبرة في تحديد مدى تعلق الأمر بالنظام العام من عدمه هي وقت النظر في الدعوى وليس بالوقت الذي نشأ فيه المركز القانوني للنزاع. ولمزيد من الاطلاع: بولين أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الإنترنيت على صعيد القانون الدولي الخاص -دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2006، ص. 33-35. والتطرق إلى مفهوم النظام العام يطرح إشكالا كبيرا داخل القانون، خاصة فيما يتعلق بعلاقة النظام العام بالعقد، فالإرادة تنشأ العقد طبقا للفصل 230 من ق.ل.ع. ولكن النظام العام يستبعد إرادة الأطراف والقوة الملزمة للعقد في حالة مخالفته. فمفهوم النظام العام وعلاقته بالعقد، تبرز بوضوح سمو القانون على تصرفات الأفراد، وإعادة النظر في تبني نظرية مبدأ سلطان الإرادة لتفسير نظرية العقد. ولمزيد من الاطلاع، انظر، خالد مجاهدين، مفهوم النظام العام في العقد، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2004 - 2005، ص. 27 وما بعدها.

[326] يمكن تعريف برامج الحاسوب، بأنها مجموعة من التعليمات والأوامر المكتوبة بلغة ما موجهة إلى جهاز تقني معقد، يسمى الحاسب الإلكتروني، بغرض الوصول إلى نتيجة معينة، تخزن في الذاكرة الرئيسية لتوجه الحاسوب لإنجاز العمليات المطلوبة، وتمكنه من إدارة ومراقبة مكوناته المادية، لتنفيذ هذه العمليات. وقد عرفها المشرع المغربي بموجب الفقرة 13 من المادة الأولى من القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغير والمتمم بموجب القانون رقم 05-34، الصادر في 15 فبراير 2000، ج.ر.ع. 4796، الصادرة بتاريخ 15 فبراير 2000، ص. 1112 وما بعدها. ولمزيد من الاطلاع انظر: بشرى النية، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب، م.س.ص. 44 - 54.

البند الأساسي الذي يجمع كلا من عقد عمل المعلوماتي وعقد الترخيص بالاستعمال أو عقد بيع حق الاستعمال، هو بند السرية[327] "Close de confidentialité". وعنه انبثق شرطان آخران، هما: شرط الإخلاص لرب العمل "Close de loyauté"، وشرط الالتزام بعدم المنافسة "Clause de non-concurrence". ويصدق هذان الشرطان على كل من الأجير والعميل معا[328].

وما يجب التنويه إليه، أن الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود، تجعل الملكية في هذا العقد لا تنتقل إلا بالنسبة للدعامة المادية التي بها البرنامج. حيث للمشتري حق استعمال الشيء وفق ما وقع الاتفاق عليه بموجب العقد[329].

من خلال كل ما تقدم، نلمس بشكل جلي الاختلاف الكبير بين العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، والعقود التي معها في البيئة نفسها وهي عقود الخدمات الإلكترونية[330]، وعقود الصناعة المعلوماتية. فمعظم هذه العقود تتسم بالطابع التجاري الاستهلاكي، وبعضها بدون مقابل مادي عن أداء الخدمة.

في حين العقود المبرمة بطريقة أو وسيلة إلكترونية، ليست بالضرورة ذات طابع تجاري، بل قد تكون أيضا مدنية، موضوعها تبادل السلع والبضائع والخدمات - كما في العقود التقليدية - فقط استعملت في إبرامها وسيلة إلكترونية. فالعقود السالف البحث فيها، عقود ترتبط بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية، من حيث لزوميته ومساعدته على تسهيل العملية التعاقدية. وهي تشترك معه في البيئة، وقد يعقد بعضها بطريقة إلكترونية، لكنها تختلف عنها من حيث ارتباطها بالنشاط الإلكتروني[331].

بذلك لا يوجد شيء اسمه العقد الإلكتروني، لكن المفروض أن يسمى بالعقد المبرم بالطرق الإلكترونية. وهو لايمثل نوعا جديدا من العقود، إلا في البعض منها: كعقود التوريد المعلوماتي. كما أنه عقد يبرم عن بعد باعتبار الوسيلة الإلكترونية المستعملة، وهو بالتأكيد صورة متميزة من صور التعاقد، أثارت حولها العديد من النقاشات الفقهية بين من يعتبرها خارج دائرة القواعد القانونية التقليدية تماما، وبين من يقول أنها لا تختلف عن سائر صور التعاقد المعروفة والمحكومة بالقواعد العامة.

ورغم ما قد يبدو على القولين من مغالاة، فإن من المنطقي اعتبار العقود المبرمة بطريقة إلكترونية صنف من العقود المسماة، ولا تخرج عن القواعد القانونية المتعارف عليها والتي تحكم العقود عموما، إلا في بعض الخصوصية المتصلة بالوسيلة التي تبرم بها.

---

[327] يعود أصل هذا البند إلى القضاء الأمريكي وبخاصة الحكم الذي أصدره مكتب المجلس الأعلى الأمريكي:
The chancery Division of the High Court: Judgment of Megary in Coco VAN Clark (Engineers) 1969 RPC 41.
ويحمي هذا البند الأفكار والتصورات وقد سايره الفقه الأمريكي أيضا في السياق ذاته، انظر في تفاصيل ذلك:
Bruyan Nibllet, PR, pp.61, 64.

[328] بشرى النية، م.س.ص. 64 و65.

[329] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 109.

[330] ونشير إلى أن ما ذكرناه من عقود ليست سوى أمثلة عنها، فهي لم ترد على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال. فهناك العديد من عقود الخدمات الإلكترونية، وهي في تطور مستمر ومن المتصور أن تظهر عقود خدمات إلكترونية أخرى، ليس لها وجود في الوقت الحالي، كما قد تنشأ عقود خدمات إلكترونية مركبة.

[331] محمد منصور، م.س.ص. 16 - 22.

على أن ما يجب التنويه عليه، أن القواعد العامة في العقود لا تحيط بمختلف الجوانب القانونية لهذا النوع من العقود، لا سيما وأن الوسائل الإلكترونية غيرت الكثير من المفاهيم القانونية والتي يمكن اعتبارها ثوابت في القانون. فالتواجد غير مادي لطرفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، والعقد المبرم نفسه لا وجود مادي له، إلا من خلال الوسائط الالكترونية المستخدمة في إبرامه.

مما يجرنا إلى القول، بأن القواعد العامة في العقود غير كافية بذاتها، للإحاطة بمختلف الإشكالات القانونية التي تطرحها هذه العقود. من هنا، كانت الدعوة إلى إيجاد قواعد قانونية تتلاءم والطبيعة الخاصة لهذه العقود، المتميزة من حيث الوسيلة المستعملة في إبرامها.

ولعل الأمر يقتضي منا البحث في الأحكام الخاصة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية للوقوف على أحكام هذا العقد، وهذا ما سنبحثه بالتفصيل من خلال **الباب الثاني من هذا القسم الأول**.

الباب الثاني

الأحكام الخاصة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية

أما قانون التجارة الإلكترونية البحريني فقد نص بموجب المادة 10 منه، تحت عنوان إبرام العقود، على أنه "في سياق إبرام العقد، يجوز التعبير، كليا أو جزئيا، عن الإيجاب والقبول وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول، عن طريق السجلات الإلكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك"[357].

ونلاحظ أن تشريعات أخرى، لم تستعمل ذات العبارة: "رسالة البيانات" أو "البريد الإلكتروني"، كما في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الذي عرف في الفقرة الأولى من مادته الثانية، المبادلات الإلكترونية بأنها "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية". بمعنى آخر، كيفما كان العمل سواء تجاريا أم مدنيا، وسواء تمثل في بيع أو شراء أو حصول على خدمة ما، وكانت آلية إبرامه طريقة إلكترونية، فإن العقد المبرم، عقد في شكل إلكتروني[358].

أما على الصعيد الدولي، فقد كان قصب السبق في ذلك، للجان التابعة لهيئة الأمم المتحدة لبحث مسألة جواز التعبير عن الإرادة بوسائل ووسائط إلكترونية، حيث ظهرت في البداية اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع والمعروفة باتفاقية فيينا لسنة 1980[359]، والتي أقرت لوسائل الاتصال الفوري صلاحيتها في إبرام العقود.

كما أجازت أن يقع الإيجاب أو القبول بالهاتف أو التلكس أو غير ذلك من وسائل الاتصال الفوري (م. 20)، لتشمل كل ما قد تأتي به التكنولوجيا من وسائل حديثة للاتصال الفوري كالاتصال بالوسائل الالكترونية وغيرها من وسائل الاتصال الرقمية الحديثة.

بيد أن هذه الاتفاقية، محصور مجالها في عقد البيع الدولي دون البيوع الوطنية، مما أبقى على المخاوف من استخدام الوسائل التقنية، إلى حين صدور القانون النموذجي المنظم للتجارة الإلكترونية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) والمعروف بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، والذي شكل خطوة تشريعية مهمة في مجال تنظيم المعاملات التي تتم إلكترونيا، ليكون النموذج الأساس، لتحتذي به الدول في إصدار قوانين تنظم المعاملات والعقود والتجارة الالكترونية.

---

[357] عرفت العديد من التشريعات العربية السجلات الإلكترونية، بأنها "القيد أو العقد أو رسالة المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية" (م. 2 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني)؛ "سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجه أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه أو استلامه بوسيلة إلكترونية، على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر، ويكون قابلا للاسترجاع بشكل يمكن فهمه" (م. 1 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي).

[358] نثير ملاحظة هنا، وتتعلق بالوسائل الإلكترونية المستعلمة، حيث نجد أن الغالب الأعم، هو شيوع استعمال الإنترنت كوسيلة إلكترونية، في المعاملات وإبرامها وتنفيذها أيضا.

[359] يمكن مراجعة نص هذه الاتفاقية في نسختها العربية بعد أن أعيد كتابتها بمعرفة مركز الشرق الاوسط للقانون التجارى الدولي، بعد الحصول على موافقة لجنة اليونسترال (الوثيقة A/CONF. 97/18، المرفق الأول)، على الموقع التالي:
http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/cisg_arabic.htm (M.S.J, Mars 2011).

وقد رسخ هذا القانون النموذجي، شرعية استخدام رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية وتكوين العقود، وذلك بموجب المادة 11 منه والتي نصت في فقرتها الأولى، على أنه "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض أو قبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ، لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض".

كما أكدت المادة 12 على ذلك، حينما نصت في فقرتها الأولى على أنه "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات".

أما على صعيد الاتحاد الأوروبي، فقد نصت التوجيهة الأوربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية في الفقرة الأولى من المادة 9، أنه على الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، بأن تدخل في تشريعاتها ما يسمح بإجراء العقود بالوسائل الالكترونية، بحيث لا تفقد هذه العقود صحتها أو قابليتها للتنفيذ، لمجرد أنها تمت بوسائل إلكترونية؛ وبالتالي أقرت هذه التوجيهة بجواز التعبير عن الإرادة وإنشاء العقود بأية وسيلة، ولو كانت إلكترونية.

فمثلا المادة 2-1369 من القانون المدني الفرنسي، نصت على أن المعلومات التي تم تداولها أثناء إبرام العقد أو تنفيذه يمكن أن يتم إرسالها باستخدام البريد الالكتروني إذا وافق المرسل إليه على استخدام هذه الوسيلة. كما اعتبرت المادة 3-1369 من القانون المذكور، أن "المعلومات التي يتم إرسالها إلى مهني يمكن أن ترسل باستخدام البريد الإلكتروني منذ الوقت الذي يعلن فيه المهني عن عنوان بريده الإلكتروني".

وفي السياق ذاته، سار قانون الأونسيترال النموذجي، الذي أجاز التعبير عن الإرادة باستخدام رسائل البيانات الالكترونية، حيث نصت المادة 11 منه "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد. لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك العرض". كما اعتبرت المادة 12 من نفس القانون، أنه "في العلاقة بين منشئ رسالة البيانات والمرسل إليه، لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات".

كما عرف في مادته الثانية فقرة (أ)، مصطلح "رسالة البيانات" بأنه "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". وأيضا عرف تبادل البيانات الإلكترونية في الفقرة (ب) من نفس المادة المذكورة، بأنها "نقل المعلومات إلكترونيا من حاسب إلى حاسب آخر، باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

ويعتبر هذا القانون، المصدر الدولي لمختلف التشريعات على اعتبار أنه قانون نموذجي وضعته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، ليكون أداة أكثر فاعلية للدول المعنية بتحديث تشريعاتها، خاصة مع ازدياد سرعة استعمال وسائل الاتصال الحديثة، كالبريد الإلكتروني والتبادل الإلكتروني للبيانات لتيسير المعاملات التجارية الدولية[360]، وتوفير معاملة متساوية لمستعملي المستندات الورقية ومستعملي المعلومات الحاسوبية.

بذلك لا نرى في التشريعات، ما يمنع من استعمال الوسائل الإلكترونية عند التعبير عن الإرادة. وحتى تلك التي لم تنظم بعد المجال التعاقدي بوسيلة إلكترونية، تتضمن نصوصها مقتضيات مرنة تسمح باستعمال الوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة.

بهذا نعتبر أن التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، يعرف نفس حكم التعبير عنها بالطرق العادية من حيث جوازيته، إن على مستوى التشريعات الوطنية أو على المستوى الدولي. لكن، هل يجوز دائما التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، أم لذلك استثناءات؟. هذا ما سنتعرض إليه من خلال **المطلب الثاني**.

المطلب الثاني
الاستثناء عن جواز التعبير عن الإرادة بوسيلة إلكترونية

إذا كانت التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، قد نصت صراحة على جواز التعبير عن الإرادة بكل الوسائل الالكترونية الممكنة، فإنها لم تلزم التعامل بها، حيث تركت للأفراد حرية اختيار إجراء المعاملات بالوسيلة التي سيتفقون عليها. ونجد ذلك في العديد من النصوص القانونية في تشريعات الدول العربية، ومنها الفصل 3-65 ق.ل.ع المغربي وكذا الفقرة (ب) من المادة 5 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني.

وتجدر الإشارة، إلى أن بعض التشريعات استثنت من التعامل بوسيلة إلكترونية، مجالات حددتها صراحة. وهكذا نجد القانون النموذجي للتجارة الالكتروني، حصر نطاق تطبيقه في مجال التجارة الالكترونية فحسب (المادة الأولى المعنونة بنطاق التطبيق). ولم يتطرق القانون المذكور، إلى إمكانية تمديد العمل به إلى مجالات أخرى.

ونفسها الملاحظة يمكننا إدراجها ضمن هذا السياق، بالنسبة للعديد من التشريعات المقارنة التي اقتبست بنودها من القانون النموذجي، ومنها التشريعات العربية. حيث نجد أن معظمها تطرق للمجال التجاري فقط، كمشروعي القانونين الكويتي والمصري للتجارة الالكترونية.

كما تم تبني اتجاه توسيع نطاق التعامل بالوسائل الالكترونية في بعض التشريعات، كقانون المعاملات الالكترونية الأردني الذي جعل مجاله واسعا، ليشمل كافة أنواع المعاملات التي تتم عبر وسائل إلكترونية، سواء تعلقت بالمجال التجاري أو المدني، ونفسه الحال بالنسبة للتشريع المغربي والقانون السعودي.

---

[360] منير محمد الجنبيهي - ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة النشر، ص. 37.

بيد أن معظم التشريعات المنظمة لمجال التعاملات الالكترونية، أوردت استثناءات عن قاعدة جواز التعامل بالوسائل الالكترونية. ونمثل لذلك بمقتضيات قانون الالتزامات والعقود المغربي، بموجب الفصل 1-2 الفقرة الثالثة منه، حيث استثنى التشريع المغربي ما يتعلق بالأحوال الشخصية، لما لها من ارتباط وثيق بأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي النظام العام؛ ومن هذا المنطلق، لا يمكن استعمال الانترنيت، لإبرام عقود الزواج لما لها من قدسية ومنزلة خاصة في نفوس الناس.

أيضا استثنى المشرع المغربي الضمانات الشخصية والعينية في الميدانين: المدني والتجاري من دائرة التعامل بها، إذ غالبا ما تنصب هذه الضمانات على تصرفات مركبة ومعقدة، وتنطوي على خطورة كبيرة تتعلق بنوع الأموال وقيمتها أو بمدة العقود التي تكون في الغالب طويلة الأمد، وتستوجب مفاوضات مباشرة بحضور الأطراف في مجلس العقد[361].

ولعل ذلك راجع إلى أن نقل ملكية غير المنقول، يحتاج إلى الشكلية القانونية من خلال المصالح المختصة، كضرورة إتمام إجراءات التسجيل لدى مصالح الضرائب العقارية والتحفيظ لدى الوكالة الوطنية للمحافظة العقارية والمسح الطوبوغرافي. وهذا نفسه ما أشار إليه المشرع الأردني بموجب المادة 6 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، التي استثنت من نطاق التعامل بالوسائل الالكترونية، جميع العقود والمستندات والوثائق الشكلية أي التي تنظم وفق شكل معين اشترطه القانون، كإنشاء الوصية وتعديلها، وإنشاء الوقف ومختلف المعاملات المتعلقة بالأموال غير المنقولة[362].

بذلك نجد أن إرادة المشرع في كل التشريعات، سواء الوطنية أو الدولية، اتجهت إلى جوازية استعمال الطرق الإلكترونية في مجال المعاملات، سواء أكانت مدنية أو تجارية، وإن كانت هناك استثناءات فهي قليلة وتفرضها طبيعة بعض المعاملات.

ولعل هذا ما سيجرنا إلى البحث في الطرق التي يمكن من خلالها التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، كما نتساءل عن أي لغة سيتم استعمالها للتعبير عن الإرادة إلكترونيا، وذلك ضمن **المبحث الثاني**.

---

[361] العربي جنان، التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية (القانون المغربي رقم 53- 05)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 1، 2008، ص. 11.

[362] وفي ذات السياق ذهبت المادة 2 من القانون الاتحادي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم 1 لسنة 2006، والمادة 5 من قانون المعاملات والتجارة الإلكتروني لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002، وأيضا المادة 2 من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006 بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكتروني.

المبحث الثاني
طرق التعبير إلكترونيا عن الإرادة واللغة المستعملة في ذلك

يعتبر التعبير عن الإرادة، التجسيد الخارجي الحقيقي للنية الباطنية للشخص. وهذا التجسيد ضرورة فعلية ومنطقية، إذ لا يتصور أن يتم الإفصاح عن الإرادة بشكل مجرد، بل لا بد من تجسيدها بمظاهر خارجية ملموسة.

فالتعبير إما صريح، وهو الذي يفصح عن الإرادة بطريقة مباشرة، وبوسيلة تكشف عن الإرادة حسب المألوف بين الناس، كأن يجري التعبير باللفظ، أو بالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو بصورة أعم باتخاذ أي موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود.

وقد يكون التعبير باللفظ المباشر أو بالواسطة، كما هو الحال عند الاتصال بالهاتف أو باستخدام رسول لنقل التعبير عن الإرادة. كما قد يكون بالكتابة في أي صورة من صورها، إذ يجوز أن تكون عرفية أو رسمية في سند أو رسالة مخطوطة أو مرقونة إلى غير ذلك من الصور، أو بالإشارة المتداولة عرفا. ولعل الصورة الأكثر شيوعا للتعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنيت، هي الكتابة الإلكترونية واتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته[363].

أما التعبير الضمني، فهو الذي ينبئ عن الإرادة بطريقة غير مباشرة، أي بوسيلة يمكن أن تستنبط منها دلالة التعبير في ضوء ظروف الحال[364]. وهو ما لا يمكن تصوره بالنسبة لصور التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، لأن التعبير عن الإرادة ضمنيا يفترض أن المتعاقد قد اتخذ مظهرا ليس في ذاته موضوعا للكشف عن الإرادة، ولكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره دون أن يفترض وجود هذه الإرادة.

ومما لا شك فيه، أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية مثله مثل أي عقد آخر، لينعقد لا بد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين. فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا، ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها.

وفي العقود التي تستعمل فيها وسيلة إلكترونية لإبرامها، يتم تبادل الإرادة إلكترونيا من خلال تبادل البيانات بين الطرفين المتعاقدين[365]، حيث يقوم نظام معلوماتي بنقل البيانات في شكل رسائل، بواسطة حواسيب تتبادل المعلومات بلغة مشتركة فيما بينها وموصولة بشبكة الانترنيت. ويسمح هذا النقل بإبرام العقود بعيدا عن أي تدخل بشري.

والغاية الأساس من هذا النظام الالكتروني لتبادل البيانات، تأمين خدمات تبادلية إلكترونية في إطار المعاملات الإلكترونية، سواء كانت من طبيعة مدنية أو تجارية لا سيما بين المؤسسات المالية والتجارية.

---

[363] سامح عبد الواحد التهامي، م.س.ص. 80.

[364] راجع مأمون الكزبري، م.س.ص. 51؛ وانظر أيضا، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 175؛ وأيضا، أنور طلبة، الوسيط في القانون المدني، ج. 1، دون جهة النشر، 1987، ص. 275.

[365] يرمز للتبادل الالكتروني للبيانات ب (E.D.I.)، وهي اختصار للعبارة الانجليزية: (Electronic Data Interchange). وقد وردت هذه العبارة في المادة الثانية (الفقرة ب) من النسخة الانجليزية من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996.

كما تمتاز هذه التقنية بالسرعة والفعالية، مما دفع إلى محاولة تنظيم أمر التبادل الإلكتروني من خلال اتفاقات وعقود نموذجية، بقصد توحيد العمل بنفس القواعد من جهة ولضمان سلامة التبادل الالكتروني للبيانات، من جهة ثانية. فلا يمكن الوثوق بالعقد وبالمعطيات المتبادلة، من دون وضع الضمانات اللازمة من أجل سلامة قانونية وتقنية لنظام التبادل الالكتروني للمعطيات.

وبالرغم من خلو التشريعات المنظمة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، من أي تنظيم خاص لاتفاقات التبادل الالكتروني للبيانات، فإن بعض الشراح يعرفونها بأنها عبارة عن ترتيبات تعاقدية تتناول العديد من القضايا القانونية والتقنية المرتبطة باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات بين الأطراف المتعاملة، بما في ذلك مسؤولية الأطراف المتعاقدة[366]؛ وهذا من شأنه تلافي الإشكالات القانونية التي قد تنجم عن إبرام العقود بطريقة إلكترونية، خاصة تلك التي تبرم بين طرفين ينتميان لبلدين مختلفين من حيث النظام القانوني.

وبالنظر إلى هذه الأهمية، نجد بعض الهيئات الوطنية والدولية قد نظمتها في شكل نماذج اتفاقات، أو عقود نموذجية يمكن للأطراف تبنيها حين إقدامهم على إبرام عقود بطريقة إلكترونية. ولعل أحسن مثال عن ذلك يمكننا أن نسوق هنا، الاتفاق الأوروبي المتعلق بالتبادل الإلكتروني للبيانات المسمى بـ "TEDIS"، وكذلك الاتفاق الذي وضعته جمعية الاتصالات المالية بين المصارف على مستوى العالم والتي يطلق عليها تسمية "S.W.I.F.T"[367].

وترتبط اتفاقات التبادل الالكتروني بالعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وصلتها بهذه الأخيرة تتغير تبعا لطبيعتها. فالبعض منها يتعلق بتنظيم التبادل الالكتروني للبيانات في العلاقة العقدية، دون أن تنظم العقد وتفاصيله. وبعض من هذه الاتفاقات تضمن في وثيقة واحدة، تدرج فيها كل الأحكام الخاصة بالتبادل الالكتروني للبيانات اللازمة لإبرام العقد بطريقة إلكترونية، إلى جانب الأحكام الموضوعية الخاصة بالعقد.

ففي الحالة الأولى، نكون أمام مرحلتين: الأولى هي إبرام الاتفاق ذاته، والثانية هي إبرام العقد في ذاته. ويتحقق الاتفاق في هذه الحالة، من خلال رسالة إلكترونية يعرض فيها أحد الأطراف شروطا عامة على الطرف الآخر تتضمن آلية التبادل الالكتروني للبيانات اللازمة لإبرام العقد النهائي، وما على الطرف الآخر الذي توصل بالرسالة الالكترونية سوى تضمينها موافقته بالتوقيع عليها وإعادة إرسالها من جديد بطريقة إلكترونية أيضا، كما قد يتحقق الاتفاق من خلال وضع صفحة على الموقع الخاص بأحد الطرفين تتضمن شروط الاتفاق. وهنا، تصبح بمثابة شروط عامة للعقد المراد إبرامه.

أما في الحالة الثانية، فالاتفاق جزء لا يتجزأ من العقد المراد إبرامه، بحيث لا يمكن الفصل بينهما باعتباره بندا من بنود العقد المراد إبرامه.

---

[366] Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul, "Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales", Journal du Droit International N° 2, Avril-mai-juin 1997, p. 350.

[367] Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul, Op.cit., p. 348.

على أنه تتعدد طرق نقل الإرادة والتعبير عنها في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة وأنها تتطلب إلمام مستعمليها باستخدام الحاسوب، وكيفية الدخول على شبكة الانترنيت لإجراء عملية التعاقد. ويتم ذلك من خلال العديد من الطرق التي تشكل في مجملها وسائل تنعقد بها العقود بطريقة إلكترونية **(المطلب الأول)**. ولكن بأي لغة يا ترى يمكن إبرام عقد بطريقة إلكترونية ؟ **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
طرق التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية

تعتبر الإرادة مسألة نفسية، لا تظهر إلى العالم الخارجي إلا بالتعبير عنها، وبالتالي ما تريد تحقيقه من آثار قانونية. ومن ثم، فالتعبير عن الإرادة كاشف عن النية، ومفصح عنها.

والأصل أنه لا توجد طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة، لكن خصوصية العقد المبرم بطريقة إلكترونية، تقتضي التعبير من خلال الوسائل الإلكترونية، والإفصاح عن الإرادة بشكل لا لبس فيه.

وسواء أكان التعبير إلكترونيا عن الإرادة، باللفظ أو بالكتابة، فله إستقلالية خاصة من حيث الوسيلة المستخدمة، فهو تعبير إلكتروني عن بعد بصورة فورية آنية، دون حضور مادي متعاصر للطرفين، بواسطة تقنية إلكترونية للاتصال عن بعد، ولا تؤثر هذه الوسيلة المستعملة في قيمة التعبير، إذ أنها لا تعدو أن تكون مجرد حامل للإيجاب أو القبول من أحد الطرفين[368].

مما يقتضي منا التعرض إلى أهم طرق التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، سواء باستخدام البريد الإلكتروني **(الفقرة الأولى)**، أو من خلال المواقع الإلكترونية باعتبارها الصورة الأكثر شيوعا **(الفقرة الثانية)**، أو عن طريق المحادثة عبر مختلف وسائل الاتصال الحديثة **(الفقرة الثالثة)**، كما أن التعبير عن الإرادة إلكترونيا، يمكن أن يتم من خلال التنزيل عن بعد **(الفقرة الرابعة)**، أو عبر الوكيل الإلكتروني **(الفقرة الخامسة)**.

الفقرة الأولى: التعبير إلكترونيا عن الإرادة باستخدام البريد الإلكتروني[369]

من صور التعبير إلكترونيا عن الإرادة، استعمال البريد الإلكتروني كوسيلة تتيح تبادل البيانات والمعلومات بين الطرفين المتعاقدين. والرسائل الإلكترونية هي رسائل مكتوبة، يعبر من خلالها مقترح العرض عن إرادته بكل وضوح.

---

[368] مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 137.

[369] انتشر استخدام البريد الإلكتروني بشكل كبير بعد تزايد العمل بشبكة الإنترنت، ويمكن تعريفه بأنه وسيلة للتبادل الإلكتروني للرسائل عبر شبكة الولوج إلى الإنترنت، وقد تتضمن الرسالة البريدية عبارات نصية أو ملفات أو صورا أو فواصل فيديو الخ . وكما في البريد العادي، لابد للرسالة من عنوان ترسل إليه، لتصل إلى مكانها الصحيح، ويتكون العنوان البريدي الإلكتروني عادة من أجزاء ثلاثة:

- اسم الدخول "Nom de l'utilisateur".
- علامة L'arrobase @".
- اسم الحقل أو اسم الدومين التابع له الشخص "Nom de domaine".

وتسهل تقنية التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني، إرسال الإيجاب والقبول، ومن تم إتمام إجراءات التعاقد. كما يتسم البريد الإلكتروني، بإمكانية الحصول عليه مجانا، من خلال العديد من المواقع على الإنترنت. وأيضا ضرورة وجود خط الإنترنت لدى المستخدم، سواء على جهاز حاسوبه أو على جهاز هاتفه النقال، راجع في تفاصيل ذلك، خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 130؛ وأيضا، نضال إسماعيل برهم، م.س.ص. 26.

فعندما يرسل شخص رسالة بيانات إلى آخر يرغب في التعاقد معه، أو يرغب في الحصول على معلومات حول بضاعته أو الخدمات التي يقدمها، يكتب عنوان المرسل إليه ويضغط على أيقونة «Icône» الإرسال، الموجودة بالبرنامج الذي يستعمله، ويقوم برنامج البريد الإلكتروني الخاص بالمرسل بتوجيه الرسالة إلى الخادم "serveur-mail". وبمجرد اتصال المرسل إليه بالخادم بفتح علبة بريده الإلكتروني، يتوصل مباشرة بالرسالة ويستقبلها جهازه، لتخزن الرسالة المتوصل بها في علبة الوارد. ويمكن فتح هذه الأخيرة والإطلاع على تفاصيلها، والرد على مرسلها فور تسلمها.

وتقوم فكرة البريد الالكتروني، على نفس فكرة صندوق البريد العادي، حيث لكل شخص مشترك بهذه الخدمة، صندوق مراسلاته الخاص به. وللاتصال به، لا بد من معرفة عنوان بريده الإلكتروني وكتابته في المكان المخصص له في صفحة الويب وكتابة موضوع الرسالة أيضا. ويمكن أن يضيف المرسل إليه ضمن رسالته الالكترونية ملفا مرفقا "Fichier attaché" ينقل من خلاله مختلف الوثائق والمطبوعات والأفلام وغيرها[370]، ثم يكتب نص الرسالة في المكان المخصص لذلك، ويتم إرسالها بالضغط على أيقونة "الإرسال".

من خلال ما سبق لنا شرحه، يتبين لنا أن التعبير هنا يكون بالكتابة كما في شكلها العادي، غاية الأمر أن الوسيلة اختلفت، من القلم إلى الوسائل الالكترونية، بحيث حلت الدعامة المادية الإلكترونية محل الدعامة الورقية. فإذا كان البريد في شكله التقليدي يتم بواسطة رسائل كتابية، فإنها هنا تتم من خلال لوحة مفاتيح جهاز الحاسوب أو الهاتف المحمول أو أي جهاز ممكن ربطه بالإنترنيت. ذلك أن الكتابة هنا من نوع خاص، وليست كتابة ورقية، وإنما تتم باستخدام دعائم إلكترونية[371].

وتجدر الإشارة إلى أن صيغة القانون النموذجي الموحد الخاص بالتبادل الإلكتروني للبيانات، أشار إلى تقنيات الإبلاغ الأكثر حداثة، ومنها: التبادل الإلكتروني للبيانات « Electronic data interchange » والبريد الإلكتروني. فالمقصود هو أن تطبق المبادئ التي يقوم عليها القانون النموذجي وكذلك أحكامه في سياق تقنيات إبلاغ أقل تطورا أيضا، مثل: النسخ البرقي.

وهناك حالات يمكن فيها إرسال معلومات رقمية أولا في شكل رسالة موحدة القياس عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات، ويبعث بها عند مرحلة معينة من سلسلة الاتصال بين المرسل والمستقبل، في شكل تلكس صادر باستخدام الحاسوب أو في شكل نسخة برقية مطبوعة بالحاسوب. كما قد تبدأ رسالة البيانات في شكل إبلاغ شفوي، ثم تنتهي في شكل نسخ برقي، أو قد تبدأ كنسخ برقي وتنتهي كرسالة من رسائل التبادل الإلكتروني للبيانات[372].

وبهذا المفهوم، أخذت معظم التشريعات الحديثة للدول التي أصدرت قوانين خاصة للمعاملات الإلكترونية، ومنحتها الاعتراف القانوني الكافي وأضفت عليها الحجية اللازمة في الإثبات.

---

[370] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000، ص. 8.

[371] أحمد خالد العجلوني، م.س.ص. 415؛ انظر أيضا، خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 130.

[372] منير محمد الجنبيهي- ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، م.س.ص. 40 و41.

وعليه، نستشف من خلال ما سبق، أن التعبير إلكترونيا عن الإرادة بواسطة تقنية البريد الإلكتروني من الأهمية بمكان، خاصة مع سهولة الولوج إلى الإنترنت. لكن هذه الوسيلة تحفها المخاطر، وأهمها عدم الخصوصية وضعف الأمان.

فكثيرا ما نتوصل عبر بريدنا الإلكتروني بالعديد من المراسلات الإلكترونية غير المرغوب فيها[373]، إلى حد إغراق صندوق البريد الإلكتروني بها، وذلك بقصد استمالة المرسل إليه وممارسة كل أشكال الإقناع والإحراج؛ مما غدت تشكل عبئا ثقيلا على مستخدمي الشبكة الذين يتلقون يوميا كما هائلا من هذه الرسائل الجبرية، والتي تخرج عن مدى اعتبارها عروضا محترمة أولا، أو عروضا تحمل إيجابا بمفهومه القانوني والمنشئ للالتزام الحر ثانيا. وقد تنبه الفقه مبكرا إلى ذلك، ودعا إلى ضرورة ضبط هذه المسألة وتقنينها.

فمع ظهور الكثير من المشكلات المتصلة بهذه الظاهرة، والتي تهدد الخصوصية[374] وسلامة استخدام النظام نفسه، وجدت المؤسسات التشريعية نفسها في العديد من الدول، مضطرة إلى إعادة تقييم الموقف من البريد الإلكتروني والرسائل غير المرغوب بها، مما جعل بعض التشريعات في أمريكا والدول الغربية، تنظم مجال البريد الإلكتروني الدعائي.

وقد تنازع إمكانية منع المراسلات الدعائية الإلكترونية مبدآن:

- الأول: يعتبر البريد الدعائي الإلكتروني مسموحا به في المبدأ، إلا إذا أعلن المستهلك صراحة، عن عدم رغبته في تلقيه.

- أما الثاني: يعتبر البريد الدعائي الإلكتروني ممنوعا مبدئيا، إلا إذا أعلن المستهلك عن موافقته على تلقيه.

ففي الولايات المتحدة الأمريكية مثلا، نجد صدور قانون ولاية نيفادا في يوليوز1997-13 «Nevada senate bill» والذي تم تعديله في عامي 2001 و2003. وقد اشترط موافقة من أرسل إليه على قبول مثل هذا النوع من رسائل البريد، وإلا اعتبر الراسل مرتكبا لجريمة مدنية. كما اشترط هذا القانون، أن تحتوي الرسالة الإلكترونية المرسلة على العنوان الكامل للراسل، سواء الإلكتروني أو الجغرافي.

---

[373] Courrier indésirable, nommé aussi "Spam".

قد يلجأ بعض الأشخاص إلى إرسال مئات الرسائل إلى البريد الإلكتروني لشخص ما بقصد الإضرار به، حيث يؤدي ذلك إلى تعطيل الشبكة وعدم إمكانية استقبال أي رسائل، فضلا عن إمكانية انقطاع الخدمة وخاصة إذا كانت الجهة المتضررة من ذلك، هي مقدمة خدمة الإنترنيت مثلا، حيث يتم ملء منافذ الاتصال وكذلك قوائم الانتظار، مما ينتج عنه انقطاع الخدمة وبالتالي تكبد خسائر مادية ومعنوية غير محدودة. انظر لمزيد من الاطلاع: خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2008، ص. 158.

[374] محمد عبد المحسن المقاطع، حماية الحياة الخاصة للأفراد وضماناتها في مواجهة الحاسوب الآلي، مطبوعات جامعة الكويت، أبريل 1992، ص. 13 وما بعدها.

وكذلك صدر في ولاية واشنطن قانون مكافحة تضخيم البريد الإلكتروني سنة 1998 والمعدل في ماي 1999، والذي نص على حظر تحويل أو إرسال مراسلات تجارية إلى مواطني الولاية عبر البريد الإلكتروني، إذا كان هناك اسم نطاق (عنوان إلكتروني) لطرف ثالث وسيط بين المرسل والمرسل إليه، وكان الإرسال دون إذن من الوسيط المذكور. كما نص هذا القانون، على خطر تضمين رسائل البريد الإلكتروني معلومات خاطئة ومزورة[375].

بذلك أخذت الولايات المتحدة الأمريكية بالمبدأ الأول، وألزمت موزعي الرسائل الدعائية الإلكترونية بضرورة تضمين رسائلهم توضيحا أو إشارة تفيد بأنها دعائية، ومن حق المرسل إليه في إبداء رغبته بعدم تلقي هذا البريد مرة أخرى[376].

أما في دول الاتحاد الأوربي، فقد ترك الخيار للدول الأعضاء بتبني أيا من المبدأين، من خلال التوجيهة الأوروبية رقم 2000/31 /CE الصادرة في 8 يونيو 2000، والتي ألزمت الدول التي تختار النظام الثاني، بمسك سجل عام بعناوين الذين يعبرون عن رغبتهم بعدم تلقي البريد الإلكتروني الدعائي.

على أن توجيهة أخرى سابقة وهي رقم 12/2000 الصادرة في 20 من مارس 2000، نصت صراحة على أن تبني مبدأ الترويج المباشر غير مسموح به، إلا إذا حصل مع مشتركين أبدوا موافقتهم المسبقة على تلقي الرسائل الإلكتروني الدعائية[377].

وتجدر الإشارة، إلى أن تشريعات الدول العربية الخاصة بالمبادلات الإلكترونية، لم تتطرق البتة لهذه المسألة.

لذا نميل للأخذ بالرأي الثاني، باعتبار أن البريد الإلكتروني جزء من خصوصيات الفرد التي تجب حمايته، فلا يجوز إغراق بريده الإلكتروني برسائل دعائية لإشباع رغبات المنتجين[378] بالوصول إلى الزبناء بكافة الطرق، من منظور وجوب احترام رغبة المستهلك وعدم التعامل معه كأنه فريسة أو طريدة يرجى الحصول عليها. وهكذا، يجب اعتبار البريد الإلكتروني الدعائي ممنوعا في الأصل، ما لم يبد المستهلك رغبة في تلقيه.

ونؤكد موقفنا هذا، من خلال التوجه الذي اتخذه المشرع المغربي بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. فقد أوجب "على كل مورد عند القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني:

---

[375] ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، سلسلة الدراسات القانونية في المجال المعلوماتي ع. 1، المطبعة والوراقة الوطنية، ط. 1، 2011، ص. 120 و121.

[376] "Unsolicited commercial Electronic mail act" Rept. 107th Congress, 1st session, House of Representatives 107-41. A consulter sur ce lien : http://commerce.senate.gov/pdf/burns877.pdf, (M.S.J, Mars 2008).

[377] للإطلاع على هاتين التوجيهتين الأوروبيتين، انظر الموقع الآتي على الإنترنت: www.europa.eu.int (M.S.J, Mars 2009)

[378] ذهب رأي في الفقه إلى أن مصطلح "المنتج" مفهوم غير قانوني بل اقتصادي، ويرجع هذا للاحتكاك بين فرعي الاقتصاد والقانون في الفترة الأخيرة وظهور قانون الأعمال. مما دفع برجال الفقه والقانون إلى محاولة الإحاطة بمدلول هذا المصطلح، ويقصد به صانع السلعة ومعدها النهائي أو صانع بعض الأجزاء أو من قام بعملية التجميع (م. 3/67-أ من قانون التجارة المصري). ويلاحظ أنه في القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، استعمل المشرع المغربي عبارة "المورد" على سبيل المثال في: م.2، م.3، م.7... .

- تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات؛

- تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك؛

يمنع عند إرسال كل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني:

- استعمال العنوان الإلكتروني للغير أو هويته؛

- تزييف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.

تطبق أحكام هذه المادة كيفما كانت التقنية المستعملة للاتصال عن بعد".

ولم تقف حماية المشرع المغربي للمستهلك عند هذا الحد، بل امتد ليوجب بمقتضى المادة 23 من القانون رقم 08-31 "... أن يشير كل إشهار كيفما كان شكله، يمكن استقباله عبر خدمة للاتصالات موجهة للعموم إلى طبيعته الإشهارية بطريقة واضحة لا تحتمل أي لبس، لا سيما العروض الدعائية كالبيوع بالتخفيض أو الهدايا أو المكافآت وكذا المسابقات الإشهارية من أجل الربح عند تلقيها من طرف المستهلك. كما يجب أن يحدد بوضوح المورد الذي أنجز لصالحه الإشهار".

وفي ذات السياق عاقب المشرع المغربي بموجب الفقرة الأولى من المادة 176 من القانون المومأ أعلاه، بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم المورد الذي يقوم بكل إشهار كيفما كانت تقنية الاتصال عن بعد وذلك دون مراعاة أحكام المادتين 23 و24"[379].

على أنه وبالرغم من الاحتياطات التي يتخذها مزودو خدمة البريد الإلكتروني، لغايات ضمان عدم حصول اختراقات للعناوين الإلكترونية واستخدامها من قبل آخرين عدا أصحابها المسجلة بأسمائهم، إلا أن مثل هذه الاختراقات تحدث أحيانا، مما دفع إلى عدم إعطاء ثقة كبيرة لرسائل البريد الإلكتروني عند استلامها. وإن تم القبول بها فبشروط أمنية خاصة، لضمان صدور الرسالة من الطرف المتعاقد، ولمنع كل احتيال أو تزوير.

من خلال ما سبق، يتضح لنا أهمية البريد الإلكتروني كوسيلة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا. فليس كل عرض إلكتروني بالبريد الإلكتروني، هو إيجاب بالمعنى القانوني المنشئ للالتزام. بل لا بد من توافر مستلزمات وشروط الإيجاب ضمن العرض، لكي يعتد به كإيجاب قانوني يلزمه، بمجرد التوصل بقبول مطابق لانعقاد العقد.

---

[379] تقابل المادة 176 من القانون رقم 08-31، المادة 175 من مشروع القانون. وكانت هذه المادة أوضح في مقتضياتها. وهكذا نصت على أنه "يعاقب بغرامة من 10.000 إلى 50.000 درهم المورد الذي يرسل، خلافا لأحكام المادة 23 أعلاه، أي إشهار عن طريق البريد الإلكتروني دون إخبار المستهلك والحصول على موافقته المسبقة والحرة والصريحة.

يعاقب بنفس العقوبة عند إرسال أي إشهار عن طريق البريد الإلكتروني، في الحالتين التاليتين:

- استعمال العنوان الإلكتروني أو استعمال هوية الغير؛

- تزييف أو إخفاء أي معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عبر البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.

يمكن للمحكمة إضافة إلى ذلك أن تأمر بنشر أو تعليق الحكم الصادر بالإدانة".

الفقرة الثانية: التعبير عن الإرادة إلكترونيا من خلال التنزيل عن بعد[380]

من خلال تقنية التنزيل عن بعد، يمكن نقل أو استقبال أو تنزيل أحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الإنترنت، إلى الحاسوب الخاص بالشخص. وهذا ما يطلق عليه بالتسليم المعنوي، حيث يبرم العقد مباشرة وينفذ على الخط أيضا، وذلك دونما حاجة إلى اللجوء إلى العالم الخارجي[381].

ويتم التعبير مباشرة عن قبول التعاقد، بمجرد الضغط على أيقونة القبول، بعد قراءة العقد النموذجي والموافقة على شروطه، لتبدأ عملية التنزيل مباشرة.

على أن هذا النوع من التعبير عن الإرادة، قد يعبر عنه باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود. كأن يعرض الموجب إلى الموجب إليه بيع نسخة من فيلم سينمائي أو قطعة موسيقية، فيقوم الموجب إليه بتسجيل بطاقته الائتمانية في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، ويتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا، عن طريق التحويل الرقمي للأموال، وينقل الموجب المبيع إلى جهاز الحاسوب الخاص بالموجب إليه عبر شبكة المعلومات الدولية[382].

الفقرة الثالثة: التعبير عن الإرادة من خلال المواقع الإلكترونية

يعد اتخاذ موقع على الإنترنت "Site Web"، من أكثر الأدوات استخداما في المعاملات الإلكترونية، حيث يتيح الموقع على الإنترنت - باعتباره وسيلة من ضمن وسائل الاتصال عبر شبكة الإنترنت - التسوق والبحث عن المنتجات والبضائع المختلفة وكذا الخدمات المتنوعة[383]. فعبر الموقع يتم التعرف على المنتجات والخدمات، وتقدم للجمهور على شكل شاشات عرض أو كتالوجات، يستطيع المستهلك من خلالها إجراء المعاملة.

ويتم التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني، إما كتابة أو بنقر زر الموافقة أو القبول، سواء تلك الموجودة كأيقونة على الموقع، أو بالضغط على زر الموافقة الموجودة في لوحة المفاتيح، أو بالضغط على زر الفأرة في الخانة المخصصة لذلك في صفحة الويب.

كما يمكن التعبير عن الإرادة من خلال الموقع على الإنترنيت، باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبحت متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة المعلومات الدولية. كإشارة "وجه مبتسم" التي تدل على الموافقة، و"وجه غاضب" تدل على الرفض. ويرى بعض الفقه العربي، أن هذه الإشارات لا يمكن اعتبارها تعبيرا عن إرادة المتعاقد، إذ أنها صادرة عن جهاز الحاسوب[384].

---

[380] "Le téléchargement".

[381] صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 61.

[382] الصالحين محمد العيش، م.س.ص. 66.

[383] Lionel Costes, Aperçu sur le droit du commerce électronique aux Etats-Unis, droit et patrimoine, N° 55, Dec. 1997, p. 66, A consulter sur :
www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique/18-apercu-droit-commerce-electronique (M.S.J, Jan. 2010).

[384] أحمد خالد عجلوني، م.س.ص. 47، وأيضا خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 121.

فإذا ما قام المستهلك بذلك، تظهر أمامه صفحة أخرى تتضمن العقد النموذجي المتضمن لشروط التعاقد وبنود العقد[385]. ولا يستطيع المستهلك رفض الشروط ولا حتى التفاوض بشأنها، وما عليه - إذا ما أراد إتمام المعاملة - سوى الضغط على أيقونة القبول، أو كتابة رسالة إلكترونية إلى صاحب الموقع لإعلامه بالقبول.

لكن، لا يعني مجرد الضغط على أيقونة القبول أنه قبول حتمي، فقد يتم الضغط خطأ وبشكل غير مقصود من القابل. لذلك نجد أن معظم الشركات التجارية تزود صفحات المواقع، ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام التعاقد، كأن يشترط الضغط المزدوج على زر الموافقة، أو بث رسالة إلكترونية تفيد القبول والرغبة في إتمام التعاقد[386].

وقد تعرض المشرع المغربي إلى مسألة جوازية استخدام الوسائل الإلكترونية، لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم، من أجل إبرام عقد من العقود (فق. 1 -ف. 3-65 ق.ل.ع).

كما أوجب في الفصل 4-65 ق.ل.ع "على كل من يقترح بصفة مهنية وبطريقة إلكترونية توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو أحد عناصرها، أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها...".

وأوجب المشرع أن يتضمن العرض مجموعة من البيانات الضرورية، وهي:

"(1) الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره.

(2) شروط بيع السلعة أو الخدمة أو شروط تفويت الأصل التجاري أو أحد عناصره.

(3) مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية ولا سيما الكيفية التي يفي طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة.

(4) الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل قبل إبرام العقد، من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها.

(5) اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد.

(6) طريقة حفظ العقد في الأرشيف من لدن صاحب العرض وشروط الإطلاع على العقد المحفوظ إذا كان من شأن طبيعة العقد أو الغرض منه تبرير ذلك.

(7) وسائل الإطلاع بطريقة إلكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي يعتزم صاحب العرض الخضوع لها، عند الاقتضاء.

---

[385] رامي علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت، وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق (الكويتية)، س. 26، ع. 4، ديسمبر 2002، ص. 262.

[386] Lionel Bochurberg, Op.cit., p. 116.

كل اقتراح[387] غير متضمن لكافة البيانات المشار إليها في هذا الفصل، لا يجوز اعتباره عرضا، بل يبقى مجرد إشهار، ولا يلزم صاحبه".

ولم يشر المشرع المغربي صراحة، إلى مقصده بالصفة المهنية[388] وبالطريقة الإلكترونية، التي من خلالها يتم اقتراح توزيع سلع أو تقديم خدمات. فهل يقصد بالمهنية ضرورة أن يكون تاجرا محترفا؟. وماذا عمن يستعمل الطرق الإلكترونية في عرض سلعه وخدماته دون أن يكون مهنيا؟.

لقد اعتبر الأستاذ العربي جنان، أنه بالرجوع إلى بيانات بطاقة الهوية الرسمية، وهي بطاقة التعريف الوطنية فإنها تشير إلى المهنة وحدها، وبالتالي يمكن القول، بأن المقصود بالصفة هو بيان المهنة.

غير أنه بمقتضى المادة 3 من القانون رقم 06-35 المحدث بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية[389]، فإنها لم تعد تحمل ضمن بياناتها مهنة المعني بالأمر، وإنما تشير فقط إلى بيان الحالة الشخصية، يتعلق بحالة الزواج أو وفاة الزوج وهي بيانات اختيارية في البطاقة. ومن ثم، فإن التأكد من الصفة عبر بطاقة الهوية غير ممكن، بالنسبة لمن يتوفر على البطاقة الإلكترونية للتعريف[390].

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي في القانون 05-53 استعمل اصطلاح "العارض المهني بطريقة إلكترونية"، في حين استعمل اصطلاحا آخر بموجب البند 3 من المادة 25 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك وهو اصطلاح "تاجر سيبراني"، حيث عرفه المشرع بأنه "كل شخص طبيعي أو معنوي يتصرف في إطار نشاط مهني أو تجاري باستعمال شبكة الإنترنيت".

فالمشرع المغربي، اشترط المهنية والطريقة الإلكترونية معا، في كل من يقترح توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو أحد عناصرها. وألزمه أن يضع رهن إشارة العموم، الشروط التعاقدية المطبقة، بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها.

وإذا أخذنا النص بمفهوم المخالفة، نجد أنه يتعلق بالتجار فقط، وليس بأشخاص مدنية. مما يدعونا إلى التساؤل، عن محل القانون رقم 05-53 في قانون الالتزامات والعقود، وهل كان من الأولى وضعه ضمن أحكام مدونة التجارة؟.

---

[387] أوضح السيد الوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية والعامة في معرض جوابه عن السؤال المتعلق بعبارة "الاقتراح" في النص، بأن هذا الأخير قد يصبح عرضا، وقد يبقى مجرد إشهار، لتخلف شرط من الشروط التي تم تحديدها في الفصل، كما أوضح بأنه "ينبغي التمييز بين أمرين: شروط اعتبار العقد قائما بالمفهوم القانوني وبين لحظة الإشهار التي هي عبارة عن إعلان نوايا لا تنتج آثارا قانونية" واعتبر السيد الوزير أن الإشهار يعرض سلعة أو خدمة وهناك إشهار من أجل إشهار، وكل ما لم يستوف الشروط المطلوبة فهو ليس عرضا ويبقى مجرد إشهار". وأضاف السيد الوزير بأن التجارة الإلكترونية تخضع لمجموعة من الشروط: 1- يجب أن يكون هناك عرض؛ 2- يجب أن يستوفي هذا العرض الشروط؛ 3- وإذا لم يستوف هذه الشروط، يبقى مجرد إشهار لا ينتج علاقة تعاقدية بين طرفين"، تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان، تقرير سابق، ص. 21.

[388] أوضح السيد الوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية والعامة بأن المقصود بـ "المهني: أصحاب مهنة يمارسونها، وهو أمر مقصود للتمييز ما بين المعاملات الإلكترونية ذات الطابع العام والمعاملات الإلكترونية التي يكون أطرافها مهنيين. وهذا التخصيص يرتب آثارا قانونية في الفصول 4-65 و5-65 وكل عرض لا يتوفر على الشروط المنصوص عليها في الفصل 4-65 يبقى مجرد إشهار". التقرير السابق، ص. 18.

[389] القانون رقم 06-35 المحدثة بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-149 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007)، ج.ر.ع. 5583، الصادرة بتاريخ 22 ذو القعدة 1428 (3 ديسمبر 2007)، ص. 3839.

[390] العربي جنان، الأنظمة المعلوماتية والإنترنيت، أطروحة سابقة، ص. 344.

إن العرض الموجه عبر مواقع الإنترنت أو عبر الرسائل النصية القصيرة على الهاتف المحمول، موجه إلى العموم دون تحديد؛ وبذلك فهو إيجاب عام. بينما تنص الفقرة الثانية من الفصل 3-65، على إمكانية توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد، أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني. وهنا العرض موجه إلى شخص أو جهة محددة بالذات، وليس كما في الفصل 4-65 ق.ل.ع الذي جعل العرض موجها للعموم، دون تحديد.

ونرى أن المشرع المغربي، وإن كان قد جعل النص عاما في بدايته - إذ ترك عبارة "الطريقة الإلكترونية" عامة - فإنه عاد ليضيق من الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، بأن حصر إمكانية توجيه المعلومات المطلوبة في البريد الإلكتروني فقط، والحال أن الوسائل الإلكترونية في تطور مستمر. والأفضل لو أن المشرع المغربي، لم يحصر النص في البريد الإلكتروني فقط.

ولقد اختلف الفقهاء فيما إذا كان العرض الموجه إلى الجمهور بطريقة إلكترونية، يعد إيجابا بمفهومه القانوني، أم مجرد دعوة للتعاقد[391].

فالبعض منهم، ذهب إلى وجوب وصفه بأنه مجرد اقتراح، أو مجرد دعوة للدخول في المباحثات أو المفاوضات. بينما غالبية الفقه[392] اعتبر بأنه مجرد دعوة إلى التعاقد، بحيث لا يستقر التعاقد على الوجه النهائي، إلا بعد جولات من المفاوضات يتم خلالها قبول العرض الذي يجب أن يحدد تحديدا كافيا.

وذهب البعض من الفقه[393]، إلى أن الطابع الإلكتروني لتبادل الإيجاب والقبول في شبكات الإنترنت، قد فرض استجماعها لعدة شروط، للتحقق من أن العقد لم ينعقد إلا بعد أن وضحت صورته النهائية، خصوصا لدى من جرى توجيه الإيجاب إليه. هذا إلى جانب ما تشترطه معظم النصوص القانونية على الموجب، بأن تكون بياناته المطروحة عبر الإنترنت كاشفة عن طبيعته وصحيحة وواضحة، ليستطيع المستهلك التعامل معها بسهولة. ونستنتج بذلك، أن مجرد العرض عبر صفحات الويب، لا يمكن اعتباره إلا دعوة للتفاوض.

ويستند أنصار هذا الاتجاه، إلى ما ذهبت إليه اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع بنص المادة (14/2) بقولها: "إن العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معنيين لا يعتبر إلا دعوة إلى الإيجاب، ما لم يكن الشخص الذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه قصده إلى خلاف ذلك".

---

[391] سنتعرض إلى هذه النقطة بمزيد من الإسهاب، ضمن الباب الأول من القسم الثاني من هذه الأطروحة.

[392] راجع: محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، م.س.ص. 65. فاروق محمد أحمد الأباصيري، م.س.ص. 35. ممدوح محمد المسلمي، م.س.ص. 18.

[393] انظر في هذه المواقف الفقهية: أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص. 136 و137.

خلافا لذلك، ذهب رأي فقهي آخر[394]، إلى أن عرض البضائع والسلع وتقديم الخدمات، مادام أنه يتضمن العناصر الجوهرية للعقد فإنه يعتبر إيجابا، سواء وجه إلى شخص أو عدة أشخاص معينين أو غير معينين، شأنه في ذلك شأن عرض البضائع في واجهات تجارية، مع بيان أثمانها، حيث يتحقق لمن وجه إليهم الإيجاب الرؤية بالصوت والصورة، وهو ما يحققه الحاسب الآلي.

بقي أن نشير، إلى أننا نجد الكثير من المواقع على الانترنيت، تقوم بعمل مزادات محلية ودولية، من خلالها يتم عرض السلع المراد بيعها وتحديد سعر افتتاحي. بعد ذلك، يتزايد الراغبون في الشراء، بحيث من يقدم أعلى سعر هو من يرسو المزاد عليه، ويدفع بثمن السلعة مباشرة عبر الموقع نفسه.

وتتضمن مواقع المزادات الالكترونية برامج حاسوبية خاصة يحدد لها صاحب الموقع أو مقترح المزاد سعرا افتتاحيا، ويقوم الحاسوب بالمقارنة بين الأثمنة المقترحة بين المتزايدين، ويتم اختيار مقدم أعلى سعر عند اللحظة المخصصة لإغلاق المزاد.

أيضا، نجد الكثير من المواقع تضع برامج حاسوبية يحدد لها الراغب في الشراء السعر الأقصى الذي ينوي الشراء به، ويقوم هذا البرنامج بالمزايدة آليا نيابة عن الشخص. مما يعني أنه لا يتزايد بنفسه وبشكل مباشر على الموقع، بل يتم تبليغ من رسا عليه المزاد عن طريق البريد الإلكتروني المثبت لدى إدارة المزاد[395].

وعليه، لا يعتبر - من وجهة نظري - أن العرض الموجه بواسطة الموقع على الإنترنيت، دائما مجرد اقتراح أو دعوة للدخول في المباحثات. ولا يكتسب هذا الوصف، إلا إذا اقترن العرض ببعض التحفظات، أو أن يذكر صراحة في الموقع، على أن ذلك العرض ليس سوى دعوى للتفاوض؛ وهذا ما نجده في الكثير من العروض على المواقع[396]. وعليه، العرض هو دعوة للتعاقد، وما قلناه بخصوص المواقع على الإنترنيت، ينطبق أيضا على بقية الطرق الإلكترونية المستعملة في لإبرام العقود.

الفقرة الرابعة: التعبير عن الإرادة إلكترونيا من خلال غرف المحادثة أو الدردشة[397]

تسهل هذه الوسيلة التعبير عن الإرادة والتحدث المباشر مع الشخص المعني، سواء بالكتابة المباشرة المتزامنة أو بتبادل الحديث الشفوي - كما في الهاتف - أو باستعمال كاميرا فيديو، بحيث يمكن الكتابة نصيا والحديث بالصوت وبالمشاهدة المتزامنة للطرف الآخر.

وتعتبر غرف المحادثة من أهم وسائل الاتصال الحديثة عبر شبكة الانترنيت، حيث انتشرت بصورة سريعة لسهولة استخدامها وطابعها العام، وتمكن هذه الوسيلة من التعرف على الآخرين والاتصال معهم، والإطلاع على آرائهم وأحوالهم.

---

[394] محمود السيد عبد المعطي خيال، التعاقد عن طريق التلفزيون، م.س.ص. 52.

[395] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 79.

[396] طوني ميشال عيسى، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت، دارسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، بيروت، 2000، ص. 262؛ أشار إليه عمر خالد زريقات في مرجعه، م.س.ص. 127، هامش رقم: 3.

[397] "Le Shating".

ويشبه التعبير عن الإرادة هنا، التعبير عنها في مجلس عقد حقيقي[398]، على اعتبار أن التعبير عن الإرادة يتم مباشرة وبشكل يستطيع الأفراد مشاهدة وسماع بعضهم البعض، بل والاتفاق على كل متضمنات العقد وكتابته وإرساله إلى بعضهم البعض بقصد التوقيع.

وقد أمكن بفضل تطور برامج المحادثة الفورية، استخدام برنامج المرسال "Messenger" الذي يتيح للشخص تسجيل معلومات عمن يرغب في محادثته، بحيث يمكن له فيما بعد أن يتعرف على وجود هذا الشخص في الشبكة فور دخوله إليها، ويتواصل معه مباشرة وبشكل فوري[399]. ومن خلال هذه الخدمة، يمكن إبرام العديد من العقود بطريقة إلكترونية، حيث يتبادل المتعاقدان الإيجاب والقبول في الوقت ذاته وكأنهم في مجلس تعاقد واحد، ولكن في شكله الافتراضي[400].

الفقرة الخامسة: التعبير عن الإرادة بواسطة الوكيل الإلكتروني[401]

نتيجة للتطور الهائل لتكنولوجيا المعلومات والاتصالات، ظهر ما يطلق عليه بـ: "الوسيط الإلكتروني المؤتمت"، في إنجاز المعاملات الإلكترونية. فأصبح من الممكن إبرام عقد مابين الإنسان والحاسوب، أو مابين حاسوبين أو أكثر، مما يجعل لهذه العقود خصوصياتها. وقد جرى العمل - حاليا - على استخدام هذه التقنية في إبرام العقود، من خلال نظام معلوماتي مؤتمت أو وسائط إلكترونية مؤتمتة[402].

---

[398] انظر أحمد خالد العجلوني، م.س.ص. 28.

[399] جمال الدين زكي الجريدلي، م.س.ص. 75.

[400] المرجع السابق، ص. 76 .

[401] الوكيل الإلكتروني أنواع، وهو على صنفين:
- الوكيل الإلكتروني الذي يقوم بعمل قانوني لحساب مستخدمه: كالبحث عن المعلومات ومعالجتها وتحليلها، والوكيل الالكتروني المراقب لمختلف التغييرات التي تطرأ على الصفحات والمواقع، والوكيل الالكتروني المساعد ومهمته التخفيف من ضغط الأعمال الروتينية التي يجريها مستخدم البرنامج.
- الوكيل الإلكتروني الذي يقوم بتصرف قانوني لحساب مستخدمه، بحيث يقوم بإبرام العقود وإجراء التصرفات نيابة عن المستخدم. لمزيد من الاطلاع انظر: آلاء يعقوب النعيمي، بحث سابق، ص. 428 - 443.

[402] يعتبر مصطلح "مؤتمت" مصطلحا جديدا في اللغة العربية، ويقصد به الوسيط أو الوكيل الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية عبر الإنترنت. وقد استخدم هذا المصطلح لأول مرة، في وثائق لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال) الصادرة باللغة العربية. ثم بعد ذلك تبنته بعض قوانين الدول العربية التي نظمت المعاملات الإلكترونية، ومنها: قانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية (م.2 والمادة 15/ب)، وكذلك القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية (م.2). على أن بعض القوانين، كالقانون المغربي وقانون التوقيع الإلكتروني المصري لسنة 2004، وكذا القانون التونسي للمبادلات والتجارية الإلكترونية لسنة 2000، جاءت خلوا من الإشارة إلى هذه الصورة من صور التعاقد بطريقة إلكترونية. كلمة "مؤتمتة" عند الكشف عن أصلها اللفظي أو اللغوي، يتبين أن أقرب المصادر وحسبما ورد في كتاب "لسان العرب" لابن منظور: يقال: أمت الشيء أمتا أي قصدته وقدرته، ويقال إلى أجل مأموت أي موقوت، والأمت مكان مرتفع، وشيء مأموت أي معروف، والأمت هي الطريق الحسنة، والأمت أي العوج، ويقال لا أمت فيها أي عوج. عبد الفتاح بيومي حجازي، مكافحة جرائم الكمبيوتر والانترنيت، م.س.ص. 44، الهامش رقم: 1. غير أنه من الناحية التقنية لفظ "مؤتمت"، يعد لفظا معربا ومشتقا من اللفظ الفرنسي "Automatique"، وهناك من يرى أن ما يقابل هذا اللفظ هو: ذاتي أو تلقائي أو آلي. وكان بالإمكان استخدام أحد هذه الألفاظ الثلاثة للدلالة على المعنى المقصود، وهو أن التعاقد يتم دون تدخل بشري، أما استخدام هذا المشتق اللغوي، فقد جاء بعيدا جدا عن هذه المعاني الثلاث، بل وغريبا على أذن السامع العربي.وتجدر الإشارة، إلى أنه من حيث مضمون هذا اللفظ، وما يحمله من تكييف لهذه الوسيلة في التعاقد، فقد توفق المشرع في قانون دبي من الناحية العملية، حيث اكتفى بإيضاح معنى الوسيلة، دون أن يحسم تكييفها. وحسنا فعل، ليترك الأمر للواقع العملي حتى يستقر بشأن هذا التكييف، انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 172.

ويعد استخدام هذه الوسائط في التعاقدات بطريقة إلكترونية، من المشاكل التي يطرحها موضوع التراضي في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. ويتم اللجوء إليها دون تدخل بشري، من أجل إتمام العمليات التعاقدية، بين الملايين من المتعاقدين عبر العالم، وهي تقوم بذلك بصورة روتينية ومبرمجة لإنجاز التصرفات التي يحددها مالك الموقع على شبكة الانترنيت.

وتقوم هذه الوسائط - عبر تفاعلها مع وسائط مؤتمتة مماثلة ومع أشخاص طبيعيين أو معنويين - بإنجاز الأعمال المطلوبة منها، كإرسال أو استقبال أوامر الشراء ومعالجتها وتقديم الخدمات بكافة أشكالها. وهي تظهر تارة كموجب وتارة كقابل، دون تدخل بشري أو رقابة عليها من قبل مالك الموقع، على العقود التي تبرمها بهذه الوسيلة، بل ودون حاجة إلى أية مراجعة منه لبنود العقد[403].

فالمعاملات الإلكترونية المؤتمتة هي "التي تتم بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا آثاره القانونية، على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر، لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة.

كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي، إذا كان هذا الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم، أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه"[404].

فالمعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات[405] فإنها لا تقبل التدخل البشري وإنما تتم من خلال برامج إلكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة معينة، ومزودة بمعلومات ومهيأة للقيام بما هو مسند إليها، بمجرد تلقي الأوامر بذلك. بمعنى، أنها تحول الإجراء الإداري بمعرفة الإنسان، إلى إجراء إلكتروني- دون تدخله - وبمجرد أن يصدر لها أمرا بذلك[406].

ووفقا لهذا النظام، يمكن لبرنامج الحاسوب الذي يقوم بإدارة الموقع نيابة عن صاحبه الذي لا يكون موجودا بنفسه على جهاز الحاسوب، أن يقوم بالتعاقد مع المستهلك عبر الانترنيت، بتوضيح كل شروط العقد، من حيث أوصاف السلعة أو الخدمة، ومن حيث السعر، وكل ما يتعلق بالشروط الأساسية للعقد.

ويذهب بعض من الفقه[407] إلى القول بأن الوكيل الالكتروني، ينبغي أن يتمتع بشخصية قانونية. فإذا ما عد شخصا قانونيا، يلزم مستخدمه بالعقد الذي يبرمه باسمه ولحسابه. وسند هذا الموقف الفقهي، أن الوكيل الإلكتروني له كيان ذاتي ووعي وإرادة مستقلة، وبذلك يكون مؤهلا للتمتع بالشخصية القانونية.

---

[403] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 74 و 75.

[404] م. 14 من قانون دبي و م. 12 من القانون الاتحادي الإماراتي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

[405] عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 175.

[406] خالد المهيري، التجارة الإلكترونية في الإمارات العربية المتحدة معهد القانون الدولي، بدون سنة النشر، ص. 260.

[407] آلاء يعقوب النعيمي، بحث سابق، ص. 447.

على أن هذا الموقف تعرض للانتقاد الشديد، ذلك أنه ليس تماما أن الوكيل الإلكتروني يتمتع بالوعي والكيان الذاتي المستقل، ولا يعني ذلك أن له إرادة مستقلة، بل أن إرادته مستمدة من إرادة مستخدمه من خلال البيانات التي يزوده بها، ويبقى وعيه محدودا بتلك البيانات وبالبيئة التي يعمل في محيطها[408].

إذن، الجهاز الإلكتروني مجرد وسيلة في يد المتعاقد، من أجل التعبير عن إرادته، كما لو استعمل القلم والأوراق للتعبير عنها كتابة. نفس الشيء بالنسبة للآلة أو الجهاز الإلكتروني، فهو مجرد وسيلة للتعبير عن الإرادة والإعلان عنها للمتعاقد الآخر[409].

بذلك نستخلص أن الوسيلة الإلكترونية التي تستعمل في إبرام عقد إلكتروني، هي مجرد آلة لا إرادة ولا أهلية قانونية لها. فهي فقط وسيلة للتعبير، ولا يمكن في أي حال من الأحوال إصباغ الصفة القانونية على هذه الواسطة الإلكترونية، وإن كانت تتمتع بالذكاء الاصطناعي، وبالتالي فهي ليست نائبا ولا وكيلا قانونيا.

وهذا نفسه ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية، حيث اعتبرت أن رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه إلى شخص معين، فهو من أرسل الرسالة وليس الجهاز.

ونفس المنحى درجت عليه الفقرة الثانية من المادة 14، من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، التي أجازت أن يتم التعاقد بين نظام معلومات 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 وتنفيذه.

أما التشريع الأردني المنظم للمعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001، فقد اعتبر هو أيضا في الفقرة الثانية من المادة 13، أن المعلومات التي تشير إليها الرسالة الإلكترونية لا تفقد أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ، متى كان الإطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحا، ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمنشئها.

ويظهر للمتعاقد حين إبرام عقد بطريقة إلكترونية أنه يتعاقد مع شخص طبيعي، إذ أنه في أغلب الأحيان يجهل بأنه قد أبرم العقد مع وسيط إلكتروني، كما قد لا يعلم صاحب الموقع نفسه أنه قد أبرم معاملات مع العديد من المتعاقدين، لكثرة العقود التي تبرم يوميا عبر الوسيط الإلكتروني المؤتمت.

وينعقد العقد هنا بطريقة فورية ومتعاصرة، حيث يتسم بالتفاعلية عبر نوع من الحضور الافتراضي المتعاصر بين المتعاقدين، يسمح بالاتفاق على كافة الشروط المتعلقة بالمحل والتنفيذ أو التسليم أو السداد أو الضمان إلى غير ذلك، ويتم الوفاء بالمقابل عن طريق البطاقة المصرفية فورا أو بواسطة حافظة النقود الالكترونية[410].

---

[408] البحث السابق، ص. 447.

[409] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية...، م.س.ص. 79 و80. وانظر أيضا، صالح المنزلاوي، م.س.ص. 374 - 376؛ انظر أيضا صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 52 و53.

[410] سنتطرق إلى ذلك ضمن الباب الثاني من القسم الثاني من هذه الأطروحة.

فالبرنامج يلعب دور المتعاقد، حيث يقوم بعمل إيجاب كامل للمستهلك من خلال عرض كل الشروط الأساسية للعقد[411]. كما يستطيع التعرف على المستهلك من خلال تقنية (الكوكيز)[412]، فيرسل له مجموعة من العروض بمجرد دخوله على الانترنيت.

ويمكن أن يقوم البرنامج أيضا بالبحث نيابة عن المستهلك الإلكتروني، عن أفضل العروض للسلع والخدمات من دون أن يكون له دور في التعبير عن الإرادة، حيث يبقى الأمر بيد المستهلك إما القبول بالعرض المقترح أو رفضه[413].

من هنا، نلحظ خصوصية التعبير عن الإرادة من خلال الوكيل الالكتروني، الذي يلعب فيه برنامج الحاسوب الدور المهم لإظهار إرادة مالك الموقع الذي يكون - غالبا - غير متواجد على الموقع. فهو لا يستطيع المكوث لمدة طويلة للتعاقد مع الآلاف من المستهلكين من مستعملي الموقع، وإلا لكان بحاجة لحشد كبير من العاملين، للقيام بذلك.

وإذا كانت مختلف التشريعات قد تطرقت إلى هذه المسألة، فإننا نسجل في هذا السياق، غياب الإشارة في قانوننا المغربي إلى هذه الطريقة في التعبير عن الإرادة. ولعل مرد ذلك اقتباس المشرع المغربي لنص القانوني الفرنسي الذي لم يتطرق إلى مسألة الوكيل الالكتروني المؤتمت. كما تضمنت التشريعات التي نظمت مجال المعاملات الإلكترونية، نصوصا تعرف ماهية الوكيل الإلكتروني وتبين خصائصه وحدود تعاملاته، ومدى نسبة هذه المعاملات إلى الشخص الطبيعي أم إلى الحاسوب.

أما بالرجوع إلى التشريعات العربية، فنجد أن المشرع الأردني الوسيط الالكتروني، بموجب الفقرة 11 من المادة 2، بأنه "برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء، بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي". كما اعتبرت المادة 14 من القانون الأردني أنه "تعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشأ سواء صدرت عنه أو لحسابه أو بواسطة وسيط إلكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا بواسطة المنشئ أو بالنيابة عنه".

---

[411] Poullet Y., La conclusion du contrat par un agent en commerce électronique: le temps des certitudes, Cahier du CRID, N° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 132; V. aussi, Thoumyre L., L'échange des consentements dans le commerce électronique. A consulter sur: http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm, (M.S.J, Dec.2009).

[412] "Les Cookies": عبارة عن ملفات بيانات صغيرة تزرع على القرص الصلب للحاسوب، عند الدخول على موقع ما تتواجد فيه، ويخزن في هذه الملفات كل المعلومات الخاصة بمستخدم الانترنيت وحاسوبه، وكذا مختلف المواقع التي تصفحها ومعدل دخوله على الانترنيت من ساعات، حيث يبدأ هذا الملف بإرسال هذه المعلومات كلما دخل المستخدم من حاسوبه على الانترنيت، ويستطيع البرنامج من إظهار صفحات خاصة على حاسوب المستخدم، تتضمن منتجات أو خدمات يفضلها.

[413] Ian R. Kerr, Les dispositifs électroniques autonomes dans la Loi sur le commerce électronique, p. 8, Article à consulter sur: http://www.ulcc.ca/fr/cls/fkerr.pdf (M.S.J, Jan. 2010).

في ذات الاتجاه، سار القانون البحريني الذي استخدم مصطلح الوكيل الإلكتروني تعبيرا عن هذه الوسيلة في التعاقد. ويكون بذلك اعتمد تكييفا مبدئيا لهذه الوسيلة، حيث اعتبرها شكلا من أشكال الوكالة أو النيابة في التعاقد بصفة عامة، مما سيفتح المجال لمناقشة مدى مطابقة هذا التكييف للقواعد العامة في الوكالة والنيابة في التعاقد.

وقد عرف المشرع البحريني بموجب المادة الأولى من قانون المعاملات الالكترونية والخاصة بالتعاريف، الوكيل الإلكتروني، بأنه "برنامج حاسب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات إلكترونية - كليا أو جزئيا - بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الإستجابة له".

فوفق الفقرة الأولى من المادة 12 من نفس القانون السالف ذكره "يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني، كما يجوز أن يتم ذلك بين وكلاء إلكترونيين". كما قضت الفقرة الثانية من نفس المادة المذكورة، على أنه "تكون العاملة الالكترونية بين الفرد والوكيل الإلكتروني قابلة للإبطال بناء على طلب الفرد إذا تحققت الشروط التالية:

أ) وقوع الفرد في خطأ مادي في أي سجل إلكتروني أو في أية معلومات إلكترونية تم استعمالها في المعاملة أو كانت جزءا منها.

ب) عدم إتاحة الوكيل الالكتروني الفرصة لتلافي وقوع الخطأ أو تصحيحه.

ج) قيام الفرد فور اكتشافه الخطأ بإبلاغ الطرف الآخر به دون إبطاء.

د) قيام الفرد في حالة تسلمه لمقابل أثر الخطأ بإعادة هذا القابل أو التصرف فيه طبقا لما هو متفق عليه بين الطرفين، أو بموجب تعليمات الطرف الآخر، أو التصرف فيه بطريقة معلومة عند عدم وجود تعليمات، وذلك كله ما لم تكن هناك منفعة مادية عادت على الفرد نتيجة هذا التسلم".

وقد حددت الفقرة الثالثة من المادة 12 من القانون البحريني للتجارة الإلكترونية كلمة "الفرد"، وجعلتها تنصرف "إلى الفرد الذي يعمل لحساب نفسه، أو لحساب شخص آخر سواء كان شخصا طبيعيا أو اعتباريا".

أما قانون إمارة دبي للمعاملات التجارية الإلكترونية رقم (2) لسنة 2002، فقد نص في المادة 14 على أنه "(1) يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة نظامي معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا آثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة.

(2) كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي، وبين شخص طبيعي، إذا كان هذا الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه".

فقانون إمارة دبي كما لاحظنا من خلال الفقرتين السابقتين، استخدم عبارة "المعاملات الإلكترونية[414] المؤتمتة"، و"الوسائط الإلكترونية المؤتمتة"، وكذلك "نظام معلومات إلكتروني مؤتمت". بينما لا نجد نظيرا لهذه المصطلحات في القانون المغربي الذي لم يتطرق إلى مسألة إبرام العقد بواسطة الوسائط الإلكترونية المؤتمتة.

أما مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، فقد عرفت مادته الأولى (البند 5) الوسيط الإلكتروني، بأنه "برنامج أو نظام أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تعمل تلقائيا بشكل مستقل كليا أو جزئيا دون تدخل شخصي".

وواضح من خلال هذا التعريف أن المشرع حاول حصر الوسائط الالكترونية بشكل كبير، بسبب التقدم التكنولوجي السريع في مجال الحاسب الآلي وشبكة الانترنيت، لذلك نص المشرع على أنه يدخل في عداد الوسيط الالكتروني "أي وسيلة إلكترونية أخرى".

ونخلص من ذلك، أن المشرع العربي، في تعريفه للوسيط الإلكتروني، ضمن مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الالكترونية، راعى اتساع التعريف حتى يستوعب أي شبكات إلكترونية أخرى غير معروفة، أو تصرف في المستقبل وفقا لمفاهيم التطور العلمي في المستقبل.

أما المادة الثانية من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006، فقد نصت على أن المقصود بالوسيط الإلكتروني هو "برنامج الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الإستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة البيانات.

وقد تضمنت المادة 15/ب من القانون اليمني نفس مضمون المادة 1/11 من نظام التعاملات الإلكترونية عن بعد السعودي لسنة 2009، والتي نصت على أنه "يجوز أن يتم التعاقد من خلال منظومات بيانات آلية إلكترونية أو مباشرة بين منظومتي بيانات أن يتم التعاقد من خلال منظومات بيانات إلكترونية أو مباشرة بين منظومتي بيانات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات بوصفها ممثلة عن طرفي العقد".

أما القانون النموذجي تطرق أيضا إلى المسألة، بموجب الفقرة 2 من المادة 2، حيث نصت على أنه "تبقى الرسالة منسوبة إلى منشئها، ولو أرسلت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ، أو لو أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا".

وعرف القانون التجاري الأمريكي الموحد "UCC" في المادة الثانية منه، والقانون الأمريكي الموحد للمعاملات الإلكترونية "UETA" الوكيل الإلكتروني في المادة (6/2) من القسم رقم (401) بأنه "برنامج حاسوبي أو إلكتروني أو أية وسيلة إلكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملاً أو الرد على تسجيلات إلكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي"[415].

---

[414] يلاحظ من م. 2 من قانون التجارة الالكترونية لإمارة دبي رقم 2 لسنة 2002، أنها عرفت كلمة "إلكتروني" بأنه "ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو مؤتمتة أو ضوئية أو ما شابه ذلك".

[415] خالد ممدوح إبراهيم، التعاقد عبر الوكيل الإلكتروني، يمكن الإطلاع على هذه المقالة في الموقع التالي:
http://www.kenanaonline.com/ws/khaled17/blog/79346/page/1, (M.S.J, Dec. 2009).

كما جاء في المادة 5 من مشروع الاتفاقية الخاصة بالعقود الدولية المبرمة برسائل البيانات الإلكترونية، أنه يقصد بمصطلح وكيل إلكتروني "برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمتة أخرى تستخدم للبدء في عمل أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل البيانات دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي، في كل مرة يبدأ فيها النظام عملا أو يقدم استجابة"[416].

إذن، من خلال ما سبق، يبدو أنه لا دخل لإرادة الوكيل الإلكتروني - إن صح التعبير بالإرادة - في إبرام العقد. فالوكيل الإلكتروني كما مر معنا من خلال التعاريف السابقة، ليس سوى برنامج حاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، تستخدم لإجراء تصرف ما، أو للاستجابة لسجلات أو تصرفات إلكترونية - كليا أو جزئيا - بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف أو الاستجابة له.

فالأمر أقرب إلى فكرة "الرسول الإلكتروني"، طالما أن دور الوسيط الإلكتروني ينحصر في نقل التعبير عن الإرادة. كل ما في الأمر، أنه تم إعداد هذه الإرادة مسبقا، بحيث يتم التعبير عنها آليا، كلما لزم الأمر، ودون حاجة لتدخل من تنسب له هذه الإرادة في كل مرة[417].

وأُفضل أن أطلق عليها **"الإرادة الإلكترونية المبرمجة"**، إذ أن الآلة لا إرادة لها، بل أن الإرادة البشرية ذاتها هي التي تمت برمجتها. وما البرنامج والحاسوب، سوى وسائل للإفصاح والإعلان عنها، وليس التعبير عنها. وأشبه الأمر هنا، بجهاز المجيب الهاتفي الآلي الذي يرسل رسالة صوتية، بمجرد اتصال شخص برقم الهاتف المجهز به.

نستخلص مما سبق، أن التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية يتخذ صور شتى تختلف وفق الطريقة المختارة للتعاقد. على أنها تطرح العديد من الإشكالات القانونية على النظرية العامة في العقود، والتي تستلزم توافق إرادتي الأطراف المتعاقدة على كل عناصر العقد. وسنناقش مختلف هذه الإشكالات القانونية وسبل معالجتها حين بحثنا في الإيجاب المعبر عنه إلكترونيا.

مما يعني، أن مبدأ الرضائية في العقد المبرم بطريقة أو بوسيلة إلكترونية، عرف تطورا كبيرا بفضل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. وبالتالي، تطرح مسألة الأساس القانوني للحكم بصحة الرضا الصادر في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

وعموما، يمكن القول بأنه كيفما كان شكل التعبير الإلكتروني عن الإرادة، لا يخرج عن القواعد العامة في إبرام العقود، ذلك أن التعبير عن الإرادة يجب أن يتجسد في مظهر مادي. وهنا نتساءل هل هناك حالات يمكننا الحديث فيها عن اختلاف التعبير الظاهري عن الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية، عن الإرادة التي كان المتعاقد قد أقرها في نفسه للتعبير عنها؟.

---

[416] لمراجعة نص الاتفاقية، أنظر: خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 158.

[417] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 173 و174.

للإجابة عن هذا الإشكال، نشير في البداية إلى أنه لا يعتد بالعقد قانونا، إلا إذا تم التعبير عن الإرادة بما لا يدع مجالا للشك في انصرافها إلى الغرض الذي قصده المتعاقد. ويتم استخلاص هذا القصد، من خلال الصيغة التي استعملت كأداة للتعاقد، وبذلك تخرج الإرادة من مكامن النفس والنية إلى حيز الوجود والواقع العملي[418].

فلا إشكال يطرح إذن، إذا ما تطابقت الإرادة الظاهرة مع تلك المعبر عنها. لكن، قد يحدث أن لا تتوافق الإرادتين الظاهرة مع الباطنة التي دفعت صاحبها للتعاقد، إما لسوء في التعبير أو لفهم مغلوط. ونرى أن هذه الحالات، كثيرا ما سنجدها في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

ويرجع هذا، إلى أن تحقق الرضاء الإلكتروني أمر محل نقاش، نظرا للانعدام المادي للوسيط الورقي. فقد يحدث خطأ في نقل الرضا بين حاسوبين أحدهما موجب والآخر قابل، كما قد يغير خطأ ما في البرمجة، من المعنى المقصود فيغير المراد من الإرادة المعبر عنها.

وهناك اتجاه في الفقه، يرى أن مسألة الاختلاف بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة، يتم حلها باختلاف وجهة النظر التي تعتمد في شأن تكوين العقد من حيث تبني أحد مفهومين:

- إما أن العقد هو حصيلة تعبيرين متطابقين عن الإرادة، بغض النظر عن حقيقة الإرادة الباطنة. وهنا لا أهمية للإرادة الباطنة، ولا أثر لاختلافها عما تم التعبير عنه.

- وإما أن نأخذ بمفهوم آخر، يعتبر أن العقد حصيلة إلتقاء إرادتين حقيقيتين، وأن العبرة بالتالي هي بالإرادة الحقيقية بكل ما يخالطها من اعتبارات نفسية في تكوينها، وفي هذه الحالة لا قيمة للتعبير، إلا بقدر ما يصادق حقيقة مضمون الإرادة الداخلية[419].

والواقع، أننا لا نجد في التشريعات التي نظمت العقود والمعاملات الإلكترونية، نصوصا قانونية خاصة باختلاف الإرادة الإلكترونية، مما يعني أن القواعد العامة في الالتزام هي الواجبة التطبيق.

---

[418] عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 51.

[419] حمدي عبد الرحمن وسهير منتصر، نظرية الالتزام، بدون جهة النشر، 1998، ص. 153 و154.

فإذا كان الأمر كذلك، فلا أهمية للإرادة الباطنة ولا أثر لاختلافها عما تم التعبير عنه. لنأخذ بمفهوم آخر يعتبر أن العقد هو حصيلة إلتقاء إرادتين حقيقيتين، وأن العبرة بالإرادة الحقيقية بكل ما يخالطها من اعتبارات نفسية في تكوينها. وفي هذه الحالة، لا قيمة للتعبير إلا بقدر ما يصادق حقيقة مضمون الإرادة الداخلية[420].

ويمكن تصور حدوث الاختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة، في كل صور التعاقد بطريقة إلكترونية، والتي سبق لنا أن تطرقنا إليها: ففي التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني، يمكن أن يحدث خلل فني أثناء إرسال الرسالة الالكترونية، فيؤدي إلى حدوث تغييرات بالرسالة الأصلية المرسلة؛ مما سيؤثر بلا شك في التعبير عن الإرادة الباطنة.

هنا يمكن القول، أن الطرف الآخر الذي توصل بالرسالة سيتضح له أن هناك خللا غيّر من مضمون الرسالة، وأنها ليست بالشكل الذي تصوره المرسل؛ وبذلك يكون للتوقيع الالكتروني أهمية كبيرة في الحفاظ على أصل الرسالة الالكترونية.

أما في حالة التعبير عن الإرادة من خلال غرف المحادثة المباشرة وبصفة تفاعلية، فقد تخرج بعض الكلمات الشفوية بصورة تغير مقصد المتعاقد، مما يؤدي إلى اختلاف الإرادة الظاهرة عن تلك الباطنة والتي لم يقصدها المتعاقد. في هذه الحالة أيضا، العطل والخلل الفني الذي غير من مضمون الإرادة المراد التعبير عنها، سيظهر جليا للطرف الآخر، بحيث يسهل العلم بالخلل الفني.

ولكن، قد يحدث أن لا يعلم الطرف المتعاقد بالخلل الفني، كما في حالة التعاقد من خلال الموقع الإلكتروني. فإذا ما حدث خلل فني في البرنامج الذي يستخدمه مالك الموقع للتعاقد، فمن الصعوبة بمكان على الطرف الآخر العلم بها، خاصة إذا تسبب هذا العطل التقني في البرنامج في تغيير الإرادة التي ارتضاها مالك الموقع، فنكون أمام حالة اختلاف بين الإرادة الظاهرة والباطنة.

---

[420] هناك تياران فقهيان: الأول ذو أصل لاتيني، لا يعتد إلا بالإرادة الحقيقية للمتعاقد. فالعبرة بالصيغة التي عبر بها والتي تفيد نفس المعنى. وقد أخذ بهذا التيار التشريع الفرنسي. أما التيار الثاني، فذو نزعة جرمانية، ويعتد بالإرادة الخارجية المعبر عنها، ولو اختلفت عن مقصد المتعاقد. وبالرغم من أن هذا الاتجاه يهدف إلى المحافظة على استقرار المعاملات، إلا أنه يضر بالمصلحة الفردية للمتعاقد. مما دفع بغالبية التشريعات المدنية، إلى الأخذ بالنظرية اللاتينية التي تهتم بالإرادة الحقيقية للفرد. على أن هناك تشريعات أخرى اتخذت موقفا وسطا، وهذا هو موقف قانون الالتزامات والعقود المغربي، الذي أشار بموجب الفصين 21 و461 منه، إلى ضرورة الاعتداد بالإرادة الظاهرة المعبر عنها من خلال ألفاظ العقد. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد أشار بين الحين والآخر إلى ضرورة عدم إغفال الإرادة الباطنة للمتعاقدين، كما في الفصلين: 22 و 462 ق.ل.ع. انظر، عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 51 إلى 53، وانظر أيضا المراجع التي أحال عليها في هوامش الصفحات المذكورة، رقم: 1 و2 من ص. 52. وفي السياق ذاته انظر، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 179 - 185، رقم 78. ولمزيد من الإطلاع: حول المواقف الفقهية المقارنة، نحيل على المراجع التالية: أنور سلطان، الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الاسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998، ص. 60. محمود جمال الدين زكي، نظرية الالتزام في القانون المصري، ج. 1، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط. 2، ص. 66، رقم 38.

Flour J. - Aubert j.L., Droit civil, Les obligations, V. I : L'acte juridique, 2ème édition, 1977, Collection Armand Colin, p. 73, N° 101. V.aussi, Larroumet, Droit civil, T. 3, Les obligations, le contrat, 4ème édition, Paris, Economica, 1998, p. 133.

بخصوص هذه الإشكالية - من وجهة نظري - يجب الأخذ بالإرادة التي يمكن العلم بها من الطرف القابل، بحيث إذا علم أو كان بإمكانه أن يعلم، باختلاف إرادة الموجب الظاهرة عن تلك الباطنة، فإنه يجب الأخذ بالإرادة الباطنة.

أما إذا تبين من ظروف الحال أن الطرف القابل ما كان ليتوصل إلى اختلاف الإرادتين، فقبل العرض على سجيته، فالعبرة بالعلم. مما يعني الأخذ بالإرادة الظاهرة، وإن كان الخلل الفني هو من تسبب في تغيير إرادة الموجب. ولهذا لا يكون العقد مبرما - في رأيي - لاختلاف الإرادتين، ولأن المتعاقد (القابل) يعلم بهذا الاختلاف.

وفي حالة التعبير عن الإرادة من خلال الموقع الالكتروني وحدث اختلاف بين الإرادة الظاهرة مع تلك التي ظلت خفية بسبب الخلل الفني، لا بد من البحث في أصل الخلل الفني، هل يعود إلى برنامج مالك الموقع، أم خلل تقني بجهاز المرسل إليه. وفي هذه الحالة الأخيرة، لا يمكن مساءلة مرسل الرسالة، لأن لا سيطرة له على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل (المرسل إليه)؛ وبالتالي تسقط عنه المسؤولية.

عكس الحال إذا ما اتضح أن الخلل بحاسوبه وبالبرنامج الذي يستعمله للتعبير عن إرادته. وفي نظري، يجب بحث المسألة في إطار الأحكام العامة للمسؤولية عن الأشياء؛ وبالتالي يكون مسؤولا عن الجهاز والبرنامج الذي في حراسته. لكن، إذا ما اتضح أن الخلل التقني مصدره ممون خدمة الانترنيت، فتسقط مسؤولية مالك الموقع هنا أيضا، لعدم وجود جهاز "الخادم" ضمن ملكيته، ويتم الرجوع على ممون الخدمة.

وهناك من الفقه من فضل الأخذ بالإرادة الظاهرة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إذا ما اختلفت الإرادة الظاهرة مع الباطنة، طالما أن هناك أسباب مشروعة تؤدي إلى الثقة في هذه الإرادة[421].

ويعتبر هذا الموقف في الفقه، أن قانون التوقيع الالكتروني، يعطي دائما التفوق للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة. فليستطيع المتعاقد إثبات اختلاف الإرادتين في العقد الذي تم إبرامه بطريقة إلكترونية، فعليه أن يثبت أن المحرر الالكتروني الذي يحمل توقيعه الالكتروني، لا يعبر عن إرادته الحقيقية.

لكن، من الصعب الأخذ بهذا الرأي على إطلاقه، ذلك أن مسألة إثبات الخلل التقني في البرنامج أو الحاسوب مقدور عليه، كما أنه لم يعر أدنى اهتمام لمدى علم الطرف الآخر بالخلل.

وعموما، يمكن إثبات الخلل التقني بعدة وسائل، كما في حالة عرض السلعة على موقع على الانترنيت، بثمن يقل بكثير عن ثمنها في السوق. ففي هذه الحالة، من السهل تبين الخلل، وبالتالي إثبات علم الطرف الآخر بحدوث اختلاف الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة.

وهذا الرأي أولى بالإتباع، لما فيه من حماية للطرفين معا ولاستقرار المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية. ونفسه الحكم نجد قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية، قد تبناه بموجب الفقرة 5 من المادة 12، التي تناولت الأخطاء التي قد تنشأ في محتوى الرسالة الالكترونية أثناء عملية الإرسال.

---

[421] Zoia M., La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gaz. Pal. Du 15 juil. 2001, n° 196, p. 16-21.

وقد سبق أن عرضت على القضاء الفرنسي نازلة بهذا الخصوص، وتتلخص وقائعها في قيام شخص بشراء جهاز فيديو من موقع تجاري على الانترنيت بالسعر المعروض به للبيع، فأرسل رسالة إلكترونية لإدارة الموقع تفيد قبوله بالسعر المعروض، فأجابته إدارة الموقع برسالة تفيد تأكيد التوصل وبالتالي انعقاد عقد البيع وفق السعر المتفق عليه. لكن المشتري تفاجأ بعدم إرسال الشيء المبيع من طرف الشركة البائعة، فطالبها بتسليم المبيع لكنها رفضت، بدعوى أن هناك خطأ فنيا قد حدث في السعر الذي أظهره الجهاز، وأن السعر المعروض يقل بكثير عن السعر الحقيقي للجهاز.

وقد أثبتت الشركة البائعة أن السعر المذكور على الموقع لا يساوي سوى عشر ثمن المبيع، بأن قدمت مجموعة من الفواتير الخاصة بالجهاز، وأدلة أخرى من خلال مواقع إلكترونية منافسة على الانترنيت تعرض نفس الجهاز، وبالتالي أن الثمن الذي كان يعرضه موقعها ليس الثمن الحقيقي للجهاز المبيع، وطلبت إلغاء عقد البيع على هذا الأساس. واعتبرت رسالة تأكيد العقد، ما هي سوى رسالة أوتوماتيكية تبعث من قبل البرنامج الذي يدير الموقع. وقد قضت محكمة "استراسبورغ" ببطلان عقد البيع الذي أبرم بطريقة إلكترونية، لانتفاء عنصر الأساس في العقد وهو عنصر الرضى، لأن السعر الذي كان يعرضه الموقع لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للشركة مالكة الموقع[422].

بذلك يكون القضاء الفرنسي قد تبنى نظرية الإرادة الباطنة، حين البحث في الإرادة الحقيقية للبائع، ولم يبحث في مدى علم أو انتفاء علم الطرف الآخر المتعاقد. وبذلك يكون الخلل التقني في العرض قد أثر بشكل كبير في قيام العقد، لاختلاف الإرادتين الظاهرة عن الباطنة.

وفق ما سبق، يمكن القول بأن للوسائل الإلكترونية دور مهم في تجسيد التعبير عن الإرادة من خلالها. فلها الكفاءة والقدرة على حمل التعبير الكافي والسليم، عن إرادة منشئها في الالتزام التعاقدي المراد إبرامه. وعلى هذا الأساس، لا نرى مانعا - لا فنيا ولا قانونيا - يحول دون أن يعبر الشخص تعبيرا كاملا عن إرادته، سواء بالإيجاب أو بالقبول، عبر إحدى الوسائل الإلكترونية السابق الحديث عنها.

ونستخلص بالتالي، أن التعبير عن الإرادة لا يخضع لشكل معين بالذات، فلكل وسيلته التعبيرية. مما يعني أن مبدأ الرضائية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عرف تطورا كبيرا بفضل تكنولوجيا المعلومات والاتصالات. على أن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، بأي لغة يا ترى يمكن التعبير بها عن الإرادة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. هذا ما سنتطرق إلى مناقشته، من خلال **المطلب الثاني**.

---

[422] يمكن الإطلاع على القرار على الرابط التالي:

http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=353 (M.s.j, juin 2008).

المطلب الثاني
اللغة المستعملة في التعبير إلكترونيا عن الإرادة

يثير استعمال الوسائط الإلكترونية في تبادل البيانات والمعلومات، بقصد إبرام عقد بطريقة إلكترونية إشكالا غاية في الأهمية، ويتعلق الأمر باللغة المستعملة في التعبير عن الإرادة بإحدى الوسائل الإلكترونية.

فعلى اعتبار، أن معظم المعاملات التي تتم بطريقة إلكترونية تتم عبر الإنترنيت، فإن طابع عالمية الإنترنت فرض استعمال لغات عديدة، خاصة وأن استعمال الشبكة الدولية للمعلومات غير مقصور على فئة أو لغة معينة. مما دفع العديد من أصحاب المواقع إلى ترجمة صفحات مواقعهم إلى لغات عديدة. ويكفي أن يختار المستهلك اللغة التي يرغب في استعمالها كواجهة لاستعمال الموقع، ليتصفح ما شاء من مواقع بكل سهولة ويسر؛ وهذا من شأنه زيادة عدد مستخدمي المواقع.

لكن، بأي لغة يا ترى يمكن إبرام عقد بطريقة إلكترونية؟ وماذا لو صدر الإيجاب بلغة لا يفهمها القابل؟، أو أن القابل أرسل عبارات تفيد قبوله العرض المرسل إليه إلكترونيا بلغة غير اللغة التي يفهمها الموجب أو مرسل العرض؟. هذا ما سنتطرق إليه، من خلال **الفقرتين التاليتين**، نتعرض في **أولاهما** إلى إشكالية اللغة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية. أما في الفقرة الثانية، فسنتطرق إلى إشكالية استخدام اللغة الوطنية في المعاملات والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

الفقرة الأولى: إشكالية اللغة في العقد المبرم إلكترونيا

غني عن البيان، أن العرض الذي يتم عبر الإنترنت قد يكون عرضا دوليا، فلا يتقيد بحدود مكانية. ونلاحظ أن بعض العروض على العديد من المواقع على الإنترنت، ذات مجال جغرافي منحصر في بلد معين أو قارة ما.

مما يعني احتواء العرض على عبارات وكلمات ومصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة، أو ذات دلالات قانونية مختلفة، تعبر عن النظام القانوني المتبع في دولة المنتج أو المورد، والذي قد يختلف عن النظام القانوني المتبع في دولة المستهلك، أو قد تحتمل ترجمة المصطلح أكثر من معنى[423].

فالعمليات التعاقدية عبر الإنترنت تتنوع بشكل كبير، وقد يتم التعامل مع شخص طبيعي، كما قد يكون المتعامل معه جهاز الحاسوب عن طريق نظام معلوماتي، والذي غالبا ما يعتمد، وبصفة أساسية، على اللغة الإنجليزية، التي عادة ما توضع بها البرامج وتوجه بها الأوامر والتعليمات إلى أجهزة الحواسيب الأخرى، المتصلة ببعضها البعض عبر شبكة الإنترنت. مما يثير وبشدة، مدى مشروعية التعامل مع رسائل البيانات والرسائل الإلكترونية، التي تحمل عروضا بلغة غير لغة من وجهت إليه.

---

[423] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 171.

الفقرة الثانية: استخدام اللغة الوطنية في المعاملات والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية

الأصل أن المشرع المغربي في قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية رقم 05-53، لم يشترط في كتابة العقد في شكله الإلكتروني استعمال اللغة العربية، على اعتبارها اللغة الرسمية للمملكة المغربية[424]، وإن كان من شأن استعمال اللغة الوطنية في إبرام العقود - على الأقل على صعيد المواقع المغربية - حماية المستهلك الوطني في علاقاته التعاقدية مع مختلف الأشخاص الذين قد يتعسفون بحكم مركزهم الاقتصادي، خاصة إذا تعلق الأمر بعارض مهني[425].

على أن المشرع المغربي حاول تدارك الأمر، من خلال المادة 206 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بأن أوجب ما يلي: "إن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوبا بترجمة إلى العربية"؛ مما يعني أن المشرع المغربي لم يسلك مسلك المشرع الفرنسي الذي أوجب استعمال اللغة الفرنسية بالأساس، على أن تتم الترجمة إلى لغات أخرى؛ بذلك يمكن أن يصدر التعبير عن الإرادة، بأي لغة يشاء مصدر أو منشئ العرض أو الإيجاب.

على أنه في الفصل 4-65 من ق.ل.ع، وضمن تبيانه متضمنات العرض في البند 5 منه، نص المشرع المغربي على "اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد"، مما يعني أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية وخلافا لما هو منصوص عليه، يمكن أن يبرم - في المغرب - بأي لغة أخرى غير اللغة العربية، وهذا عكس ما هو منصوص عليه في الدستور، من أن اللغة الرسمية هي اللغة العربية في المغرب.

---

[424] ينص الدستور المغربي لسنة 1996 في تصديره على أن "المملكة المغربية دولة إسلامية ذات سيادة كاملة لغتها الرسمية هي اللغة العربية...". ج.ر.ع. 4420، بتاريخ 1996/10/10، ص. 2281. حين الطبع النهائي لهذه الأطروحة صدر نص دستور 2011، الذي نص الفصل 5 منه على أنه: "تظل العربية اللغة الرسمية للدولة.

وتعمل الدولة على حمايتها وتطويرها، وتنمية استعمالها.

تعد الأمازيغية أيضا لغة رسمية للدولة، باعتبارها رصيدا مشتركا لجميع المغاربة بدون استثناء.

يحدد قانون تنظيمي مراحل تفعيل الطابع الرسمي للأمازيغية، وكيفيات إدماجها في مجال التعليم، وفي مجالات الحياة العامة ذات الأولوية، وذلك لكي تتمكن من القيام مستقبلا بوظيفتها، بصفتها لغة رسمية. ....". ظهير شريف رقم 91-11-1 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، بتنفيذ نص الدستور والصادر في ج.ر.ع. 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص. 3602.

[425] Lucile Archambault, La formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, DESS droit d'internet, administration et entreprise, Université Paris 1 Pantheon-sorbonne, année Univesitaire, 2003-2004, p. 18.

ومن المعلوم، أنه سواء في منشور للسيد الوزير الأول الصادر في 22 شعبان 1419 الموافق لـ 1998/12/11 تحت رقم 58/98، أو في المنشور الصادر أيضا عن الوزير الأول رقم 4/2008 الصادر بتاريخ 22 أبريل 2008، قد حث من خلالهما جميع الإدارات والمؤسسات العمومية والجماعات المحلية، على وجوب استعمال اللغة العربية بمصالحها وفي علاقاتها مع بعضها البعض وكذا مع المواطنين[426]. ونرى هنا التعارض الكبير بين ما نص عليه الفصل 4-65 ق.ل.ع من جهة، ومقتضيات الدستور المغربي وبعض النصوص القانونية التي تحث على استعمال اللغة العربية، باعتبارها اللغة الرسمية في البلاد.

أما بالنسبة للقضاء المغربي فقد ذهب المجلس الأعلى في قراره عدد 236 بتاريخ 25-11-1983 إلى أنه "إذا كانت اللغة العربية هي اللغة الرسمية للبلاد، فإن مقتضيات الدستور المحتج به لا تمنع استعمال اللغة الأجنبية إذا ما دعت الضرورة إلى ذلك"[427].

وفي قرار آخر صادر بتاريخ 17-06-1992 تحت عدد: 1579، أكد على أنه "من واجب المحكمة الرجوع إلى وثيقة قدمت لها بصفة قانونية لمعرفة مضمونها ما دامت آنست من نفسها القدرة على فهمها دون الاستعانة بمترجم وما دام أن اللغة العربية إنما هي مطلوبة في المرافعات والمذكرات لا في تحرير العقود والاتفاقات"[428].

ومعتمد هذا التعليل، هو التقيد بالنطاق الموضوعي الذي حدده قانون التعريب الصادر سنة 1965. ففي القرار الصادر بتاريخ 18-5-1994، أكد فيه المجلس الأعلى على أنه "ينص الفصل 5 من قانون 64-3 الصادر بتاريخ 26-1-1965 المتعلق بتوحيد المحاكم، على أن اللغة العربية هي وحدها لغة المداولات والمرافعات، ولم يتعرض الظهير في أي فصل من فصوله إلى تقديم الوثائق والمستندات المثبتة للحقوق باللغة العربية"[429].

على أن هذا الوضع ستخالفه الغرفة التجارية، في القرار عدد: 1346، الملف التجاري عدد: 2002/1/3/87[430]، والذي اعتمدت فيه قرار وزير العدل الصادر بتاريخ 29-6-1965، إذ بالرجوع إلى القرار المذكور، نجده ينص في الفصل 1 منه على ما يلي: "يجب أن تحرر باللغة العربية ابتداء من فاتح يوليوز 1965، جميع المقالات والعرائض والمذكرات وبصفة عامة جميع الوثائق المقدمة إلى مختلف المحاكم"[431].

أمام صراحة هذا النص، نجد موقف الغرفة التجارية مبررا. لكن بعيدا عن موقفها حُق أن نتساءل، هل بإمكان قرار وزاري أن يعدل مضمون تشريع؟.

---

[426] تكريس هذا المبدأ تم من خلال مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 31 من مشروع القانون رقم 09-24 يتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات، والتي جاء فيها "تحرر على الأقل باللغة العربية جميع البيانات الموجهة لإخبار المستعملين مثل العنونة والعلامة وطرق الاستعمال والتحذيرات، والتي تعد إجبارية بمقتضى هذا القسم والنصوص المتخذة لتطبيقه"

[427] منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 35-36، ص. 176.

[428] منشور بمجلة المحاكم المغربية، ع. 67، ص. 127.

[429] منشور بمجلة الإشعاع، ع. 12، ص. 144.

[430] منشور بمجلة المناهج القانونية، العدد المزدوج: 11-12، ص. 247.

[431] قرار لوزير العدل رقم 65-414 بتاريخ 29 يونيو 1965 باستعمال اللغة العربية لدى محاكم المملكة، ج.ر.ع. 2755 الصادرة بتاريخ 20 ربيع الثاني 1385 (18 غشت 1965)، ص. 1742.

فقانون 1965 حدد على سبيل الحصر نطاق التعريب في المداولات والمرافعات والأحكام، إلا أن القرار الوزاري المذكور وإن فسر مصطلح "المرافعات" في نطاق واسع ليشمل بها المسطرة الشفوية والكتابية، فهو وسع من نطاق التعريب وأضاف إلى اللائحة "الوثائق" التي يمكن أن يدلي بها إلى المحاكم[432].

وقد تم تدارك الأمر بالتراجع عن هذه الإضافة بعد 13 يوما من نشر هذا القرار في الجريدة الرسمية، حيث صدر الاستدراك التالي: "الفصل الأول: يجب أن تحرر باللغة العربية ابتداء من فاتح يوليوز 1965 جميع المقالات والعرائض والمذكرات المقدمة إلى مختلف المحاكم". وبصدور هذا الاستدراك، سيبقى نطاق التعريب منحصرا في الزمرة المحددة سلفا في قانون 1965، الذي استثنى "الوثائق" من سيادة اللغة الرسمية للبلاد[433].

على أنه في منشور للسيد وزير العدل سنة 2003[434]، نجده قد تعامل مع الموضوع بشكل مختلف وبطريقة تتسم بالمرونة. وربما يرجع الأمر، إلى كون اللغة الفرنسية هي اللغة الأكثر تداولا في المغرب. وفيما جاء في المنشور المذكور: "... إلا أن الملاحظ أن البعض يذهب إلى أن اللغة العربية تسري على الأحكام والمرافعات فقط ولا تسري على الوثائق والمستندات، وتبعا لذلك لا يلجأ إلى ترجمة هذه الأخيرة من اللغة الأجنبية رغم تمسك أحد الأطراف بذلك.

وإذا كان العمل القضائي قد أجاز في بعض قراراته بأن الاستدلال بوثائق محررة بلغة أجنبية لا يتعارض مع ما جاء به قانون التعريب، استنادا على أن اللغة العربية مطلوبة في المرافعات والمذكرات لا في العقود والمستندات، فإن الأجدر تفاديا لكل نقاش، وانسجاما مع الروح التي استقاها المشرع من التعريب، فإنه يطلب من الأطراف الذين استدلوا بوثيقة محررة بلغة أخرى أن يقوموا بترجمتها إلى اللغة العربية لا سيما إذا تمسك بها أحد أطراف النزاع".

فإذا كان هذا المنشور قد حث المحاكم على المطالبة بترجمة الوثائق المدلى بها أمام المحاكم متى تمسك بذلك أحد الخصوم، فهذا يعني أن العقود المبرمة عبر الإنترنيت أو بأي طريقة إلكترونية، إذا ما حدث نزاع بخصوصها لا بد من عرضها على أنظار القضاء مترجمة، ولو كانت مبرمة بين متعاقدين مغربيين متواجدين على التراب الوطني.

ويرى بعض من الفقه المغربي، أن المشرع المغربي لم يشترط في العقد الإلكتروني، أن يحرر باللغة العربية وإنما ترك الحرية لأطراف الالتزام لاستعمال اللغة التي يرغبان فيها. ورأى هذا الموقف الفقهي أنه إذا حرر العقد بلغة أجنبية تعين ترجمته إلى اللغة العربية من قبل ترجمان محلف، ليمكن الاحتجاج به أمام القضاء المغربي، على اعتبار أن لغة التقاضي هي اللغة العربية، وإلا ردت الدعوى بعدم القبول[435].

---

[432] رضى بلحسين، الدفع بعدم تعريب الوثائق المحررة بلغة أجنبية، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج: 13-14، 2009، ص. 177 وما بعدها.

[433] ج.ر.ع. 2757، الصادرة في فاتح شتنبر 1965، ص. 1841.

[434] منشور ع. 31 س 2 الصادر في 24 مارس 2003، ويمكن الإطلاع عليه من خلال الرابط التالي:
http://adala.justice.gov.ma/AR/DocumentViewer.aspx?id=D%3a\production\html\ar\7975.htm%40arcoll
(M.S.J, Mai 2009).

[435] المختار بن أحمد العطار، العقد الإلكتروني،م.س.ص. 27.

أما في القوانين المقارنة، فنجد أن المشرع الفرنسي في القانون رقم 94-665، الصادر في 4 غشت 1994 بشأن استخدام اللغة الفرنسية والمعروف باسم "قانون توبون Loi Toubon" في المادة 2 منه، أوجب استعمال اللغة الفرنسية، أو على الأقل الترجمة إليها في التعبير عن الإيجاب؛ وهذا ما لا نجد نظيرا له في التشريع المغربي.

فالمشرع الفرنسي أوجب استخدام اللغة الوطنية وهي اللغة الفرنسية، حين إبرام الفرنسيين لعقود أو معاملات على الإنترنت. كما حظر استخدام أي لغة أجنبية أو مصطلح أجنبي، طالما له بديل في الاصطلاح اللغوي الفرنسي. وهذا ما لا نجده في التشريع المغربي أو العربي عموما.

كما نص القانون الفرنسي المشار إليه أعلاه، في المادة 2 منه، على أنه يجب استخدام اللغة الفرنسية في الإيجاب في كل أنواع التجارة، بما في ذلك التجارة الإلكترونية، وبصفة خاصة في التعليمات الخاصة بالتشغيل وشروط الضمان ووصف المنتج أو الخدمة والفواتير والإيصالات، وينطبق هذا على الإعلانات المرئية والمسموعة أو الناطقة أو المكتوبة[436].

وفي حالة مخالفة التعليمات السابقة بشأن استخدام اللغة الفرنسية، فقد نص القانون رقم 95-240 الصادر في 3 مارس 1995، على عقوبة تتمثل في غرامة مالية. ويضاعف مقدار هذه الغرامة إلى خمسة أضعافها، في حالة كون المخالف شخصا معنويا، وتطبق هذه العقوبات على مالكي مواقع الويب أيضا[437].

أما بخصوص كتابة البيانات على الشاشة، فقد أوجب المنشور الصادر عن رئيس الوزراء الفرنسي، بتاريخ 19 ماي 1996 بشأن تطبيق القانون الصادر في 4 غشت 1994، استخدام اللغة الفرنسية في كتابة البيانات على الشاشة، مع مصاحبتها بترجمة باللغة الإنجليزية أو بأي لغة أخرى[438]. بمعنى أن هناك إمكانية تقديم الإيجاب بلغة غير اللغة الوطنية مع ترجمته، حتى يكون الإيجاب واضحا ومفهوما وغير غامض.

وتكمن الفائدة من التقييد، بتمكين البائع من التخلص من بعض العقود التي يرى أنها غير مناسبة له، مما يسبب عدم قدرته على تنفيذ التزامه بالتعاقد وبالتالي قد تلحقه خسارة مادية نتيجة تعويضه للمشتري في هذه الحالة، وخسارة معنوية أيضا نتيجة سوء السمعة التي ستلحق بالمتجر الإلكتروني[439].

---

[436] Loi N° 94-665, du 4 Août 1995, relative à l'emploi de la langue française dite "loi Toubon", J.O, du 5 Août 1994. A consulter sur:
www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=vig
(M.S.J, Janv. 2010).

[437] Lionel Bochurberg, Op.cit., p. 119.

[438] Conseil d'Etat, Section du rapport et les études, Internet et les réseaux numériques. Etude adoptée par l'assemblée Général du conseil d'Etat, le 2 juillet 1998, p. 64. A consulter sur :
http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-ublics/984001519/index.shtml,
(M.S.J, Mai 2009).

[439] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 286.

من جهتها التوجيهة الأوربية، بشأن حماية المستهلك الصادرة في 21 ماي 1992، نصت على أنه ليس بالضرورة حينما يستجيب مستهلك في دولة ما، لإعلان صادر بغير لغته، أن يتوقع تلقي المعلومات بلغته الوطنية. فإذا كانت وسيلة الدعاية توزع خارج منطقته اللغوية، وقرر المستهلك أن يتعاقد، فلا ينبغي أن تكون القواعد الخاصة باللغة، عائقا أمام هذا العقد العابر للحدود.

على أن هناك بعضا من الفقه، يرى ضرورة مراعاة اللغة الأم للمستهلك، ليتسنى له فهم مضمون وموضوع العقد وكذا باقي الشروط الأخرى، وهذه أقل الحقوق التي تجب مراعاتها في القوانين الوطنية خصوصا في مجال العقود المبرمة بواسطة شبكة الإنترنت، والتي غالبا ما يجهل المتعاقد من خلالها هوية المتعاقد الآخر. ويقترح هذا الاتجاه، لتجاوز مشكلة استعمال اللغة الوطنية، أن يكون الإيجاب أو الإعلان بلغة القابل[440].

وتجدر الإشارة، إلى أن بعض الدول العربية، أوجبت إستعمال اللغة العربية، كالقانون الاتحادي الإماراتي بشأن حماية المستهلك الذي أوجب الإعلان عن نوع السلعة وطبيعتها واسم المنتج وبلد المنشأ وبلد التصدير وغير ذلك من البيانات الأساسية باللغة العربية (م. 4)، ولم يحدد الوسيلة المستخدمة في الإعلان عن السلع. مما يستفاد منه أن الإعلان عن السلع والخدمات عبر الإنترنيت وفق القانون الإماراتي لا يجب أن يكون باللغة العربية. بينما نص القانون اللبناني لحماية المستهلك على اعتماد اللغة العربية، من حيث المبدأ، في الإعلان عن المعلومات المتعلقة بالسلع والخدمات المعروضة (م. 1/9).

وعليه، فإذا كانت بعض التشريعات المحلية، تستوجب استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإيجاب (كالقانون الفرنسي)، فإن عالمية شبكة الإنترنت ودولية العروض المقدمة عبرها، ليس من شأنها الاستجابة للمتطلبات المحلية لكل دولة في العالم.

كما ليس ضروريا، أن تشترط كل دولة وجوب استعمال لغتها الوطنية، في التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عبر الإنترنت، إذ من شأن ذلك أن يؤدي إلى تلاعب سيء النية في البيوع التي تتم عبر الإنترنت. وهذا نفسه التوجه الذي اتخذه المشرع المغربي بموجب المادة 206 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بأن نصت على ما يلي: "إن كل عقد حرر بلغة أجنبية يصطحب وجوبا بترجمة إلى العربية".

ومع ذلك نجد أن معظم المواقع على الإنترنيت، تحاول تقديم صفحاتها بلغات متعددة أو توفر خدمة الترجمة الفورية للصفحة المراد فهم محتوياتها، مما يسهل على زائري الموقع الدخول إليه وتبادل المعلومات وإبرام الصفقات باللغات المحلية لصاحب الموقع[441].

---

[440] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2005، ص. 47.

[441] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 133. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، ص. 133؛ وانظر أيضا، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني م.س.ص. 172 و173.

من خلال ما أسلفنا، نعتقد أنه من الصعوبة بمكان، فرض اللغة الوطنية في التعاقد خارج الوطن، وهذا من شأنه أن يحد من دائرة المتعاملين من خلال المواقع على الإنترنيت. ونرى أنه يجوز التعبير عن الإرادة، بأي لغة في مجال المعاملات، شريطة الاتفاق المسبق عليها بين الطرفين المتعاقدين، وذلك إعمالا للمبدإ العام الذي يجيز التعبير عن الإرادة، بأي طريقة مفهومة للمتعاقدين.

ونشير إلى أن التقنيات المعلوماتية الحديثة، مكنت من ترجمة الصفحات والمواقع على الانترنيت بشكل لحظي، مما يجعلنا نتساءل عن حالة العرض الذي يظهر على شاشة الحاسوب والموجود بخادم العارض المهني بإحدى الدول في العالم، والذي يعرض بحسب اللغة التي يتم اختيارها، فيقدم العرض مترجما أوتوماتيكيا[442]. فقد يتغير مدلول العرض إذا ما كانت الترجمة معيبة، مما قد يولد غلطا لدى المتعاقد القابل، وهذا من شأنه إعاقة الفهم الصحيح للعرض المقترح، ويهدد مصلحة المستهلك المتعاقد بطريقة إلكترونية.

فإذا ما صدر الإيجاب بلغة لا يفهمها المتلقي، فإنه لن يستطيع أصلا الدخول للتفاوض أو القبول بشروط العقد. أما إذا دخل المستهلك موقعا بلغة أجنبية وقبل بعرض على الموقع، فهذا يدل على معرفة الشخص بلغة العارض، خاصة وأن عملية القبول تتم من خلال عدة إجراءات متسلسلة على الموقع، وفي كل مرحلة يكون بإمكانه التراجع[443].

من خلال ما سبق، نقف على إشكاليات مهمة تطرح بخصوص التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، ومن شأن ذلك التأثير عليها بحيث يأتي الرضا مشوبا بعيب من عيوب الإرادة.

لذا، سنتطرق إلى بحث عيوب الإرادة في مجال البيئة الإلكترونية، من خلال دراسة تأثيرات هذه البيئة التي تلتقي فيها إرادات الأطراف المتعاقدة على صحتها - رغم أنه دائما الأصل هو القواعد العامة- فنظرية عيوب الإرادة تلعب دورا هاما في نطاق المعاملات الإلكترونية، حيث تتسم بالتعقيدات التكنولوجية من جهة، وأساليب التعاقد عن بعد من جهة أخرى. وهذا ما سنتطرق إليه من خلال (**المبحث الثاني**).

---

[442] "La traduction assistée par ordinateur".

[443] نلحظ أن الكثير من العروض على الإنترنت، تأتي مقيدة في مكان أو دولة أو منطقة ما، فهي من الناحية العملية محددة الاتجاه ومقتصرة على من يشملهم العرض في الدائرة التي حددها العارض أو الموجب، وسنتطرف إلى تحليل ذلك في حينه.

المبحث الثاني
عيوب الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية

لينعقد العقد صحيحا ونافذا، لا بد من اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معين. ويستلزم ذلك أن يكون التراضي صحيحا؛ بمعنى أن تكون الإرادة المجسدة للتراضي بالنسبة لكل طرف، صادرة من الشخص المعني ذاته أو ممن ينوب عنه وفق أحكام القانون.

ولا يكفي أن تكون الإرادة موجودة وصادرة عن كامل الأهلية، بل ولا بد أن تكون سليمة وغير معيبة. ولا يعتد بالتعبير عن الإرادة، إلا إذا كانت حرة غير مدفوعة إلى إبرام العقد تحت وطأة الإكراه أو التدليس، أو نتيجة لغلط، أو غبن استغلالي[444].

فالإرادة المعيبة إذن، هي إرادة موجودة، ولكنها غير سليمة. ويجب أن تصدر عمن توافرت لديه أهلية الأداء، ومع ذلك لحق إرادته عيب مما يضعف من أثرها، مما يجعل العقد قابلا للإبطال.

ويبدو لأول وهلة، أنه لا يمكننا الحديث عن عيوب الإرادة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وبأنه من غير الضروري البحث في تفاصيلها، إذ يكفي الرجوع بخصوصها إلى القواعد العامة والتي نجدها في مؤلفات النظرية العامة للعقد. ولكن تتعرض الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية، لبعض العيوب التي قد تشوبها كما في العقود التقليدية.

ويرى البعض من الفقه[445]، أن لا وجود لعيوب الإرادة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، على سبيل المثال الإكراه، حيث لا يمكن تصور إجبار شخص على الدخول إلى موقع معين أو على فتح بريده الإلكتروني لإرسال رسالة معينة. أما فيما يخص الغلط والتدليس، فاعتبر هذا الاتجاه الفقهي أنه لا يمكن حدوثها في التعامل الإلكتروني، إذ يجد الشخص الذي يتعامل عبر الإنترنيت أمامه كل البيانات والمعلومات عن الشيء المراد التعامل فيه.

ومن خلال شهادات المصادقة الإلكترونية، يكون من السهل التعرف على شخصية المتعاقد الآخر، وبالتالي صعوبة تصور حدوث غلط في شخص المتعاقد، خاصة وأن القانون نص صراحة على مسؤولية مصدر الشهادة في حالة إخلاله بالالتزام بضمان صحة المعلومات الواردة في شهادة المصادقة.

على أن بعضا من الفقه، رأى أن عيوب الرضى في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، كعيوب الرضى في سائر العقود[446]. ورأى أنه في هذا العقد يحق للمشتري أن يقوم بإرجاع المنتج إلى البائع استنادا إلى حق الإرجاع المقرر للمستهلك، من دون حاجة إلى إثبات وقوعه في الغلط.

ولأننا إزاء نمط معين من العقود، وهي تلك التي تبرم عن بعد وبطريقة إلكترونية، فإنه حري بنا البحث في عيوب الإرادة وفق خصوصية هذه العقود، وبشكل مختلف عما في القواعد العامة.

---

[444] عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 105.

[445] شحاته غريب شلقامي، م.س.ص. 82 و83.

[446] إلياس ناصيف، م.س.ص. 129.

ولبحث نظرية عيوب الإرادة في إطار العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، فوائد جمة ومن عدة نواح، نذكر منها: أن المتعاقد لن يتحمل في حالة إبطال العقد -بسبب وقوعه إلكترونيا في الغلط أو تعرضه للتدليس- مصروفات نقل الشيء محل العقد والتي سيتحملها البائع في حالة التدليس.

ومن ثم يستطيع البائع خاصة في حالة التدليس التمسك بالشروط التي تحظر إرجاع السلعة أو تقيد ذلك الإرجاع بشروط معينة. ويحق للمستهلك الرجوع على البائع بالتعويض في حالة التدليس، على أساس العمل غير المشروع. وله أيضا حق الاستفادة من المدة المقررة لرفع دعوى الإبطال، بسبب عيوب الإرادة والتي تتجاوز بكثير المدة المقررة لاستعمال الحق في الرجوع في العقد[447].

بذلك نرى، ما لنظرية عيوب الإرادة من أهمية بالغة بالنسبة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية. ويرجع ذلك - إلى جانب ما سبق لنا أن أشرنا إليه - لعدة أسباب، نذكر منها: الخصوصية التقنية لهذه العقود من حيث الطريقة أو الوسيلة التي ينعقد بها العقد، بحيث تتطلب مهارات خاصة لإتمام التعاقد.

أيضا، ونظرا لأنها من العقود التي تبرم عن بعد، فإنها تتم بين طرفين عادة ما يكونان غير متكافئين، بحيث يتمتع أحدهما - كالبائع أو مقدم الخدمة عبر الوسيلة الإلكترونية - بمعرفة ومهارة وخبرة كبيرتين مقارنة بالطرف الآخر[448]؛ مما يقتضي توفير حماية قانونية خاصة لأطراف العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

ولن نتعرض هنا بالبحث والتمحيص إلى نظرية عيوب الإرادة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية في إطارها التقليدي، بحيث يمكن الرجوع بخصوصها إلى القواعد العامة، لكننا سنبحث في عيوب الإرادة في إطار بحثنا هذا - وكما سبق أن قلنا - وفق خصوصية هذه العقود وبشكل مختلف عما في القواعد العامة، من خلال التطرق إلى مسألة غاية في الأهمية وتتمحور حول التساؤل التالي: "كيف يمكن توفير حماية قانونية لأطراف العقد المبرم بطريقة إلكترونية؟".

وهذا يستوجب منا البحث في مدى تأثير البيئة الإلكترونية، على تعيب الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية في هذا النوع من العقود، من خلال **مطلبين**، سنخصص **الأول** لعيبي الغلط والتدليس، على أن نخصص **المطلب الثاني**: لعيبي الإكراه والغبن.

المطلب الأول
الغلط والتدليس في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

من المعلوم، أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية، شأنه شأن أي عقد، لا ينعقد إلا إذا كان صادرا من متعاقدين كل منهما أهل لإبرامه، وأن تكون إرادة كل منهما صحيحة وخالية من أي عيب من عيوب الإرادة.

وبالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، باعتباره عقدا يبرم عن بعد، بين طرفين - غالبا- غير متكافئين، حيث يستحوذ فيها المنتج أو الموزع على معرفة وخبرة تكنولوجية عالية غير معتادة، يصعب على الطرف الآخر مجاريتها، لأنه أقل قدرة على الصعيد الإقتصادي أو الفني.

---

[447] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 285 و286.

[448] بشار محمود دودين، م.س.ص. 155؛ انظر أيضا، محمد حسين منصور، م.س.ص. 720.

وقد أسفر هذا الطرح الجديد للنظام التعاقدي، عن منح المتعاقد - غير الخبير، الذي لا يوفر له الطرف الأكثر خبرة المعلومات الكافية- حق التمسك بتعيب إرادته، نتيجة لغلط وقع فيه، أو تدليس ناجم عن كتمان المتعاقد الآخر للمعلومات التي كان يجب عليه الإدلاء بها[449].

وهذا ما سيقودنا إلى التطرق من خلال هذا المبحث إلى كل من عيب الغلط (**الفقرة الأولى**)، ثم إلى عيب التدليس في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: الغلط الواقع من المتعاقد بطريقة إلكترونية

أمام غياب تعريف تشريعي لعيب الغلط، يمكننا الرجوع إلى التعاريف الفقهية[450]. ويمكن القول أنه توهم يصور لشخص الواقع على خلاف حقيقته، ويدفعه إلى التعاقد[451]، بحيث ما كان ليتعاقد لو علم هذه الحقيقة، أو أنه كان سيتفاوض وفقا لشروط أخرى غير تلك التي تفاوض بها تحت وطأة الغلط[452].

بالنظر إلى طبيعة العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ورغم قوانين حماية المستهلك التي تقلل من الأهمية العملية لنظرية عيوب الإرادة، على اعتبار أن تلك القوانين تفرز حماية خاصة للمستهلك، لأنه يسمح لهذا الأخير بإرجاع المنتوج أو البضاعة دون حاجة لإثبات الوقوع في الغلط أو التدليس[453]؛ فإنه يمكن تصور حدوث الغلط، إذا ادعى أحد طرفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عدم الخبرة أو الاحترافية لإبرام مثل هذا النوع من العقود.

ولعل أحسن مثال يمكننا أن نعطيه هنا، هو احتجاج المشتري عند تسلمه المبيع أنه ليس متفقا مع ما توقعه، أو أنه ليس صالحا للاستعمال الذي اشتراه من أجله؛ وبالتالي، المطالبة بإبطال العقد استنادا لنظرية الغلط.

وتعتبر صفة عدم الخبرة أو عدم الاحتراف في المعاملات الرقمية، عنصرا جوهريا في قبول ادعاء المتعاقد الواقع في غلط جوهري، سيما في الأشياء الفنية ذات التقنية المتطورة مثل برامج الحاسوب، حيث يمكن اعتبار هذه الصفة من القرائن التي يستعين بها قاضي الموضوع في تقدير مدى توافر الغلط في حق المتعاقد[454]؛ وبالتالي يصعب قبول الغلط من متعاقد متخصص وذي خبرة واحتراف، في المجال الذي تم التعاقد بشأنه.

---

[449] محمد حسين منصور، م.س.ص. 72.

[450] للإطلاع على هذه التعريفات، يمكن الرجوع إلى المراجع التالية: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 289. وأيضا، عبد الحق صافي، م.س.ص. 307 و308؛ وانظر أيضا مأمون الكزبري، م.س.ص. 74؛ أحمد شكري السباعي، نظرية الغلط والتدليس في قانون الالتزامات والعقود المغربي، ط. 1972، ص. 13 وما يليها. وأيضا عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 106.

[451] مأمون الكزبري، م.س.ص. 74.

[452] عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 106.

[453] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 111 و112.

[454] محمد حسين منصور، م.س.ص. 61.

وكذلك الحال، إذا كانت البيانات التي قدمها أحد المتعاقدين واضحة وكافية لتلافي الوقوع في الغلط. وأيضا، إذا ثبت تقصير مدعي الغلط أو إذا لم يقم بالاستعلام والإفصاح عن حاجاته والتعاون مع المتعاقد الآخر، لتحقيق الغاية المرجوة من إبرام العقد[455]. فتلك الصفة قرينة يستعين بها القاضي، لتقدير مدى توافر الغلط. فإذا ما تبين للمحكمة، أن المتعاقد المستهلك متخصص وذو حرفة وخبرة في المجال الذي تم التعاقد بشأنه، اعتبرت أن مثله لا يمكنه الوقوع في الغلط بالنسبة إلى ما هو مدعى به أمامها.

لكن، إذا ثبت لديها أن المستهلك لا خبرة ولا تخصص له في مجال الإلكترونيات، فقد يشكل ذلك دليلا أو قرينة على وقوعه في الغلط. وقد ترفض المحكمة طلب إبطال العقد لعلة الغلط، إذا تبين لها أن مقدم الخدمة قد وضع بيانات تتعلق بهذه الخدمة، بشكل واضح وكاف لتلافي الوقوع في الغلط.

وكذلك الأمر، إذا ثبت لها تقصير مدعي الغلط، كما لو لم يقم بالاستعلام الكافي، وبالإفصاح عن حاجته، وبالتعاون مع المنتج أو مقدم الخدمة[456]. وعليه، صعب قبول الادعاء بالغلط إذا كان مدعيه متخصصا، أو أن البيانات التي قدمها الطرف الآخر كافية لتجنب الوقوع في الغلط.

ويمكن القول، وطبقا للقواعد العامة في القانون المدني، أن الغلط الذي يعتبر عيبا من عيوب الإرادة، هو الغلط المؤثر أو ما يطلق عليه أيضا بالغلط المانع[457]، وهو الغلط الذي يهدم الرضى من أساسه ويمنع انعقاد العقد. أما الغلط غير المنتج في تعيب الإرادة، فهو لا يؤثر في صحة العقد.

فالغلط المانع، هو الذي يمس أحد أركان العقد؛ وبالتالي يعدم التراضي. وهو يمنع من التعاقد إذا انصب على ماهية العقد أو محل الالتزام أو سببه. وهذا النوع من الغلط لا يعيب الإرادة فحسب، بل يعدمها من الأصل. كأن يقوم أحد مستخدمي الإنترنت بتحميل أحد البرامج المعلن عنها على أحد المواقع، ظنا منه أنها مجانية، في حين أن موردها يقصد بيعها[458].

أما الغلط غير المؤثر، فهو لا يعيب التراضي ولا يؤثر بالتالي في صحة العقد، كالغلط في الحساب أو الغلط في القيمة، أو الغلط في الباعث على التعاقد. ويدخل ضمن هذه الزمرة: الغلط في شخصية المتعاقد أو صفته، إذا لم تكن هذه الشخصية أو الصفة محل اعتبار في العقد، بحيث يستوي التعاقد مع أي من الأشخاص الحاضرين أثناء إبرام التصرف[459].

إن الحالات المذكورة من الغلط، تخرج عن موضوع عيوب الرضى، لأنها تنفي الرضى من أساسه ولا تعيبه فقط، كما أنها تخرج عن دائرة بحثنا هذا. أما الغلط الذي يهمنا بحثه في إطار العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية، هو الغلط المؤثر على الرضا[460] أو كما يطلق عليه بعض الفقه، بالغلط المسبب للإبطال[461].

---

[455] الصالحين محمد العيش، م.س.ص. 77.

[456] محمد حسين منصور، م.س.ص. 73؛ انظر أيضا، إلياس ناصيف، م.س.ص. 127 و128.

[457] Lucile Archambault, Op.Cit; p. 42.

[458] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 185.

[459] عبد الحق صافي، م.س.ص. 308 وما بعدها؛ انظر أيضا مأمون الكزبري، م.س.ص. 76 وما بعدها؛ وأيضا عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 107 وما بعدها.

[460] عبد الحق صافي، م.س.ص. 309.

[461] بموجب الفصل 39 ق.ل.ع. يكون قابلا لإبطال الرضى الصادر عن غلط؛ انظر أيضا، مأمون الكزبري، م.س.ص. 78.

فكثيرا ما يقع المتعاقد عبر شبكة الانترنيت، وبسبب إجراءات التعامل المعلوماتي أو الشبكي في غلط، وذلك بسبب البعد المكاني بين الأطراف. كما أن الغلط، كعيب، يدعى به كثيرا في العقود المبرمة عن بعد. لذا، لا نستطيع حصر أنماط أو صور الوقوع في غلط، فالأمر لن يختلف عما يمكن أن يحدث في إطار المعاملات التقليدية[462].

فقد يحدث خطأ في التواصل مع الشبكة، حيث يرتكب المستخدم خطأ بشأن الخانة المخصصة للنقر عليها، ويبدأ في الإجراءات أو سلسلة الخطوات التي تؤدي به إلى أن يجد نفسه متعاقدا رغما عن إرادته. ونلاحظ هنا، أن فرض الاستخدام الخاطئ للأجهزة يعكس عدم وجود الرضا أو إرادة التعاقد على الإطلاق، فهي معدومة، في حين أن أحكام الغلط تفترض وجودها معيبة[463].

فهذا الغلط يجعل التراضي معيبا، وبالتالي لا يعبر عن الإرادة الحقيقية للمتعاقد. على أن هذا من شأنه المساس باستقرار المعاملات، ويؤدي إلى ظلم المتعاقد الآخر، الذي لم يتسبب فيه ولم يعلم به.

ويمكن التعامل مع مثل هذه الحالات، وفقا لمفهوم الغلط المانع، مع تطويعه لمواجهة هذا الاحتمال الذي كثيرا ما يقع في إطار الاتصالات الشبكية. وبالنظر إلى انعدام إرادة التعاقد، فإن البطلان هو ما يتحقق نتيجة الاتصال الخاطئ بين الأطراف، وليس الإبطال الذي يترتب على وجود إرادة معيبة، غير أنه سيكون على المتعاقد أن يثبت ادعاءه بأن إرادته لم تتجه للتعاقد أصلا[464].

ومن ثم، فالمحافظة على مصالح ضحية الغلط، يكون على حساب مصالح الطرف الآخر الذي ظل أجنبيا عن الغلط الحاصل[465]. ويكون هذا الغلط في حالات ثلاث، وهي: الغلط في القانون[466] والغلط في مادة الشيء المتعاقد عليه، أو نوعه، أو في صفة جوهرية فيه، وحالة الغلط في ذات أحد المتعاقدين أو في صفة جوهرية فيه، عندما تكون هذه الذات أو هذه الصفة محل اعتبار خاص.

هناك أيضا الغلط في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، والناتج عن سوء استعمال نماذج العقود المعروضة عبر المواقع، حيث يتم عرض الإيجاب ببيانات معينة، يليها تكملة هذه الأخيرة من طرف الموجه له الإيجاب. هنا، قد يقع الموجه إليه الإيجاب في غلط أثناء تكملة هذه البيانات، وقد ينتج الغلط عن سوء فهم موضوع وشروط العرض أو الإيجاب الموضوع على الخط.

ولا بد من التأكد أن الموجه إليه الإيجاب قد اطلع على العرض وتفهم مجموع البيانات الواردة فيه. ويجب التأكد من تصديق الموجه له الإيجاب على إرادته، وذلك بأن يكون قبوله واضحا وتاما، حتى لا يشكل رده مجموعة من الإجابات للعرض، قد تؤدي به إلى الغلط فيه[467].

---

[462] فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 99.

[463] خالد حمدي عبد الرحمن، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2006، ص. 137.

[464] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص. 99.

[465] عبد الحق صافي، م.س.ص. 309.

[466] نص الفصل 40 من ق.ل.ع. على أن "الغلط في القانون يخول إبطال الالتزام: 1- إذا كان هو السبب الوحيد أو الأساسي؛ 2- إذا أمكن العذر عنه".

[467] إدريس الحياني، مقال سابق، ص. 59 و60.

فهذه الحالات من الغلط في التعاقد بطريقة إلكترونية، أمر متصور حدوثه. كأن يتوهم أحد المتعاقدين أن الطرف الآخر معروف لديه، ويقدم منتجات تصنع بطريقة يدوية مثلا، وأنه يرغب في التعاقد معه لمهارته وخبرته، ثم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء، أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة[468]؛ فهنا يمكنه طلب إبطال العقد.

بهذا الخصوص نتساءل، عن حالة الغلط في رسالة إلكترونية أو إعلان عبر شبكة الإنترنت، ونمثل لذلك بحالتين:

الحالة الأولى: أعلن شخص عبر أحد المواقع، عن بيع محتويات منزل أحد الشخصيات العالمية، ويحدد في الإعلان محتوياته بشكل واضح. ومن ضمن تلك المحتويات إحدى اللوحات الفنية الشهيرة والنادرة والتي كان قد رسمها أحد الفنانين العالميين المشهورين، فيدخل أحد المستعرضين لهذا الإعلان عبر الشبكة للتعاقد على شراء هذه اللوحة، باعتبارها من مقتنيات الشخصية المشهورة. وبعد أداء ثمنها، تبين أن اللوحة ليست إلا تقليدا للوحة الفنية الأصلية.

في هذه الحالة، لا يستطيع مشتري اللوحة الاعتداد بالخطإ، لأن أساس التعاقد ليس من رسم اللوحة والفنان الذي رسمها، وإنما الدافع إلى الشراء هو، باعتبارها من مقتنيات الشخصية العالمية الفلانية[469]. فمن خلال هذا المثال، يحتاج البحث في مدى الصفة الجوهرية، إلى ضرورة التوقف على حقيقة المحل الذي يعتبره المتعاقد أمرا مرغوبا فيه.

والغلط في الصفات الجوهرية المتعلقة بمحل العقد، لم يعد فقط وسيلة لتقييم الرضى التعاقدي، ولكنه أصبح أيضا وسيلة لإعادة التوازن إلى العقود بإعادة تقييم سلوك المحترف ووضع حسن النية في ميزان المسؤولية[470].

وقد يحدث أن يكون الغلط في شخص المتعاقد بطريقة إلكترونية. ولنأخذ المثال السابق نفسه، حيث يتعاقد شخص على أساس أن الشخص صاحب المنزل الذي تباع محتوياته، هو الشخصية العالمية المشهورة، ثم تبين فيما بعد، أنها لم تكن هي ذات الشخصية، أو أن هناك فقط تشابه للأسماء. فالغلط في هذه الحالة يعيب الرضا، لأنه وقع في ذات المتعاقد أو صفته[471]، إذ العبرة هنا، هو وقوع المتعاقد في غلط بالشخص.

لذلك أعتبر أن المبدأ واحد، سواء أكان الغلط في صفة في المحل، أو في ذات المتعاقد أو في صفة جوهرية فيه. فالرضا هنا معيب للإرادة، لأنه مس بصفة جوهرية، كانت هي السبب الدافع إلى التعاقد. ونؤكد موقفنا هذا من خلال مقتضيات الفصل 41 ق.ل.ع، الذي نص على أن الغلط يخول الإبطال، "إذا وقع في ذات الشيء أو في نوعه أو في صفة فيه كانت هي السبب الدافع إلى الرضى".

---

[468] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 144.

[469] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 188.

[470] عبد المنعم موسى إبراهيم، م.س.ص. 56.

[471] بموجب الفصل 42 ق.ل.ع "الغلط الواقع على شخص أحد المتعاقدين أو على صفته، لا يخول الفسخ إلا إذا كان هذا الشخص أو هذه الصفة أحد الأسباب الدافعة إلى صدور الرضى من المتعاقد الآخر".

الحالة الثانية: وهي حالة الغلط في إبلاغ الرسالة الإلكترونية: كأن يعرض تاجر في إعلانه أنه يبيع سيارات من نوع معين، بمبلغ كذا للسيارة الواحدة. ولكن، يقع تحريف في الرسالة الإلكترونية، فيظهر الإعلان على موقع الإنترنت، بمبلغ غير المبلغ الذي تضمنته الرسالة الإلكترونية.

فهذا الغلط يبدو كأنه غلط مادي ليس إلا، وبالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الإرادة، إذ أنه طرأ بعد تكوينها. ومن ثم، لا يؤثر في تكوين العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وإنما يلزم تصحيح هذا الغلط المادي فقط، إذ أن "مجرد غلطات الحساب لا تكون سببا للفسخ وإنما يجب تصحيحها"[472].

لكن، إذا ما تمعنا في هذا الغلط، نجده قد رتب غلطا آخر، وهو وجود تحريف في نقل إرادة المتعاقد. فالغلط هنا، حصل بعد تكوين الإرادة وخلال نقلها؛ مما يمنع انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية لعدم تطابق الإرادتين[473].

وفي الحالتين، يحق للمتعاقد الواقع في الغلط الرجوع على مقدم الخدمة أو البضاعة بالتعويض، إذا كان الغلط أو التحريف في الرسالة أو الإعلان، يرجع إلى خطئه أو لعيب في حاسوبه[474].

ويعود للقاضي بموجب الفصل 44 ق.ل.ع، تقدير ما إذا كان ذات الشخص أو صفته محل اعتبار لدى المتعاقد، وهو ويقوم بهذه المهمة حسب ظروف كل قضية. فإذا تبين له أن المتعاقد لم يبرم العقد إلا لاعتقاده الراسخ أنه يتعاقد مع شخص معين بذاته أو مع شخص يتحلى بصفة معينة يعتبرها جوهرية، ترتب عليه الاعتداد بالغلط الواقع في هذه الذات أو في هذه الصفة الجوهرية، وبالتالي اعتبار العقد المشوب بمثل هذا الغلط قابلا للإبطال[475].

وقد يحدث أن يقع الغلط من المتعاقد مع أحد الأجهزة الإلكترونية المبرمجة، وهذا يشبه حالة الغلط المادي طبقا للقواعد العامة، لكنه قد يتعدى من حيث الأثر هذا النوع من الغلط، خاصة وأنه قد لا يكون بالمقدور تصحيحه دائما؛ مما من شأنه أن يؤدي ليس فقط إلى تعيب الإرادة، بل وإعدامها أحيانا.

فكثيرا ما يحدث أن يلمس المتعاقد أيقونة القبول أو يضغط على مفتاح الإرسال على لوحة مفاتيح حاسوبه، دون أن يقصد بذلك قبول الإيجاب المعروض على الموقع. فهو وإن كان يرتكب خطأ ماديا من حيث وقوعه، إلا أنه لا يكون كذلك من حيث الأثر، خاصة إذا كان الإيجاب مصدره جهاز مبرمج لا يمكن تدارك الخطإ معه. ونرى أن مثل هذا الخطإ، لا يعيب الإرادة فحسب، بل يعدمها تماما، وهو بذلك يختلف عن الغلط المادي الذي يمكن تصحيحه.

---

[472] الفصل 43 ق.ل.ع ولعل المشرع لا يقصد الفسخ في هذا الفصل، بل الإبطال.

[473] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 145.

[474] بشار محمود دودين، م.س.ص. 156.

[475] مأمون الكزبري، م.س.ص. 93؛ وانظر أيضا الفصل 39 و44 ق.ل.ع.

ونؤيد موقفنا هذا، بما ذهبت إليه مقتضيات الفقرة 3 من المادة 12 من مشروع اتفاقية الأونسيترال، والتي اعتبرت هذا الغلط من قبيل الغلط المادي، إلا أنه يبطل العقد إذا لم يتم تداركه، حيث نصت على أنه "ليس العقد الذي يبرمه شخص طبيعي يستخدم نظاما حاسوبيا مؤتمتا تابعا لشخص آخر قانونيا، وليس بواجب النفاذ إذا ارتكب الشخص الطبيعي خطأ ماديا في رسالة البيانات ..."[476].

إذن الغلط الذي نحن بصدد بحثه، غلط من نوع خاص، وإن كان غلطا ماديا من حيث وقوعه بلمسة يد المتعاقد لزر الموافقة، إلا أنه غلط من شأنه أن يعدم الإرادة من حيث الأثر. فإذا أمكن تداركه من خلال تهيئ طرق تقنية لذلك (فق. 2 م. 12 من مشروع اتفاقية الأونسيترال)، فيمكن أن يعامل معاملة الغلط المادي. أما إذا لم يمكن تداركه، فإنه يتحول إلى غلط مبطل للعقد، لأنه يعدم الإرادة.

وقد يتم التعبير عن الإرادة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن طريق وسيط، سواء كان هذا الأخير شخصا طبيعيا أو معنويا أو آلة إلكترونية، مثبتا على ذاكرتها برنامج يقوم بنقل إرادة صاحبه إلى العموم، عبر رسائل إلكترونية أو موقع على الإنترنت.

فالوسيط ليس بنائب قانوني عن المتعاقد، إذ تنحصر مهمته في نقل إرادة المتعاقد. فإذا ما وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين، كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين 41 و42 ق.ل.ع السابقين، وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطإ ولا بحكم الفصل 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات[477].

أما إذا ما وقع الوسيط في غلط مؤثر، بخصوص الشيء محل التعاقد أو بخصوص شخص المتعاقد الآخر، فإنه يجوز لمن وسطه أن يطالب بإبطال العقد، كما لو كان ضحيته هو شخصيا، مع مراعاة اعتبارين:

الاعتبار الأول، يحق لذوي الشأن الرجوع على الوسيط بالتعويض عن الضرر الذي حصل له طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[478].

---

[476] ما يلاحظ على هذا النص هو استعماله لعبارة الخطأ، والحال أن الأمر يتعلق بالغلط، ونرجع ذلك من وجهة نظرنا إلى الترجمة المعيبة من اللغة الانجليزية.

[477] بموجب الفصل 45 ق.ل.ع. "إذا وقع الغلط من الوسيط الذي استخدمه أحد المتعاقدين، كان لهذا المتعاقد أن يطلب فسخ الالتزام في الأحوال المنصوص عليها في الفصلين 41 و 42 السابقين وذلك دون إخلال بالقواعد العامة المتعلقة بالخطأ ولا بحكم الفصل 430 في الحالة الخاصة بالبرقيات".

[478] طبقا للفقرة 1 من الفصل 78 من ق.ل.ع. "كل شخص مسؤول عن الضرر المعنوي أو المادي الذي أحدثه، لا بفعله فقط ولكن بخطئه أيضا، وذلك عندما يثبت أن هذا الخطأ هو السبب المباشر في ذلك الضرر". وقد عرف المشرع المغربي الخطأ بموجب الفقرة 3 من الفصل السالف ذكره، بأنه "هو ترك ما كان يجب فعله، أو فعل ما كان يجب الإمساك عنه، وذلك من غير قصد لإحداث الضرر". ولمزيد من الاطلاع حول مسؤولية المخل بالعقود المبرمة عبر الإنترنيت، مي لحلو، المسؤولية عن الإخلال بعقود التجارة عبر الإنترنيت، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في "أنظمة التحكيم"، جامعة محمد الخامس-السويسي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - سلا الجديدة، السنة الجامعية: 2007-2008، ص. 12 وما بعدها.

أما الاعتبار الثاني، فيتعلق بتطبيق مقتضيات الفصل 430 من ق.ل.ع المتعلق بالبرقيات، الذي نص على ما يأتي: "إذا وقع خطأ أو تحريف أو تأخير في نسخ البرقية، طبقت القواعد العامة المتعلقة بالخطإ، ويفترض عدم وقوع الخطإ من مرسل البرقية، إذا كان قد طلب مقابلتها مع الأصل، أو أرسلها مضمونة، وفقا للضوابط التلغرافية"[479].

ففي حالة وقوع الغلط نتيجة خطإ من الوسيط، يلزم هذا الأخير بتعويض المضرور عن الضرر الذي سببه له (الفصل 77 من ق.ل.ع)[480]. أما إذا كان الوسيط هو آلة إلكترونية، وحصل الخطأ منه لوجود عطل في الجهاز الإلكتروني أو في النظام، فأدى ذلك إلى نقل الإرادة بشكل خاطئ، فالمسؤولية تقوم بالنسبة للمتعاقد نفسه[481].

ونؤيد موقفنا هذا بما ذهبت إليه التشريعات العربية بهذا الخصوص، فقد أشارت المادة 14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، إلى أن رسالة المعلومات التي تصدر عن هذا الوسيط تعد صادرة عن المنشئ نفسه. فالنص هنا واضح في اعتبار هذا الوسيط الإلكتروني نائبا عن المنشئ، أي عن مالك الموقع. وتتطابق هذه المقتضيات مع ما نصت عليه الفقرة 2 من المادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي.

هنا نتساءل عن الحالة التي يكون فيها الوسيط الإلكتروني المؤتمت مبرمجا، على أساس عدم تمكين المتعاقد معه من تصحيح أخطائه في التعاقد أو تغيير البيانات التي قام بتعبئتها؟، وهذه حالة شائع وقوعها في التعامل مع الوسائط المؤتمتة. وماذا لو أن هذا الوسيط الإلكتروني تصرف على نقيض إرادة المنشئ لسبب أجنبي، كأن يقع عليه اعتداء بفيروس أو تعرض لتخريب بأي وسيلة أخرى؟.

فهل يا ترى يحق للمتعاقد مع هذا الوسيط الإلكتروني المبرمج، أن يطلب إلغاء هذا العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أم أن العقد يبقى قائما ومنتجا لآثاره القانونية، رغم هذا الغلط الذي حصل في الوسيط الإلكتروني؟.

نجيب بادئ ذي بدء، أن مقصدنا من الخطأ في التعاقد في هذه الحالة، لا نعني به الغلط الذي هو عيب من عيوب الإرادة - وقد سبق أن عرفناه بأنه توهم يقع فيه الشخص المتعاقد - ولكن الأمر هنا مختلف، إذ في هذه الحالة لم يحصل توهم، بل خطأ تقني وعطل في الجهاز. ونعبر عنه هنا، بالخلل الفني في إجراءات التعاقد بطريقة إلكترونية.

الواقع أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى المسألة، وكذلك فعل التشريع الأردني للمعاملات الإلكترونية، حيث لم نقف على نص يعالج إشكالية حصول خطإ فني، حين مرحلة إبرام العقد بطريقة إلكترونية.

---

[479] عبد الحق صافي، م.س.ص. 318 و 319؛ انظر أيضا في نفس الاتجاه، عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 111 و112.

[480] قد يكون المضرور هو الشخص الذي تعاقد مع الوسيط والذي تضرر من إبطال العقد للغلط الناتج عن خطإ الوسيط. وقد يكون هو المتعاقد الذي استخدم الوسيط والذي أورث الخطأ الذي ارتكبه الوسيط ضررا له، ففي الحالتين يلزم الوسيط بتعويض المضرور عن الضرر الذي تسبب فيه، انظر مأمون الكزبري، م.س.ص. 97، هامش رقم 55.

[481] بموجب أحكام الفصل 88 من ق.ل.ع. يسأل الشخص عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر.

ولكن نلحظ من خلال مقتضيات الفقرة (أ) من المادة 15 من التشريع الأردني السالف ذكره، أنها أعطت المرسل إليه الحق في اعتبار رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ والتصرف على هذا الأساس في حالات معينة، واعتبرت أن للمرسل إليه الحق أن يعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ، وأن يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات التالية:

الحالة الأولى: إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

أما **الحالة الثانية** فهي إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه، ناتجة من إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ، أو من ينوب عنه ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ.

وبناء عليه، وإن كانت رسالة المعلومات قد أرسلت بناء على خطإ فني من الشخص المتعاقد، أو بسبب عطل فني أصاب برنامج الحاسوب الخاص بالوسيط الإلكتروني المؤتمت، ونتج عنه إرسال هذا الوسيط لرسالة معلومات لم يقصد المالك إرسالها ولم يبرمج هذا الوسيط الإلكتروني لإرسالها، فإنه يحق للمرسل إليه التمسك بالعقد والمطالبة بتنفيذه أيضا. وموقف المشرع الأردني هنا، مطابق لما ذهب إليه القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال) في الفقرة 3 من المادة 13.

هناك اتجاه آخر في التشريعات، حاول التقليل من الأضرار التي تنتج عن الأخطاء في إرسال رسائل المعلومات، نتيجة للتعامل مع وسائط إلكترونية لا تسمح بتصحيح هذه الأخطاء، وقد قدم كل من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني وقانون المعاملات الإلكترونية الموحد للولايات المتحدة الأمريكية[482] حلولا عملية، بأن أجازا لأي شخص يتعاقد مع الوسيط الإلكتروني إلغاء المعاملة أو العقد الإلكتروني بشروط محددة. وقد اعتبرت الفقرة 2 من المادة 12 من التشريع البحريني، أن "المعاملة الإلكترونية قابلة للإلغاء فيما بين شخص ووكيل إلكتروني، بناء على طلب الفرد، إذا تحققت الشروط التالية:

أ- وقوع الفرد في خطأ مادي في أي سجل إلكتروني أو في أية معلومات إلكترونية تم استعمالها في المعاملة أو كانت جزءاً منها.

ب- عدم إتاحة الوكيل الإلكتروني الفرصة للفرد لتلافي وقوع الخطأ أو تصحيحه.

ج- قيام الفرد فور اكتشافه الخطأ بإبلاغ الطرف الآخر به دون إبطاء.

د- قيام الفرد في حالة تسلمه لمقابل أثر الخطأ بإعادة هذا المقابل أو التصرف فيه طبقاً لما هو متفق عليه بين الطرفين أو بموجب تعليمات الطرف الآخر، أو التصرف فيه بطريقة معقولة عند عدم وجود تعليمات، وذلك كله ما لم تكن هناك منفعة مادية عادت على الفرد نتيجة لهذا التسلم".

---

[482] Pacini Carl, Andrews christing, Hillison William, Contracting in cyberspace, CPA Journal, Vol. 72, Issue 3, Mar. 2003, p. 4 .

وقد أحاط المشرع المغربي، المستهلك الذي يبرم عقدا عن بعد بحماية مهمة، حيث نصت المادة 36 من القانون السابق الإشارة إليه على أجل سبعة أيام كاملة ليمارس المستهلك حقه في التراجع، دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة، باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

أيضا، يمارس المستهلك هذا الحق، ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات فيما يتعلق بتقديم الخدمات. وعليه،فإن الجزاء المترتب عن الغلط المؤثر - بموجب ما نص عليه الفصلان 42 و45 من ق.ل.ع والذي استجمع شروطه المذكورة - هو قابلية العقد للفسخ.

لكن الملاحظ، أن الفسخ يتعلق بالعقد الصحيح الملزم للجانبين، لعدم تنفيذ أحد طرفيه لالتزاماته العقدية. في حين، في التعاقد مع وجود غلط شاب رضا أحد العاقدين، فإن العقد حكمه القابلية للإبطال، وفق ما نص عليه الفصلان 40 و41 من ق.ل.ع.

ومادام المشرع يستهدف هنا حماية مصلحة خاصة، وهي مصلحة من تعاقد على أساس اعتقاد مخالف للواقع، فإن هذا الأخير هو من يحق له - في الأصل - التمسك بهذا الإبطال، خلال مدة معينة حددها القانون. ويترتب على هذا، إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

بقي أن نشير إلى نوع آخر من الغلط يحدث في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ويتعلق الأمر بالغلط بسبب العرض الناقص للمنتجات أو العرض غير الواضح أو غير المفهوم[488]. هنا ألزمت التوجيهة الأوروبية رقم 2000-21-CE والمتعلقة بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 منها، مقدمي الخدمات بأن يقوموا بعرض الخدمة على المستهلك بالتفصيل الدقيق، وأن يتم إعلامه بذلك بكل الوسائل المناسبة والفعالة، بشكل يمكنه من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يكفل له عدم وقوع العميل في الغلط.

إلا أن إثبات الغلط لنقص في المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة صعب إثباته، إذ أنه يتم من خلال الموقع الإلكتروني الذي قد تتغير صفحاته وتعدل في كل لحظة، دون أن يتمكن مَنْ وَقَعَ في الغلط من إثبات ذلك بشكل مادي ملموس. ويمكن الاستعانة هنا بدعامة إلكترونية، لتسجيل صفحة الموقع بشكل يمكن استرجاعها عند الضرورة.

من نافلة القول، أن مسألة الغلط في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية من الأهمية بمكان، حيث يؤدي الغلط في ماهية العقد أو في ذاتية المحل إلى منع العقد من الانعقاد. فالعبرة إذن هي كون الغلط جوهريا وبالتالي يكون هو السبب الدافع إلى التعاقد، بحيث لو فطن به المتعاقد منذ البداية لما أقدم على إبرام العقد. فالغلط في توجيه الإرادة إلى التعاقد، سواء أكان غلطا في صفة الشيء، أو في شخص المتعاقد، أو في قيمة الشيء، أو في الباعث الدافع إلى التعاقد، يؤدي إلى إبطال العقد.

---

[488] Lionel Bochurberg, Op.cit., p. 127.

وعليه، يعتبر التدليس المستجمع لشروطه السابقة عيبا مفسدا للرضا، في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. لذلك فإن العقد يعتبر قابلا للإبطال[498]، لمصلحة العاقد الذي عيبت إرادته. ويترتب عن ذلك، إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إتمام التعاقد.

وقد يؤدي التدليس في بعض الحالات إلى إثارت المسؤولية الجنائية لمقترفه، متى توفر الركن المادي للسلوك الإيجابي أو السلبي، والركن المعنوي أو القصد الجنائي للمتعاقد. وهنا، يتم تجاوز أحكام التدليس المدني إلى جريمة النصب حسب قواعد الفصل 540 من القانون الجنائي، والتي تنص على أنه "يعد مرتكبا لجريمة النصب ويعاقب بالحبس من سنة إلى خمس سنوات وغرامة من خمسمائة إلى آلاف درهم، من استعمل الاحتيال ليوقع شخصا في الغلط، بتأكيدات خادعة أو إخفاء وقائع صحيحة، أو استغلال ماكر لخطأ وقع فيه غيره ويدفعه بذلك إلى أعمال تمس مصالحه أو مصالح الغير المالية بقصد الحصول على منفعة مالية له أو لشخص آخر".

أو استنادا إلى جريمة الغش، بموجب الفصل الأول من القانون رقم 83-13 المتعلق بزجر الغش في البضائع[499]، الذي جاء فيه "يعد مرتكبا الغش عن طريق الخداع أو التزييف كل من غالط المتعاقد بوسيلة ما في جوهر أو كمية الشيء المصرح به وقام، خرقا لأحكام هذا القانون أو النصوص المتخذة لتطبيقه أو خلافا للأعراف المهنية والتجارية بعملية تهدف عن طريق التدليس إلى تغييرهما". كما يخول التدليس - باعتباره فعلا غير مشروع- لضحيته الحق في الرجوع بالتعويض عما أصابه من ضرر بسببه، وذلك في مواجهة المسؤول عنه.

---

[498] Lucile Archambault, Op.Cit; p. 44 - 45.

[499] ظهير شريف رقم 108-83-1 صادر في 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984)، بتنفيذ القانون رقم 83-13 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، ج.ر.ع. 3777، بتاريخ 27 جمادى الآخرة 1405 الموافق ل 20 مارس 1985، ص. 395.

وبذلك يكون أمام المتعاقد المدلس عليه، خياران: إما ممارسة دعوى الإبطال وإما دعوى المسؤولية التقصيرية[500]، كما يمكن الجمع بينهما معا.

وقد شاع استخدام الطرق الاحتيالية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة حين استعمال بطاقات الاعتماد عند الوفاء، مما حذا ببعض التشريعات كالقانون الفرنسي إلى إصدار القانون رقم 1062/2001 بتاريخ 15 نونبر 2001 والمتعلق بأمن وحماية بطاقة الاعتماد. وقد أعفت المادة 132 منه، حامل البطاقة من أي مسؤولية، في حالة الوفاء الذي يتم عن بعد من الغير، من دون استخدام البطاقة استخداما ماديا، وكذلك الحال في حالة الوفاء الذي يتم بتقليد البطاقة أو تزويرها.

وتطرح الطبيعة غير المادية للمعلومات والبيانات التي يتم نقلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة، إشكالا كبيرا فيما يتعلق بإثبات التدليس الذي يقع عبر هذه التقنيات، لا سيما أن مرتكب الأفعال التدليسية، غالبا ما يسعى إلى إخفائها وإزالة آثارها بأساليب تقنية يعجز من وقع ضحية التدليس بطريقة إلكترونية من اكتشاف ذلك وإثباته، وخصوصا أنه من السهولة بمكان إزالة البيانات والمعطيات التي يحتويها الجهاز المستخدم، وحتى البرامج المعلوماتية ذاتها لا تترك أثرا ماديا ملموسا.

فطرق الغش والتدليس المعلوماتي كثيرة وتتنوع يوما عن يوم، وبدرجة يصعب تمييزها، كمن يستعمل العلامة التجارية لشخص آخر في موقعه، ليظن المتعاقد الرقمي أنه يتعامل مع صاحب تلك العلامة، أيضا هناك من يعمد إلى نشر بيانات ومعلومات خاطئة على موقعه عن السلع والخدمات التي يروج إليها.

---

[500] قضت المحكمة الابتدائية لباريس الغرفة الثالثة، في حكم لها بتاريخ 11 فبراير 2010، على سيدة باعت مجموعة من الحقائب النسائية لإحدى الماركات العالمية لكن مقلدة، بالتعويض لفائدة الشركة مالكة الماركة العالمية، عن الضرر الذي حصل لها نتيجة الاستعمال غير المشروع لعلامتها التجارية، وبرأت موقع « Ebay » على اعتبار أنه مجرد مضيف للموقع. وقد قضت على إدارة الموقع بنشر الحكم لمدة 6 أشهر على صفحات الموقع. لمراجعة النص الكامل للحكم:

Tribunal de Grande Instance de Paris

http://legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2846 (M.S.J, jan. 2011).

على أن محكمة الاستئناف ب « Reims » في قرارها الصادر بتاريخ 26 يوليوز 2010، حملت المسؤولية أيضا لإدارة موقع « ebay »، على اعتباره يقوم بمهمة محددة حول محتوى الإعلانات المقدمة عبره، وقد اعتبرت محكمة الاستئناف أن الموقع ليس فقط مستضيف بل أيضا مورد للخدمات ومسؤول عن محتوى ما ينشر عبر الموقع. وقد اتخذت المحاكم الفرنسية هذا التوجه بعد أن كان الاتجاه العام هو توقيع العقوبة فقط على مقدم العروض دون تحميل المسؤولية للموقع الذي يعرض السلع والخدمات. ولمراجعة نص هذا الحكم:

Cour d'appel de Reims Chambre civile, 1ère section Arrêt du 20 juillet 2010 EBay France et International / Hermès International, Cindy F, (M.S.J, 20 juil 2010),

http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2960, (M.S.J, Avr.2011).

ولمراجعة التوجه الجديد في تحميل المواقع المستضيفة للمسؤولية عن ما ينشر عبرها، راجع ما يلي:

Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 2 Arrêt du 03 septembre 2010 eBay Inc et eBay International AG / Louis Vuitton Malletier, 03/09/2010

(http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2973) (M.S.J, Avr.2011).

Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 2 Arrêt du 03 septembre 2010 eBay / Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy, Guerlain, 03/09/2010

http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2972 (M.S.J, Av.2011).

وقد يتمادى البعض في استعمال الطرق التدليسية باستعمال اسم نطاق غير مملوك له، من خلال إنشاء موقع على الإنترنيت لبنك وهمي أو شركة وهمية، محصور وجودها في العالم الافتراضي، بقصد التغرير بمن يرغب في التعامل. وحينما تتم عملية الاستيلاء على أموالهم، يقفل الموقع وبدون التمكن من العثور على أي معطى يمكن من خلاله التوصل إلى مقترفي مثل هذه الأعمال التدليسية.

وتزداد الأمور تعقيدا، إذا ما تم ارتكاب الأفعال التدليسية عن بعد، وفي دولة أخرى، مما يصعب إجراء التفتيش أو الحصول على المعلومات في داخل دولة أجنبية. ناهيك عن الأساليب الاحتيالية التي يقترفها مرتكبو التدليس الإلكتروني، فهم على مستوى كبير من الذكاء والخبرة الفنية بأسرار تقنيات الاتصال، مما يصعب معه إثبات التدليس الإلكتروني[501].

من الأعمال التدليسية أيضا والتي نجدها حين إبرام عقد بطريقة إلكترونية، الإعلان على وجود خصائص ومميزات في الشيء المبيع مع وضع صورة له، ولأن المعاينة قد تمت فقط من خلال شاشة الحاسوب، قد يلجأ التاجر إلى استخدام الحيل التكنولوجية في عرض المنتجات والخدمات، ويدفعه إلى إبرام العقد، فإذا ثبت ذلك فإنه يجب إبطال هذا العقد لوجود غش[502].

ونقترح في هذا المقام، وللحد من ظاهرة الغش والتدليس في البيوع المبرمة بطريقة إلكترونية، تفعيل دور جهات التوثيق الالكتروني أو مقدمي خدمات التوثيق، وجعل دورها لا يقتصر فقط على مجرد التأكد من صحة ونسبة صدور الإرادة التعاقدية لمنشئيها، بل التأكد أيضا من صحة هذه الإرادة، بتعقب أصحاب المواقع عبر شبكة الإنترنيت للتحري والاستعلام عنهم، وبحث مدى جديتهم ومصداقيتهم في التعامل.

فإذا تبين أن هذه المواقع لا توفر الثقة الكاملة، يمكن لجهات التصديق بعث رسائل تحذيرية للمتعاملين مع الموقع، قبل التورط في إبرام عقد ما كان الطرف المدلس عليه ليبرمه لولا ما وقع فيه من تدليس. وهذا ما يحدث في بعض الأحيان، حينما نتصفح موقعا ما على الشبكة، نتوصل برسالة تحذيرية عن الموقع لتضمنه فيروسا أو لعدم التمكن من التحقق من تصاريح الاتصالات المرمزة ومن أجل التعريف[503].

بذلك لا توفر النظرية التقليدية التي تنظم التدليس في العقود، الحماية القانونية المطلوبة للمتعاقد بطريقة إلكترونية، إذ يشترط للتمسك بعيب التدليس في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أن يكون هناك عقد موجود واستعملت طرق احتيالية لإبرامه، لكن يصعب في الغالب إثباتها، في العالم الرقمي الافتراضي.

ومن خلال ما سبق نخلص إلى القول، بأن ما ينطبق من أحكام على عيوب الرضا عند إبرام العقود التقليدية ينطبق أيضا على العقود المبرمة عبر الإنترنت، مع ضرورة مراعاة الخصائص التقنية لهذه العقود والتي يجب أن يراعيها المتعاقد حين إبرام عقد بطريقة إلكترونية، حيث يجب الالتزام بالإعلام والنصيحة والتحذير، بهدف حماية الطرف الأقل خبرة وتوفير الحماية له.

---

[501] إلياس ناصيف، م.س.ص. 132 و133.

[502] ممدوح محمد خيري هاشم، م.س.ص. 143.

[503] Certificats pour les connections chiffrées et pour l'identification.

على أن الإرادة قد يطالها عيب يسببه الإكراه والغبن، لكن ما مدى إمكانية تعيب الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية بهذين العيبين، بالنظر إلى الطريقة التي ينعقد بها هذا العقد؟، وهذا هو مسار بحثنا في **المطلب الثاني**.

المطلب الثاني
الإكراه والغبن في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

إذا كان الإكراه يصيب الإرادة في أهم عنصر من عناصرها، وهو عنصر الحرية والاختيار[504]، فإن الغبن عكس ذلك، إذ لا يصيب الإرادة وإنما يؤدي إلى تفاوت ما بين ما يعطيه المشتري، وبين ما يأخذه البائع. وهذا ما سنفصل الحديث عنه من خلال **فقرتين**: نخصص **الأولى** لعيب الإكراه، وأما **الثانية** لبحث الغبن مع الإشارة إلى الغبن الاستغلالي.

الفقرة الأولى: الإكراه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

الإكراه: هو ضغط غير مشروع يمارس على إرادة الشخص فيولد لديه خوفا ورهبة؛ مما يدفعه إلى التعاقد. وقد عرفه المشرع المغربي في الفصل 56 من ق.ل.ع واعتبره سببا لإبطال الالتزام "إذا كان هو السبب الدافع إليه، وإذا قام على وقائع من طبيعتها أن تحدث لمن وقعت عليه ألما جسيما، أو اضطرابا نفسيا، أو الخوف من تعريض نفسه أو شرفه أو أمواله بضرر كبير، مع مراعاة السن والذكورة أو الأنوثة وحالة الأشخاص ودرجة تأثرهم "[505].

أما الإكراه الصادر من الغير، فقد خول المشرع بخصوصه إبطال الالتزام، وذلك بموجب الفصل 49 ق.ل.ع، الذي نص على أن "الإكراه يخول إبطال الالتزام وإن لم يباشره المتعاقد الذي وقع الاتفاق لمنفعته". هنا نتساءل، هل يمكن تصور وقوع المتعاقد بطريقة إلكترونية في حالة الإكراه؟.

اعتبر البعض من الفقه، أنه يمكن تصور وقوع الإكراه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ولكن في نطاق ضيق جدا، إذ تفصل المتعاقدين المسافة وعدم المعرفة. ورأى هذا الاتجاه الفقهي، أنه يبقى محتملا وقوعه، وعندئذ للمكره حرية الإثبات بكافة الطرق والقرائن[506].

---

[504] Lucile Archambault, Op.Cit; p. 45.

[505] ف. 47 ق.ل.ع.

[506] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 204، انظر أيضا، بشار محمود دودين، م.س.ص. 155.

ورأى اتجاه آخر، أنه من الصعب تصوره في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إلا أنه يقع أحيانا بسبب التبعية الاقتصادية "La dépendance économique"، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط التبعية الاقتصادية[507]. ويمكن تصور ذلك بصدد توريد منتج واحتكار إنتاجه وبيعه بشروط مجحفة، بحيث يضطر المتعاقد الآخر قبولها، إذ لا خيار له[508].

ونذهب عكس ما ذهب إليه الفقه السالف الإشارة إليه، من حيث تصور إمكانية حدوث الإكراه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إذ أن الطرفين غير متعارفين عبر شبكة الإنترنت، كما ليس هناك ما يوقع الرهبة في النفس، من خلال التوصل برسالة أو بريد إلكتروني يحمل عبارات التهديد إذا لم يتم إبرام العقد.

وفيما ذهب إليه الرأي الفقهي الثاني، من حيث اعتباره في حالة العوز الاقتصادي كدافع إكراه، فإننا نرى أن هذه الحالة تتعلق بالاستغلال لحاجة الشيء، ولا علاقة لها بالإكراه المولد لحالة من الهلع والخوف، ويمكن إدراج هذه الحالة في الغبن الاستغلالي.

الفقرة الثانية: الغبن والغبن الاستغلالي

- **الغبن:** بالرجوع إلى الفصلين 55[509] و56 من ق.ل.ع[510]، نجد أن المشرع المغربي لم يأخذ بنظرية الغبن على عموميتها، لكن اكتفى بالإشارة إلى بعض الاستثناءات التي يتقرر فيها الإبطال بسبب هذا العيب، كأن يقترن بالتدليس أو أن المغبون قاصر أو ناقص الأهلية.

بعبارة أخرى، الغبن الذي يلحق الشخص الراشد لا يعد سببا للإبطال، على أساس أن الراشد يكون على جانب من الإدراك والتمييز، مما يؤهلانه لحماية مصالحه بنفسه، وعليه أن يكون يقظا بلعبة العرض والطلب، التي تتحكم في معروضات السوق[511]. على أن هذا من شأنه المساس باستقرار المعاملات بين الأشخاص، لإضراره بفئة عريضة من المتعاقدين الذين لا دراية لهم بخبايا السوق وأثمانه وتقلباته.

---

[507] L'état de dépendance économique est une situation dans laquelle une entreprise est obligée de poursuivre ses relations commerciales avec une autre entreprise compte-tenu de l'impossibilité de s'approvisionner en produits substituables dans des conditions équivalentes". Cour d'appel de Caen CT0037 26 juin 2008 N° 06/2727,
http://decouvrir.dalloz.fr/Jurisprudences/frameset/navResultatsRech.aspx?idResult=3&noPage=1&idOnPage=hl1&componentId=Acd7547eb-8baf-4fed-aee8-a0eaa9c8c4c4&proxyDocument=PRODUCTS&proxyDocumentCap=582 (M.S.J, Oct.2009).

[508] Lucile Archambault, Op.Cit; p. 45.

[509] ينص الفصل 55 من ق.ل.ع على أن "الغبن لا يخول الإبطال إلا إذا نتج عن تدليس الطرف الآخر أو نائبه أو الشخص الذي تعامل من أجله، وذلك فيما عدا الاستثناء الوارد بعد".

[510] ينص الفصل 56 من ق.ل.ع على أن: "الغبن يخول الإبطال إذا كان الطرف المغبون قاصرا أو ناقص الأهلية، ولو تعاقد بمعونة وصيه أو مساعده القضائي وفقا للأوضاع التي يحددها القانون، ولو لم يكن ثمة تدليس من الطرف الآخر. ويعتبر غبنا كل فرق يزيد على الثلث بين الثمن المذكور في العقد والقيمة الحقيقية للشيء".

[511] عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 133.

وعليه، الغبن هو الخسارة المادية التي تلحق أحد المتعاقدين، بسبب الاختلال في الأداءات المتبادلة بين طرفي العقد؛ مما يعني أن الاختصاص المادي لا علاقة له بإرادة المتعاقد ولا برضاه حيث يبقى سليما.

ولعل هذا ما جعل الغبن في ظل النظرية الحديثة، يخول الحق في المطالبة بالإبطال لفائدة كل متعاقد كان ضحية ضغطِ حالات نفسية، لم تسمح له في علاقته بغريمه المتعاقد الآخر، أن يحقق التوازن الاقتصادي بين الأداءات عند إبرام العقد[512].

- **الغبن الاستغلالي:** هو الحالة التي يضطر فيها الشخص إلى إبرام تصرف قانوني معين، تحت وطأة الضعف، أو الحاجة، أو المرض، أو نقص التجربة.

وإذا كانت بعض التشريعات المدنية العربية كالقانون المدني المصري والجزائري والكويتي[513] قد جعلت من نظرية الاستغلال عيبا عاما في الإرادة، متى ثبت الطيش أو الهوى الجامح أو الحاجة الملحة، فإن موقف المشرع المغربي من هذه النظرية لا زال غير واضح، إذ لا تكفي مقتضيات الفصل 54 ق.ل.ع، للقول بأن المشرع قد وضع إطارا عاما للغبن الاستغلالي[514].

وقد يظهر أن الغبن والغبن الإستغلالي يتشابهان، لكن الغبن معياره مادي بحت، بالنظر إلى قياس عدم التعادل بين ما يعطيه العاقد وبين ما يأخذه بموجب العقد. أما الغبن الاستغلالي، ويطلق عليه أيضا الاستغلال، فهو أمر له علاقة بالحالة النفسية للمتعاقد كالطيش البين أو الهوى الجامح[515].

وليس بالضرورة في الغبن الاستغلالي أن يكون هناك عدم تكافؤ مادي، بحيث يمكن أن يتعلق الأمر بشروط مجحفة يفرضها أحد المتعاقدين على الآخر، ولكن مع ذلك في مجال المعاملات الإلكترونية لا نلحظ أنه هناك غبن إلا في بعض الاستثناءات.

ويبقى تصور حدوث الاستغلال عند إبرام عقد بطريقة إلكترونية، حينما يندفع شخص إلى إبرام العقد تحت وطأة طيش أو هوى جامح أو حاجة ملحة. فكثيرة هي المواقع التي تقدم خدمات القروض، وقد يتعاقد شخص تحت وطأة الطيش أو الاندفاع أو الحاجة الملحقة على عقد قرض بطريقة إلكترونية.

---

[512] محمد الشرقاني، نظرية العقد، م.س.ص. 166.

[513] للإطلاع على القانون المدني الكويتي:
http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/DisplayLegislations.aspx?country=1&LawID=1011
(M.S.J, Juin 2011).

[514] يرى مأمون الكزبري بأن المشرع المغربي يأخذ بنظرية الغبن الاستغلالي كقاعدة عامة انطلاقا من نص الفصل 54 ق.ل.ع، مأمون الكزبري، م.س.ص. 133، فقرة 98. أما الدكتور شكري أحمد السباعي، فيعتبر أن عيب الاستغلال عيب عام يؤثر في سائر العقود. كما لاحظ استعمال المشرع المغربي للفظة "الاستغلال" وفي نفس الوقت حارب الاستغلال بنص صريح آخر - إلى جانب الفصل 54 ق.ل.ع - تجسد في الفصل 878 ق.ل.ع، الذي منح الضحية حق الإبطال، وفتح باب المتابعة الجنائية، على أن النص قاصر على العروض وسعر فوائدها فقط. أنظر: أحمد شكري السباعي، نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987، ص. 114 - 117، ويرى الدكتور عبد القادر العرعاري وجوب النص على هذه النظرية صراحة وبصورة عامة. وللمزيد من التفاصيل في هذا الموقف، انظر عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 138.

[515] حسام الدين الاهواني، م.س.ص. 237.

كما نجد مواقع عديدة تستغل طيش الشباب وتروج المخدرات بأثمنة قد يجدها البعض بخسة، فيقدمون على اقتناء المخدرات من خلال هذه المواقع[516]. كما قد نتصور حالة شخص يبحث عن دواء غير متوافر في بلده أو أن سعره ليس في متناوله، ويجده مروجا في أحد المواقع على الإنترنت، فيقدم على شرائه بشروط أصحاب الموقع.

ونلاحظ هنا، أن بعض المواقع، ولتفادي عملية استغلال المتعاقد معه، توفر خدمة مقارنة الأثمان وخصائص البضائع بين العديد من المواقع، وتترك الحرية للمستهلك ليختار ما يتناسب ورغباته.

فإذا ما استغل المتعاقد ضعف أو حاجة أو طيش الطرف المتعاقد معه، وقام العقد مختلا بتوازنه اختلالا فادحا بين قيمة المبيع والثمن، نكون بصدد عيب الاستغلال الذي يشوب الإرادة ويفسد العقد. ونورد مثال عقد القرض عبر الإنترنت، إذ نرى تعدد المواقع التي تمنح هذه الخدمة بشكل كبير، بل وأصبحنا نلحظ ظهور مؤسسات مصرفية مغربية، توفر هذه الخدمة عبر الإنترنيت.

ونرجع بخصوص أحكام عقد القرض المبرم بطريقة إلكترونية للأحكام العامة في عقد القرض، بموجب الفصل 878 ق.ل.ع، الذي نص على أن "من يستغل حاجة شخص آخر أو ضعف إدراكه أو عدم تجربته فيجعله يرتضي من أجل الحصول على قرض أو لتجديد قرض قديم عند حلول أجله فوائد أو منافع أخرى تتجاوز إلى حد كبير السعر العادي للفوائد وقيمة الخدمة المؤداة وغير ذلك...، يمكن أن يكون محلا للمتابعة الجنائية ويسوغ إبطال الشروط والاتفاقات المعقودة بمخالفة حكم هذا الفصل بناء على طلب الخصم، بل حتى من تلقاء نفس المحكمة ويجوز إنقاص السعر المشترط، ويحق للمدين استرداد ما دفعه زيادة على السعر الذي تحدده المحكمة...".

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي أعاد تنظيم عقود القروض على أنواعها، بموجب القسم السادس من القانون رقم 08-31 القاضي بتدابير لحماية المستهلك. ولم نجد في أي من مواد هذا القسم، ما يفيد تطرق المشرع المغربي لحالة القروض الممنوحة عبر الإنترنيت، وإنت كانت بعد المؤسسات البنكية تقترح هذه الخدمة عبر العديد من المواقع الإلكترونية على الإنترنيت. وحبذا لو تنبه المشرع المغربي للأمر، من أجل حماية المستهلك في هذا النوع من العقود المبرمة عن بعد.

ومن وجهة نظري، إذا ما أبرم شخص عقد قرض عبر الإنترنيت، ولكن اتضح أن الطرف مانح القرض، قد استغل عدم تجربته وضعف إدراكه لإبرام العقد، فمن حقه اللجوء إلى القضاء من أجل طلب الإبطال.

---

[516] تعتبر أول إساءة لاستخدام الإنترنيت في مجال الاتصال المادي والقانوني بالمخدرات والمؤثرات العقلية، خاصة بالدعوة إلى تعاطي المخدرات والحض عليها، من طرف جماعة أمريكية تسمى "شبكة تنسيق الاستخدام المرشد للمخدرات Drug Reform Coordination Network"، وهي تعمل على شبكة الإنترنيت منذ عام 1993.

وهنا، يمكننا الركون إلى مقتضيات القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، الذي أفرد الباب الثامن لمسألة استغلال الضعف أو الجهل، وذلك في المادة 59 منه، والتي نصت على أنه "يقع باطلا بقوة القانون كل التزام نشأ بفعل استغلال ضعف أو جهل المستهلك مع حفظ حقه في استرجاع المبالغ المؤداة من طرفه وتعويضه عن الأضرار التي لحقت به".

وقد عاقب المشرع المغربي في مثل هذه الحالة، بموجب المادة 184 من القانون المومأ إليه أعلاه، كل من يستغل ضعف المستهلك أو جهله بطريقة إلكترونية، بالحبس من شهر إلى خمس سنوات وبغرامة من 1200 إلى 50.000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ودون الإخلال بأحكام الفصل 552 من مجموعة القانون الجنائي.

أما إذا كان من ارتكب المخالفة شخص معنوي، فإن المشرع عاقبه بغرامة تتراوح ما بين 50.000 و1.000.000 درهم. ومن الواضح من مبالغ هذه الغرامات، الحماية الخاصة التي أولاها المشرع المغربي لحماية المستهلك من الاستغلال.

ويعد القانون التونسي للمعاملات الالكترونية، من أفضل التشريعات العربية التي تصدت للمسألة بشكل مباشر بالنسبة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية. وهكذا، نصت المادة 50 من القانون التونسي للمعاملات الالكترونية على أنه "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الالكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية تتراوح بين 1000 و20.000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته، أو كشف الحيل أو الخدع المعتمدة بالالتزام أو ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

فالمشرع التونسي، رتب جزاء جنائيا، على كل من يدفع المستهلك إلى إبرام عقد بطريقة إلكترونية، لكن باستغلال للطرف الآخر. وفي هذا حماية فعالة للطرف المتعاقد (المستهلك)، الذي تعيبت إرادته نتيجة لهذا الغبن الاستغلالي.

بذلك تتضح لنا أهمية نظرية عيوب الإرادة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وهي تنصرف بالأساس إلى تلك العيوب المرتبطة بتشكيل الإرادة الحرة الواعية لدى المتعاقدين في هذا المجال الذي يتسم بالتعقيدات التكنولوجية من جهة، وأساليب التعاقد عن بعد من جهة أخرى.

الفرع الثاني
خصوصية الأهلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

لا تعدو أن تكون المعاملات المبرمة عبر التقنيات الإلكترونية الحديثة، رحلة رقمية في عالم رقمي افتراضي مصطنع، مما يثير العديد من الصعوبات في تحديد الشروط اللازمة للتعبير إلكترونيا عن الإرادة.

فكيفية التأكد من شخصية المتعاقد الآخر، وصعوبة التحقق من أهليته للتعاقد، وكذا التحقق من وجود إرادته وسلامتها من عيوب الإرادة، والتحقق من جدية هذا المتعاقد في إبرام العقد، مسائل تتعقد في ظل وجود المتعاقدين في عالم افتراضي.

وتعتبر الأهلية عموما، ركن من أركان العقد لما لها من صلة بالرضى. وفي الاصطلاح القانوني، هي صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية المتعلقة بهذه أو تلك.

والأهلية نوعان: أهلية وجوب وأهلية أداء أو أهلية تصرف (المادة 206 مدونة الأسرة[517]). فأهلية الوجوب هي صفة ملازمة للشخص طوال حياته، فهي علامة على وجوده واكتسابه للشخصية القانونية. وقد عرفت مدونة الأسرة أهلية الوجوب في المادة 207 بأنها "صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات التي يحددها القانون وهي ملازمة له طول حياته ولا يمكن حرمانه منها".

أما أهلية الأداء، فهي صلاحية الشخص للقيام بالأعمال القانونية على نحو يعتد به. بتعبير آخر، هي قدرة الشخص على مباشرة التصرفات القانونية على وجه صحيح يؤثر على ذمته المالية. وهذا نفسه ما نصت عليه المادة 208 من مدونة الأسرة بأن "أهلية الأداء هي صلاحية الشخص لممارسة حقوقه الشخصية والمالية ونفاذ تصرفاته، ويحدد القانون شروط اكتسابها وأسباب نقصانها أو انعدامها"[518].

وتجدر الإشارة، أن الأصل هو كمال أهلية الشخص. أما الاستثناء، فنقصانها[519] أو انعدامها، نظرا لعامل السن أو لعارض من عوارض الأهلية أو موانعها، المنصوص عليها بموجب القانون[520].

---

[517] القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 22-04-1 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، ج.ر.ع. 5184 الصادرة بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص. 418.

[518] يتعين التمييز بين أهلية الأداء وبين الولاية على المال: فأهلية الأداء تعني استطاعة الشخص القيام بعمل قانوني، على نحو صحيح ينتج أثره في حقه أي في ماله. أما الولاية على المال، فتفيد استطاعته القيام بعمل يرتب مفعوله في حق شخص آخر، أي في مال الغير.

[519] وبموجب ف. 213 من مدونة الأسرة، "يعتبر ناقص أهلية الأداء:

1- الصغير الذي بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد ؛

2- السفيه؛

3- المعتوه".

أما المادة 217 من المدونة فقد نصت على أنه " يعتبر عديم أهلية الأداء:

أولا : الصغير الذي لم يبلغ سن التمييز؛

ثانيا : المجنون وفاقد العقل.

يعتبر الشخص المصاب بحالة فقدان العقل بكيفية متقطعة، كامل الأهلية خلال الفترات التي يؤوب إليه عقله فيها. الفقدان الإرادي للعقل لا يعفي من المسؤولية.

=

فالمشرع نص بأن "كل شخص بلغ سن الرشد ولم يثبت سبب من أسباب نقصان أهليته أو انعدامها يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه وتحمل التزاماته" (المادة 210 مدونة الأسرة).

وترتبط الأهلية المدنية بنظام الأحوال الشخصية للفرد، ويتم الرجوع في ذلك إلى الأحكام المنظمة لها في قانون الأحوال الشخصية للمتعاقد. وهذا نفسه ما نص عليه الفصل 3 من ق.ل.ع، الذي اعتبر أن "الأهلية المدنية للشخص تخضع لقانون أحواله الشخصية وكل شخص أهل للالتزام والإلزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".

على أنه يمكن الخروج عن هذا المبدأ، في بعض الحالات الخاصة، كما في الأهلية التجارية التي يخضع فيها الأجانب المقيمون بالمغرب لقواعد الأهلية المحلية للبلد المضيف، إذ لا يسمح لهم بممارسة التجارة بالمغرب، إلا ببلوغهم سن الأهلية التجارية المنصوص عليها في القوانين المحلية[521].

فإذا كان الغرض من الأهلية هو حماية مصالح الأفراد الخاصة، فإنها تمس دون شك الأفراد في مجموعهم؛ ومن تم فهي من الأمور المرتبطة بالنظام العام. فلا يجوز أن يعطى شخص أهلية غير متوافرة عنده، ولا أن يوسع عليه فيما نقص عنده منها، كما لا يجوز الحرمان من أهلية موجودة أو الإنتقاص منها. وكل اتفاق على شيء من ذلك يكون باطلا[522].

ولن نتعرض هنا إلى القواعد العامة المتعلقة بالأهلية، لكن هدفنا هو البحث في مدى تأثير خصوصيات الطابع الإلكتروني على أهلية الأطراف المتعاقدة وعلى شروط صحتها كما حددتها القواعد العامة للعقود. فهل تقتضي هذه الخصوصية تحويرها؟ أو الإضافة إليها؟.

= [520] انظر في تفاصيل ذلك، عبد الحق صافي، القانون المدني: ج 1: المصدر الإرادي للالتزامات، العقد، الكتاب 1: تكوين العقد، ط. 1، 2006، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، ص. 136 وما بعدها. انظر أيضا: عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 94 وما بعدها؛ أيضا، محمد الشرقاني، نظرية العقد، ط. 1، 1996، المنشورات الجامعية المغاربية، مراكش، ص. 133 وما بعدها؛ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 269 وما بعدها. وانظر في تمحيص الأهلية وتمييزها عن غيرها مما قد يلتبس بها، عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 268. وتجدر الملاحظة، أن بعض الفقه يرى، ألا تدرج الأهلية ضمن أركان العقد، خلافا لموقف المشرع المغربي في الفصل 2 من ق.ل.ع، الذي يعتبر أهلية التعاقد شرطا أساسيا لصحة العقد على اعتبار ما ذهب إليه جل الفقه، بأنها شرط لصحة الإرادة في ركن التراضي وليس ركنا مستقلا بذاته، مثل الأركان الأخرى للعقد التي إن توافرت كان العقد صحيحا، وإن تخلف أحدها كان العقد باطلا. بينما الأهلية إذا كانت كاملة كان العقد صحيحا، وإذا كانت معدومة كان العقد باطلا. أما إذا كانت ناقصة كان العقد قابلا للإبطال، باعتبار أنها متدرجة بحسب السن وبعض العوارض (كالجنون أو السفه أو العته). وهكذا، فإن أي تخلف لركن من أركان العقد ينهض سببا للبطلان، بينما تدرج الأهلية قد يجعل العقد باطلا أو قابلا للإبطال. وهو ما ذهب ببعض الفقه، إلى اعتبارها عيبا من عيوب الإرادة، للمزيد من التفاصيل انظر: محمد الشرقاني، م.س.ص. 133 و134.

[521] تنص المادة 15 م.ت على أنه "يعتبر الأجنبي كامل الأهلية لمزاولة التجارة في المغرب ببلوغه عشرين سنة كاملة ولو كان قانون جنسيته يفرض سنا أعلى مما هو منصوص عليه في القانون المغربي". وسن الرشد في مدونة الأسرة هو 18 سنة شمسية كاملة (المادة 209 م.أ).

[522] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 271 و272. انظر أيضا، عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 96، وعبد الحق صافي، م.س.ص. 143. وتجدر الإشارة إلى أن هناك حالات يسمح فيها القانون بالترشيد المبكر أو منح أهلية إدارة المال للصغير المميز.

كما لن نبحث هنا في أحكام الأهلية لأن القواعد العامة تستوعبها، وإنما ما يهمنا هو دراسة مدى تأثير البيئة الإلكترونية على هذا الركن، من حيث نقطتين هامتين، وهما:

الأولى، وتتعلق بضرورة الإحاطة بمختلف الإشكالات التي تطرحها أهلية الأطراف المتعاقدة بطريقة إلكترونية، وكذا الخصوصية التي تميزها في هذه العقود **(المبحث الأول)**.

أما الثانية، فتتعلق بوسائل التحقق من أهلية الأطراف المتعاقدة، على اعتبار أن العقد يبرم عن بعد فيما بين أشخاص افتراضية قد يصعب التحقق من أهليتهم وهويتهم في الكثير من الأحيان. وسنبحث ضمن هذه النقطة حالات خاصة، كما في حالة تعاقد الشخص مع الآلة **(المبحث الثاني)**.

المبحث الأول

الماهية القانونية للأهلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

كسائر العقود، لا يعتبر العقد المبرم بطريقة إلكترونية صحيحا ومنتجا لآثاره، إلا إذا كان صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية. ونظرا لكون هذا النوع من العقود يبرم دونما حضور فعلي مادي لطرفيه، فإنه يصعب التحقق من الأهلية.

هذا الانفصال المكاني بين أطراف الرابطة التعاقدية الرقمية، يرتب عدم المعرفة الكاملة بكل المعلومات الأساسية عن بعضهم البعض. فقد يقدم على التعاقد عبر إحدى الوسائل الإلكترونية - على سبيل المثال شبكة الإنترنيت - شخص قاصر أو فاقد للأهلية وممنوع حكما من القيام بمعاملات تجارية أو مدنية، كما قد يكون الطرف الآخر ليس سوى وكيل عن المتعاقد الأصلي. فكيف ياترى، يمكن التحقق من ذلك؟.

كما قد يحدث أن يكون أحد طرفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية هو الحاسوب، من خلال برنامج مصمم لهذه الغاية. وقد يكون منعقدا بين شخصين طبيعيين، وقد يحدث أن يكون الطرف الآخر قاصرا أو ناقص الأهلية، كما وقد يكون وكيلا أو شخصا معنويا يمثله مديره، فهؤلاء تختلف الأهلية المطلوبة في كل واحد منهم. وقد يبرم العقد بطريقة إلكترونية، وطرفاه حاسوبان مجهزان ببرامج حاسوب متخصصة في إبرام العقود.

من هنا، لابد أن نبحث في ماهية الأهلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وننقب عن الوسائل الكفيلة بالتحقق من مدى أهلية الأطراف المتعاقدة عبر الوسائل الإلكترونية، مع الوقوف على أهمية التحقق من أهلية المتعاقدين **(المطلب الأول)**. كما سنتساءل في حالة المتعاقد (الآلة) عن أية أهلية يمكن أن نبحث عنها حينما تكون الآلة - الحاسوب بواسطة برنامج خاص، هو من يبرم العقود في شكلها الإلكتروني؟ **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول
أهلية الشخص الطبيعي لإبرام عقد بطريقة إلكترونية

تعد إشكالية تحديد أهلية الشخص المتعاقد بطريقة إلكترونية إحدى أبرز الإشكاليات التي تطرحها هذه العقود، ذلك أن العقد الذي يبرم بإحدى الوسائل الإلكترونية مثله مثل أي عقد آخر، لا ينعقد صحيحا إلا إذا كان صادرا عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية للتعاقد. ولا يتطلب التعامل بطريقة إلكترونية أهلية خاصة تختلف عما هي في القواعد العامة، فكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها القانون[523].

فإذا كان التشريع المغربي والبحريني جاءا خلوا من أي ما يفيد اهتمامها بمسألة هوية المتعاقد أو هويته، فإن بعض التشريعات المنظمة لمجال المعاملات الالكترونية اهتمت بإبراز هذه الخصوصية التي تتمتع بها الأهلية في هذا النوع من المعاملات، دونما خوض في تدقيق الإشكالات القانونية التي تطرحها مسألة الأهلية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

مما يعني الرجوع بخصوص أهلية المتعاقد بطريقة إلكترونية، إلى القواعد العامة الواردة في قانون الالتزامات والعقود. وبذلك يترتب البطلان على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية من طرف ناقصي الأهلية، حيث نجد أن الفصل 311 من ق.ل.ع على أنه "يكون لدعوى الإبطال محل في الحالات المنصوص عليها في المواد 4 و39 و55 و56 وفي الحالات الأخرى التي يحددها القانون" إذ أن الإبطال وفق هذا الفصل يترتب على نقصان أهلية أحد المتعاقدين. ويجدر التذكير هنا، أن الأمر يتعلق بالإبطال وليس بالبطلان، إذ ينتج هذا الأخير عن حالة انعدام الأهلية.

فالمادة 13 من القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، أشارت إلى ضرورة التأكد من الأهلية حينما نصت على أنه "1- تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو من أرسلها بنفسه.

2- في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ، إذا أرسلت:

أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات ...".

وعلى غرار هذه المادة، نجد المادة 15 من قانون المعاملات الإلكترونية العماني، قد نصت على أنه "1- تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ في الحالات الآتية:

أ- إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه.

ب- فيما بين المنشئ بين والمرسل إليه، تعتبر الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ، إذا تم إرسالها بواسطة: 1- شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية المعنية.

2- إذا تم إرسالها وفقا لنظام معلومات إلى مبرمج من قبل المنشئ أو نيابة عنه ليعمل تلقائيا".

كما نص قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، في الفصل 25 منه على أنه "يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية: 1- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات ...".

---

[523] فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 94.

ولأهمية التحقق من أهلية المتعاقدين بإحدى الوسائل الإلكترونية، باعتبار عقدهما من طائفة العقود عن بعد، ولاحتمال وجود نقص في أهلية أحد الطرفين أو كليهما مما قد ينعكس سلبا على صحة العقد برمته، فإن الشائع عبر صفحات الإنترنت أن يُعرف كل طرف يرغب في التعاقد ببياناته الشخصية من خلال رسالة البيانات التي تحمل إرادته، وتؤكد في مجملها على هوية الطرف المتعاقد، وعلى نيته في الالتزام، وعلى أنه أهل وكفء لإتمام التعاقد.

وقد أثبت الواقع العملي، أن العدد الأكبر من مستخدمي الإنترنت هم من المراهقين وصغار السن أي ناقصي الأهلية. وكثيرا ما يقدم هؤلاء على إجراء تصرفات قانونية وإبرام عقود رغم نقص أهليتهم، وبعضهم يتعمد إخفاء نقص أهليته.

مما يطرح العديد من الإشكاليات فيما يتعلق بصحة وقانونية هذه التصرفات في ظل طبيعتها الخاصة، من حيث كونها تبرم عن بعد ودون الحضور المادي لطرفي العقد، ولا يتيسر للطرف الآخر التأكد من شخصية المتعاقد معه ولا من أهليته. وما يزيد الأمر تعقيدا، أن يكون أحد المتعاقدين كامل الأهلية حسب قانون بلده، في حين يعد ناقصها حسب قانون بلد المتعاقد الآخر[524].

فإذا كان هذا من السهولة بمكان التعرف على المتعاقد في العقود المبرمة في شكلها التقليدي، فإنه من الصعب التحقق منه بالنسبة للشخص الذي يعبر عن إرادته عبر أجهزة ووسائط إلكترونية، لا تملك الإرادة أصلا، إضافة إلى أن العديد من المواقع على شبكة الانترنيت - وبسبب إمكانياتها المحدودة - قد تقتصر في تعاملها على أشخاص في نطاق جغرافي معين، وتمتنع عن التعاقد مع باقي المتعاملين مع الشبكة.

وهنا يثار تساؤل بخصوص كيفية التحقق من أهلية الشخص الذي يتعاقد إلكترونيا؟. وهل يجوز التمسك ببطلان العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لنقص أهلية أحد المتعاقدين؟. وماذا لو اختلفت جنسيات الأطراف المتعاقدة، كيف يمكن التحقق من كمال أهليتهم؟. وكيف يمكن منح الآلة المتعاقدة الأهلية؟!.

يمكن القول عموما، أنه يصعب على المتعاقد إلكترونيا، التحقق من أهلية المتعاقد معه. ونقصد بالأهلية هنا أمرين، هما: ثبوت صفة المتعاقد الشخصية أو الوظيفية التي تم التعاقد على أساسها. وثبوت كمال أهليته، على النحو الذي يتطلبه القانون. فقد ينتحل شخص صفة شخص آخر، أو أن يقوم بسرقة بياناته الإلكترونية وإبرام عقد باسمه.

فليس من المتيسر في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عموما وتلك المبرمة عبر شبكة الإنترنيت على وجه الخصوص، التأكد من هوية وأهلية المتعاقدين، بسبب عدم وجود مكان للالتقاء بين طرفي العقد، مما قد ينجم عنه إبرام العقد من قاصر لا يملك الأهلية للتعاقد، أو شخص يدعي أنه ممثل لمؤسسة أو شركة تجارية وهو لا يملك في الواقع صفة للتعاقد عنها[525].

---

[524] عبد الله الخرشوم، عقود التجارة الإلكترونية، بحث منشور على الإنترنت على الموقع التالي: www.ArabLawInfo.com ص. 20 و21. (تحديث: يونيو 2007).

[525] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 66.

ولم تتطرق التشريعات المدنية ولا القوانين التي نظمت مجال المعاملات بطريقة إلكترونية، إلى مسألة الأهلية في العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية بشكل مباشر. وبناء عليه، لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي نظمت أحكام الأهلية. فالفصل 3 من ق.ل.ع، ينص على أن "الأهلية المدنية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية، وكل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك".

وبذلك، القانون الواجب التطبيق على ما يتعلق بالأهلية في إبرام العقود بطريقة إلكترونية، هو قانون البلد الذي ينتمي إليه الشخص، ويطبق عليه قانون أحواله الشخصية. بمعنى، إذا ما كان أحد المتعاقدين في بلد يختلف عن بلد جنسيته، فإن ما تطبق عليه من أحكام، هي قوانين أحواله الشخصية وليس قانون البلد المتواجد به ويمارس فيه أعماله.

على أن هذه القاعدة العامة نجد لها استثناءات في بعض التشريعات المدنية العربية، والتي لم نجد ما يقابلها من أحكام في ق.ل.ع المغربي. ونعطي مثالا بالقانون المدني الأردني في الفقرة الأولى من المادة 12 منه، والتي نصت على أنه "يسري على الحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم، قانون الدولة التي ينتمون إليها بجنسيتهم.

ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في المملكة الأردنية الهاشمية وتترتب آثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء، لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته".

ويلاحظ أن هذه المادة، قد تضمنت استثناء يتعلق بالأهلية، مؤداه أن الأجنبي الذي يعقد تصرفا ماليا لا يكون أهلا للالتزام به وفقا لقانون جنسيته، ويعتبر أهلا لذلك متى كان هذا هو حكم القانون الأردني فيما يتعلق بالوطنيين. فمن الصعب على من يتعامل مع أحد الأجانب، أن يكون ملما بالقواعد المتعلقة بأهليته، وبوجه خاص حينما يكون مظهره لا يدع مجالا للشك في كمال أهليته.

بذلك نقف على الأهمية الخاصة لبحث مسألة الأهلية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ونقترح بهذا الخصوص، تعديل أحكام الفصل 3 من ق.ل.ع، ليتضمن - كما في نظيره الأردني- وسيلة حمائية للمتعاقدين، خاصة في ظل التطورات الإلكترونية الحديثة، التي أصبح التعامل من خلالها ضرورة حتمية في بعض الأحيان، وحتى يتم تجنيب المتعامل المغربي، إشكاليات تفرض عليه عبء التأكد من أهلية الطرف الأجنبي أو الطرف الآخر المتعاقد معه، ولو كان من جنسية مغربية.

فكثيرا ما يتعذر التأكد من أهلية الأجنبي، بل وحتى المتعاقد الوطني، إذا كان العقد مبرما بطريقة إلكترونية، وبغض النظر عن مكان انعقاد العقد. فالفصل 3 المذكور أعلاه، لا يوفر الحماية الكافية للأطراف المتعاقدة، خاصة إذا كان أحد المتعاقدين أجنبيا. ونسوق مثالا لذلك: عرض شخص في استراليا عبر موقعه على الإنترنت بضاعة للبيع، وكان عرضه هذا واضحا محددا، ويشكل إيجابا كاملا ومستوفيا لشروطه القانونية.

فرأى العرض شخص في المغرب، فأرسل رسالة معلومات تتضمن قبوله لهذا الإيجاب الصادر عن الموجب. فلو أن هذا الأخير الذي هو من جنسية استرالية ناقص الأهلية وفق قانون جنسيته، وكان نقص أهليته يعود إلى سبب خفي لا يسهُل على المغربي معرفته. فما مصير هذا النوع من العقود؟، وهل من حق الطرف المغربي طلب إبطال هذا العقد المبرم بطريقة إلكترونية مع قاصر؟.

فإذا ما أردنا إعمال قاعدة الإسناد المتضمنة في الفصل 3 من ق.ل.ع، نجد أن القانون الواجب التطبيق هو قانون الأحوال الشخصية للشخص، فيما يتعلق بمسائل الأهلية. ولكن، لا نجد في النص ما يفيد وجود أساليب تقنية تخول للمتعاقد التأكد من أهلية الطرف الآخر.

من الإشكاليات المهمة التي تطرحها الأهلية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، التعاقد مع قاصر عبر الانترنيت. هنا لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في الالتزام والخاصة بالأهلية سواء المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود أو مدونة الأسرة، ورغم صعوبة تطبيقها عمليا في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، فإننا سنحاول تطبيق بعض المقتضيات التي تتناسب والطبيعة الخاصة لهذه العقود.

فقد أجازت التشريعات المدنية للقاصر القيام ببعض الأعمال اليومية أو الإعتيادية، واعتباره مثل البالغ، وذلك حسبما تجيزه المواد المتعلقة بالولاية على القاصرين. واعتبر بعض من الفقه، أن القاصر الذي استطاع التعاقد من خلال شبكة الانترنيت، على سلع أو خدمات تتناسب مع ما يتوافر لديه من قيم ومدفوعات، كان تصرفه صحيحا[526].

وهكذا، فقد نص الفصل 4 من ق.ل.ع على أن للقاصر أو ناقص الأهلية الذي تعاقد بغير إذن الأب أو الوصي أو المقدم، ألا يلتزم بالتعهدات التي أبرمانها وقد أعطاهما المشرع حق طلب إبطالها. كما و "يجوز تصحيح الالتزامات الناشئة عن تعهدات القاصر أو ناقص الأهلية، إذا ما وافق الأب أو الوصي أو المقدم على تصرف القاصر أو ناقص الأهلية" (فق. 2 ف. 4 ق.ل.ع).

فإذا كانت التشريعات المدنية خولت للقاصر ولناقص الأهلية، أن يجلبا لنفسيهما نفعا، ولو دون مساعدة الولي الشرعي (ف. 5 ق.ل.ع)، فإنه مع ذلك يجوز لهذا الأخير الطعن في الالتزام الذي أبرمه القاصر. وله أيضا حق الطعن في تصرفاته بعد بلوغه سن الرشد، ولو كان قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا (فق. 1 ف. 6 ق.ل.ع).

ولكن إذا ما طبقنا القواعد العامة في الالتزام، يكون من حق القاصر وناقص الأهلية جلب المنفعة لنفسيهما ولو بغير مساعدة الولي الشرعي. بل وأكثر من ذلك، فبموجب المادة 227 من مدونة الأسرة، تصرفات الصغير المميز تكون نافذة إذا كانت نافعة له نفعا محضا، وباطلة إذا كانت مضرة به.

---

[526] Lucile Archambault, Op.Cit, p. 49-50.

على أن يتوقف نفاذها إذا كانت دائرة بين النفع والضرر على إجازة نائبه الشرعي، حسب المصلحة الراجحة للمحجور، وفي الحدود المخولة لاختصاصات كل نائب شرعي. مما يعني، أن القاصر الذي يبرم تصرفات تجلب له نفعا عبر الإنترنيت، تكون نافذة ولا يحق للطرف المتعاقد الآخر، الادعاء بأنه قاصر ولا يجوز إبرام اتفاقات معه.

ودائما في إطار إعمال القواعد العامة، يمكن للقاصر المأذون بإذن صحيح بممارسة التجارة والصناعة، إبرام تصرفات وتعهدات لصالحه، و"لا يسوغ له أن يطلب إبطال التعهدات التي يتحمل بها بسبب تجارته في حدود الإذن الممنوح له، وفي جميع الأحوال يشمل هذا الإذن الأعمال الضرورية لتعاطي التجارة المأذون فيها".

ومقارنة بهذا الفصل، وبالرجوع إلى الفقرة الأولى من المادة 226 من مدونة الأسرة، نجدها تنص على أنه "يمكن للصغير المميز أن يتسلم جزءا من أمواله لإدارتها بقصد الاختبار". بمعنى أن الصغير المميز الذي يبرم عقدا بطريقة إلكترونية وفي حدود الإذن الممنوح له يكون عقده صحيحا ونافذا، ولا يمكن الادعاء ببطلانه بدعوى أن من أبرمه قاصر.

وفي نفس السياق، ذهبت تشريعات مدنية أخرى، كالقانون المدني الفرنسي بمقتضى المادة 481 منه، والتي أجازت للقاصر القيام ببعض أعمال الحياة اليومية الاعتيادية واعتبرته مثل البالغ قادر على القيام بكافة الأعمال التي تدخل في الحياة اليومية أو في حقه بالتصرف بمفرده، فيما يوضع تحت يده من أموال.

كما ينص التشريع الأردني في المادة 134 من القانون المدني على أنه "1- يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد. 2- غير أنه إذا لجأ إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته لزمه التعويض".

ويرى بعض الفقه[527]، إمكانية تحميل القاصر المسؤولية عند التعاقد مع شخص حسن النية. وتكون هذه المسؤولية تقصيرية، خاصة عندما يكون العقد منعدم الوجود. وتترتب هذه المسؤولية استنادا إلى نظرية الوضع الظاهر. وفي هذا الصدد اعتبر هذا الموقف الفقهي، إلى أنه متى استطاع ناقص الأهلية المستخدم لشبكة الإنترنيت من التعاقد على شراء أي من السلع أو الخدمات التي تتناسب مع ما يتوافر لديه من قيم ومدفوعات كان تصرفه صحيحا وملزما[528].

هنا نتساءل، هل من اللازم على القاصر الممنوح له الإذن بالتعاطي للتجارة والصناعة، والذي تسلم جزءا من أمواله لإدارتها بقصد التجربة، عليه أن يُعلم الطرف المتعاقد الآخر بأنه مأذون له؟، أم أن الإذن القانوني يعفيه من ذلك؟.

---

[527] فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 96. وانظر أيضا، لزهر بن سعيد، م.س.ص. 78

[528] المراجع السابقة.

ذهب رأي في الفقه، إلى أنه نظرا للطابع الخاص للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، فإن ناقص الأهلية متى اتخذ مظهر الشخص الراشد وكان المتعاقد الآخر عبر شبكة الانترنيت غير عالم بهذه الحالة، فإنه ينبغي حماية المتعاقد الآخر إعمالا لنظرية الظاهر وذلك لتوفير الثقة والأمان لدى المتعاقدين عبر الشبكة وحفاظا على استقرار المعاملات الإلكترونية، وحتى لا يفاجأ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب لا يعلمه، ولو لم يكن في مقدوره أن يعلمه وقت التعاقد[529].

ويجمع كل الفقه العربي[530]، على أن قواعد المسؤولية المدنية أقرت بمسؤولية الإنسان عن فعل غيره بسبب علاقة التبعية أو الرقابة على الابن القاصر[531]، بحيث إذا ما دخل القاصر على شبكة الإنترنيت بحرية مطلقة، يقيم على الأهل مسؤولية مراقبة تصرفات أولادهم وتحمل تبعاتها، لا سيما إذا ما جرت بحسن نية من الطرف الآخر وانطوت على سوء تصرف أبنائهم.

فبإمكان ناقص الأهلية إبرام مثل هذه العقود، دون أن يكتشف أمره، بل ويمكنه أداء ثمن الخدمة أو البضاعة بالبطاقة المصرفية لأبويه مثلا، دون أن يكتشف الطرف الآخر المتعاقد معه أنه يتعامل مع قاصر. وهذا يرجع إلى سهولة استخدام الإنترنت من جهة، وإلى شيوع استخدامها من جهة أخرى، خاصة إذا علمنا أن إثبات ذلك بالنسبة للطرف الآخر أمر صعب، إن لم يكن مستحيلا.

فإذا سرق قاصر البطاقة المصرفية الخاصة لأحد والديه واستعملها في التعاقد، يتعين حماية مصلحة المتعاقد الآخر وعدم السماح بإبطال العقد، لنقص أهلية المتعاقد الآخر[532]. ويجوز للبائع أو لمقدم الخدمة، التمسك بأن القاصر قد توافر به مظهر صاحب البطاقة ومن ثم مظهر الشخص الراشد، لأجل حماية مصلحة المتعاقد حسن النية من إهمال الراشدين في مراقبة القاصرين في هذا الشأن. فضلا عن ذلك، يجوز الرجوع على هذا القاصر وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، وليس العقدية كما في القانون الأمريكي[533].

بذلك نرى، أنه إذا ما استخدم القاصر غير المأذون أو المأذون في حدود معينة، البطاقة المصرفية لوالده من أجل إبرام تصرفات بطريقة إلكترونية خارج نطاق الإذن الممنوح له، كان للبائع حسن النية أن يتمسك بأنه توافر في القاصر مظهر صاحب البطاقة وأنه تعامل معه على هذا الأساس.

---

[529] سمير حامد عبد العزيز الجمال، م.س.ص. 156.

[530] انظر على سبيل المثال: مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 248؛ لزهر بن سعيد، م.س.ص. 86؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، الكتاب الأول، م.س.ص. 277؛ فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 96 و97. محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2009، ص. 204.

[531] بموجب الفصل 85 ق.ل.ع يسأل الشخص عن الضرر الذي يحدثه أبناؤه القاصرون الساكنون معه وفي ذات السياق انظر:

[532] Beaure d'Augères et autres, Op.cit. p. 113.

وانظر أيضا في نفس السياق، محمد سعيد الرملاوي، م.س.ص. 110

[533] تم التنصيص على حماية القصر بموجب القانون الأمريكي في مواجهة الاستعمالات غير المشروعة للإنترنت، بموجب قانون « Communications decency Act »، انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، الكتاب الأول، م.س.ص. 278.

وبالتالي، يكون القاصر مسؤولا مسؤولية تقصيرية، ويستطيع البائع الرجوع على القاصر إن كان مليئا، وإلا على ذويه أو ممثله القانوني[534].

ونثير ملاحظة هنا، وتتعلق بالعقود النموذجية[535] التي تضعها الكثير من المواقع على الانترنيت، بحيث لا يكون على من أراد التعاقد سوى ملء البيانات الخاصة به. كيف يمكن التحقق والحالة هذه من صحة هذه البيانات، وأن المتعاقد ليس قاصرا حقيقة، بالرغم من تصريحه بالعكس؟.

بالرجوع إلى العقد النموذجي الفرنسي في الفقرة الثانية منه، نجده يلزم الموجب بأن يدخل بياناته الشخصية كاملة: من اسم، وصفة، وكذا رقمه الوطني، وعنوان مقره الاجتماعي، وعنوانه الالكتروني، وأرقام هواتيفه، ورقم الفاكس....، كما يلزم هذا العقد كل من يقبل بالإيجاب أن يصرح ببياناته الخاصة الحقيقية كاملة.

ونص مشروع العقد النموذجي لليونسيترال في البند الأول من الفصل الأول منه، على تحديد الموجب ما يلزم من بيانات كاملة، كاسم الشركة، وعنوانها كاملا، ورقم سجلها التجاري، وسجلها المهني إن وجد، وكذا عناوينها الالكترونية، وأرقام الهواتف الخاصة بها، وموقعها الالكتروني إن وجد. وألزم الفصل الثاني، القابل، بالإدلاء بنفس هذه البيانات. لكن، وبالرغم من ذلك، لا يوجد ما يؤكد بأن كلا المتعاقدين قد أدخل البيانات الصحيحة، كما لم تحدد هذه العقود أية جهة تضمن صحة بيانات الأطراف.

ويرى البعض من الفقه بخصوص هذه المسألة[536]، أنه من الأنسب من أجل التوثق من أهلية الشخص، أن يتم اللجوء إلى تقنية التوقيع الإلكتروني، إذ من أهم وظائفه تحديد هوية الشخص المتعاقد، وبالتالي سيتمكن المتعاقد الآخر من تحري أهليته وبالتالي التوثق منه ومن صفته.

فالتوقيع الإلكتروني، بشكل عام، هو الوسيلة التقليدية البارزة للتعبير عن إرادة صاحب التوقيع وموافقته على مضمون السند الموقع عليه؛ فهو كاشف لهوية صاحبه وأهليته ومحدد لشخصيته. وعملية التوقيع إلكترونيا على السند، تدل دلالة واضحة وصريحة على موافقة الموقع (المتعاقد)، على بنود العقد وبأنه يقبل بمضمونه. مثلما تفيد رضى الموقع، واتجاه إرادته إلى قبول الالتزام بمضمون السند بمجرد التوقيع.

---

[534] Murielle-Isabelle Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, article à consulter sur : www.juriscom;net/uni/mem/05/presentation.html (M.S.J, Juillet 2007), p. 48-49.

[535] ارتبط ظهور العقود النموذجية بظهور المؤسسات والتجمعات المهنية المرتبطة بمختلف أنواع المبادلات التجارية والهادفة إلى توحيد أحكامها، إقليميا ودوليا، ولقيام العديد من المنشآت الضخمة في دول كثيرة بإعداد صيغ عقدية تحكم ارتباطاتها ونشاطها. ويعرفها بعض من الفقه بأنها عبارة عن صك مكتوب على غرار عقود الإيجار والبيع والوكالة، بعبارة أخرى، هي عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوال العقد النموذج. وعرف بعض من الفقه العقود النموذجية بأنها "عبارة عن صيغ مكتوبة تتضمن القواعد التي تحدد آثار البيع بشكل عام، فهي مجرد صيغة بسيطة وضعت لتستخدم نموذجا لعقود تبرم في المستقبل وغالبا ما تقوم بوضعها الجمعيات التجارية والنقابات المهنية التي يعنيها الأمر مباشرة، وذلك بغرض تسهيل سلعة معينة أو مجموعة من السلع بالنسبة لأعضائها. ولمزيد من الاطلاع، انظر: محمد طارق، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2007 - 2008، ص. 18 - 21.

[536] Lucile Archambault, Op.Cit; p. 51.

ومن الجدير ذكره، أن دور التوقيع الالكتروني في تحديد هوية الشخص الموقع يتخذ شكلا مختلفا تماما، عما كان عليه بشأن التوقيع التقليدي، حيث أصبح للتوقيع الالكتروني دورا مهما لا يقتصر على مستوى إثبات التعاقدات الإلكترونية، بل وعلى مستوى تشكيل هذه التعاقدات أيضا.

فبعد أن كان دوره ثانوي في تعريف هوية الموقع، بأن لا يتم اللجوء إلى إثبات هذا الدور إلا في حال حصول نزاع حول العقد، فقد أصبح الآن، وسيلة ملائمة للتأكد من صلاحية العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنيت[537] أو من خلال الوسائل الإلكترونية.

ولا يعني هذا، أن التوقيع الإلكتروني يغني أو يحل محل إثبات الشخصية[538]، ولكن المقصود بمعرفة هوية الموقع من خلال التوقيع الإلكتروني التأكد من ارتباط وسيلة التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره، وسيطرة الموقع وحده فقط على الوسيط الإلكتروني، مع إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني[539].

لكن، نتساءل هنا عن مدى حماية المعطيات الخاصة وبيانات المحررات الإلكترونية، على المواقع التي يدخل إليها المتعاقد، من أجل إبرام عقد بطريقة إلكترونية ؟.

فحينما يملئ المتعاقد الاستمارة الالكترونية، ويرسلها إلى المتعاقد معه عبر شبكة الإنترنيت، يكون قد ضمنها بياناته الشخصية، كما سيترك عبر مختلف المواقع التي زارها بحثا عن السلعة أو الخدمة التي يرغب التعاقد بخصوصها، مجموعة من المعلومات حول عوائده الاستهلاكية (المواقع التي تصفحها)، عنوان حاسوبه (العنوان الالكتروني الرقمي IP)[540]، والتي تسمح بالتعرف عليه واقتراح العروض المختلفة عليه، من خلال بريده الالكتروني.

وعرف المشرع المغربي "المعطيات ذات طابع شخصي"، بموجب القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي، بأنها "كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده "بالشخص المعني".

ويكون الشخص قابلا للتعرف عليه إذا كان بالإمكان التعرف عليه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولا سيما من خلال الرجوع إلى رقم تعريف أو عنصر أو عدة عناصر مميزة لهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية". (البند 1 من م.1)[541].

---

[537] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 157.

[538] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول: في نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا، م.س.ص. 217.

[539] أحمد عزمي الحروب، السندات الرسمية الإلكترونية، -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2010، ص. 66.

[540] إن عنوان الإنترنيت "IP"، هو المسؤول عن تراسل حزم البيانات عبر الإنترنيت وتوجيهها إلى أهدافها. ويشبه إلى حد بعيد العنوان على مغلف رسائل البريد التقليدي، بعد وضعها بصندوق البريد. وهو يتيح للموجهات والشبكات المعنية بنقل الرسالة.

[541] ظهير شريف رقم 15-09-1 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009) بتنفيذ القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، ج.ر.ع. 5711 الصادرة بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص. 552.

وعرف المشرع المغربي بموجب البند 2 من نفس المادة المذكورة آنفا، "معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي"، بأنها" كل عملية أو مجموعة من العمليات تنجز بمساعدة طرق آلية أو بدونها وتطبق على معطيات ذات طابع شخصي، مثل التجميع، أو التسجيل، أو التنظيم، أو الحفظ، أو الملائمة، أو التغيير، أو الاستخراج، أو الإطلاع، أو الاستعمال، أو الإيصال عن طريق الإرسال، أو الإذاعة، أو أي شكل آخر من أشكال إتاحة المعلومات، أو التقريب أو الربط البيني[542] وكذا الإغلاق أو المسح أو الإتلاف".

وأمام عملية تجميع معطياته، يحظى المتصفح بمجموعة من الحقوق بموجب القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، والتي تمكنه من حماية معلوماته الشخصية عبر الإنترنيت أو عبر أي وسيلة إلكترونية أخرى. وهكذا، فبموجب المادة 4 من القانون المذكور آنفا، "لا يمكن القيام بمعالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي إلا إذا كان الشخص المعني قد عبر بما لا يترك مجالا للشك عن رضاه عن العملية أو مجموع العمليات المزمع إنجازها".

ونص الباب الثاني المتعلق بحقوق الشخص المعني بموجب المادة 5 على حقه في إخباره أثناء تجميع معلوماته الشخصية، بالاتصال المباشر به وإخباره بالمعطيات التي تم تجميعها والخاصة به، وعلى حقه في الولوج إلى المعطيات المعالجة وحقه في تصحيحها، وكذا حقه في التعرض عليها، وحقه في منع الاستقراء المباشر بواسطة آلية اتصال، أو جهاز استنساخ بعدي، أو بريد إلكتروني، أو وسيلة تستخدم تكنولوجيا ذات طبيعة مماثلة باستعمال بيانات شخص ذاتي، في أي شكل من الأشكال، لم يعبر عن رضاه[543] المسبق عن استقبال الاستقراءات المباشرة[544] بهذه الوسيلة (م. 10 من القانون المتقدم ذكره).

---

[542] عرفت المادة 1 من القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، "الربط البيني" بأنه "الخدمات المتبادلة بين مستغلين للشبكات المفتوحة للعموم أو للخدمات التي يقدمها كل مستغل شبكة مفتوحة للعموم إلى مقدم خدمة هاتفية للعموم إذا كانت تتيح إمكانية الاتصال المباشر بين جميع المستعملين كيفما كانت الشبكات التي يرتبطون بها، أو نوعية الخدمات التي يستعملونها". كما عرف البند 11 من المادة 1 من القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، "الربط البيني للمعطيات: شكل من أشكال المعالجة تتمثل في ربط صلة بين معطيات أحد الملفات مع معطيات ملف أو عدة ملفات يمسكها مسؤول أو مسؤولون آخرون أو يمسكها نفس المسؤول ولكن لغرض آخر".

[543] عرفت الفقرة الثانية من المادة 10، من القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الرضى المراد به لأجل تطبيق هذه المادة: "كل تعبير عن الإرادة الحرة والمميزة وعن علم يقبل بموجبه شخص معين باستعمال المعطيات ذات الطابع الشخصي التي تخصه لأغراض الاستقراء المباشر".

[544] عرفت الفقرة الثالثة من المادة 10، من القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي الاستقراء المباشر بأنه "إرسال أية رسالة موجهة للترويج المباشر أو غير المباشر لسلع أو خدمات أو بسمعة شخص يبيع سلعا أو يقدم خدمات.
غير أنه يرخص بالإستقراء المباشر عن طريق البريد الإلكتروني إذا ما طلبت البيانات مباشرة من المرسل إليه، مع التقيد بأحكام هذا القانون، بمناسبة بيع أو تقديم خدمات، إذا كان الاستقراء المباشر يهم منتجات أو خدمات مشابهة يقدمها نفس الشخص الذاتي أو المعنوي، وتبين للمرسل إليه بشكل صريح ولا يشوبه لبس بسيط توفره على إمكانية التعرض دون صائر، باستثناء التكلفة المرتبطة بإرسال الرفض، على استعمال بياناته وقت جمع هذه الأخيرة وكلما وجه إليه بريد إلكتروني لأجل الاستقراء".

أما في البند 4 من المادة 5 من القانون رقم 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، فقد تطرق المشرع المغربي إلى حالة جمع المعطيات في الشبكات المفتوحة، حيث نص على أنه في هذه الحالة، "يجب على الشخص المعني أن يعلم بالأمر، ما لم يكن على علم مسبقا بأن المعطيات ذات الطابع الشخصي المتعلقة به يمكن أن تتداول في الشبكات دون ضمانات السلامة وأنها تتعرض للقراءة والاستعمال من لدن أغيار غير مرخص لهم".

وفي خضم تنوع المبادلات الالكترونية للمعلومات والبيانات، وضع المشرع المغربي بموجب المادة 43 من القانون المتقدم ذكره مبدأ مهما، بموجبه لا يمكن نقل المعطيات ذات الطابع الشخصي إلى دولة أجنبية، "إلا إذا كانت هذه الدولة تضمن مستوى حماية كاف للحياة الشخصية وللحريات والحقوق الأساسية للأشخاص إزاء المعالجة التي تخضع لها هذه المعطيات أو قد تخضع لها. ويتم تقييم كفاية مستوى الحماية الذي تضمنه دولة معينة لا سيما وفقا للمقتضيات المعمول بها في هذه الدولة ولإجراءات الأمن التي تطبق فيها، وللخصائص المتعلقة بالمعالجة مثل الغايات والمدة وكذا طبيعة وأصل ووجهة المعطيات المعالجة".

وبذلك يكون مجال حماية المعطيات الخاصة بالمتعاقدين عبر التقنيات الإلكترونية، محميا بموجب القوانين الوطنية. ولكن هذه الأخيرة، لا تمنع بعض المعطيات الخاصة من الإطلاع عليها بواسطة الانترنيت، والتي تعطي بعض المواقع كل المعلومات الخاصة بالشخص، وقد تستعمل من أجل إغراقه بسيل من الرسائل الالكترونية غير المرغوب فيها[545]؛ مما يتوجب على المشرع المغربي، وضع تنظيم قانوني محكم لزجر الإغراق الإلكتروني بالرسائل الكثيرة المرسلة عبر البريد الإلكتروني.

على أنه ليحتج بالتوقيع الإلكتروني في إثبات العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لا بد أن تتوفر في التوقيع الإلكتروني عدة شروط، منها: شروط شخصية **(الفقرة الأولى)**، وأخرى موضوعية أو فنية خاصة، يجب أن تقترن بالتوقيع[546] **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: الشروط الشخصية للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات

يقصد بهذه الشروط، إثبات هوية الشخص الذي قام بعملية التوقيع، وإثبات هويته من خلال:

- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره، حيث أن إثبات هوية الشخص الذي قام بعملية التوقيع، وإثبات هوية الموقع يتحقق من شهادة تصدر أثناء عملية التوقيع الإلكتروني، ومن شأنها إثبات هوية الموقع (أي الشخص الحائز على بيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني) ويوقع عن نفسه أو عن من ينيبه عنه أو من يمثله قانونا.

---

[545] Directive 2002/58/CE du Parlement Européen, du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), Journal officiel des Communautés européennes, N° 201, du 31/7/2002, p. 37.

[546] انظر م. 18 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 2004/15؛ م. 10 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 2001/85؛ م. 20 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية رقم 2002/2؛ م. 4 من مشروع قانون التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني؛ م. 1316 من القانون المدني الفرنسي.

- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني الذي استعمله حين إنشائه للتوقيع الإلكتروني. بمعنى، أن الوسيط الإلكتروني ما هو إلا أداة أو نظام لإنشاء التوقيع الإلكتروني يستخدمه الموقع. وسبب وجود هذا الشرط، هو ضمان دقة وسلامة التوقيع الإلكتروني من استغلال وتلاعب الآخرين فيه، حفاظا على سلامة المحرر الإلكتروني واستمرارية حجته القانونية في على موقع هذا المحرر، وإلزام نسبته إليه من خلال هذا التوقيع الإلكتروني السليم والصحيح.

- إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر أو التوقيع الإلكتروني، ذلك أن التوقيع الإلكتروني يتم نقله من المرسل إلى المرسل إليه من خلال اتصال إلكتروني، ومن الممكن أثناء ذلك أن يتم التقاط التوقيع الإلكتروني وتزويره عن طريق الاختراق والتقاط الرسالة نفسها المشتملة للتوقيع الإلكتروني والإطلاع عليها أو تغييرها أو حذفها[547].

الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات

ترتبط هذه الشروط بمراحل إنشاء التوقيع الإلكتروني، ويجب أن يتم إنشاء التوقيع بواسطة أداة آمنة لإنشاء التوقيعات الإلكترونية. ويقصد بذلك، أن يتم وضعه باستخدام نظام إنشاء التوقيع الإلكتروني، وعادة ما يتم ذلك من خلال شهادة المصادقة الإلكترونية، وعادة ما تختص جهة معينة بإصدار شهادة المصادقة الإلكترونية، وبمقتضى هذه الشهادة يمكن للجهة المختصة أن تشهد بصحة التوقيع وأن تحدد هوية الموقع.

وكمثال عن ذلك، حينما يتم الأداء بطريقة إلكترونية، فإن التوقيع يأخذ شكل أرقام سرية أو رموز محددة، فإذا ما استخدمت هذه الرموز أو الأرقام، فذلك يعني ذلك موافقة صاحبها على البيانات والمعلومات التي وقع عليها والتي يرغب والتي يرغب في الإلتزام بها، وهذا دليل أنه الموقع دون غيره.

فالتوقيع الإلكتروني تعبير عن إرادة صريحة، وعلى هذا الأساس يمكن للقاضي إذا ما عليه نزاع بخصص عقد أبرم بطريقة إلكترونية، أن يقيم قرينة أن حامل البطاقة الإلكترونية التي تم الأداء بواسطتهان هو الذي تولى بشخصه القيام بالعملية. وهي قرينة بسيطة تقبل الإثبات العكسي، بإقامة الدليل على اختلاس نظام تسجيل البيانات داخل المؤسسة المصرفية، أو على سرقة البطاقة واختلاس الرقم السري[548].

بذلك، يعتبر التشريع المغربي من التشريعات التي أشارت إلى أن التوقيع الإلكتروني الموثق هو المعزز بشهادات توثيق، وهذا نفسه ما أكدته المادة 6 من القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية في الفقرة الرابعة منها والتي تنص على أنه "يجب أن يوضع التوقيع بواسطة آلية لإنشاء التوقيع الإلكتروني تكون صلاحيتها مثبتة بشهادة للمطابقة".

---

[547] عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2009، ص.443 و444.

[548] المرجع السابق، ص. 350 - 352.

وباستقراء هذه المدة يتضح عدم الإكتفاء بالإجراءات المؤمنة لإنشاء التوقيع الإلكتروني فقط، وإنما بأن يتم ذلك خلال مدة سريان شهادة توثيق صادرة من جهة توثيق معتمدة، وتطابق رمز التعريف الوارد فيها مع رمز التعريف للتوقيع الإلكتروني[549].

المطلب الثاني
أهلية الوسيط الإلكتروني المؤتمت

فرض واقع إبرام العقود بطريقة إلكترونية، أن يكون أحد المتعاقدين ليس بالضرورة شخصا طبيعيا، بل جهازا أو آلة. ونتساءل هنا، هل إذا تعاقد شخص إلكتروني مؤتمت وشخص طبيعي، على هذا الأخير البحث في الجهة صاحبة الشخص الإلكتروني المؤتمت، كأن تكون شركة وطنية أو دولية؟. وهل عليه البحث عن أهلية صاحب المؤسسة؟، أم الشخص الذي وضع النظام المؤتمت؟، أم يبحث في أهلية الشخص المسؤول عن الشخص الإلكتروني المؤتمت؟.

ولنا أن نطرح تساؤلا آخر في السياق ذاته، وذلك عن حالة تعاقد شخصين إلكترونيين مؤتمتين، أو كما تطلق عليه بعض التشريعات بالوكلاء أو الوسطاء الإلكترونيين، وكلاهما مملوك لشخص طبيعي أو معنوي له السيطرة على ذلك النظام الإلكتروني. فعن أهلية من سنبحث هنا حتى يعتبر العقد المبرم بطريقة إلكترونية صحيحا ونافذا، رغم أنه لم يبرم بين أشخاص طبيعيين، بل بين آلة أو حواسيب مبرمجة لهذا الغرض؟.

حسب المادة 12 من قانون التجارة الإلكترونية الاتحادي، التعاقد في الحالتين صحيح ومنتج لكافة آثاره القانونية، كأنه تصرف تم بين أشخاص طبيعيين. وفي نفس السياق، ذهبت المادة 1 من القانون البحريني حينما أجازت هي أيضا، المعاملات بواسطة الوكيل الإلكتروني.

فقد نص القانون البحريني في المادة 12 منه، تحت عنوان: دور الوكلاء الإلكترونيين في إبرام العقود، على أنه "1- يجوز أن يتم إبرام العقود بين فرد ووكيل إلكتروني، كما يجوز أن يتم ذلك بين وكلاء إلكترونيين". على أن المشرع البحريني أعطى الحق للفرد (الشخص الطبيعي) المتعاقد مع وكيل إلكتروني، طلب إبطال العقد، وذلك بناء على طلبه، إذا ما تحققت شروط خاصة.

وبعض من التشريعات العربية اعتبر الوسيط الإلكتروني، نائبا عن المنشئ أو يعمل بواسطته، كالقانون الأردني والبحريني. فهل يعد هذا شكلا من أشكال الوكالة أو النيابة في التعاقد، فيحتم البحث في أهلية الموكل أو المنيب؟، وكيف يتيسر ذلك؟، وهل يتفق ذلك مع الأحكام العامة للوكالة والنيابة في التعاقد؟.

نجيب هنا، بأن الوكيل الإلكتروني لا إرادة له. بمعنى، لا دخل له في إبرام العقد، فهو ليس سوى برنامج معلوماتي مثبت على ذاكرة الحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، واستخدم لإجراء التصرف أو للاستجابة لتصرفات إلكترونية - كليا أو جزئيا - بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف.

---

[549] محمد بومكوسي، التوقيع الإلكتروني، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، جامعة محمد الخامس - السويسي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - سلا، شعبة القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في أنظمة التحكيم، السنة الجامعية: 2008 - 2009، ص. 100.

فالإرادة هنا لا يمكن إصباغها على الآلة المبرمجة، فهي مجرد آلة فقط. ويمكن أن ننعتها بالرسول الإلكتروني[550]، مادام دوره ينحصر في نقل التعبير عن الإرادة ما بين الأطراف المتعاقدة وما حصل هو إعداد هذه الإرادة مسبقا ويتم التعبير عنها آليا، كلما لزم الأمر ذلك.

وقد ذهب بعض من الفقه، إلى حد منح الشخصية القانونية وما يتبعها من أهلية قانونية وصلاحية إبرام العقود إلى الجهاز الإلكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد، مما يؤدي إلى اعتبار الجهاز الإلكتروني (من حاسوب وبرامج إلكترونية)، بمثابة الشخص القانوني المتمتع بأهلية إبرام العقود[551].

وقد تعددت الآراء وتباينت، حول مسألة التكييف القانوني للآلة، على اعتبار أن الشخصية القانونية[552]، ما هي إلا صفة يضفيها القانون على شخص ما. وهذا لا يعني بالضرورة أن يكون شخصيا آدميا، بل أن القانون - من وجهة نظر هذا الاتجاه - أجاز إضفاء الشخصية القانونية على غير ما هو كائن حي، وهو ما يعرف بالشخص الاعتباري. فالعبرة أن تصدر الإرادة عن شخص لديه القدرة على الالتزام، وأن يعترف القانون بهذه القدرة، فلا يوجد بالتالي ثمة ما يمنع من اعتبار الآلة شخصا قانونيا اعتباريا.

لكن هذا الرأي اعْتُرض عليه بشكل كبير، إذ أن الشخص المعنوي يتمتع بذمة مالية مستقلة عن ذمة أو ذمم الأشخاص الطبيعيين المكونين له، أو القائمين على نشاطه. بيد أن الحاسوب، لا يمكنه تملك الذمة المالية[553]، ومن ثم لا يمكن الاعتراف له بالشخصية القانونية[554]. فهل من المقبول منطقيا وقانونيا، منح الشخصية القانونية لمن لا ذمة مالية له؟.

فمن لا ذمة له، لا أهلية قانونية له بطبيعة الحال. والآلة سواء أكانت حاسوبا أو أي جهاز إلكتروني آخر، ليست لها ذمة مالية، فكيف يا ترى ستتوافر لها الشخصية القانونية، وبالتالي الأهلية القانونية؟!.

---

[550] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 174.

[551] Tome Allen - Robin Widdison, Can computers make contracts?, Harvard Journal of Law and technology, 9-1, 1996, p. 23.

أشار إلى هذا المرجع، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية...، م.س.ص. 177، الهامش رقم: 67.

[552] إذا كانت "الشخصية" معترفا بها، في القانون الحديث، لكل إنسان، فهي ثابتة له دون توقف على وجود إرادة واعية عاقلة لديه. ويعترف المشرع بالشخصية لبعض مجموعات الأشخاص أو الأموال لتتمكن من الاضطلاع بمهامها وتحقيق أهدافها، من خلال ما يمنحه هذا الاعتراف لها من قدرة على تملك الأموال التي تؤمن بها نفقاتها ومن صلاحية القيام بالأعمال والتصرفات التي تحتاج إليها في ممارسة نشاطها. وهكذا، فرضت ضرورات الحياة الاجتماعية، الاعتراف بالشخصية القانونية لمثل هذه التجمعات، كما فرضت حتمية هذا الاعتراف، على القوانين ، ثم تطور الأمر إلى الاعتراف بالشخصية القانونية كذلك. ويطلق على هؤلاء الأشخاص: الأشخاص الاعتبارية أو الحكمية. خالد عبد الله عيد، مدخل لدراسة القانون: أسس ومبادئ (نظرية القانون ونظرية الحق)، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، 1987، ص. 299.

[553] تفيد الذمة المالية، معنى الثروة. وتعني: مجموع ما يخص الشخص من حقوق والتزامات مالية حاضرة ومستقبلة. وهي لا تثبت إلا لشخص مستقل، ولا تقبل التنازل عنها. لمزيد من الإطلاع انظر: خالد عبد الله عيد، م.س.ص. 337 و338. والذمة المالية "Le Patrimoine" كأحد صفات الشخصية القانونية (الطبيعية أو الإعتبارية) هي مجموعة السلطات الواردة على محل الحق والقابلة للتقدير بالنقود. وتتضمن شقين: الأول سلبي هو كافة الحقوق المقررة على الشخص (خصوم الذمة)، والثاني إيجابي، يتشكل من الحقوق المقررة لفائدة الشخص (أصول الذمة)، ويشتمل: الحقوق الذهنية أو الفكرية، الحقوق العينية والحقوق الشخصية. راجع في ذلك، عبد الحق صافي، القانون المدني، ج.1، م.س.ص. 8 وما بعدها.

[554] صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 51 و52.

من المعلوم، أن من لا ذمة مالية له، لا شخصية قانونية يمكن أن تمنح له، وبالتالي لا أهلية قانونية له. فالذمة المالية لا تثبت سوى للأشخاص الطبيعيين بالاعتراف القانوني لهم بها، وهذا لا يمكن تصوره إلا بالنسبة للأشخاص الطبيعيين والمعنويين، ولا يمكن بأية حال تصوره بالنسبة للأجهزة والآلات الإلكترونية، ولو تلك التي تبرمج لتعمل ذاتيا[555].

الاتجاه السابق ذاته[556]، نحى منحى آخر، برأي مفاده اعتبار الجهاز أو الآلة الإلكترونية التي تم التعاقد بواسطتها أداة أو وسيلة اتصال فيما بين الأطراف المتعاقدة كالهاتف والفاكس. ومن الخطأ القول، بأن الحاسوب أبرم عقدا، بل يجب القول، بأن المتعاقد أبرم عقدا مستخدما الحاسوب. فوفق هذا الرأي، الآلة الإلكترونية تنقل الإرادة فقط بين المتعاقدين، وهي في حد ذاتها مجرد آلة لا إرادة لها، وليست تبرم عقدا لحساب أحد، إنما الشخص هو من يبرم العقد بواسطتها.

واعترض البعض من الفقه على موقف الاتجاه السابق، مقررا أن الجهاز الإلكتروني كالحاسوب لا يقتصر على نقل إرادة المتعاقدين وإنما يترتب على توسطه انعدام التفاوض بينهما، ولا يكون لإرادة المتعاقد دور ملحوظ وفي ذلك يختلف الحاسوب عن بعض الأجهزة الأخرى الوسيطة، كالهاتف والفاكس.

وقيل في نقد الاتجاه السابق، بأن التعاقد بواسطة جهاز إلكتروني، يؤدي إلى تحميل المتعاقد تبعة هذا التعامل من غلطات الحساب، وعيوب وأخطاء أخرى في برمجة وتشغيل البرامج الإلكترونية التي تقوم بعملية التعاقد، فما يصدر من الجهاز يعد كأنه صدر من المتعاقد نفسه مباشرة[557].

هناك اتجاه ثالث، يعتبر الجهاز الإلكتروني نائبا عن المتعاقدين أوكلاهما، يتعامل باسمه ولحسابه، مما يعني أنه هو من يقوم بعملية التعاقد نيابة عن المتعاقد[558]. ويضيف أصحاب هذا الرأي، أن تطبيق أحكام النيابة يتم في حدود ما لا يتعارض وطبيعة الآلة، فتستبعد مثلا القواعد الخاصة بمسؤولية الوكيل قبل موكله، وواجب الأمانة الذي يجب أن يتحلى به الوكيل.

ويرى الأستاذ إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أن هذا الرأي يبعد كثيرا عن الصحة، بجعله من الجهاز الإلكتروني وكيلا عن المتعاقد، وهذا مالا يمكن قبوله. فكيف يمكن لجهاز عديم الإرادة، أن يبرم عقد الوكالة بينه وبين المتعاقد مصدر النيابة المزعومة؟. فعقد الوكالة تصرف قانوني، والتصرف القانوني يتطلب لإبرامه توافر الإرادة لدى عاقديه، بينما الجهاز مجرد آلة لا تملك الإرادة[559].

---

[555] الذكاء الاصطناعي "intelligence artificielle": هو علم دراسة نظم الحاسوب، لجعله يقوم ببعض قدرات البشر: كالتعلم الذاتي والتصحيح الذاتي. وقد تطورت تطبيقات الذكاء الاصطناعي، خاصة في مجال النظم الخبيرة والرؤية والسمع بواسطة الحاسوب، البرمجة الذاتية آليا، الخ. بشرى النية، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، ع. 10، مارس 2009، ص. 204.

[556] صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 51 و52.

[557] Lionel Thoumyre, Art précité, Site précité.

[558] John Fisher, Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2, Indiana, journal, 72, 1997.

أشار إليه إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية، م.س.ص. 79، الهامش رقم 70.

[559] المرجع السابق، ص. 79 و80.

وللتغلب على الصعوبات التي تحول دون تطبيق قواعد النيابة، ذهب البعض إلى محاولة تأسيس علاقة التزام مابين الآلة والشخص الذي تعمل من أجله. وإعمالا لذلك تبنى القانون التجاري الموحد الأمريكي فكرة الوكيل الإلكتروني، وعرفه بأنه "برنامج حاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أو أوتوماتكية أخرى، مستعملة أو مختارة أو مبرمجة من قبل شخص لتُصدر أو تَرُد على الرسائل الإلكترونية أو تقوم بالتنفيذ دون تدخل بشري"[560].

هذا الرأي أيضا به بعض نقاط ضعف، فكيف يمكننا تصور علاقة التزام قانوني بين شخص وآلة؟، والحال أنه لا يمكن تصور هذه العلاقة، سوى بين أشخاص قادرين على الالتزام قانونا. وهذا بعيد عن حال الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية مستعملة.

ويمكننا تبرير ذلك، في انعدام الرابطة التعاقدية فيما بين الآلة والمتعاقد، وإن كان من الممكن رؤية المسألة من وجهة أخرى، ألا وهي أحكام المسؤولية التقصيرية. فطبقا للفصل 88 ق.ل.ع. "كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر". والحاسوب يعتبر شيئا أو آلة، إذا ما تسبب في ضرر مادي أو معنوي، التزم حارسه بالتعويض.

إذن، الجهاز الإلكتروني مجرد وسيلة في يد المتعاقد من أجل التعبير عن إرادته، كما لو استعمل القلم والأوراق للتعبير عنها كتابة. نفس الشيء، بالنسبة للآلة أو الجهاز الإلكتروني، فهو مجرد وسيلة للتعبير عن الإرادة والإعلان عنها للمتعاقد الآخر[561].

بذلك نستخلص أن الوسيلة الإلكترونية التي تستعمل في إبرام عقد إلكتروني، هي مجرد آلة لا إرادة ولا أهلية قانونية لها، فهي فقط وسيلة للتعبير، ولا يمكن في أي حال من الأحوال إصباغ الصفة القانونية على هذه الواسطة الإلكترونية - وإن كانت تتمتع بالذكاء الاصطناعي - وبالتالي فهي ليست نائبا ولا وكيلا قانونيا.

وهذا نفسه ما نصت عليه المادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية، حيث اعتبرت أن رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه إلى شخص معين، فمرسل الرسالة هو الشخص الطبيعي وليس الجهاز.

ونفس المنحى درجت عليه الفقرة الثانية من المادة 14، من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية، التي أجازت أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي، إذا كان هذا الأخير يعلم أو من المفترض أن يعلم، أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه.

---

[560] Art.2B-102, http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucce/2b298.html. (M.S.J, Mars 2010).

[561] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية...، م.س.ص. 79 و80. وانظر أيضا، صالح المنزلاوي، م.س.ص. 374 - 376؛ انظر أيضا صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 52 و53.

أما التشريع الأردني المنظم للمعاملات الإلكترونية رقم (85) لسنة 2001، فقد اعتبر هو أيضا في الفقرة الثانية من المادة 13، أن المعلومات التي تشير إليها الرسالة الإلكترونية، لا تفقد أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ، متى كان الإطلاع على تفاصيل تلك المعلومات متاحا، ضمن النظام الإلكتروني الخاص بمنشئها.

من خلال ما سبق لنا أن حللناه، نستشف خصوصية الأهلية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. كما وقفنا على حالة الإرادة المعبر عنها بواسطة الأجهزة الإلكترونية، والنقاش الذي دار حول مدى اعتبارها ذات إرادة مستقلة.

وعليه، تظهر لنا خصوصية الأهلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، حيث من الصعوبة بمكان أن يُسْتَوْثَقَ بأهلية المتعاقد الآخر، إذ لا يوجد حضور مادي بين أطراف العقد. ويطرح هذا الإشكال، في العقود المبرمة بواسطة الإنترنت، أو عبر رسائل البريد الإلكتروني أو عبر صفحات الويب.

ففي حالة العقد المبرم بوسائل سمعية-بصرية، عن طريق وسائل المحادثة المباشرة عبر الإنترنت أو الهاتف المرئي، فهناك على الأقل فرصة لرؤية الطرف الآخر، ويمكن التحقق من سنه وأهليته، بأن يطلب المتعاقد معه ما يثبت كمال أهليته وصفته.

ونشير في هذا السياق، إلى مسألة عملية شائع العمل بها في المعاملات الإلكترونية عبر المواقع على شبكة الإنترنت، وهي وجوب التعريف بالبيانات الشخصية لكلا الطرفين الراغبين في التعاقد، لتأكيد هويتهما من جهة، ولإبداء نيتهما في الالتزام وعلى أنهما على تمام الأهلية لإبرام العقد.

لكن كأي عقد آخر، لا يكفي أن تكون الإرادة موجودة حين التعاقد بطريقة إلكترونية بل ولا بد من أن تسلم من أي عيب من عيوب الرضا. ولا تخرج العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عن القواعد العامة بهذا الخصوص، ولكن ما يطرح الإشكال بالأساس هو الوسيلة التي ينعقد بها العقد، والتي حتما ستؤثر في سلامة الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية، وهذا نفسه مرمى بحثنا في **المبحث الثاني**.

المبحث الثاني
تحري سلامة الإرادة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

سبقت الإشارة، إلى أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تتميز بغياب التواجد المادي لأطراف الرابطة التعاقدية لحظة إبرامها. وتبعا لذلك فإن التحقق من هوية وشخصية المتعاقدين، قد لا تكون - في مجال التعاقد بوسائل إلكترونية - بالسهولة نفسها التي كان تبحث بها، في التعاقد وفق الطرق التقليدية للتعاقد عن بعد[562].

فلا صعوبة تذكر، حينما يتم التعاقد بين حاضرين يضمهما مجلس عقد واحد، إذ يسمح حضورهما المادي لكليهما، بالتحقق من هوية الطرف الآخر، ومن صفته في التعاقد، والتحقق من سلامة المستندات وتاريخ إبرام التصرف، ومن مكان انعقاده،.... .

كما أن التعاقد من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية التقليدية، كالفاكس أو التلكس أو التلفون، لم يكن معقدا بل سهلا وبسيطا، بحيث من السهولة معرفة جهة اتصال مقدم الخدمة ومكان وهوية الطرف الآخر في العقد، من خلال الرقم الكودي للدولة.

في حين، أن المتعاملين عبر وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنيت، أو الهاتف النقال، أو عبر أي وسيلة إلكترونية قد تظهر في المستقبل يفتقرون لذلك التحديد. فقد لا يكون العنوان الإلكتروني المتعاقد من خلاله مرتبطا ببلد معين، كما هو الشأن في العناوين الإلكترونية التي يشار إليها في المقطع الأخير منها بـ: (com.) أو (org.).

وتصعب مراقبة العناوين الإلكترونية التي يستخدمها المتعاقدون للتحقق من هوية الطرف الآخر، بحيث وإن تم التوفر على قاعدة للمعطيات تتضمن البيانات الخاصة للتحقق من هوية الأشخاص، فلا بد من إخبار المعني بالأمر وأخذ موافقته، للإطلاع على معطياته ذات الطابع الشخصي[563].

بذلك مسألة التأكد من الأهلية لإبرام المعاملات الإلكترونية، هي مسألة فنية بالدرجة الأولى، وتحتاج إلى نظرة معمقة وحوار مشترك بين خبراء متخصصين في مجال الحاسوب وشبكة المعلومات الدولية، ورجال القانون والباحثين المهتمين بهذه المسائل الحديثة، بغية إيجاد تقنيات متطورة، تسهم في حل هذه المشكلة من الناحية القانونية.

---

[562] Deprez P, Fauchoux V., Op.cit. p. 143.

[563] عرفت الفقرة 1 من م. 1 من القانون رقم 09-08 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي بأنها: "كل معلومة كيفما كان نوعها بغض النظر عن دعامتها، بما في ذلك الصوت والصورة، والمتعلقة بشخص ذاتي معرف أو قابل للتعرف عليه والمسمى بعده "بالشخص المعني".

ويكون الشخص قابلا للتعرف عليه، إذا كان بالإمكان التعرف عليه، بصفة مباشرة أو غير مباشرة، ولاسيما من خلال الرجوع إلى رقم تعريفه أو عنصر أو عدة عناصر، مميزة لهويته البدنية أو الفيزيولوجية أو الجينية أو النفسية أو الاقتصادية أو الثقافية أو الاجتماعية". ونصت م.12 من نفس القانون الآنف الذكر، أن المعطيات ذات الطابع الشخصي باستثناء أحكام تشريعية خاصة تخضع إلى إذن مسبق، وذلك وفق الشروط المنصوص عليها في م. 4، والتي أوجبت ضرورة الحصول على موافقة الشخص المعني بالأمر. وطبقا للمادة 5 من المرسوم رقم 98-257 المؤرخ في 25 أغسطس 1998، المتعلق بالشروط العامة لاستغلال الشبكات العامة للمواصلات، يلزم مستغلو الشبكات العامة للمواصلات بالتقيد بالنصوص التشريعية المعمول بها فيما يتعلق بسرية الاتصالات والمراسلات وبحماية حياة الأشخاص الخاصة... .

ولا توجد لتاريخ الآن، وسائل تقنية كاملة وحاسمة، للتحقق من أهلية الطرفين المتعاقدين بطريقة إلكترونية. ولا يجب أن تحول هذه الصعوبات، دون التأكد من شخصية المتعاقد وأهليته القانونية في مجال المعاملات الإلكترونية، لما في ذلك من مصلحة للطرفين المتعاقدين.

وتبرز أهمية تحديد هوية الأطراف، من حيث التعرف على الطرف الآخر الذي قبل العرض، وهل فعلا يتمتع بأهلية التعاقد، مع العلم أنه من الصعب على المتعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، مراقبة توافر كل شخص يتعاقد معه على الأهلية القانونية والتحقق من هويته. فالعقد لن يكون سليما من الناحية القانونية، إلا إذا تم بين شخصين يتمتع كل منهما بالأهلية القانونية[564].

على أنه يمكن التحقق من وجود إرادة الأطراف المتعاقدة، باتفاقهم على رمز سري أو شفرة توضع على الوثيقة محل التعاقد، أو عن طريق وسيط يستوثق من هويتهم، عن طريق كلمة المرور «Mot de passe»، بحيث يقترن استخدام هذه الكلمة بشخص المتعاقد[565].

كما يضمن المفتاح السري والمفتاح العلني تحديد هوية المتعاقد الحقيقي، عندما يوقع الطرف المرسل للرسالة بمفتاحه السري ويتم التحقق منه من قبل المرسل إليه، عن طريق تطبيق المفتاح العلني للمرسل على المفتاح السري، وإذا ثبت صلاحيتها تأكد المرسل إليه أن الباعث بالرسالة هو المتعاقد الحقيقي[566].

إذن، مسألة التأكد من شخصية المتعاقد ومدى صلاحيته لإبرام التصرفات القانونية في شكل إلكتروني، مسألة غاية في الأهمية، وذلك لضمان حماية الأطراف المتعاقدة من خطر التعاقد مع قاصر، أو مع من يدعي أنه ممثل لشركة معينة أو وكيل أو شريك في التعاقد[567]، ولا بد من تقنيات ووسائل تمكن من التحقق من أهلية وهوية الأطراف المتعاقدة، هذا ما سأفصل الحديث عنه من ناحيتين: الأولى، تقنية محضة (**المطلب الأول**) والثانية، قانونية (**المطلب الثاني**).

---

[564] ويستدل على ذلك بموجب ف. 3 من ق.ل.ع. الذي يقضي بأن "كل شخص أهل للإلزام والالتزام ما لم يصرح قانون أحواله الشخصية بغير ذلك". ومفاد ذلك، أن كل من كان غير كامل الأهلية لا يكون أهلا للتعاقد، وتكون تصرفاته قابلة للإبطال.

[565] Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Le commence électronique considérations juridiques, Etude établie par le secrétariat de la CRUCED en 15 Mai 1998. A consulter sur: www.unctad.org/fr/docs/pobfb/f.pdf. p. 23. (M.S.J, Oct. 2009).

[566] Contrat d'utilisation et licence électronique:
ww.techdata.com/image/sd/tecdat/1195.PDF, p. 1 (M.S.J, Oct. 2009).

[567] محمد حسين منصور، م.س.ص. 270.

المطلب الأول
الوسائل التقنية للتحقق من أهلية وهوية الأطراف المتعاقدة

لعل العلم بتطوراته التكنولوجية، لا يقف حائرا لإيجاد السبل الكفيلة بحماية التعاقدات التي تتم بوسيلة إلكترونية - وإن كان لا توجد وسائل تقنية حاسمة في هذا المجال - ويتعلق الأمر بوسائل تقنية يمكن اللجوء إليها للتثبت من أهلية وهوية الأطراف المتعاقدة، ويتعلق الأمر ب: سلطات التصديق الإلكتروني (**الفقرة الأولى**)، تقنية الجدار الناري (**الفقرة الثانية**)، تقنية التوثق من المواقع (**الفقرة الثالثة**)، تقنية العنوان الإلكتروني (**الفقرة الرابعة**)، تقنية الوسيط الإلكتروني الضامن (**الفقرة الخامسة**).

الفقرة الأولى: دور سلطات التصديق الالكتروني في التحقق من هوية وأهلية الطرفين المتعاقدين إلكترونيا

مما لا شك فيه، أن الثقة في المعاملات الإلكترونية وتوفير الأمان اللازم لحمايتها، من الضمانات الأساسية لتشجيع التعامل من خلال الوسائل الإلكترونية، مما يستوجب توفير كل الضمانات المخولة تحديد هوية المتعاقدين ومدى أهليتهم لإبرام المعاملات العقدية.

ولتحقيق هذا الهدف، كان لا بد من اللجوء إلى طرف ثالث موثوق به ومحايد[568]، سواء كان هيئة عامة أو خاصة، للتوثق من الطرفين من خلال التوقيع الإلكتروني. وهذا من شأنه أن يولد الأمان لدى المتعاقدين والمصداقية في التعامل، ويضمن عدم إنكار أحدهما لهوية وأهلية الطرف الآخر.

وقد جعل المشرع المغربي بموجب المادة 21 من القانون رقم 05-53 من ضمن التزامات مكتسب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية[569]، "التحقق من هوية الشخص الذي سلمت له شهادة إلكترونية ومطالبته بالإدلاء بوثيقة هوية رسمية للتأكد أن الشخص يتوفر على الأهلية القانونية للالتزام من جهة، والصفة التي يدعيها من جهة أخرى، والمحافظة على مميزات ومراجع الوثائق المدلى بها لإثبات هذه الهوية وهذه الصفة".

---

[568] بموجب الفقرة الأولى من المادة 21 من قانون رقم 05-53 لا يمكن أن يكتسب صفة مزود خدمة المصادقة الإلكترونية الشخص الطبيعي، بعكس ما هو منصوص عليه في التشريع التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، الذي أعطى هذه الإمكانية لأي شخص سواء كان طبيعيا أو معنويا لممارسة مهمة المصادقة الإلكترونية. على أننا نلاحظ أن المشرع المغربي بموجب المادة 22 من القانون السالف الذكر قد قرر استثنائين: الأول وهو تمتع الشهادات المسلمة من قبل مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية بالخارج، بنفس القيمة القانونية التي تتمتع بها تلك المقدمة من مقدم خدمات المصادقة مقره بالمغرب، إذا كان هناك اتفاق يقضي بالاعتراف المتبادل بين المغرب وبلد مقدم الخدمات. أما الاستثناء الثاني فنصت عليه الفقرة 2 من المادة 22، ويتعلق بإمكانية اعتماد مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية المتواجد مركز نشاطه في دولة أجنبية، إذا كانت هذه الدولة قد أبرمت مع المغرب اتفاقية للاعتراف المتبادل بمقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية.

[569] لمزيد من الاطلاع حول الالتزامات الخاصة بمقدمي خدمات التصديق الإلكتروني: محمد بومكوسي، التوقيع الإلكتروني، رسالة سابقة، ص. 30 وما بعدها. وأيضا، ضياء نعمان، مقال سابق، ص. 127 ومابعدها.

ويلعب مقدم خدمات المصادقة الالكترونية في مجال التوثق من المعاملات الإلكترونية، حيث يعتبر همزة وصل بين المرسل والمرسل إليه، ولولا وجود هذا الشخص لأحجم الكثير من المتعاقدين عن الإقدام على التعامل القانوني الإلكتروني. فكل من المتعاقدين يحتاج في هذه المعاملات، إلى شخص محل ثقة يؤكد هوية المتعاقد معه وصحة توقيعه[570].

وتسمح سلطات التوثيق "Autorités de certification"[571] بالتعرف على هوية المتعاقدين وأهليتهما، عن طريق إصدارها لما يسمى بشهادات إلكترونية مؤمنة، بحيث تمنح التواقيع الإلكترونية ومراقبتها، لتحديد هوية الشخص الموقع. فهذا التوقيع الإلكتروني موثق من قبل سلطات التوثيق[572]، مما سيوفر الأمان للمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية، وبالتالي التأكد من صحة بيانات صاحب الشهادة؛ أي تحديد هوية الطرف المتعاقد والتأكد من أنه أهل لإجراء المعاملة الالكترونية[573].

وقد تطورت تقنيات التوقيع الإلكتروني بشكل كبير، حتى غدا من الوسائل المثلى للتحقق من شخصية وهوية الطرف المتعاقد معه، إذ تمكن هذه التقنية من نسبة التوقيع إلى شخص واحد فقط، هو الموقع، وبالتالي إضفاء الحجية القانونية على العقد الذي أبرم بطريقة إلكترونية.

ويرتبط التوقيع الإلكتروني بالشخص الذي أصدره، أي موقعه. ويجب أن يتم إنشاء التوقيع بوسائل تتيح للموقع الاحتفاظ بها تحت مراقبته الخاصة بصفة حصرية، وأن يضمن التوقيع وجود ارتباط بالوثيقة المتصلة به، بكيفية تؤدي إلى كشف أي تغيير لاحق قد يدخل عليها. بذلك يضمن التوقيع الإلكتروني انضمام صاحب التوقيع لمضمون العقد، بمجرد أن يضع توقيعه أسفل الوثيقة، حيث يترجم بذلك حالة رضائية على الموافقة[574].

الفقرة الثانية: تقنية الجدار الناري

يتيح الإنترنيت لأي شخص الوصول من خلاله إلى أي شخص آخر، لذا تخشى العديد من الشركات والمؤسسات الارتباط بالإنترنيت، خشية الولوج إلى معلوماتها السرية.

على أن هناك تقنيات تستعمل لحماية الشبكات الخاصة من الدخول، وتمنع الوصول غير المشروع للشبكة، حيث تحمي وحدات التحكم والإرسال في الإنترنيت.

---

[570] محمد بومكوسي، رسالة سابقة، ص. 34.

[571] اختلفت التشريعات التي نظمت مجال المعاملات الالكترونية في التسمية التي تطلقها على الجهة التي تصدر شهادات التوثيق الالكترونية، فأطلقت عليها تسميات متعددة، نذكر منها: "مزود خدمات التصديق" (م. 2 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي)؛ و"مزود خدمات المصادقة الإلكترونية" (م. 2 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي)؛ و"جهة مختصة مرخصة أو معتمدة لإثبات نسبة التوقيع الإلكتروني" (م. 1 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني)؛ و "مزود خدمة شهادات التصديق" (م. 1 من قانون التجارة الإلكترونية البحريني). ويبدو تأثر هذه التشريعات بالتسمية التي اعتمدها قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

[572] أسندت هذه المهمة في المغرب لبريد-بنك.

[573] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 70.

[574] العربي جنان، التبادل الإلكتروني، م.س.ص. 44.

- «faculté» هو اسم المستخدم
- (@) تعني موجودة لدى.
- "menara" الجهة المضيفة.
- (ma.) الموقع موجود بالمغرب.

ويسمح العنوان الإلكتروني بتبادل الرسائل الإلكترونية عبره، على أنه الآن أصبحت العديد من الشركات تمنح هذه الخدمة مجانا، ولا تقوم الأجهزة الإلكترونية بالتحقق من مدى مصداقية المعلومات التي يدلي بها العميل.

والاسم المستخدم قد يكون حقيقيا، كما قد يكون مستعارا. ولكن هذه الحرية ليست مطلقة، فالمشرع المغربي في الفصل 84 بند 1 و4 من ق.ل.ع، أعطى الحق في التعويض إذا ما تم استعمال اسم أو علامة تجارية، بشكل من شأنه جر الجمهور إلى الغلط. وأيضا، إذا ما استعمل شخص اسما من شأنه أن يحمل الناس على الاعتقاد، أنه قد حل محل مؤسسة معروفة من قبل، أو أنه يمثلها وذلك بواسطة النشرات وغيرها من الوسائل.

وبالرجوع إلى الفصل 385 من القانون الجنائي المغربي[580]، نجده يعاقب بغرامة من مائتين إلى ألف درهم، كل من انتحل لنفسه بغير حق اسما غير اسمه الحقيقي في ورقة عامة أو رسمية أو في وثيقة إدارية موجهة إلى السلطات العامة". كما عاقب الفصلان 390 و391 من نفس القانون، على انتحال اسم أو صفة الغير.

كما تم اتخاذ مجموعة من التدابير لحماية المستهلك المغربي، وذلك بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وذلك بموجب المادة 24 التي نصت على أنه "يجب على المورد عند القيام بكل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني:

---

[579] = ويمكن تعريف الهوية الإلكترونية بأنها اسم حقيقي أو مستعار، يفرد على الإنترنت ويسمح بتحديد صاحبه مكانيا وجغرافيا عن طريق "Uniform ressource location (URL)". انظر:

- Richard Milchir, marques et noms de domaine de quelques problèmes actuels, Lamy droit commercial, Juillet 2000, Bulletin d'actualité, p. 2; V. aussi, Grégoire L'oiseau, Noms de domaine et Internet: Turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999, Chron., p. 245.
- Coup d'appel de Paris, 28 Janvier 2000, JCP, Ed. E., 2000, p. 1856.

ولمزيد من التفاصيل يمكن الرجوع إلى:

Feral-schull, cyber droit, le droit à l'épreuve de l'internet, 3ème Ed., Dalloz, Janvier, 2002 .V. aussi, Hamalian Seti, Internet: conflits et solutions :
http://www.lapointerosenstein.com/fichier/listelibrary/35/Sha-conflits.pdf, p.1.
(M.SJ, Fév. 2010).

[580] ظهير شريف رقم 1-59-413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، كما عدل بالقانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعرفة للجميع، ع. 8، يونيو 2007، ص. 163.

- تقديم معلومات واضحة ومفهومة حول حق التعرض في المستقبل على تلقي الإشهارات؛
- تحديد وسيلة ملائمة لممارسة الحق المذكور بفعالية عن طريق البريد الإلكتروني ووضعها رهن تصرف المستهلك؛

يمنع عند إرسال كل إشهار عن طريق البريد الإلكتروني:
- استعمال العنوان الإلكتروني للغير أو هويته؛
- تزييف أو إخفاء كل معلومة تمكن من تحديد مصدر الرسالة الموجهة عن طريق البريد الإلكتروني أو مسار إرسالها.

تطبق أحكام هذه المادة كيفما كانت التقنية المستعملة للاتصال عن بعد".

هنا نتساءل، ماذا لو أن أحد المتعاقدين في عقد مبرم بطريقة إلكترونية، أعطى اسما مستعارا؟. من وجهة نظري، يكون الأصوب الرجوع إلى القواعد العامة في العقود، التي تقتضي أن يتضمن العقد أسماء المتعاقدين وصفتهما وعناوينهما، والتي يجب أن تكون حقيقية.

ونشير هنا، إلى تعارض المقتضيات العامة، مع ما نص عليه المشرع المغربي بموجب القانون رقم 08-31.

ففي المادة 11 من القانون رقم 05-53، تطرق المشرع المغربي إلى إمكانية استعمال الاسم المستعار وذلك في البند (ج) من هذه المادة، حينما جعل ضمن المعطيات التي يجب الإدلاء بها للحصول على الشهادة الإلكترونية[581] المسلمة من لدن مقدم لخدمات المصادقة الإلكترونية، معتمد من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية: "اسم الموقع صاحب الشهادة الإلكترونية المؤمنة أو اسمه المستعار عند وجوده، وفي هذه الحالة الأخيرة يتعين التعريف به بهذه الصفة".

أما القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، في البند 2 من المادة 29 منه، أوجب أن يتضمن العرض المتعلق بالعقد المبرم عن بعد، "اسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه، وبريده الإلكتروني وعنوانه وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير المورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض".

كما أضافت الفقرة الثانية من المادة 29 المذكورة سابقا، أحكاما خاصة بالتاجر السيبراني، بحيث
"- إذا كان خاضعا لشكليات القيد في السجل التجاري، فرقم تسجيله، ورأسمال الشركة.
- إذا كان خاضعا للضريبة على القيمة المضافة، فرقم تعريفه الضريبي.
- إذا كان نشاطه خاضعا لنظام الترخيص، فرقم الرخصة وتاريخها والسلطة التي سلمتها.

---

[581] لا ينبغي الخلط بين الشهادة الالكترونية التي تهدف إثبات العلاقة بين معطيات التوقيع والموقع، وبين شهادة المطابقة التي تخص آلية إنشاء التوقيع. فالشهادة الأولى هي سند يعد بشكل إلكتروني، وهي مؤمنة وتستوجب أن يقوم بتسليمها أحد مقدمي خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمدين من قبل السلطة الوطنية (الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات)، شرط اشتمالها على بيانات مختلفة، تتعلق بالموقع صاحب الشهادة، ومصدرها أي مقدم الخدمة، وبالشهادة نفسها، وبالتوقيع الإلكتروني سواء للموقع أو لمقدم الخدمة. لمزيد من الاطلاع انظر: مصطفى مالك، مقال سابق، ص.40 وما بعدها.

- إذا كان منتميا لمهنة منظمة، فمرجع القواعد المهنية المطبقة، وصفته المهنية، والبلد الذي حصل فيه على هذه الصفة، وكذا اسم الهيئة أو التنظيم المهني المسجل فيه"[582].

بعض الشراح ذهب إلى القول، بأنه ليس من الصواب اعتبار مستخدم الإنترنت شخصا مجهولا، فسواء أكان مقدم خدمة أو سلعة أو طالبا لها لا يمكنه استخدام الإنترنت، إلا بعد التعريف بنفسه بإدخال عنوان وكلمة سر ومستخدم خدمات شركة متخصصة، لربط حاسوبه بالشبكة «Provider ou fournisseur d'accès»[583].

ويمكن من خلال العديد من برامج الحاسوب الموجودة في الكثير من المواقع على الإنترنت، تقصي أثر المرسل أو المتعاقد عن طريق إظهار العنوان الرقمي، ومن ثم تتبع هذا العنوان والوصول إلى مركز الخدمة الذي استعمله الطرف الآخر، وإن كان لا يستطيع معرفة من هو هذا المتعاقد الآخر[584].

ومن الناحية الفنية، هناك بعض الحلول التي نجد الكثير من المواقع تستخدمها، ويتعلق الأمر ببرامج متعددة للتحقق من السن القانوني لزائري الموقع، ويكون ذلك متاحا من خلال الإدلاء برقم بطاقة الائتمان التي تكفل تحديد سن المستخدم وبيان الهوية.

ويتم ذلك بعد أن يقوم المستخدم، بإدخال بياناته التي تكشف عن هويته لإدارة الموقع الالكتروني الذي يرغب في إجراء معاملات تجارية معه، ثم يدخل الرقم السري لبطاقة ائتمانه حيث يتم التحقق من صحة البيانات ومدى استيفائها للشروط القانونية المطلوبة. فإذا ما ثبت صحتها وشرعيتها، يمنح المستخدم رقما خاصا أو كلمة سر خاصة به.

وتتطلب بعض التشريعات المقارنة في العقود المبرمة عن بعد، أن تتضمن اسم وعنوان التاجر، كالمادة L 121-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي[585]، التي أوجبت على العارض المحترف أو الموجب بأن يدلي بكافة البيانات التي تحدد شخصيته بوضوح للمستهلك: مثل اسم الشركة، وطبيعتها القانونية، وعنوانها، ومقرها الرئيسي إذا كانت لها فروع... .

---

[582] يلاحظ من خلال المادة 177 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، أن المشرع المغربي يعاقب على مخالفة أحكام المواد 29 و30 و32 بغرامة من 1200 إلى 10000 درهم. على أن هذه الغرامة ترفع إلى الضعف في حالة العود. مما يعني إحاطة المشرع المغربي المستهلك عن بعد عموما، وبطريقة إلكترونية على وجه التحديد، بحماية مهمة.

[583] Pierre Huet, avec le concours de Herbert Maisl, Jérôme Huet, André Lucas, Le Droit du multimédia: De la télématique à internet, Ed. Téléphone, Paris, AFTEL (Association française de la télématique multimédia), 1996, p. 217.

[584] في الجرائم المرتكبة عبر الإنترنت، يتم اللجوء إلى مراكز خدمة الإنترنت لتحديد هوية الطرف الآخر.

[585] يمكن الإطلاع على نص هذا القانون من خلال الموقع التالي: www.Legifrance.gouv.fr (M.S.J, Jan.2009)

من الوسائل التقنية أيضا، "الكتابة الكودية la cryptologie": وبموجب هذه الطريقة، تعطى الكتابة صورة لا يمكن قراءتها، إلا باستخدام مفتاح، أو كود خاص، أو كلمة سر، أو شفرة محددة بين طرفي العقد[586].

الفقرة الخامسة: تقنية الوسيط الإلكتروني الضامن

هناك طريقة تقنية أخرى، ويتم اللجوء فيها إلى طرف ثالث، يقوم بدور الوسيط بين المتعاقدين، وتأخذ هذه الوساطة أحد الشكلين:

- **الشكل الأول:** الوسيط الضامن "le tiers certificateur": حينما يتم اللجوء إلى الوسيط الضامن، يقوم بالتحقق من شخصية المتعاقدين ويأمن سرية وصحة المعلومات المتبادلة والاحتفاظ بدليل الإثبات[587]. فدوره هنا، يشبه دور موثق العقود، لأنه يضفي على العقد شكلا رسميا.

- **الشكل الثاني:** وهو علامة الجودة، حيث تمنح علامة جودة على المواقع التي تلتزم بقواعد الأمانة والمصداقية. وتظهر هذه العلامة على صفحات الموقع، فتحظى بثقة الجمهور.

هناك تقنية أخرى، وتتمثل في إدخال رقم البطاقة الائتمانية للتأكد من أهلية المتعاقد. لكنها تقنية غير كافية في نظر بعض الفقه، إذ كثيرا ما تتم قرصنة البطاقات الائتمانية. لذلك، تبقى الحاجة إلى البحث عن وسيلة أكثر أمنا لضمان التحقق من أهلية المتعاقد بطريقة إلكترونية[588].

هذا عن الوسائل التقنية التي تمكن من تحري سلامة الإرادة والتثبت من صفة وأهلية المتعاقد معه، فماذا عن الوسائل القانونية ؟. هذا ما سنتطرق إليه من خلال **المطلب الثاني**.

المطلب الثاني
التقنيات القانونية لتحري سلامة الإرادة المعبر عنها إلكترونيا والتوثق من أهلية المتعاقدين

من الثابت قانونا، أن إرادة الإنسان حرة بطبيعتها، ولا يمكن أن يتقيد الإنسان إلا بإرادته. فهي أساس التصرف القانوني، تنشئه وتحدد آثاره[589]. وهذا ما يعبر عنه الفقه، بمبدأ سلطان الإرادة «l'autonomie de la volonté». ويشتمل على فكرتين: الأولى، وهي أن كل الالتزامات ترجع في مصدرها إلى الإرادة الحرة للأطراف. والثانية، أن أثر الإرادة لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل تعتبر الإرادة المرجع الأعلى فيما يترتب على هذه الالتزامات من آثار[590].

---

[586] كلمة شفرة، مأخوذة من الكلمة الفرنسية "chiffrer" أي ترقيم، وهو يعني تحويل نص لغوي إلى أرقام أو نص رقمي، وواضع هذه الطريقة العالم العربي الخوارزمي، ويطلق عليها " الخوارزميات les algorithmes"، وبذلك، تحتفظ رسالة البيانات بسرية المعلومة التي تحملها، وإن مرت عبر آلاف القنوات في الإنترنت قبل أن تصل إلى المتعاقد الآخر، كما يطمئن الأطراف أنها وصلت دون تحريف أو تزوير في محتواها، انظر: صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 31 و32.

[587] A. Bensoussan, Internet, aspects juridiques éd., Hermès, 1996, p. 72.

[588] محمد سعد خليفة، مشكلات البيع عبر الإنترنيت، دار النهضة العربية، 2002، ص. 70.

[589] عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، 1984، بند 27، ص. 41.

[590] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 185، بند 43.

ويعني التحقق من هوية الأطراف، التأكد من سلامة إرادتهم بشكل يتجاوز مجرد التحقق من اسم المستخدم والكلمات السرية والتي تعتبر بحد ذاتها، وسيلة قوية للتحقق من هوية المتعاقد. فكلمات السر، يمكن نسخها أو إعادة استخراجها من جديد بطرق تقنية، أما الأساليب القوية للتحقق من هوية المستخدمين، فتستخدم أساليب التشفير مثل: الشهادات الرقمية، أو برامجيات التشفير الرقمية الخاصة.

ويمكن تحديد هوية الأطراف بتحديد محل إقامتهم، على اعتبار أن فكرة الإقامة تشير إلى مكان ثابت ودائم يتم فيه إبرام العقد. لكن هذا الشرط، لا يمكن أن نجده في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة تلك التي تتم عبر الانترنيت.

على أن العنوان الإلكتروني، لا يشكل بأي حال محل إقامة ثابت بالمعنى المفهوم. كما أنه لا يحمل أي مؤشرات صحيحة تدل على الإقامة، ولو أن صاحب الموقع قام بتسجيل موقعه كعنوان إلكتروني وطني. فليس هناك البتة، ما يضمن التطابق بين محل الإقامة والمؤشر الوطني، الذي تم فيه تسجيل العنوان الإلكتروني، لأن سياسة منح هذه العناوين الإلكترونية متنوعة من مكان لآخر، ولا تطابق التوطين الحقيقي لأطراف[591] افتراضية[592].

وفي هذا السياق، نشير إلى المادة 121-18 من قانون الاستهلاك الفرنسي، التي ألزمت التحقق من شخصية الأطراف المتعاقدة، على نحو يحقق الأمان والثقة المتبادلة في المعاملات، ويلتزم التاجر أو مقدم الخدمة بأن يتيح لعميله كافة البيانات التي تفصح عن هويته، بما في ذلك أهليته القانونية وكافة عناصر تحديد الشخصية سواء المادية أو الإلكترونية.

وقد ألزمت التوجيهة الأوروبية رقم CE- 97-7 الصادرة في 6 من ماي 1997 بشأن البيع عن بعد، بموجب المادة 1/4 عند إبرام العقد عن بعد عبر تقنيات الاتصال تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، بما في ذلك بيان الأهلية القانونية. كما تطلبت التوجيهة الأوروبية رقم CE-31-2000 بشأن التجارة الالكترونية، ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية.

إضافة لما سبق، نجد أن قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، قد حرص على ضرورة التأكد من الهوية، حيث تنص المادة 13 بشأن إسناد رسائل البيانات، بأنه:

"1- تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه.

2- في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه تعتبر رسالة البيانات صادرة من المنشئ إذا أرسلت: من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات ...".

بذلك، الإرادة والهوية، يمكن أن نتلمسها والتحقق منهما وفق طريقتين، وهما:

أ- الأخذ بمنشأ أو أصل الرسالة الإلكترونية (إسناد الرسالة إلى منشئها) (الفقرة الأولى).

ب- التحقق من الأهلية والهوية بواسطة التوقيع الإلكتروني (الفقرة الثانية).

---

[591] Karim Seffar et Karim Benyekhlef, Commerce électronique et normativités alternatives, University of Ottawa law & technology journal, 3:2 UOLTJ, 2006, p. 361.

[592] Éric Dubuisson, La personne virtuelle: propositions pour définir l'être juridique dans un échange télématique, Droit de l'informatique et des télécoms N° 5, 1995, p.3.

الفقرة الأولى: إسناد الرسالة إلى منشئها

رأينا سابقا أن الحاسوب ليس سوى وسيلة للتعاقد، فمن تعاقد عن طريق الحاسوب تنسب الإرادة إليه شخصيا وليس إلى الحاسوب، وهذا نفسه ما أخذ به قانون الأونسيترال النموذجي في شأن التجارة الإلكترونية حيث نصت الفقرة الأولى المادة 13 منه على أنه "تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها بنفسه".

فهذه الفقرة أسندت رسالة البيانات، إلى المنشئ أي المرسل، وليس إلى الجهاز. وتنص الفقرة الثانية من نفس الفصل، على أنه "في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا أرسلت:

(أ) من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات؛

أو (ب) من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا".

كما نصت المادة 6 من مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية بأنه "تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ إذا توافرت إحدى الحالات الآتية:

أ- إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه.

ب- إذا صدرت رسالة البيانات من نظام معلوماتي مبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ.

ج- إذا طبق المرسل إليه تطبيقا صحيحا، إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ من أجل التأكد من أن رسالة البيانات قد صدرت عن المنشئ لهذا الغرض.

د- إذا كانت رسالة البيانات، كما تسلمها المرسل إليه، ناتجة عن أساليب يستخدمها المنشئ لإثبات أن رسالة البيانات صادرة عنه".

واشترطت المادة 7 من نفس مشروع القانون السالف ذكره، حالات ثلاث لتعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، وهي:

" أ- إذا استلم المرسل إليه من المنشئ إخطارا يفيد فيه بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه، يشترط في هذه الحالة أن يتاح للمرسل إليه وقت كاف للتصرف على أساس ما ورد في الإخطار.

ب- إذا علم المرسل إليه أو كان يفترض فيه أن يعلم أن رسالة البيانات لم تصدر عن المنشئ وذلك إذا ما بذل عناية معقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه مع المنشئ.

جـ- إذا كان من غير المعقول للمرسل إليه أن يعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ أو أن يتصرف على أساس هذا الافتراض".

وعليه، تعتبر رسالة البيانات صادرة عن منشئها، في الحالتين التاليتين:

- **الحالة الأولى:** إذا كانت رسالة البيانات صادرة عن المنشئ نفسه أو من شخص آخر، شريطة أن تكون له صلاحية التصرف نيابة عن صاحب الإرادة (المنشئ). ويتحقق ذلك عندما يكون الشخص الذي قام بالإرسال، نائبا أو وكيلا عن صاحب الإرادة، أو غير ذلك من صور النيابة في التعاقد[593].

[593] صالح المنزلاوي، م.س.ص. 376؛ انظر أيضا عمر خالد زريقات، م.س.ص. 113.

- **الحالة الثانية:** إذا كانت الرسالة قد أرسلت من نظام معلوماتي مبرمج من قبل المنشئ. ويشترط في هذه الحالة، أن يكون الحاسوب مبرمجا ويعمل بشكل تلقائي ومباشر، وأن يكون تحت هيمنة وسيطرة المنشئ (صاحب الإرادة).

وبذلك يحق للمرسل إليه، اعتبار رسالة البيانات صادرة عن المنشئ، ويتصرف على هذا الأساس لإتمام العملية التعاقدية إلكترونيا، إذا ما طبق المرسل إليه تطبيقا سليما إجراء سبق وأن وافق عليه المنشئ للتحقق من أن رسالة البيانات قد صدرت عن هذا الأخير[594]، أو إذا كانت رسالة البيانات صدرت عن شخص آخر تمكن بحكم علاقته بالمنشئ من الوصول إلى الطريقة التي يستخدمها المنشئ لإثبات أن الرسائل صادرة عنه شخصيا[595].

لكن، في هاتين الحالتين الأخيرتين تستبعد الأحكام الخاصة من التطبيق، ولا تطبق في الفروض الثلاثة التالية:

الفرض الأول: إذا تسلم المرسل إليه إشعارا من المرسل، يفيد بأن رسالة البيانات لم تصدر عنه، ويشترط لذلك أن يكون هناك وقت كاف يسمح للمرسل إليه بالتصرف، على أساس أن الرسالة لا تنسب إلى المنشئ[596].

الفرض الثاني: إذا علم المرسل إليه - بوسائله الخاصة - حقيقة أو حكما، أن الرسالة التي توصل بها لم تصدر عن المنشئ، فإن المشرع هنا، سوى بين العلم الحقيقي والعلم الحكمي. أي بين الحالة التي علم فيها المرسل إليه، أو التي كان يجب عليه أن يعلم فيها - إذا بذل العناية المعقولة - أو استخدم أي إجراء متفق عليه بينه وبين المنشئ[597].

الفرض الثالث: إذا علم المرسل إليه أو كان عليه أن يعلم -إذا بذل العناية المعتادة- أن الرسالة لا يعقل أن تكون صادرة من المنشئ، أي لا يعقل أن تكون الرسالة كما تسلمها هي الرسالة التي قصد المنشئ إرسالها إليه[598]. فعندما يتلقى المنشئ إقرارا باستلام من المرسل إليه، يفترض أن المرسل إليه قد استلم رسالة البيانات ذات الصلة، ولا ينطوي هذا الافتراض ضمنا على أن رسالة البيانات التي أرسلت تتطابق مع الرسالة التي وردت[599].

---

[594] راجع الفقرة 3-أ من المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.
[595] راجع الفقرة 3-ب من المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.
[596] الفقرة 4/ب من المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.
[597] الفقرة 4/ب من المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.
[598] راجع الفقرة 5 من المادة 13 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.
[599] الفقرة 6 من المادة 14 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.

في أوروبا، نجد أن الاتفاق النموذجي لتبادل البيانات إلكترونيا للمملكة المتحدة، يوجب أن تحدد جميع الرسائل هوية المرسل والمرسل إليه. ويجب أن تشمل الرسائل، وسيلة للتحقق من أن الرسالة كاملة وصحيحة، وذلك إما بواسطة تقنية مستخدمة في الرسالة ذاتها أو بطريقة أخرى ينص عليها في البروتوكول الإضافي[600].

كما أوجبت التوجيهة الأوروبية لتبادل البيانات إلكترونيا، أن تشمل رسالة البيانات "الإجراءات الأمنية للتحقق من منشئ الرسالة والتحقق من صحتها وعدم رفض منشئ الرسالة لها وتلقي رسائل البيانات إلكترونيا مع مراعاة سريتها". ويؤكد هذا الاتفاق النموذجي، على أن "التدابير الأمنية للتحقق من منشئ الرسالة وصحتها إلزامية في تبادل البيانات إلكترونيا".

وللتحقق من هوية المتعاقدين، أوصت المادة 5 من التوجيهة الأوربية الصادرة في 8 يوليوز 2002 وكذا المادة 14 من مشروع الأمم المتحدة بشأن التعاقد الإلكتروني بين الدول الأعضاء، بأن يقدم مقدم الخدمة لمتلقيها بشكل دائم: اسمه، وعنوانه الجغرافي، وعنوانه الإلكتروني، واسم السجل التجاري المقيد به، ورقمه، وأي معلومات أخرى تفيد في تحديد هويته.

أجاز المشرع المغربي من جهته في الفصل 3-65 ق.ل.ع "توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد، أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة".

كما "يمكن إرسال المعلومات إلى المهنيين عن طريق البريد الإلكتروني ابتداء من الوقت الذي يدلون فيه بعنوانهم الإلكتروني". أما "إذا كان من الواجب إدراج المعلومات في استمارة تعين وضع هذه الأخيرة بطريقة إلكترونية رهن إشارة الشخص الواجب عليه تعبئتها".

وأوجب المشرع بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بمقتضى المادة 30 منه، "... على المورد أن يمكن المستهلك من الولوج بسهولة والاطلاع على الشروط التعاقدية المطبقة على توريد المنتوجات والسلع أو على تقديم الخدمات عن بعد، وذلك على صفحة الاستقبال في الموقع الإلكتروني لمورد السلعة أو مقدم الخدمة أو على أي دعامة اتصال تتضمن عرضا للمورد، كما يجب أن تكون هذه الشروط موضوع قبول صريح من طرف المستهلك وذلك قبل تأكيد قبول العرض".

واشترط المشرع المغربي في الفصل 5-65 ق.ل.ع "لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء 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".

---

[600] Conférence des nations unies sur le commerce et le développement, Op.cit. p. 41.

وقد أكد المشرع المغربي توجهه هذا، حينما نص في الفصل 1-417 ق.ل.ع في الفقرة 2 منه، على أنه لا تقبل الوثيقة المحررة بشكل إلكتروني في الإثبات، إلا إذا كان بالإمكان التعرف بصفة قانونية على الشخص الذي صدرت عنه.

أما التشريعات العربية التي تطرقت إلى موضوع المعاملات الإلكترونية، سارت هي أيضا في نفس الاتجاه. فالمادة 15 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، نصت على أنه "(أ) للمرسل إليه أن يعتبر رسالة المعلومات صادرة عن المنشئ وأن يتصرف على هذا الأساس في أي من الحالات التالية:

(1) إذا استخدم المرسل إليه نظام معالجة معلومات، سبق أن اتفق مع المنشئ على استخدامه لهذا الغرض، للتحقق من أن الرسالة صادرة عن المنشئ.

(2) إذا كانت الرسالة التي وصلت للمرسل إليه، ناتجة من إجراءات قام بها شخص تابع للمنشئ أومن ينوب عنه، ومخول بالدخول إلى الوسيلة الإلكترونية المستخدمة من أي منهما لتحديد هوية المنشئ.

(ب) لا تسري أحكام الفقرة (أ) من هذه المادة على أي من الحالتين التاليتين:

(1) إذا استلم المرسل إليه إشعارا من المنشئ يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ ويبقى المنشئ مسؤولا عن أي نتائج قبل الإشعار.

(2) إذا علم المرسل إليه، أو كان بوسعه أن يعلم، أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ".

أما المادة 15 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لدولة الإمارات العربية المتحدة، فقد اعتبرت أن "الرسالة الإلكترونية صادرة عن المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه". واعتبرت الفقرة 2 أن الرسالة الإلكترونية، تكون صادرة عن المنشئ: "إذا أرسلت:

(أ) من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق بالرسالة الإلكترونية.

(ب) من نظام معلومات مؤتمت ومبرمج للعمل تلقائيا من قبل المنشئ أو نيابة عنه".

كما يحق للمرسل إليه "أن يعتبر الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ، وأن يتصرف على أساس هذا الافتراض، إذا:

(أ) طبق المرسل إليه تطبيقا سليما، إجراء سبق أن وافق عليه المنشئ من أجل التأكد من أن الرسالة الإلكترونية قد صدرت عن المنشئ لهذا الغرض.

(ب) أو كانت الرسالة الإلكترونية، كما تسلمها المرسل إليه، ناتجة عن تصرفات شخص تمكن بحكم علاقته بالمنشئ أو بأي وكيل للمنشئ من الوصول إلى طريقة يستخدمها المنشئ لإثبات أن الرسالة الإلكترونية صادرة عنه".

كما أقر المشرع الإماراتي، طرقا أخرى للتثبت من أن الرسالة فعلا صادرة عن منشئها، وذلك من خلال باقي فقرات المادة 15 وكذا المواد من 16 إلى 18، إذ تطرق لحالة توصل المرسل إليه بإشعار من المرسل أو المنشئ، يفيد بأنه ليس هو مرسل الرسالة.

وتطرق أيضا، للحالة التي تكون فيها الرسالة الإلكترونية صادرة أو تعتبر صادرة عن المنشئ، واعتبرها هي الرسالة التي قصد المنشئ أن يرسلها. أما إذا تم إرسال رسالتين مستقلتين، فيمكن للمرسل إليه، أن يعتبر كل رسالة إلكترونية يستلمها رسالة مستقلة عن الأخرى، ويتصرف على أساس هذا الافتراض وحده.

ونفس هذا الموقف اتخذته المادة 9 من مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، بأن نصت على أنه "تعتبر كل رسالة بيانات يستلمها المرسل إليه من المنشئ رسالة مستقلة وأن يتصرف على هذا الأساس وذلك ما لم يقم الدليل على أن أي من هذه الرسائل نسخة مكررة من رسالة سابقة".

لكن متى عرف المرسل إليه، أو كان عليه أن يعرف - إذا بذل عناية معقولة أو استخدم أي إجراء متفق عليه - أن الرسالة الإلكترونية كانت نسخة ثانية، فلا حق له في الافتراضات والاستنتاجات، بأن البث أسفر عن خطإ في الرسالة الإلكترونية كما أستلمها[601].

كما أجاز المشرع الإماراتي، في الفقرة 2 (أ) و(ب) من المادة 16[602]، توجيه إقرار باستلام الرسالة - ما لم يتفق المنشئ مع المرسل إليه على شكل معين أو بطريقة معينة - إما عن طريق أي رسالة من جانب المرسل إليه -سواء أكانت بوسيلة إلكترونية أو مؤتمتة أو بأي وسيلة أخرى- أو بأي سلوك من جانب المرسل إليه، وذلك بما يكفي لإعلام المنشئ باستلام الرسالة الإلكترونية.

وتعرض المشرع الإماراتي أيضا إلى حالة اشتراط المنشئ لرسالة تلقي إقرار بالاستلام، واعتبرها فيما يتعلق بترتيب الحقوق أو الإلتزامات القانونية بين المنشئ والمرسل إليه، كأنها لم ترسل، إلى حين استلام المنشئ للإقرار. أما إذا خلت الرسالة من هذا الشرط، ولم يتلق المنشئ ما يفيد تلقي رسالته رغم مرور مدة معقولة أو المدة المتفق عليها، فإن المنشئ يوجه إلى المرسل إليه إشعارا تذكيريا بعدم تلقيه أي إقرار بالاستلام، ويحدد وقتا معقولا لذلك[603].

ويفترض عندما يتلقى المنشئ إقرارا بالاستلام من المرسل إليه، أن هذا الأخير، قد استلم الرسالة الإلكترونية ذات الصلة، إلا إذا قدم دليلا مناقضا لذلك. ولا ينطوي هذا الافتراض -ضمنيا- على أن الرسالة الإلكترونية التي أرسلت من المنشئ، تتطابق ومحتوى الرسالة التي وردت إليه من المرسل إليه.

إذن، كما نلاحظ تدقيقات كثيرة تطرق إليها كل من المشرع الأردني والإماراتي، للتثبت من نسبة الرسالة إلى منشئها، ولم نجد الشيء ذاته في التشريع المغربي.

أما القانون البحريني للتوقيع الإلكتروني والتجارة الإلكترونية، فنص هو أيضا على أنه "ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك بين منشئ السجل الإلكتروني والمرسل إليه، فإن السجل الإلكتروني يسند إلى المنشئ إذا كان:

---

[601] الفقرة 6 و7 من المادة 15.

[602] تقابل هذه المادة، المادة 14 من مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

[603] المادة 16، فقرة 4 (أ).

(أ) قد أرسل من المنشئ.

(ب) قد أرسل بناء على موافقة صريحة أو ضمنية من قبل المنشئ، أو من قبل وكيل عادي أو وكيل إلكتروني للمنشئ.

(ج) قد أرسل من شخص، تمكن من خلال علاقته بالمنشئ، أو بأي وكيل له، أن يصل إلى طريقة يستخدمها المنشئ للإشارة إلى أن السجل الإلكتروني خاص به، وذلك ما لم يثبت المنشئ أن الوصول إلى الطريقة ليس راجعا إلى إهماله".

كما أجازت الفقرة 2 من المادة السالف ذكرها، إثبات إسناد الرسالة لمنشئها بكافة الطرق بما في ذلك إقامة الدليل على استعمال نظام أمان متفق عليه مسبقا بين الطرفين، أو من خلال إثبات فاعلية أي نظام أمان استخدم لتحديد هوية من أسند إليه السجل الإلكتروني. وتعرض المشرع البحريني أيضا إلى حالة مهمة، وتتعلق بالإقرار بالاستلام، ونجد أن مقتضياتها تطابق تماما ما جاء به المشرع الإماراتي.

أما المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، فنص في الفصل 25 منه، على أنه "يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية: (1) هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمات...".

ونلاحظ عموما، أن كل التشريعات التي سبق أن تطرقنا إليها، أخذت بمقتضيات المواد من 11 إلى 14 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

من ذلك يمكننا أن نقول، بأن لرسائل البيانات دور مهم في حمل التعبير عن الإرادة بشكل كاف وسليم، من مصدرها في الالتزام التعاقدي المبرم بطريقة إلكترونية. فإذا ما ثبت عدم صحة البيانات المدلى بها، كان تصرف المتعاقد خاضعا لأحكام المسؤولية العقدية. فعلى أطراف الرابطة التعاقدية، التثبت من هوية وأهلية المتعاقد الآخر، بطلب الإفصاح عن هويته.

وهو ما نراه يجري عمليا عبر شبكة الإنترنت. فالغالب الأعم في العقود المبثوثة عبرها، تتضمن صفحة خاصة لبيانات المتعاقد، يلتزم بملئها، وتتضمن بنودا أهمها: سن المتعاقد أو تاريخ ميلاده، موطنه وغير ذلك من المعلومات التي يجب الإدلاء بها.

غير أن هذا لا يمنع من احتمالات التحايل من قبل القاصرين، الذين يعمدون إلى إخفاء نقص أهليتهم، ثم يتذرعون بذلك لإبطال العقد[604]. لذلك، ولتأمين التعاملات التي تتم بطرق إلكترونية، خاصة عن طريق الانترنت وحمايتها، وفي مواجهة هذه الحماية الممنوحة لناقص الأهلية، فقد تم وضع قيد على هذه الحماية، وهو عدم استغلال القاصر لتلك الحماية باستخدام طرق احتيالية.

وفي هذا تنص الفقرة الأولى من الفصل 6 من ق.ل.ع، على أنه "يجوز الطعن في الالتزام من الوصي أو من القاصر بعد بلوغه رشده، ولو كان هذا الأخير قد استعمل طرقا احتيالية من شأنها أن تحمل المتعاقد الآخر على الاعتقاد برشده أو بموافقة وصيه أو بكونه تاجرا".

---

[604] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 177 و178.

وعليه، تعتبر هذه التقنية القانونية إحدى الوسائل المهمة، للتثبت من صحة أهلية مصدر الرسالة، وكذا التثبت من هويته. لكن هل هناك من تقنية أخرى تعاضد هذه التقنية القانونية، من أجل التثبت من هوية الطرفين؟. هذا ما سنتطرق إليه من خلال الفقرة الثانية، التي خصصناها للبحث في آلية التوقيع الإلكتروني، كوسيلة فعالة للتحقق من أهلية وهوية المتعاقدين.

الفقرة الثانية: التوقيع الإلكتروني وسيلة فعالة للتحقق من أهلية وهوية المتعاقدين

يلعب التوقيع الإلكتروني دورا بارزا في تحديد الشخص الذي صدر منه، وتمييزه عن غيره، ودلالة على رضاه بمضمونه، والتزامه به[605]. وله أهمية خاصة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إذ من خلاله يتم تأكيد العقود والاتفاقات، وكذا تحديد هوية المرسل والمستقبل، والتأكد من صحة وصدق البيانات الخ.

ويتكون التوقيع الإلكتروني، من حروف أو أرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق، أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية ممهورة بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة[606].

فالتوقيع ضروري لإتمام وثيقة قانونية - وفق ما جاء في نص الفصل 2-417 من ق.ل.ع، حيث يتيح التعرف على الشخص الموقع ويعبر عن قبوله للالتزامات الناتجة عن الوثيقة المذكورة. بذلك اعتبر المشرع المغربي، التوقيع الإلكتروني مؤمنا، إذا تم إنشاؤه وكانت هوية الموقع مؤكدة، مما يضمن تمامية الوثيقة الإلكترونية.

وأوجب المشرع المغربي أيضا، أن يستوفي التوقيع الإلكتروني المؤمن، مجموعة من الشروط[607] حتى يؤخذ بإلزاميته. ويتم اعتماد شفرة خاصة بالموقع، بعد إنشاء التوقيع الإلكتروني بواسطة آلية، وتسلم له شهادة المطابقة من طرف السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية[608].

ولا تسلم هذه الأخيرة أي شهادة إلكترونية، إلا بعد التأكد من مجموعة من المعطيات، أهمها: "اسم الموقع صاحب الشهادة الإلكترونية المؤمنة أو اسمه المستعار عند وجوده. وفي هذه الحالة الأخيرة، يتعين التعريف به بهذه الصفة"[609]، كما ولا بد من الإشارة عند الاقتضاء، إلى صفة الموقع حسب الاستعمال الذي خصصت له الشهادة الإلكترونية[610].

إذن، التوقيع الإلكتروني عبارة عن ملف رقمي صغير، يصدر عن إحدى الهيئات المتخصصة والمستقلة والمعترف بها قانونا. وتخزن في هذا الملف، كل المعلومات الهامة الخاصة بهوية الموقع. ومن شأن هذه البيانات، أن تولد الثقة والطمأنينة في مصداقية هذه الشهادة، وتدفع الآخرين إلى قبولها.

---

[605] عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله الناصر، العقود الإلكترونية - دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 5، ص. 2147.

[606] المادة 2 من قانون إمارة دبي للتجارة والمعاملات الإلكترونية.

[607] المادة 6 من القانون رقم 05-53.

[608] المادة 9 من القانون رقم 05-53.

[609] المادة 11 بند (ج) من القانون رقم 05-53.

[610] المادة 11 بند (د) من القانون رقم 05-53.

فمقدم خدمة المصادقة الإلكترونية، عليه التحقق من هوية الشخص الذي سلمت له شهادة إلكترونية، عن طريق مطالبته بالإدلاء بوثيقة هوية رسمية للتأكد من توفره على الأهلية القانونية للالتزام لمدى أهميتها في التعاقد الالكتروني[611]، وبالتالي القضاء على المشاكل التي قد تثار نتيجة نقص الأهلية أو انعدامها، وكذلك التأكد من الصفة التي يظهر بها طالب هذه الشهادة.

ولموضوع الصفة والأهلية أهمية كبيرة، فالمشرع استند إلى بطاقة الهوية الرسمية للتحقق منها، وبما أن بطاقة الهوية الرسمية هي بطاقة التعريف الوطنية، فإن هذه البطاقة في شكلها الإلكتروني، لا تشير سوى لتاريخ الازدياد دون المهنة، التي كانت البطاقة تشير إليها سابقا. ومن ثم، فإن المقصود هو التحقق من بلوغ سن الرشد للتأكد من الأهلية، ومن نوع المهنة للتأكد من الصفة التي يتظاهر بها صاحب الشهادة[612].

ونشير إلى أن للتوقيع الإلكتروني صورتين: الأولى، هي: التوقيع الرقمي أو (الكودي) باستعمال عدة أرقام، يتم تركيبها لتكون في النهاية كودا خاصا يتم التوقيع به. أما الصورة الثانية، فهي التوقيع بالقلم الإلكتروني، وذلك باستخدام قلم إلكتروني حسابي، يمكن عن طريق الكتابة على شاشة الحاسوب باستخدام برنامج مخصص لذلك.

ولكي يحقق التوقيع الإلكتروني وظيفته بتحديد هوية شخص الموقع، فإن التشريعات المعاصرة تبنت وسائل التكنولوجيا المتطورة التي تضفي التوقيع الإلكتروني والمواصفات والمقتضيات التي تضمن تحديد هوية الموقع والتزامه بمضمون السند الذي وضع عليه التوقيع الإلكتروني. فضلا عن ذلك، يعد استخدام التوقيع الإلكتروني قرينة على صدور التوقيع من المدين، لأنه هو الشخص الوحيد الذي يعلم به ولا يجب عليه إفشاؤه. ويمكن الاستيثاق من شخصية صاحب التوقيع بشكل روتيني، وفي كل مرة يتم فيها استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص.

وبالرغم من أن التوقيع الالكتروني يؤدي إلى تحقيق هذه الوظيفة المزدوجة للتوقيع عن طريق استخدام الرقم السري أو المفتاح الخاص والذي يؤكد توجه إرادة صاحب التوقيع إلى إصداره، فإن المشكلة تظل قائمة بشأن ارتباط الرضا والالتزام بمضمون السند الالكتروني[613] الذي تمت كتابته عن طريق وسائل الاتصال الفوري عبر شبكة الإنترنيت.

ونتفق هنا، مع من يرى بأن المشكلة لا تتعلق بقواعد الإثبات بقدر ما تتعلق بكفاءة التقنيات المستخدمة في تأمين مضمون السند الإلكتروني، وتأمين ارتباطه بشكل لا يقبل الانفصال عن التوقيع.

---

[611] الفقرة 3-1 من المادة 21 من ق. رقم 05-53.

[612] العربي جنان، الأنظمة المعلوماتية، م.س.ص. 343.

[613] يعرف البعض السند الإلكتروني بأنه رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدرج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى. على أن هذا التعريف قاصر وفيه خلط كبير بين الكتابة الإلكترونية والمستند الإلكتروني، كما ينقصه النص على ضرورة توافر التوقيع الإلكتروني حتى يكون المستند الإلكتروني ذو حجية في الإثبات. انظر في ذلك: محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2007، ص. 50 و51. ويرى البعض من الفقه، أن المستند الإلكتروني قد يكون عبارة عن محرر مخزن في سجلات إلكترونية أو قواعد بيانات إلكترونية. وفي هذه الحالة، فإن هذه البيانات لا تنطوي على أية رسالة موجهة لأحد. انظر في ذلك، أشرف توفيق شمس الدين، الحماية الجنائية للمستند الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط. 1، دار النهضة العربية، 2006، ص. 50.

وقد استقر القضاء الفرنسي على الاعتراف بالتوقيع الالكتروني، حينما نقضت محكمة النقض الفرنسية حكما قضت به محكمة "Sete" الجزئية، بعدم الاعتراف بالتوقيع الإلكتروني. وقد جاء في قرار محكمة النقض الفرنسية: "إن استخدام المقترض للبطاقة الممغنطة والرقم السري الملازم لها يعد أمرا - بالنسبة للمؤسسة المقرضة - بوفاء ثمن المشتريات للبائع"[614].

بذلك فإن استخدام التقنيات المتقدمة، والتي تضمن تحديد هوية الموقع بالتزامه بمضمون السند وتمكينه من السيطرة عليه، من شأنه أن يؤدي إلى توفير الثقة في صحة التوقيع الإلكتروني. كما أن إيجاد تقنية محايدة لتأكيد هوية الموقع، وصفته، وصحة توقيعه، ونسبة السند إلى الشخص الذي أصدر هذا التوقيع، من شأنها توفير الثقة في صحة صدور السند، عن إرادة موقعه والتزامه بمضمون هذا الأخير.

بقي أن نشير فقط، إلى أن هناك من يلجأ إلى وضع "نماذج عقود" في المواقع على شبكة الإنترنت، حيث يتطلب التعاقد بواسطتها دراية كافية بالمعاملات الإلكترونية التجارية، مما تحول دون تطفل البعض غير المرغوب فيهم، بوضع نص صريح في هذه النماذج، يقضي بأن لا يقبل إبرام العقد مع من لم يبلغ سن الرشد القانوني.

ولعل مسألة تحديد المحل في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، على اعتبارها عقودا تبرم عن بعد، تطرح العديد من الإشكاليات العملية، مما يفرض علينا البحث في الأحكام الخاصة بمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وذلك من خلال **الفصل الثاني**.

---

[614] Civ, 8 nov 1989, Bull. Civ., I, N° 342, p. 230.

أشار إلى هذا القرار، محمد حسين عبد العال، ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999، ص. 169.

الفصل الثاني
أحكام خاصة بمحل العقد[615] المبرم بطريقة إلكترونية

لكي ينشأ العقد صحيحا، لا بد أن يكون هناك تراض. بمعنى توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث أثر قانوني ولا يتحقق ذلك بشكل مجرد، إذ هو السعي إلى تنظيم شيء محدد هو محل العقد، كما يصبو المتعاقدان تحقيق غاية معينة هي سببهم للالتزام، ومن الأمرين معا يتشكل مضمون العقد.

وليعتبر العقد المبرم بطريقة إلكترونية صحيحا، لا بد من توافر ركنين مهمين، وهما: المحل والسبب، وذلك طبقا لما تقرره القواعد العامة للعقد[616]. فكون العقد مبرما بطريقة إلكترونية لا يعني أن لا محل ولا سبب له، بل على العكس من ذلك، ما ينطبق على بقية العقود ينطبق عليه أيضا[617]، ولا يختلف من حيث الأركان وشروط الانعقاد عن بقية العقود المبرمة بطرق عادية إلا من حيث الوسيلة المستعملة في إبرامه والتي تصبغ عليه بعض الخصوصية.

فالحرية التعاقدية[618]، تقتضي حرية المتعاقدين في تحديد مضمون عقدهما. ذلك أن العقد أبرم على شيء من أجله تم القيام بإبرام العلاقة العقدية، وتم الاتفاق عليه بين طرفي العقد.

---

[615] اختلف الفقهاء حول ما إذا كان المحل ركن في العقد أم ركن في الالتزام، فرأى البعض منهم (الأستاذ السنهوري) أنه ركن في الالتزام رغم أن أهميته لا تظهر إلا في العقد. بينما رأى بعض آخر منهم (الأستاذ شكري أحمد السباعي) أنه ركن مباشر في الالتزام وركن غير مباشر في العقد. ويرى الأستاذ عبد القادر العرعاري، أن لكل من الالتزام والعقد محلا خاصا. ذلك أن محل الالتزام يتمثل في الأداء الملقى على عاتق الملتزم به. أما بالنسبة لمحل العقد فيتمثل في تلك العملية القانونية التي يهدف الأطراف إلى تحقيقها وهي تتباين من حالة لأخرى. على أن المشرع المغربي اعتبر المحل ركنا في الالتزام وليس في العقد وهذا ما نستخلصه من قراءة الفصل 2 من ق.ل.ع وكذا الفصول من 57 إلى 61 من نفس القانون. لمزيد من الاطلاع: عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 170 و171، وأنظر الهوامش رقم 1 - 3 من نفس الصفحة.

[616] ف. 2 ق.ل.ع، المواد من 157 إلى 166 من القانون المدني الأردني، المواد من 131 إلى 137 من القانون المدني المصري، والمواد 1598 وما بعدها من القانون المدني الفرنسي.

[617] السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 517 وما بعدها.

[618] ذهب فلاسفة عصر الأنوار، إلى أن الإرادة هي المصدر الأساسي لجميع التصرفات. فالإنسان لا يلتزم إلا إذا أراد وداخل الإطار الذي يختاره، وبالتالي يتم احترام الحرية كمبدأ، مما ينتج عن ذلك حقيقتين: الحقيقة الأولى تتعلق بأن المتعاقد لا يخضع لالتزامات لا يريدها، وقد تكون مجحفة في حقه، والحقيقة الثانية تتعلق بأن المتعاقد يجب أن يحترم الالتزامات التي وافق عليها بكل حرية. ويذهب أنصار مبدإ سلطان الإرادة، أن للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وفي الآثار التي تترتب عليه، بل وفي جميع الروابط القانونية، ولو كانت غير تعاقدية. ويمكن القول في هذا الإطار، بأن العقد يصبح مصدرا للقانون، إذ يمكن للإرادة من تلقاء نفسها، أن تنشئ قانونا، وبالتالي يستمد العقد قوته الملزمة من ارتباط الإرادتين. فكل فرد هو أحسن حكما عن مصالحه، ويمكن افتراض أن الالتزام يكون غير عادل، وبالمقابل فقبول الالتزام لا يكون كذلك، فتعارض المصالح الكامنة وراء العقد، تبقى أحسن ضمان بأن تحترم الالتزامات الناتجة عن العقد شيئا من التوازن، ما دامت أنها تستجيب لحاجيات الفرد، وفي حالة الرفض، فالطرف المغبون لا يقبل الالتزامات. ومن جهة ثانية، فحرية الأفراد تضمن توازنا اقتصاديا ورخاء عاما، فقانون السوق يسمح بهيكلة الإنتاج مع الحاجيات، بحيث يدافع كل فرد عن مصلحته، مما يؤدي إلى تحقيق حاجيات المصلحة العامة، التي ينظر إليها. وقرر بعض من الفقه (Boris Stark, Roland huet)، أن تقرير التخلي عن سلطان الإرادة لا يعني التخلي عن الحرية التعاقدية، حيث يمكن قبول حرية التعاقد بدون التمسك بمبدأ سلطان الإرادة، ذلك أن نظرية سلطان الإرادة هي نظرية فلسفية، بينما قاعدة حرية التعاقدن هي قاعدة تقنية يمكن للمشرع أن يكرسها حسب الظروف، لأنه من الناحية الاقتصادية نافعة ومن الناحية الأخلاقية عادلة، إذ أنها مشروطة باحترام قوانين النظام العام والآداب العامة والنفع الجماعي. أنظر لمزيد من التفاصيل، خالد مجاهدين، م.س.ص. 37 - 42. وقد كرس المجلس الأعلى مبدأ الحرية التعاقدية مع احترام تام للتشريعات والنظام العام الوطني، في قرار له بتاريخ 3 يوليوز 1968، بأن قضى بأنه "إذا كانت العقود تبرم بمحض التراضي بين الناس فأن حرية إبرامها مقيدة بمقتضيات التشريعات الجاري بها العمل وقت التعاقد أو بما يتطلبه تحقيق المصلحة العامة"، قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في 6 من ربيع الثاني 1388 الموافق لـ 3 يوليوز 1986، منشور في مجلة القضاء والقانون، ع. 105 و106، س. 1970، ص. 280.

فإذا ما اعتبرنا أن كل عاقد هو أحسن مدافع عن مصالحه، وبأن الصالح العام يتكون من مجموع المصالح الخاصة، فهذه الحرية لن تؤدي إلا إلى إقرار علاقات عادلة ومنسجمة مع موجبات الازدهار العام للمجتمع تماما.

غير أن التشريع المغربي كأغلب التشريعات المقارنة الأخرى - لا يأخذ بمبدأ سلطان الإرادة بمفهومه التقليدي - بل حوره وأدخل عليه عدة استثناءات مثلا: قانون الالتزامات والعقود يقضي بأن أطراف العقد لا يستطيعون مخالفة القواعد الآمرة التي تمس النظام العام بمفهومه الواسع، فتدخل المشرع لتحديد الأركان العامة التي لا يمكن للعقود أن تقوم دون وجودها مستجمعة لشروطها القانونية، ومن أهمها: شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام، وسبب مشروع للالتزام (ف. 2 من ق.ل.ع)[619].

وللإشارة، فإن الكثير من القوانين في التشريع المغربي ذات صبغة آمرة - في الغالب - وذلك للحد من سلطة الأفراد بخصوص الاتفاق على محل الالتزامات العقدية. وكثيرا ما تلجأ المحاكم لنظرية سبب العقد، لكي تمارس رقابتها على ما يمكننا أن نطلق عليه"أخلاقية العقود". ومن ثم، يعتبر محل العقد وسببه، وسيلتين قانونيتين تمكنان القائمين على الحياة القانونية، من التأكد من احترام العقود سواء فيما يخص المصالح الخاصة للأفراد أو المصالح العامة للمجتمع على السواء[620].

ووفقا لمبدأ الرضائية في العقود، فإن تحديد محل العقد من الأمور التي تتطلب توافر الرضا فيها، وذلك للحفاظ على حقوق الأطراف بشكل خاص والحقوق المترتبة على التعاقدات بشكل عام من عدم الاستقرار نتيجة لعدم تحديد محل العقد، وكل ذلك تلافيا لما قد يشوب العقد من غموض وعدم وضوح. مما من شأنه أن يؤدي إلى عدم الاستقرار لأن محله غير محدد بالذات، فيكون واقعا في دائرة عدم الالتزام بالمحل المطلوب، بحسب ما يرغب فيه المستهلك.

وما ينطبق على العقود عموما، ينطبق على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية أيضا، فهي لا تخرج عن القواعد العامة في شيء، حيث يشترط في ركن المحل والسبب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية توافر الشروط القانونية العامة، وحسبما تنص عليه المبادئ العامة في قانون الالتزامات والعقود.

---

[619] عبد الحق صافي، م.س.ص. 379

[620] المرجع السابق، ص. 380.

بذلك، يقتضي العقد المبرم بطريقة إلكترونية - إلى جانب التراضي بين المتعاقدين بتعبيرهما عن الإيجاب والقبول - بأن يمتد هذا التراضي إلى محل عقدهما وسببه[621].

فأما سبب العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فيجب أن تتوافر فيه ذات الشروط المتطلبة في سبب أي عقد آخر، من حيث ضرورة وجوده وصحته ومشروعيته. وإذا كان سبب العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا يثير أي مشكل[622] فإن ما يطرح الإشكال بالأساس، هو محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية على اعتبار الخصوصية التي تقدم بها البضائع والسلع والخدمات (**الفرع الأول**).

وهذا يدعونا لنتساءل، هل للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية شكلية معينة يجب أن تفرغ فيها؟ (**الفرع الثاني**)، هذا ما سنتطرق إليه بالبحث من خلال الآتي.

---

[621] من الواضح أن الغرض المباشر الذي يهدف الملتزم تحقيقه ليس واحدا في جميع العقود، بل يختلف في بعضها عنه في البعض الآخر. والسبب عنصر متميز عن الإرادة، ولكنه متلازم معها، وقد عرفه السنهوري بأنه الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلتزامه. والسبب لا يكون عنصرا في كل التزام، بل يقتصر على الالتزام العقدي، إذ الالتزام غير العقدي لم يقم على إرادة الملتزم. والسبب كعنصر في الالتزام العقدي دون غيره إنما يتصل أوثق الاتصال بالإرادة. والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها، ولكنه الغرض المباشر الذي اتجهت إليه الإرادة. ولمزيد من التفاصيل انظر: السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 413 وما بعدها. وعرفت نظرية السبب تطورا تاريخيا كبيرا، وحسب الأستاذ السنهوري، يقوم هذا التطور على الحقيقة التالية: كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد، وضعف حظ الشكل، زادت أهمية السبب. ويمكن الاطلاع على المزيد من التفاصيل بخصوص تطور نظرية السبب على مرجع السنهوري الموما إليه أعلاه وأيضا إلى مرجع الأستاذ الكزبري، م.س.ص. 168 وما بعدها.
وبالنسبة للتشريع المغربي، فقد أخذ بالنظرية التقليدية وصاغ أحكامها في المواد 62 إلى 65. حيث اعتبر أن "الالتزام الذي لا سبب له أو المبني على سبب غير مشروع يعد كأن لم يكن.
ويكون السبب غير مشروع، إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام العام أو القانون"، ولمزيد من الاطلاع حول السبب في القانون المغربي، يمكن الرجوع إلى مؤلف الأستاذ الكزبري، م.س.ص. 177 وما بعدها.

[622] على اعتبار أن الأحكام القانونية الخاصة بالسبب في العقود، هي ذاتها المطبقة على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، فهي تكون باطلة لعدم مشروعية السبب إذا كانت تتضمن أفعالا منافية للآداب والنظام العام، وإن كان مفهوم هذا الأخير يختلف بين زمن وآخر وبين دولة وأخرى، تبعا لتطور المجتمعات.

الفرع الأول
خصوصية المحل في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

ينص الفصل الثاني من ق.ل.ع، على أنه من بين الأركان اللازمة لقيام العقد "شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام". والمحل هنا، هو الأداء الذي يتعهد به أحد المتعاقدين إزاء الطرف الآخر، والذي قد يكون أداءا لمبلغ من المال أو متضمنا القيام بعمل أو امتناعا عنه.

فليأتي رضا المتعاقدين سليما ولا تكتنفه أية جهالة بخصوص محل العقد، لا بد من وجود شيء محقق[623]، بحيث إذا ما انعدم محل الالتزام العقدي فإن العقد لا يقوم ونصبح أمام استحالة التنفيذ، ينفسخ العقد على إثرها بقوة القانون، إذا حصل ذلك بسبب خارج عن إرادة العاقد المدين.

وهكذا، فما يشترط في محل الالتزام في العقد المبرم بطريقة عادية، ينطبق على محل الالتزام في العقد المبرم بطريقة إلكترونية أيضا، من وجود ومشروعية وغيرها من الشروط اللازم توافرها فيه.

وسنفصل الحديث في هذا الفرع، الذي سنخصصه لبحث خصوصية المحل في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، دونما تطرق بشكل مستفيض إلى الأحكام العامة للمحل في العقود عموما والتي يمكن الرجوع بخصوصها إلى المراجع العامة، وذلك من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: الشروط الخاصة بمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

المبحث الثاني: القيود الواردة على محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

---

[623] بموجب الفصل 59 ق.ل.ع "يبطل الالتزام الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بسبب طبيعته أو بحكم القانون".

المبحث الأول
الشروط الخاصة بالمحل في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

يجب أن يكون محل العقد معينا أو قابلا للتعيين. وليكون كذلك، لابد أن يتم وصف المنتج أو الخدمة بصورة دقيقة وكاملة مع تجنب الإعلانات الخادعة والمضللة. وبعض المواقع تعرض منتجاتها مصحوبة بصور أو بصور ثلاثية الأبعاد، من خلالها يطلع المستهلك على الشيء، كما يرفق بتعريف للمنتوج ونوعه وثمنه... .

وقد أوجب المشرع المغربي بموجب الفصل 4-65 ق.ل.ع (البند 1) على المهني صاحب العرض الإلكتروني، أن يضمن عرضه الخصائص الأساسية للشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، والذي قد يكون سلعة أو خدمة مقترحة أو أصلا تجاريا أو أحد عناصره.

وعلى هذا الأساس، لا بد أن يعين صاحب العرض السلعة بشكل واضح وكاف، وذلك إما بالوصف أو النوع أو بالمقدار، بحسب الأحوال. فإذا لم يتضمن محل العقد المراد إبرامه هذه المواصفات، كان موضوع العقد غير محدد تحديدا كافيا نافيا للجهالة، وبالتالي يكون العقد باطلا لعدم تعيينه للسلعة بشكل كاف.

وكثيرا ما يحدث أن يصف المنتجون ومقدمو الخدمات عبر الإنترنت أو عبر الرسائل النصية القصيرة في الهواتف النقالة، منتجاتهم وخدماتهم بأحسن الصفات[624]، في حين أن هناك فرقا بين صفات المنتجات في الإعلان وبين الصفات الموجودة في الواقع. ودرءا لأي خلاف ومسؤولية قد تقع على عاتق صاحب العرض، يلجأ إلى وضع بند في العقد يعفيه من المسؤولية.

ومن وجهة نظري، لا يجب الاعتداد بهذا البند، إذا تبين أن هناك فرق جوهري بين الوصف أو الصورة من جهة، وبين الواقع من جهة ثانية. أيضا، إذا ما تبين أن ثمة غش أو خداع من جانب العارض، إذ يحق للعميل حينذاك الإدلاء بضمان المطابقة بين حقيقة المنتج وصورته، التي تعتبر بمثابة عينة تعبر عن وصف المبيع[625].

---

[624] من المستجدات الجديدة، والجديرة بالاهتمام لها لما قد تطرحه من مشاكل قانونية في المستقبل، التجارة عبر الموبايل أو الهاتف النقال، " Mobile Commerce" وتسمى اختصارا "M-Commerce"، وهي من صور التجارة الالكترونية. وتنصرف إلى بيع وشراء البضائع والحصول على الخدمات من خلال الهاتف النقال. وتعرف هذه التجارة نموا متزايدا، وستسهم في رأي بعض الكتاب في تغيير العلاقات فيما بين الشركاء والعملاء والمجهزين ويمنحهم اختيارات جديدة، من ذلك الحصول على الخدمة أو المعلومة المالية عن طرق الهاتف النقال. لمزيد من الاطلاع انظر: ممدوح خليل البحر - عدنان أحمد ولي العزاوي، بطاقة الائتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها -دراسة مقارنة- بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، أيام 10-12 ماي 2003، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 3، ص. 995.

[625] محمد شكري سرور، بحث سابق، ص. 115. وانظر أيضا:

Thibault Verbiest, commerce életronique par téléphonie mobile et protection de l'utilisateur en droit belge, article à consulter sur : http://www.droit-technologie.org (M.S.J, Mars 2010).

وهنا لا بد من الأخذ باجتهاد المجلس الأعلى في هذه المسألة، حيث ذهب في قرار له بتاريخ 8 مارس 1978، إلى أنه "يضمن البائع وجود الصفات التي صرح بوجودها في المبيع أو التي اشترطها المشتري في المبيع وكل عيب في المبيع يعرض على البائع لضمانه في نطاق دعوى الضمان. وإذا كان المبيع بضاعة غير البضاعة المطلوبة، فإنه لا محل لتطبيق مقتضيات دعوى ضمان الشيء المبيع"[626].

كما ألزم المشرع الفرنسي بموجب المادة L111-1 من قانون الاستهلاك، المهني الذي يقوم ببيع سلعة أو تقديم خدمة، بمد المستهلك المتعاقد معه بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة محل التعاقد. ونصت التوجيهة الأوروبية رقم 7-97 الخاصة بحماية المستهلك في العقود عن بعد، في المادة 1/4/ب منه على إلزام المهني بأن يقوم بتبصير المستهلك بالخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة.

وأوجبت المادة L313-3 من قانون الاستهلاك الفرنسي، على بائع السلعة أو مقدم الخدمة أن يقوم بتبصير المستهلك بسعر السلعة أو الخدمة محل التعاقد، حتى يتمكن المستهلك من اتخاذ قراره الصحيح في التعاقد من عدمه، كما أن ذكر سعر السلعة أو الخدمة أمر ضروري، ليتم وصف عرض المهني بأنه إيجابي.

وعلى هذا النهج سارت التشريعات الحديثة، في تعيين محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، حيث أولت الأمر أهمية بالغة من أجل الحفاظ على وضوح الاتفاقات والابتعاد عن كل غموض أو تأويل. فقد نصت الفقرة الأولى من البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، على وجوب أن يتضمن العقد الصفات الرئيسية للأموال أو الخدمات المعروضة، بذكر كميتها، وألوانها، ومكوناتها، وسماتها الخاصة.

كما تشير الفقرة الثانية من نفس البند، إلى اشتراط تحديد موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية ومضمون الخدمات المعروضة. وفي الفقرة الأخيرة من البند المذكور تم التنصيص على أنه لا تدخل الصور الفوتوغرافية للمنتجات المعروضة في نطاق العقد، فإذا نتج عن ذلك الوقوع في غلط فلا يسأل التاجر عن ذلك، وعلى المستهلك الرجوع إلى الشروط الخاصة بالبيع والمنصوص عليها على الشاشة والتي تتكفل بتحديد مجمل هذه العناصر قبل الإقدام على التعاقد.

المشرع التونسي أيضا سار في ذات الاتجاه، بموجب المادة 25 من القانون رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية حينما نص على أنه "يجب على البائع في المعاملات الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومه، قبل إبرام العقد، المعلومات الآتية... وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة، وطبيعة وخاصيات وسعر المنتوج".

---

[626] قرار رقم 172، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1978/3/8، الغرفة الأولى، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع. 4، ص. 149.

على أن محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية يمكن أن يكون سلعا أو خدمات، يتم تداولها عبر الحدود أو داخل إقليم الدولة الواحدة. كما قد يتعلق بخدمات مهنية كالمحاماة والاستشارات القانونية والوساطة والسمسرة، والرعاية الصحية، والضمان وخدمات التسلية والألعاب، وزيارة المتاحف إلكترونيا، وخدمات التسوق (الشراء عن بعد)[627]. ويمكن أن يكون محل العقد، حقا من حقوق الملكية الفكرية، أو الحقوق الذهنية[628].

وقد أضعفت التقنيات التكنولوجية الحديثة لنقل المعلومات بشكل كبير حماية العمل الفكري، ذلك أنها جعلت من السهل نسخ أي مصنف رقمي، بمجرد النقر على زر الجهاز، حيث يتم نسخ الآلاف من النسخ من العمل الفني أو الأدبي. وقد تصل هذه النسخ إلى درجة عالية من التقنية، يصعب معها، بل ويستحيل تمييزها عن النسخ الأصلية[629].

وعليه، فالعمليات القانونية التي تصح لأن تكون محلا للتعاقد غير محدودة، وذلك راجع كما أسلفنا، إلى مبدإ الرضائية، الذي يخول للأشخاص إبرام ما شاؤوا من العقود. فمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا يختلف عن محل العقد في بقية العقود الأخرى، إذ ما يشترط في تلك العقود يطبق بخصوصه أيضا، وهذه الشروط هي ما سنتطرق إليه من خلال المطالب الثلاثة التالية:

المطلب الأول: أن يكون محل العقد موجودا أو ممكنا.

المطلب الثاني: مدى انطباق صفة التعيين على الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

المطلب الثالث: مشروعية محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

المطلب الأول
أن يكون محل العقد موجودا أو ممكنا

إذا كان محل العقد مستحيلا؛ بطل العقد. بذلك شرط وجود محل في العقد المبرم بطريقة إلكترونية -كما في بقية العقود- من أهم الشروط الواجب توافرها فيه، بحيث إذا لم يوجد محل العقد أثناء إبرام العقد، فمصيره البطلان.

وفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يتم التعاقد حول المحل الذي أعطى العارض المهني أوصافه ووضع صوره على الموقع. لكن، قد يحدث أن يكون المحل الذي تم الإعلان عنه في العرض، يختلف في بعض من أوصافه عن الشيء الموجود لدى العارض المهني في مخازنه. ولعل هذا ما جعل بعض العروض الإلكترونية في العديد من المواقع، تشير إلى عدم الإلتزام بالصور المعروضة للشيء محل العرض، لكيلا يظن المتعاقد بطريقة إلكترونية، أنه يتعاقد حول الشيء الذي يراه على الموقع.

---

[627] التوجيهة الأوربية رقم 48 لسنة 1998، الصادر عن المجلس الأوربي الخاص بالتجارة الإلكترونية.

[628] هي تلك الحقوق التي ترد على مال غير مادي يخلقه الذهن أو الفكر، كحق المؤلف أو الملحن وغيرهما من الحقوق غير المادية أيضا: اسم المؤسسة والشعار وحق الإيجار... .

[629] صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 56 و57.

وإذا كان الأصل، هو ضرورة وجود الشيء محل الالتزام العقدي وقت التعاقد، فإن ثمة استثناءات تقضي بأنه يمكن التعاقد على الأشياء المستقبلة. وهذا نفسه ما أكد عليه الفصل 61 ق.ل.ع الذي نص على أنه "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا أو غير محقق ...". وقد اقتضت هذه الاستثناءات الضرورات الاقتصادية والاجتماعية، وموجبات التعامل التي تفرض مجاراة الواقع العملي الذي يشهد انتشارا متزايدا[630].

على أن لا تدخل الأشياء المستقبلة محل التعامل ضمن الاستثناءات التي حددها المشرع، كما في الفقرة الثانية من الفصل 61 ق.ل.ع التي منعت التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة. أيضا ما نص عليه الفصل 177 من ظهير 2 يونيو 1915 المحدد للتشريع المطبق على العقارات المحفظة، من عدم جواز رهن الأموال التي يحصل عليها في المستقبل...[631]. كما يبطل العقد الذي يكون محله شيئا أو عملا مستحيلا، إما بحسب طبيعته أو بحكم القانون (الفصل 59 ق.ل.ع).

هذا، ويمكن أن يكون المحل في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، شيئا مستقبلا وجوده، كما في عقد تصميم موقع على الإنترنت[632] أو خدمة إلكترونية خاصة بشروط معينة. فلو تبين أن المتعاقد أراد الحصول على حاسوب بمميزات ومواصفات معينة تختلف عن ذاك الذي أبرم العقد بخصوصه، فإن العقد ينعقد هنا على أساس أنه ممكن وجوده مستقبلا.

أما إذا كان الحاسوب غير موجود عند التعاقد ولم يكن موجودا في السابق، ولكن ممكن وجوده في المستقبل بأن كان نموذج حاسوب غير مصنع بعد[633]، فإن العقد ينعقد صحيحا إذا ما كان المتعاقد قادرا على تسليمه في ميعاد الاستحقاق[634].

وعلى أي حال، وفيما يتعلق بشرط الوجود أو إمكانية الوجود، بالنسبة لمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، نقول إن هذا الشرط يبدو أنه لا يتميز بأي خصوصية[635]، على أن شرطي تعيين المحل ومشروعيته، هما ما يجب بحثهما، إذ لهما خصوصيتهما بالنسبة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية.

---

[630] لمزيد من الاطلاع انظر: عبد الحق صافي، م.س.ص. 383 و384.

[631] انظر في ذلك عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 191 و192.

[632] "conception d'un site Web".

[633] PC Clone.

[634] نوري حمد خاطر، م.س.ص. 46 و47.

[635] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 114.

المطلب الثاني
مدى انطباق صفة التعيين على الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

الأصل أن يحدد المتعاقدين بدقة مضمون الأشياء أو الحقوق التي تنصب عليها إلتزاماتهما العقدية، وذلك لتجنب انفراد أحدهما بتحديد هذا المضمون بعد التعاقد، وأيضا لمنع أي جهالة قد تكتنف محل العقد وتعوق ترتيبه لآثاره القانونية.

وهذا نفسه ما أشار إليه المشرع المغربي في الفصل 58 ق.ل.ع الذي نص على أنه "الشيء الذي هو محل الالتزام، يجب أن يكون معينا على الأقل بالنسبة إلى نوعه، ويسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذ كان قابلا للتحديد فيما بعد". وأيضا، من خلال الفصل 486 ق.ل.ع الذي نص على أنه "يسوغ أن يرد البيع على شيء غير محدد إلا بنوعه.

ولكن البيع لا يصح في هذه الحالة إلا إذا ورد على أشياء مثلية محددة تحديدا كافيا، بالنسبة إلى العدد والكمية والوزن أو القياس والصنف، على نحو يجيء معه رضى المتعاقدين على بينة وتبصير". على أنه يختلف تعيين الشيء محل الالتزام العقدي، باختلاف ما إذا كان شيئا قيميا أو مثليا[636].

فقد نصت كل القوانين المدنية على هذا الشرط، لما فيه من حماية للطرفين من أي نزاع قد يثار بينهما، نتيجة لعدم تحديد محل العقد الذي التزم به المدين والذي من الممكن أن يحدث غلط فيه؛ مما يحول دون انعقاد العقد لانعدام المحل بسبب الغلط الذي حدث به[637] أو تعذر تحديد المحل الذي يلتزم المدين بالوفاء به. وعليه، يشترط لقيام العقد المبرم بطريقة إلكترونية - طبقا للقواعد العامة - أن يكون محله معينا أو قابلا للتعيين.

وإذا كانت القواعد العامة في العقود، تتطلب أن يكون المبيع معينا أو على الأقل قابلا للتعيين، فإنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عموما، وفي تلك المبرمة عبر الإنترنت على الخصوص، لا بد أن يكون محل العقد فيها معينا ببيان "1) الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره" (ف. 4-65 ق.ل.ع). بعبارة أخرى، لا بد أن يعين اسم الخدمة أو السلعة، ومكوناتها، ومقاساتها، وأحجامها، ووصف السلعة والخدمة، وتحديدها بشكل دقيق ناف للجهالة، مع تبيان خصائصها المميزة لها.

وغالبا ما يتم عرض السلعة على المواقع التجارية على الإنترنت، مصحوبة بصور ثابتة أو متحركة ثلاثية الأبعاد، ليُكون المشتري فكرة عن الشيء محل العقد. وقد يكون محل العقد عقارا، فيضع صاحب الموقع صورا تمثله، على أنه يشترط أن تكون هذه الصور حقيقية وتعبر عن الشيء محل العقد.

---

[636] لمزيد من الاطلاع انظر: عبد الحق صافي، م.س.ص. 384 - 399.

[637] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 81. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 287.

ويمكن أن يكون محل العقد المبرم بطريقة إلكترونيا مبلغا من النقود، كما في عقود القرض المبرمة عبر الإنترنت. هنا، وعلى اعتبار أن محل العقد شيء مثلي "يسوغ أن يكون مقدار الشيء غير محدد إذا كان قابلا للتحديد فيما بعد" (ف. 59 فق. 2 ق.ل.ع). فالتعيين بالمقادير هو الذي يعين معه الشيء محل الالتزام العقدي، بحسب الكمية المتفق عليها وزنا، أو كيلا، أو قياسا، أو عددا، بالنظر لطبيعة هذا الشيء[638].

أما إذا استعمل المتعاقدان عند تحديد مقادير الشيء محل الالتزام عبارة: "على وجه التقريب" أو "تقريبا"، تعين العمل بالتسامح الجاري به العمل، مع الأخذ بعين الاعتبار الأعراف والعادات التجارية وذلك طبقا لمقتضيات الفصل 470 ق.ل.ع الذي نص على أنه "إذا ذكر في الالتزام المبلغ أو الوزن أو المقدار على وجه التقريب بعبارتي "ما يقارب" أو "تقريبا" وغيرهما من العبارات المماثلة، وجب الأخذ بالتسامح الذي تقضي به عادات التجارة أو عرف المكان".

وعند تفاوت الأشياء محل الالتزامات العقدية ولم تحدد درجة جودتها، فإنه يتم إعمال مقتضيات الفصل 244 ق.ل.ع الذي ينص على أنه "إذا لم يعين الشيء إلا بنوعه لم يكن المدين ملزما بأن يعطي ذلك الشيء من أحسن نوع، كما لا يمكنه أن يعطيه من أردئه".

فإذا كان المحل معينا بالنوع، فيكفي أن يعين بنوعه ومقداره. ويمكن أن يعين بنوعه دون مقداره، كما في التعاقد على إنشاء موقع إلكتروني بحجم معين، فهذا المحل يكون هو "الموقع" دون تحديد لمحتواه أو لآلية عمله ومحركات البحث المرتبطة به، إلى غير ذلك من الشروط التي قد يحددها الطرفان. كما قد يكون المحل غير محدد المقدار، كما في حالة إنشاء موقع إلكتروني دون تحديد سعته، فالمهم هنا هو إنشاء الموقع وربطه بمحركات البحث الخاصة بالإنترنت وبالمواقع المرتبطة بالشبكة[639].

وعليه، إذا كان محل العقد المبرم بطريقة الإلكترونية هو إعداد برنامج حاسوب بمواصفات معينة أو إعداد موقع إلكتروني على الإنترنت، لا بد أن يتم وضع شروط محددة خاصة بهذا المحل والاتفاق صراحة وبكل وضوح بخصوصها، مع تحديدها بكل دقة، وأن يتم التعيين بعلم الطرفين دون صعوبة[640].

---

[638] ذهب المجلس الأعلى إلى رفض طلب النقض، عندما اتضح له عدم وجود أي اتفاق بخصوص نسبة الأسهم التي كانت محلا للبيع. وأن الخلاف الذي ثار بخصوص تحديد هذه الأسهم كاف لتقرير البطلان نظرا لانعدام المحل، قرار المجلس الأعلى، رقم 18 ماي 1983، مجلة قضاء المجلس الأعلى ع. 33 و34، ص. 24.

[639] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 81 و82.

[640] نوري حمد خاطري، م.س.ص. 48 و49.

وآلية التعيين تختلف بحسب ما إذا كان المحل معينا بالنوع أو بالذات، فهذا الأخير يتم بيان صفاته الأساسية التي تميزه عن غيره، كتحديد المحل المراد الحصول عليه من خلال التعاقد الذي أبرم. فإذا كان محل العقد شراء كتاب محدد من خلال المكتبات الإلكترونية، فإن محل العقد هو الكتاب المحدد بالذات وليس كتابا آخر. وقد حرصت العقود المتداولة عبر الإنترنت على هذا الشرط، وأكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية، على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع والخدمات المعروضة[641].

أما في القانون الأمريكي، فنجد ما يسمى ب "الضمان الصريح garantie expresse" ومن صوره حالة التعاقد بناء على عينة مقدمة من البائع، بحيث إذا اعتبرت العينة بمثابة صورة لصفات السلعة النهائية، فإن المشتري يتمتع بضمان المطابقة بين السلعة التي تصله والعينة، وهو ما أورده تقنين التجارة الأمريكي في المادة b313-2[642]. ومن ثم، أي إشارة يتم إبداؤها في أي موقع تجاري على شبكة الإنترنت بشأن جودة المنتج أو ثمنه أو صفة جوهرية أخرى، يمكن أن تعد من قبيل الضمان الصريح وذلك بقدر تأثيرها على إرادة المشتري[643].

على أنه من الممكن ألا تتطابق أوصاف المحل المعروض على الإنترنت، مع المحل على ما هو عليه في الواقع، بحيث لا يكون بنفس الدقة المحددة في العرض الإلكتروني. ودرءا لأي مسؤولية قد تترتب على عارض السلعة أو الخدمة بطريقة إلكترونية، تتم الإشارة في بنود العقد على اختلاف وصف المنتج مع ما هو عليه في الواقع. وفي هذه الحالة تنتفي المسؤولية عن أي غلط قد يقع في المحل، خاصة إذا وردت عبارة "نرجو قراءة أوصاف المحل بعناية"، أو عبارة "يتم وصف وتقديم القطع التي نعرضها للبيع في كتالوجاتنا بأكبر قدر من العناية والدقة".

ومع ذلك، قد يضطر المورد إلى تعديل السلعة تعديلا طفيفا، وبصفة خاصة من أجل تحسين جودتها، فإذا حدث غلط في هذا الشأن فلن نكون مسؤولين عن ذلك، فنرجوا أن تقرأ بعناية أوصاف المعروضات[644].

---

[641] أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع الذي تحت عنوان "الصفات الرئيسية للأموال والخدمات المعروضة"، إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعنية ومكوناتها وأبعادها وكميتها وألوانها وسماتها الخاصة (particularités)، وغير ذلك من صفاتها الرئيسية. كما أشارت الفقرة الثانية منه بوجه خاص، على وجوب تحديد محل ومحتوى الخدمات المعروضة. للمزيد من التفاصيل، راجع في وصف المنتجات والخدمات المعروضة على شبكة الإنترنت:

Lamy de droit de l'informatique, N° 2550, p. 1492

أشار إلى ذلك أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 115 هامش رقم 183.

[642] Costes Lionel, Aspects juridiques du commerce électronique, aux Etats Unis RDAI/IBLG, N° 1, 1998, p. 42.

أشارت إلى هذا المرجع، إيمان مأمون أحمد سليمان، في إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، م.س.ص. 169، الهامش رقم 3.

[643] Costes Lionel, aperçu sur le droit du commerce électronique aux Etats Unis, droit et patrimoine, N° 55, dec 1997, p. 66.

أشار إلى هذا المرجع، أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنيت، م.س.ص. 118، الهامش رقم 187.

[644] بشار محمود دودين، م.س.ص. 165؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 116.

بقي أن نشير إلى أن هناك أنواعا من العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، من طبيعة خاصة من حيث محلها، كما في عقد التحويل المصرفي الإلكتروني[645]، حيث لا بد فيه أن يكون التزام البنك محددا من كافة جوانبه.

ويتوجب أن يتم تحديد المبلغ الذي يجب على البنك تسليمه للمستفيد، وتحديد الشخص الذي يجب أن يتم التسليم له ومكان التسليم، فإذا ما خلا عقد التحويل المصرفي الإلكتروني من تحديد ما سبق، أو لم يكن بالإمكان استخلاصه من العقد، اعتبر المحل غير موجود وبالتالي كان العقد باطلا[646].

المطلب الثالث
مشروعية محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

يقصد من ذلك، هو أن يكون المحل داخلا في دائرة الأشياء القابلة للتعامل فيها، وقد جاء بهذا الخصوص في الفصل 57 ق.ل.ع "الأشياء والأفعال والحقوق المعنوية الداخلة في دائرة التعامل تصلح وحدها لأن تكون محلا للالتزام، ويدخل في دائرة التعامل جميع الأشياء التي لا يحرم القانون صراحة التعامل بشأنها".

بذلك، إذا كان محل الالتزام في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، مخالفا للنظام العام أو الآداب أو وجد نص يمنع التعامل فيه، أو كان مما لا يجوز التعامل فيه بين المسلمين، اعتبر العقد باطلا[647].

ويعتبر شرط المشروعية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أهم الشروط في محل العقد، نظرا لكثرة المواقع التي تمارس التجارة غير المشروعة مثلا:

---

[645] تعرف المادة 2-أ من القانون النموذجي للتحويلات الدولية للأموال الصادر في عام 1992 عن لجنة الأمم المتحدة "الأونسيترال"، التحويل المصرفي بأنه مجموعة العمليات التي تبدأ بأمر الدفع الصادر عن الآمر بهدف وضع قيمة الحوالة تحت تصرف المستفيد. ولا يختلف تعريف عقد التحويل المصرفي الإلكتروني عن هذا التعريف، سوى في وجود وسائل اتصال عن بعد تتدخل في العقد سواء في إنشائه أو تنفيذه. وهكذا عرفت المادة 3-205 من قانون تحويل الأموال الإلكترونية الأمريكي التحويل المصرفي، بأنه "أي عملية تحويل للأموال تبدأ أو تنفذ من خلال وسيلة إلكترونية كالهاتف، أو الحاسوب، أو شريط مغناطيسي بهدف أمر أو توجيه أو تفويض منشأة مالية بإجراء قيد دائن أو مدين في الحساب".

[646] محمد عمر ذوابة، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الإصدار الأول، 2006، ص. 78 و79.

[647] ينص الفصل 484 ق.ل.ع على أنه "يبطل بين المسلمين بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات وفق شريعتهم، مع استثناء الأشياء التي تجيز هذه الشريعة الاتجار فيها، كالأسمدة الحيوانية المستخدمة في أغراض الفلاحة". والفصل 986 ق.ل.ع الذي جاء فيه: "تبطل بقوة القانون، بين المسلمين، كل شركة يكون محلها أشياء محرمة بمقتضى الشريعة الإسلامية، وبين جميع الناس، كل شركة يكون محلها أشياء خارجة عن دائرة التعامل". وكذا الفقرة 1 من الفصل 1101 ق.ل.ع والتي نصت على أنه "لا يجوز الصلح بين المسلمين على ما لا يجوز شرعا التعاقد عليه بينهم".

- تجارة المخدرات[648]،
- تسهيل البغاء،
- الاستغلال الجنسي للأطفال[649]،
- نشر الصور الإباحية،
- القدح أو الذم،
- تشويه سمعة الأشخاص،
- انتحال الصفة،
- اقتحام المواقع،
- ارتكاب الجرائم المالية، كالسطو على أرقام بطاقات الاعتماد،
- ممارسة ألعاب القمار عبر الإنترنت،
- تبييض الأموال[650]، وسواها من الجرائم.

---

[648] أقرت الجمعية العامة للهيئة الدولية لمراقبة المخدرات في دورة الجمعية العامة الاستثنائية العشرين، خطة للعمل على مكافحة صنع المنشّطات الأمفيتامينية وسلائفها والاتجار بها وتعاطيها بصورة غير مشروعة، بأن استخدام الإنترنت يتيح فرصا جديدة ويطرح تحديات جديدة في مواجهة تعاطي المخدّرات. وقد وضعت الهيئة مسألة التجارة غير المشروعة في المخدّرات عبر الإنترنت في صدارة جدول أعمالها وقدمت تحليلا معمقا للمسألة. كما نظمت الهيئة اجتماعين لفريق من الخبراء بشأن بيع المخدّرات الخاضعة للمراقبة غير المشروع عبر الإنترنت ،وتهريب تلك المخدّرات عن طريق البريد. ومن النتائج المباشرة للاجتماعين المذكورين أن طلبت الهيئة، في يوليوز 2005 من جميع الحكومات، أن تحدّد جهات وصل معنية بالأنشطة المتعلقة بصيدليات الإنترنت التي تعمل على نحو غير مشروع. كما جمعت الهيئة بيانات من الحكومات عن التشريعات الوطنية المتصلة بخدمات الإنترنت والمواقع الشبكية، وآليات التعاون الوطنية، والخبرات العملية في مجال مراقبة صيدليات الإنترنت غير المشروعة والتحري عنها. وأظهرت تلك المعلومات أن عددا محدودا فقط من الدول قد اعتمد تدابير قانونية محدّدة، لمنع إساءة استعمال الإنترنت تشريعات جديدة للتصدي لهذا الشكل من التجارة غير المشروعة. والحكومات مدعوّة إلى التعاون التام مع غيرها من الحكومات، على إجراء التحقيقات وإلى إذكاء وعي سلطات إنفاذ القانون والسلطات التنظيمية والمعنية بمراقبة المخدّرات، فيما يتعلق بالحاجة إلى اتخاذ إجراءات لمكافحة صيدليات الإنترنت التي تعمل على نحو غير مشروع. بغية مساعدة السلطات الوطنية في صياغة تشريعات وسياسات وطنية في ذلك المجال، قررت الهيئة وضع مبادئ توجيهية بشأن مسائل تتعلق بصيدليات الإنترنت. وتتضمن المبادئ التوجيهية للحكومات، بشأن منع بيع المواد الخاضعة للمراقبة الدولية غير المشروع، من خلال الإنترنت. لمزيد من التفاصيل انظر ص.7 و8 من تقرير الهيئة الدولية لمراقبة المخدرات لسنة 2008 وثيقة الأمم المتحدة رقم: E/INCB/2008/1/SUPP.1 وللاطلاع على نسخته العربية على الموقع التالي:

http://www.incb.org/pdf/ungass/ar/UNGASS_INCB_Report-Arabic.pdf (M.S.J, Jan. 2011).

[649] INHOPE: الجمعية الدولية لخطوط الإنترنت الساخنة، أسست هذه الجمعية عام 1999 بموجب خطة عمل المجموعة الأوروبية لجعل الإنترنت أكثر أماناً. وتمثل INHOPE خطوط الإنترنت الساخنة في جميع أنحاء العالم، وتتولى دعمها في تحقيق هدفها المتمثل في دراسة التقارير الواردة حول المحتويات غير القانونية وذلك بغرض جعل الإنترنت شبكة أكثر أماناً. وتتلخص مهمة الجمعية في إزالة الصور الإباحية للأطفال من على الإنترنت، وحماية الشباب من الاستخدامات الضارة وغير المشروعة للإنترنت. وبمساعدة الدول على إنشاء الخطوط الساخنة التي تستجيب للتقارير الواردة حول الإساءة للأطفال، تقدم الجمعية الموارد والعون لجهات تطبيق القانون. كما تقدم التدريب لوكالات تطبيق القانون في مختلف أنحاء العالم، بمساعدة منظمات خاصة غير حكومية. وتعمل INHOPE بصورة نشطة مع الإنتربول والمركز الدولي للأطفال المفقودين والمستغلين (ICMEC). ولمزيد من الاطلاع انظر:

https://www.inhope.org/en/index.html (M.S.J, janv .2011).

=

= [650] جريمة غسل الأموال وتسمى كذلك غسيل وتبييض الأموال، وتنظيف الأموال، أو تجفيف الأموال، ويأتي اختلاف التسمية من الترجمتين الفرنسية "Blanchiment" والانجليزية "laundering". ومهما اختلفت التسميات التي اعتمدتها البلدان فيما يخص هذه الظاهرة فكل بلدان العالم ومنظماته الإقليمية والدولية تعرف عمليات غسل الأموال بأنها: "عملية تهدف إلى إخفاء المصدر الحقيقي للدخل غير المشروع ومحاولة إضفاء الشرعية عليه وإظهاره كما لو كان ناتجا من أنشطة مشروعة". ويمكن تقسيم التعريفات التي أعطيت لمفهوم تبييض الأموال الى قسمين: ضيق وواسع. و يقتصر التعريف الضيق للتبييض على الأموال غير المشروعة الناتجة عن تجارة المخدرات، أما التعريف الواسع لتبييض الأموال، فيشمل جميع الأموال القذرة الناتجة عن جميع الجرائم والأعمال غير المشروعة، وليس فقط تلك الناتجة عن تجارة المخدرات.

وهكذا، فإن إعلان بازل عام 1988 عرفها بأنها: "جميع العمليات المصرفية التي يقوم بها الفاعلون وشركاؤهم بصدد إخفاء المصدر الجرمي للأموال وأصحابها". وعرفتها اتفاقية الأمم المتحدة (فيينا 1988) لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات في المادة الثالثة بأنها "الأفعال التي من شأنها تحويل الأموال ونقلها مع العلم بأنها مستمدة من أي جريمة من جرائم المخدرات أو من فعل من أفعال الاشتراك في مثل هذه الجريمة بهدف إخفاء المصدر غير المشروع للأموال، أو مساعدة أي شخص متورط في ارتكاب مثل هذه الجريمة أو الجرائم للإفلات من العواقب القانونية لأفعاله وكذلك إخفاء أو تمويه حقيقة الأموال أو مصادرها أو مكانها أو طريقة التصرف فيها أو حركتها أو الحقوق المتعلقة بها أو ملكيتها مع العلم بأنها مستمدة من فعل أو أفعال الاشتراك في مثل هذه الجرائم". ويلاحظ أن هذا التعريف اقتصر على الأموال المستمدة من جرائم المخدرات. وعرفها القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة والمتعلق بعمليات غسل الأموال، في الفقرة الأولى الباب الثالث بأنها "الأفعال الصادرة عن الأشخاص الذين يقومون بتمويل موارد او ممتلكات مشتقة بطرق مباشرة أو غير مباشرة من الاتجار غير المشروع في المواد المخدرة لإخفاء المواد غير المشروعة أو مصادرها أو إخفاء المواد الأصلية أو مكانها أو تصريفها ونقلها وملكيتها أو الشروع في أي من هذه الأفعال". وينص القانون الفرنسي لعام 1996 في المادة 324/1 على أن غسل الأموال هو "تسهيل بكل الوسائل للتبرير الكاذب لمصدر الأموال والدخول لمرتكب جناية أو جنحة للذي أمده بفائدة مباشرة أو غير مباشرة، ويعتبر أيضا من قبيل غسل الأموال المساهمة في عمليات توظيف أو إخفاء أو تحويل العائد المباشر لجناية أو جنحة". وعرفت المادة الأولى من قانون غسل الأموال لجمهورية مصر العربية عام 2002 بأنه: "كل سلوك ينطوي على اكتساب الأموال أو حيازتها أو التصرف فيها أو إدارتها أو حفظها أو استبدالها او إيداعها أو ضمانها أو استثمارها أو نقلها أو تحويلها أو التلاعب في قيمتها إذا كانت متحصلة من جريمة من الجرائم المنصوص عليها

في المادة (2) من هذه القانون مع العلم بذلك، متى كان القصد من هذا السلوك إخفاء المال أو تمويه طبيعته أو مصدره أو مكانه أو صاحبه أو صاحب الحق فيه أو تغيير حقيقته أو الحيلولة دون اكتشاف ذلك أو عرقلة التوصل إلى شخص من ارتكب الجريمة المتحصل منها هذا المال". وعليه، يمكن أن نستخلص تعريفا لغسيل الأموال بأنها "العملية التي ترمي إلى إضفاء طابع المشروعية عن أموال محصلة من مصدر غير مشروع بصرف النظر عن نوع الجريمة المرتكبة تحصيلا لهذه الأموال"، لكن يبقى جوهر عملية غسل الأموال هو قطع الصلة بين الأموال المتحصلة عن أنشطة إجرامية وبين أصلها أو مصدرها غير المشروع، حيث تبدو الأموال وكأنها قد تولدت عن منشأ مشروع قانوني. أما القانون النموذجي العربي الموحد لمكافحة جرائم إساءة استعمال تقنية المعلومات والصادر عن مجلس جامعة الدول العربية عام 2004، فقد نص في مادته التاسعة على أنه "كل من قام بتحويل الأموال غير المشروعة أو نقلها أو تمويه المصدر غير المشرع لها أو إخفائه أو قام باستخدام أو اكتساب أو حيازة الأموال مع العلم بأنها مستمدة من مصدر غير مشروع أو بتحويل الموارد أو الممتلكات مع العلم بمصدرها غير المشروع، وذلك عن طريق استخدام نظم الحاسب الإلكتروني أو شبكة المعلومات الدولية - الإنترنيت - بقصد إضفاء الصفة غير المشروعة على تلك الأموال يعاقب ب...".

وبموجب اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، في المادة 7 منها والمتعلقة ب: تدابير مكافحة غسل الأموال:

"1- يتعين على كل دولة طرف: (أ) أن تنشئ نظاما داخليا شاملا للرقابة والإشراف على المصارف والمؤسسات المالية غير المصرفية وكذلك، حيثما يقتضي الأمر، سائر الهيئات المعرضة بشكل خاص لغسل الأموال، ضمن نطاق اختصاصها، من أجل ردع وكشف جميع أشكال غسل الأموال، ويتعين أن يشدد ذلك النظام على متطلبات تحديد هوية الزبون وحفظ السجلات والإبلاغ عن المعاملات المشبوهة؛

(ب) أن تكفل، دون إخلال بأحكام المادتين 18 و27 من هذه الاتفاقية، قدرة الأجهزة الإدارية والرقابية وأجهزة إنفاذ القوانين وسائر الأجهزة المكرسة لمكافحة غسل الأموال (بما فيها السلطات القضائية، حيثما يقضي القانون الداخلي بذلك) على التعاون وتبادل المعلومات على الصعيدين الوطني والدولي ضمن نطاق الشروط التي يفرضها قانونها الداخلي، وأن تنظر، لأجل تلك الغاية، في إنشاء وحدة استخبارات مالية تعمل كمركز وطني لجمع وتحليل وتعميم المعلومات عما يحتمل وقوعه من غسل للأموال. =

وهذه التصرفات باطلة بطلانا مطلقا، بقوة القانون، لأنها منافية للنظام العام والآداب.

وإذا كان محل المعاملات الإلكترونية كل شيء أو خدمة تدخل بحكم القانون في مجال التعامل، فإن البعض منها يحظر التعامل فيه، كالاتجار في الأعضاء البشرية[651] التي تعتبر خارج دائرة التعامل التجاري، إعمالا لمبدأ النظام العام[652].

ويزيد من تفاقم مثل هذه التصرفات غير المشروعة، عدم وجود رقابة فعالة عليها، مما يتطلب تكاثف جهود الفقه والاجتهاد والاستعانة بالمتخصصين في مجال تقنيات الاتصال، لإيجاد حلول فعالة لمثل هذه المشاكل الخطيرة، التي أصبحت تهدد خصوصيات الأفراد والكيان الاجتماعي[653].

على أن محل العرض الإلكتروني المشروع في بلد، قد لا يعتبر كذلك في آخر، مما يطرح أمامنا تساؤلا حول القواعد الواجبة التطبيق في مثل هذه الحالة.

= 2- يتعين على الدول الأطراف أن تنظر في تنفيذ تدابير مجدية لكشف ورصد حركة النقد والصكوك القابلة للتداول ذات الصلة عبر حدودها، رهنا بوجود ضمانات تكفل حسن استخدام المعلومات ودون إعاقة حركة رأس المال المشروع بأي صورة من الصور. ويجوز أن تشمل تلك التدابير اشتراط قيام الأفراد والمؤسسات التجارية بالإبلاغ عن تحويل الكميات الكبيرة من النقد ومن الصكوك القابلة للتداول ذات الصلة عبر الحدود.

3- لدى إنشاء نظام رقابي وإشرافي داخلي بمقتضى أحكام هذه المادة، ودون مساس بأي مادة أخرى من هذه الاتفاقية، يُهاب بالدول الأطراف أن تسترشد بالمبادرات ذات الصلة التي اتخذتها المنظمات الإقليمية والأقاليمية والمتعددة الأطراف لمكافحة غسل الأموال.

4- يتعين على الدول الأطراف أن تسعى إلى تطوير وتعزيز التعاون العالمي والإقليمي ودون الإقليمي والثنائي بين الأجهزة القضائية وأجهزة إنفاذ القانون وأجهزة الرقابة المالية من أجل مكافحة غسل الأموال". صادق المغرب على اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية لسنة 2000، في 19 سبتمبر 2002، وتم نشرها بموجب ظهير شريف رقم 1.02.132 صادر في 9 شوال 1424 (4 ديسمبر 2003) بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الموقعة بباليرمو في 12 ديسمبر 2000، ج.ر.ع. 5186 الصادرة يوم الخميس 12 فبراير2004، ص. 494 وما بعدها. ولمزيد من الاطلاع حول جرائم غسل الأموال عبر الإنترنيت، راجع: عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال عبر شبكة الإنترنيت، ط. الأولى، 2009، بدون ذكر جهة النشر، ص. 43 وما بعدها.

[651] يحظر المشرع المغربي بموجب المادة 5 من القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها الصادر لتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-99-208 الصادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 غشت 1999)، (ج.ر.ع. 4726، الصادرة بتاريخ 16 شتنبر 1999)، الاتجار بالأعضاء البشرية، بحيث لا يمكن أن يؤدى عن التبرع أو الإيصاء بها أي أجر أو أن يكون محل معاملة تجارية.

[652] سنة 1999، عرضت على موقع "ebay" الشهير بالتجارة الإلكترونية، كلية بشرية للمزاد الإلكتروني، وقد وصل قيمتها إلى حين توقيف العرض من طرف إدارة الموقع 5.7 مليون دولار. كما عرض على نفس الموقع بيع طفل رضيع من طرف أبويه. مما يخلق إشكالية الأخلاقيات على الإنترنيت، وكذا مسؤولية الطبيب الذي يقوم بزراعة عضو تم شراؤه من الإنترنيت. كما يطرح المسؤولية الجنائية لكلا الطرفين المتعاقدين وأيضا مسؤولية صاحب الموقع الذي سمح بوضع مثل هذه العروض التجارية. وقد عللت إدارة موقع "ebay" أنها لا تملك نظاما يتعرف على عدم مشروعية الشيء محل العرض.

Etienne Wery, trafic d'organe sur le net : Jusqu'où aller trop loin?, A consulter sur http://www.droit-technologie.org/actuality-249/text/text/javascript (M.S.J, juin 2010).

[653] إلياس ناصيف، م.س.ص. 145.

أشار التقرير السنوي للمجلس الدولي لمكافحة المخدرات إلي أن تعاطي مخدر القنب سجل ارتفاعا كبيرا بسبب قيام الكثير من المواقع الإلكترونية بنشر معلومات تتعلق بكيفية زراعته في المنازل . وأكد المجلس في تقرير إلى أن بذور هذا المخدر واللوازم المستخدمة في زراعته داخل المنازل يجري بيعها وتداولها عبر شبكة الإنترنت من خلال مواقع إلكترونية متخصصة . ومن خلال هذه الورقة سوف تكون لنا وقفه مع هذا الجانب السلبي للتعرف عن قرب عن ما قدمته شبكة الإنترنت من خدمات وتسهيلات ساهمت وبشكل كبير في انتشار هذه الآفة بل والارتقاء بها إلى أعلى المستويات.

فقضية موقع "Yahoo"، تعطينا مثالا عن مثل هذه الصعوبات التي قد تعترض المستهلك عبر الإنترنيت. فقد أدانت إحدى المنظمات الدولية المناهضة للعنصرية وجمعية للطلبة اليهود في فرنسا، وضع عرض إلكتروني لمجموعة من الشارات الممثلة للنازية على موقع "Yahoo ".

وحين عرض القضية على محكمة باريس الإبتدائية، اعتبرت من خلال أول حكم لها أن العرض الإلكتروني المشار إليه غير مشروع. وأمرت إدارة موقع "Yahoo"، باتخاذ كل التدابير اللازمة لمنع المتصفحين من الدخول إلى صفحة العرض. كما أرغمتها على حذف أي إشارة في موقع تابع لها، أوغرف للدردشة أو صفحة في مواقع "Yahoo" ومن ضمنها موقع "Yahoo.com" التجاري العام، واتخاذ كل الوسائل التقنية التي من شأنها منع متصفحي الموقع من داخل فرنسا من مشاهدة العرض.

فمن وجهة نظر القانون الدولي الخاص، هل تعتبر المحكمة الابتدائية الفرنسية ذات اختصاص للنظر في هذه الدعوى؟. وهل كان عليها تطبيق القانون الفرنسي؟. بالنسبة للقاضي، مجرد الاطلاع على العرض الإلكتروني المشار إليه، يعتبر خطأ معاقبا عليه فوق التراب الفرنسي، مما سيلحق ضررا بالمدعين، من جهة، وسيمس بالنظام العام الداخلي في فرنسا. أما بالنسبة لمسألة الاختصاص، فرغم تواجد الموقع على خادم موجود في فرنسا، لا ينعقد الاختصاص للدوائر القضائية الفرنسية. ويكفي الإطلاع على العنوان الالكتروني من خلال "IP" لتحديد تمركز الموقع جغرافيا.

وفي بعض العقود المبرمة بطريقة إلكترونية والتي يكون محلها هو النقود، كما في عقد التحويل المصرفي، نتساءل عن مدى مشروعيته؟.

هنا اعتبر رأي في الفقه، أن محل هذا العقد - الذي هو النقود - مشروع في الأصل، وبالتالي يصلح لأن يكون محلا لعقد التحويل المصرفي. إلا أنه من المتصور أن يكون محل العقد - وهو النقود - غير مشروع، وبالتالي لا تصلح لأن تكون محلا لأي عقد. وبذلك يعتبر عقد التحويل المصرفي الإلكتروني الواقع على مال مزور عقدا باطلا لانتفاء محله لعدم مشروعيته[654].

بذلك، محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية كسائر العقود الأخرى، لابد أن يكون مشروعا، فالأصل جواز التعامل في كافة الأشياء والخدمات عبر الإنترنت، ما لم يحظره القانون، وذلك استجابة للمبدأ المسمى بمبدأ حرية التجارة. وبالتالي، يكون الاستثناء هو عدم مشروعية إجراء التعامل عبر الإنترنت في محل يمس بالنظام العام أو الآداب العامة أو المصلحة الوطنية أو لأي سبب آخر رأى المشرع أنه يستوجب ذلك، وكثيرة هي المواقع التي لا تحترم شرط المشروعية ولا تتقيد به.

ولنأخذ مثال عقد التحويل المصرفي الإلكتروني، الذي يشترط في محله هو أيضا أن يكون مشروعا وغير مخالف للنظام العام أو الآداب. فالتزام البنك بإجراء التحويل المصرفي خلافا لأحكام مراقبة النقد أو خلافا لأحكام مراقبة تبييض الأموال، يعتبر مخالفا للنظام العام؛ وبالتالي غير مشروع بحكم القانون وبه ينتفي محل العقد، ويكون هذا الأخير باطلا لعدم مشروعية المحل[655].

---

[654] محمد عمر ذوابة، م.س.ص.78.

[655] المرجع السابق، ص. 79.

لكن المسألة المطروحة هنا للنقاش، هي ما مدى الأخذ بشرط المشروعية؟. فما قد يكون مشروعا للتعامل في دولة يكون غير مشروع في الدولة الأخرى؟. وفي هذه الحالة، نتساءل عن فعالية القيود ذات الطابع الوطني والمفروضة على التعامل عبر الإنترنت، في ظل الطابع العالمي للشبكة التي لا تخضع لأي نوع من الرقابة. ولا أدل على ذلك، حدوث عدد كبير من التجاوزات التي قد تزيد بطبيعة الحال في المستقبل[656].

هذا إلى جانب ما للطابع الدولي للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية من تأثير، من حيث إلغاؤها للحدود بين الدول، وإن اختلفت أطرافها، وأماكن إبرامها وطبيعة موضوعها، إلا أنها تتضمن بعض الأحكام المتماثلة، التي تلقي على عاتق المتعاقدين التزاما مشتركا بالمحافظة على ضوابط معينة، تتلاءم مع طبيعة العقود الدولية، فتبدو هذه العقود جميعها مشتركة في وظيفة واحدة، تتمثل بالمحافظة على الشرعية أو ما يمكن تسميته بالوظيفة التنظيمية "Une fonction de régulation".

كما تفرض هذه العقود على المتعاقدين، الالتزام بحماية المعلومات الشخصية، واحترام القوانين، والالتزام بآداب السلوك بصورة عامة وبآداب السلوك، بشأن مسائل معينة وسواها من المبادئ القانونية.

وقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية، إلى أنه من أهم الشروط المشتركة بين العقود الإلكترونية، التزام العميل بعدم نشر أي معلومة مهما كان شكلها أو طبيعتها، إذا كانت مخالفة للنظام العام والآداب، أو كانت كاذبة وهدفها التشهير[657].

مما يستوجب ضرورة إيجاد حلول تشريعية تتلاءم والإشكال المطروح، لحل الخلاف المتعلق بمشروعية محل العقد المبرم عبر الإنترنت بين دولة وأخرى. ولا بد من تكاثف الجهود الدولية للتنسيق فيما بين الدول، بحيث يتم أخذ الطبيعة العالمية للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية بعين الاعتبار، على أساس أن الحل الذي يؤخذ به على المستوى الوطني دون مراعاة ما يجري في العالم، سيؤدي إلى نتائج خطيرة، خاصة مع الاتجاه المستمر والمطرد نحو العولمة وما يعرف بالاقتصاد الحديث المعاصر[658].

ونشير إلى أن المشكلة في مجال التعاقد عبر الإنترنت، هو وجود السلع التي وضع المشرع قيودا على تداولها، ووضع قواعد لبيعها، بحيث لا تكون هناك حرية كبيرة في التعامل عليها إلا من خلال أماكن محددة. وبالتالي، فإنه لا يمكن بيعها بأي وسيلة إلكترونية وخاصة عبر الإنترنت. وتتمثل هذه السلع، في المنتجات الصيدلية والمشروبات الكحولية، ومنتجات التبغ والأسلحة النارية. وهذا ما سنتطرق إليه من **المبحث الثاني**.

---

[656] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 206.

[657] Cass. Crim , 30 Jan. 2001 Arrêt N° 685, J.C.P, 25 Av. 2001, p.820 et s.

[658] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص 119 وما بعدها؛ وانظر أيضا، إلياس ناصيف، م.س.ص. 146 و147؛ وأيضا، إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 170.

المبحث الثاني
القيود الواردة على محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

مما لاشك فيه، أن جميع العقود قابلة لأن تتم بالطريقة الإلكترونية. لكن، هناك بضائع وخدمات يحظر التعامل فيها، بل وتفرض قيود على التعامل فيها. من هذه البضائع أو المنتجات ما يحظر التعامل فيها بموجب الشرع أو القانون، وبعضها -وإن كان يجوز القانون التعامل فيها- لكن خطورة التعامل فيها عبر الإنترنيت يطرح العديد من الإشكالات القانونية.

وهكذا، سنفصل في مسألة القيود الواردة على محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من خلال مطلبين: نخصص **المطلب الأول** للبحث في القيود الخاصة بتداول المنتجات الصيدلية عبر الإنترنت، ثم نتطرق في **المطلب الثاني** لمنتجات التبغ والمشروبات الكحولية.

المطلب الأول
القيود الخاصة بتداول المنتجات الصيدلية عبر الإنترنت

لقد برزت ظاهرة تداول الأدوية والمستحضرات شبه-صيدلية على الإنترنيت، مع وضع صفحات للمؤسسات الصحية وأصحاب المهن في هذا المجال على الإنترنيت. فتجاوب الكثير من مستخدمي الإنترنيت مع هذا الأمر بصورة كبيرة، حيث اتسعت دائرة الاستهلاك عبر الإنترنيت، مما لفت انتباه المؤسسات التي تهتم بقضايا التنمية والدواء، سواء على المستوى الإقليمي في كل دولة، أو على المستوى الدولي.

ونجد عبر العديد من المواقع على الإنترنيت، صيدليات ومؤسسات ومصانع ومتاجر تعرض منتجاتها من أدوية وعقاقير متنوعة ومختلفة، بما في ذلك طب الأعشاب. ولا يقف الأمر عند هذا الحد، بل أن هذه المواقع تتضمن شرحا وافيا لكيفية استخدام العقاقير المذكورة ومكوناتها وطرق تناولها، بل وكيفية تصنيعها أيضا[659].

فعن طريق أحد المواقع، يستطيع شخص في دولة تمنع تداول أحد الأدوية، طلب هذا الدواء من العارض له عبر إحدى المواقع على الإنترنت والمتواجد بدولة تسمح بتداوله. فعملية البيع والشراء هنا جائزة من جهة من يسمح قانونه الوطني بالتعامل فيها، بينما غير ذلك بالنسبة للمشتري الذي يمنع قانونه الوطني التعامل في ذاك النوع من الأدوية[660].

وتحظر في التعامل عموما، وعبر الإنترنت خصوصا، الأدوية، رغم أن بعض الدول تبيح التعامل عن طريق الإنترنت في الأدوية والمنتجات الصيدلية، كما في المادة 1598 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على مبدإ حرية تداول السلع والخدمات، وكذلك حرية إجراء المعاملات التجارية، ما لم يحظر القانون ذلك، إما لمخالفتها للنظام العام والآداب، أو لوجود تنظيم قانوني خاص ببعض السلع والخدمات[661].

---

[659] عمر محمد بن يونس، المخدرات والمؤثرات العقلية عبر الإنترنيت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص. 21 - 25.

[660] إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 171.

[661] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، م.س.ص. 258.

فالأدوية محظور التعامل فيها من قبل أي كان، إلا من طرف صيدلي. ولا يمكن اعتبار الموقع الإلكتروني صيدلية ويجوز التعامل معها؛ بذلك أي تعامل في الدواء عبر الإنترنت يعتبر باطلا ويعاقب من يقوم به بالعقوبة الجنائية التي يحددها القانون.

واستثناء، سمح قانون الصحة العامة الفرنسي للصيدلي أن يقوم بتلقي طلب شراء الدواء من مسكن العميل، وتوصيله إليه دونما حاجة إلى تنقله. وقد حدد القانون حالات معينة يجوز فيها ذلك، كتدهور الحالة الصحية للعميل أو لوجوده في منطقة نائية[662]. على أن القضاء الفرنسي، أبطل بيع عدسات لاصقة تم شراؤها عبر الإنترنيت، بحجة أن بيع مثل هذه المواد، يتطلب الوجود الفعلي والدائم لمتخصص في البصريات "Opticien".

أما بالنسبة للتشريع المغربي، فقد تطرق بموجب الباب الأول المتعلق بأحكام خاصة بالأدوية من مدونة الأدوية والصيدلة[663] وبالضبط في الفرع الأول منه والخاص بالإذن بالعرض في السوق بموجب المادة 7 إلى 17، إلى كل ما يخص طريقة عرض الأدوية في السوق وشروط ذلك، على أن "يظل سعر بيع الأدوية المصنعة محليا أو المستوردة للعموم محددا من لدن الإدارة وفق الشروط والكيفيات المحددة بنص تنظيمي".

كما نجد أن المادة 7 من مدونة الأدوية، قد نصت على أنه "يجب أن يكون كل دواء مصنع أو مستورد أو مصدر ولو في شكل عينات، موضوع إذن مسلم من طرف الإدارة، قبل تسويقه أو توزيعه سواء بالمجان أو بمقابل، بالجملة أو بالتقسيط، وذلك وفق الأشكال الآتي ذكرها:

- إما في شكل إذن بالعرض في السوق يضمن رقمه في التوضيب الثانوي لكل دواء موجه للتسويق؛

- وإما في شكل إذن خاص فيما يتعلق بالعينات المقدمة لغرض تسجيل المنتجات والتجارب السريرية أو في ما يتعلق بالأدوية الموصوفة وغير المسجلة في المغرب أو في ما يتعلق باستعمال مؤقت لبعض الأدوية المخصصة لعلاج أمراض خطيرة أو نادرة عند عدم وجود علاج خاص بها في المغرب".

هنا نتساءل، عن حق الصيدلي - الحاصل على إذن العرض للأدوية بما فيها المنتجات الصيدلية غير الدوائية - في عرضها على السوق الإلكترونية، مادام قد حصل على إذن الإدارة التي أخضعت الدواء مسبقا لتجربة خاصة (المادة 8 من مدونة الأدوية)، خاصة وأن المادة 38 من نفس المدونة تسمح بإشهار الأدوية وعرفته بأنه "كل أشكال الإعلام بما فيها السعي لجلب الزبناء أو البحث عنهم أو التحفيز الذي يهدف إلى الحث على وصف الأدوية المذكورة أو تسليمها أو بيعها أو استهلاكها"؟.

---

[662] Art L. 5125 - 25 du code de la santé publique legifrance.gouv.fr (M.S.J, Dec. 2009).

[663] ظهير شريف رقم 1-06-151 صادر في 30 من شوال 1427 (22 نونبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 04-17 بمثابة مدونة الأدوية والصيدلة، ج.ر.ع. 5480 بتاريخ 15 ذو القعدة 1427 (7 ديسمبر 2006)، ص. 3726.

نستشف الإجابة هنا من خلال موقف بعض من الفقه الفرنسي، من استثناء جوازية التعامل بالأدوية عبر الإنترنت، فقد رأى إمكانية التعامل في الأدوية عبر الإنترنيت بشرط أن يتم احترام القواعد التي حددها القانون، حيث يجب أن يتم إنشاء موقع لبيع الدواء عبر الإنترنت بشرط أن يتولى إدارة الموقع صيدلي مرخص له بممارسة مهنة الصيدلة، وأن يكون هذا الموقع الإلكتروني تابع لصيدلية مرخص لها طبقا للقانون، وأن يقتصر بيع الدواء عبر الإنترنت على الحالة التي نص عليها المشرع. وإذا ما بيع الدواء عبر الإنترنت خارج هذه القيود، فإن العقد يكون باطلا بطلانا مطلقا، ويعاقب على ذلك بمقتضى نصوص القانون الجنائي[664].

أما بالنسبة للمنتجات الصيدلية غير الدوائية، فنرى أنها لا تستحق المنع ما دامت من المنتجات التي قد يقتنيها الشخص دونما حاجة إلى وصفة طبية. ولعل تواجد مواقع مغربية لبيع منتجات صيدلية غير دوائية على الإنترنيت، لأفضل دليل على جوازية التعامل فيها[665].

وعليه، ومن خلال القيود السالف ذكرها، يمكن القول أن المشرع المغربي لم يجوز بيع الأدوية عبر الإنترنيت، إذ لا يمكن اعتبار الموقع صيدلية وبالتالي سيكون أي بيع للدواء للمستهلك عبر الإنترنيت باطلا بقوة القانون، إلا ما كان من الأدوية شبه-صيدلية والتي يمكن بيعها والاتجار فيها عبر الإنترنيت.

ومع ذلك، لا يجب إغفال اتخاذ الاحتياطات الضرورية واللازمة، والمنبثقة من مبدإ مراقبة بلد المنشأ. وهذه الإجراءات تعد ضرورية لتعلقها بالنظام العام والصحة العامة والأمن العام وحماية المستهلك الالكتروني[666].

ونظرا لخطورة التعامل وتداول الأدوية عبر الإنترنيت، حظرت منظمة الصحة العالمية من خطر الاتجار في الأدوية عبر الإنترنيت، إذ من شأن ذلك أن يشجعل على تداول أدوية مزورة، مما يعني ضرورة إصدار قانون جديد ينظم تداول الأدوية من خلال شبكة الإنترنيت، بعد أن أصبحت بعض المواقع تقوم بوظيفة الصيدلية وتبيع الأدوية بطريقة غير مشروعة[667].

---

[664] في حكم صادر عن استئنافية باريس، اعتبرت فيه أن عرض عدسات طبية لاصقة على موقع إحدى الشركات على شبكة الإنترنت، يمثل مخالفة لقانون حماية الصحة العامة، وبالتالي يمثل جريمة جنائية لعدم إشراف صيادلة متخصصين على هذا الموقع:
C.A Paris, 5ème ch. Section A, 2 Mars 2005, disponible sur www.legifrance.gouv.f; V. aussi, B. Tarbaka, pharmancie en ligne: de la préscription à la proscription, disponible sur : www. Juriscom.net, (M.S.J du Av. 2009).

[665] كموقع: http://www.mapara.ma (M.S.J, Mai 2010).

[666] Alain Strowel, Nicolas Ide et F.Verhoestraete, la directive du 8 Juin 2000 sur le commerce électronique: Un cadre juridique pour l'Internet, Op.Cit, p. 136, Infra n° 9.

[667] تبين في أكثر من 50% من الحالات أن الأدوية التي يتم شراؤها من المواقع غير المشروعة على شبكة الإنترنت والتي تخفي عنوانها البريدي هي أدوية مزيفة. وفي بعض مواقع الصيدليات على شبكة الإنترنت يمارس عمله بشكل مشروع والهدف من إنشائه هو التسهيل على الزبائن والتوفير لهم. وهذه الصيدليات تسلّم الأدوية الموردة من مرافق حاصلة على تراخيص حكومية ولا تبيعها إلا بناءً على وصفة طبية. عن تقرير للمنظمة الصحة العالمية حول الأدوية المزيفة: صحيفة وقائع رقم 275، يناير 2010، ويمكن الاطلاع عليه على موقع المنظمة على الرابط التالي:
http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/ar/index.html, (M.S.J, Juin 2010)

المطلب الثاني
حظر الإتجار في منتجات التبغ[668] والمشروبات الكحولية عبر الإنترنيت

تمنع القوانين الاتجار في منتجات التبغ والمشروبات الكحولية[669]، إلا بترخيص من الدولة[670]، ووفق شروط معينة، كالقانون المغربي والفرنسي والمصري. ولكن نجد على الإنترنيت، العديد من المواقع، تعرض هذا النوع من المنتجات، بل وتتفنن في طرق الدعاية لها.

وهنا، يمكننا الرجوع إلى المقتضيات المنصوص عليها بموجب المادة 12 من القانون رقم 91-15 المتعلق بمنع التدخين والإشهار والدعاية للتبغ في بعض الأماكن[671]، والتي تنص على أن "من قام بالدعاية أو الإشهار لفائدة التدخين أو للمواد المكونة له بالوسائل المنصوص عليها في الباب الثالث من هذا القانون يعاقب بغرامة من 1000 درهم إلى 3000 درهم".

كما منع المشرع المغربي أيضا، الدعاية والإشهار للتبغ وأنشطة ترويج مبيعاته، بالبرامج الإذاعية والتلفزية والأشرطة، وأيضا في الصحافة وفي إعلانات الأماكن العمومية (م. 7 من القانون الموماً إليه أعلاه).

---

[668] بموجب المادة 2 من القانون رقم 02-46 المتعلق بنظام التبغ الخام والتبغ المصنع الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 53-03-1 المؤرخ بـ 20 من محرم 1424 (24 مارس 2003)، منشور في ج.ر.ع. 5096 بتاريخ 3 أبريل 2003، عرف المشرع المغربي التبغ الخام بأنه "التبغ على حالته الطبيعية المقدم في شكل نباتات تامة أو أوراق. تعتبر في حكم التبغ الخام أوراق التبغ المجففة أو المختمرة سواء أكانت تامة أم محذوفة ذيولها أو مشذبة أو مقطعة على ألا يتعلق الأمر بمنتج جاهز للتدخين".

[669] عرف المشرع المغربي المواد التبغية بأنها كل المواد المعدة للتدخين، سواء كانت هذه المواد مكونة كليا أو جزئيا من التبغ (م. 1 من الظهير الشريف رقم 1-91-112 صادر في 27 محرم 1416 (26 يونيو 1995) بتنفيذ القانون رقم 91-15 المتعلق بمنع التدخين والإشهار والدعاية للتبغ في بعض الأماكن، ج.ر.ع. 4318، بتاريخ 4 ربيع الأول 1416 الموافق ل 2 غشت 1995)، ص. 4318.

كما نص المشرع المغربي بموجب الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون رقم 02-46 المتعلق بنظام التبغ الخام والتبغ المصنع والصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 53-03-1 صادر في 20 محرم 1424 (24 مارس 2003) (ج.ر.ع. 5096، بتاريخ 30 محرم 1424 (3 أبريل 2003)، ص. 1090)، على أنه "يمكن أن يمارس كل شخص طبيعي أو معنوي زراعة التبغ شريطة تقديم تصريح إلى الإدارة وفق الكيفيات المحددة بنص تنظيمي على أن يثبت توفره إما على عقد شراء مبرم مع صانع مصرح به للإدارة، وإما على التزام بالتصدير". على أن المادة 28 من نفس القانون المذكور نصت على أنه "يعاقب كل شخص يقوم بزراعة التبغ دون التوفر على عقدة شراء أو التزام بالتصدير بغرامة من 5000 إلى 10000 درهم عن كل هكتار مزروع. ويحجز محصول زراعته من لدن الإدارة التي تقوم إما بإتلافه على نفقة المخالف وإما ببيعه. وتعتبر حصيلة البيع كسبا للدولة. وفي حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف".

وأوجب المشرع المغربي بموجب الفصل الأول من قرار المدير العام للديوان الملكي رقم 66-177-3 بتاريخ 17 يوليوز 1967 بتنظيم الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول، (ج.ر.ع. 2856، بتاريخ 18 ربيع الثاني 1387 (26 يوليوز 1967) ص. 1658)، "على كل من يريد الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول حسب القارورة أن يحصل سلفا على إذن تسلمه السلطة الإدارية المحلية بعد إستشارة المصالح المحلية للشرطة أو الدرك، ويمكن أن يسحب هذا الإذن في كل وقت وآن من طرف السلطة التي سلمته إما على إثر إدانة أو بموجب تدبير تقتضيه المحافظة على النظام أو الأمن العمومي".

[670] المادة 568 من المدونة العامة للضرائب الفرنسي، ويمكن مراجعة هذا النص على الموقع التالي:
http://droit-finances.commentcamarche.net/legifrance/74-code-general-des-impots/263167/regime-economique (M.S.J, Nov. 2010).

[671] الصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 1-91-112 الصادر في 27 محرم 1416 (26 يونيو 1995)، ج.ر.ع. 4318 بتاريخ 4 ربيع الأول 1416 (2 غشت 1995)، ص. 2163.

المطلب الثاني
حظر الإتجار في منتجات التبغ[668] والمشروبات الكحولية عبر الإنترنيت

تمنع القوانين الاتجار في منتجات التبغ والمشروبات الكحولية[669]، إلا بترخيص من الدولة[670]، ووفق شروط معينة، كالقانون المغربي والفرنسي والمصري. ولكن نجد على الإنترنيت، العديد من المواقع، تعرض هذا النوع من المنتجات، بل وتتفنن في طرق الدعاية لها.

وهنا، يمكننا الرجوع إلى المقتضيات المنصوص عليها بموجب المادة 12 من القانون رقم 91-15 المتعلق بمنع التدخين والإشهار والدعاية للتبغ في بعض الأماكن[671]، والتي تنص على أن "من قام بالدعاية أو الإشهار لفائدة التدخين أو للمواد المكونة له بالوسائل المنصوص عليها في الباب الثالث من هذا القانون يعاقب بغرامة من 1000 درهم إلى 3000 درهم".

كما منع المشرع المغربي أيضا، الدعاية والإشهار للتبغ وأنشطة ترويج مبيعاته، بالبرامج الإذاعية والتلفزية والأشرطة، وأيضا في الصحافة وفي إعلانات الأماكن العمومية (م. 7 من القانون المومأ إليه أعلاه).

---

[668] بموجب المادة 2 من القانون رقم 02-46 المتعلق بنظام التبغ الخام والتبغ المصنع الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 53-03-1 المؤرخ بـ 20 من محرم 1424 (24 مارس 2003)، منشور في ج.ر.ع. 5096 بتاريخ 3 أبريل 2003، عرف المشرع المغربي التبغ الخام بأنه "التبغ على حالته الطبيعية المقدم في شكل نباتات تامة أو أوراق. تعتبر في حكم التبغ الخام أوراق التبغ المجففة أو المختمرة سواء أكانت تامة أم محذوفة ذيولها أو مشذبة أو مقطعة على ألا يتعلق الأمر بمنتج جاهز للتدخين".

[669] عرف المشرع المغربي المواد التبغية بأنها كل المواد المعدة للتدخين، سواء كانت هذه المواد مكونة كليا أو جزئيا من التبغ (م. 1 من الظهير الشريف رقم 1-91-112 صادر في 27 محرم 1416 (26 يونيو 1995) بتنفيذ القانون رقم 91-15 المتعلق بمنع التدخين والإشهار والدعاية للتبغ في بعض الأماكن، ج.ر.ع. 4318، بتاريخ 4 ربيع الأول 1416 الموافق ل 2 غشت 1995)، ص. 4318.

كما نص المشرع المغربي بموجب الفقرة الأولى من المادة 3 من القانون رقم 02-46 المتعلق بنظام التبغ الخام والتبغ المصنع والصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 53-03-1 صادر في 20 محرم 1424 (24 مارس 2003) (ج.ر.ع. 5096، بتاريخ 30 محرم 1424 (3 أبريل 2003)، ص. 1090)، على أنه "يمكن أن يمارس كل شخص طبيعي أو معنوي زراعة التبغ شريطة تقديم تصريح إلى الإدارة وفق الكيفيات المحددة بنص تنظيمي على أن يثبت توفره إما على عقد شراء مبرم مع صانع مصرح به للإدارة، وإما على التزام بالتصدير". على أن المادة 28 من نفس القانون المذكور نصت على أنه "يعاقب كل شخص يقوم بزراعة التبغ دون التوفر على عقدة شراء أو التزام بالتصدير بغرامة من 5000 إلى 10000 درهم عن كل هكتار مزروع. ويحجز محصول زراعته من لدن الإدارة التي تقوم إما بإتلافه على نفقة المخالف وإما ببيعه. وتعتبر حصيلة البيع كسبا للدولة. وفي حالة العود ترفع الغرامة إلى الضعف".

وأوجب المشرع المغربي بموجب الفصل الأول من قرار المدير العام للديوان الملكي رقم 66-177-3 بتاريخ 17 يوليوز 1967 بتنظيم الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول، (ج.ر.ع. 2856، بتاريخ 18 ربيع الثاني 1387 (26 يوليوز 1967) ص. 1658)، "على كل من يريد الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول حسب القارورة أن يحصل سلفا على إذن تسلمه السلطة الإدارية المحلية بعد إستشارة المصالح المحلية للشرطة أو الدرك، ويمكن أن يسحب هذا الإذن في كل وقت وآن من طرف السلطة التي سلمته إما على إثر إدانة أو بموجب تدبير تقتضيه المحافظة على النظام أو الأمن العمومي".

[670] المادة 568 من المدونة العامة للضرائب الفرنسي، ويمكن مراجعة هذا النص على الموقع التالي:

http://droit-finances.commentcamarche.net/legifrance/74-code-general-des-impots/263167/regime-economique (M.S.J, Nov. 2010).

[671] الصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 1-91-112 الصادر في 27 محرم 1416 (26 يونيو 1995)، ج.ر.ع. 4318 بتاريخ 4 ربيع الأول 1416 (2 غشت 1995)، ص. 2163.

ويمنع القانون المصري التعامل في المشروبات الروحية أو الكحولية في الأماكن العامة، وتستثنى الفنادق والمنشآت السياحية والأندية ذات الطابع السياحي (م. 2 من القانون رقم 63 لسنة 1967). كما تحظر المادة 3 من نفس القانون المذكور، النشر أو الإعلان عن المشروبات الكحولية بأي وسيلة كانت، وبالتالي لا يمكن الإعلان عن الخمور عبر الإنترنت، وإلا اعتبر ذلك جريمة يعاقب فاعلها جنائيا.

القانون الفرنسي من جهته قيد بموجب المادة L3323-2 من قانون الصحة العامة، من وسائل الدعاية عن المشروبات الكحولية، وسمح بذلك فقط في الجرائد والمجلات، بشرط ألا تكون في المجلات الخاصة بالشباب، وفي الإذاعات المسموعة في مواعيد محدودة، وفي اللافتات الموجودة فقط داخل أماكن بيع المشروبات الكحولية، وفي المطبوعات والكاتالوجات الصادرة من المنتجين للتجار. بذلك لا يجوز الإعلان عن المشروبات الكحولية عبر شبكة الإنترنت، كما لا يجوز لشخص أن يقوم بفتح موقع لبيع المشروبات الكحولية عبر الإنترنت[672].

أما بالنسبة لمنتجات التبغ، فقد اعتبرت محكمة استئناف «Rennes»، أن الموقع الإلكتروني عبر الإنترنت، هو وسيلة من وسائل الدعاية، وبالتالي فإنه من المخالفة لقانون الصحة العامة الفرنسي، بيع منتجات التبغ عبر الإنترنت[673].

واعتبر بعض الفقهاء، أن بيع منتجات التبغ عبر الإنترنت، أمر محظور لمخالفته لقواعد قانون الصحة العامة. وبالتالي، فإن من يقوم ببيع السجائر عبر الإنترنت، يعاقب جنائيا فضلا عن بطلان عقد البيع[674].

على أن الملاحظ، أن بعض الحكومات الغربية: كاسبانيا، إيطاليا، البرتغال، هولندا، ولوكسمبورغ، وضعت تغييرات تشريعية تشمل عدم تجريم الاستعمال الشخصي للقنب وأعمال تحضير المواد لذلك الاستعمال، مثل: الزراعة والحيازة.

وبالرغم من تجريم القانوني الهولندي لإنتاج وبيع وحيازة ما لا يتجاوز 30 جراما من القنب ومعاقبة من يرتكب ذلك بالحبس، فإن الحكومة الهولندية وضعت مبادئ توجيهية لا تعطي أدنى درجة من الأولوية للتحقيق في حيازة كمية القنب التي لا تزيد عن 5 جرامات بقصد الاستعمال الشخصي؛ مما زاد من وجود نوافذ للبيع على شبكة الإنترنت، يملكها موردون في كندا وهولندا لبيع بذور القنب. على أن أغلب هذه المواقع المتاجرة في مختلف أنواع المخدرات، توجد ملقامتها في بلدان أخرى كهولندا وسويسرا[675].

---

[672] T. Verbiest, Alcool et Internet, disponible sur : www.journaldunet.com (M.S.J, Nov. 2008).

[673] CA. Rennes, 31 Mai 2000, disponible sur : www.Legifrance.gouv.fr. (M.S.J, Mai 2008).

[674] J. Geyler, la vente de tabac sur Internet, disponible sur www.droit-tic.com, p. 6 et s, (M.S.J, Mars 2008); G. Christophie, acheter son tabac sur le net est séduisant mais totalement illégal, art disponible sur www.Zdnet.fr (Jan. 2008); V. Thibault, vente et publicité en ligne de tabac: quel cadre juridique?. disponible sur : www.droittechnologie.org (M.S.J, Sep 2010) P. Hélène, l'achat de cigarettes en ligne devrait décoller, disponible sur www.01net.com (M.S.J, Sep. 2008).

[675] محمد فتحي عيد، الإنترنت ودوره في انتشار المخدرات، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - مركز الدراسات والبحوث- الرياض، ط. 1، 2003، ص. 79 و80.

أما بالنسبة لموقف الدول من تجريم استخدام شبكة الإنترنت في عملية الترويج للمخدرات والمؤثرات العقلية والمتاجرة، فلم يكن واحدا وإنما جاء متباينا: فهناك من أحس بالمشكلة والآثار الناتجة عنها، فسارع إلى وضع نصوص خاصة وحديثة، كما هو الحال في المملكة العربية السعودية ودولة الإمارات العربية المتحدة.

وهناك من أحس بالمشكلة ولكن جهوده لم تتعدى مشاريع نصوص لم تظهر على الواقع كما هو الحال في الجماهيرية الليبية. وهناك من لم يحرك ساكنا بعد مكتفيا بما لديه من نصوص تقليدية، كما هو الحال في سلطنة عمان.

ففي المملكة العربية السعودية، تم إقرار نظام مكافحة جرائم المعلوماتية والذي جرم في البند الرابع من المادة السادسة منه، إنشاء المواقع الإلكترونية على شبكة الإنترنت، بهدف الاتجار بالمخدرات، أو المؤثرات العقلية، أو الترويج لها، أو تسهيل التعامل بها، أو نشر معلومات عن طرق تعاطيها. وفرض له عقوبتين الأولى سالبة للحرية وهي السجن لمدة لا تزيد على خمس سنوات والثانية مالية وهي الغرامة بحد أقصى ثلاثة ملايين ريال سعودي، أو بإحداهما[676].

وفي الإمارات العربية المتحدة جرم المشرع الإماراتي، في القانون 2006/2 المتعلقة بمكافحة جرائم تقنية المعلومات في المادة 18 منه، إنشاء موقع أو نشر معلومات على شبكة الإنترنت أو إحدى وسائل تقنية المعلومات، بقصد الترويج للمخدرات أو المؤثرات العقلية وما في حكمها أو تسهيل التعامل فيها، وذلك في غير الأحوال المصرح بها قانونا، وفرض له عقوبة سالبة للحرية تمثلت في السجن المؤقت[677].

أما المشرع المغربي فلم ينص في القانون الجنائي في أي نص منه، على تجريم الإتجار بالمخدرات أو التبغ على أنواعه عبر الإنترنيت، على غرار الدول العربية التي سبقت الإشارة إليها، فهل سيكون تطبيق القوانين الجنائية الخاصة، كافيا لتجريم الاتجار بالمخدرات عبر الإنترنيت ؟.

الواقع أنه يصعب إعمال المقتضيات الخاصة، الواردة في بعض النصوص المنظمة للاتجار في التبغ، لصعوبة مراقبة السلطات لمدى احترام المرخص لهم بصنع التبغ لالتزاماتهم؛ مما يقتضي وضع إطار قانوني في تشريعنا المغربي، يجرم الاتجار في المخدرات والتبغ عبر الإنترنيت، على غرار الدول العربية.

---

[676] نص البند 4 من المادة 6 من نظام مكافحة جرائم المعلومات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/17 وتاريخ: 8/3/ 1428هـ بناء على قرار مجلس الوزراء رقم: (79) وتاريخ: 7/ 3/ 1428هـ، على ما يلي: "يعاقب بالسجن مدة لا تزيد على 5 سنوات وبغرامة لا تزيد على 3 ملايين ريال، أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل شخص يرتكب أيا من الجرائم المعلوماتية الآتية: .... 4- إنشاء موقع على الشبكة المعلوماتية، أو أحد أجهزة الحاسب الآلي أو نشره، للاتجار بالمخدرات أو المؤثرات العقلية، أو ترويجها، أو طرق تعاطيها، أو تسهيل التعامل بها". ويمكن الاطلاع عليه من خلال الرابط التالي:

http://www.mcit.gov.sa/NR/rdonlyres/32961456-5A71-4374-B175-515BB50FC999/0/Cybercrimeact.pdf (M.S.J, Juin 2010).

[677] يمكن الاطلاع على هذه المادة من خلال الرابط التالي:

http://www.moft.gov.ae/images/dcontent/rules/27.pdf (M.S.J, Juin 2010).

كما ويمكن تطبيق مقتضيات الاتفاقيات الدولية والعربية التي صادق عليها المغرب في مجال الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، كالاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، والتي صادق عليها المغرب في 9 من أبريل 2001[678]. وأيضا، اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الموقعة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003 والتي صادق عليها المغرب في 9 ماي 2007[679]، واتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية الموقعة بفيينا في 20 ديسمبر 1988، والتي صادق عليها المغرب في 5 نوفمبر 1992[680].

هذا، دونما أن نغفل أهمية تطبيق اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، أو الاتفاقيات الثنائية كاتفاقية التعاون بين المغرب وجمهورية المجر في مجال محاربة الجريمة الدولية المنظمة والاتجار اللامشروع في المخدرات[681].

المطلب الثالث

القيود الواردة على تداول الأسلحة النارية، وألعاب القمار، واليانصيب عبر الإنترنيت

يعتبر تداول الأسلحة النارية، محظورا بموجب القوانين والتشريعات. فالتشريع المغربي مثلا، نظم مجال جلب الأسلحة والمتاجرة فيها وشروط حيازتها وحملها، بموجب مجموعة من النصوص الجنائية الخاصة. وهكذا، فقد منع المشرع المغربي جلب أسلحة الحرب إلى المغرب[682]. كما منع الإتجار في الأسلحة الحربية، إلا إذا تم الحصول على رخصة لذلك[683].

---

[678] ظهير شريف رقم 1-96-178، الصادر في 29 ربيع الأول 1422 (30 يونيو 2001) ج.ر.ع. 5001، الصادرة في 22 صفر 1423 (6 ماي 2002)، ص. 1269.

[679] ظهير الشريف رقم 1-07-58 الصادر في 19 ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) ج.ر.ع. 5596، الصادرة في 8 محرم 1429 (17 يناير 2008)، ص. 133 وما بعدها.

[680] ظهير شريف رقم 1-92-283 الصادر في 15 ذي القعدة 1422 (29 يناير 2002) ج.ر.ع. 4999 الصادرة يوم الاثنين 29 أبريل 2002، ص. 1128 وما بعدها.

[681] ظهير شريف رقم 1-01-39 صادر في 29 ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001)، بنشر اتفاقية التعاون الموقعة بالرباط في 12 ماي 1999 بين حكومة المملكة المغربية وحكومة جمهورية المجر في مجال محاربة الجريمة الدولية المنظمة والاتجار اللامشروع في المخدرات، ج.ر.ع. 4956، الصادرة بتاريخ 2001/11/29، ص. 3976.

[682] الفصل الأول من ظهير شريف بتاريخ 18 محرم 1356 موافق 31 مارس 1937، في ضبط جلب الأسلحة وعددها للمملكة المغربية وفي المتاجرة بها وحملها وحيازتها واستيداعها (ج.ر.ع. 1279 بتاريخ 30 أبريل 1937، ص. 761). وتجدر الإشارة إلى أن هناك العديد من النصوص التشريعية الأخرى، المنظمة لمجال الاتجار بالأسلحة. ونحيل بخصوصها على: عبد السلام العياني - أحمد آيت الطالب، الدليل العملي في النصوص الجنائية الخاصة، ج. 1، 2005، مطبعة فضالة، المحمدية، ص. 187 - 215.

[683] ف. 2 من الظهير السالف ذكره.

وقد انضم المغرب لبروتوكول مكافحة صنع الأسلحة النارية وأجزائها ومكوناتها والذخيرة والاتجار بها بصورة غير مشروعة، وهو مكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، وذلك بنيويورك في 17 أبريل 2009، نظرا للآثار الضارة بأمن كل دولة ومنطقة، بل العالم بأجمعه. وقد جاء هذا البروتوكول لتحقيق هذه الغاية، بما في ذلك التعاون الدولي وغيره من التدابير على الصعيدين الإقليمي والعالمي[684].

ويحظر القانون الفرنسي الإعلان والدعاية عن الأسلحة النارية، وذلك بموجب المادة 3 من القانون رقم 85-706 لسنة 1985[685]. كما يعاقب جنائيا كل من يقوم بالإعلان عن الأسلحة النارية طبقا للمادة 6 من نفس القانون المذكور، وبالتالي يحظر الإعلان عن الأسلحة النارية للبيع على عبر مواقع الإنترنيت[686].

وتجدر الإشارة، إلى أن قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي، استبعد بموجب المادة (I-6) بعض المجالات من نطاق حرية التجارة عبر الخط، وهي: "المقامرة بالنقود، ويشمل ذلك الرهان أو اليانصيب المسموح به قانونا[687]، وأنشطة التمثيل، والمساعدة أمام القضاء، وأنشطة التوثيق وحفظ التصرفات التي يمارسها الموثقون، وكذلك تلك المتعلقة بتسليم الصور التنفيذية أو الصور طبق الأصل".

ولا نجد في التشريع المغربي ما يمنع مثل هذه العروض على الإنترنيت، مما يستلزم التدخل الفعلي، من أجل حماية المستهلك المغربي من المخاطر التي قد يتعرض إليها من جراء القبول.

من خلال ما سبق لنا شرحه، نستشف أن المنتجات غير المشروعة إذا كانت مادية، فإنها ستسلم خارج نطاق شبكة الإنترنت بشكل مادي، بمعنى اجتياز السلعة لحدود البلد. وهنا، لا بد لإدارة الجمارك من أن تقوم بعملية مراقبة البضائع المشتراة عبر الإنترنت.

أما المنتجات غير المادية كبرامج الألعاب أو برامج الحاسوب وغيرها، المحملة على قرص ضوئي أو عبر التحميل المباشر من أحد المواقع على الإنترنت، فإن بعض الدول كما في مصر، خلقت "شرطة الإنترنت"، وفي المغرب هناك "وحدة مكافحة الجرائم المعلوماتية التابعة للمديرية العامة للأمن الوطني" التي تقوم بالتحقيق والرقابة على المواقع عبر الإنترنت.

---

[684] انظر دباجة بروتوكول مكافحة صنع الأسلحة النارية وأجزائها ومكوناتها والذخيرة والاتجار بها بصورة غير مشروعة، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، ظهير شريف رقم 1-07-137 صادر في فاتح رمضان 1432 (2 أغسطس 2011) بنشر بروتوكول مكافحة صنع بروتوكول مكافحة صنع الأسلحة النارية وأجزائها ومكوناتها والذخيرة والاتجار بها بصورة غير مشروعة، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية، الموقع بنيويورك في 31 ماي 2001، ج.ر.ع. 5978ن الصادرة بتاريخ 16 شوال 1432 (15 سبتمبر 2011)، ص. 4560.

[685] Loi N° 85-706, du 12 Juillet 1985, relative à la publicité en faveur des armes à feu et leurs munitions : www.Legifrance.gouv.fr. (M.S.J, Mai 2008).

[686] D. Moreno, Le droit français et le commerce électronique, J.C.P.E., N° 4 Sup du N° 37 du 12 Sep 2002, p. 12.

[687] ألزم القضاء الفرنسي بموجب حكم صادر في 28 مارس 1995، منظم يانصيب على الانترنيت، على منح مبلغ اليانصيب لشخص غرر به عن طريق وضع عرض يانصيب.

Cass 1ère Civ, 28 Mars 1995, cite par Murielle-isabelle Cahen, Op.Cit, infra N° 119.

بذلك نستخلص، أن مجال المعاملات الإلكترونية مفتوح ويشمل كل سلعة أو خدمة قابلة للتداول وفق الشروط التي يحددها القانون. وهنا، لا تختلف عن بقية العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إلا ما سبق لنا بحثه من حيث خصوصية محل هذه العقود، والقيود الواردة على بعض المنتجات والخدمات المقدمة عبر شبكة الإنترنت.

على أن الطبيعة الخاصة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تطرح أمامنا تساؤلا غاية في الأهمية، ويتعلق بمدى تطلب هذه للعقود للشكلية التي تسري على نظيرتها من العقود العادية؟. هذا ما سنفرد له بالبحث **الفرع الثاني**.

الفرع الثاني
مدى تطلب العقود المبرمة بطريقة إلكترونية لشكلية معينة

الأصل في العقود، هو الرضائية بما فيها تلك المبرمة بطريقة إلكترونية. بمعنى أن العقد يبرم بمجرد تبادل متعاقديه الإيجاب والقبول، دونما حاجة إلى أي إجراء آخر.

لكن بعض العقود تتطلب لإحداث آثار قانونية معينة، أن يتم التعبير عن الإرادة في شكل ما. وأحيانا قد يستلزم القانون شكلية معينة، لا بد من استيفائها للتعبير عن الإرادة، إلى جانب مجموعة من الشروط الموضوعية اللازمة لتكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب، غير منتج للأثر القانوني المطلوب[688].

بذلك، العقد الشكلي هو ما لا يتم بمجرد تراضي عاقديه، بل يشترط لتمامه فوق ذلك، اتباع شكل محدد يعينه القانون. ولم يبق في القانون الحديث إلا قلة من العقود الشكلية، الغرض من استيفاء شكليتها، هو في الغالب تنبيه المتعاقدين إلى خطر ما يقدمون عليه من تعاقد[689].

ومن المؤكد، أن الشكلية[690] في الآونة الأخيرة، شهدت بعثا جديدا في القانون المقارن، كان هدفه بصفة خاصة حماية المستهلك في عقود الاستهلاك، على اعتبار أن الشكلية في هذه الحالة، أداة لإعلام المستهلك وتنوير رضائه في العقود التي يكون طرفا فيها في مواجهة المهني أو المحترف.

فهناك فرق كبير بين الكتابة الشكلية، والكتابة اللازمة للإثبات. فالكتابة الشكلية هي تلك التي توضع كشرط لتمام انعقاد التصرفات القانونية، ومثال هذه التصرفات: عقد الهبة. أما الكتابة اللازمة للإثبات فلا يؤثر عدم وجودها على تمام التصرف القانوني، غير أنه إذا ثار نزاع بشأنه، تكون الكتابة لازمة للإثبات.

لكن السؤال الذي يثور هنا، يتعلق بمدى استيفاء الشكلية بنفس الطريقة حين إبرام عقد بطريقة إلكترونية. بمعنى آخر، هل مناط الشكلية الكتابة على الورق في هذا النوع من العقود كبقية العقود التي تبرم بالطرق العادية؟، أم أنها تستوعب الكتابة الإلكترونية أو الرقمية[691]؟.

هذا ما سنتطرق إليه من خلال البحث في الشكلية المتطلبة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية؟ **(المبحث الأول)**. لكن، هل تستثنى بعض التصرفات من أن تفرغ في الشكل الإلكتروني؟ **(المبحث الثاني)**.

---

688 محمد حسن قاسم، م.س.ص. 99.

689 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 127.

690 إن الشكلية، وسيلة يلجأ إليها المشرع، سواء في تكوين التصرفات القانونية أو ممارسة الحقوق، بهدف إما الإثبات أو الإشهار أو البطلان. وقد يذهب الأمر إلى خضوع صحة العقد، بقيام بالشكلية المطلوبة تحت طائلة البطلان. كما تلعب الشكلية دورا وقائيا، من حيث أنها وسيلة في النظام العام الاقتصادي والاجتماعي الحمائي، وفي النظام العام الاقتصادي التوجيهي؛ مما يؤدي إلى القول إلى أن الشكلية تؤدي دورا وظيفيا لتحقيق العدالة التعاقدية. انظر: خالد مجاهدين، م.س.ص. 48.

691 الصالحين محمد العيش، م.س.ص. 87.

المبحث الأول
المقاربة النظرية للشكلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

إذا كان العقد يخضع لمبدأ حرية التعاقد، على نحو يسمح للأفراد بإبرام التصرفات القانونية بتبادل الرضى، فإن العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا يخرج عن هذا الإطار. فحينما ينتهي اتفاق الأطراف إلى إبرام العقد بينهما، تفرغ إرادتيهما في عقد مكتوب يُضمن كل ما اتفقا عليه. بذلك العقد المبرم بالطرق العادية يتخذ شكلا ماديا، لوجوده على وسيط مادي، ألا وهو الورق.

وعلى اعتبار أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تستخدم التقنيات التكنولوجية البعيدة عن عالم الماديات، فإن بنودها تناقش أيضا وفق ذلك، فيغيب معه التواجد الفعلي للدعامة المادية، مما يطرح إشكالية الشكلية المتطلبة لإبرام العقد بطريقة إلكترونية وبالتالي مدى حجية هذه العقود المبرمة دون دعامة مادية في إثبات وجود التراضي بين الطرفين، ومدى أهمية التوقيع على هذا النوع من العقود التي توقع إلكترونيا أيضا.

وفي سبيل البحث عن السبل الكفيلة بتوفير الثقة والأمان في المعاملات الإلكترونية، نشطت الجهود الدولية والإقليمية لسد الفراغ التشريعي في هذا المجال. فتم تنظيم مسألة الشكلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من خلال وضع قواعد تنظيمية وقوانين خاصة بكتابة هذا العقد، بالنظر لما للكتابة من أهمية في توثيق الإرادة العقدية، ولفض أي خلاف قد يحدث حول العقد مستقبلا أو في أي مرحلة من مراحل تنفيذ العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

ويمكن القول عموما، أن الكتابة بصفة عامة هي أقوى أدلة إثبات الحقوق والتحمل بالإلتزامات. فظهرت بذلك "الكتابة الإلكترونية"، نظرا لتنامي التعاقدات بطريقة إلكترونية في جميع المجالات، خاصة في المعاملات التجارية. وهي من الأهمية بمكان، إذ تهدف إلى حفظ متضمنات العقد في سند إلكتروني، وفق الشكل الذي أنشئ أو أرسل أو استلم به، أو بالشكل الذي يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت.

ولا تنسجم طبيعة العقد المبرم بطريقة إلكترونية مع النظرة الكلاسيكية للشكلية في العقود، إذ تختلف الشكلية في هذا النوع من العقود عن تلك المتطلبة في العقود العادية، فالوسائل الالكترونية الحالية يستحيل معها أي تعديل أو محو في محتوى السند الإلكتروني، مثل الكتابة الإلكترونية بصيغة "Pdf" والتشفير بالمفاتيح أو الأرقام أو الرموز الخاصة؛ مما يعني ضرورة مراجعة أحكام الشكلية العقدية الكلاسيكية، بشكل يتماشى والطبيعة الخاصة لهذه العقود.

ويرى بعض من الفقه، ضرورة إضافة شكليات أخرى بين المتعاقدين بطريقة إلكترونية تكون من خلال "عقد-إطار"، خاصة بالنسبة للعقود الإلكترونية المغلقة والتي نجدها بالأساس في مجال العقود المبرمة بطرق إلكترونية أو عبر الشبكات المغلقة "Intranet"، أو في عقود التبادل الإلكتروني.

وهذا عكس الحال، بالنسبة للعقود المبرمة عبر الشبكات المفتوحة، والتي هي بالأساس عقود إذعان ونجدها على الكثير من المواقع الإلكترونية، مختلفة ليس فقط من حيث أساسها، بل وأيضا من حيث محتواها، وهي في مجملها عقود عادية ولا تتطلب شكلية خاصة[692].

وقد حرصت أغلب التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، على تبني مفهوم "الكتابة الإلكترونية"، ومنحتها نفس الحجية القانونية المقررة للكتابة التقليدية في الإثبات.

فوفقا للمادة 5 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، "لا تفقد المعلومات مفعولها القانوني أو صحتها أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها في شكل رسالة بيانات". كما نصت المادة 6 من ذات القانون، فقد نصت على أنه:

"1- عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفي البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الإطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها بالرجوع إليها لاحقا.

2- تسري أحكام الفقرة (1) سواء اتخذ الشرط المنصوص عليه فيها شكل التزام أو اكتفى في القانون بمجرد النص على العواقب التي تترتب إذا لم تكن المعلومات مكتوبة". فالمادة السالف ذكرها، حددت المعيار الأساسي الذي ينبغي توفيره في رسالة البيانات، لكي تفي بالغرض المطلوب من حفظ المعلومات بأسلوب كتابي أو كونها محتوى لوثيقة ورقية أو أية أداة أخرى من الأدوات الورقية[693].

وقد ركز قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، على مفهوم كون المعلومات مخزنة بناء على إعدادات وأشكال ثابتة قابلة للقراءة الإلكترونية. لذلك نجد المادة 6 من القانون النموذجي المذكور، عبرت عن مفهوم الكتابة الإلكترونية والذي يعني إمكانية الدخول أو الوصول إلى المعلومات المخزنة إلكترونيا والرجوع إليها كمصدر عند الحاجة.

وقد أشارت المادة 1/8 من اتفاقية الأمم المتحدة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لعام 2005 إلى أنه "لا يجوز إنكار صحة الخطاب أو العقد أو إمكانية نفاذه لمجرد كونه في شكل خطاب إلكتروني"[694]. وأضافت المادة 2/9 أنه "حيثما يشترط القانون أن يكون الخطاب أو العقد كتابيا، أو ينص على عواقب لعدم وجود كتابة، يعتبر ذلك الاشتراط قد استوفى بالخطاب الإلكتروني إذا كان الوصول إلى المعلومات الواردة فيه متيسرا على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقا".

أما التشريع المغربي، فنص بموجب الفقرتين الأولى والثانية من الفصل 1-2 ق.ل.ع على أنه "عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و 2-417 أدناه.

يمكن للملتزم، عندما يطلب منه بيان مكتوب بيده، أن يقوم بتحريره بشكل إلكتروني إذا كان من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك".

---

[692] Vincent Gautrais, Op.Cit. p. 35 et S.

[693] عبد الفتاح بيومي حجازي، التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، مرجع سابق،ص. 43 وما بعدها.

[694] تؤكد اتفاقية الخطابات الإلكترونية في هذه المادة على نفس المبدأ الوارد في المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

أما قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، فقد عرفها بأنها "كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة، وتعطي دلالة قابلة للإدراك". وهو نفسه التعريف الذي تبنته المادة 1 (البند 13) من مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

وتجدر الإشارة، إلى أن مشروع قانون التوقيعات الإلكترونية الفلسطيني، كان موفقا أكثر من باقي التشريعات العربية، حيث أضاف على تعريف التوقيع الإلكتروني عبارة "طابع منفرد" يمكن من خلاله تحديد هوية الشخص الموقع ورضاه بمضمون المحرر الموقع عليه، وليس كما فعلت التشريعات التي النص على علاقة التوقيع الإلكتروني بالمحرر الإلكتروني في نصوص مواد منفصلة.

وعلى العموم، واستنادا إلى ما تقدم، يبدو أن الكتابة الإلكترونية كعنصر في المستند الإلكتروني، تتحصل من خلال أية إشارات أو رموز أو أرقام أو حروف يمكن كتابتها أو إرسالها أو استقبالها أو تخزينها، متى ما كانت قابلة للقراءة والاطلاع عليها مجددا عبر الوسائط الإلكترونية.

على أن المشكلة في الكتابة الإلكترونية، تكمن في صعوبة تقبل الفكرة المتمثلة في التحول من الشكل الورقي إلى الشكل الكتابي. فقد جرى التعامل باستعمال الأوراق - الكتابة التقليدية - مع ضرورة التوقيع بخط اليد أو بوسائل بدائية كالختم والبصمة. بذلك الكتابة بالمفهوم الحديث، لم تعد تشمل الأوراق التقليدية، بل تتسع كذلك للأوراق المرسلة عبر وسائل الاتصال التقنية كالفاكس والإنترنيت[695].

وانقسم الفقه بين مؤيد ومعارض لفكرة الشكلية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، فقد ذهب البعض إلى أن الشكلية التي يتطلبها القانون لانعقاد العقد أو التصرف سواء بالكتابة أو بالتوقيع، لا يمكن أن يستغنى عنها بالكتابة الرقمية أو التوقيع الرقمي، وبالتالي فمن غير المتصور أن تعقد تصرفات إنشاء الوصية أو الوقف أو معاملات التصرف في الأموال ومعاملات الأحوال الشخصية على الخط، بسبب أهمية هذه التصرفات وخطورتها[696].

بينما يذهب البعض الآخر، إلى أن الكتابة الإلكترونية لم تعد قاصرة على الكتابة كوسيلة إثبات، وإنما تشمل الكتابة كشرط لصحة التصرف ولإثباته أيضا. ففي الحالات التي يتطلب فيها القانون شكلا معينا لإبرام العقد يصعب استيفاء هذا الشكل في حالة إبرام العقد بطريقة إلكترونية، حيث لا يمكن استيفاء هذه الشكلية بنفس طريقة إبرام العقد التقليدي رغم إمكانية حفظ المستندات والسجلات الإلكترونية بطريقة تسمح ببيان مضمون العقد المبرم بطريقة إلكترونية وما يحتويه من معلومات، بحيث تحفظ المعلومات المتعلقة بمنشئ الرسالة الإلكترونية لتحقيق واستيفاء الشكلية المطلوبة قانونا في الإثبات[697].

---

[695] نور الدين الناصري، م.س.ص. 21.

[696] رامي محمد علوان، مقال سابق، ص. 268.

[697] إدريس الحياني، مقال سابق، ص. 52 و53.

ويرى جانب آخر من الفقه[698]، أن شكلية الكتابة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لها دور حمائي مهم، خاصة أنه لا يمكن إبطال عقد مبرم بطريقة إلكترونية لعدم توافر الشكلية فيه. فمن العبث فعل ذلك، إذ الهدف هنا هو جعل الشكلية شرط انعقاد في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تعاقب المحكمة في حالة غيابه ببطلان العقد. لذلك، لا بد أن تحظى مسألة الشكلية بالاهتمام الكبير، حين إبرام العقد بطريقة إلكترونية ووقت أرشفة المعطيات الخاصة بالعقد.

وقد اعتبر هذا الموقف في الفقه، أن هذا الالتزام أصبح ضروريا من أجل حماية المفاوضات والرضا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة وأنها لا تتوفر على شكلية معينة كافية لضمان عدم بطلانها. وتكمن أهميتها في أنها تأمن الاستمرارية اللازمة للمعاملات الإلكترونية، كما أنها لا تتعارض مع مبدأ الحرية التعاقدية[699].

ويمكن القول، بأن موقف المشرع المغربي كان حاسما حينما قرر بموجب القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، اعتماد المحررات الإلكترونية كنوع جديد في مجال التوثيق، وقد تأتي هذه المحررات في شكل رسمي أو عرفي.

ويرى موقف في الفقه المغربي، أن المشرع حينما نص على إمكانية توثيق التصرفات كتابة، لم يعد مقتصرا فقط على المحررات الورقية المخطوطة، وإنما تجاوز ذلك ليعتبرها مقبولة كدليل للإثبات، حتى لو وثقت على دعامات أخرى متعارف عليها في التعامل الإلكتروني، ومادامت أنها غير مقروءة ويمكن نسبتها لمن صدرت عنه[700].

من هذا المنطلق، أصبح مفهوم المحرر[701] الإلكتروني يحتمل إما أن يكون محررا إلكترونيا رسميا أو محررا إلكترونيا عرفيا. وقد ذهب مشرع قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية بموجب المادة 1-2 منه إلى أن المبدأ هو إمكانية كتابة العقود بطريقة إلكترونية بصفة عامة، محيلا بذلك على الشروط الواردة في الفصول 1-417 و2-417 ضمن نفس القانون والتي تهم إثبات العقود بكتابتها إلكترونيا.

وبهذه الإحالة على هذه الفصول، يكون المشرع المغربي قد جعل كتابة العقد المبرم بطريقة إلكترونية كشكل للإثبات وليس للانعقاد، لأنه لو أراد هذه الأخيرة، لنص عليها أو أحال بخصوصها على بعض الفصول المنظمة لبعض العقود التي تتطلب شكلا معينا في كتابتها. وما يؤكد هذا التوجه هو نص المادة 1-2 من القانون السالف الذكر، والتي سمحت بكتابة العقود إلكترونيا، وإن كانت استثنت البعض منها.

---

[698] Vincent Gautrais, Le contrat électronique, Op.Cit., p. 89.

[699] Idem, p. 89 et 90

[700] محمد محروك، مظاهر التقاطع والتكامل بين المحررات العادية والمحررات الالكترونية، وفق القواعد العامة والقانون رقم 53-05، مقال منشور في: مجلة الأملاك، العدد المزدوج: السادس، 2009، ص. 123.

[701] يرى بعض الفقه أنه لا يوجد في الأصل اللغوي لكلمة محرر ما يقصر معناه على ما هو مكتوب على نوع معين من الدعامات، سواء أكان ورقا أم غير ذلك. انظر محمد أمين الرومي، المستند الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص. 42.

وهذا ما سنتطرق إليه بالتحليل من خلال البحث في الشكلية المتطلبة بالنسبة للعقود الإلكترونية من خلال **المطلبين التاليين:** نخصص **الأول** منهما للوقوف عند شرط كتابة العقد في محرر إلكتروني، بينما سنخصص **المطلب الثاني**، لمسألة وجوب وجود بيانات خاصة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية مكتوبة بخط يد المتعاقد.

المطلب الأول
وجوب كتابة العقد في محرر إلكتروني

إذا كان شرط الكتابة سهل تحققه في العقود المكتوبة والمبرمة بين أطرافها بطرق غير إلكترونية، فإنه لا يتوافر في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، حيث يخلو مثل هذا النوع من التعاقدات من وجود الورق الموقع بين المتعاقدين، ويتم تعاقد الأطراف من خلال تبادل رسائل المعلومات الإلكترونية[702]. فهل يتحقق في هذا النوع من العقود شرط الكتابة أم لا؟.

نشير بادء ذي بدء، إلا أن المحررات الإلكترونية هي تلك الرسائل التي تتضمن معلومات وتنشأ، أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل، أو تستقبل كليا أو جزئيا، بوسيلة إلكترونية، أو رقمية، أو ضوئية، أو بأية وسيلة أخرى مشابهة.

كما تم تنظيم القواعد الخاصة بشكلية المحررات الالكترونية في التشريع المغربي، بموجب القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، من خلال المواد من 1 إلى 43. بينما تبقى القواعد العامة هي الواجبة التطبيق، وهي تلك المنصوص عليها بموجب الفصل 417 من ق.ل.ع، خاصة الفقرة الأولى والثانية منه، وأيضا الفصول 425 و426 و440 و443 من نفس القانون المذكور سابقا.

وهكذا، فبالنسبة للوثيقة الإلكترونية العرفية، لا بد أن تستوفي الشروط المنصوص عليها بموجب الفصلين 1-417 و2-417 من ق.ل.ع، وهي:

- أن تعرف بالشخص الذي صدرت عنه.
- أن تكون معدة ومحفوظة ضمن الشروط التي تضمن تماميتها.
- أن تحمل توقيعا مؤمنا.
- أن تحمل تاريخا ثابتا ناتجا عن التوقيع الإلكتروني المؤمن.

---

[702] عرف قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، رقم 2 لسنة 2002 المعلومات الإلكترونية بأنها "معلومات ذات خصائص إلكترونية في شكل نصوص أو رموز أو أصوات أو رسوم أو صور أو برامج حاسب آلي أو غيرها من قواعد البيانات".

أما بالنسبة للمحرر الالكتروني الرسمي[703]، فيخضع لنفس المقتضيات الخاصة بالمحرر الالكتروني العرفي، وكذا للمقتضيات المنصوص عليها بموجب الفصل 2-417 ق.ل.ع التي تتطلب أن يضع التوقيع عليها موظف عمومي، له صلاحية التوقيع. بذلك يجب أن تتوفر في المحررات الالكترونية الرسمية، نفس المقومات والبيانات اللازم توفرها في المحررات الرسمية العادية.

وبمطالعة أحكام الفصول 7-65 و1-417 و2-417 و3-417 من ق.ل.ع، لم يقرر المشرع المغربي التفرقة بين أصل الوثيقة الإلكترونية ونسختها، متى كان المحرر معدا ومحفوظا وفقا لأحكام الفصول المذكورة، وكانت الوسيلة المستعملة تسمح لكل طرف من الأطراف المعنية من الحصول على نسخة منه أو بالولوج إليه.

وفي السياق ذاته، تقرر الفقرة الثانية من الفصل 440 ق.ل.ع، على أنه تقبل الإثبات نسخ الوثيقة القانونية المعدة بشكل إلكتروني متى كانت مستوفية للشروط الواردة بموجب الفصلين 1-417 و2-417 ق.ل.ع، وكانت وسيلة حفظ الوثيقة تتيح لكل طرف الحصول على نسخة منها أو الولوج إليها.

أما المشرع الفرنسي، فقد قام بتضمين نصوص قانونه بمقتضيات تتعلق بالشكلية بطريقة إلكترونية[704]. وهكذا فقد نصت المادة 1-1108 على أنه "إذا كانت الكتابة مطلوبة لانعقاد العقد فيمكن أن يتم إنشاؤها وحفظها بطريقة إلكترونية وذلك بالشروط التي نصت عليها المواد 1-1316 و1-1616". وقد أضيفت هذه المادة بموجب قانون تعزيز الثقة في الاقتصاد الرقمي، حتى يمكن إبرام العقود الشكلية بطريقة إلكترونية، وبالتالي أكدت هذه المادة على المساواة بين المحرر الإلكتروني والمحرر الورقي في حالة تطلب الكتابة كركن في العقد.

ولا بد للمحرر الإلكتروني من توافره على الشروط الواجب استيفاؤها بموجب المادة 1-1316 و4-1316 من القانون المدني الفرنسي، خاصة تلك الشروط الواجب توافرها في المحرر الإلكتروني، حتى يتمتع بحجية في الإثبات[705].

بذلك، أي عقد شكلي يتطلب فيه القانون أن يكون مكتوبا في محرر عرفي، فإنه من الممكن إبرام هذا العقد عبر الإنترنت، بشرط أن يتوافر في المحرر الإلكتروني الشروط التي نص عليها القانون المدني، لمنحه حجية الإثبات.

---

[703] يعرف بعض الفقه السند الرسمي الإلكتروني، بأنه محرر إلكتروني يثبت فيه بطريق إلكترونية موظف عام، أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه، أو ما تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأوضاع القانونية المقررة وفي حدود سلطاته واختصاصاته، أو أنه كتابة إلكترونية مثبتة لواقعة هي تصرف قانوني تترتب حجيتها تجاه الكافة في البيانات المثبتة فيها، انظر في ذلك: عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، الكتاب الثاني، في النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، ط. 1، 2003، ص. 419.

[704] D. Gobert et E. Montero, le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne, cahier de CRID, N° 19, 2001, p. 201.

[705] C. Rojinsky et G. Teissonniere, l'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 Juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art disponible sur : www.lex-electronica.org (Oct. 2008).

بخصوص هذه المسألة نصت المادة 1-1108 من القانون المدني الفرنسي، على أنه إذا كان المحرر الرسمي مطلوبا لصحة العقد، فإنه يجب أن يتوافر فيه الشروط المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 1317." أما المادة 2-1317، فقد نصت على أن "المحرر الرسمي يمكن أن يتم بطريقة إلكترونية بشرط أن يتم إنشاؤه وحفظه في الشروط التي ينص عليها مرسوم صادر من مجلس الدولة".

وبالتالي، يتبين من خلال المادتين 1-1108 و2-1317 من القانون المدني الفرنسي، أن العقد إذا كان مطلوبا لانعقاده أن يتم تحريره في محرر رسمي، فإنه يمكن أن يتم في محرر رسمي إلكتروني، وبالتالي يمكن إبرام العقد الشكلي أيضا إلكترونيا. ولكن، يشترط في ذلك أن تتوافر في المحرر الرسمي الشروط المنصوص عليها في مرسوم خاص بذلك، وقد صدر في هذا الشأن المرسوم رقم 973 لسنة 2005[706].

بذلك يمكن عن طريق الإنترنت، إبرام أي عقد شكلي يتطلب فيه القانون أن يتم في محرر رسمي، شريطة أن يتم ذلك وفق شروط إنشاء وحفظ المحرر الإلكتروني الرسمي، الذي نص عليه المرسوم رقم 973 السالف ذكره.

أما المشرع الأردني، فقد نص بموجب المادتين 7/أ و 9/أ من قانون المعاملات الإلكترونية اللتين تنصان على أنه "يعتبر السجل الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجا للآثار القانونية ذاتها المترتبة على الوثائق والمستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب أحكام التشريعات النافذة من حيث إلزامها لأطرافها أو صلاحيتها في الإثبات".

فـ"إذا اتفقت الأطراف على إجراء معاملة بوسائل إلكترونية يقتضي التشريع الخاص بهذه المعاملة تقديم المعلومات المتعلقة بها أو إرسالها أو تسليمها إلى الغير بوسائل خطية فيجوز لهذه الغاية اعتبار إجرائها بوسائل إلكترونية متفقا مع متطلبات تلك التشريعات إذا كان المرسل إليه قادرا على طباعة تلك المعلومات وتخزينها والرجوع إليها في وقت لاحق بالوسائل المتوافرة لديه".

فمن خلال هذين الفصلين، يتضح أن المشرع الأردني قد أعطى للكتابة الالكترونية الحجية القانونية ذاتها التي تتمتع بها الكتابة الخطية، ورتب عليها ذات الآثار القانونية المترتبة على الكتابة الخطية أيضا.

أما في مصر، فقد أضفى قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، على الكتابة مفهوما واسعا، بحيث ترك الباب مفتوحا أمام انطباق وصف الكتابة الإلكترونية الذي حدده بموجب المادة الأولى من هذا القانون، على أية وسيلة أخرى تظهر في المستقبل. وقد سوى بين السندات الإلكترونية، والسندات الكتابية الورقية في نطاق المعاملات التجارية الإلكترونية (م. 15).

---

[706] Décret N° 2005-973 du 10 Août 2005, modifiant le décret N° 71-941 du 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, J.O. du 11 août 2005, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr (M.S.J Sep. 2011).

من جهته أكد قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بموجب الفصل 4 منه، على المساواة بين الوثيقة الإلكترونية والإمضاء في شكلها الالكتروني مع نظائرهما من الوثائق والإمضاءات الكتابية، حينما نص على أنه "يعتمد قانونا حفظ الوثيقة الالكترونية كما يعتمد حفظ الوثيقة الكتابية. ويلتزم المرسل بحفظ الوثيقة الالكترونية في الشكل المرسلة به ويلتزم المرسل اليه بحفظ هذه الوثيقة في الشكل الذي تسلمها به.

ويتم حفظ الوثيقة الالكترونية على حامل الكتروني يمكن من:

- الاطلاع على محتواها طيلة مدة صلوحيتها.
- حفظها في شكلها النهائي بصفة تضمن سلامة محتواها.
- حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وكذلك تاريخ ومكان ارسالها أو استلامها".

وعلى ذات النهج سار تشريع إمارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية، حيث جاء في مقدمة هذا القانون: "تحقيقا لتوجه حكومة دبي بإحلال وسائل التقنية الحديثة في المعاملات والتبادل التجاري"، وعرف في المادة الأولى منه السجل أو السند الالكتروني. كما أقرت المادة 12 من نفس هذا القانون، على اعتماد السندات الإلكترونية بوصفها دليلا في الإثبات. وأيضا اتخذ قانون التجارة الإلكترونية لمملكة البحرين ذات الموقف من خلال المادة 5 منه.

أما قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996، فأوضحت مادته السادسة شرط الكتابة، إذ جاء فيها "عندما يشترط القانون أن تكون المعلومات مكتوبة، تستوفى رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقا".

أما بالنسبة لاتجاه الاتفاقيات الدولية، فقد استوعبت تطور مفهوم الكتابة لتشمل الكتابة الالكترونية، حيث أخذت بالمفهوم الحديث للسندات الالكترونية. وهكذا نصت المادة 13 من الاتفاقية اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي، على أن مصطلح الكتابة لا يشمل السندات التقليدية فقط، وإنما يشمل أيضا الرسائل البرقية والتلكس.

بذلك شرط الكتابة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية يكون متوافرا، ولكن يشترط أن يتوافر في رسالة المعلومات الإلكترونية المنشئة للعقد إمكانية حفظها وتخزينها للرجوع إليها، وأن يكون من الممكن طباعتها. فإذا ما انتفى هذا الشرط، لم يعد للكتابة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية أي قيمة قانونية.

المطلب الثاني
وجوب وجود بيانات خاصة مكتوبة بخط يد المتعاقد

بالنسبة لهذه الشكلية، أزال المشرعان الفرنسي والمغربي عقبتها، بأن نصا في حالة ما إذا تطلب القانون بيانا مكتوبا بخط يد المتعاقد، يمكنه تحرير هذا البيان بشكل إلكتروني، شرط أن يكون من شأن شروط تحريره ضمان أنه الوحيد الذي يمكنه القيام بذلك (الفصل 1-2 ق.ل.ع). بمعنى، عدم إمكانية قيام شخص آخر - غير المتعاقد - باستخدام هذه الأداة[707].

لذا، أقام المشرع المغربي في الفصل 1-417 ق.ل.ع مبدأ يجعل الثقة التي تحظى بها الوثيقة المحررة على الورق، تنسحب على الوثيقة المحررة على دعامة إلكترونية من حيث الإثبات، إذا توافرت فيها شروط محددة. ويمكننا إيجاز هذه الشروط في الآتي:

- الشرط الأول: التحقق من هوية الشخص مصدر الوثيقة الإلكترونية، والهدف منه هو ربط المسؤولية عن الوثيقة الإلكترونية بمن صدرت عنه واقعا وقانونا.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي لم يستعمل عبارة "من نسبت إليه"، وقد أحسن صنعا في ذلك، لأن الوثيقة قد تصدر عن شخص وتنسب لشخص آخر، كما في حالة التزوير[708].

- الشرط الثاني: إعداد وحفظ الوثيقة الإلكترونية بما يضمن تماميتها: لقد اشترط المشرع المغربي أن تكون الوثيقة الإلكترونية معدة ومحفوظة ضمن ظروف تضمن تماميتها، لكنه لم يورد أي تعريف للتمامية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

---

[707] الفصل 1-2 ق.ل.ع فق. 2، يقابل هذا الفصل المادة 1108/1/2 في القانون المدني الفرنسي:

Art 2-1 D.O.C "lorsqu'une mention écrite est exigée de la main même de celui qui s'oblige ce dernier peut l'apposer, sous forme électronique, si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir quelle ne peut être effectuée que par lui-même".

Art 1108-1-2 « lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique, si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir quelle ne peut être effectuée que par lui-même".

أدرجت النصين المغربي والفرنسي باللغة الفرنسية، للتطابق الكبير بينهما، حيث تظهر لنا جلية ظاهرة اقتباس القانون المغربي من نظيره الفرنسي وتأثره الكبير بالتوجه الفرنسي.

لقد عاب بعض الفقه المغربي على الفصل الموما إليه أعلاه والمضاف بموجب القانون رقم 53-05 والذي ينص على ما يلي: "عندما يكون الإدلاء بمحرر مطلوبا لإثبات صحة وثيقة قانونية، يمكن إعداد هذا المحرر وحفظه بشكل إلكتروني وفق الشروط المنصوص عليها في الفصلين 1-417 و2-417 أدناه". أن هذه الفقرة توحي أن المحرر الإلكتروني مطلوب للإثبات فقط، بحجتين: بحجة استعمال لفظ الإثبات، وبحجة إحالة هذه الفقرة على شروط الفصلين 1-417 و 2-417 المتعلقتين بالإثبات, على أن روح النص تخالف هذا التفسير. فلفظة الإثبات لم ترد بالنص الفرنسي المقابل للفقرة المذكورة، وكل ما ذكر هو عبارة "Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique"؛ فليس المقصود إثبات التصرف لذاته، وإنما إثبات صحته. ثم إن الإحالة على الفصلين المشار إليهما لم تتم من أجل التطابق في الطبيعة الإثباتية، ولكن لأجل استعارة شروط الفصلين، لكونها من صميم الوثيقة الإلكترونية مهما كان الغرض منها، إثباتيا أو تكوينيا. ناهيك أن الفقرة المذكورة أضيفت إلى الفصل 2 من ق.ل.ع عن الذي ينظم الأركان اللازمة لصحة الالتزامات. انظر: مصطفى مالك، مقال سابق، ص.49.

[708] العربي جنان، التبادل الإلكتروني، م.س.ص. 22.

ويمكن القول، بأن المقصود بها هو شمولية المضمون وتمامه دون زيادة أو نقصان، وهو ترجمة لعبارة "Intégrité" الواردة في الصيغة الفرنسية للنص، والتي تفيد عدم التغيير في الحالة الأصلية للشيء ،سواء بقصد أو بغير قصد[709].

- الشرط الثالث: أن تذيل الوثيقة الإلكترونية بتوقيع من صدرت عنه، اعتبارا لما للتوقيع من أهمية في الوثيقة. وقد اعتمد المشرع المغربي التوقيع على الوثيقة الإلكترونية لأنه يضمن تماميتها القانونية. ويعرف التوقيع الذي يتم هو أيضا إلكترونيا في العقود والمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية، بشخص الموقع ويحمل التأكيد على قبوله بالإلتزامات التي تحملها الوثيقة الالكترونية والتي تغدو رسمية إذا وضع التوقيع الذي تحمله أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق[710].

ونتساءل هنا، كيف يمكن تصور وجود الموثق في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ليوثق إرادتي الطرفين المتعاقدين، والحال أن تواجدهما افتراضي في مجلس عقد مؤتمت ؟. وكيف يا ترى ستتم عملية الإشهاد على هذا العقد ؟.

الواقع، أن الحضور الفعلي للموثق في مجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا يمكن تصوره بالنظر إلى الطريقة التي ينعقد بها هذا العقد. لكن، ما يمكن تصوره هو حضوره الفعلي لوضع التوقيع الإلكتروني لأحد الأطراف فقط، ثم بعد ذلك يرسل الوثيقة إلكترونيا للطرف الآخر، للغرض نفسه، أمام موثق آخر أو أمام نفس الموثق إذا تسنى له الانتقال لدى ذلك الطرف. على أنه لا يمكن تصور هذا من الناحية الواقعية والقانونية، بالنظر إلى التعقيدات الناجمة عن تدخل موثق أو أكثر في العملية التعاقدية؛ مما لا ينسجم مع الغاية من استعمال التكنولوجيا الحديثة[711].

أما إذا تصورنا الحضور الافتراضي للموثق، فهذا يعني أن معاينته أيضا افتراضية لوضع توقيعه الإلكتروني، مما يتطلب برمجيات وتقنيات متطورة تتيح للموثق أن يتلاقى بالأطراف المتعاقدة في الفضاء الإفتراضي على غرار الندوة الفيديوفونية أو منتدى الدردشة، وهي إمكانيات غير متاحة حاليا في أغلب البلاد المتقدمة، فبالأحرى في بلادنا[712].

ويرى بعض من الفقه المغربي، أنه إذا كانت مهمة الموثق في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية هي معاينة وضع التوقيع الالكتروني على المحرر الالكتروني، حيث اعتبر المشرع المغربي أن الوثيقة تصبح رسمية إذا وضع التوقيع المذكور أمام موظف عمومي له صلاحية التوثيق.

---

[709] العربي جنان، التبادل الإلكتروني، م.س.ص. 22.

[710] المختار بن أحمد عطار، م.س.ص. 47.

[711] العربي جنان، المرجع السابق، ص. 27.

[712] المرجع السابق، ص. 28.

فلا يمكن إثبات واقعة معاينة الموثق لوضع التوقيع الإلكتروني من قبل الأطراف إلا من خلال توقيعه هو أيضا بشكل إلكتروني، وإلا فإن هذه المحررات الرسمية الإلكترونية إذا خلت من توقيع الموثق فإنها لا تعود مكتسبة لصبغة الرسمية تبقى مجرد محررات عرفية إلكترونية كما هو الأمر بالنسبة للمحرارات الرسمية العادية التي تستلزم توقيع الموثق، هذا التوقيع الذي يعتبر من الشكليات الضرورية والمهمة والتي تضفي على المحرر صبغة الرسمية[713].

فهل يقصد المشرع المغربي منح بعض جهات المصادقة الإلكترونية، صلاحية توثيق العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ؟.

في معرض جوابنا عن هذا التساؤل، نشير في البداية، إلى أن عنصري الثقة والأمان لدى المتعاملين يأتيان في مقدمة الضمانات التي يتعين توافرها لإزدهار التعاملات بطريقة إلكترونية. فهي معاملات تتم عن بعد ودون حضور أطرافها، الأمر الذي يتوجب توفير الضمانات الكفيلة بتحديد هوية المتعاملين وتحديد حقيقة التعامل ومضمونه.

فإذا شمل التعامل الالكتروني في إبرام عقد ما يلزم التيقن من إرادة المتعاقد وصحتها ونسبتها إلى من صدرت منه، وكذلك التيقن من طبيعة التعامل ومضمونه. من أجل هذا، استلزم الأمر وجود طرف ثالث محايد وموثوق به يقوم بطرقه الخاصة، بالتأكد من صحة صدور الإرادات التعاقدية الإلكترونية والتأكد من جديتها بالإضافة إلى تحديد مضمون الإرادة تحديدا دقيقا، تمكن المتعامل من الإعتماد عليها في تعاملاته[714].

فدور هذه الجهات الخاصة بالمصادقة الالكترونية، لا يقتصر على تحديد هوية المتعاملين بالعقود والمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية وتحديد أهليتهم القانونية في التعامل والتعاقد، وإنما تقوم إضافة إلى ذلك، بالتحقق من مضمون هذا التعامل وسلامته، كما تصدر هذه الجهات التوقيع الرقمي وشهادات المصادقة لهذا التوقيع التي تشهد على صحته ونسبته إلى من صدر عنه.

وتقوم هذه الجهات أيضا، بإصدار المفاتيح الالكترونية سواء المفتاح الخاص الذي يتم بمقتضاه تشفير التعاملات الالكترونية، أو المفتاح العام الذي يتم بواسطته فك التشفير[715].

---

[713] محمد محروك، مقال سابق، ص. 127 و128.

[714] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية، م.س.ص. 134.

[715] لم يعرف المشرع المغربي التشفير بموجب القانون رقم 05-53، وأمام غياب التعريف التشريعي، نقتبس التعريف الذي أتى به التشريع التونسي الذي عرف التشفير بأنه "إما استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تمريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير أو استعمال رموز أو إشارات لا يمكن الوصول إلى المعلومة بدونها (م. 2 من القانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية). بذلك التشفير هو عملية تغيير في البيانات بحيث لا يتمكن من قراءتها سوى الشخص المستقبل وحدة مفتاح فك التشفير، ويتوفر المفتاح ذاته لدى المرسل والمستقبل ويستخدم في عمليتي التشفير وفك التشفير. وطبقا للمادة 12 من القانون رقم 05-53 حدد المشرع المغربي الغاية من وسائل التشفير: "تهدف وسائل التشفير على الخصوص إلى ضمان تبادل المعطيات القانونية بطريقة إلكترونية أو تخزينها أو هما معا، بكيفية تمكن من ضمان سريتها وصدقيتها ومراقبة تماميتها.

يراد بوسيلة التشفير كل عتاد أو برمجية أو هما معا، ينشأ أو يعدل من أجل تحويل معطيات سواء كانت عبارة عن معلومات أو إشارات أو رموز استنادا إلى اتفاقيات سرية أو من أجل إنجاز عملية عكسية لذلك بموجب اتفاقيات سرية أو بدونها. يراد بتقديم خدمة التشفير كل عملية تهدف إلى استخدام وسائل التشفير لحساب الغير". ولمزيد من الإطلاع عن التشفير، انظر: عباس العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية، م.س.ص. 230 - 242؛ محمد بومسكي، التوقيع الإلكتروني بين الحماية والحجية، ر.د.د.ع.م، جامعة محمد الخامس - السويسي، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، سلا، وحدة البحث والتكوين في أنظمة التحكيم، السنة الجامعية 2008-2009، ص. 18 وما بعدها؛ مصطفى مالك، مقال سابق، ص. 40.

وإذا كانت هذه الجهات حظيت بتنظيم خاص سواء على المستوى الدولي أو الإقليمي، فإنها عرفت الاهتمام ذاته على الصعيد التشريعي الوطني. وهكذا، فقد تطرق المشرع المغربي لموضوع المصادقة الالكترونية بموجب المادة 15 من القانون رقم 05-53 الخاص بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية[716]، كما حدد السلطة الوطنية التي لها صلاحية مراقبة نشاط مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية، بموجب المادة 21 من المرسوم رقم 518-08-2[717]، في الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات.

كما أن بعض الدول نصت على إجراءات توثيق محكمة تتم أثناء عملية المصادقة على السندات الإلكترونية، وبموجب المادة 2 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الالكترونية، التي اعتبرت أن إجراءات التوثيق، هي التي تهدف التحقق من أن الرسالة الإلكترونية قد صدرت من شخص معين، والكشف عن أي خطأ أو تعديل في محتويات أو في نقل أو تخزين رسالة إلكترونية أو سجل إلكتروني خلال فترة زمنية محددة. ويشمل ذلك أي إجراء يستخدم مناهج حسابية، أو رموز، أو كلمات، أو أرقام تعريفية، أو تشفير، أو إجراءات للرد، أو لاقرار الاستلام، وغيرها من وسائل إجراءات حماية المعلومات.

فالعملية التي تتم خلال هذه المرحلة، لا تتعدى عملية التحقق من مضمون شهادة المصادقة التي تكون مع الأطراف المتعاقدة والتحقق من رضاهم عن مضمون السند، بعد أن يتم التأكد من رضاء وسلامة توقيعات الأطراف، ينتقل الدور للأطراف المتواجدين أمام كاتبي عدل مختلفين. وهنا تبدأ عملية إبرام السند، من خلال استخدام أحد الأطراف لمفتاحه العام الذي يكون متبادلا بين الطرفين، من أجل الاطلاع على مضمون السند، حيث يقوم هذا الطرف بعملية ضغط لهذا السند، أي بعملية تشفيره، ومن ثم إرساله إلى الطرف الآخر.

هذا الأخير، وبعد التحقق من مضمون السند وفك شفرته من خلال مفتاحه العام أيضا، يعيد إرساله من جديد إلى الطرف المرسل أو المنشئ، من أجل توقيعه باستخدام مفتاحه الخاص، لتأكيد صحة مضمون السند أمام جهة التصديق الالكتروني، ثم يقوم المنشئ بإرسال السند من جديد إلى الطرف الآخر ليوقع عليه أيضا بطريقة إلكترونية. وخلال عملية المراسلة هذه، يكون الاتصال مباشرا بين الطرفين وجهة التصديق الالكتروني.

بعد ذلك، تقوم هذه الأخيرة، باستخدام مفتاحها الخاص أو ما يسمى المفتاح الشفري الجذري[718]، ليتأكد من أن جميع عمليات التوقيع والتوثيق قد تمت في ظروف إلكترونية آمنة، وحينها يضع توقيعه على السند، مؤكدا بذلك صحة المعلومات الواردة في السند أو في رسالة المعلومات، ومضفيا عليها في نفس الوقت، الصبغة الرسمية من أجل أن يمكن الاحتجاج به أمام القضاء[719].

---

[716] تنص م. 15 من القانون رقم 05-53 الخاص بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، على أنه "يعهد إلى السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الالكترونية المسماة بعده السلطة الوطنية ...". وقد أوضحت المادة 25 من المرسوم رقم 518-08-2 المقصود بالسلطة هي الوكالة الوطنية لتقنين المواصلات.

[717] المرسوم رقم 518-08-2 صادر في 25 من جمادى الأولى 1430، موافق 21 ماي 2009 لتطبيق المواد 13، 14، 15، 21، 23 من القانون رقم 05-53 الخاص بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، ج.ر.ع. 5744، بتاريخ 24 جمادى الآخرة 1430 (18 يونيو 2009)، ص. 3554.

[718] عرفت المادة الأولى من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15/ 2004 المفتاح الشفري الجذري بأنه "أداة إلكترونية تنشأ بواسطة عملية حسابية وتستخدمها جهات التصديق الإلكتروني لإنشاء شهادات التصديق الإلكتروني وبيانات إنشاء التوقيع الإلكتروني".

[719] أحمد عزمي الحروب، م.س.ص. 84 - 91.

وبعد المصادقة على السند الذي يتضمن إلتزام طرفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يتوجب حفظه من العبث والتلف، وبالتالي أرشفته ليبقى كل من محتوى السند والتوقيع عليه، بنفس الصورة التي صدر فيها من مصدرها، وليكون للسند حجيته في الإثبات.

وقد تطرق المشرع المغربي لهذه المسألة، بموجب الفصل 1-417 ق.ل.ع[720]، إذ يتوجب على مقدم خدمة المصادقة الإلكترونية، المحافظة بشكل إلكتروني على جميع المعلومات المتعلقة بالشهادة الإلكترونية عند الضرورة، وإثبات المصادقة الإلكترونية أمام القضاء. ويشمل الحفاظ على صحة الوثيقة الموقعة إلكترونيا، أن يكون كل من المستند والتوقيع الإلكتروني على نفس صورتهما الأصلية؛ بمعنى أن تتطابق بيانات المحرر والتوقيع الإلكتروني المرسل مع بيانات المحرر والتوقيع الإلكتروني الذي وصل إلى المرسل إليه.

على أن هذا لا يعني أن المرسل إليه لا يستطيع إضافة أو تعديل مضمون الوثيقة الإلكترونية التي تضمنت التوقيع، إذ يعتبر المرسل إليه بمثابة الشخص الذي وجه إليه الإيجاب يستطيع قبوله جملة وتفصيلا، وإما رفضه جملة وتفصيلا. وقبوله إما موصوف بتعديل بعض بنوده، وعندئذ تنقلب الأدوار فيصبح هو الموجب والمرسل إليه هو من وجه إليه الإيجاب. لكنه دائما وأبدا، لا يستطيع أن يمس التوقيع الإلكتروني للمؤسل بالتغيير أو التعديل، فالتوقيع الإلكتروني يجب أن يكون محميا.

وتتم عملية الحفاظ على التوقيع الإلكتروني باللجوء إلى عملية الضغط الإلكتروني، بواسطة برنامج للضغط الالكتروني يحول البيانات الإلكترونية إلى مجموعة من الأرقام أو الحروف تختلف في شكلها عن البيانات الأصلية المضغوطة لكنها لا تحتوي على نفس البيانات، بحيث إذا أعيدت عملية فك الضغط الإلكتروني، نتج عنها البيانات الأصلية في نفس شكلها السابق عن عملية الضغط. ومن يقوم بعملية الضغط الإلكتروني للحفاظ على صحة التوقيع، هو المرسل بواسطة مفتاحة الخاص، وبالتالي لا يمكن تغيير الكتابة أو التوقيع الذي تم على يديه، إلا بواسطة فك شفرة أو كود الضغط الالكتروني.

على أن عملية فك الضغط الإلكتروني، تتم بواسطة المفتاح العام للمرسل والذي يمكن المرسل إليه من معرفته. وبانتهاء هذه العملية، تتم المقارنة بين الرسالة المرسلة والرسالة التي وصلت إلى المرسل إليه، فإذا طابق كل منهما الآخر قام المرسل إليه بطلب المصادقة على التوقيع الإلكتروني، على أساس أنه صحيح وصادر عن المرسل[721].

وتجدر الإشارة، إلى أن الشكلية المتطلبة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، قاصرة على العقود المبرمة عبر صفحات الويب أو ما يطلق عليها بعقود الويب، ولا تسري على العقود التي يتم إبرامها بواسطة البريد الإلكتروني، حيث يكفي إرسال القبول في رسالة إلكترونية ودونما حاجة إلى تأكيد القبول برسالة أخرى.

---

[720] بموجب الفقرة 2 من الفصل 1-417 ق.ل.ع: " تقبل الوثيقة المحررة 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".

[721] ضياء نعمان، مقال سابق، ص. 140 - 144. وأيضا: أحمد عزمي الحروب، م.س.ص. 93 و94.

ونص المشرع الفرنسي على هذا الاستثناء، بموجب المادة 1369/6/1 من القانون المدني الفرنسي[722]. على أننا لا نجد مقابلا لهذا النص، في القانون رقم 05-53، رغم أن هذا الأخير، اقتبس عنه المشرع المغربي نصوصه، وعلى حرفيتها.

كما أجاز المشرع الفرنسي، أيضا، بموجب الفصل 1369/6/2، مخالفة هذه الشكلية في عقود الويب التي تبرم بين التجار، شريطة أن يكون هناك اتفاق صريح بينهم على ذلك. فإذا لم يكن هناك أي اتفاق ولم يتم احترام هذه الشكلية بأن تم القبول على مرحلة واحدة، فإن العقد يكون باطلا.

بذلك، نستجلي الدور المهم الذي أصبح يلعبه الموثق الرقمي أو الإلكتروني، ولعل الأمر أصبح يستدعي إدراج مهنة الموثق الرقمي ضمن هذا الإطار، لاتسامه بالحياد والنزاهة[723].

من خلال ما سبق، يخضع العقد المبرم بطريقة إلكترونية لمبدأ الحرية التعاقدية وإن كانت الوسيلة المستخدمة في إبرامه إلكترونية. وتتطلب حماية الإرادة توثيقها، لفض أي نزاع قد يحدث مستقبلا حول بنود العقد. لكن، هل لهذا الأصل استثناء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية؟، هذا ما سنتطرق إليه من خلال **المبحث الثاني**.

المبحث الثاني
استثناء بعض التصرفات من أن تفرغ في الشكل الإلكتروني

استثنت قوانين المعاملات الإلكترونية لكل من المغرب والأردن ودبي والبحرين، بعض العقود من الخضوع لأحكامها؛ ومن ثم تعتبر باطلة إذا تمت بالطريق الإلكتروني. وهكذا، فبعض التصرفات لا يمكن إفراغها في شكل إلكتروني، وذلك راجع لعدة مبررات أبرزها ارتباط الأحكام المنظمة لمثل تلك التصرفات بمسألة النظام العام، ولأنها ذات طابع معقد شيئا ما وأحيانا أخرى تكون ممتدة زمنيا أي تطول مدتها، مما يفرض الحضور المباشر لأطراف العلاقة التعاقدية إبان فترة التعاقد[724].

كما يهدف المشرع من وراء هذا الاستثناء، إضفاء طابع الحماية على الطرف الضعيف في العقد، سيما عندما يكون هذا الطرف شخصا لا إلمام له بتقنيات الاتصال والتعاقد إلكترونيا، أما إذا كان كذلك فهنا بالإمكان قبول إفراغ تصرفاته التي تهم الضمانات الشخصية أو العينية في الميدانين المدني والتجاري في محررات إلكترونية[725].

فبموجب الفقرة 3 من الفصل 1-2 ق.ل.ع، لا تخضع لأحكام القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، "الوثائق المتعلقة بتطبيق أحكام مدونة الأسرة والمحررات العرفية المتعلقة بالضمانات الشخصية أو العينية، ذات الطابع المدني أو التجاري".

---

[722] Art. 1369/6/1: "Il est fait exception aux obligations visées aux 1° à 5° de l'article 1369-4 et aux deux premiers alinéas de l'article 1369-5 pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques".

[723] الصالحين محمد العيش، م.س.ص. 94.

[724] محمد محروك، مقال سابق، ص. 118.

[725] محمد محروك، المقال السابق، ص. 119.

بعبارة أخرى، تستثنى كل ما يتعلق بعقود الزواج والطلاق والإراثات وكل ما له صلة بالأحوال الشخصية لأطراف المحرر حيث لا يمكن تصور توثيق مختلف تلك التصرفات من خلال محررات إلكترونية، لكون أحكام الشريعة الإسلامية تعتبر حضور أطراف المحرر من صميم النظام العام[726].

ويعود السبب في استثناء مسائل الأحوال الشخصية وملكية العقارات وكذا المعاملات التي تتم بعقود رسمية، إلى حساسية التعامل في الأحوال الشخصية لالتصاقها بشخص الإنسان وأسرته، وهو ما يقتضي التواجد المادي والفعلي للشخص.

أما بخصوص العقارات، فتعود إلى التأثر بالفكرة التقليدية التي تجعل الشخص لا يقبل شراء عقار ما، دون معاينته على الواقع، وإجراءات أخرى مرتبطة بالمسح العقاري والتي لا يمكن تصورها إلا في العالم الحقيقي.

ونفس الأمر، بخصوص الحقوق العينية على العقارات. على أن الحظر لا يسري على إيجار العقارات، إلا بالنسبة للإيجار الذي تزيد مدته عن عشر سنوات (قانون دبي). أما المعاملات التي تتم بعقود رسمية، فإنه لا يتصور إبرامها دون الحضور المادي أمام الموثق الذي يتعين عليه التحقق بنفسه، من أطراف العقد وصفتهم وأهليتهم (نص على ذلك صراحة قانون دبي والبحرين).

أما السندات القابلة للتداول، فإن ملكيتها تنتقل بالمناولة اليدوية، وهو ما لا يمكن تصوره عبر شبكة الإنترنت. في حين في الأوراق المالية فمحظور التعامل بخصوصها بطريقة إلكترونية، إلا إذا كانت هناك تعليمات خاصة صادرة عن جهات مختصة، والتي قد تجيز هذه التعليمات مثل التعامل الإلكتروني في الأوراق المالية. وهذا المنع مقبول، لما يكتنف تداول الأوراق المالية عبر الإنترنت من مخاطر، وللضرب بيد من حديد على كل أنواع المضاربات غير المحسوبة العواقب، بالنظر لسهولة التعامل عبر الإنترنت.

وفي نفس الاتجاه، لكن بشيء من التفصيل، نصت المادة 6 من القانون الأردني على أنه "لا تسري أحكام هذا القانون على ما يلي:

أ- العقود والمستندات والوثائق التي تنظم وفقا لتشريعات خاصة بشكل معين أو تتم بإجراءات محددة ومنها:

1- إنشاء الوصية وتعديلها.

2- إنشاء الوقف وتعديل شروطه.

3- معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة بما في ذلك الوكالات المتعلقة بها وسندات ملكيتها وإنشاء الحقوق العينية عليها، باستثناء عقود الإيجار الخاصة بهذه الأموال.

4- الوكالات والمعاملات المتعلقة بالأحوال الشخصية.

5- الإشعارات المتعلقة بإلغاء أو فسخ عقود خدمات المياه والكهرباء والتأمين الصحي والتأمين على الحياة.

---

[726] بخلاف الحال بالنسبة للدول الغربية، حيث نجد إمكانية إبرام عقود الزواج إلكترونيا، وهذا ما تم بالفعل في 21 أبريل 1994 ببلجيكا، حيث تم أول زواج رسمي بتوقيع إلكتروني.

6- لوائح الدعاوى والمرافعات وإشعارات التبليغ القضائية وقرارات المحاكم.

ب- الأوراق المالية، إلا ما تنص عليه تعليمات خاصة تصدر عن الجهات المختصة استنادا لقانون الأوراق المالية النافذ المفعول".

أما المادة 5 من قانون دبي، فقد استثنت من دائرة المعاملات كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية وملكية الأموال غير المنقولة والسندات القابلة للتداول، وكل المعاملات المتعلقة ببيع وشراء الأموال غير المنقولة والتصرف فيها وتأجيرها لمدد تزيد على عشر سنوات وتسجيل أي حقوق أخرى متعلقة بها. وقد سار القانون البحريني على ذات النهج، بموجب المادة 2 منه.

خلاصة القسم الأول:

يعد العقد المبرم بالوسائل الإلكترونية، من العقود التي أصبحت تفرض نفسها في مجال المعاملات بين الأفراد والمشروعات بشكل أصبح يتزايد يوما عن يوم. وقد لاحظت أن الاصطلاح الذي اعتمده المشرع المغربي ينقصه الوضوح والدقة القانونية، وأفضل استعمال بدل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، **"المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية"**، ليشمل بذلك ليس فقط العقد، بل كل المعاملات الأخرى والتي يمكن أن تعقد بوسائل إلكترونية.

ومن خلال ما سبق لي شرحه من خلال القسم الأول، استخلصت أيضا، أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية، هو عقد يخضع للقواعد والأحكام العامة المنظمة للمعاملات، مع بعض الخصوصيات التي تميزه من حيث الوسيلة الإلكترونية، فهو نوع خاص من العقود الافتراضية التي تتم ما بين غائبين، بمعنى أن هذا العقد، لا يجمع متعاقديه في مجلس عقد واحد لكن يكون بينهما اتصال مباشر، حيث ينشأ هذا النوع من العقود في فترة زمنية ولو كانت قصيرة يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول.

ومن خلال ما توصلت إليه من نتائج حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عرفته بأنه اتفاق يتلاقى فيه إيجاب صادر من طرف أول - محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كليهما على شبكة الاتصالات - بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق، من خلال استعمال وسائط إلكترونية للاتصال عن بعد، سواء أكانت مسموعة مرئية عبر جهاز الحاسوب أو عبر جهاز الهاتف المحمول أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى بفضل التفاعل بين الموجب والقابل، من أجل إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية يقصد الطرفان إتمامها.

كما بحثت في سبل تحري إرادة الأطراف المتعاقدة ومدى توافر الأهلية في الوسيط الإلكتروني المؤتمت، وقد وجدت ألا أهلية له لكن مالكه من يتحمل بالمسؤولية حالة وقوع خطأ. وتطرقت كذلك بالتحليل إلى الأحكام الخاصة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية من خلال بحث صحة الإرادة المعبر عنها إلكترونيا وطرق التعبير عنها، هذا إلى جانب البحث في عيوب الإرادة.

ولا شك أن نظرية عيوب الإرادة تلعب دورا مهما في نطاق المعاملات الالكترونية حيث تتسم هذه الأخيرة بالتعقيدات التكنولوجية، خاصة وأنها تنعقد بين طرفين متباعدين مكانيا وغائبين عن مجلس العقد الذي يجمعهما، فقط افتراضيا. ومن خلال التعرض إلى عيوب الإرادة المعبر عنها في العقود بطريقة إلكترونية، ووجدت أنها تأثر فيها بشكل كبير. فلا يكفي أن تتوافر الأهلية في شخص المتعاقد إلكترونيا، بل لا بد أن تكون سليمة وخالية من العيوب.

وقد ركزت على عيب الغلط على اعتباره الأكثر تفشيا في المعاملات التي تبرم عبر الإنترنت. ثم تطرقت إلى عيب التدليس للإمكانية الكبيرة في حصوله، وبالتالي تعيب إرادة المتعاقد بطريقة إلكترونية بسببه. كما عالجت كلا من عيبي الإكراه والغبن، وإن كنت أرى استحالة حصول عيب الإكراه في هذا النوع من العقود، فإن عيب الغبن وارد ومحتمل جدا حصوله.

وتطرقت أيضا إلى الأحكام الخاصة بمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، من خلال البحث في القيود التي ترد على التعامل به، هذا دون أن أغفل البحث في الشكلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

بذلك نقف على أهمية القواعد العامة، ودورها في استقرار المعاملات الإلكترونية. وقد رأينا مدى محدوديتها في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، حيث لاحظنا مدى تأثير الطبيعة الخاصة لهذا العقد على ركن الإرادة. فالتطور الكبير للمعاملات الإلكترونية، أدى إلى التفكير في حماية الأطراف المتعاقدة.

إذن، لكي ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية صحيحا ومنتجا لآثاره، لا يكفي أن توجد الإرادة، بل لا بد أن تكون هذه الإرادة صحيحة غير معيبة، وأن يتم التعبير عنها بكل وضوح وبلغة مفهومة لدى كلا المتعاقدين. فمتى ما عبر أحد الطرفين المتعاقدين بطريقة إلكترونية عن رغبته في التعاقد من خلال استعماله للتعبير عن إرادته، أيا من الوسائل الإلكترونية التي سبق لنا التطرق إليها، وكانت أهليته تامة وإرادته سليمة غير معيبة بعيب من عيوب الرضى، فإن العقد يكون في أطواره الأولى.

ولأن العقد المبرم بطريقة إلكترونية، تلتقي فيه إرادتا المتعاقدين، دونما تواجدهما المادي، فإن بعضا منها يبرم على مراحل. حيث لا يبرم العقد بمجرد تبادل الإيجاب والقبول والاتفاق على بنود العقد، بل قد يتم هذا التعبير على مراحل، وهذا ما سنتطرق إليه بالبحث من خلال **القسم الثاني** من هذه الأطروحة.

القسم الثاني

انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية

يخضع العقد المبرم بطريقة إلكترونية كغيره من العقود، لمبدأ سلطان الإرادة. فهو عقد يلتقي فيه عرض أو إيجاب صادر من الطرف الأول 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.

لكن الطبيعة الخاصة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، تفرض مروره عبر مراحل، خاصة العقد الذي يبرم عبر الرسائل الإلكترونية أو من خلال التفاعل المباشر، حيث تلعب المفاوضات دورا هاما وبارزا في العقود عموما، خاصة منها عقود التجارة الدولية.

فقيمة تلك العقود وأهميتها تقتضي مفاوضات طويلة ومكثفة، وقد يستغرق توافق إرادتي الطرفين وقتا حتى إبرام العقد، حيث تسبق مرحلة التعاقد، مرحلة تمهد لها قصد محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك بين الأطراف على شروط العقد [727].

ولا تخرج العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عن هذا النسق العام، إذ تتم فيها - هي أيضا- المفاوضات ولكن بطريقة إلكترونية أيضا. ويمكن القول أن هذه المفاوضات صنف جديد من المفاوضات تتميز بالغياب المادي للطرفين المتعاقدين، ووجود وسيط إلكتروني، ثم غياب الحامل الورقي والسرعة في إنجاز الأعمال [728].

فالتفاوض الإلكتروني يتم من خلال الرسائل الالكترونية أو عن طريق مؤتمرات الفيديو، حيث يقوم كل طرف بدراسة العرض المقترح عليه بطريقة إلكترونية من الطرف الآخر، وطلب كل المعلومات التي يراها ضرورية ولازمة. كما أن التفاوض هنا يتم تفاعليا، إذ أنه تفاوض عن بعد، يغيب فيه الحضور المادي للطرفين، مما يطرح العديد من الإشكالات المرتبطة بالأساس، بالأخطاء التي قد يرتكبها أحد الطرفين المتفاوضين، وكذا أساسها القانوني وأحكام المسؤولية الناشئة عن التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

وبعد انتهاء مرحلة المفاوضات، تبدأ مرحلة جديدة من مراحل إبرام العقد بطريقة إلكترونية، ألا وهي المرحلة التعاقدية، حيث يتم التعبير النهائي عن الإيجاب والقبول بطريقة إلكترونية، ليبرم العقد وفق ما اتفقت عليه إرادة أطرافه، وهذا ما سنتناوله من خلال البحث في أحكام التراضي في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية (**الباب الأول**).

ثم تلي مرحلة الإبرام مرحلة جديدة من مراحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ألا وهي مرحلة تنفيذه، مع ما يستتبعه ذلك من التزامات متقابلة تقع على الطرفين المتعاقدين من تسليم ووفاء بمقابل العقد (**الباب الثاني**).

---

[727] Schmidt-Sazalewski J., Négociation et conclusion des contrats, D. 1982, p.6.

[728] إدريس الحياني، مقال سابق، ص. 52 و53.

الباب الأول

أحكام التراضي في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

وفقا للقواعد العامة لنظرية العقد، يتعين لإبرام العقد توافر الأركان المكونة له، ليقوم صحيحا ومنتجا لآثاره، وهي: الرضا، المحل، السبب، إلى جانب الشكلية المتطلبة في بعض العقود. ولا يخرج العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن هذا الإطار، فهو يخضع للقواعد العامة بالأساس في العديد من أحكامه.

غير أن خصوصية العقد المبرم بطريقة إلكترونية تفرض خضوعه لبعض الأحكام الخاصة التي تتوافق مع هذه الصفة، خاصة وأنه عقد يبرم عن بعد، ودونما تواجد مادي لأطرافه المتعاقدة. ومن أهم الخاصيات التي تميز العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ركن الرضا على اعتبار أنه قوام العقد وأساسه ولما يعتريه من اختلاف عن العقد العادي.

فهل تصلح الوسائل الإلكترونية لتبادل العروض، ومن ثم إنشاء العقد؟. وما هي القيمة القانونية لهذه الوسائل في نظر التشريعات، سواء ما تعلق بقواعد الصحة العقد أو النفاذ أو الإثبات؟. وماذا عن إمكانية التعاقد بين أجهزة مبرمجة فيما يتعلق بتحقيق التراضي، ومنها إمكانية التعاقد بين أجهزة مبرمجة يمكن لها أن تبرم العقود دونما تدخل مباشر من الأطراف في عملها لحظة الإبرام، فضلا عن أن التعبير عن الإيجاب والقبول اللازمين لتحقيق التراضي في مجال التعاقد، أصبح يتم من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية.

هذا ما سنتطرق إليه بالتحليل، من خلال البحث في تكييف مصطلح العرض المعبر عنه إلكترونيا وتمييزه عما قد يتشابه معه من مفاهيم أخرى، وكذا البحث في مختلف الإشكاليات التي يطرحها، باعتباره لا يكون دائما إيجابا وفق مفهومه القانوني، بحيث قد يتأخر التعبير عن الإيجاب النهائي، إلى حين التفاوض بخصوص العرض الإلكتروني المقترح، مما يفرز لنا مرحلة تمهيدية لصياغة الإيجاب النهائي، وهي مرحلة المفاوضات السابقة عن إبرام العقد بطريقة إلكترونية **(الفصل الأول)**.

وحينما تتم الصياغة النهائية للإيجاب، ويتم الاتفاق على مختلف ما ستتضمنه بنود العقد المبرم إلكترونيا لا بد من أن يصدر مقابل هذا الإيجاب قبول الطرف الآخر به. مما يتطلب منا بحث القبول ومختلف الصور التي يتخذها، دونما إغفال للإشكالات العديدة التي يطرحها موضوع زمان ومكان إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فكان لابد من البحث في مسألة مجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية[729]، وكذا وقت انعقاده **(الفصل الثاني)**.

[729] مجلس العقد إما حقيقي أو حكمي، ونظرا لأنه لا يوجد مجلس عقد مختلط، فضلت أن أطلق على مجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية: "مجلس مؤتمت".

الفصل الأول
الإيجاب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

يعد الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام العقد، بغض النظر عن الوسيلة المستعملة في التعبير عن الإرادة؛ فهو تعبير خارجي عن الإرادة يتضمن عرضا بالتعاقد سواء كان صريحا أو ضمنيا، متى اقترن به قبول مطابق له، انعقد العقد[730].

وللإيجاب في العقد المبرم بطريقة إلكترونية خصوصية تميزه في الكثير من الوجوه، كما يطرح العديد من التساؤلات والإشكاليات القانونية، ترتبط بهذه الخصوصية. فحينما يدخل الشخص على الإنترنيت للبحث عن منتج أو خدمة، ويتصفح العديد من المواقع بغية الحصول على أجود البضائع بأحسن الأثمان، يقطع أشواطا عدة في البحث من أجل تحديد السلعة المراد شراؤها، فإما لا يجد ضالته، أو لا يقبل بشروط بعض العارضين عبر الإنترنيت، أو أن يتخذ قرار الشراء بإرسال طلبيته إلى الموقع العارض.

ثم يمر مباشرة إلى مرحلة إبرام العقد حيث عليه التثبت من صحة ومصداقية العرض من خلال التأكد من مصداقية الموقع نفسه، ومدى صحة البيانات والأرقام الخاصة بالعارض، وغير ذلك من المعلومات التي من شأنها تحديد هوية العارض، وعليه الاحتفاظ بأمر الشراء الذي أرسله عبر الشبكة ليقوم بأداء ثمن محل العقد.

لكن أحيانا لا تمر الأمور كما أسلفنا، إذ قد يصل المستهلك إلى تحديد السلعة أو الخدمة التي يرغب فيها، فيرسل خطابا إلكترونيا للعارض يتفاوض معه حول الثمن مثلا، فتبدأ مرحلة جديدة من حياة العقد، سابقة عن التعاقد بطريقة إلكترونية، ألا وهي مرحلة التفاوض. وهي مرحلة قبل - تعاقدية، وذات أهمية بارزة في مجال العقود عموما، والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية على وجه الخصوص، حيث تمكن الأطراف من التفاوض في أغلب الجوانب التعاقدية سواء أكانت فنية أو مالية وفي كل جزئية من جزئيات العقد؛ كل ذلك للحفاظ على سلامة المرحلة التعاقدية من أي خلل ممكن حدوثه.

وهكذا يمر العقد المبرم بطريقة إلكترونية -شأنه شأن باقي العقود- بمراحل تمهيدية للتعاقد بين طرفيه، والتي قد تستغرق وقتا طويلا، يحتاج معه الأطراف إلى المفاوضات وفتح النقاش حول الكثير من عناصر العقد الذي يتطلعون إلى إبرامه. ذلك أن عملية التفاوض بمفهومها التقليدي، من إيجاب وقبول، لا تتوافق مع هذه العقود، إذ أن بعضا منها يحتاج إلى مفاوضات طويلة ومكثفة وتستغرق في الغالب وقتا طويلا، كما هو الشأن في عقود نقل التكنولوجيا والتي غالبا ما تسبقها مرحلة تمهد لها، بقصد محاولة الوصول إلى تفاهم مشترك على شروط العقد المزمع إبرامه.

---

[730] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري، م.س.ص. 35 و95.

وتأخذ الدعوة إلى إبرام العقد عبر الطريق الإلكتروني العديد من الأشكال، لعل أهمها هو طرح الخدمة أو السلعة على موقع إلكتروني. كما قد يتم اللجوء إلى سجلات البريد الإلكترونية الموجودة على الإنترنت، لبعث الرسائل الإلكترونية لكل من يوجد بريده الإلكتروني في السجلات الموجودة لدى مزودي الخدمة، ويبدي مقترح العرض من خلالها أسعارا تنافسية، قد تغري وتجلب الناس للمنتوج[731].

فقد تأتي مرحلة التفاوض، نتيجة دعوة إلى التفاوض موجهة من أحد الطرفين إلى الآخر. وهي دعوة بعيدة إلى حد ما، عن تحديد أركان العقد والشروط الأساسية فيه، وفق المفهوم التقليدي لقيام العقد. مثلما قد تأتي عقب توجيه إيجاب بات لا يرضى به الطرف الموجه إليه، فيرد هذا الأخير معدلا منه دون أن يتقدم بإيجاب من ناحيته. وفي هذه الحالة، يسقط الإيجاب ويدخل الطرفان دائرة المفاوضات حتى تنتهي[732].

بيد أنه قد ينتج عن المرحلة السابقة على التعاقد الإلكتروني، الكثير من صور التعبير عن الإرادة: منها ما يعتبر دعوة إلى التفاوض، ومنها ما يعتبر إيجابا تاما ينعقد به العقد بمجرد قبوله؛ أي أن الدعوة إلى التفاوض والإيجاب[733]، كلاهما تعبير عن الإرادة[734].

وتشمل المرحلة التمهيدية للتعاقد، جميع الوقائع والتصرفات التي يتخذها طرفا الرابطة التعاقدية والتي تؤدي في نهاية المطاف إلى إبرام العقد. فخلالها يتم التعارف ما بين طالب البضاعة أو الخدمة وبين عارضها، حيث يقوم هذا الأخير بوضع خدمته أو سلعته على مرأى الكافة، مع تعريفها تعريفا مفترِضا أنه ناف للجهالة[735].

بذلك، تعتبر المرحلة السابقة على التعاقد من الأهمية بمكان، لما تنطوي عليه من تحديد لحقوق والتزامات طرفي التعاقد، ونوع المسؤولية الواقعة على كل طرف في حالة انقطاع المفاوضات، خاصة إذا ما كانت تتطلب وقتا طويلا لإبرام العقد. فمن الصعب - بل من المستحيل - إبرامها من أول وهلة، وإنما لا بد من الدخول بشأنها في مفاوضات مكثفة[736].

ويتخلل هذه المرحلة مساومات بين الطرفين، حيث يسعى كل طرف إلى إقناع الآخر بما يريد. لذا، فهي تتضمن عروضا متلاحقة وتتخللها اتفاقات، قد يتم اعتمادها كعرض جديد. إلا أنها ليست عروضا باتة، بل تمهد للإيجاب البات. فإذا ما انتهت هذه المرحلة إلى تفاهم حول جميع المسائل المثارة من قبل الطرفين، قد يلجأ أحدهما إلى صياغة مشروع نهائي، يوجهه كإيجاب إلى الطرف الآخر، مادامت المفاوضات لم تصل بعد إلى إيجاب صادفه قبول[737].

---

[731] مولود قارة، م.س.ص. 18.

[732] حمدي محمود بارود، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد 13، ع. 2، يونيو 2005، ص. 125 و126.

[733] سنتطرق إلى الفرق بين الإيجاب والدعوة إلى التفاوض في حينه.

[734] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، م.س.ص. 101.

[735] صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ص. 13.

[736] حسام الدين الأهواني، المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة 2 - 3 يناير 1994، ص. 2.

[737] حمدي محمود بارود، مقال سابق، ص. 126.

وعليه، لا يتم في الغالب إبرام عقد بطريقة إلكترونية بشكل مباشر، خصوصا إذا كان محل العقد يقتضي تحديد مجموعة من المعطيات والاتفاق بشأنها، قبل الإقدام على القبول بالعقد بصفة نهائية.

لذا، تعتبر المرحلة التمهيدية للتعاقد مرحلة جد مهمة، وتبدأ بدعوة يوجهها أحد المتعاقدين إلى الآخر للدخول معه في مفاوضات بشأن الصفقة [738]؛ وبذلك يمكن القول، بأن مرحلة المفاوضات مرحلة قبل تعاقدية، وذات أهمية بالغة من خلالها يتم تذليل الصعوبات التي قد تعترض إتمام العقد وإبرامه [739].

وتجدر الإشارة، إلى أنني سأعتمد في أطروحتي وبالأساس، مصطلح الإيجاب على اعتبار أنه يتضمن شقين: الشق الأول وهو العرض المقدم بطريقة إلكترونية، والشق الثاني وهو المفاوضات قبل العقدية. فقد يتحول العرض المقدم من العارض المهني بطريقة إلكترونية، إلى إيجاب نهائي إذا ما طابقه قبول من وجه إليه العرض.

لكن، قد يبقى مجرد عرض يتطلب المفاوضات والمباحثات بخصوصه، ليمر بمرحلة قد تنتهي بصياغة عرض جديد يقدمه من وجه إليه العرض الأول، لتتم المفاوضات بخصوصه، إلى أن تتفق الإرادتين على الصياغة النهائية للإيجاب، ليطابقها قبول، ثم ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

وعليه، يعد الإيجاب أحد أركان العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فما المقصود به كمفهوم قانوني في ظل استعمال المشرع المغربي لمصطلح "العرض" بدل استعماله مصطلح "الإيجاب". وما الذي دفع بالمشرع المغربي إلى اعتماد توصيف جديد بالنسبة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية؟ **(الفرع الأول)**.

وإرتأيت أيضا التطرق، ضمن هذا الفصل، للبحث في مسألة النظام القانوني لمرحلة ما قبل التعاقد بطريقة إلكترونية **(الفرع الثاني)**.

---

[738] نتيجة لازدياد حركة النشاط التجاري بين دول العالم، أصبحت المفاوضات "Négociations" في العصر الحديث، ميدانا مهما في التعامل التجاري، سواء أكان ذلك على مستوى الأفراد أم الشركات.

[739] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 47.

الـفرع الأول

إيجاب أم عرض إلكتروني؟: نحو توصيف جديد لمفاهيم قانونية حديثة في نظرية العقد في القانون المغربي

تتميز شبكة الإنترنت بكثرة العروض التي تقدم عبر خدماتها المختلفة، وقد تطرح عبرها بعض العروض الموجهة إلى جمهور مستخدمي الشبكة، مما يجعل الشخص الذي ينوي إبرام العقد حائرا أمام الكم الهائل من العروض المختلفة والمتنوعة، وبين ما إذا كانت إيجابا أم أنها فقط مجرد دعوةٍ إلى التعاقد أو إعلان عن طريق الإنترنيت.

ويلاحظ أن معظم التشريعات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، لم تورد تعريفا محددا للإيجاب أو العرض - كما اصطلح عليه المشرع المغربي- بالرغم من إجازتها التعبير عن الإيجاب بالوسائل الإلكترونية. وقد ورد تعريف الإيجاب في التوجيهة الأوروبية رقم 7 لسنة 1997 الصادرة في 20 ماي 1997 والخاصة بحماية المستهلك في العقود عن بعد، بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".

وعليه، لزم البحث في مفهوم الإيجاب أو العرض في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، مع تحديد صوره وبحث خصائصه (**المبحث الأول**). كما سنعالج تنظيمه القانوني (**المبحث الثاني**)، هذا دون أن نغفل البحث في آثار العرض المعبر عنه إلكترونيا (**المبحث الثالث**).

المبحث الأول

الماهية القانونية للعرض المعبر عنه إلكترونيا، صوره، وخصائصه

يعتبر العرض الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود ومنها العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد. فلكي يتم إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على آخر لبضائعه وخدماته، بعد أن يكون قد استقر رأيه نهائيا عليه.

وقد يكون التعبير عن الإرادة، إيجابا إذا ما كان جازما وباتا وواضحا في معنى إبرام العقد، ومتضمنا للشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه. فإذا لم تنصرف إرادة الشخص إلى إبرام العقد، فإن التعبير في هذه الحالة لا يعد إيجابا، مما يقتضي التمييز بين الإيجاب من جهة والعرض والدعوة إلى التعاقد من جهة أخرى[740].

ومن الملاحظ، أنه لم تورد التشريعات الخاصة بمجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، تعريفا محددا للإيجاب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، على الرغم من أنها اعترفت بجواز التعبير عن الإيجاب بالرسائل الإلكترونية.

ولن نبحث الإيجاب هنا وفق معناه التقليدي، وإنما سنتطرق إلى أوجه الخصوصية فيه، من خلال البحث في مسألة العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية باعتباره الصورة الأولى التي يبرز فيها الإيجاب قبل أن يستكمل كل شروطه، مما يقتضي بحث الماهية القانونية للعرض في العقد المبرم بطريقة إلكترونية (**المطلب الأول**)، مع البحث في خصائصه وكذا مختلف صوره (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الماهية القانونية للعرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية

إشكالات عدة تطرح أمامنا بمجرد ما ندخل على شبكة الإنترنت، حيث نجد العديد من العروض، فلا نفهم هل هي مجرد عروض؟، أم إيجاب بهدف البحث عن قبول مطابق له؟، أم أنها لا تعدو أن تكون مجرد إعلان أو دعاية عن المنتوجات والبضائع والخدمات المعروضة عبر العديد من المواقع على الإنترنت؟، أم أن هذه العروض ليست سوى دعوة إلى التعاقد، ولم تصل بعد مرتبة الإيجاب بمفهومه القانوني؟.

وماذا عن العروض المقدمة من خلال الرسائل الإلكترونية التي نتوصل بها بشكل يومي في بريدنا الإلكتروني؟، وما تكييفها القانوني؟. فهل بهذا المعنى هناك إيجاب أو عرض خاص عبر البريد الإلكتروني؟، ويقابله إيجاب أو عرض عام، وهو الذي يوجه إلى الكل؟.

كما يطرح أمامنا تساؤل غاية في الأهمية، ويتعلق بمتى نعتبر أن هناك عرضا أو إيجابا إلكترونيا؟. وهل يعتبر أي عرض قدم للجمهور بطريقة إلكترونية إيجابا؟، وما هو التكييف القانوني للعرض؟، وكيف يتحول العرض إلى إيجاب؟.

---

[740] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد، م.س،ص. 246.

هذا يقتضي منا، البحث أولا في التكييف القانوني للعرض، كمصطلح استخدمه المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود، بشكل خالف فيه الاصطلاح القانوني المتعارف عليه، وهو: الإيجاب. هذا مع البحث في التكييف القانوني للعرض ومقارنته بالإيجاب وما قد تتشابه معه من مفاهيم من خلال **الفقرة الأولى**. ولن نغفل رصد المواقف التشريعية الوطنية والدولية، للوقوف على المصطلح المستعمل، وذلك ضمن **الفقرة الثانية**.

الفقرة الأولى: تكييف مصطلح "العرض"، ومقارنته بالمفهوم القانوني للإيجاب، وما قد تتشابه معه من مفاهيم أخرى

إذا كانت القواعد العامة في العقد، تفرض توافر إيجاب وقبول مطابق له لانعقاد العقد، فإن العقد المبرم بطريقة إلكترونية -وبالنظر إلى طبيعته الخاصة- يثير تحديا للنظم القانونية القائمة في نظرية العقد. فالعلاقات التعاقدية التقليدية، تقوم على أساس الإيجاب والقبول، لكن هل يتطلب العقد المبرم بطريقة إلكترونية لانعقاده، وجود عرض -كما اصطلح عليه المشرع المغربي بموجب قانون الالتزامات والعقود- أم إيجاب ؟.

يعرف بعض من الفقه الإيجاب، بأنه إعراب عن الإرادة -صريح أو ضمني- يعرض به شخص على آخر أو على عدة أشخاص آخرين -معينين أو غير معينين- إبرام عقد بشروط معينة[741]. واعتبره اتجاه فقهي آخر بأنه هو التعبير عن إرادة شخص يعرض على آخر أن يتعاقد معه[742].

أما محكمة النقض المصرية، فعرفته بأنه "العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[743]. أما محكمة النقض الفرنسية، فقد عرفته بأنه "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"[744].

وعليه، فإن الإيجاب -وفق مدلوله القانوني- هو التعبير البات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق له، انعقد العقد[745].

---

[741] Association Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, Vocabulaire juridique, collections les grands dictionnaires, PUF, 4ème Ed., 1994, p .

[742] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص. 104.

[743] نقض مدني، 4 ديسمبر 1985، مجموعة أحكام النقض س 20 ق، رقم 159 ، ص 1017؛ نقض مدني، 4 ديسمبر 1985، مجموعة أحكام النقض س36 ق، رقم 223 ، ص. 1084؛ طعن رقم 3197 لسنة 58 ق، 8/1/1990، مجموعة أحكام النقض في خمس سنوات، القسم المدني، ص. 860.

[744] Cass.com, 6 Mars 1990, bull Iv, n° 74, p. 51. Disponible sur ce site: www. Legifrance.gouv.fr. (M.S.J, juin 2009).

[745] إلياس ناصيف، العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2009، ص. 77.

فهل ينطبق هذا التعريف على العرض المعبر عنه إلكترونيا؟ وما الطبيعة القانونية للعروض التي نجدها على الكثير من مواقع على الإنترنيت، خاصة تلك التي نتوصل بها يوميا عبر البريد الإلكتروني؟: هل هي إيجاب أم عرض؟، أم أنها مجرد إعلانات وإشهارات ليس إلا؟، وهل العرض أقل قيمة قانونية من الإيجاب، لذلك استعمل المشرع المغربي عبارة العرض بدل الإيجاب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية؟، وهل العروض الموجهة إلى الجمهور تعد إيجابا؟.

سنحاول الإجابة عن هذه التساؤلات من خلال تمييز مصطلح العرض عن العديد من العروض الموجودة على الإنترنيت، لنستخلص في الأخير إجابة شافية لتساؤلاتنا.

الواقع، أنه بالرجوع إلى ظهير الالتزامات والعقود لا نجد المشرع المغربي وضع تعريفا للعرض أو الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية، ونفس الشيء نقف عليه حينما نبحث في نصوص القوانين العربية التي نظمت مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، إذ اكتفى بعضها بإجازة التعبير عن الإرادة - إيجابا أو قبولا- بواسطة رسائل المعلومات (م.13 قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الأردني؛ وم.1/13 قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي؛ م.1/9 مرسوم قانون المعاملات الإلكترونية البحريني).

على أننا نجد أن التوجيهة الأوروبية رقم 97-7-CE الخاصة بحماية المستهلكين، عرفته بأنه "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان". فمن خلال هذا التعريف، الإيجاب يتم عن بعد، وبالتالي يجب أن يتضمن كل العناصر اللازمة ليتمكن الطرف القابل من إصدار قبوله، وهو على بينة واختيار منه وفي تيقن تام بمدلول ما هو مقبل عليه.

وبالرغم من عدم تطرق هذا التعريف إلى الجانب أو الصفة الإلكترونية في الإيجاب، فإن من الفقه من رأى أن المسألة لا تعدو أن تكون مجرد وصف لا أكثر، بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في عصر رقمي، قوامه إلكترونيات تتجسد في وسائل الاتصال الحديثة، عن طريق النقر على الحاسب الإلكتروني، ليظهر التعبير عن الإرادة على شاشة هذا الحاسب[746].

وبالرجوع إلى كل القوانين العربية التي وضعت تشريعا خاصا بالمعاملات الإلكترونية، نجدها قد أبقت على القواعد العامة في العقود، حيث لم نجد تغييرا في المصطلح القانوني المتعارف عليه، ألا وهو "الإيجاب". ونلاحظ هنا، أن كلا من قوانين المعاملات الإلكترونية، وقانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لم تحدد معنى الإيجاب، مثلما لم تحدد التصرفات التي تعد إيجابا لإبرام العقود بطريقة إلكترونية.

---

[746] Wassim Harb, Le régime juridique de l'offre en ligne, article presenté lors du Congrés Bi-annuel de International Federation Of ComputerLaw Association (IFCLA), Organisé par l'assocoation Française de l'informatique et de telecommunications, Le 15-16 Juin 2000, à Paris, AFDIT: diff. Publibook, cop. 2001, p. 97.

وهذا عكس ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا لعام 1980 بشأن البيع الدولي، بموجب المادة 1-14 التي بينت الشروط اللازمة لكي يشكل "العرض لإبرام عقد" إيجابا صالحا لإبرام عقد إذا صادف قبولا، حيث نصت هذه الفقرة على أنه "يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدهما"[747].

بيد أن المشرع المغربي، استثنى من التطبيق على العقد المبرم في شكل إلكتروني، الأحكام العامة الخاصة بالإيجاب[748]، كما لم يستعمل المصطلح القانوني المتعارف عليه: "الإيجاب"، لكن مصطلحا ذو طابع اقتصادي، ألا وهو: "العرض"، ولم نقف على أي ما يمكن أن يبين لنا مقصد المشرع المغربي من تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية بهذا المصطلح عن بقية العقود الأخرى، فقد لا يعدو أن يكون الأمر سوى خطأ في ترجمة المصطلح "L'Offre" الذي جرت العادة في قانون الالتزامات والعقود على تسميته ب"الإيجاب".

وقد نعتبر موقف المشرع المغربي هذا صحيحا، لكن من وجهة نظري، قد تتضمن العقود المبرمة في شكل إلكتروني صورتان من العرض:

- فقد يكون ما هو صادر عن المهني، اقتراح في صورة عرض وفق الشكليات المتطلبة في القانون، لكنه لم يرق بعد إلى درجة الإيجاب، حيث يتوجب على العارض وعلى من تلقى العرض الدخول بادئا في مفاوضات حول العرض وشروطه وكل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه.

- وقد يأتي الاقتراح متضمنا كل المعلومات الضرورية من أجل إبرام عقد، ليتحول الاقتراح هنا من مجرد عرض، إلى إيجاب وفق مفهومه القانوني، لا ينتظر سوى حصول قبول مطابق له، لينعقد العقد بعد ذلك.

لذا، فضلت استعمال المصطلحين معا لأهمية التمييز بين العرض والإيجاب، وإن كان بعض من الفقه المغربي[749] اصطلح عليه بالإيجاب الإلكتروني، واعتبره بأنه كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان. واعتبر هذا الرأي في الفقه المغربي، أن الإيجاب هو الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد، ولا بد من أن يتوفر على مجموعة من الشروط، تميزا له عن المرحلة التعاقدية السابقة للتعاقد[750].

---

[747] لمزيد من الاطلاع أنظر: طالب حسن موسى، الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العالمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001، ص.109-110؛ وأيضا: محسن شفيق،، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع -دراسة في قانون التجارة الدولي- دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص. 93.

[748] سنرجع الحديث عن ذلك في حينه.

[749] حلية بن حفو، التراضي في العقد الإلكتروني، مجلة الأملاك، العدد المزدوج السادس، 2009، ص. 142. انظر أيضا، عصام عبد الفتاح مطر، التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009، ص. 160.

[750] المرجع السابق.

ونلاحظ من خلال ما سبق، أن كل التعريفات تتشابه فيما بينها، حين استعمالها لمصطلح "العرض". على أنها تميز في العرض بين حالة كونه جازما وكافيا للتعبير عن الأركان الجوهرية للتعاقد واعتبرته إيجابا صالحا لأن يقترن به قبول المتلقي للعرض، وبين العرض الذي لم يتضمن هذه الأركان الأساسية، حيث لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، يدعو من خلالها مقدم العرض الطرف الآخر للدخول معه في مرحلة مناقشات ومفاوضات، قد تنتهي إلى صياغة عرض محدد يعتبر إيجابا، أو قد لا تنتهي إلى هذه النتيجة.

أما المسائل التفصيلية فلا يشترط أن يتضمنها العرض، ويلزم مع ذلك ألا يقوم بشأنها خلاف[751]. فإذا كان هذا عن مفهوم الإيجاب التقليدي، فما المقصود بالإيجاب المعبر عنه إلكترونيا أو كما اصطلح عليه المشرع المغربي بالعرض؟. فهل العروض التي نتوصل بها بطريقة إلكترونية إيجاب؟، أم إعلان؟، أم مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض؟، وما الحد الفاصل بينها؟.

يمكن القول، بأنه تنتج عن المرحلة قبل التعاقدية صور للتعبير عن الإرادة، منها ما يعتبر دعوة إلى التفاوض، ومنها ما يعتبر إيجابا تاما ينعقد به العقد بمجرد قبوله، أي أن الدعوة إلى التفاوض والإيجاب كليهما تعبير عن الإرادة[752].

فالإيجاب كما مر معنا في تعريفه، يجب أن يكون واضحا وباتا، وهو بهذا المعنى يختلف عن العرض، وعن مجرد الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض، وعن الإعلان أيضا. فإذا كان العرض غير محدد وغير واضح ولا يتضمن الأركان والشروط والخاصيات الأساسية للسلع أو الخدمات، فلا يعتبر سوى دعوة إلى التعاقد. مثلما يعتبر كذلك أيضا، إذا ما تبين عدم جدية صاحبه في الالتزام به، إذا ما وَجد قبولا مطابق له[753].

فالدعوة إلى التعاقد، هي العرض الذي يتقدم به أحد الأشخاص من أجل إبرام عقد، دون أن يحدد فيه العناصر والشروط اللازمة لذلك. وقد يتحول صاحب العرض إلى قابل بعد أن كان هو أول من قدم العرض، بعكس الإيجاب الذي هو إفصاح بات ونهائي عن الإرادة في التعاقد، في حالة تَضمن الإيجاب لكل العناصر الأساسية لإبرام العقد.

وتعد التفرقة بين الدعوة إلى التعاقد أو التفاوض وبين الإيجاب، مسألة تتصل بنية المتعاقدين، وبالتالي فأمر تقديرها يرجع لقاضي الموضوع من خلال عبارات الإيجاب وظروف الدعوى.

---

[751] عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر: الأحكام - الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص. 36.

[752] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 257.

[753] أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 30، ع. 1، عمان، 2003، ص. 242.

ويرجئ بعض الفقه[754]، الفرق بين كل من الإيجاب والدعوة إلى التفاوض أو التعاقد، إلى وظيفة كل منهما. فوظيفة الدعوة إلى التفاوض أو التعاقد مجرد إعلان من صاحبها عن رغبته في التعاقد[755]، بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة. بينما يهدف الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم، قابل للتحول إلى عقد متكامل الأركان، بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله؛ وكذلك إذا كان التعبير الصادر من طرف إلى آخر، مجرد دعوة إلى التفاوض لا تتوافر فيها مقومات الإيجاب استجابة لهذه الدعوة، لا تمثل قبولا ينعقد به العقد، وإنما تمثل قبولا للتفاوض عليه.

فلكي يعد العرض إيجابا، لا بد أن يخرج من دائرة الدعوة إلى التفاوض ليدخل في إطار الإيجاب، وبهذا فقط، يتميز الإيجاب عن الدعوة إلى التفاوض في أن الإيجاب يفيد الجزم بنية صاحبه في إبرام العقد، بينما في الدعوة إلى التفاوض فهو مجرد عرض يتضمن فقط التعبير الأولي عن الإرادة في إجراء مفاوضات، بغية إبرام عقد إذا ما تم الاتفاق.

وأكثر من ذلك، ومن باب الضبط الاصطلاحي القانوني والمفاهيمي، يفرق بعض من الفقه[756] حتى بين الدعوة إلى التفاوض والدعوة إلى التعاقد، حيث لا يعتبرهما مصطلحين متماثلين بل مختلفين، ولكل منهما مفهومه الخاص وهدفه المستقل. ففي الدعوة إلى التفاوض، تتجه إرادة صاحبها إلى الدخول في مفاوضات تمهيدية لمناقشة شروط العقد، بينما في الدعوة إلى التعاقد لا تتجه إرادة صاحبها إلى التفاوض على العقد نهائيا، ولكنه يهدف إلى دعوة الناس فحسب إلى التعاقد معه في الحال دون تفاوض.

واعتبر بعض من الفقه المغربي[757]، أن مجرد دعوة صاحب المتجر الافتراضي الناس إلى شراء سلعته بواسطة الويب أو عرض بضاعته على موقعه التجاري، لا يعد في حد ذاته إيجابا وإنما دعوة إلى التفاوض على العقد المزمع إبرامه.

وغني عن البيان، أن العروض الإلكترونية - أيا كانت الوسيلة المستعملة للإفصاح عنها، سواء بالبريد الإلكتروني أو عبر مواقع الإنترنت، أو حتى عبر الأجهزة المبرمجة (المؤتمتة) - إذا ما تضمنت ما يوحي إلى عدم الإلتزام الفوري بهذه العروض -بمجرد موافقة الطرف الآخر- أو أن العرض ليس إيجابا، أو استخدمت في العرض عبارات من مثل: "دون التزام" أو "بعد التأكيد، أو "حتى نفاذ المخزون"، أو أي عبارة أخرى توحي إلى هذا المعنى، فإن ذلك يسحب عن العرض صفة الإيجاب ولا يكون إلا دعوة إلى من توجه إليه لتقديم الإيجاب بدوره؛ مما يعني إمكانية عدم إبرام العقد أو الإلتزام بالعروض المقدمة من قبل صاحبها[758].

---

[754] رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، 2000، ص. 89 وما بعدها، أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 257. انظر أيضا: محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 138.

[755] فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 82.

[756] خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 258.

[757] المختار بن أحمد عطار، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010، ص. 18.

[758] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 197.

بذلك يجب أن يكون العرض موجها إلى شخص محدد أو مجموعة من الأشخاص، أو إلى العالم الطليق عبر شبكة الإنترنيت. ومقدم العرض ليس دائما هو البائع بل قد يصدر هو نفسه إيجابا ويقابله المشتري بعرض مقابل، فيدخل تعديلات على إيجاب البائع أو يدخلان في مفاوضات، ليصبح المشتري هو الموجب ويتحول مقدم العرض إلى قابل.

فإذا ما انتهت المفاوضات بنجاح بين الطرفين وتم التوصل إلى اتفاق محدد بينهما، وجب أن يتم تحديد من هو "الموجب أو مقدم العرض"، ومن هو "القابل"، لتحديد زمان ومكان إبرام العقد[759].

إذن، مسألة عرض المنتجات فيها خلاف فقهي كبير، فهناك من يرى بأن عرض المنتجات على مواقع الويب مجرد دعوة إلى التعاقد أو دعوة إلى التفاوض، وإن ذكرت أسعارها وحددت مواصفاتها. فضغط الشخص بالفأرة على أيقونة "القبول" أو "الموافقة" على المنتج المعروض على صفحة الويب، يعد من وجهة نظر هذا الاتجاه، إيجابا موجها منه إلى صاحب الموقع يجوز لهذا الأخير قبوله، كما له حق رفضه[760].

وعليه، هذه العروض لا تشكل إيجابا يعتد به في التعاقد، إذ لا يكفي عرض البضائع أو أوصافها للتعبير عن الرغبة المكونة للإيجاب بشروطه القانونية، وإنما يجب أن تتوافر في هذا العرض كل العناصر التي تبين الرغبة الباتة لدى الموجب في التعاقد وإبرام العقد بمجرد قبول العرض[761].

اتجاه آخر في الفقه، رفض اعتبار كل العروض المتوفرة على صفحة الويب إيجابا دائما، أو أنها تشكل دعوة إلى التعاقد في كافة الأحوال. فهذه العروض - وفق هذا الاتجاه - غير قادرة على تكوين الإيجاب بحد ذاتها. لكن، متى ما توفرت لها مقومات وشروط الإيجاب، وأظهر مالك الموقع الإلكتروني بأنه سيلتزم بهذا العقد فور صدور القبول المطابق لهذا العرض، فعرض المنتجات في هذه الحالة مع بيان أسعارها، يعتبر إيجابا[762].

ونؤيد هذا الإتجاه الأخير، إذ نرى أن أي عرض إلكتروني -وكيفما كانت الوسيلة الإلكترونية التي استعملت للتعبير عنه- إذا ما اتسم بالوضوح والجزم من طرف صاحبه، مع بيان الأسعار والمواصفات الإلزامية في البضاعة أو الخدمة، فلا يوجد ما يفرض اعتباره دعوة إلى التعاقد، بل يكون إيجابا ملزما لمقدمه.

---

[759] محمد سعيد أحمد إسماعيل، م.س.ص. 181.

[760] Marry Jr., E-contracts present courts with special legal Challenger, Purchasing, Vol. 129, Issue 3, 8/24/2000, p. 119-21, Data base EBSCO (1 Feb 2003); Edwards Lilian Waelde charlotte, Law and the internet, Regulating Cyberspace, Hart publishing, Oxford, U.K, 1997, p. 115.

أشار إلى هذا المرجع، محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 140، الهامش رقم (4).

[761] إدريس الحياني، مقال سابق، ص. 56.

[762] Hetcalfes Solicitors New service, Resolve, June 1999, contracting over the internet: www. Metcalfes.co.uk/news/resolve/Ro699/Internet.html (M.S.J, Dec. 2009).

كما أن اختيار السلعة أو الخدمة المعروضة على موقع على الشبكة، يؤدي إلى ظهور عقد نموذجي[763] يعرض مواصفات السلعة أو الخدمة مع أثمانها، وكذا شروط العقد مع مجموعة من الخانات الفارغة المخصصة للبيانات الشخصية للمتعاقد الآخر. ويعتبر هذا العقد النموذجي متضمنا لإيجاب بات، يتم قبوله من خلال إذعان المتعاقد الآخر لهذه الشروط وتسليمه بها[764].

وهناك من الفقه[765] من يعتبر أن العرض الموجه إلى الجمهور، لا يعد إيجابا وإنما دعوة إلى التعاقد. ويرى أنه قد يسلم المنتج أو العارض مئات بل آلاف الرسائل الإلكترونية بالموافقة على طلب الشراء، دون أن يكون لديه كل الكمية المطلوبة أو تكون لديه، ولكن بأسعار أكثر مما كانت عليه وقت الإعلان، نتيجة لازدياد الطلب على السلعة أو لارتفاع الأسعار[766].

لكن ما الفرق والحالة هذه، بين العرض، باعتباره دعوة إلى التعاقد أو للتفاوض في بعض الحالات، والإعلان[767] الذي نجده على العديد من الصفحات أو المواقع؟. وهل يعد الإعلان الإلكتروني عبر المواقع على الإنترنت، إيجابا باتا ينعقد بموجبه العقد إذا ما تلاقى مع قبول مطابق له؟، أم أنه لا يعدو أن يكون مجرد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض، قد تنتهي إلى صياغة إيجاب ينعقد بمقتضاه العقد إذا صادفه قبول، أو قد ينتهي الأمر بدون تحقيق أي نتيجة؟.

إن هذا النوع من التداخل، بين ما يعد من العروض على الانترنيت إيجابا، وما يعد منها مجرد دعوة إلى التفاوض أو إعلان، يعود بالأساس إلى أن شبكة الإنترنيت تصلح أن يتم من خلالها توجيه دعوة للتفاوض أو الإعلان فحسب إلى أشخاص عديدين، ثم إنها تتيح في الوقت نفسه إمكانية توجيه إيجاب بات واقترانه بالقبول وبالتالي إبرام العقد فورا[768]، بل وتتيح أحيانا تنفيذ العقد فورا وبذات الطريقة[769].

---

[763] العقد النموذجي، هو العقد الذي تضعه الشركات والأشخاص الذي يحتكرون خدمة أو سلعة معينة، أو يتعاملون مع مجموعة من الأشخاص، حيث تعمد هذه الأخيرة إلى وضع تنظيم فصل للقواعد والأحكام التي تنظم ذلك العقد، وما على الطرف الآخر سوى توقيع العقد وقبوله لإتمام التعاقد. وقد شكلت العقود النموذجية في الكثير من الأحيان عقود إذعان، وبالتالي فهي تقلل من دور إرادة المتعاقد. إذ لا يكون أمام الطرف الضعيف حظ في المفاوضة حول شروط وبنود العقد. وبالرجوع إلى الفصل 19 ق.ل.ع نجده قد حدد سلفا العناصر الأساسية للتعاقد. وبذلك العقد النموذجي ليس عقدا وفقا لمدلوله القانوني، وإنما مجرد نموذج أعد مسبقا من طرف شخص مهني يعرض على العموم ليكون شكلا للعقود المحتملة. انظر: العربي مياد، م.س.ص. 56 عبد الفتاح الزيتوني، م.س.ص. 58 وما بعدها.

[764] يرى اذ السنهوري، بأن عقود الإذعان تتميز دائما بوجود إيجاب بات يقبل أو يرفض كما هو، الوسيط، م.س.ص. 262.

[765] لزهر بن سعيد، م.س.ص. 68 و69 وانظر أيضا في ذات السياق، فريد منعم جبور حماية المستهلك عبر الإنترنيت (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2010، ص. 25 و26.

[766] لزهر بن سعيد، م.س.ص. 68.

[767] في أنواع الإعلانات على الإنترنيت، يمكن الإطلاع على:

Thibault Verbiset, Le nouveau droit du commerce électronique, Collection Droit des Technologies, L.G.D.J, 2005, p. 31 - 32.

[768] يقصد بالفورية: الوحدة الزمنية المناسبة للرد على الإيجاب بما في ذلك الوقت اللازم للتفكير فيه قبل الرد. لمزيد من التفاصيل راجع: مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 312.

[769] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 194و195.

يلاحظ أن ثمة فرقا بين العرض والإيجاب الإلكتروني من جهة، والإعلان الإلكتروني من جهة ثانية. فالإعلان كما يعرفه البعض، هو كل شكل من أشكال الاتصال، يتم في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني، يهدف للدعاية لتوريد أشياء أو خدمات[770].

كما يعرفه بعض آخر من الفقهن بأنه الوسائل التي يستخدمها التاجر، بقصد تكوين وتنمية العملاء[771]. ويصعب التمييز في الإعلانات عبر شبكة الإنترنيت، بين ما إذا كان هذا الإعلان إيجابا بالمعنى القانوني للكلمة، أم مجرد دعوة للتفاوض والتعاقد. ومثال ذلك، أن ينشر الراغب في التعامل في سلعة ينتجها أو يوزعها إعلانافي الإنترنيت، يبين فيه خصائصها وكيفية استعمالها وثمنها ويعلن عن استعداده لإرسالها إلى كل من يطلب شراءها بالشروط المعلنة[772].

فالعرض التمهيدي لا يعتبر إيجابا معبرا عن إرادة قاطعة لإبرام العقد، وإنما مجرد دعوة إلى مفاوضات يتخللها تبادل مراسلات ورسومات وتصاميم فنية، وإذا ما أسفرت المفاوضة عن تقارب وجهتي النظر بشأن هذه الناحية الفنية، بدأت مرحلة المفاوضة على الناحية القانونية أي شروط العقد، كتعيين الثمن، وكيفية أدائه، وميعاد التسليم، ومكان وجزاء التخلف عن التنفيذ، وكيفية تسوية المنازعات التي قد تنشأ عن العقد، وتعيين القانون الواجب التطبيق[773].

وقد يكون مصير المفاوضة الفشل؛ فيفشل المشروع برمته، وقد تنجح فيعقبها الطرف الذي بدأها بتعبير عن إرادته في إبرام العقد بالشروط التي تم الاتفاق التمهيدي عليها، فيعتبر ذلك من جانبه إيجابا يؤدي إلى انعقاد العقد إذا صادفه قبول من الجانب الآخر[774]، مما يثير أمامنا معيار التفرقة بين الإيجاب والتفاوض، من جهة، والتفرقة بين الإيجاب والإعلان الإلكتروني، من جهة ثانية.

بهذا الخصوص، نجد الفقه قد اختلف في وضع حد فاصل بين الإعلان والإيجاب. فاعتبر البعض أن الإعلان لا يعتبر إيجابا، بل مجرد دعوة إلى التعاقد، إذ أن الشخص المقصود بالإعلان أو الإيجاب غير محدد[775]، إذ في الإعلان عن السلعة أو الخدمة عبر الإنترنيت يعتد فيه بشخص المتعاقد، حتى ولو كان الإعلان يحتوي على كافة المسائل الجوهرية في التعاقد[776].

رأي آخر في الفقه، يعتبر أن الإعلان الموجه إلى الجمهور عبر تقنيات الاتصال عن بعد، يعتبر إيجابا موجها إلى الجمهور، إذا تضمن العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، كأن يتضمن تحديد السلعة أو الخدمة تحديدا تاما نافيا للجهالة وأن يحدد الثمن، وإذا لم يتضمن الإعلان ذلك فإنه يكون مجرد دعوة إلى التعاقد[777].

---

[770] محمود السيد عبد المعطي خيال، الإنترنت وبعض الجوانب القانونية، م.س.ص. 120، أشار إليه إلياس ناصيف، م.س.ص. 80.

[771] عبد الفضيل محمد أحمد، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1991، ص. 17.

[772] سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونية -دراسة قانونية مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، 2010، ص. 56.

[773] محسن شفيق، م.س.ص. 93.

[774] المرجع السابق، ص. 93.

[775] محمد شاهين الخطيب، التعبير عن الرضا في عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، مؤتمر عمليات البنوك بين النظرية والتطبيق، جامعة اليرموك، المملكة الأردنية الهاشمية، 22-24 كانون الأول 2002، أشار إليه إلياس ناصيف، م.س.ص. 80.

[776] انظر في هذا المعنى: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 202 و203.

[777] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، م.س.ص. 289.

على أنه في بعض الحالات، تكون صياغة الإعلان عن السلعة دالة على أنها مجرد دعوة للدخول في مفاوضات أو دعوة للتعاقد، وذلك بأن يستخدم الموجب (البائع)، بعض العبارات مثل "دون التزام" أو "بعد التأكيد"، وعندئذ إجابة مستعمل الشبكة تجعل منه هو الموجب، وتكون الرسالة الإلكترونية التي يرسلها من قدم العرض أولا (البائع) بعد ذلك هي القبول الذي ينعقد به العقد[778].

وقد تتفق الأطراف فيما بينها، على أن الرسالة لا يكون لها أثر إلا إذا عززت برسالة أخرى، في هذه الحالة يكون الأثر القانوني لرسالة الإيجاب مجرد دعوة إلى التعاقد، تفقد كل قيمة قانونية لها إذا لم تعززها رسالة أخرى خلال زمن معين يتفق عليه.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع الأردني اعتبر أن الإعلان بشكل عام إيجابا، إلا إذا ثار الشك في ذلك. وقد جاء في المادة 2/94 من القانون المدني الأردني، بأن "النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر متعلق بعرض[779] أو بطلبات موجهة للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض". بعبارة أخرى، إذا لم يتصف الإعلان بوصف الإيجاب، وأثار الشك في كونه إيجاب أم لا، فيجب اعتباره دعوة إلى التعاقد.

ويرى بعض الفقه، أنه بمفهوم المخالفة لهذا النص، إذا ما توافرت في الإعلان خصائص السلعة أو الخدمة المعلن عنها وكان الإعلان واضحا بما فيه الكفاية ويدل على أن المعلن سيلتزم بهذا الإعلان، ينقلب إلى إيجاب صحيح وبات.

ويعتبر الإعلان كذلك، إذا أعطى للطرف الآخر الحق، في إرسال قبوله عبر شبكة الإنترنت على هذا الإعلان[780]. واعتبر هذا الموقف في الفقه، أن الاقتراحات المقدمة عبر الإنترنيت يمكن لها أن تشكل إيجابا بالمعنى المقصود، متى جاء في هذا الاقتراح تحديدا للسعر أو المواصفات التي تحدد معالم السلعة أو الخدمة المنوي التعاقد عليها[781].

كما يعتبر المشرع المدني الكويتي من قبيل الإيجاب، ما ورد النص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 40، التي نصت على أن "النشر والإعلان وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجاري التعامل بها، وكل بيان آخر يتعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو لأفراد معينين فلا يعتبر متضمنا إيجابا، ما لم يظهر العكس من ظروف الحال". ونستشف من هذا النص، أن إرسال الأسعار الجارية والكتالوجات والتعريفات وكذلك النشرات التي تحتوي على الأسعار، لا تعتبر إيجابا بل مجرد دعوة إلى عمل إيجاب، فهذه الطرق الإعلانية ليست من الدقة بمكان للتعبير إيجابا[782].

---

[778] أسامة أبو الحسن مجاهد، م.س.ص. 73.

[779] نصت المادة 94-1 من القانون المدني الأردني على أنه: "1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجابا".

[780] فاروق الأباصيري، م.س.ص. 35.

[781] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 279.

[782] محمد السعيد رشدي، م.س.ص. 69.

المشرع العراقي أيضا، نص بموجب المادة 80 من القانون المدني العراقي على أنه "1- يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها إيجابا؛ 2- أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجاري التعامل بها وكل بيان آخر يتعلق بعروض وطلبات موجه للجمهور أو للأفراد فلا يعتبر عند الشك إيجابا وإنما يكون دعوة إلى التفاوض"[783].

وإزاء خلو التشريعات من وضع معيار بموجبه يمكن تمييز الإيجاب عما قد يتشابه معه، يبدو أن المعيار الذي حددته المادة 9 من مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن التعاقد الإلكتروني معقولا، إذ جاء فيها: "يعتبر أي اقتراح لإبرام عقد يقدم بواسطة رسالة بيانات واحدة أو أكثر ولا يكون موجها إلى شخص معين أو أشخاص معينين، بل لكل الأطراف الذين يستخدمون نظم المعلومات، بما في ذلك الاقتراحات التي تستخدم تطبيقات تفاعلية لتقديم طلبيات من خلال نظام معلومات من ذلك القبيل، مجرد دعوة إلى تقديم عروض، ما لم يدل صراحة على أن مقدم الاقتراح ينوي الالتزام به في حال قبوله"[784].

مما يعني أن العروض المقدمة عبر صفحات ومواقع الإنترنت، ما هي إلا دعوة إلى التعاقد. ويستثنى من هذا الأصل، حالة اتجاه قصد مقدم العروض إلى اعتبارها إيجابا. وهذا يعني أيضا -وفق مفهوم المخالفة- أن العروض المقدمة عبر الشبكة، إذا كانت موجهة إلى شخص معين أو أشخاص معينين تعد إيجابا، إلا إذا اتجه القصد إلى اعتبارها مجرد دعوة إلى التعاقد.

لكن، كيف يمكن التحقق من قصد صاحب العرض أو الإعلان؟. هنا نجد الجواب في الفقرة الثانية من المادة 9 من مشروع اتفاقية الأونسيترال، التي نصت على أنه "في تعيين قصد طرف الالتزام في حالة القبول يولى الاعتبار الواجب لجميع الظروف المتصلة بالحالة، ويفترض في عرض سلع أو خدمات عن طريق نظم حاسوبية مؤتمتة، تسمح بانعقاد العقد أوتوماتيكيا وبدون تدخل بشري أنه يبين قصد مقدم العرض إلى الالتزام في حالة قبوله، ما لم يبين العرض خلاف ذلك".

ولذلك، فإن اعتبار الإعلان الإلكتروني الموجه للعامة عبر شبكة الإنترنت، مجرد دعوة إلى التعاقد، من شأنه أن يمكن العارض من رفض الطلبات الزائدة عن إمكانياته، لعدم توافر كميات كبيرة من المنتج أو الخدمة، أو بسبب تذبذب الأسعار صعودا أو هبوطا.

فمن الخطورة بمكان، اعتبار العرض الموجه إلى الجمهور إيجابا إذ من شأن ذلك أن يعرضه لخسارة كبيرة، سواء من ناحية التزامه بالتعويض أو لتقديمه بضاعة بأسعار غير مناسبة[785]. لذلك نجد في الكثير من العروض على الانترنيت، عبارات تفيد التقيد في حدود المخزون مثلا، فمثل هذه التحفظات تخرج الاقتراحات الواردة خلالها من دائرة الإيجاب إلى فئة الدعوة إلى التفاوض[786].

---

[783] أشار إلى هذا النص هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 194.

[784] لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفريق العامل الرابع (المعني بالتجارة الالكترونية - الدورة الثانية والأربعون 17 -21 نوفمبر 2003- فيينا A/CN.9/WG.IV/WP.108، ويمكن الاطلاع على مشروع هذه الاتفاقية على الرابط التالي:
http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V03/907/64/PDF/V0390764.pdf?OpenElement
(M.S.J, Dec. 2009).

[785] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 265.

[786] Wassim Harb, Op.cit. p. 98.

ومع ذلك، يذهب البعض من الفقه[787]، إلى أن التفرقة بين الإيجاب والإعلان والعرض، يمكن قبولها بالنسبة للعقود التي تبرم بالوسائل التقليدية. أما في حالة التعاقد عبر الإنترنيت فيصعب التفرقة بين الإيجاب والإعلان، وخاصة إذا تضمن الإعلان العناصر الضرورية للعقد.

لكن من وجهة نظري، للتفرقة أهميتها من حيث إن العرض والإيجاب لهما آثار قانونية تختلف عن تلك المترتبة في حالة الإعلان. فإذا كان الاقتراح المعبر عنه إلكترونيا لم يبين سعر السلعة، كأن لم يذكر السعر في هذا الاقتراح، أو ترك تحديد السعر ليكون موضوعا للتفاوض بين مقدم الاقتراح من جهة وبين الراغب في التعاقد من جهة أخرى، فإن هذا الاقتراح لا يعتبر إيجابا بل دعوة إلى التفاوض[788].

فآثار العرض والإيجاب، تفرض على الموجب عدم الرجوع في إيجابه خلال المدة المحددة صراحة أو ضمنا، بحيث إذا ما صادف العرض أو الإيجاب قبولا خلال تلك المدة، انعقد العقد. أما في الحالة التي لا ينتظر فيها الموجب قبولا، فإن ما يصدر منه يكون مجرد إعلان لا تترتب عليه الآثار القانونية التي تنشأ في حالة الإيجاب الحقيقي[789].

بقي أن نشير إلى مسألة غاية في الأهمية أيضا، -بالنسبة للإيجاب الموجه إلى الجمهور في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية- ويتعلق الأمر بطابع العالمية لشبكة الإنترنت. فقد تخرج العروض المقدمة عبرها عن حدود إمكانيات مقدم العرض، جغرافيا وكميا، بحيث إذا ما قُبلت من طرف أشخاص متواجدين جغرافيا في مناطق مختلفة من العالم، أو أن الكمية المتوفر عليها غير كافية، يكون العارض الموجب غير قادر على تلبيتها جميعها.

ولتلافي هذه الإشكالات، يفترض أن تتم صياغة العرض المقدم من قبل التاجر إلى الجمهور، بطريقة واضحة ودقيقة، حتى لا يعتبر إيجابا. بل وحتى في حالة اعتباره إيجابا من خلال القصد الصريح لمقدم العرض، فإنه بالإمكان تلافي هذه الإشكالات، بتحديد النطاق المكاني أو الجغرافي لهذا الإيجاب، بإقليم معين أو في بلد معين أو قارة معينة. وأحيانا، يكون التسليم مقيدا بدائرة جغرافية محددة، كأن يحدد في العرض سلفا، أن هذا العرض ليس صالحا إلا في الإقليم الإفريقي، أو لمجموعة دول الاتحاد الأوروبي فقط[790].

أما فيما يخص عدم كفاية مخزون صاحب العرض لتغطية كل الطلبيات، فإنه يفترض أن يكون العارض قد اتخذ كل الاحتياطات اللازمة ليبقى مخزونه متوفرا على الكمية الضرورية، وألا يحتفظ لنفسه بعدم الالتزام إلا في حدود كمية المخزون. وعليه أن يحدد في إعلانه، هذا التحفظ بكل دقة ووضوح، بحيث يكون المتعاقد الآخر على بينة من ذلك.

---

[787] راجع في هذا الموقف الفقهي، محمد سعد خليفة، م.س.ص. 52.

[788] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 280.

[789] محمد حسن رفاعي العطار، م.س.ص. 76.

[790] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، م.س.ص. 76.

وفي هذا السياق، نجد المادة 35 من التشريع التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية نصت على أنه "يتعين على البائع في صورة عدم توفر المنتج أو الخدمة المطلوبة إعلام المستهلك بذلك في أجل أقصاه 24 ساعة قبل تاريخ التسليم المنصوص عليه في العقد، وإرجاع كامل المبلغ المدفوع إلى صاحبه. وباستثناء حالات القوة القاهرة، يفسخ العقد إذا أخل البائع بالتزاماته، ويسترجع المستهلك المبلغ المدفوع، بقطع النظر عن جبر الضرر اللاحق به".

من خلال ما سبق لنا عرضه، يعتبر الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية، هو إظهار للإرادة المنفردة من جانب الشخص، تعبر عن رغبته في الدخول في علاقة تعاقدية مع الطرف الموجه إليه الإيجاب. وعليه تقديم عرضه بكل دقة ووضوح، مع تحديد السلعة أو الخدمة المعروضة، وكذا مواصفاتها وأثمنتها وطريقة تسليمها ومصاريف ذلك، وكذا الشروط الجوهرية في التعاقد.

وإذا ما تخلفت هذه المقتضيات، اعتبر العرض مجرد دعوة للتفاوض أو التعاقد، ولا ترقى الدعوة إلى مرتبة الإيجاب الإلكتروني، وإن توافرت في هذا العرض كل العناصر الجوهرية، فمن صدر منه العرض لا تتوافر فيه نية الارتباط القانوني؛ بهذا يمكننا القول، بأن التعبير عن الإرادة، هو مجرد دعوة من صاحب العرض بطريقة إلكترونية للتعاقد، ولا يمكنا القول بأنه إيجاب بات، إلا إذا ظهر من ظروف الحال أن إرادة المتعاقد ترمي إلى التعاقد الفعلي.

وتجدر الإشارة، إلى أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجابا خاصا[791] موجها إلى أشخاص محددين، وهو ما يتم في الغالب في عروض التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة المباشرة. وقد يكون إيجابا عاما موجها إلى كل زائري الموقع عبر صفحات الويب، كما في العروض على "الفيترينات"، والكاتالوجات الالكترونية، أو المزادات على الإنترنيت.

وتترتب عن هذه التفرقة نتائج وآثار قانونية مختلفة[792]، ففي الإيجاب العام الموجه إلى الجمهور لا تكون شخصية القابل ذات أهمية بالنسبة للموجب، ولا يرتبط بحيز جغرافي لذلك أي شخص يستطيع التقدم بالقبول. وعندما يحصل الارتباط، حينئذ فقط، ينتهي مفعول هذا الإيجاب بالنسبة للأشخاص الآخرين. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بهذا الخصوص، بأن الإيجاب العام يلزم الموجب تجاه أول قابل له بالشروط المبينة فيه، كما لو كان موجها إلى شخص محدد[793].

كما يجب أن نفرق بين العرض الإلكتروني الصادر من مواقع الويب التجارية، والعرض الصادر من المتاجر الافتراضية على أساس أن الدخول إلى المواقع التجارية يكون عادة مفتوحا للجمهور عامة. أما في المتاجر الافتراضية، فيقتصر الدخول إلى بعضها على العملاء الحاصلين على اشتراك خاص، وعادة ما يتم تزويدهم برقم سري أو شفرة سرية، للولوج إلى هذه المحلات؛ ولذلك هي غير متاحة للعامة.

---

[791] Lucile Archambault, Op.Cit. p. 10 - 12.

[792] يزيد أنيس نصير، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 3، س. 27، سبتمبر 2003، ص. 67.

[793] نقض مدني فرنسي، 3-28 يونيو 1998، المجموعة المدنية 3 رقم 507، ص. 389، أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم في التحكيم الإلكتروني، م.س.ص. 93، هامش رقم: 2.

ويترتب عن هذه التفرقة، أن الالتزام بالقواعد والإجراءات المنظمة للإعلان عن المنتجات والخدمات كمراعاة الدقة والأمانة في الإعلانات يقتصر على المواقع التجارية، أما المتاجر الافتراضية فلا تتقيد بالقواعد السابقة المتعلقة بالإعلان[794].

والراجح فقها[795]، أنه لا بد من تحليل كل إعلان أو دعاية عبر شبكة الإنترنيت على حدة، ومعرفة العناصر المكونة لها وأوصافها، وهل تتضمن جميع الالتزامات التعاقدية التي سيتم الالتزام بها. فإذا كانت كذلك، فإنها تشكل إيجابا تاما قابلا لأن يقترن به القبول[796]، وإلا اعتبرت من قبيل الدعاية أو الدعوة إلى التفاوض، ذلك أن مقترح العرض إلكترونيا وضع تحفظات، وهي تخرج الاقتراحات الواردة في العرض من دائرة الإيجاب، لتبقى مجرد عرض يصبو من خلاله العارض أو الدعوة إلى التفاوض[797].

ويرى بعض من الفقه، أن العروض على الانترنيت لا يمكن اعتبارها كالإيجاب التقليدي، ذلك أن التنافسية الكبيرة عبر هذه الشبكة، تدفع بالتجار وأصحاب المواقع إلى ابتكار كل ما هو جديد، لجعل عروضهم المقترحة تظهر بشكل مستمر ودائم، ويطلق هذا الموقف في الفقه على العرض تسمية "العرض الدائم على الخط"[798].

ومن ثم، فإنه بالنسبة لمن تبنى مصطلح "الإيجاب"، نجد أنه ميز بينه وبين مجرد الإعلان أو العرض من جانب المهني لمنتجاته عبر شبكة الإنترنيت أو بأية وسيلة إلكترونية أخرى يختارها. ولا يعد ذلك إيجابا وفق مفهومه القانوني، إذا ما تبين أنه قد علق ذلك الإعلان أو العرض على خطوة أخرى تدل على أنه قد حسم أمره بالنسبة للالتزام بالعقد، إذا صادف ذلك العرض قبول من جمهور المستهلكين. فمجرد الإعلان، يعطي للمستهلك معلومات عن خصائص السلعة أو الخدمة المقترحة وأوصافها ومشتملاتها، دون أن يقصد به التاجر إبرام العقد.

الفقرة الثانية: مواقف التشريعات المقارنة من العرض المعبر عنه إلكترونيا

الملاحظ أن التشريعات التي نظمت العقد المبرم في شكل إلكتروني أو بطريقة إلكترونية، لم تعرف الإيجاب أو العرض الإلكتروني، حيث اكتفت بالتطرق إلى مسألة وسيلة التعبير عن الإيجاب، ومدى جوازيتها وحجيتها، واختلفت من حيث أخذها بهذا المصطلح أو ذاك، بين من تبنى مصطلح "العرض" وبين من تبنى مصطلح "الإيجاب".

فعلى الصعيد الدولي، استعملت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لعام 1980، مصطلح "الإيجاب"، وعرفته بموجب المادة 14 بأنه:

---

[794] خالد ممدوح إبراهيم، م.س.ص. 93 و94. انظر أيضا، يحي يوسف فلاح حسن، م.س.ص. 50.

[795] أسامة مجاهد، التعاقد عبر الانترنيت، م.س.ص. 71 - 73؛ طوني عيسى، م.س.ص. 260 - 264؛ محمد الرومي، التعاقد عبر الإنترنيت، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص. 94 - 96.

[796] محمد العروصي، مقال سابق، ص. 16.

[797] Wassim Harb, Op.cit., p. 99.

[798] Lucile Archambault, "L'offre permanente en ligne", Op. Cit, p. 10

"1) أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه قصد الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول. ويكون العرض محددا بشكل كاف، إذا عينت فيه البضائع محل البيع، وتحددت كميتها وثمنها، صراحة أو ضمنا، أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب.

2) ولا يعتبر العرض الذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معينين، إلا دعوة للإيجاب، ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض، قد أبان بوضوح عن اتجاه إرادته إلى خلاف ذلك".

فبموجب المادة 14 من اتفاقية فيينا، الإيجاب هو مجرد عرض لإبرام عقد، وقد أحاطته الاتفاقية بشروط تميزه عن مجرد الدعوة إلى الدخول في المفاوضة. وهي: أن يكون العرض موجها إلى شخص أو أشخاص معينين.

أما العرض الموجه للكافة فيعتبر مجرد دعوة إلى عمل الإيجاب، إلا إذا كان هذا العرض يتضمن تعبيرا قاطعا عن إرادة صاحبه للتعاقد مع كل من يقبل العرض ويتقدم إليه لإبرام العقد، حيث يتحول العرض عندئذ من مرحلة المفاوضة إلى مرحلة العزم على التعاقد بالشروط التي أسفرت عنها المفاوضة، كما تشترط الاتفاقية في العرض أن يكون محددا بشكل كاف بالتعيين الدقيق للبضاعة صراحة أو ضمنا. وما يلفت النظر في المادة السالف ذكرها، أنها تجيز تحديد الكمية والثمن بصورة ضمنية[799].

ووفقا للمادة 11/1 من القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال) الصادر سنة 1996، فإنه "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". كما تناول القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية في المادة 14/3، المسألة بنصها على أنه "إذا كان المنشئ قد ذكر أن رسالة البيانات مشروطة بتلقي ذلك الإقرار بالاستلام، تعامل رسالة البيانات وكأنها لم ترسل أصلا إلى حين ورود الإقرار"[800].

وعرفت المادة 1388 من قانون العقود الكندي الإيجاب بأنه "الاقتراح الذي يحتوي على كل العناصر الأساسية للعقد المقترح والذي يظهر إرادة صاحبه بالتعاقد في حال القبول"[801]. أما القانون الأمريكي فتطرق للمسألة أيضا، حينما ذهب إلى أن "عرض المواقع على صفحات الإنترنت للبيع عبر الخط والتي تعرض منتجاتها من خلال كتالوج يبين إجراءات الطلب والتسليم الموجه إلى المشترين المحتملين، فهذا يعد نموذج طلب يُلزم أطراف التعاقد، شرط أن تَقْبل ببنود العقد الخاصة بالبائع"[802].

فإذا كان المصطلح المتبنى على صعيد الاتفاقيات والقوانين الدولية هو "العرض"، نجد أن التشريعات العربية - باستثناء القانون المغربي - تبنت المصطلح المتعارف عليه كركن من أركان العقود عموما، ألا وهو "الإيجاب".

---

[799] للمزيد من التفاصيل، أنظر: طالب حسن موسى، م.س.ص. 109- 110؛ محسن شفيق، م.س.ص. 93- 94.

[800] يقابل هذه المادة: م. 16 فق.4 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني؛ و م. 16 فق. 3 من القانون الإماراتي للمعاملات والتجارة الإلكترونية.

[801] Wassim Harb,Op. Cit. p. 98.

[802] أشارت إليه إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 109.

وهكذا، وفيما يتعلق بقانون المعاملات الإلكتروني لدولة الإمارات العربية المتحدة، نجد أن التعبير عن الإرادة يجوز بواسطة المراسلة الإلكترونية، حيث نصت المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 2 لسنة 2002، على أنه "1- لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية. 2- لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر".

كما نصت المادة 15 فقرة (أ) من القانون اليمني رقم 40 لسنة 2006، بشأن أنظمة الدفع والعمليات المالية والمصرفية الإلكترونية على أنه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".

أما قانون المعاملات الإلكترونية السوداني لسنة 2007، نص بموجب الفصل 2-4 (أ) منه، على أنه "تكون العقود الإلكترونية صحيحة ونافذة عند ارتباط الإيجاب بالقبول عبر رسالة البيانات التي يتبادل فيها المتعاقدان التعبير عن إرادتين متطابقتين على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب على كل منهما بما وجب عليه للآخر".

كما اعتبر المشرع السوداني، بموجب الفصل 2 الفقرة 5، أنه "ما لم يتفق طرفا العقد على غير ذلك، يعتبر الإيجاب: (أ) قد صدر عبر رسالة البيانات عند إرسالها أو إدخالها في نظام معلومات لا تخضع لسيطرة منشئ الرسالة أومن ينوب عنه. (ب) قد استلم بواسطة المرسل إليه عند دخول رسالة البيانات نظام معلومات سبق واتفق بين طرفي العقد على استخدامه أو دخل نظام معلومات للمرسل إليه".

فوفق هذا النص، يمكن التعبير عن الإيجاب بواسطة إرسال رسالة بيانات، مثلما يعتبر إيجابا رسالة البيانات التي تم إدخالها في نظام معلومات لا تخضع لسيطرة منشئ الرسالة أو من ينوب عنه، ويكون الإيجاب مستلما من طرف المرسل إليه عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات سبق واتفق طرفا العقد على استخدامه. ويعتبر الإيجاب متوصلا به، إذا دخل نظام معلومات المرسل إليه.

أما نظام التعاملات الإلكترونية السعودي، فلم يتطرق إلى مسألة الإيجاب والقبول بدقة كبيرة. فالمادة 10 (بند 1)، لا تتطرق سوى لجوازية استعمال الوسيلة الإلكترونية في التعاقد، دون أن يبحث المشرع السعودي في مسألة الإيجاب والقبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية. بل أنه بموجب المادة 11 (بند 1)، أجاز "أن يتم التعاقد من خلال منظومات بيانات إلكترونية آلية أو مباشرة بين منظومتي بيانات إلكترونية أو أكثر معدة ومبرمجة مسبقا للقيام بمثل هذه المهمات بوصفها ممثلة عن طرفي العقد. ويكون التعاقد صحيحا ونافذا ومنتجا لآثاره النظامية على الرغم من عدم التدخل المباشر لأي شخص ذي صفة طبيعية في عملية إبرام العقد".

و"يجوز أن يتم التعاقد بين منظومة بيانات إلكترونية آلية وشخص ذي صفة طبيعية، إذا كان يعلم- أو من المفترض أنه يعلم- أنه يتعامل مع منظومة آلية ستتولى مهمة إبرام العقد أو تنفيذه" (المادة 11، بند 2). فهذه المادة، جوزت التعاقد بين نظامين معلوماتيين معدين ومبرمجين مسبقا لهذه العملية. واعتبرت التعاقد بين النظامين صحيحا ونافذا ومنتجا لآثاره النظامية، رغم عدم التدخل المباشر لشخص ذي صفة طبيعية.

هنا نتساءل، من الطرف الموجب؟ ومن الطرف القابل؟. وهل العقد المبرم بين نظامي معلومات (برنامجي حاسوب)، فيها نوع من التجاوز للمبادئ القانونية في العقود، حيث لا وجود مادي للأشخاص الطبيعية في هذه العملية؟، ومتى ينعقد العقد وفق هذه الطريقة في التعاقد إلكترونيا؟، وهل هناك تطابق فعلي للقبول مع الإيجاب أو العرض الإلكتروني؟ أم أن التطابق هنا يفترض، بحكم انعقاد العقدين بين برنامجي حاسوب، وظيفتهما الأساسية هي إبرام العقد؛ مما يعني أن البرنامجين يمثلان طرفي العقد وما عليهما سوى القبول وتنفيذ العقد الذي أبرمه البرنامجان.

لكن، ما مدى القوة الملزمة لهذا العقد بالنسبة لمالكي البرنامجين؟. وهل هما ملزمان بتنفيذ ما اتفق عليه البرنامجان؟. وماذا عن حالات الخطإ بين البرنامجين؟. إشكاليات عديدة سيقف القضاء حائرا بخصوصها، حينما سيعرض عليه نزاع موضوعه عقد مبرم بطريقة إلكترونية.

وإذا لا نجد في التشريع المغربي حلولا لمثل هذه الإشكاليات، فإن تشريعات عربية أخرى تطرقت إلى المسألة، كالتشريع السعودي الذي نظم الحالة التي يكون فيها أحد العاقدين شخصا طبيعيا والطرف الآخر برنامج حاسوب. وميز المشرع السعودي بين حالتين:

الأولى وهي: إذا لم يكن يعلم المتعاقد (الشخص الطبيعي) أنه يبرم عقدا مع برنامج حاسوب[803]. أما **الثانية** وهي: إذا كان يعلم المتعاقد (الشخص الطبيعي) أنه يبرم عقدا مع برنامج حاسوب، أو يفترض أنه يعلم أنه يتعاقد مع منظومة آلية. ففي الحالة الأولى، حيث لا يعلم المتعاقد بأنه يبرم عقدا أو لم يكن بإمكانه معرفة ذلك، فلا يجوز أن يتم هذا التعاقد لانعدام العلم في جانب المتعاقد أي الشخص الطبيعي. على أنه في الحالة الثانية، يجوز انعقاد هذا العقد، لتوافر علم المتعاقد.

على أننا نتساءل في ظل إجازة إبرام العقد بين برنامجي حاسوب من جهة، وبين هذا الأخير وشخص طبيعي من جهة أخرى- عن دور الإرادة لدى الشخصين الطبيعيين الممثلين لبرنامجي الحاسوب. مما يقتضي منا التكييف القانوني للتعبير الصادر عن أحد الحاسوبين، على أنه "إيجاب أو عرض"، وتكييف تعبير البرنامج الثاني على أنه "قبول".

فإذا كان أحد البرنامجين قد قدم دعوة إلى التعاقد، فإن التعبير من البرنامج الآمر والحالة هذه، هو الذي يعد حينئذ إيجابا. فتلاقيهما، لا يرتب على هذا الأساس إبرام العقد، بل إن الأمر يتطلب صدور قبول من البرنامج الآخر، حتى يمكن القول بذلك. وهذا يعني أن المشرع السعودي لم يتناول فكرة التعبير عن الإرادة والإعلان عنها.

لكن، إذا كان التعبير عن الإرادة يتم بالألفاظ المفيدة للرغبة في التعاقد، فإنه في حالة العقد المبرم بين برنامجي حاسوب لا تتجلى هذه الإرادة، فهل يعد هذا عقدا إلكترونيا مؤتمتا؟. وماذا عن العقود التي تحتاج إلى مفاوضات سابقة عن التعاقد، هل البرامج الحاسوبية كفيلة بالتفاوض فيما بينها للوصول إلى أنسب بنود للتعاقد ولما فيه مصلحة الطرفين؟. وإذا كان الأمر كذلك، فهل نعتبر أن الإرادة هنا تُنسب للبرنامجين اللذين أبرما العقد ومثلا أصحابها كوكيلين إلكترونيين عنهما؟.

---

[803] عبر عنها المشرع السعودي بالمنظومة الآلية.

على هذا المنحى، ليس هناك إيجاب أو عرض ولا إرادة تعبر عن قبول هذا الإيجاب، فهل يمكننا أن نصنف هذه العقود في زمرة العقود الرضائية؟، أم ضمن عقود الإذعان؟. وأين يا ترى تتجلى مبادئ الرضائية في هذه العقود المبرمة بطريقة إلكترونية بين برنامجي حاسوب؟. وهل يفترض رضا الأطراف الطبيعية المالكة للبرنامجين على كل ما ستقدم عليه هذه البرامج من تعاملات وتعاقدات؟. وكيف يمكن تحديد البرنامج الموجب والبرنامج الذي يستجيب للعرض أو للإيجاب (البرنامج القابل)؟، وكيف يا ترى، يتم التعرف على قبول البرنامج الآخر؟.

فإذا كان رضا الطرفين في العقود العادية - بل وحتى في تلك العقود المبرمة بين أشخاص طبيعية لكن بطريقة إلكترونية - يفترض وجود إيجاب (عرض) وقبول مطابق للإيجاب أو العرض، فإنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية بين برنامجي حاسوب لا نقف على وجود رضا الطرفين، إذ هما هنا برنامجان للحاسوب. فهل نعتبر أن للبرنامج إرادة يعبر عنها بالقبول؟، وإذا كان الأمر كذلك فماذا عن إرادة مالكي البرنامجين؟، وأين تتجلى إرادة كل واحد منهما؟ وهل هي صريحة أم ضمنية؟، أم مفترضة على اعتبار أن الأمر يتعلق بتعبير إلكتروني- آلي عن الإرادة؟.

وإذا ما حدث خلل في أحد البرنامجين، من سيتحمل مسؤولية ذلك؟. وهل من المفروض أن البرنامج الآخر يعلم بالخلل الإلكتروني الذي أصاب البرنامج الموجب أو من قدم العرض بطريقة إلكترونية؟، أو كان بمقدوره أن يعلم بذلك وما كان عليه إصدار قبوله؟. جملة أسئلة تتبادر إلى الذهن، ولعل التطبيق العملي وأعمال القضاء، هي التي ستظهر لنا مدى الصعوبات والإشكالات التي يمكن أن تطرح في هذا النوع الخاص من العقود المبرمة عن بعد وبطريقة إلكترونية.

المشرع الأردني - من جهته - استعمل مصطلح "الإيجاب" وليس العرض، ونص في المادة 91/1 من القانون المدني الأردني، على أن "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد، وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول". ورغم أن هذا التعريف قاصر وغير دقيق، لأنه يقصر التعبير عن الإيجاب على اللفظ دون الوسائل الأخرى للتعبير عن الإرادة، مما يتناقض مع نص المادة 93 من نفس القانون والتي اعتبرت بأن التعبير عن الإرادة لا يكون باللفظ فقط إنما قد يتم بغيره من الوسائل، فقد ورد فيها "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة عرفا ولو من غير الأخرس، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على التراضي".

وقد أجاز قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، استخدام رسائل المعلومات في إبداء الإيجاب، حيث ورد في المادة 13 منه "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي"[804].

---

[804] يقابل هذه المادة، المادة 11/1 من قانون الانسترال للتجارة الإلكترونية، والمادة 13/1 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (2) لسنة 2002، وأيضا المادة 9/1 من مرسوم قانون المعاملات الإلكترونية البحريني لعام 2002، وأيضا المادة 8 من مشروع قانون التجارة الإلكترونية الكويتي.

أما القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، فنص في مادته الأولى على أنه "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفهومها القانوني، وصحتها، وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

كما نصت المادة 10 من القانون البحريني للتجارة الإلكترونية، على أنه "في سياق إبرام العقود يجوز التعبير كليا أو جزئيا عن الإيجاب والقبول، وكافة الأمور المتعلقة بإبرام العقد والعمل بموجبه، بما في ذلك أي تعديل أو عدول أو إبطال للإيجاب أو القبول عن طريق السجلات الإلكترونية، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك".

أما المشرع المغربي، فقد نص صراحة بموجب الفصل 2 من ق.ل.ع، على الأركان اللازمة لصحة الالتزامات الناشئة عن التعبير عن الإرادة. وقد حددها في الأركان التالية:

- الأهلية للالتزام.
- تعبير صحيح عن الإرادة يقع على العناصر الأساسية للالتزام.
- شيء محقق يصلح لأن يكون محلا للالتزام.
- سبب مشروع للالتزام.

كما اعتبر المشرع المغربي، بموجب الفصل 19 من ق.ل.ع، أن الاتفاق لا يتم إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى، التي يعتبرها الطرفان أساسية، كما فصل المشرع المغربي بموجب الفصول الموالية، في أمور أخرى خاصة بالعقد.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي نص بموجب الفصل 1-65 ق.ل.ع، على أنه "مع مراعاة أحكام هذا الباب تخضع صحة العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية لأحكام الباب الأول من هذا القسم". بمعنى أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية، كبقية العقود، تطبق بخصوصه نفس الأحكام العامة التي تسري على العقود عموما.

لكن المشرع المغربي، جاء باستثناء بمقتضى الفصل 2-65 ق.ل.ع، حيث نص على أنه "لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 من ق.ل.ع على هذا الباب"، واستثنى أحكام الإيجاب والقبول من أن تطبق على العقد المبرم بطريقة إلكترونية. فهل هذا يعني أن المشرع المغربي أخضع هذا العقد للقواعد العامة، وفي نفس الوقت، حدد له أحكاما خاصة، تتماشى وطبيعته الخاصة؟.

هذا، يجيب عنه الفرع الثاني من الباب الأول المكرر، المعنون بـ: "العرض"، ليحدد المشرع بعد ذلك في الفرع الثالث طريقة إبرام العقد بشكل إلكتروني، وفي الفرع الرابع، حدد أحكاما متفرقة خاصة بهذا العقد[805]. وتدفعنا هذه الخصوصية للإيجاب أو العرض -كما اصطلح عليه المشرع المغربي- إلى البحث في المسألة بتعمق شديد.

فبموجب التعديل الذي أتى به قانون تبادل المعطيات القانونية، بمقتضى الفصل 1-65 ق.ل.ع، تم الاحتفاظ ببعض الأحكام العامة لكي تسري أيضا على إبرام العقد في شكله الإلكتروني، ويتعلق الأمر بالفصول من 19 إلى 22 ق.ل.ع.

في حين، استثنيت من التطبيق مقتضيات الفصول من 23 إلى 30 وهي المتعلقة بالإيجاب وكذا الفصل 32 المتعلق بالبيع بالمزايدة العلنية، وأورد المشرع مكانها تحت عنوان "العرض- L'Offre" أحكاما خاصة بالإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية، وتحت عنوان: "إبرام عقد بشكل إلكتروني" أحكاما خاصة بالقبول[806].

ويرى بعض من الفقه المغربي، أن المشرع عمد في القانون رقم 05-53 إلى تجميد مفعول هذه النصوص التشريعية المتعلقة بالتعاقد الحاصل بين حاضرين أو غائبين، بسبب التداخل الحاصل بين أحكام هذه العقود التقليدية والعقد الحاصل بطريقة إلكترونية، واقتناعا من المشرع بالخصوصية التي تميز هذا النمط التعاقدي الجديد؛ لذلك بادر إلى تجميد العمل بالنصوص المشار إليها أعلاه واستبدالها بالقواعد والأحكام المنصوص عليها في القانون رقم 05-53[807].

ونشير في هذا السياق، إلى أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى الإيجاب في العقد المبرم بطريقة إلكترونية في مفهومه القانوني، بل اصطلح عليه بالعرض "L'Offre"[808]، خلافا للتشريعات العربية التي تبنت نفس المصطلح المتعارف عليه قانونا: وهو "الإيجاب". ولم يعرف المشرع المغربي المقصود بالعرض، بل نص فقط على حالاته وذلك بموجب الفصل 3-65 ق.ل.ع، حيث حددها في الحالات الثلاث الآتية:

---

[805] يلاحظ أن المشرع المغربي عنون الباب الأول المكرر الذي أضاف بموجبه أحكام هذا العقد ب"العقد المبرم بشكل إلكتروني أو الموجه بطريقة إلكترونية"، ليستعمل فقط عبارة "عقد في شكل إلكتروني" كعنوان للفرع الثالث. وتلاحظ هنا، عدم دقة المصطلحات التي استعملها المشرع المغربي، ولهذا تأثير كبير، لما لدقة المصطلحات القانونية من أهمية في الفقه والقضاء. وحبذا لو أن المشرع المغربي تنبه إلى ذلك، فتبنى مصطلحا واحدا موحدا أو بوضع تمييز بين المعنى المقصود "بالعقد المبرم بشكل إلكتروني" وبين المقصود ب"العقد الموجه بطريقة إلكترونية". وما جدوى هذا التمييز، إذا كان المشرع يتبنى مصطلح "العقد المبرم بشكل إلكتروني" فيما بعد. كما نتساءل هنا، هل العقد الموجه بطريقة إلكترونية والحالة هذه لا تطبق بخصوصه نفس مقتضيات العقد المبرم بشكل إلكتروني؟، هل تطبق بخصوصه الأركان العامة للعقود؟، أم أن الأمر لا يعدو أن يكون خطأ مطبعيا؟.

[806] العربي جنان، التبادل الإلكتروني، م.س.ص. 12 و13.

[807] عبد القادر العرعاري، الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، ط. 2، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2009، ص. 57.

[808] يلاحظ أن المشرع المغربي استعمل مصطلح العرض أيضا في المادة 29 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

- **الحالة الأولى:** وهي حالة وضع الإيجاب في شكل عروض تعاقدية، أو معلومات تتعلق بسلع أو خدمات، رهن إشارة العموم، من أجل إبرام عقد من العقود.

- **الحالة الثانية:** وهي التي يطلب فيها شخص معين بالذات، معلومات من أجل إبرام عقد.

- **الحالة الثالثة:** وتتعلق بحالة توجيه معلومات أثناء تنفيذ عقد.

فوفق الحالة الأولى، يمكن استعمال كل الوسائل الإلكترونية المتاحة، من أجل تقديم العرض. وهذا الأخير يوجه إلى "العموم"، وليس إلى فئة محددة بعينها. أما في الحالتين الثانية والثالثة، فوسيلة العرض منحصرة في البريد الإلكتروني فقط، إذ الأمر يتعلق بشخص معين بالذات. ويشترط القانون في هذه الحالة، موافقة هذا الأخير على استعمال الوسيلة الإلكترونية المختارة في العرض.

وقد ترد الموافقة في نفس الطلب الذي يقدمه ذلك الشخص من أجل الحصول على المعلومات، مثلما قد ترد في مراسلة إلكترونية مستقلة. فإذا ما استعمل البريد الإلكتروني في تقديم طلب الحصول على المعلومات من أجل إبرام عقد بطريقة إلكترونية، هل يمكن اعتبار ذلك موافقة ضمنية على استعمال هذه الوسيلة؟.

يرى الأستاذ العربي جنان، بأن الجواب هنا بالنفي، لأن الموافقة هنا ستكون ضمنية والمشرع أرادها صريحة. فمجرد تقديم ذلك الطلب لا يمكن اعتباره عرضا ولا حتى دعوة للتعاقد، لأن موقف المشرع المغربي واضح، في أن الإستجابة لذلك الطلب بإرسال تلك المعلومات هو الذي يشكل عرضا.

وإذا كان الأمر كذلك، فإن الإشكال يطرح عند توجيه معلومات أثناء تنفيذ العقد، حيث تكون مرحلة العرض متجاوزة، ولا ندري سبب إقحام المشرع لهذا المقتضى ضمن أحكام العرض أو الإيجاب. كما أن مرسل العرض يعفى من الحصول على الموافقة الصريحة باستعمال البريد الإلكتروني، إذا كانت المعلومات موجهة إلى المهنيين والمحترفين ابتداء من الوقت الذي يدلي فيه هؤلاء بعنوانهم الإلكتروني، ويتم ذلك الإدلاء بنقل العنوان الإلكتروني على مطبوعاتهم وبطاقاتهم وفواتيرهم، ووسائل الإشهار التي يستعملونها وغيرها حيث يقوم ذلك الإدلاء مقام الموافقة منهم على استعمال البريد الإلكتروني في معاملاتهم وكافة مراسلاتهم.[809]

وإذا ما اشترط مرسل العرض إدراج المعلومات في استمارة، فإنه ملزم بأن يضعها رهن إشارة المطلوب منه تعبئتها إلكترونيا، وأن يضع في عرضه رهن إشارة عموم الناس كل شروطه التعاقدية، مع تمكين هؤلاء من استنساخها والاحتفاظ بها. ويظل ملتزما بعرضه طيلة المدة التي حددها له، وإن لم يحدد أي مدة، يبقى ملتزما بالعرض طالما ترك بفعله الولوج إليه متيسرا إلكترونيا (ف. 4-65 ق.ل.ع).

ويستفاد من هذا المقتضى الأخير، أن الموجب - أي صاحب العرض - إذا حذف عرضه من خط الشبكة وبقي الولوج إليه ممكنا على الرغم من ذلك، لسبب خارج عن إرادته، حدده المشرع في تدخل الغير، كما إذا بقي العرض في ذاكرة الخادم أو ذاكرة الحاسوب، أو إذا تمكن شخص من استرجاعه بمهارة تقنية، ثم أعيد بعد ذلك إطلاقه على الخط من جديد -ولا يهم هنا حسن النية أو سوءها- ففي مثل هذه الحالات يعفى صاحب العرض من مسؤولية الالتزام به.

---

[809] العربي جنان، التبادل الالكتروني، م.س.ص. 14.

وحينما حدد المشرع المغربي تدخل الغير في السبب الأجنبي وحده، فليس معناه استبعاده للقوة القاهرة والحدث الفجائي. وإنما على ما يبدو، فإنه لا مجال في التقنيات الحديثة لإعمال هذين الظرفين من الناحية العملية. هذا ولا يشترط أن يكون الغير الذي يتدخل على الشبكة معروفا، إذ الحالة الغالبة هي كونه مجهولا، ما عدا إذا ترك أثرا إلكترونيا على الشبكة، أو كانت ملابسات أو قرائن تدل على شخص معين بالذات حيث يمكن في هذه الحالة الوصول إليه، وهي حالة نادرة[810].

إذن، من خلال عرضنا لماهية العرض المعبر عنه إلكترونيا نجده يتميز عن الإيجاب في العقود التي تبرم بشكل مباشر بين أطرافها، وهذا راجع إلى خصوصية العقد والمتمثلة في إبرامه بطريقة إلكترونية يعبر من خلالها على الرغبة في التعاقد[811].

فالعروض المعبر عنها - بطريقة إلكترونية - وإن اختلف في تكييفها بين الإيجاب وبين الإعلان أو الدعوة إلى التعاقد أو الدعوة إلى التفاوض، فإنها تبقى منحصرة في هذا المعنى ولا ترقى إلى درجة الإيجاب الإلكتروني، إلا إذا ما توافرت فيها شروط محددة. فما هي يا ترى الصور والخصائص التي يتخذها الإيجاب أو العرض الإلكتروني؟. هذا ما سنتطرق إليه من خلال **المطلب الثاني**.

المطلب الثاني
خصائص وصور العرض المعبر عنه إلكترونيا

الأصل في العقود، الرضائية فلا تنعقد بمجرد تبادل المتعاقدان التعبير عن إرادتيهما، وهذا ما يطلق عليه الرضا الذي يمثل جوهر العقد بل أنه مناط وجوده. على أن التعبير عن وجود الرضا، يعني اتجاه الإرادتين إلى إحداث أثر قانوني.

وليتم ذلك، لا بد بادئا، من تعبير أولي عن إرادة من يرغب في التعاقد بخصوص بضاعة أو خدمة يطرحها في شكل عرض. لذا، للبحث في طبيعة الإيجاب أو العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية أهميته في دراستنا هذه. مما يلزمنا بالبحث في خصائصه **(الفقرة الأولى)**،ثم مختلف الصور التي يتم من خلالها التعبير عن العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الأولى: خصائص العرض أو الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية

يجب أن يكون العرض بوجه عام، جازما وباتا وواضحا ولا يشوبه أي غموض، وذلك حتى يترتب عن قبوله اعتباره إيجابا نهائيا؛ وبالتالي انعقاد العقد. ويتميز الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية ببعض الخصوصيات التي ترتبط بطبيعته بالأساس، وبكونه يتم عبر وسائل إلكترونية.

---

[810] المرجع السابق، ص. 15 و16.

[811] نزيه الصادق المهدي، انعقاد العقد الالكتروني، بحث سابق، ص. 221 و222.

فالعرض المقدم من خلال إحدى الوسائل الإلكترونية يتم عن بعد، مما يفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني[812]، ومنها: تزويد المستهلك بمعلومات حول شخصية العارض، وعنوانه الواقعي، وعنوانه الإلكتروني، ومركزه الرئيسي، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة، وأوصافها، وأثمانها، ووسائل الدفع أو السداد، وطريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وخدمة ما بعد البيع، ومدة الضمان[813].

من خصائص العرض الإلكتروني أيضا، أنه يعبر عنه من خلال وسائط إلكترونية تمكن من مراجعة العرض وشروطه والوقوف على مقتضياته. ويفترض فيه أنه يعبر بكل مصداقية على الشيء المعروض، من خلال وصفه بكل دقة ووضوح، مع تحديد الاسم، والنوع، والكمية، وأن يكون ذلك مقرونا بالصور والرسوم الممثلة للشيء محل العرض، ولا بد أيضا من تحديد صفات المنتج أو الخدمة محل العرض بدقة ووضوح.

ويجب أن يتضمن الإيجاب الإلكتروني إلى جانب ما ذكر، بيان الثمن، والعملة التي سيتم استعمالها في المعاملة، وبيان ما إذا كان الثمن يشتمل نفقات التسليم والرسوم الجمركية والضرائب. على أنه يشترط في الإيجاب الإلكتروني أن يحدد فيه العارض عنوانه بكل وضوح، مع بيان مفصل عن العنوان الذي يجب أن يتم الإيفاء فيه، وإن كان في غالبية العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية، يتم استيفاء الثمن باستخدام وسائل الأداء الإلكترونية كالنقود الإلكترونية، بطاقة الاعتماد، الخ[814].

ولأنه عرض يعبر عنه من خلال وسائط إلكترونية وشبكة دولية للاتصالات، فإنه عابر للحدود ولا يتقيد بالحدود السياسية والجغرافية للدول. وتبعا لذلك، فهو إيجاب وعرض إلكتروني دولي، نظرا لما تتسم به شبكة الإنترنت من الانفتاح والعالمية[815]. مما يكون معه من الواجب على الموجب أو العارض المهني، أن يحدد الدائرة الجغرافية لعرضه[816]، وأن العقد المراد إبرامه لا يخالف القانون المحلي ولا القانون الأجنبي الخاص بالطرف الآخر، وإن كان من حقه تحديد الرقعة الجغرافية لعرضه.

ولأن العرض الإلكتروني قد يكون موجها من مهني متخصص إلى مستهلك عادي، كان لا بد أن يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك والتي تفرض على المهني المتخصص، العديد من الالتزامات والواجبات تجاه المستهلك[817].

---

[812] المستهلك الالكتروني هو نفسه المستهلك في مجال المعاملات التعاقدية العادية، فقط يتعامل عبر وسائل إلكترونية ومن خلال شبكة الإنترنيت، وهذا يعني أن للمستهلك الإلكتروني نفس حقوق المستهلك العادي كما يتمتع بنفس الحماية، مع الأخذ بعين الاعتبار خصوصية العقد المبرم بطريقة إلكترونية. راجع خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، م.س.ص. 22 وما بعدها.

[813] أحمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، دروس لدبلومي القانون الخاص وقانون التجارة الدولية، بدون ناشر، 2001، ص. 139، أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم، م.س.ص. 97.

[814] سنتطرق إلى وسائل وطرق استيفاء الثمن في المعاملات الإلكترونية في حينه.

[815] خالد ممدوح إبراهيم، العقد الإلكتروني، م.س.ص. 253.

[816] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 197.

[817] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، م.س.ص. 42.

وإذا كان القانون لا يشترط في العقود المبرمة بالطرق العادية، أن يكون الإيجاب مكتوبا - لكن يستحسن ذلك، لأنه يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه، واسترجاعها عند الضرورة- فإنه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا يمكن إلا أن يكون فيه الإيجاب المعبر عنه إلكترونيا مكتوبا على اعتبار أنه عقد يبرم عن بعد وبواسطة إلكترونية كالرسائل الإلكترونية أو عبر المواقع الإلكترونية. ولا بد أن يحدد في الإيجاب الإلكتروني اللغة المستعملة في التخاطب، طالما أنه عقد يبرم عن بعد بين أشخاص قد ينتمون لبلدان مختلفة.

ويجب أن يخلو الإيجاب أو العرض المعبر عنهما إلكترونيا، من أي تحفظات من شأنها التأثير على إلزامية العرض، بشكل يمكن أن يظهر عدم جدية صاحب العرض في إبرام العقد في حالة قبوله، فقد يقترن القبول بشروط أو تحفظات صريحة أو ضمنية، فإذا جاءت هذه التحفظات واسعة، فلن نكون عندها أمام إيجاب، بل فقط أمام دعوة إلى التعاقد.

وكثيرة هي التحفظات التي قد تقترن بالعرض الإلكتروني، نذكر منها على سبيل المثال: احتفاظ صاحب العرض بحقه في تعديل شروط العرض أو حقه في تعديل الثمن النهائي. وقد يقترن العرض بتحفظات حول نطاقه الجغرافي، أو بتحفظ "حتى نفاذ المخزون"، أو باشتراط التعبير عن القبول بوسيلة معينة كرسائل البريد الإلكتروني. فهل تنفي مثل هذه التحفظات عن الإيجاب صفته؟.

من خلال المواقف الفقهية، نرصد اختلافها بهذا الخصوص بالتمييز بين نوعين من التحفظات[818]:

- تحفظات عامة، وفيها لا يحدد صاحب العرض بطريقة إلكترونية ماهية تحفظه أو دوافعه، كأن يحتفظ بحقه في تعديل العرض أو اختيار الطرف المتعاقد معه، بحيث قد يقبل التعاقد مع شخص ويرفض التعاقد مع غيره، دون إبداء سبب لذلك.

ومثل هذه التحفظات، تجعل العرض مجرد دعوة إلى التعاقد وليس إيجابا باتا، وما يصدر من استجابة من الطرف الثاني بقبوله الدعوة أو العرض، هو الإيجاب الحقيقي الذي لاقى قبولا من الطرف الأول، فيتم به انعقاد العقد بطريقة إلكترونية[819].

- وهناك تحفظات مشروطة، وفيها يكون التحفظ محددا بدقة. وفي هذه الحالة يكون العرض إيجابا مشروطا، ينتج أثره في حال تحقق الشرط المقترن به، كما في حالة العرض المقتصر على منطقة معينة، فالعرض هنا إيجاب بات بالنسبة لمن يقبل به داخل المنطقة المحددة في العرض.

---

[818] التحفظ: قيد يضعه الموجب يقيد بمقتضاه إرادته في التعاقد. وهو يتخذ إحدى صورتين: إما أن يقيد قرار التعاقد نفسه، مثل عرض إبرام عقد معين مع الاحتفاظ بحق رفض التعاقد مع الشخص الذي لا يروق له، أو قد يقيد التحفظ شروط التعاقد التي حددها الموجب، مثل عرض بيع بضاعة معينة بسعر محدد مع حرية تعديل الثمن فيما بعد. حسام الدين الأهواني، النظرية العامة للالتزام، م.س.ص. 84. أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم في العقد الإلكتروني، م.س.ص. 264، الهامش رقم 2.

[819] صليحة حاجي، الوفاء الرقمي عبر الإنترنيت: المظاهر القانونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين: الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2005-2006، ص. 23.

وعليه، التحفظ إذا كان عاما يمكن أن يحتج به في مواجهة الجميع. وكل تحفظ محدد بدقة، سيجعل من العرض إيجابا مشروطا، وسيحتج به في مواجهة البعض الذي لم يتحقق في قبولهم الشرط الوارد في الإيجاب الإلكتروني[820].

من خلال ما سبق، يشترط في العرض الإلكتروني ليكون إيجابا:

1) أن يكون موجها لشخص أو عدة أشخاص معينين؛

2) أن يكون محددا بشكل كاف سواء بالنسبة للكمية أو الثمن صراحة أو ضمنا؛

3) اتجاه إرادة الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول به[821]؛

4) أن يكون جازما وباتا ونهائيا، ويفصح بشكل واضح عن نية العارض ورغبته في التعاقد، إذا ما لاقى العرض قبولا؛

5) أن يكون واضحا وبدون أي ضغوط أو كل ما يمكن أن يشوب الإيجاب المعبر عنه إلكترونيا من عيوب الإرادة؛

6) أن يضع العارض أو الموجب الإلكتروني، كل الوسائل الملائمة تحت تصرف المستخدم النهائي أو المنتج، ليسهل عليه الوصول لجميع المعلومات المتعلقة بالعرض المقترح بطريقة إلكترونية.

لكن ما هي الصور التي قد يتخذها العرض المقترح إلكترونيا؟. هذا ما سنتطرق إليه من خلال **الفقرة الثانية.**

الفقرة الثانية: صور العرض الإلكتروني

سبق أن تطرقنا إلى وسائل التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، ضمن القسم الأول من هذا البحث. ولن نعود إلى ما قلناه، لكن سنحصر الحديث هنا، فيما يخص العرض أو الإيجاب الإلكتروني، في الصور التي قد يتخذها وذلك باختصار تام. فالعرض الإلكتروني يتخذ صورتين، وهما: العرض عبر المواقع الإلكترونية (**أولا**)، والعرض بواسطة المراسلات الإلكترونية (**ثانيا**).

- **العرض الإلكتروني عبر المواقع الإلكترونية:** تتيح المواقع الإلكترونية على الإنترنت نقل واستخدام "الوثائق المتعددة الوسائط Les documents multimédias"، فيتصفح المستهلك الإلكتروني مختلف المواقع التي تعرض المنتجات والخدمات. وباختياره لما هو معروض فيها، يقوم بنفسه بالبحث عن المعلومة من خلال مختلف المواقع على الإنترنت، ويطلق على هذه الطريقة اسم "Pull".

وتقترب المواقع الإلكترونية في تقديم عروضها إلى حد كبير، من واجهات المحلات التجارية العادية وتقوم بتقديم عروضها للجمهور كافة، دون أن تحصره في أشخاص محددة. بذلك يكون التعبير عن العرض هنا عاما وصريحا، ولا ينقصه سوى إرادة قابل بالعرض.

---

[820] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 134.

[821] م. 14 من اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع.

- **العرض بواسطة المراسلات الإلكترونية:** في هذه الصورة، نكون أمام نمط يطلق عليه "Push"، ومن خلاله يتم إمداد مستعمل الإنترنت بالمعلومة التي تهمه مباشرة في علبة رسائله الإلكترونية، وذلك حسب اختياراته واهتماماته التي أبداها، حين اشتراكه مجانا في إحدى خدمات البريد الإلكتروني المجاني، وهذا يشبه السعي لإبرام العقد بواسطة البريد الإلكتروني[822].

وفي هذا النوع من العرض أو الإيجاب المعبر عنه إلكترونيا،حصر لعدد الأشخاص المعنيين، بحيث لا يعني سوى الأشخاص المتوصلين بالعرض عبر بريدهم الإلكتروني. وفي هذه الحالة، يكون الموجب الالكتروني قد رغب في أن يجعل إيجابه خاصا، وموجها فقط إلى أشخاص معينين ومهتمين بإيجابه، دون غيرهم من باقي الجمهور[823].

وتجدر الإشارة، إلى أن الرسالة الإلكترونية لا تشكل إيجابا، إلا إذا تضمنت جميع الالتزامات التي سيتم التعاقد على أساسها ويعلم المرسل إليه بالعرض، عندما يطلع على صندوق بريده الإلكتروني، وتكون له الحرية الكاملة في قبول العرض بإرسال رسالة إلكترونية أو رفضه. أما إذا كانت الرسالة المتضمنة للعرض، تحمل معها بعض التحفظات التي من شأنها تحرير صاحب العرض من التزامه، اعتبر هذا العرض مجرد دعوة إلى التعاقد.

- **العرض المعبر عنه من خلال المحادثة التفاعلية عبر الإنترنيت**[824]: من خلال هذا النوع من التعبير عن العرض، يقوم الطرفين بالمحادثة المباشرة بينهما بشكل فوري، يتبادلان فيه عبارات الإيجاب والقبول، كما قد يتم العرض ومناقشته والدخول في مفاوضات بخصوصه، إلى أن يتكون الإيجاب النهائي الذي ينعقد العقد على أساسه.

- **المناقصات الإلكترونية والبيوع الإلكترونية العلنية. طرق جديدة للتعبير إلكترونيا عن الإرادة:** تميز هاتين الصورتين من صور العروض التي نجدها على الانترنيت، في أنها وسيلتين للبحث عن المتعاقد، ولا تشكلان عرضا بمفهومه القانوني أكثر منه مجرد دعوة إلى التعاقد.

من خلال ما سبق، نخلص للقول، بأن ليس كل عرض إلكتروني هو إيجاب بالمعنى القانوني المنشئ للالتزام، وإنما لا بد من توافر شروط الإيجاب ضمن العرض، لكي يعتد به كإيجاب قانوني يلزم به مقدمه بمجرد تطابق قبول به لانعقاد العقد.

كما نستشف الطابع الخاص للعرض أو الإيجاب المعبر عنهما إلكترونيا، بحيث يختلف عن نظيره في العقود العادية من حيث الوسيلة المعبر بها عنه. وبناء على ما سبق أن ناقشناه، سنبحث في التنظيم القانوني للإيجاب أو العرض المعبر عنه إلكترونيا من خلال **المبحث الثاني**.

---

[822] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنيت، م.س.ص. 70.

[823] محمد حسين منصور، م.س.ص. 67؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص.70.

[824] تشبه هذه الحالة البيوع المباشرة على الإنترنيت: "Ventes Via Internet" وبيوع المزاد العلني إلكترونيا حينما تتوافر بعض الشروط القانونية المتعلقة أساسا بالمساطر الإلكترونية والمعلوماتية ويمكن الرجوع لمزيد من العمق:

Christophe Accord, La dématérialisation des procèdures de passation de marchès publics, Mémoire de D.E.A de droit public des affaire, Université Paris X, Nanterre, Sep. 2001. P. 50 et S.

المبحث الثاني
التنظيم القانوني للعرض أو الايجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية

للإيجاب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية أهميته الخاصة، كتعبير خارجي عن الإرادة يتضمن عرضا بالتعاقد. فمتى اقترن به قبول معبر عنه بطريقة إلكترونية أيضا، انعقد العقد.

ويعتبر بعض من الفقه أن لفظة "إلكتروني" إذا ما أضيفت إلى الإيجاب، لا تنال من المعنى المراد منه في إطار القواعد التنظيمية في قانون العقد، فالأمر ليس إلا مجرد وصف يلحق بالإيجاب، ناشئ عن اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة، والتي تتجسد في تقنيات تتيحها شبكة الإنترنيت[825].

وتبقى للإيجاب المعبر عنه إلكترونيا خصوصيته من بعض الوجوه، ويثير عدة تساؤلات قانونية جديدة، مرتبطة بتلك الخصوصية المتمثلة في التعبير عنه بطرق إلكترونية، خاصة منها الإنترنيت، هذا إلى جانب ما تثيره من مسائل تتعلق بشروط صحته؛ مما يقتضي منا التطرق لالتزام المتعاقد بالعرض المعبر عنه إلكترونيا، ضمن **المطلب الأول**، على أن نتطرق للبحث في إشكاليات خاصة يطرحها التعبير عن الإيجاب بطريقة إلكترونية، في **المطلب الثاني**.

المطلب الأول
التزام المتعاقد بالعرض المعبر عنه إلكترونيا

لما كان الإيجاب المعبر عنه إلكترونيا يعد أحد أركان العقد، باعتباره خطوة مهمة لإبرام عقد بطريقة إلكترونية بعد أن سبقته مرحلة مفاوضات بين الطرفين يقصد منها تحقيق أفضل النتائج، للوصول إلى معرفة كل منهما لما سيسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات متبادلة، فإنه يعد الخطوة الأولى التي تلي تقديم العرض والتفاوض بخصوصه، بحيث يصبح العرض جازما ومعبرا بصفة نهائية عن إرادة المتعاقد.

فخصوصية الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية، تتمثل في الوسيلة التي ينقل بها أو يصدر من خلالها ومن تعدد الأداءات الوظيفية للإنترنيت. ويجب أن يتضمن الإيجاب الذي يصدر عن إرادة صاحبه، كل البيانات اللازمة والضرورية التي من شأنها أن تنير طريق المتعاقد معه الراغب في التعاقد، ليأتي قبوله على دراية بما هو مقدم عليه. ومن العناصر الضرورية التي يجب أن تتوفر في مُقْتَرَح العارض المهني بطريقة إلكترونية، الجدية والجزم المعبرين عن إرادة مصممة وعازمة على إبرام العقد، بصرف النظر عن وسيلة إخراج هذا التعبير إلى حيز الوجود.

وهذه المسألة غاية في الأهمية في التعاقد بطريقة إلكترونية، حيث يتم التعاقد بين طرفين غائبين مكانيا حاضرين زمانيا ولا يعرف أحدهما الآخر وتفصلهما مسافات بل وقارات، وذلك ليطمئن الطرف الذي وجه إليه العرض بأنه عرض حقيقي ولا لبس فيه. فوجود نية جدية لدى مقترح العرض الالكتروني، تجعله ملتزما به بصفة قانونية، وإن كان استعمال كلمة (عرض) و(قبول) في الاصطلاح القانوني، يختلف بعض الشيء عن الاستعمال اليومي لدى الجمهور.

---

[825] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، م.س.ص. 182.

فلو أن أحد المواقع التجارية الإلكترونية أعلن عن "عرض خاص" لبيع بعض المنتجات، فإنه من الممكن أن لا يعتبر كإيجاب من الناحية القانونية. ومع ذلك، فإن المئات من المستهلكين وخلال بضع ثوان، يمكن أن يرسلوا قبولهم بذلك العرض. ويعتقد كل مستجيب بأنه سينشئ بقبوله هذا عقدا ملزما للطرف الآخر[826]، مما يطرح إشكالية الطبيعة القانونية لالتزام المهني العارض بطريقة إلكترونية في العرض الذي اقترحه عبر موقعه أو من خلال الرسائل الإلكترونية التي وجهها للمرسل إليهم (**الفقرة الأولى**). هذا، ويقتضي التعبير عن العرض بطريقة إلكترونية، الإدلاء بمجموعة من البيانات (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لالتزام العارض المهني بطريقة إلكترونية

نص المشرع المغربي، بموجب الفصل 4-65 من ق.ل.ع (فقرة 1 و2)، على أنه "يتعين على كل من يقترح بصفة مهنية وبطريقة إلكترونية توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو أحد عناصرها، أن يضع رهن إشارة العموم الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها.

دون الإخلال بشروط الصحة المنصوص عليها في العرض، فإن صاحب العرض يظل ملزما به سواء طيلة المدة المحددة في العرض المذكور أو إن تعذر ذلك طالما ظل ولوج العرض متيسرا بطريقة إلكترونية نتيجة فعله"[827].

ويلاحظ من خلال هذا الفصل، أن المشرع المغربي يقرر حجية المقترح الإلكتروني. بمعنى، أن المقترح يتحول إلى عرض حينما تتوافر فيه "الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن الاحتفاظ بها واستنساخها" فيلزم صاحبه، وإذا ما اقترن به قبول مطابق، ينعقد به العقد. بذلك لا يستطيع صاحبه التنصل منه بحجة أنه إلكتروني، أو أنه مجرد اقتراح أو إعلان لا يلزمه بإبرام عقد مع من عبر عن قبوله له.

يمكن القول، أن هذا الفصل هو تطبيق للقواعد العامة، إذ أن أي تعبير عن الإرادة إذا ما توافرت فيه العناصر الأساسية للعقد، اعتبر العرض إيجابا قائما وملزما لمن صدر عنه، طالما لم يسقط، ولا يهم الشكل الذي اتخذه هذا العرض لإصداره. فالفصل يؤكد على القوة القانونية للعرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية، حتى يمنح الثقة في العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية، سواء تلك التي تبرم عبر الإنترنت أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى.

لكن الفصل 4-65 في الفقرة الأولى منه تطرق إلى العرض الذي يصدر عن شخص مهني، فهل هذا يعني حصر النص فقط في فئة ممتهني العروض الإلكترونية من التجار؟. وإذا كان النص لا يتطرق إلا إلى حالة المهني، فهذا يعني أن نطاق تطبيق هذا الفصل، منحصر في العرض الصادر من المهني (التاجر)، دون غيره من الأشخاص المدنية، أيا كان من وُجه إليه العرض، مهنيا أو شخصا عاديا. فالفصل إذن -حسب ما ورد فيه- يطبق فقط على العقود التجارية وعلى العقود المختلطة المبرمة كليهما بطريقة إلكترونية.

---

[826] محمد سعيد أحمد إسماعيل، م.س.ص. 182.

[827] يقابل هذا الفصل المادة 1369- 4 الفقرة 1 من القانون المدني الفرنسي.

على أن الملاحظ، أن المشرع المغربي لم يتطرق لمسألة العرض الإلكتروني الصادر من شخص لا يتمتع بالصفة المهنية لتطبق عليه أحكام القواعد العامة، وإنما تطرق إلى المسألة بموجب الفصل 3-65 من ق.ل.ع حيث حدد قواعد قابلة للتطبيق على أي عرض إلكتروني، سواء أكان صادرا من تاجر أم غير تاجر.

بينما تنص الفقرة الأولى من الفصل 3-65 على أنه "يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود". كما نص في الفقرة الثانية من نفس الفصل، على أنه "يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة". وبموجب الفقرتين الثالثة والرابعة من نفس الفصل، أقر بإمكانية "إرسال المعلومات إلى المهنيين عن طريق البريد الإلكتروني ابتداء من الوقت الذي يدلون فيه بعنوانهم الإلكتروني. أما "إذا كان من الواجب إدراج المعلومات في استمارة تعين وضع هذه الأخيرة بطريقة إلكترونية رهن إشارة الشخص الواجب عليه تعبئتها".

فالملاحظ من خلال الفقرات السابقة، أن المشرع المغربي وضع بموجب الفقرة الأولى، قاعدة عامة لإمكانية التعبير عن الإرادة بأي طريقة إلكترونية اختارها العارض الإلكتروني. كما قنن بمقتضى الفقرة الثانية مبدأ إمكانية إرسال العرض أو الإيجاب بالبريد الإلكتروني، شريطة قبول المرسل إليه استخدام هذه الوسيلة، على أننا نرى أنه قصر هذه الفقرة على الأشخاص المهنيين فقط دون غيرهم.

بمعنى آخر، فإن من لا يتمتع بالصفة التجارية لا يمكنه استعمال تقنية البريد الإلكتروني لإبرام العقد. ونلاحظ من خلال الفقرة الثالثة، أن المشرع المغربي حصر نطاقها في العرض الذي يتم إرساله إلى المهني (التاجر)، سواء أكان المرسل مهنيا (تاجرا) أم مستهلكا عاديا، حيث يجوز إرساله عبر البريد الإلكتروني الذي تم الإدلاء به.

ومن الواضح، أن المشرع المغربي حدد بموجب الفصل 4- 65 ق.ل.ع، المقصود من وضع تنظيم للعرض الإلكتروني الصادر من المهني (التاجر)، أيا كان من وجه إليه هذا العرض، وكيفما كانت الوسيلة المستعملة للتعبير عنه، وسواء أكان العرض مقدما عبر الموقع الإلكتروني للمهني على شبكة الإنترنت، أم من خلال استخدامه البريد الإلكتروني؛ ففي الحالتين يطبق هذا النص.

وتقرر الفقرة الثانية من الفصل 4-65 ق.ل.ع، على أن المهني يظل ملزما بإيجابه، سواء طيلة المدة المحددة في العرض أو طالما ظل ولوج العرض متيسرا بطريقة إلكترونية نتيجة فعله. وبالتالي، فإن أي قبول يقترن بالعرض المقترح على الموقع الإلكتروني للعارض المهني، يترتب عليه انعقاد العقد بطريقة إلكترونية ويصبح المهني ملتزما بتنفيذ هذا العقد، طالما أن العرض لا زال موجودا على موقعه الإلكتروني.

فالمقصود بعبارة "نتيجة فعله de son fait" أن التاجر لا يكون ملتزما بعرضه الإلكتروني، إلا إذا كان الإطلاع عليه بطريقة إلكترونية قد تم بفعل التاجر نفسه. ويبدو أن هذه العبارة، أضيفت للفصل السالف الذكر، لمواجهة أي مشكلة تقنية قد تواجه المهني أو الشركات التي تمارس التجارة بطرق إلكترونية.

فطالما أن المهني لم يسحب صفحة العرض مِن على موقعه، فإنه يظل ملزما به. بمفهوم المخالفة، إذا ما حذف تلك الصفحة، فإن التزامه يسقط؛ فلا يكون ملزما من الناحية القانونية بإتمام إجراءات العقد مع من أرسل له بقبول العرض المقترح. ونشير إلى أن هذا الأخير يبقى قائما ومنتجا لآثاره، وإن تم تغيير عنوانه الإلكتروني الموجود به، إذا ما أحال الخادم الرئيسي على خادم فرعي يتيح الدخول للجميع للاطلاع على العرض، وذلك من خلال تقنية "النصوص المتشعبة"[828].

لكن، ماذا لو أن العارض أو الموجب حذف عرضه من الموقع، ومع ذلك بقي الولوج إليه ممكنا لسبب خارج عن إراداته، كأن بقي العرض مخزنا بذاكرة الخادم أو الحاسوب، فتمكن شخص من استرجاعه من جديد بمهارة تقنية، ثم أعيد إطلاقه من جديد على الموقع؟. هنا، الأصوب إعفاء صاحب العرض من أي مسؤولية أو التزام قِبل كل من يستجيب للعرض، إذا تم إرجاعه من جديد بعد حذفه[829].

إذن، المشكلة تتمثل في أنه عندما يقوم مالك الموقع بإزالة صفحة العرض من موقعه، فإنها تبقى موجودة رغم ذلك على ذاكرة الحاسوب المخزن به الموقع الإلكتروني للعارض المهني. وقد تتم إزالتها نهائيا، كما قد تبقى لأشهر وربما لسنوات فمحركات البحث عبر الإنترنيت[830]، تمكن من الوصول إلى الصفحات المخفية في ذاكرة الخادم أو الحاسوب.

وعليه، عبارة "نتيجة فعله" المنصوص عليها بموجب الفقرة الثانية من الفصل 4-65 ق.ل.ع، تؤكد أنه في حالة إطلاع شخص على عرض تم حذفه من الموقع الإلكتروني للمهني، أو من الموقع الذي يعرض فيه بضائعه وخدماته، لا يلزمه في شيء، وذلك لأن إمكانية الوصول إلى هذا العرض المقترح والإطلاع عليه لم يكن بفعله هو، بل بفعل خارج عن إرادته[831].

---

[828] تعتبر تقنية النصوص المخفية (lien hypertexte) تطبيق لتقنية الارتباط التشعبي. وهي عبارة عن نقطة موجودة داخل الصفحة، إذا تم النقر فوقها ينتقل مستخدم الإنترنت إلى صفحة أخرى أو موقع آخر على الإنترنت. ويكون النص المخفي مكتوبا بلون يختلف عن لون باقي الصفحة، وبمجرد الضغط عليه يتغير لونه إلى لون آخر، يفيد أن المستخدم زار الصفحة. ويتم اللجوء إلى هذه التقنية، حتى لا يكون حجم الصفحة كبيرا، حيث تستعمل هذه التقنية ليسهل التصفح بسرعة.

[829] العربي جنان، التبادل الإلكتروني، م.س.ص. 15.

[830] يمكن تعريف "محركات البحث Moteurs de recherche" بأنها برنامج حاسوبي يمكنها الوصول إلى قواعد البيانات على الانترنيت للبحث عن معلومات محددة أو كلمات رئيسية، وتزويد الباحث بتقرير عن المعلومات التي وجدها حول الموضوع، كما أن هناك محركات بحث موجودة على نفس المواقع الإلكترونية للمساعدة في البحث عن معلومات محددة في هذه المواقع. فالوظيفة الأساسية لمحركات البحث هي تمكين المستخدمين من البحث عن وثائق محددة في الويب بالكامل، إذ تسهل حزمة برمجية خادم الويب عملية فهرسة صفحات الويب ومحتوياتها وتوفير كلمات مفتاحية سهلة الاستخدام للبحث عن محتوى الموقع. وعندما تبدأ عملية البحث فإن محرك البحث يستخدم الفهرس والتي تمثل في جوهرها قائمة بكل أنواع الوثائق الموجودة على الخادم، ثم تجري عملية المقارنة بين مصطلحات البحث مع الكلمات الدالة في الفهرس لأغراض المطابقة واسترجاع الوثائق المطلوبة من قبل المستخدم. ومن محركات البحث الأكثر استخداما: Google, AltaVista, Yahoo.
لمزيد من الاطلاع انظر: محمد عبد حسين الطائي، م.س.ص. 169 وما بعدها.

[831] الفصل 4-65 ق.ل.ع، مقتبس من المادة 10 من التوجيهة الأوروبية الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

وتبعا لذلك، على كل مهني يضع اقتراحه بطريقة إلكترونية، أن يتيح للعموم الاحتفاظ به وإمكانية استنساخه وحفظه على الحاسوب الخاص به[832]. وكذلك الأمر، إذا ما قام المهني بإرسال عرضه في رسالة إلكترونية إلى شخص آخر، فيجب أن يكون في إمكان هذا الأخير أن يقوم بنسخ هذه الرسالة وحفظها على حاسوبه الخاص.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي لم يحدد المقصود بالاحتفاظ ونسخ الشروط المحددة في العرض المقترح بطريقة إلكترونية، فهل يقصد المشرع الاحتفاظ بالعرض على دعامة ورقية؟ أم لا بد من الاحتفاظ به في شكله الإلكتروني ؟.

ولا نفهم مقصد المشرع بالنسخ، هل طباعة العرض ؟، أم نسخه على دعامة إلكترونية أو على ذاكرة الحاسوب الخاص بالمتعاقد؟[833]. ومن وجهة نظري، الاحتفاظ والنسخ بالعرض المقترح بطريقة إلكترونية، سواء أكان على دعامة إلكترونية أو ورقية، فالأمر سيان. لكن، ماذا لو أن المهني أخل بهذا الشرط، ولم يضع شروط العرض بشكل يسمح بنسخها وحفظها؟ فهل يترتب على ذلك عدم صحة هذا العرض؟ وبالتالي يفقد قيمته القانونية ويصبح كإعلان ؟.

الإجابة عن هذا التساؤل تختلف باختلاف الغرض من هذا النص، فالهدف الأساس هو حماية المتعاقد الآخر[834] من خلال حماية رضائه، حتى يستطيع أن يقوم بنسخ الصفحة الموجود عليها العرض وقراءتها بتمهل، ثم يقوم بعد ذلك بالدخول على الإنترنت وقبول العرض. فإذا لم يقم المهني بالسماح للآخرين بنسخ هذا العرض، فيمكن -في حالة التسرع في قبوله- أن يطلب المتعاقد القابل إبطال هذا العقد بعد إبرامه، إذا ما أثبت تسرعه في القبول وعدم قدرته على قراءة كل الشروط التعاقدية المضمنة بالعرض لعدم سماح صاحبه بنسخ الصفحة وقراءتها بتمهل.

وأشار النص أيضا، إلى أن المهني يكون ملتزما بعرضه الإلكتروني، وذلك دون الإخلال بشروط الصحة المنصوص عليها في العرض. والمقصود بشروط صحة العرض هنا، هي التحفظات التي قد يدرجها المهني في عرضه إذ لا يجب الإخلال بهذه التحفظات، فهي تكون صحيحة ولا يجوز للمتعاقد الآخر التنصل منها.

وحسنا فعل المشرع المغربي، حينما وضع هذا المقتضى، إذ أن العرض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية غالبا ما يتضمن الكثير من التحفظات، أولها تظهر في العرض الذي يوجد على الموقع الإلكتروني، حيث يتضمن شرطا -غالبا ما نجده- ينص على أن العرض ساري حتى نفاذ المخزون أو في حدود الكمية المتوفرة.

---

[832] M. Demoulin, Information et transparence sur les réseaux: Le commerce électronique européen sur les rails. Op.cit., p. 152.

[833] E.Papin, projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: www.Journaldunet.Com (M.S.J, Mars 2008).

[834] Ibid.

فالعارض هنا متحفظ في عرضه وملتزم بكل العقود التي ترد عليه أثناء توفر مخزون كاف لديه، يسمح له بتنفيذ هذه العقود. وعند انتهاء المخزون، فإنه لا يكون ملزما بأي عقود أخرى. وهذا راجع إلى أن العرض الموجه إلكترونيا موجه للعموم، مما قد يجعل العارض في مواجهة الملايين من التعاقدات التي قد لا يستطيع تنفيذها، فكان الأفضل هو وضع هذا التحفظ في العرض المقدم.

لكن، إذا رفض صاحب العرض القبول المطابق للعرض دون مسوغ مشروع، فإنه يكون مرتكبا لجريمة جنائية[835]. ومن التحفظات أيضا تحديد النطاق المكاني للعرض الإلكتروني، مما يعني محدودية العرض في دائرة جغرافية محددة فيه مسبقا من طرف مقترحه. فإذا ما قبل العرض شخص لا يقع موطنه ضمن الدائرة الجغرافية التي حددها صاحب العرض فإنه لا مسؤولية تقع على هذا الأخير، لأن العرض لا يعد صالحا إلا في النطاق الجغرافي الذي حدده سلفا مقترح العرض[836].

وقد سار التشريع التونسي للمعاملات والتجارة الإلكترونية هو أيضا في اتجاه تحديد الالتزامات الملقاة على عاتق العارض لسلعه وخدماته بطريقة إلكترونية، وذلك بموجب الفصل 25 من الباب الخامس وقد استعمل المشرع التونسي عبارة "البائع"، كأنما هدف حصر هذه المقتضيات في البيوع التي تتم بطريقة إلكترونية. لكن يبدو أن مقصد المشرع التونسي هو كل شخص يقوم بتسويق البضائع المادية من أغذية وأسلحة وغيرها، وكذلك من يسوق الخدمات والمعلومات عن طريق العقد المبرم في نطاق التجارة الالكترونية، إذ أنه تحدث عن كيفية تسليم المنتج والخدمات[837].

من خلال ما سبق نستشف مدى أهمية الالتزامات الملقاة على عاتق العارض المهني بطريقة إلكترونية، وتتوسع دائرة التزاماته لتشمل بيانات من الواجب عليه الإدلاء بها حينما يقدم عرضه **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الثانية: البيانات اللازم الإدلاء بها في العرض الإلكتروني

إن الالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات للمتعاقد المحتمل (المستهلك بطريقة إلكترونية)، هو التزام عام يشمل الإدلاء بكل المعلومات والبيانات اللازمة وتوضيحها في العرض الإلكتروني، لإيجاد رضاء حر وسليم من قبل المستهلك[838]. ويقع على عاتق المهني العارض لسلعه وخدماته بطريقة إلكترونية، عبء تعريف المتعاقد المحتمل (المستهلك) بكل المعطيات، ليتسنى له البدء في إبرام العقد وهو على دراية شاملة لإبداء موافقة واضحة.

---

[835] إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 110.

[836] Michel Vivant, et autres, Lamy de droit de l'informatique et des réseaux, 2000, p. 1507; N° 2610.

[837] يقصد بالمنتج هنا كل ما هو مادي ملموس أي السلع والبضائع المادية، أما الخدمات فقد تكون مادية كخدمات النقل والسياحة وغيرهما، أو غير مادية كالاستشارات القانونية أو الهندسية أو الطبية من خلال الإنترنيت. لمزيد من التفاصيل، راجع: عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الالكترونية العربية، الكتاب الأول: شرح قانون المبادلات والتجارة الالكترونية، دار الكتب القانونية، 2007، ص. 201-203.

[838] حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، م.س.ص. 15.

وقد نص المشرع المغربي على هذا المبدأ بموجب الفقرة 3 من الفصل 4-65 ق.ل.ع، وعدد البيانات اللازم توافرها في العرض الإلكتروني، والتي يلتزم بها المهني العارض بطريقة إلكترونية تجاه الآخرين. وهكذا فقد نصت الفقرة المومأ إليها أعلاه، على سبعة بيانات وهي:

"1- الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره؛

2- شروط بيع السلعة أو الخدمة أو شروط تفويت الأصل التجاري أو أحد عناصره؛

3- مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية ولا سيما الكيفية التي يفي طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة؛

4- الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل قبل إبرام العقد، من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها؛

5- اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد؛

6- طريقة حفظ العقد في الأرشيف من لدن صاحب العرض وشروط الإطلاع على العقد المحفوظ إذا كان من شأن طبيعة العقد أو الغرض منه تبرير ذلك؛

7- وسائل الإطلاع، بطريقة إلكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي يعتزم صاحب العرض الخضوع لها، عند الاقتضاء"[839].

والملاحظ، أن المشرع المغربي بموجب المادة 29 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، أوجب أن يتضمن العرض المتعلق بالبيع عن بعد مجموعة من المعلومات نوردها كما يلي:

"1- التعريف بالمميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة محل العرض؛

2- اسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه، وبريده الإلكتروني، وعنوانه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير مورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض؛

بالنسبة للتاجر السيبراني: إذا كان خاضعا لشكليات القيد في السجل التجاري، فرقم تسجيله، ورأسمال الشركة؛

- إذا كان خاضعا للضريبة على القيمة المضافة، فرقم تعريفه الضريبي؛

- إذا كان نشاطه خاضعا لنظام الترخيص، فرقم الرخصة وتاريخها والسلطة التي سلمتها؛

- إذا كان منتميا لمهنة منظمة، فمرجع القواعد المهنية المطبقة، وصفته المهنية، والبلد الذي حصل فيه على هذه الصفة، وكذا اسم الهيئة أو التنظيم المهني المسجل فيه.

3- أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال؛

4- وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 3، ماعدا في الحالات التي تستثني فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور؛

---

[839] يقابل هذه المادة، المادة 1369 من القانون المدني الفرنسي، وهذه البيانات مقتبسة من المادة 10 من التوجيهة الأوروبية الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

5- كيفيات الأداء أو التسليم أو التنفيذ؛

6- مدة صلاحية العرض وثمنه أو تعريفته؛

7- تكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد؛

8- المدة الدنيا للعقد المقترح، إن اقتضى الحال، عندما يتعلق الأمر بتزويد مستمر أو دوري لمنتوج أو سلعة أو خدمة؛

تبلغ المعلومات المذكورة، التي يجب أن يتجلى طابعها التجاري دون التباس، إلى المستهلك بصورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد.

دون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وأن يمكنه من تأكيد طلبيته أو تعديلها حسب إرادته". فمجموع هذه المسائل التفصيلية، يجب أن تبلغ إلى علم المتعاقد الآخر قبل أن يتخذ قراره بالقبول. والمبدأ نفسه، نص عليه قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، حيث عدد تلك البيانات بموجب المادة 25 منه.

كما نصت عليه أيضا، المادة 30 من القانون البلجيكي الصادر في 14 يوليوز 1991 المتعلق بالتجارة والمعلومات وحماية المستهلكين، والتي ألزمت البائع قبل إبرام العقد، بأن ينقل للمستهلك بحسن نية جميع المعلومات الصحيحة المتعلقة بالعقد قبل إبرامه[840]. أيضا القانون الأمريكي، تطرق إلى ذات المبدإ، لكن بطريقة مغايرة.

ونجد أن كل التزام يتعلق بالمنتج يعد ضمانا صريحا من البائع تجاه المشتري، وليس من الضروري أن يعبر عن الالتزام ببنود العقد بلفظ "ضمان" لكي يعد كذلك. فوصف المنتجات يعد التزاما بالضمان الصريح مادام المشتري يعتمد عليها في موافقته، وأيضا نوع المنتج وسعره، وكل أمر ضروري يخص المنتوج يعد التزاما صريحا بالضمان، لاعتماد المشتري على كل ذلك في اختياره[841].

كما نصت التوجيهة الأوروبية رقم 7 الصادرة في 20 ماي 1997 والخاصة بحماية المستهلك في مجال العقود عن بعد، على إلزام المهني بإعلام المستهلك قبل إبرام العقد بمجموعة من البيانات الإلزامية بموجب المادة 4-1 من التوجيهة الأوروبية، وهي: تحديد ذاتية مورد المنتج أو مقدم الخدمة، والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقدمة، والثمن ومصاريف التسليم عند اللزوم، وطرق الوفاء، وكيفية تنفيذ الوفاء، وإعلامه بحقه في إعادة المنتوج لاستبداله أو استبدال ما دفعه خلال مدة سبعة أيام من تاريخ تسليم المنتوج للمستهلك، عدا الحالات المنصوص عليها بموجب الفقرة 3 من المادة 6 من التوجيهة الأوربية.

---

[840] عادل أبو هشيمة، م.س.ص. 162.

[841] Costes L., Aspects Juridiques du commerce électronique, aux Etats-Unis Revue de Droit des Affaires Internationales, N° 1, 1998, p. 41 - 42,

à consulter sur :

http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ibuslj14&div=6&id=&page= (M.S.J, Av. 2011).

وسنتطرق إلى تلك المعلومات اللازم إدراجها في الاقتراح المعبر عنه إلكترونيا من طرف المهني بنوع من التفصيل، فيما يلي:

أولا: الخصائص الأساسية للشيء محل العرض الإلكتروني، وشروط بيعه

يبين الواقع العملي من خلال تصفح العديد من المواقع المقدمة لعروضها عبر الإنترنيت، أن وصف المنتجات أو بيان الخدمات الذي يتم في العروض الصادرة من هذه المواقع، قد يتسم بالإيجاز وعدم الدقة. لذا، ينبغي أن تكون صورة المنتج معبرة عنه بأمانة، وألا يحتوي على العناصر التي من شأنها تضليل المستهلك أو أن تعلن عن خصائص للمنتج ليس لها وجود في الحقيقة[842].

ويتوجب على مقدم الخدمة أو السلعة بطريقة مهنية إلكترونية، أن يقدم للمستهلك كل المعلومات والتوضيحات اللازمة عن الشيء محل العرض الإلكتروني، بأسلوب واضح وسهل ومفهوم. فحماية المستهلك من مخاطر عدم توافر المعلومات لديه عن السلعة أو الخدمة التي يريد التعاقد بشأنها، تقتضي أن يقوم العارض المهني بإخبار المستهلك عن خصائص السلع أو الخدمات المعروضة. ويدخل هذا البيان الإلزامي في العرض الإلكتروني، زمرة القواعد العامة المتعلقة بمحل الالتزام في العقود، والتي أوجبت أن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعيين.

وهكذا، فقد نص المشرع المغربي على هذا الشرط، بموجب البند 1 من الفقرة 3 من الفصل 4-65 ق.ل.ع. والبيان ذاته نصت عليه الكثير من التشريعات المقارنة، كالمادة 25 من تشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، التي أوجبت بمقتضى الفقرة 3 منها على البائع بيان "طبيعة وخاصيات وسعر المنتج".

كما أكد المشرع المدني الفرنسي بموجب المادة 1602 على ذلك، بأن ألزم البائع بشرح واضح لما هو ملزم به. بمعنى أنه يؤاخذ عن أي معلومة خاطئة أو ناقصة يدلي بها، بحيث يقع على عاتق البائع الالتزام بعملية الإخبار. كما نصت المادة 111-1 من قانون الاستهلاك الفرنسي على أنه "يجب على كل مهني يبيع منتجا أو يقدم خدمات أن يعلم المستهلك قبل إبرام العقد، بالخصائص الأساسية للمنتج أو الخدمة"[843].

بذلك يمكن القول، بأن البائع المهني يلتزم بتقديم كل البيانات الخاصة بالتعاقد، سواء تعلقت هذه البيانات بالجانب النوعي: (التسمية، النوعية)، أو تلك التي تتعلق بالجانب الكمي: (الأبعاد، الوزن). ويتولد هذا الالتزام على البائع استنادا لصفته التخصصية التي تمكنه من أن يعلم أو يجب أن يكون على علم بكافة البيانات الخاصة بالمبيع، والتي يدرك مدى أهميتها للطرف الآخر[844].

وغالبا ما يقوم العارض المهني، بوضع صور للمنتجات عبر موقعه على الإنترنت مع شرح لتفاصيل خصائص المنتج، إذ أن العارض المهني يعول على هذه الصور لجذب الزبائن وإقناعهم بالمنتج المعروض للبيع.

---

[842] فتحي محمد أنور عزت، الأدلة الإلكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية والتجارية للمجتمع المعلوماتي، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط. 2، 2010، ص. 475.

[843] انظر كذلك: البند 4 من العقد النموذجي الفرنسي والمادة 4 الفقرة (أ) و(ب) من التوجيهة الأوروبية الخاصة بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد رقم CE/7/97.

[844] إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 123.

لذا، لابد أن تعكس هذه الصور-وبكل أمانة- حقيقة المنتج المعروض، وأن تخلو بياناته التوضيحية من أي غموض، خاصة فيما يتعلق بالقياسات والأوزان والنوعية. وهناك مواقع تقترح إرسال عينات للتجربة كما في مواد التجميل، للوقوف على خصائص الشيء المعروض وتجربته أيضا، قبل تحديد كمية الشيء أو عدده. وعلى البائع المهني ألا يبالغ في الإشادة بجودة ما يعرضه بهدف الترويج فقط، وإلا عُدَّ من قبيل تضليل الجمهور أو الإعلانات الكاذبة؛ مما من شأنه تحميله بالالتزام بالجودة مع ما يترتب على ذلك من آثار بموجب القواعد العامة في العقود.

فإذا ما تضمن العرض المقترح إلكترونيا، ما يفيد أن المنتج سليم من أي عيب ويتمتع بجودة عالية، فإن ذلك يؤدي إلى إلزام العارض الإلكتروني بضمان العيوب الخفية، حتى ولو لم يفحص المشتري المبيع بعناية الشخص المعتاد. فإذا تضمن الاقتراح المعروض إلكترونيا، خلو المبيع من العيوب، فإن ذلك سيخضع حين النزاع إلى القواعد العامة.

لكن، يلاحظ من خلال العديد من المواقع الإلكترونية، أن الشركات التي تعرض بضائعها وخدماتها على الإنترنت، تشير إلى إمكانية حدوث اختلاف بين وصف المنتج وبين ما هو عليه في الواقع، أو تؤكد عدم مسؤوليتها عن الغلط الذي قد يقع فيه المتعاقد الآخر، بسبب عدم إطلاعه بدقة على المواصفات المعلن عنها من قبلها. ونؤكد هنا، أنه إذا كان بوسع البائع دائما أن يضع مثل هذه الشروط المعفية له من المسؤولية، فإن هذا الشرط لا يسري إلا إذا ارتكب البائع غشا أو خطأ جسيما[845].

ثانيا: الشروط الضرورية لإبرام العقد وتنفيذه

لقد حدد المشرع المغربي بموجب البند 2 و3 من الفقرة 3 من الفصل 4-65 ق.ل.ع، الشروط العامة لإجراء العملية التعاقدية بطريقة إلكترونية، حيث ألزم البائع المهني بتحديد شروط البيع أو التفويت للشيء محل العرض. كما أوجب عليه بيان "مختلف المراحل اللازم إتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية، لا سيما الكيفية التي يفي طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة" (ف. 4- 65 ق.ل.ع، البند 3 من فق. 3). فنظرا لأن إبرام العقد بطريقة إلكترونية يتم عبر مراحل وخطوات تقنية، فإن هذه المراحل قد لا تكون واضحة لدى المتعاقد المحتمل أو صعبة بالنسبة لبعض المتعاقدين.

من هنا، يأتي إلزام المشرع المغربي للمهني العارض إلكترونيا لسلعه أو خدماته للبيع أو لتفويت أصل تجاري أو أحد عناصره بتوضيح هذه الخطوات، حتى يتم إبرام العقد بطريقة صحيحة. مثلا: تحديد شروط العملية التعاقدية، وتحديد طريقة تلقي القبول، هل بالضغط على أيقونة الموافقة؟ أم بإرسال رسالة إلكترونية؟ أم أنه يجب ملء استمارة تتضمن مختلف البيانات المتعلقة بالمتعاقد الآخر؟.

[845] للمزيد من التفاصيل، انظر: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 297 وما بعدها.

الواضح أن المشرع حينما وضع هذا البيان، إنما هدف حماية المتعاقد الآخر من إبرام عقد بطريقة إلكترونية بالصدفة أو عن طريق الإهمال، في حالة عدم معرفته بالخطوات اللازم اتباعها. فقيامه بذلك، سيترتب عنه إبرام عقد صحيح قانونا، وبالتالي يصبح ملتزما به. لذلك، فإن الهدف النهائي لهذا البيان، هو ضمان الرضاء الكامل للمتعاقد المحتمل[846].

وعليه، يشمل الالتزام بإعلام المستهلك بمختلف المراحل الواجب إتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية، مده بجملة من البيانات التي تخص العقد وشروطه، سواء تعلقت هذه الشروط بمرحلة التعاقد أم بالمرحلة التالية المتمثلة في تنفيذ بنود العقد، ومنها بطبيعة الحال: الوصف الكامل لمختلف مراحل إنجاز العقد أو المعاملة، وشروط الضمانات التجارية، وكيفية الأداء، وخدمات ما بعد البيع، وبيان طرق، ومواعيد التسليم، وكيفية تنفيذ العقد، والمسؤولية المترتبة عن عدم إنجاز الالتزامات، وطرق إرجاع المنتج والإبدال وإرجاع المبلغ "الثمن"، وشروط فسخ العقد، وكذلك المدة الدنيا للعقد إذا كان من العقود الدورية المستمرة، وإعلام المستهلك بحقه في الرجوع عن العقد[847]. وقد نصت تشريعات حماية المستهلك على هذه البيانات، لما فيها من حماية للمستهلك.

وتجدر الإشارة إلى أن التشريع التونسي المتعلق بالمعاملات الإلكترونية، تطرق إلى هذه الشروط بنوع من الضبط والإسهاب، أكثر مما نجده في الفصل 4-65 ق.ل.ع المغربي، حيث نصت المادة 25 منه على أنه "يجب على البائع في المعاملات التجارية الإلكترونية، أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

- هوية وعنوان وهاتف البائع أو مدى الخدمات.
- وصفا كاملا لمختلف مراحل إنجاز المعاملة.
- طبيعة وخاصيات وسعر المنتوج.
- كلفة تسليم المنتوج، ومبلغ تأمينه والأدوات المستوجبة.
- الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة.
- شروط الضمانات التجارية والخدمية بعد البيع.
- طرق وإجراءات الدفع، وعند الاقتضاء شروط القرض المقترحة.
- طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم إنجاز الالتزامات.
- إمكانية العدول عن الشراء وأجله.
- كيفية إقرار الطلبية.
- طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال وإرجاع المبلغ.
- كلفة استعمال تقنيات الاتصالات حين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل.

---

[846] M. Demoulin, Information et transparences sur les réseaux, Op.Cit., p.120, N° 214.

[847] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 323.

- شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تفوق السنة.

- المدة الدنيا للعقد فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية، يتعين توفير هذه المعلومات إلكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة". فالمشرع التونسي أراد حماية المستهلك، باعتباره الطرف الضعيف في المعاملات والعقود الإلكترونية، من خلال تدقيقه في مختلف المعلومات التي ألزم الإدلاء بها، بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد.

وقد أكد الاتحاد الفرنسي للتجارة التبادلية (غرفة التجارة والصناعة في باريس أكتوبر 1988)، على أهمية أن يتضمن الإيجاب بيانات محددة وتفصيلية لحماية المستهلك. فالإيجاب يجب أن يتضمن بيانات كافية عن شخص الموجب، وعن السلعة المقدمة وأوصافها وطبيعتها، وخصائصها، وعن السعر، ونفقات التسليم، وعن المدة المحددة للعرض، وعن كيفية الوفاء والتسليم، وحق المشتري في الرد وإعادة النظر، وأن يكون العرض واضحا وعباراته سائغة وسهلة وبسيطة[848].

وتجدر الإشارة، إلى أن كل مهني يقدم معلومات خاطئة يعرض نفسه للمسؤولية، كما يتعرض المتسبب إلى العقاب الجنائي، فضلا عن قيام مسؤوليته المدنية عن الأضرار التي تنجم عن هذا التضليل.

ونشير في هذا السياق، إلى أن المشرع التونسي نص بموجب المادة 50 من قانون المعاملات الإلكترونية على أنه "يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني بدفعه للالتزام حاضرا أو آجلا بأي شكل من الأشكال بخطية[849] تتراوح بين 1000 و20000 دينار، وذلك إذا ثبت من ظروف الواقعة أن هذا الشخص غير قادر على تمييز أبعاد تعهداته أو كشف الحيل والخداع المعتمدة بالالتزام أو إذا ثبت أنه كان تحت الضغط مع مراعاة أحكام المجلة الجنائية".

من الشروط الضرورية أيضا واللازم توافرها في العرض الإلكتروني، ضرورة تحديد صاحب العرض لمدة سريان عرضه -وإن كانت معظم المواقع لا توضح ذلك- وإذا ما تم العدول قبل أوانه يكون صاحب العرض قد ارتكب خطأ، وبالتالي ينتج عنه وفقا لرأي البعض ليس فقط إمكانية الحكم بالتعويض، لكن أيضا التنفيذ العيني للعقد[850].

من ناحية أخرى، إذا تضمن العرض ما يفيد سريانه إلى حين نفاذ المخزون، لا يمكن معه تحديد تاريخ بداية ونهاية مدة العرض على نحو محدد[851]. وأخيرا، إذا ما كان العرض مصحوبا بمهلة للدفع، فلا بد من احترام هذه المدة لفترة خمسة عشر يوما وذلك وفقا للمادة L 311-8 من قانون الاستهلاك الفرنسي.

---

[848] شحاته غريب شلقامي، م.س.ص. 89 و90.

[849] المقصود الغرامة المالية.

[850] Gavalda C, l'information de la protection des consommateurs dans certaines opérations de crédit, Dalloz, 1998, chr., p. 197.

[851] Iteanu O., Internet et le droit, Op.cit. p. 14.

وهناك مسألة غاية في الأهمية لم يتطرق إليها المشرع المغربي في قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية وتتعلق بحق العدول عن إتمام إجراءات البيع أو المعاملة الإلكترونية، وهذا عكس ما ذهبت إليه بعض التشريعات كما سبق أن رأينا في القانون التونسي، وأيضا المادة 4 من التوجيهة الأوربية الصادرة في 20 ماي 1997 والخاصة بحماية المستهلك فيما يتعلق بالعقود عن بعد والتي أوجبت أن يعلم المستهلك قبل إبرام العقد أن بمقدوره العدول عن الاتفاق، وكذلك المادة L121-16 من القانون الفرنسي الخاص بالاستهلاك التي نصت على مدة سبعة أيام ابتداء من يوم التسليم للسلعة المطلوبة، لإعادتها إلى البائع بهدف التغيير أو الرد وذلك بدون نفقات، باستثناء تكاليف رد المنتج.

وأخيرا، لابد أن يتضمن العرض الإلكتروني كيفية وفاء كلا الطرفين بالتزاماتهما، خاصة فيما يتعلق بتسليم الشيء محل العقد وطريقة دفع ثمنه، بتحديد هل الدفع سيكون إلكترونيا عن طريق النقود الإلكترونية أو البطاقات الذكية أو البطاقات البنكية... . كما لا بد من تحديد طريقة التسليم، هل عن طريق البريد الإلكتروني أو بواسطة وسيلة نقل إلكترونية أو على الخط مثل برامج الحاسوب أو قواعد البيانات[852]، مع تحديد تاريخ التسليم ومكانه بالنسبة للبضائع والسلع المادية.

إلى جانب ما ذكر، نص المشرع المغربي على مجموعة من الشروط الأخرى، نوجزها فيما يلي:

-أ- **الوسائل التقنية لتصحيح الأخطاء قبل إبرام العقد:** قد يحدث أن يرتكب المستعمل المحتمل أخطاء أثناء إبرامه لعقد بطريقة إلكترونية، ذلك أن المتعاقد غالبا ما يتعامل مع برنامج موجود على موقع التاجر، يعبر عن إيجاب هذا الأخير. فقد يختار المتعاقد بضاعة عن طريق الخطأ، والحال أنها ليست البضاعة المرغوب في التعاقد بخصوصها. هنا، لابد أن يوفر صاحب العرض للمستعمل المحتمل، الوسائل التقنية التي من شأنها السماح للمتعاقد حين علمه بخطئه، تصحيحه وتعديله قبل أن يقدم على إبرام العقد.

-ب- **اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد:** لم يشترط المشرع المغربي لغة معينة لاستعمالها في إبرام وكتابة العقد، وذلك عكس بعض القوانين التي اشترطت استعمال لغتها الوطنية للتعبير عن الإيجاب، كما في القانون الفرنسي.

-جـ- **طريقة حفظ العقد، أرشفته وشروط الإطلاع عليه:** أوجب المشرع المغربي بموجب البند 6 من الفقرة 3 من الفصل 4-65 ق.ل.ع، على المهني تحديد الطريقة التي سيُحفظ بها العقد، وكذا شروط الاطلاع على العقد المحفوظ إذا كانت طبيعة العقد أو الغرض منه يقتضيان ذلك. بينما لم يلزم التشريع الفرنسي المهني الذي يقوم بإبرام العقد بطريقة إلكترونية بحفظ المحرر الإلكتروني الذي يتضمن شروط العقد، لذلك استخدم عبارة (في حالة حفظ المحرر) وبالتالي فإن الأصل ألا يوجد التزام على الموجب بحفظ المحرر الإلكتروني.

---

[852] البند الرابع من الفقرة السابعة من العقد النموذجي الفرنسي.

فإذا قام المهني بحفظ المحرر الإلكتروني-وذلك من الأمور الشائعة لدى التجار- فعليه أن يوضح في العرض الإلكتروني، طرق حفظ العقد في الأرشيف، وكذا كيفية الإطلاع عليه. وقد أوجب قانون الاستهلاك الفرنسي على التاجر، بموجب المادة L 134/2 منه، أن يقوم المهني بحفظ المحرر الإلكتروني المثبت للعقد إذا ما كانت قيمة العقد تساوي أو تزيد عن 120 يورو، وأن يظل حفظ العقد لمدة 10 سنوات من تاريخ تنفيذه.

- **د- القواعد المهنية والتجارية التي يعتزم صاحب العرض الخضوع لها:** يقصد بها القواعد التي يحددها التجار نتيجة ممارستهم لأنشطتهم التجارية، إذ يتفقون على قواعد معينة على كل من يمارس نشاطا تجاريا معينا أن يحترمها. فهي ليست قواعد قانونية، بل قواعد تعارف عليها التجار: "الممارسات التجارية الإلكترونية"[853]، وعلى صاحب العرض الإلكتروني أن يسمح للمتعاقد المحتمل، بالاطلاع على هذه القواعد والعلم بها.

الملاحظ من خلال ما سبق، أن هذه البيانات لا بد من توافرها في العرض الذي يقدمه المهني بطريقة إلكترونية. وإذا كان المشرع المغربي لم يميز بين حالة تقديم العرض عبر الموقع الإلكتروني للمهني وحالة تقديم العرض عبر الرسائل الإلكترونية، فإننا نثير ملاحظة بهذا الخصوص تتعلق بهذه البيانات الإلزامية ذاتها، إذا ما أرسل العرض عبر الرسائل الإلكترونية، هل على صاحب العرض تضمينه بكل تلك البيانات، أم يعفى من ذلك؟.

في ظل غياب نص في القانون المغربي، نجيب من خلال المادة 6-1369 من القانون المدني الفرنسي، والتي وضعت استثناءين عن القاعدة العامة مقتبسين من المادة 10 من التوجيهة الأوروبية الخاصة بالتجارة الإلكترونية، وهذه الاستثناءات هي:

- **الاستثناء الأول:** العقود التي تبرم بواسطة البريد الإلكتروني، لا يلتزم فيها الموجب بذكر البيانات السابق الإشارة إليها. فإذا أرسل تاجر إيجابه في رسالة إلكترونية إلى المتعاقد الآخر، فإنه لا يكون ملزما بذكر أي من البيانات السابق الإشارة إليها.

وبالتالي، فبالنسبة للمتعاقد عبر الإنترنت فإن التزام التاجر بذكر تلك البيانات يكون قاصرا على التعاقد الذي يتم على الموقع الإلكتروني، فإيجاب التاجر الموجود على الموقع يجب أن يحتوي على كل البيانات المذكورة سالفا. فعلة هذا الاستثناء، هو أن التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني يسمح للطرفين بالتفاوض على العقد، على العكس من التعاقد عن طريق الويب الذي لا يسمح لهما بذلك.

---

[853] يعتبرها بعض من الفقه، من بين المصادر ذات النشأة التلقائية للقواعد المادية للتجارة الإلكترونية، على اعتبار أن مجال التجارة الإلكترونية مازال مجالا بكرا، يندر أن تكون هناك قواعد تلقائية خاصة به. فدور الأوساط المهنية جد مهم إذ يقوم بخلق قواعد جديدة تلبي المتطلبات التي تفرضها تلك المعاملات، وتوصف بأن هذه القواعد تلقائية، على اعتبارها قواعد ذاتية تقوم على ما جرى عليه العمل من عادات وأعراف وممارسات المتعاملين على الشبكة، بحيث تصبح قانونهم الملزم لهم. لمزيد من التفاصيل، راجع: صالح المنزلاوي، م.س.ص. 183 وما بعدها. وأيضا:
Vincent Gautrais, Le contrat électronique international, Op.Cit., p. 332 et S.

فمن أُرسل إليه الإيجاب في رسالة إلكترونية، يستطيع أن يطلب من الموجب ترويده ببعض المعلومات التي يراها ضرورية، قبل أن يقبل أو يرفض العرض. بعكس الحال في الإيجاب الذي يتم عن طريق الموقع الإلكتروني، فليس أمام المتعاقد الآخر سوى القبول أو عدم القبول بالعرض، دونما حق في التفاوض مع صاحب العرض.

- **الاستثناء الثاني:** وبمقتضاه، يجوز للتجار الاتفاق على مخالفة الحكم السابق في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية فيما بينهم. حيث يحق لهؤلاء، الاتفاق على عدم ذكر كل البيانات السابقة في العرض الذي يصدر عن أحدهم. والحكمة من هذا الاستثناء، هو إعطاء حرية للتجار في معاملاتهم التجارية، دون إلزامهم ببيانات كثيرة يجب ذكرها في التعاقدات الإلكترونية التجارية، مما قد يشكل عائقا للمعاملات التي تتم بين التجار عبر شبكة الإنترنت.

والهدف أيضا، من تطلب مثل هذه البيانات، هو حماية المتعاقد الآخر الموجه إليه الإيجاب الإلكتروني. ولكن، لإعفاء الموجب من ذكر هذه البيانات في عرضه الإلكتروني يجب أن يكون هناك اتفاق صريح بينه وبين التاجر الآخر، على عدم الحاجة لذكر هذه البيانات في المعاملات التجارية التي تتم بينهما[854]. فهل هذه البيانات تلزم العارض غير المهني[855] أيضا؟.

لقد كان المشرع المغربي واضحا بهذا الخصوص، حينما استعمل في الفصل 4-65 ق.ل.ع عبارة "صفة مهنية وبطريقة إلكترونية". بمعنى أن غير المهني لا تلزمه أحكام هذا الفصل، وبالتالي يمكنه تقديم عروض إلكترونية دونما التزام بالإدلاء بهذه البيانات.

وعليه، يكون الفصل 4-65 ق.ل.ع قد أقر حكما خاصا بالعرض الصادر من المهني أو التاجر، أي أن الالتزام بذكر هذه البيانات لا ينطبق في حالة العقود المدنية البحتة، وهذا نفسه ما نصت عليه المادة 10-4 من التوجيهة الأوربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية. وأخيرا، أوضح المشرع بموجب الفقرة الأخيرة من الفصل 4-65 ق.ل.ع، أن "كل اقتراح غير متضمن لكافة البيانات المشار إليها في هذا الفصل لا يجوز اعتباره عرضا بل يبقى مجرد إشهار، ولا يلزم صاحبه".

بمعنى، إذا ما أخل مهني في عرضه بطريقة إلكترونية بإحدى هذه البيانات الإلزامية، فإنه من حق المتعاقد الآخر طلب إبطال العقد، إذا كان رضاؤه قد تعيب نتيجة عدم ذكر هذه البيانات أو إحداها، على أساس وجود تدليس من المهني لكتمانه بعض البيانات الضرورية التي ألزمه القانون بها.

---

[854] سامح عبد الواحد التهامي، م.س.ص. 159 وما بعدها.

[855] ثار خلاف فقهي كبير حول المقصود بتعبير "غير المهني"، هل هو طائفة أخرى غير المستهلك أم أنه مرادف له، فذهب اتجاه أول في أن المهني الذي يتعامل في غير نطاق تخصصه لا يعتبر مستهلكا وإن كان يتعامل في أشياء لا تدخل في تخصصه، بينما اتجاه ثان وسع من مفهوم "غير المهني" بشكل كبير، لتشمل كل من يتصرف خارج دائرة الخدمات أو الأعمال التي يختص بها، إذ ليس له العلم الكافي بالسلعة فيصبح مستهلكا عاديا. لمزيد من التفاصيل انظر: خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، م.س.ص. 35 - 38.

على أن المشرع المغربي أغفل بموجب الفصل 4-65 ق.ل.ع أن يضع بيانا غاية في الأهمية، ويتعلق بتحديد هوية صاحب العرض الإلكتروني، وعنوانه، وأرقام هواتفه، وغير ذلك من البيانات المتعلقة بهوية وصفة صاحب العرض. ونرى أنه من الضروري إدراج هذه الشروط لما فيها من أهمية قصوى لحماية المتعاقد الآخر، ولإنجاز العملية التعاقدية باطمئنان وبمعرفة دقيقة للشخص مقدم العرض، حتى يكون المشتري على بينة من أمره.

وقد تدارك المشرع هذا الفراغ التشريعي، بموجب المادة 29 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، إذ نصت على أنه "دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادتين 3 و5 أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية:

"1- التعريف بالمميزات الأساسية للمنتوج أو السلعة أو الخدمة محل العرض؛

2- اسم المورد وتسميته التجارية والمعطيات الهاتفية التي تمكن من التواصل الفعلي معه، وبريده الإلكتروني، وعنوانه، وإذا تعلق الأمر بشخص معنوي فمقره الاجتماعي، وإذا تعلق الأمر بغير مورد فعنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض؛

- بالنسبة للتاجر السيبراني: إذا كان خاضعا لشكليات القيد في السجل التجاري، فرقم تسجيله، ورأسمال الشركة؛

- إذا كان خاضعا للضريبة على القيمة المضافة، فرقم تعريفه الضريبي؛

- إذا كان نشاطه خاضعا لنظام الترخيص، فرقم الرخصة وتاريخها والسلطة التي سلمتها؛

- إذا كان منتميا لمهنة منظمة، فمرجع القواعد المهنية المطبقة، وصفته المهنية، والبلد الذي حصل فيه على هذه الصفة، وكذا اسم الهيئة أو التنظيم المهني المسجل فيه.

3- أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال؛

4- وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 3، ماعدا في الحالات التي تستثني فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور؛

5- كيفيات الأداء أو التسليم أو التنفيذ؛

6- مدة صلاحية العرض وثمنه أو تعريفته؛

7- تكلفة استعمال تقنية الاتصال عن بعد؛

8- المدة الدنيا للعقد المقترح، إن اقتضى الحال، عندما يتعلق الأمر بتزويد مستمر أو دوري لمنتوج أو سلعة أو خدمة.

تبلغ المعلومات المذكورة، التي يجب أن يتجلى طابعها التجاري دون التباس، إلى المستهلك بصورة واضحة ومفهومة عن طريق كل وسيلة ملائمة للتقنية المستخدمة للاتصال عن بعد.

دون الإخلال بمقتضيات القانون رقم 03-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، يجب على المورد أن يذكر المستهلك قبل إبرام العقد بمختلف اختياراته، وأن يمكنه من تأكيد طلبيته أو تعديلها حسب إرادته".

ونجد أن المشرع التونسي تطرق هو أيضا للمسألة من خلال الفصل 25 (بند 1) من قانون المعاملات الإلكترونية. وأيضا، المشرع الفرنسي حينما ألزم المهني الذي يقوم ببيع منتجات أو تقديم خدمات عن بعد، بموجب المادة L 121-18 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، أن يوضح للمستهلك: اسم شركته، وبياناته الهاتفية، وكذلك عنوان مقره الاجتماعي إذا كان مختلفا عن المؤسسة المسؤولة عن الإيجاب، مع توضيح المعلومات الموجودة فعلا في السجلات التجارية، وإلا تعرض لدفع غرامة.

وغاية الأمر، أن تحديد الهوية الحقيقية للمتعاقدين في العقد المبرم بطريقة الإلكترونية، مسألة مهمة، حيث يسعى كل منهما إلى معرفة الشخص الآخر معرفة حقيقية، مما يتطلب إجراء التحقيقات بصورة فنية دقيقة عن الطرفين المتعاقدين، تحقيقا للأمان والطمأنينة والثقة المتبادلة في المعاملات الإلكترونية. فمن غير المتصور، إقدام شخص ما على التعاقد مع شخص مجهول الهوية من الناحية القانونية؛ فبدون ذلك لا يستقيم العقد قانونا.

من خلال ما سبق شرحه، يختلف الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية عن الإيجاب المعبر عنه بطريقة عادية، من حيث الوسيلة المستعملة للتعبير عنه ومن حيث الشروط المتطلبة من أجل إبرام العقد. لكن، ما مدى إلزامية الإيجاب الإلكتروني؟ وهل من الممكن أن يسقط؟ وما هي الحالات التي يمكن أن يسقط فيها الإيجاب الإلكتروني؟. هذا ما سنتطرق إليه، من خلال البحث في الإشكاليات الخاصة بالإيجاب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الثاني

إشكاليات خاصة بالإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية

حينما يقدم العارض المهني عرضه عبر الإنترنيت، فإنه يواجه بالعديد من الإشكاليات الخاصة، ترتبط بالأساس بالوسيلة التي يعبر من خلالها، ويتعلق الأمر بالإشكاليات التالية: الخطأ في التعبير عن العرض، أو تحريفه، أو غموضه (**الفقرة الأولى**)، الغلط الواقع من جهازين مبرمجين للتعاقد (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: الخطأ في التعبير عن العرض، أو تحريفه، أو غموضه

كأن يقرر المهني العارض بطريقة إلكترونية أن سلعة معينة عليها تخفيض ما، ولكن العرض على موقع الإنترنت يُظهر بأن التخفيضات على جميع أنواع السلع المعروضة وليس فقط على السلعة التي أراد العارض إجراء تخفيض بشأنها، ويكون الموجب له -وهو المستهلك في الغالب- قد قبل هذا العرض وتم إرساله فعلا للتاجر.

فإذا كان مقدم الخدمة الإلكترونية هو ذاته الموجب أو العارض المهني فلا تثار أي مشكلة، ويكون هو المسؤول عن كل خطإ أو تحريف في الرسالة الإلكترونية. لكن، إذا كان مقدم خدمة الإنترنت هو شخص آخر غير الموجب، فهنا تثار مشكلة مدى قيام مسؤولية مقدم الخدمة وحدود هذه المسؤولية[856].

وقد نص المشرع المغربي -بهذا الخصوص- على حالة الخطإ في العرض، بموجب البند 4 من الفقرة 3 من الفصل 4-65 ق.ل.ع، حيث جعل من خصائص العرض والشروط اللازم توافرها فيه، تحديد العارض "الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل قبل إبرام العقد، من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها".

التوجيهة الأوربية رقم 66-1997 الخاصة بحماية المستهلك، تطرقت أيضا للمسألة، بإلزامها الموجب ببيان الخطوات التي يجب اتباعها من أجل إنشاء تعاقد إلكتروني ملزم، مثل: الضغط على زر الموافقة أولا بما يفيد قراءة شروط التعاقد والموافقة عليها، ثم كتابة رقم بطاقة الائتمان الخاصة بالمستهلك والمستخدمة في الدفع، في الخانة المخصصة لذلك على صفحة الويب، وغير ذلك من الخطوات. فإذا لم يتبع القابل هذه الخطوات المحددة سلفا، فلا يكون الموجب ملزما بإبرام هذا التعاقد[857].

الفقرة الثانية: الغلط الواقع من جهازين مبرمجين للتعاقد

حينما يقع في الغلط جهازين مبرمجين من قبل طرفي العقد أو من قبل أحدهما، يكون من الصعب تداركه، إذ أن التعامل هنا يفتقر إلى المرونة باعتباره يتم بين جهازين مؤتمتين، وبالتالي تكون إمكانية تجاوبه مع محاولة تدارك الغلط غير ميسورة. فقد يقع الغلط بين الجهازين المؤتمتين أثناء عملية التعاقد بينهما، لأسباب فنية أو تقنية، كأن يعرض الجهاز مقدم العرض رقما غير الذي قصده صاحب العرض (الشخص الطبيعي)، بأن يظهر على الشاشة عدد (10)، عوضا عن الرقم (100).

والملاحظ، أن معظم التشريعات المنظمة للعقود والمعاملات الإلكترونية، لم تبحث المسألة، فجاءت خالية من أي تنظيم بخصوصها، ومن ذلك: التشريع التونسي، والأردني، وتشريع إمارة دبي، ومشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري، فضلا عن قانون الأونسيترال النموذجي. وإن كانت القلة من التشريعات ممن تطرقت إلى المسألة، كالقانون الكندي الموحد بشأن التجارة الإلكترونية لعام 2000 وقانون الولايات المتحدة الموحد بشأن المعاملات الإلكترونية لسنة 1999، وكذلك التوجيهة الأوروبية رقم EC/31/2000 الصادرة سنة 2000.

---

[856] Michael Chissick, Alistrain kelma, E -Commerce, a guide to the law of electronic business, London, 2000, p. 76. Voir aussi, Eloïse gratton, La responsabilité des prestataires techniques internet au Québec, intervention à la conférence organisée par le programme international de coopération scientifique, Montreal 7 Octobre 2004, a consulter sur : http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/gratton.html (M.S.J, Août 2010).

أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم في التحكيم الإلكتروني، م.س.ص. 99 الهامش رقم 1.

[857] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 99.

كما عالج مشروع اتفاقية الأونسيترال بشأن التعاقد الإلكتروني مسألة الغلط، بموجب الفقرة الثانية من المادة 12 منه، التي نصت على أنه ما لم يتفق الطرفان (صراحة) على خلاف ذلك، يكون على الطرف الذي يعرض سلعا أو خدمات عن طريق نظام حاسوبي مؤتمت أن يوفر للأطراف الذين يستخدمون النظام الوسائل التقنية التي تسمح لهم بالتعرف على الأخطاء[858].

أيضا المادة 263/3 من قانون التجارة البرية والبحرية اللبناني، المعدلة بموجب مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية اللبناني، فتوضح عدة عناصر يجب أن يحتوي عليها العرض المقدم عبر الوسائل الإلكترونية، لكي يطلع الشخص الموجه إليه العرض مسبقا على المراحل المختلفة لإنشاء العقد الإلكتروني وحفظ المستندات واللغة التي يجب أن يتم بها العقد، حيث نصت على أنه "يجب أن يتضمن العرض ما يلي:

1) مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بوسيلة إلكترونية.

2) الوسائل التقنية التي تسمح لمتلقي العرض بالتحقق من الأخطاء المرتكبة في استعمال الوسائل الإلكترونية وبتصحيحها قبل الموافقة النهائية التي ينبرم العقد معها.

3) ما إذا كان العارض يلتزم أم لا بالمحافظة على الآثار الإلكترونية للمفاوضة والعقد المبرم. وفي حال أخذ العارض هذا الالتزام على عاتقه فعليه أن يحدد مدته وكيفية المحافظة على الآثار وشروط الولوج إلى المستندات المحفوظة.

4) لغة العقد"[859].

وعليه، ومن خلال ما سبق بحثه، لا بد أن يحدد العارض المهني بطريقة إلكترونية، كل البيانات اللازمة في عرضه، ليتمكن كل شخص يريد التعاقد معه، من العلم بها علما كافيا، تمهيدا لصدور قبوله إذا ما ارتضى بشروط العقد.

على أن اكتمال العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية في صياغته النهائية، إيجابا قائما وباتا، يدعونا للتساؤل عن مدى إلزاميته باعتباره معبرا عنه عن بعد بين طرفين غير حاضرين ماديا في مواجهة بعضهما البعض. كما نتساءل عن حالات سقوطه و إلغائه وذلك من خلال **المبحث الثالث** الذي سنتطرق فيه لأثر العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية.

المبحث الثالث

أثر العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية

يترتب عن التعبير عن الإيجاب أو العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية، باعتباره أول إرادة تظهر في التعاقد من خلال التطرق إلى مسألتين هامتين، وهما:

أولا- مدى ما للإيجاب أو العرض المعبر عنهما بطريقة إلكترونية من قوة ملزمة **(المطلب الأول)**.

ثانيا- حالات سقوط و إلغاء الإيجاب أو العرض المعبر عنهما بطريقة إلكترونية **(المطلب الثاني)**.

---

[858] راجع ما سبق لنا بحثه بخصوص مختلف حالات الغلط في التعاقد بطريقة إلكترونية، ضمن الباب الأول من هذا القسم.

[859] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 280 و281.

المطلب الأول
مدى ما للإيجاب أو العرض المعبر عنهما بطريقة إلكترونية من قوة ملزمة

يتحقق للإيجاب الإلكتروني الوجود المادي منذ لحظة خروجه من الموجب، لكن لا ينتج أثره القانوني إلا بعد الاتصال بعلم الموجه إليه العرض أو الإيجاب؛ بمعنى، أن الموجب الالكتروني يكون في حل من إيجابه قبل أن يتصل بقبول مطابق من المستفيد من هذا الإيجاب، من خلال إرسال ما يفيد القبول[860]. على أن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص "Unidroit"، أورد استثناءين لا يمكن للموجب - عند توافرهما - أن يفض إيجابه، حتى ولو قبل وصول القبول من المستفيد. وهاتان الحالتان هما:

الحالة الأولى: إذا أوضح الموجب في إيجابه أن هذا الأخير، يظل قائما حتى وصول الرد من الطرف الآخر. فمثل هذا الإيجاب يكون إيجابا مغلقا، حيث لا يترك الفرصة لصاحبه للعدول عنه. أو أن يحدد الموجب مدة معينة، يظل خلالها ملتزما بإيجابه وبفواتها يعفى من هذا الإيجاب.

الحالة الثانية: إذا كان هناك سبب معقول، يجعل المستفيد يعتقد أنه لن يتم سحب الإيجاب إلا بعد وصول القبول، كما لو كانت هناك معاملات سابقة بين الطرفين تؤكد حدوث ذلك، أو كانت طبيعة الإيجاب نفسه تقتضي انتظار فترة زمنية معينة، كي يستطيع المستفيد أن يعلن موقفه من الإيجاب.

على أن المشرع المغربي، لم يطبق القواعد العامة للإيجاب على العقد المبرم بطريقة إلكترونية، كما فعلت القوانين العربية التي نظمت مجال المعاملات والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية. فالفصل 2-65 ق.ل.ع، نص على أنه "لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 على العقد المبرم بطريقة إلكترونية"، واعتبر الفصل 4-65 ق.ل.ع، على أن "صاحب العرض يظل ملزما به سواء طيلة المدة المحددة في العرض المذكور أو، إن تعذر ذلك، طالما ظل ولوج العرض متيسرا بطريقة إلكترونية نتيجة فعله".

بعبارة أخرى، حدد المشرع المغربي حالتين فقط، بموجبهما يبقى صاحب العرض على عرضه، ولا يجوز له التحلل منه: الحالة الأولى: وهي الحالة التي يحدد فيها العارض المهني بطريقة إلكترونية مدة لعرضه، حيث يظل على عرضه إلى أن تمر المدة المحددة في العرض، بعدها يكون متحللا منه. أما الحالة الثانية: وهي إذا تعذر على صاحب العرض تحديد مدته، فإنه يظل ملزما بعرضه إذا ما ترك الولوج إليه بطريقة إلكترونية ممكنا، فالمشرع واضح بخصوص الحالتين.

على أننا نرى، أن المدة التي يبقى صاحب العرض ملتزما فيها، تختلف باختلاف صور التعبير عن العرض ذاته. لذلك - من وجهة نظرنا - القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية، تختلف حسب كل صورة من صور التعاقد بطريقة إلكترونية. وهذا ما سنبحثه من خلال الآتي.

---

[860] فاروق محمد أحمد الأباصيري، م.س.ص. 30.

الفقرة الأولى: القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب في التعاقد من خلال التفاعل المباشر فيما بين المتعاقدين

في هذه الصورة يكون المتعاقدان أشبه بحاضرين في مكان واحد، إذ أنهما يتفاعلان مباشرة مع بعضهما من خلال الوسائل السمعية-البصرية الإلكترونية على الإنترنت، أو من خلال أي وسيلة تتيح الاتصال المباشر، كالهاتف النقال المتوفر على خدمة الإنترنيت أو خدمة "3G"[861].

فإذا صدر الإيجاب حين انعقاد مجلس العقد إلكترونيا وعين العارض ميعادا للقبول، مثلا إلى حين انتهاء الاتصال بينهما على الشبكة، فإن العارض أو الموجب إلكترونيا يظل ملتزما بإيجابه طيلة هذه المدة، ولا حق له في العدول عنه قبل انقضاء الميعاد الذي حدده، وإلا ترتبت عنه المسؤولية.

لكن، إذا ما صدر العرض أو الإيجاب دونما تعيين لميعاد تلقي القبول، فإن العارض أو الموجب بطريقة إلكترونية يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا من الطرف الآخر، وفي رأي نفسه الحكم يسري إذا ما تم العرض بواسطة الهاتف المرئي. لكن، هل يسقط العرض نهائيا ولو لم يتم صدور القبول فور صدور العرض الالكتروني ؟.

الواقع، أن صاحب العرض إذا لم يحدد فيه أنه ما لم يصدر القبول فور صدور العرض أو الإيجاب فإنه يعدل عنه بصفة نهائية. بمعنى آخر، ما لم يصدر عن العارض ما يدل أنه عدل عن إيجابه، فإنه يبقى ملزما به من الناحية القانونية. ويسقط العرض أيضا، إذا ما رفضه من وجه إليه بالرفض الصريح، أو الضمني، أو بالرفض الجزئي للعرض[862].

بذلك نرى، أنه في حالة التعاقد من خلال التفاعل المباشر بين صاحب العرض ومن وجه إليه العرض أو الإيجاب، يجب تطبيق القواعد السابقة المتعلقة بالتعاقد بين حاضرين، بحيث يبقى للعارض حق العدول عن عرضه إذا لم يحدد ميعادا للقبول، ويكون العرض قد سقط بانفضاض مجلس العقد حقيقة أو حكما.

---

[861] 3G: La troisième génération désigne, une norme de technologie de téléphonie mobile. Accessible au grand public dans certains pays d'Europe depuis 2002 (en Norvège, Autriche, Roumanie, puis en France et autres), elle s'appuie sur la norme Universal Mobile Telecommunications System (UMTS), permettant des débits bien plus rapides (2Mbps prévus à maturité du réseau) qu'avec la génération précédente, le GSM. Les premières applications grand public de la 3G sont la visiophonie et le visionnage de signal audiovisuel. http://fr.wikipedia.org/wiki/3G (M.S.J, Avril 2010).

[862] يستفاد الرفض ضمنيا، إذا ما انشغل صاحب العرض أو من وجه إليه بأمر آخر أثناء انعقاد مجلس العقد، بحيث يكون مجلس العقد قد انفض حكميا.

الفقرة الثانية: القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب من خلال التعاقد عبر الموقع الإلكتروني

هذه -في رأينا- هي الحالة الوحيدة التي جاء المشرع المغربي بحكم لها، فإما أن يحدد العارض المهني بطريقة إلكترونية مدة سريان عرضه، أو أنه يبقى ملتزما به طالما ظل الولوج إلى الموقع وإلى العرض ممكنا. فإذا ما عين العارض صراحة مدة لسريان عرضه - أسبوع مثلا أو شهرا من تاريخ وضع العرض على الموقع - فإنه يظل ملزما به. ونرى أن العارض يجب أن يبقى على عرضه، مادام الأجل لم ينقض بعد.

وفي الإيجاب المعروض عبر المواقع الإلكترونية قد يكون واضع العرض هو نفسه مقترحه، مثلما قد يكون شخصا آخر وهو "الوسيط الإلكتروني" أو مقدم الخدمة الإلكترونية. وقد يتأخر هذا الأخير في عملية وضع اقتراح العارض المهني على أحد المواقع على شبكة الإنترنيت، وقد لا يقوم بعملية العرض. هنا، ليس للعرض أي أثر قانوني إلا ابتداء من اللحظة التي يعرض بها في الموقع الإلكتروني، وبوضع العرض على الموقع فقط، يتحقق وجوده القانوني ويكون صالحا لترتيب آثاره[863].

فإذا ما اختفى العرض من الموقع الذي كان معروضا عليه -ولو بقي بحوزة مقدم الخدمة- فذاك قرينة على انتهاء مدة العرض الإلكتروني، بحيث إذا ما قام شخص بإبداء الموافقة بعد مرور الأجل أو بعد سحب الصفحة من الموقع الإلكتروني، فطلبه هذا لا يعد قبولا، بل عرضا جديدا يحتاج إلى قبول جديد[864].

فإذا ما حذف العرض -من طرف صاحب العرض- من الشبكة، لكن بقي الولوج إليه ممكنا على الرغم من ذلك لسبب خارج عن إرادته، فلا شيء يرغم العارض على البقاء ملتزما به. لكن، إذا كان سبب اختفاء العرض يرجع لعوامل فنية، وتمت السيطرة على الأعطال أو الخلل، وأُعيد نشر العرض مرة أخرى، فإن الاختفاء هنا يؤدي إلى وقف مفعول العرض فقط، وليس سحبه نهائيا[865].

ونشير في هذا السياق، إلى أن مبادئ "Unidroit" المتعلقة بتوحيد قواعد القانون الخاص، قد أوجبت على الموجب أن يبقى على إيجابه، إذا أوضح ذلك صراحة إلى حين وصول الرد من الموجب له، أو إذا حدد مدة معينة فيظل الإيجاب قائما طوال هذه المدة، أو إذا كان هناك سبب معقول يجعل المستفيد يعتقد أنه لن يسحب الإيجاب إلا بعد وصول القبول، أو أن تكون هناك معاملات سابقة بين الطرفين المتعاقدين[866].

لكن، متى يبدأ سريان الأجل الذي حدده العارض؟. هل من وقت وضع العرض على الموقع؟ أم أن المدة تسري ابتداء من وقت علم المتعاقد الآخر بالعرض الإلكتروني؟.

---

[863] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، م.س.ص. 90 و91.

[864] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 136.

[865] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 289.

[866] للمزيد من الاطلاع، يمكن الرجوع إلى الموقع التالي: www.unidroit.com (تحديث: يونيو 2010).

رغم أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى هذه المسألة، نرى بأن الأصوب أن يلتزم العارض منذ لحظة وضعه العرض على الموقع وطيلة الفترة التي حددها لسريان عرضه، إذ أن العرض عبر موقع الإنترنت عرض للعموم، وبالتالي ليس من المعقول أن يلتزم العارض بعرضه تجاه كل متعاقد حسب وقت إطلاع هذا الأخير على العرض. فهنا يجد العارض نفسه مضطرا إلى الالتزام بالمدة التي حددها، حسب تاريخ علم الآخر بوجود العرض، وتبدأ المدة حسب كل متعاقد؛ وفي المسألة إرباك كبير للعارض.

كما أن القوة الملزمة للعرض، ستختلف حسب ظروف الحال، فالمتعاقد الذي اطلع على العرض بتاريخ: 3-3-2009 مدة الشهر (30 يوما) تنتهي في 2-4-2009، أما الذي اطلع على العرض بتاريخ 15-3-2009، فتنتهي المدة بالنسبة إليه في 14-4-2009؛ بمعنى أن القوة الملزمة للعرض أيضا ستتأثر.

فإذا كانت القوة الملزمة للعرض تنتهي بالنسبة للشخص الأول، فهي لا تزال سارية المفعول بالنسبة للشخص الثاني. فالمنطقي، أن العارض بطريقة إلكترونية قصد أن تسري المدة التي حددها لتلقي القبول من اللحظة التي وضع فيها العرض على الموقع الإلكتروني، أي من وقت صدور عرضه. وفي الحالة التي لم يعين العارض ميعادا للقبول، فإنه يظل ملتزما به طالما لازال موجودا على الموقع أو متاحا للإطلاع عليه لكل مستخدمي الإنترنت. وأما مسحه، فيعني أنه لم يعد ملزما بهذا العرض.

نفس الاتجاه، أخذ به المشرع المدني الفرنسي بموجب المادة 1369/4/1، التي نصت على أن الموجب يظل ملتزما بإيجابه، طالما كان من الممكن الإطلاع عليه إلكترونيا، فما دام الموجب لم يسحب عرضه بعد من الموقع ولم يحدد بعد ميعادا للقبول، فإنه يظل ملتزما به. إذ أن الإيجاب لازال موجودا على موقع الإنترنت وأي مستخدم يمكنه الإطلاع عليه، وبالتالي يظل الموجب العارض ملتزما به.

الفقرة الثالثة: القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب من خلال التعاقد عبر البريد الإلكتروني

إذا ما أُرسل العرض عبر البريد الإلكتروني، فهو عرض خاص، ويدخل في باب التعاقد بين غائبين. فالمرسل إليه لا علم له بوجود الإيجاب فور صدوره، ولكنه سيعلم بذلك بعد مرور مدة زمنية حين إطلاعه على بريده الإلكتروني. هنا نضع فرضيتين: إما أن العارض حدد عند إرساله للعرض ميعادا للقبول، وإما أنه لم يحدد أي ميعاد.

في الفرضية الأولى: إذا ما حددت مدة العرض، فالعارض يظل ملتزما بها. ولا يبدأ سريان المدة إلا منذ وقت علم من أرسل إليه العرض، إذ لا يلزم الموجب بهذا الأخير، إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به[867]. وبالتالي، يحق للموجب أن يعدل عن إيجابه طالما أن الطرف الآخر، لم يقم بالإطلاع على العرض أو لم يعلم به.

[867] نجد تقنية في البريد الإلكتروني، تعلم من وجه الإيجاب إلى أن المرسل إليه قد فتح الرسالة الإلكترونية وتلقاها وقرأها، حيث يطلب تأكيدا بالقراءة يرسل إلكترونيا بمجرد فتح الرسالة، وإذا ما لاحظ المرسل إليه وجود الرسالة لكن لم يطلع على محتواها، فلا يتوصل بأي طلب تأكيد للقراءة والاطلاع.

هنا نتساءل، إذا ما قام العارض بإرسال العرض عبر رسالة إلكترونية، وضمنها ميعادا لاستلام القبول أسبوعا مثلا ولم يقرأها المرسل إليه إلا بعد مرور أسبوع من وصولها، وخلال هذا الأسبوع أرسل العارض رسالة أخرى يعدل بموجبها عن إيجابه. فقرأ المرسل إليه الرسالة الأولى التي تحمل العرض، ولم يقرأ رسالة العدول، فقام بالاستجابة للعرض، فهل ينعقد العقد في هذه الحالة؟.

للإجابة نقول، إذا ما أخذنا بالقاعدة العامة التي حددها المشرع المغربي بموجب الفقرة 2 من الفصل 4-65 ق.ل.ع، فإن صاحب العرض حينما يرسل عبر البريد الإلكتروني عرضه ويحدد فيه مدته، فإنه يظل ملزما بالمدة. فإذا انصرمت يتحلل من أي إلزامية لعرضه وإن قرأ المرسل إليه الرسالة متأخرا خارج الأجل المحدد سلفا ورد بالقبول، فلا ينعقد العقد في هذه الحالة.

أما إذا كان الموجب قد تراجع عن عرضه بموجب الرسالة الثانية ولم يطلع عليها المرسل إليه، فقرأ فقط الرسالة التي تحمل العرض الإلكتروني وقام بالرد على أساس ذلك، وكانت مدة العارض التي وضعها صاحب العرض لا تزال قائمة -بغض النظر عن تراجع العارض- فإن القبول ينعقد به العقد المبرم بطريقة إلكترونية، إذ أن المشرع المغربي أوجب على صاحب العرض الالتزام بالمدة التي حددها في عرضه، ولا يجوز له التراجع عنها وقتما شاء، إذ من شأن ذلك الإضرار بمصالح الطرف الآخر.

لكن، إذا ما اطلع المرسل إليه على الرسالة التي تتضمن العدول عن الإيجاب، ثم بعد ذلك اطلع على رسالة الإيجاب وأرسل قبوله، فإنه لا عبرة لانعقاد العقد في هذه الحالة؛ وبالتالي فهي مسألة يصعب إثباتها، ويقع عبء الإثبات على الموجب ليثبت أيّ رسالة تم الإطلاع عليها أولا. وقد تفيده في ذلك بعض البرامج التي ترسل لمرسل الرسالة الإلكترونية، تأكيدا عند إطلاع المرسل إليه على الرسالة، وهذا البرنامج يكون موجودا في بعض صناديق البريد الإلكتروني للمرسل إليهم[868].

في **الفرضية الثانية**: إذا لم يحدد العارض المدة التي يبقى فيها ملزما بعرضه في الرسالة الإلكترونية، فإنه يمكن الرجوع إلى المقتضيات العامة لتطبيقها، بحيث يكون العارض ملتزما بعرضه المدة اللازمة لوصول رسالته الإلكترونية إلى الموجه إليه العرض، فينتظر المدة اللازمة لقيام هذا الأخير بالإطلاع على هذا العرض ودراسته والتباحث بخصوصه، ثم قيامه بكتابة رسالة إلكترونية تتضمن قبوله للعرض وإرسالها لمرسل العرض.

وتجدر الإشارة، إلى أن المدة اللازمة لإرسال العرض واستقبال القبول، تكون قصيرة في الرسائل الإلكترونية، نظرا للسرعة الفائقة لتبادل الرسائل الإلكترونية، إذ تصل إلى أي مكان في العالم في ثوان محدودة.

أما بالنسبة للمدة اللازمة للإطلاع على العرض واتخاذ قرار بقبوله، فقد تطول أو تقصر بحسب الأحوال، وبحسب طبيعة العقد وأهميته، وما إذا كان العرض يتضمن تفاصيل كثيرة، أم لا. وهنا، يبقى العارض ملتزما بما قدمه من عرض المدة المعقولة، على افتراض أن المرسل إليه العرض سيطلع على الرسالة الإلكترونية فور إرسالها إليه، وسوف يرسل قبوله بالعرض دون إبطاء لا مبرر له.

---

[868] J.A.Graham, l'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif français, article à consulter sur: www.cbl-journal.de (M.S.J, Jan. 2009).

لكن، ماذا لو أن المرسل إليه العرض لم يطلع على الرسالة الإلكترونية التي تحمل العرض فور وصولها؟، فهل في هذه الحالة يبقى العارض ملتزما بإيجابه منذ إطلاع المرسل إليه على الرسالة الإلكترونية؟.

في مثل هذه الحالة، ليس من المعقول إرغام المرسل للعرض على البقاء في انتظار إطلاع المرسل إليه على الرسالة الإلكترونية، ذلك أن نية مرسل العرض اتجهت إلى التزامه بالمدة المعقولة، فلا يمكن إلزامه بالبقاء على عرضه لحين إطلاع المرسل إليه على بريده الإلكتروني.

ولا يمكن الاحتجاج في هذه الحالة ضد العارض الذي التزم المدة المعقولة منذ إرساله للعرض، إذا ما رفض إبرام العقد مع من أرسل إليه العرض، كما لا يمكن إرغامه على البقاء على عرضه واحتساب المدة منذ إطلاع المرسل إليه على العرض. فإذا لم يطلع هذا الأخير على الرسالة الإلكترونية فإنه بفوات المدة المعقولة، ينقضي التزام صاحب العرض الإلكتروني بالبقاء على إيجابه.

وعليه، يجوز لصاحب العرض الإلكتروني العدول عن العرض الذي أرسله إلكترونيا، سواء قبل اتصاله بعلم المرسل إليه أو بعد ذلك إذا ما انصرمت المدة المحددة في العرض. فإذا ما قام الموجب بإخطار الموجب له بالرجوع عن عرضه، قبل أن يصل العرض إلى علمه بأي وسيلة، كان ذلك صحيحا، وذلك لأن المرسل إليه لن يتأثر طالما أنه لم يعلم أصلا بالعرض الإلكتروني.

أما بعد علم الموجه إليه العرض بطريقة إلكترونية فيجوز للعارض أيضا العدول عن إيجابه، قبل أن يلاقي قبولا من المرسل إليه. وفي العرض الذي قد يستلم فيه صاحب البريد الإلكتروني أكثر من رسالة تحمل ذات العرض من نفس صاحب العرض، فلا يحق للمرسل إليه أن يتمسك إلا بآخر رسالة عرض، تحمل إيجابا قانونيا مكتملا[869].

بالنسبة للتشريعات المقارنة التي لم تنظم أحكام العقد المبرم بطريقة إلكترونية بموجب قواعد قانونية خاصة -كما في التشريع المغربي- فنجدها تعتمد القواعد العامة في العقود، من حيث تحديد سريان مدة الاقتراح الالكتروني، كالقانون المدني المصري الذي جعل تحديد هذا الوقت مرهون بإرادة من قدم العرض، حيث نصت المادة 92 من القانون المذكور على أنه "1- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. 2- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة".

فالإيجاب لا يكون ملزما بذاته، إلا إذا اقترن بميعاد صريح أو ضمني، ويكون أساس التزام الموجب عندئذ، هو الإرادة المنفردة. أما في العقد المبرم عبر الإنترنيت، فيرى بعض الفقه المصري ضرورة الخروج عن هذه القاعدة العامة، بأن يتم إلزام الموجب بأن يحدد الوقت اللازم لصلاحية إيجابه، وأن يقوم بإعلام المستهلك. واعتبر هذا الموقف الفقهي[870]، أنه من حق الموجب في الإيجاب الإلكتروني -كما في الإيجاب التقليدي- الرجوع عن إيجابه ويكون ذلك بسحبه من موقع عرضه على شبكة الإنترنيت، شرط أن يعلن عن رغبته في الرجوع عن الإيجاب، إذا لم يكن مقترنا بأجل.

---

[869] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 137.

[870] لزهر بن سعيد، م.س.ص. 71.

وعليه، للإيجاب المعبر عنه إلكترونيا قوة ملزمة بالنسبة لمن يقدمه في حدود المدة التي يعينها فيه، وإذا لم تحدد المدة يبقى مقترح العرض المدة المعقولة التي يتمكن خلالها المرسل إليه من العلم بهذا الاقتراح الالكتروني والإجابة عنه. ومفاد ذلك أن المهني مقترح العرض بطريقة إلكترونية لا يكون حرا في الرجوع عن اقتراحه وقتما شاء لأن القول بغير ذلك من شأنه أن يهدد استقرار التعامل[871]، رغم أن قوانين حماية المستهلك أقرت بحقه في الرجوع عن العقد خلال مدة معينة.

فإذا كان هذا من القوة الملزمة للإيجاب أو العرض الإلكتروني، فماذا عن حالات سقوط العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية؟ هذا ما سنتطرق إليه من خلال **المطلب الثاني**.

المطلب الثاني
سقوط العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية

رأينا من خلال ما سبق، أن العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية يبقى قائما ومنتجا لآثاره، طالما أن من وجه إليه حر في قبوله. ومع ذلك، فالعرض يمكن أن ينقضي بانقضاء المدة المحددة في العرض (**الفقرة الأولى**)، كما قد يسقط بإلغائه (**الفقرة الثانية**)، أو برفضه (**الفقرة الثالثة**).

الفقرة الأولى: سقوط العرض المعبر عنه إلكترونيا بانقضاء مدته. أو بانفضاض مجلس العقد المؤقت

قد يسحب مقترح العرض بطريقة إلكترونية عرضه من الموقع في أي وقت قبل صدور القبول، وقد يتم هذا الإلغاء بمجرد استيفاء العرض المدة المحددة، بأن يسحبه إلكترونيا ويحجبه من الموقع. فحينما يكون مقترح العرض قد حدد ميعادا للتوصل بالقبول، وانصرمت المدة دون أن يتوصل بأي رد، فبانتهائها يسقط العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية، وبالتالي يتحلل صاحبه من أي التزام قانوني. وإذا ما صدر القبول بعد انصرام المدة المحددة، اعتبر ذلك عرضا جديدا يتطلب قبولا[872].

وتجدر الإشارة، إلى أن هنالك عدة حالات أخرى يسقط فيها العرض المعبر عنه إلكترونيا، وهي:

- إذا صدر من المتعاقدين بطريقة تفاعلية ما يفيد انشغالهما بغير التعاقد.
- إذا ما أغلق المتعاقد صفحة الموقع باختيار منه.
- إذا انفض مجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية دون قبول.
- إذا ما تكرر الإيجاب لمرات عديدة قبل صدور القبول.

---

[871] إلياس ناصيف، م.س.ص. 95.

[872] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 226.

الفقرة الثانية: إلغاء العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية

قد يتم إلغاء العرض المعبر عنه إلكترونيا صراحة، حينما يعلن مقترح العرض عن عدوله عنه، من خلال موقع العرض أو من خلال رسائل إلكترونية، وقد يكون الإلغاء من خلال رسالة إخبارية يشاهدها كل من دخل موقع العارض المهني، مثلما قد يكون الإلغاء بطريقة غير مباشرة بأن يعلن صاحب الموقع أن الشيء محل العرض قد بيع.

وفي بعض المواقع، نجد أن صاحب العرض يلتزم للجمهور بعدم سحب العرض وإلغائه، ويطلق عليها العروض الغير قابلة للنقض، وهي مفيدة لأن من وجه إليه الإيجاب قد يقوم بصرف المال والوقت في دراسة العرض بدون خوف من فقد العقد، خلال الفترة المعروض فيها الاقتراح على موقع المهني. فلتقديم عروض غير قابلة للنقض، هناك صورتان ونجدهما في فترة عقود الاختيار والعروض المؤكدة.

- **عقود الاختيار:** وتُشكل هذه العقود عندما يقدم متلقي الإيجاب سعرا مناسبا للعرض، ويكون قاطعا. فالاختيار هنا يصبح التزاما تعاقديا منفصلا في الاتصالات التي قدمها الموجب الذي يكون له الحق في أن يبطل القبول مقابل دفع مبلغ الاعتبار. وهذه الخيارات، تكون صحيحة في مبيعات البضائع الخاضعة للقانون التجاري الموحد الأمريكي.

- **العرض المؤكد:** ويمكن أن يقدم من قبل تاجر ويكون مكتوبا، ويكون العرض غير قابل للنقض ولو بدون دفعة الاعتبار. ويستمر هذا العرض لفترة معقولة، ولا تمتد لأكثر من ثلاثة أشهر. والموجب الذي يبطل العرض المؤكد أو يبيع الشيء محل العرض، يكون قد نقض عقد الاختيار، ويصبح بالتالي مسؤولا عن الضرر الذي قد يلحق الطرف الآخر. والعروض المؤكدة تكون إلزامية ولو لم يذكر ذلك صراحة في العرض[873].

الفقرة الثالثة: سقوط العرض برفضه من طرف من وجه إليه

لا يقع على عاتق من وجه إليه العرض بطريقة إلكترونية أي التزام بأن يقبله، وباستطاعته رفضه أو التحفظ عنه، مثلما له الحق في اقتراح تعديل عليه. وفي الحالتين الأخيرتين، يعتبر التحفظ أو اقتراح التعديل عرضا جديدا من جانب مُصدره، يحتاج إلى قبول من الطرف الآخر.

بيد أن حرية الرفض ليست مطلقة، إذ يرد عليها قيد عام يقوم على مبدأ حسن النية والثقة الواجبة في المعاملات الإلكترونية، وينبغي على من وجّه إليه الإيجاب إذا كان قد دعا إليه، أن لا يتعسف في استعمال حقه بالرفض[874].

وقد يسقط العرض برفض من أرسل إليه بواسطة البريد الإلكتروني، وهنا يسقط العرض المقترح بهذا الرفض. وقد يرفض من أرسل إليه العرض صراحة، كالرد على من وجه إليه العرض برسالة إلكترونية تفيد عدم قبوله بالعرض ورفضه له.

---

[873] محمد سعيد أحمد اسماعيل، م.س.ص. 193 و194.

[874] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 194.

كما قد يكون الرفض ضمنيا، بأن يعدل الموجب له في سعر السلعة المراد التعاقد عليها، أو يعدل في بعض الشروط الرئيسية الواردة في الإيجاب. وبمجرد علم مرسل العرض رفض من وجهه إليه، يسقط العرض ولا مجال للموجب له أن يتراجع عن هذا الرفض[875].

ورغم أن المشرع المغربي لم يتطرق للمسألة، نستأنس بالموقف التشريعي الأردني، الذي نصت الفقرة الثانية من المادة 99 منه، على أنه "إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا". فإذا وصل رفض الموجب له للإيجاب إلى علم الموجب اعتبر هذا الإيجاب ساقطا ولا مجال للموجب له أن يتراجع عن هذا الرفض، وفقا لأحكام القاعدة العامة الفقهية التي تنص على أن "الساقط لا يعود، كما أن المعدوم لا يعود"[876].

على أن متلقي الإيجاب أو العرض، يمكنه رفضه بإهماله، والمثال على ذلك في الرسائل الإلكترونية المرسلة بالبريد الإلكتروني للأشخاص بدون طلب مسبق، حيث يستطيع المستهلك إبداء عدم رغبته في تلقي هذه الرسائل باعتبارها إما رسائل غير مرغوب فيها، أو أن يعلم الموقع الالكتروني المشترك فيه بخدمة البريد الالكتروني بأن هذه الرسائل غير مرغوب فيها، فلا يرسلها ثانية. فهنا يكون الرفض قد تم بطريقة إلكترونية ودون أن يشعر المرسل إليه العرض به.

بقي أن نشير إلى مسألة غاية في الأهمية، وتتعلق بحالة موت الموجب أو نقص أهليته. والواقع، أن المشرع المغربي إذا كان قد جعل الفصول المتعلقة بالإيجاب لا تسري على العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فإنه استثنى الفصل 31 ق.ل.ع الذي اعتبر أن "موت الموجب أو نقص أهليته، إذا طرأ بعد إرسال إيجابه، لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".

فإعمالا لمقتضيات هذا الفصل، يسقط العرض المعبر عنه إلكترونيا، إذا علم به من وجه إليه قبل أن يقبله. لكن إذا صدر القبول قبل أن يعلم من وجه إليه العرض بموت صاحب العرض أو بفقد أهليته، فإن العقد ينعقد ولا يحول ذلك دون إتمام العقد. وبالقياس على بعض حالات سقوط الإيجاب في العقود العادية، فإن العرض أو الإيجاب الصادرين بطريقة إلكترونية، يسقطان إذا ردهما القابل أو رفضهما صراحة أو ضمنا، سواء أكانا ملزمين أم غير ملزمين.

من خلال كل ما سبق، تطرقنا إلى العرض أو الإيجاب الإلكتروني من مختلف جوانبه القانونية، ووقفنا على ما يميزه عن الإيجاب التقليدي. ونعتبر أن ليست كل العروض أو الاقتراحات المعبر عنها بطريقة إلكترونية تشكل إيجابا وفق مفهومه القانوني، ما لم تتوافر فيها مقومات وشروط الإيجاب من حيث كونها واضحة وباتة وملزمة لصاحبها، إضافة إلى ما تطلبه المشرع المغربي من شروط في المقترح المعبر عنه بطريقة إلكترونية من ضرورة عرض السلع والخدمات مع بيان أسعارها وطرق أداء أثمانها وغير ذلك، بحيث تشكل إيجابا ملزما لصاحبه.

---

[875] محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص. 194.

[876] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 289 و290.

كما أن الواقع العملي لعرض المنتجات على مواقع الانترنيت، يظهر لنا بأن الضغط على صورة السلعة المختارة بواسطة المؤشر، يؤدي إلى ظهور عقد نموذجي يعرض فيه مواصفات السلعة وثمنها، وشروط العقد ومجموعة من الخانات الفارغة والمخصصة للبيانات الشخصية لمن قبل العرض المقترح، ولا تميز شروط العقد بين مستخدم وآخر. وبالتالي، فإن هذا العقد النموذجي بما يحتويه من بيانات وشروط، هو إيجاب بات، ويتم قبول الشروط المضمنة في العقد، من خلال إذعان من قبل المقترح المعروض عليه إلكترونيا.

على أن القول بأن متصفح العرض الإلكتروني على الويب هو من يقبل دائما، قول فيه نظر، ذلك أن بعض الاقتراحات المعروضة بطريقة إلكترونية، تحتاج إلى مرحلة مفاوضات وتدقيقات قد يبقى فيها منحصرا في هذه المرحلة، كما قد يتحول فيها مقدم الاقتراح إلى قابل.

وبذلك نؤيد موقفنا من حيث أن الاقتراح الإلكتروني على نوعين: إما عرض أو إعلان يستلزم التدقيق والتباحث بخصوصه، من خلال مرحلة المفاوضات إلى حين الاتفاق حول كل المقتضيات، ليخرج الإيجاب النهائي في الصيغة التي يتطابق معها القبول المعبر عنه أيضا بطريقة إلكترونية أو إيجاب إلكتروني بات ونهائي، ولا ينتظر سوى قبول أو رفض من وجه إليه العرض.

فما المقصود بالتفاوض؟ وما هي أهميته وأهدافه؟. وماذا عن الاتفاقات التي تتخلل هذه المرحلة من حياة العقد المبرم بطريقة إلكترونية؟، وهل من الممكن أن تنشأ عن هذه المرحلة قبل التعاقدية التزامات في ذمة الطرفين؟، هذا ما سنتطرق إليه من خلال بحث النظام القانوني لمرحلة ما قبل التعاقد، ضمن **الفرع الثاني**.

الفرع الثاني
النظام القانوني لمرحلة ما قبل التعاقد إلكترونيا

قد يكون العقد بسيطا وبخس القيمة المالية، فيبرم مباشرة بمجرد تبادل التعبير عن الإرادتين. لكن الأمر ليس على هذا المنوال دائما، فهناك من العقود ما تستدعي أن يسبق التعبير النهائي عن الإيجاب، مرحلة للتحضير والتشاور، وهو ما يطلق عليه بالتفاوض.

وتعد مرحلة التفاوض، أخطر مراحل تكوين العقد، نظرا لما تتضمنه من تحديد لأهم التزامات وحقوق طرفي العقدن وما ينشأ عنها من مشكلات قانونية[877]. فهي عملية بالغة التعقيد، لما يتخللها من محاورة ومساومة ومراوغة يتبادلها المتفاوضان. فكل طرف يستعرض مهاراته التفاوضية في هذا الشأن، من أجل الوصول لتحقيق مصلحته وجس نبض الطرف الآخر، لتكوين فكرة عن المتعاقد الآخر وعن الصفحة محل المفاوضات بما يضمن له عدم الالتزام بالعقد المزمع إبرامه إلا في التوقيت الذي يريده هو، وفي التوقيت الذي يضمن فيه التزام الطرف الآخر بأكبر قدر من الالتزامات، وبما يحقق أقصى منفعة من الصفقة محل المفاوضة، نظير أدنى مقابل[878].

وتقتضي بعض العقود في مجال التجارة عموما، وفي مجال المعاملات بطريقة إلكترونية وعلى وجه الخصوص ذات القيمة الكبيرة إجراء مفاوضات ومباحثات بين طرفي العقد، نظرا لتعقد مسائلها التقنية.

فالشخص الذي يرغب في التعاقد لا يستقر به الرأي، في أغلب الأحيان، على إصدار إيجاب بات، إلا بعد مفاوضات قد تطول كما قد تقصر، يحدد خلالها العناصر الرئيسية للتعاقد[879]. ويقصر رأي في الفقه، التفاوض الالكتروني، على الصفقات البسيطة أو تلك التي يوجد تعارف سابق بين أطرافها أو تعاملات جارية بينهما[880].

وللتفاوض بطريقة إلكترونية أهميته، من حيث توفيره مشقة الانتقال ونفقات السفر على الأطراف المتعاقدة، إلا أنه لا يسمح بالتعرف على الطرف الآخر بشكل كامل، ولا يوفر نفس الثقة التي تتوافر في حالة التفاوض وجها لوجه. مما يقتضي منا التعرف أولا على ماهية وأهمية المفاوضات الرقمية، والوقوف على أهدافها **(المبحث الأول)**، للحديث بعدها عن الآليات التي تتم بها هذه المفاوضات في العقود المبرمة طريقة إلكترونية **(المبحث الثاني)**.

---

[877] مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 298.

[878] محمد حسام محمود لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995، ص. 2.

[879] مندى عبد الله محمود حجازي، المرجع السابق.

[880] أحمد خالد العجلوني، م.س.ص. 97.

المبحث الأول

ماهية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وآلياتها

للمفاوضات أهمية كبيرة من الناحية العملية والقانونية باعتبارها الإطار الذي يحدد ملامح العقد المراد صياغته، ليأتي معبرا عن إرادتي الطرفين المتعاقدين. وتستمد المفاوضات بطريقة إلكترونية أهميتها، من خلال الوسيلة التي تبرم بها العقود باعتبارها عقودا عن بعد، حيث يشوبها الكثير من الأخذ والرد والغموض بالنسبة في جوانب العملية التعاقدية، خاصة فيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد ومن طبيعة المحل والضمانات المقدمة وطرق التنفيذ.

فكثيرة هي العقود التي تبرم إلكترونيا، لكن لا تستلزم التفاوض، والعلة في ذلك أنها تبرم وفق نماذج عقود عبر الموقع الإلكتروني. وقد يكون التفاوض بصدد العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، مثل: عقود الخدمات والمعلومات الالكترونية، أو أن تكون أداة أو وسيلة التفاوض وسيلة إلكترونية، فيطلق عليه حينئذ مصطلح "التفاوض الالكتروني".

ويمكن القول، بأن للتفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية أهمية بالغة، تبرز من عدة وجوه، نذكر منها:

- على اعتبار أن هذه العقود تبرم عن بعد، فإنها تثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة لجوانب العملية التعاقدية، فيما يتعلق بالتأكد من شخصية المتعاقد وطبيعة المحل والضمانات وسبل التنفيذ إلى غير ذلك، مما يدفع كل طرف إلى طرح الكثير من التساؤلات والتحفظات والمفاوضات قبل الدخول في العقد النهائي.

- هناك من العقود ما يتضمن الكثير من الجوانب الفنية الدقيقة التي تستوجب الدقة والتحري، بل والتجربة والاستعانة بالخبرة أحيانا، على نحو يكسب التفاوض مكانة وحيوية.

- وأنواع معينة من هذه العقود، تقل أهمية التفاوض بالنسبة لها، حيث تتم من خلال نماذج تتضمن شروطا عامة، لا تقبل المناقشة من قبل المستهلك، ويحدث ذلك في أغلب عقود الخدمات الإلكترونية والمعلوماتية[881].

انطلاقا من هذه الأهمية، نرى ضرورة البحث في ماهية المفاوضات في هذه المرحلة من حياة العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لنتطرق بعدها إلى أهميتها والأهداف المتوخاة من خلال هذه المفاوضات السابقة لمرحلة إبرام العقد **وذلك في المطلب الأول**، على أن نتعرض ضمن **المطلب الثاني** إلى آليات التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

---

[881] محمد حسين منصور، م.س.ص. 53.

المطلب الأول
ماهية المفاوضات بطريقة إلكترونية، الأهداف والآليات

تبدأ المفاوضات بدعوة يوجهها أحد الطرفين إلى الآخر للتفاوض على إنشاء عقد مستقبلي بينهما، فيوافق الآخر على التفاوض دون ترتيب أي التزام حقيقي على الطرفين إعمالا لمبدأ حرية المعاملات.

فالمفاوضات ليست إيجابا ملزما لطرف بقبول التفاوض، ولا التزاما بالاستمرار في المفاوضات أو العدول عنها دون تحمل أية مسؤولية من حيث المبدأ، إلا إذا كان العدول بخطأ منه؛ مما من شأنه أن يثير المسؤولية التقصيرية. بذلك، المرحلة السابقة على التعاقد تتضمن اقتراحا بالدخول في المفاوضات، وقد تسفر عن إبرام عقد دون تحديد عناصره الجوهرية، أو ينتج عنها إيجاب كامل يشتمل على العناصر الجوهرية، فينعقد العقد بمجرد الموافقة أو القبول[882].

وعليه، فإن التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، لا بد وأن يتسم بالتروي والحذر قبل اتخاذ أي قرار. وهو لا يولد التزاما بإبرام العقد النهائي أو وعدا بالتعاقد، وإنما يرتب التزاما بالتفاوض بشأن العقد المراد إبرامه.

وتتخذ الدعوة إلى التفاوض بطريقة إلكترونية -خاصة عبر الإنترنيت- العديد من الصور، لعل أهمها هو دعوة صاحب المتجر الافتراضي زبائنه إلى التعاقد معه على الخط، ويحاول قدر الإمكان جذبهم إلى منتجاته وخدماته الرقمية وغير الرقمية بشتى الوسائل. فهو تارة يبعث برسائل إلكترونية عبر البريد الإلكتروني، يبدي من خلالها أسعار تنافسية وخصومات كبيرة وعروضا خاصة، قد تغري المستهلك وتجذبه للدخول في مرحلة التعاقد، وتارة أخرى يلجأ إلى عرض سلعه وخدماته مباشرة على الموقع التجاري الافتراضي، بشكل يلفت انتباه المستهلك[883].

وبالنظر إلى أهمية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، علينا التطرق بادئا إلى الماهية القانونية لهذه المفاوضات وأهدافها (**الفقرة الأولى**)، وكذا لآليات التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية (**الفقرة الثانية**).

---

[882] مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 300.

[883] سمير عبد السميع الأودن، م.س.ص. 38.

الفقرة الأولى: المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية: الماهية القانونية والأهداف

أولا- الماهية القانونية للمفاوضات حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية:

يقصد بالمفاوضات على العقد، أي اتصال أو تشاور أو حوار بين طرفين أو أكثر بغرض الوصول إلى اتفاق نهائي وإبرام عقد معين[884]، فهي تبادل اقتراحات، ومساومات، ومراسلات، وتقارير، ودراسات فنية وتجارية بين الأطراف، للتعرف على الصفقة المزمع إبرامها وعلى ما سوف يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات على عاتق الطرفين، من خلال أفضل الصيغ القانونية التي تحقق مصلحتها.

وقد عرف جانب من الفقه التفاوض، بأنه التحاور، والمناقشة، وتبادل الأفكار والآراء، والمساومة بالتفاعل بين الأطراف، من أجل الوصول إلى اتفاق معين حول مصلحة أو حل مشكلة ما، بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل[885]. وذهب جانب من الفقه، إلى تحديد مرحلة المفاوضات بالفترة الممتدة بين لحظة الاتصال أو التشاور أو الحوار بين طرفين بشأن العقد، ولحظة تقديم الإيجاب. إلا أن ذلك لا يمكن التسليم به، على اعتبار أن المفاوضات على العقد، قد تبدأ أحيانا بعد تقديم الإيجاب[886].

ويتسع مفهوم المفاوضة، ليشمل المقترحات الأولية التي يبديها أحد الطرفين كإعلان الرغبة في التعاقد والمناقشات التي تتم بينهما شفويا أو كتابيا، وكذلك شتى المعلومات والدراسات الفنية والاقتصادية والقانونية المتبادلة بين الطرفين، شريطة أن يتم ذلك بقصد التوصل إلى أفضل إطار عقدي لصيانة علاقتهما وتحديد حقوق والتزامات كل منهما[887].

فالأمر يتعلق بتنظيم اتفاقي لمسار المفاوضات من الناحية الموضوعية والإجرائية، بما يتضمنه ذلك من التزامات محددة يتحملها أطراف التفاوض أو أحدهما، ضمانا لبلوغ المفاوضات لأهدافها. فالأطراف تتفق وتتعهد في هذه المرحلة، بإعداد إيجاب أو بمتابعة المفاوضات الجارية، بهدف التوصل إلى إبرام عقد لم يتحدد مضمونه إلا بصفة جزئية، وفي جميع الأحوال لم تتحدد عناصره بطريقة تؤدي إلى القول بانعقاده[888].

---

[884] Furmston M., Norisada T., Poole J., Contract formation and letter of intent, John willey & sons, Chichester, New York, weinheim, Brisbane, Singapore, Toronto, 1998, p. 270.

أشار إليه أمين دواس في مقال تحت عنوان: المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5، العدد 1، فبراير 2008، ص. 170.

[885] أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، ط. 1، 2001، ص. 97؛ شريف محمد غنام، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2000، ص. 35.

[886] حمدي محمود بارود، مقال سابق، ص. 127، أنظر أيضا: عبد العزيز المرسي حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، "دراسة مقارنة"، بدون دار النشر، 2005، ص7.

[887] محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1998، ص. 12؛ انظر أيضا صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود الإلكترونية، ورقة مقدمة للبرنامج الدولي لتدريب المحامين في موضوع: "حماية الملكية الفكرية"، المنظم من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع اتحاد المحامين العرب، 20-23 أكتوبر 2001، مصر، ص. 3. أيضا، حسام الدين الأهواني، م.س.ص. 50؛ مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 261 و262.

[888] L. Rozès, Projets et accords de principe, RTD. Com., 1998, p. 501 à 506.

وتزداد أهمية التفاوض في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة بعد أن أصبحت الطريقة التقليدية عاجزة وغير فعالة في مواجهة متطلبات المعاملات الإلكترونية. فإذا كان التفاوض في المعاملات العادية يتم شفويا عن طريق المخاطبة المباشرة الحضورية، أو عبر الهاتف، أو من خلال تبادل الرسائل والبرقيات، أو عن طريق التلكس، أو الفاكس فإنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية قد يتم عن طريق التبادل الإلكتروني للبيانات أو عبر الرسائل الإلكترونية، وهي ما يطلق عليها بـ: مذكرات التفاهم، وخطابات النوايا، والمراسلات التمهيدية[889].

فتعقد بعض العقود، خاصة العقود المبرمة في المجال الإلكتروني، ينعكس على سلوك أطراف العلاقة التعاقدية، مما يطبع التعبير عن الإرادة بطابع التحفظ على الرغم من رغبة كل الأطراف في إبرام العقد. فكل طرف يريد التعاقد ولكن دون اندفاع، وبعد المرور بالعديد من المراحل والإجراءات، وبعد القيام بالدراسات والترتيبات اللازمة. لذلك قد يتأخر إبرام العقد وتمتد مرحلة المفاوضات إلى ما لا نهاية، ومن شأن تأخير إبرام العقد احتمال حدوث تغيير في بعض العناصر التي تم الاتفاق عليها في إحدى مراحل المفاوضات، وقد يسحب أحد الطرفين إيجابه أو يقطع أحدهما المفاوضات دونما سبب جدي، مما يؤدي إلى عدم التوصل إلى إبرام العقد النهائي.

بذلك لا بد من أن يركن كل طرف إلى عدم تغيير موقفه بخصوص ما تم الاتفاق بشأنه، بأن يلتزم الطرفان بالاستمرار في التفاوض حول العقد ومقتضياته بحسن نية -وذلك تحت طائلة المسؤولية المدنية في الحالات التي يخرق فيها هذا الالتزام دون مبرر معقول[890] - من أجل التوصل إلى اتفاق بخصوص العقد النهائي، دون أن يعني ذلك الالتزام بتحقيق هذا العقد كنتيجة حتمية، وإنما يكون ذلك على سبيل الالتزام ببذل عناية. وهذا يعني، أن على الطرفين القيام بالمفاوضات بجدية وببذل الجهد وإجراء كل ما يلزم لإنجاح المفاوضات، ويكون ذلك عند أول اتصال للأطراف فيما بينهم، وعند طلب العروض، أو تقديمها، أو دراستها ليستمر خلال مراحل المفاوضات.

ويشمل ذلك أيضا، تزويد الطرفين لبعضهما البعض بكل المعلومات اللازمة والضرورية والحقائق التي من شأنها تسهيل عملية التفاوض تمهيدا لتحديد المواقف؛ مما من شأنه تسهيل عملية التفاوض تمهيدا لتحديد المواقف ودفع عملية المفاوضات نحو مرحلة النجاح أقصى مدة ممكنة، وإلى التحديد الدقيق لبنود وشروط العقد بشكل يرضي الطرفين معا.

بناء على ما سبق، تعتبر مرحلة المفاوضات حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ذات أهمية كبيرة، بما تتضمنه من تحديد دقيق لكافة جوانب العقد المنشود وكيفية تنفيذه، وجزاء الإخلال اللاحق ببنود التفاوض.

---

[889] محمد فواز مطالقة، م.س.ص. 48؛ خالد ممدوح إبراهيم، العقد الإلكتروني، م.س.ص. 206.

[890] جمال فاخر النكاس، العقود والاتفاقيات المهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقود، مجلة الحقوق، ع. 1، س. 20، مارس 1996، مجلس النشر العلمي، الكويت، ص. 165.

وتجدر الإشارة، إلى أن الدعوة إلى التعاقد والدعوة إلى التفاوض تختلفان من حيث أن الدعوة إلى التعاقد لا تسمح للأطراف الراغبة في التعاقد بفتح باب المفاوضات بينهما، وإنما في مرحلة لاحقة ألا وهي مرحلة إبرام العقد، أي تبادل الإيجاب والقبول النهائيين المنعقد بهما العقد[891].

أما الدعوة إلى التفاوض فتفضي إلى حدوث تفاوض على العقد، كما في طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد، كالنشرات والإعلانات ليس إيجابا بمفهومه القانوني، بل مجرد دعوة إلى التفاوض. والإستجابة إلى هذه الدعوة هو ما يشكل إيجابا، ويتم التعاقد بعد صدور القبول من طرف الجهة العارضة للمناقصة أو الإعلان.

بذلك الدعوة إلى التفاوض ما هي في حقيقة الأمر، سوى سلسلة متواصلة لتبادل التعبير عن الإرادة من قبل الطرفين، حيث يحاول كل منهما اقتراح صياغة لعناصر العرض المختلفة، تكون ضامنة لمصالحه وفي الوقت نفسه مقبولة من الطرف الآخر[892].

فمن خلال الدعوة إلى التعاقد، يحاول صاحب الموقع الافتراضي (عارض الخدمة أو السلعة) دعوة زائري موقعه واستقطابهم إلى التعاقد معه. وقد تكون هذه الدعوة إلى التعاقد عن طريق بعث رسائل بريدية إلكترونية، يتم من خلالها عرض السلع أو الخدمات بأثمنة تفضيلية ومغرية، مثلما قد يتم ذلك من خلال إعلانات الويب[893].

ونشير إلى أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تشتمل على نوعين من العقود:

النوع الأول، ويبرم عبر شبكة الانترنيت من خلال الموقع الإلكتروني لعارض البضاعة أو الخدمة، وهي لا تقبل مفاوضات أو مباحثات بخصوصها، إذ كل ما على الراغب في التعاقد سوى قبول شروط العارض جملة واحدة أو رفضها تماما. وهنا يمكن القول، إن هذه العقود تصطبغ بصبغة الإذعان، رغم أن المتعاقد القابل حر في عدم القبول بشروط العارض، ويمكنه البحث عن نفس البضاعة أو الخدمة لدى عارض آخر تكون شروطه أكثر توافقا مع اختياراته وقدراته المالية.

أما **النوع الثاني** من العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ونظرا لطبيعتها الخاصة أو الطريقة التي عرض بها صاحب الخدمة أو البضاعة دعوته إلى التعاقد، فتستوجب الدخول في مرحلة من المفاوضات الدقيقة، والتي تتطلب التحديد الكافي والصريح لكل شروط العقد وبنوده، مع تقديم كل الإيضاحات اللازمة.

---

[891] Lucile Archambault, Op.cit, p. 8.

[892] سمير عبد السميع الأودن، العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 38.

[893] رامي محمد علوان، مقال سابق، ص. 243.

على أن طبيعة محل العقد، تلعب دورا مهما. فمن يعرض خدمة إنتاج برامج أو برمجيات حاسوب مثلا[894]، لا يمكن القبول بعرضه إلا بعد تفاوض الطرفين حول دقائق البرمجية المطلوب إنجازها من طرف عارض الخدمة. وعلى الطرف الآخر مد العارض بكل ما من شأنه تسهيل عملية التفاوض، كإعطائه فكرة دقيقة عن الحواسيب التي يستعملها والأنظمة[895] المستعملة عليها، وهل سبق استعمال برمجية ويرجى تطويرها، أم الهدف فقط هو إنجاز برمجية جديدة تفي باحتياجات معنية.

بذلك، إذا تضمن التعبير عن الإرادة -صراحة أو ضمنا- ما يستفاد منه عدم كفاية القبول الصادر ممن وجه إليه التعبير لانعقاد العقد، والحاجة إلى موافقة أو تأكيد لاحق من صاحب التعبير، فهو مجرد دعوة إلى التفاوض.

فإذا كان الأمر سهلا وبسيطا بالنسبة للعقود الفورية المبرمة بطريقة إلكترونية، فإن الأمر غير ذلك تماما بالنسبة للكثير من العقود التي لا تتم إلا بعد مفاوضات طويلة، والتي قد تسفر في النهاية عن إيجاب وقبول ساهم كلا الطرفين في إعداده وفي تحديد شروطه؛ ومن ثم يمكن تسمية هذا التعبير المشترك عن الإرادة بـ:"الإيجاب الإلكتروني المشترك". فإذا ما أسفرت المفاوضات عن إيجاب بالمعنى القانوني وصادفه قبول مطابق له، فإنها تؤدي إلى إنشاء عقد يكون ملزما لأطرافه، بينما لا صعوبة تطرح إذا ما صادف الإيجاب رفض صريح، ومن ثم تبوء المفاوضات بالفشل الذريع.

لكن، ماذا لو أن المدعو إلى التفاوض، تقدم باقتراح حول تعديلات جوهرية لبنود العقد، والتي سبق التفاوض والاتفاق بخصوصها؟ هل نكون هنا بصدد اقتراح مقابل، ينتظر إيجابا من الطرف الآخر؟ أم أنه اقتراح جديد؟.

الملاحظ أن التشريع المغربي لم يتطرق إلى هذه المسألة، ولا نجد سوى التنصيص على إلزامية وضع مقترح الخدمة أو البضاعة بطريقة إلكترونية للشروط التعاقدية المطبقة رهن إشارة العموم. وقد حدد المشرع بموجب الفقرة الثالثة من الفصل 4-65 ق.ل.ع، مجمل البيانات الواجب أن يتضمنها العرض الموضوع بطريقة إلكترونية.

نستنتج من ذلك، أن المشرع المغربي اعتبر العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عقود إذعان، ومقدم الخدمة أو السلعة هو من له الحق في تحديد ما يشاء من الشروط التعاقدية من أجل إبرام العقد، دون أن يكون للطرف الآخر حق تغيير هذه الشروط أو القبول ببعضها واقتراح أخرى.

---

[894] عرف المشرع المغربي بمقتضى الفقرة 13 من المادة 1 من القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغير والمتمم بموجب القانون رقم 05-34 برامج الحاسوب "Programmes d'ordinateur"، بأنها "كل مجموعة من التعليمات المعبر عنها بكلمات أو برموز أو برسوم أو بأي طريقة أخرى تمكن حينما تدمج في دعامة قابلة لفك رموزها بواسطة آلة، أن تنجز أو تحقق مهمة محددة، أو تحصل على نتيجة بواسطة حاسوب، أو بأي طريقة إلكترونية قادرة على معالجة المعلومات". بينما مفهوم البرمجية "Progiciel" أشمل وأوسع من برامج الحاسوب، حيث يشمل إضافة إلى برامج الحاسوب المستندات الملحقة أيضا. البرامج هي التي تكون جاهزة سلفا بينما البرمجية فمعظمها تتم برمجتها وفق الطلب ويطلق عليها البرمجية-المنتوج."Progiciel" وللمزيد من الإطلاع حول التفرقة بين النوعين، انظر بشرى النية، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب، م.س.ص.47 وما بعدها.

[895] "Les programmes systèmes": هي مجموعة من البرامج المنفصلة التي تعمل متكاملة فيما بينها لتوجيه أجهزة الحاسوب للعمل به، بحيث يستدعي برامج المساعدة وبرامج التطبيقات من وحدات التخزين إلى الذاكرة. من أشهر نظم التشغيل: نظام النوافذ "Windows"، نظام "Lunix". بشرى النية، م.س.ص. 40 و41.

لكن، وإن استعمل المشرع المغربي عبارة "من يقترح" في الفقرة 1 من الفصل 4-65 ق.ل.ع، فإنه استعمل مصطلحا آخر، وهو "صاحب العرض" بموجب الفقرة الثانية من الفصل 5-65 ق.ل.ع. مما يعني إقرار المشرع المغربي بوجود مرحلة ما قبل التعاقد في هذا النوع من العقود، إذ لم يستعمل مصطلح "الإيجاب"، بل مصطلح "العرض" وذلك في الفصلين 4-65 و5-65 من ق.ل.ع، كما أن عنونته للفرع الثاني من الباب الأول المكرر بـ:"العرض" يؤكد اتجاهنا هذا وإن حصر المشرع العقد المبرم بطريقة إلكترونية في نوعين فقط:

النوع الأول، ويكون في شكل اقتراح يعرض من خلاله صاحب السلعة أو الخدمة مجموعة بيانات عددها المشرع في البنود من 1 إلى 7 من الفصل 4-65 ق.ل.ع، بحيث اعتبرها بيانات إلزامية لاعتبار الإقتراح عرضا، وإلا كان مجرد إشهار فقط.

أما **النوع الثاني**، فهو على شكل استمارة تعبأ ويجب على من يعرض الخدمة أو السلعة، أن يضعها بطريقة إلكترونية رهن إشارة الشخص الواجب عليه تعبئتها (فق.4-ف. 3-65 ق.ل.ع). فسواء كان إبرام الاتفاق قد تم بواسطة الاستمارة أو بالعرض عبر الموقع، فلهما نفس المدلول، وهو الخضوع والإذعان.

وتبقى فقط الفقرتان الأولى والثانية من الفصل 3-65 ق.ل.ع، اللتان تنصان على إمكانية "استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم، من أجل إبرام عقد من العقود" (فق. 1- ف. 3-65 ق.ل.ع)، مثلما "يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة" (فق.2- ف. 3-65 ق.ل.ع). فكلتا الفقرتين تتحدث عن الوسائل المستعملة لإبرام العقد بطريقة إلكترونية. لكن نستشف منهما أن المشرع المغربي - ولو بطريقة غير مباشرة وبشكل ضمني - جعل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يمر بمراحل:

أ: تقديم العرض إلى الجمهور كيفما كانت طريقة وضع هذا العرض عبر البريد الإلكتروني أو من خلال واجهة العرض على الموقع الإلكتروني للمهني مقدم الخدمة أو السلعة، أو من خلال ملء استمارة، كما قد يكون ذلك من خلال طلب شخص معين بالذات معلومات من أجل إبرام عقد.

ب: الاستجابة للعرض بقبول مَن وُجه إليه العرض.

جـ: إرسال صاحب العرض للمرسل إليه (القابل) إشعارا بطريقة إلكترونية، لتأكيد توصله بقبول هذا الأخير للعرض الذي وجهه إليه (فق.2- ف. 5- 65 ق.ل.ع)، وبذلك "يصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه" (فق.3 - ف. 5-65 ق.ل.ع). من وجهة نظري، معنى هذا النص غامض إذ يقصد المشرع إلزامية قبول العرض لا إلزامية العرض نفسه، وهذا غير منطقي. والملاحظ بخصوص هذه الفقرة أن المقصود - لكي يستقيم مفهوم النص- هو **"تسلم قبول العرض"** وليس **"العرض"**. وفي هذه الحالة، يكون المتسلم هو صاحب العرض نفسه، ولا أدل على ذلك ما نصت عليه الفقرة الأخيرة من نفس الفصل المذكور[896]، ذلك أن المرسل إليه لا يلتزم بالعرض الموجه إليه بمجرد تسلمه.

[896] العربي جنان، التبادل الإلكتروني، م.س.ص. 19 و20.

وتجدر الإشارة، إلى أن الفقرة الثانية من الفصل السالف ذكره، في نسخة مشروع القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، جاءت واضحة المعنى بأن نصت على ما يلي: "يجب على صاحب العرض الإشعار، دون تأخير غير مبرر وبطريقة إلكترونية، **بتسلمه قبول العرض** الموجه إليه على هذا النحو والذي يصير المرسل إليه فور **تسلمه**[897] ملزما به بشكل لا رجعة فيه".

ويبقى من حق من قبل العرض الموجه إليه الرجوع عن قراره، مادام العقد لم يبرم بعد، خاصة إذا لم يتأكد ويتحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن سعره الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة (فق.1 - ف. 5-65 ق.ل.ع). فالمشرع المغربي وإن كان لم يعبر صراحة عن مرحلة المفاوضات فإنه يمكننا القول بإمكانية وجودها وحصولها قبل إبرام العقد وصدور القبول النهائي بالعرض، إذا ما اقتضى الأمر ذلك.

واستثناء من غالبية التشريعات التي لم تتطرق لمرحلة التفاوض، فإن هناك بعض القوانين المدنية كالقانون المدني الإيطالي والقانون المدني اليوناني وقانون العقد اليوغوسلافي وقانون الموجبات والعقود اللبناني التي أشارت صراحة إلى المفاوضات العقدية. كما نص كل من القانونين السويسري والبولوني على مبدإ انعقاد العقد، بمجرد الاتفاق على عناصره الجوهرية، ما دام الطرفان قد احتفظا بغيرها من المسائل الثانوية لاتفاق لاحق، ولم يعلقا انعقاد العقد على التوصل إلى هذا الاتفاق، على نحو يكشف عن إمكان تكوين العقد من اتفاقات متلاحقة في الزمن[898].

ويمكن تطبيق هذا المبدأ على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، حيث قد يتم التمهيد له باتفاقات سابقة من خلال تبادل الرسائل الإلكترونية، لأجل التفاوض بين الأطراف حول ما قد يراه أحدهما واجب مناقشته والتفاوض بخصوصه، قبل إعلان القبول بالعقد بشكل نهائي.

بعد أن وقفنا على ماهية التفاوض، لا بد أن نتطرق إلى أهمية وأهداف المفاوضات قبل التعبير النهائي عن الرضا في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وذلك من خلال **الآتي**.

ثانيا- أهمية وأهداف المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

مر معنا من خلال تعريف المفاوضات، أنها تبادل للاقتراحات ،والمراسلات، والتقارير، والدراسات للتوصل إلى اتفاق نهائي، فرغم تعقدها واستغراقها الوقت والجهد فهي ذات أهمية بالغة، إذ من خلالها يتواصل الأطراف فيما بينهم، تحاورا وتشاورا وتبادلا للآراء حول بنود وشروط العقد النهائي الذي يرمي الأطراف إبرامه.

وتبرز هذه الأهمية بالنسبة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية أيضا، في الحيوية التي يتم من خلالها الإعداد والتحضير لهذا العقد، ببحث كافة الجوانب القانونية والفنية، وبيان شخص الطرف الآخر وموقفه القانوني والفني، إضافة إلى تحديد مضمون التعاقد وآلية الإعداد له، حسب ما تمليه مصلحة كلا الطرفين، والبعد قدر الإمكان عن المنازعات التي قد تحدث في إحدى مراحل تنفيذ العقد.

---

[897] أي تسلم قبول العرض.

[898] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 208.

على أن أهمية المفاوضات لا تقف عند هذه النقطة فقط، بل أن أهميتها تظهر أيضا في تفسير العقد عند غموض بعض بنوده، فتعد دليلا لتفسير إرادة المتعاقدين ومعرفة مقصدهما من خلال ما جرى في المفاوضات، ويستأنس بها قاضي الموضوع في تفسير بنود العقد التي ثار بخصوصها الخلاف، بذلك قد يكون لها دورا مكملا للعقد بوصفها جزءا منه، حيث يتم الرجوع إليها لتحديد عناصر التعاقد مثل: السعر أو محل العقد[899].

ولضرورة المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عدة أوجه، منها: أن هذا العقد من العقود المبرمة عن بعد، مما يثير الغموض حول أطرافه، وهويتهم، وصفاتهم، وعدم التيقن من أهليتهم، ومدى قدرتهم على تنفيذ متطلبات وشروط والتزامات العقد. كما يتم التأكد خلال هذه المرحلة، من طبيعة محل العقد والتثبت من الضمانات المقدمة للتحقق منه، إلى جانب التدقيق في مختلف المسائل القانونية مثل: طرق التنفيذ ومواعيد التسليم والأسعار وشروط العقد المختلفة[900]، إضافة إلى تحديد ضمانات التسليم وطرق الوفاء بالالتزامات الناشئة عن العقد[901].

إن أهمية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تبرز بشكل كبير في تلك التي يكون محلها ذا قيمة مالية كبيرة، حيث تظهر الحاجة الماسة للتفاوض، مثلما في عقود نقل التكنولوجيا أو عقود التوريدات الضخمة، خاصة وأن أجواء المنافسة تخيم بشكل كبير جدا، على المواقع التجارية والخدماتية عبر الإنترنت.

ولعل للتحرر الذي شاب التجارة العالمية أثره الكبير في توقيع اتفاقية التجارة العالمية: "الجات"[902]، إذ ظهرت الحاجة للتفاوض قبل إبرام العقد، لتداخل وتشابك المعاملات والقوانين في الأسواق العالمية بشكل من شأنه تهديد الاقتصاديات العالمية. هذا إلى جانب المخاطرة الذي تنطوي عليها العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، مما جعل من الضروري - بل ومن اللازم - إجراء مفاوضات مكثفة بشأنها، وإن استغرقت وقتا طويلا أكثر مما هو لازم في إبرام العقود التقليدية.

على أن التفاوض حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تقل أهميته بالنسبة لأنواع معينة من العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنيت. ذلك أنها عقود تبرم وفق نموذج عقود تتضمنها العديد من المواقع على الإنترنيت، وتتضمن شروطا عامة لا تقبل المناقشة من قبل المتعامل.

---

[899] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 90 - 93.

[900] حمدي محمود بارود، مقال سابق، ص. 127 و128. انظر في السياق ذاته: مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 262 و263.

[901] إلياس ناصيف، م.س.ص. 71.

[902] تم التوقيع على اتفاقية "الكات" بمراكش في 15 أبريل 1994 وقد تمخض عنها ميلاد المنظمة العالمية للتجارة.

وتجدر الإشارة، إلى أن التفاوض الذي يتم في مرحلة ما قبل التعاقد والذي ينتهي عادة إلى إبرام العقد أو بعدم الاتفاق على إبرامه، يميزه عنصر الاحتمال الذي تقوم عليه هذه المرحلة أساسا. فاحتمال الاتفاق أو عدمه، يكونان على قدم المساواة بالنسبة لأطراف المفاوضة، إذ أن كلا منهما على يقين بأن ليس كل ما يتم التوصل إليه أثناء التفاوض ملزما للطرفين، إلا إذا تم إدراجه في العقد[903].

مما يقتضي بداهة انتظار نهاية المفاوضات، لتكون الفترة قبل التعاقدية هي الفترة السابقة على التعاقد والتي قد تنتهي بإبرام العقد. بذلك، كل ما يسبق هذا الإبرام يدخل في مرحلة المفاوضات قبل العقدية، بينما كل ما يتلوه يدخل ضمن المرحلة العقدية. فالدقة في التفاوض على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تظهر جليا في تحديد زمان ومكان العقد، وكذا المسؤولية المترتبة حالة حدوث إخلال في المفاوضات، وكذا مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق[904].

كما قد يتفق الطرفان المتفاوضان -قبل إبرام العقد- على التفاوض فيما بينهما، كلما طرأ طارئ أو استجد أمر خلال تنفيذ العقد. وهذه الظروف المفاجئة قد تكون ظروفاً سياسية، أو اقتصادية (كانخفاض سعر صرف العملة الواجب الوفاء بها)، أو تشريعية (كصدور قوانين وأنظمة تمنع استيراد السلعة محل التعاقد أو تضع قيوداً عليها أو تفرض رسوماً جمركية زائدة لم تكن مفروضة من قبل).

لهذا، فإن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ذات الطابع الدولي، تتضمن عادة شرطاً تطلق عليه: شرط المشقة أو الصعوبة "clause de hardship"[905]. وهو شرط يترتب على وجوده في العقد، التزام أطرافه بإعادة التفاوض حول شروط العقد حينما تستجد ظروف طارئة، بهدف تعديل الالتزامات التعاقدية إلى الحد المتوازن بما يؤدي إلى رفع الضرر الجسيم الذي تحمله أحد الطرفين بسبب تلك الظروف غير المتوقعة أو التخفيف من حدة هذا الضرر إلى الحد المعقول، كما قد يتفقان على التفاوض كوسيلة لفض الخلافات التي قد تنشب بينهما خلال تنفيذ كل طرف لالتزاماته المترتبة على العقد.

ويعد التفاوض في مرحلة التنفيذ ترجمة اقتصادية تعبر عن توازن قانوني سابق الوجود، ولكنه لاحق لإبرام العقد. بينما يعد التفاوض في مرحلة الانعقاد، ترجمة قانونية تعبر عن توازن اقتصادي سابق الوجود. كما يدخل إلى حد كبير في إطار العدالة، بينما يدخل التفاوض في مرحلة الانعقاد في دائرة القانون، بحيث يجب أن يسود مبدأ حسن النية لما يحققه من عدالة طبقا لما تقرره النصوص القانونية[906].

---

[903] طارق الحموري، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، عرض مقدم للندوة التي نظمتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية، في موضوع. "صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية"، بشرم الشيخ، أيام 25 إلى 29 ديسمبر 2007، ص.5. ويمكن الإطلاع عليها في الرابط التالي:
http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029770.pdf (M.S.J, Dec. 2009).

[904] محمد حسين منصور، م.س.ص. 52 و 53؛ انظر أيضا، محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 47 و48.

[905] ليس في اللغة الفرنسية مصطلح مرادف للمصطلح الإنجليزي "Hardship"، لذا يستخدم بعض الفقه الفرنسي مصطلحات أخرى قريبة من هذا المصطلح، مثل: شرط المراجعة وشرط الظروف الطارئة وشرط العدالة.

[906] حمدي محمود بارود، مقال سباق، ص. 130.

إن أهمية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تحد بشكل كبير من إذعانية بعض العقود الموجودة عبر العديد من المواقع الإلكترونية، والتي تتضمن شروطا عامة لا تقبل المفاوضة أو المناقشة نهائيا[907]، وغالبا ما نجدها في العقود الخدماتية عبر الإنترنت. وهذا ما يدفعنا إلى الحديث عن أهداف المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ويمكننا تلخيصها فيما يلي:

- **التحضير للعقد النهائي المرتقب**، حيث تبدأ المفاوضات وتتواصل بغرض إبرام العقد النهائي الذي يمثل غاية الطرفين اللذين يحاولان من خلال المفاوضات تقريب وجهات النظر بينهما، بالتشاور وتبادل الاقتراحات ومتابعة المفاوضات بشكل جدي، بقصد التوافق على شروط وبنود العقد المنشود إبرامه[908].

- **وضع دراسة أولية ودقيقة للشروط التي سيجري تنفيذ العقد وفقها**، إذ لا يمكن أن تتم الصياغة النهائية للعقد، إلا بعد إجراء المفاوضات حول جميع عناصره. وتزداد أهمية ذلك بالخصوص، في العقود المركبة التي تضم عناصر مختلفة وتساهم العديد من الأطراف في تنفيذها.

- **تحديد دقيق لحقوق والتزامات الطرفين المتعاقدين بشكل واضح ودقيق ورافع لكل لبس**، مع تحديد المبادئ والالتزامات التي تقع على عاتق الطرفين أو أحدهما، بحيث يختلف مضمونها تبعا للوقت الذي يتوقع أن تستغرقه المفاوضات. هذا إلى جانب كل القواعد التي ستحكم علاقات الطرفين طيلة فترة التنفيذ، إذ يقتضي الدخول في أي التزام تعاقدي بشكل نهائي تقدير الأطراف لنطاق الالتزامات التي سيتحملون بها، خاصة إذا تعلق الأمر بالعقود التي تنفذ عبر مراحل (العقود الزمنية).

لذا، وجب اتخاذ كل ما يلزم من إجراءات، تحسبا للطوارئ والظروف التي قد تحدث أثناء تنفيذ العقد، حفاظا على التوازن المالي العقدي واستمرارية تنفيذه، دون الإضرار بأي من الطرفين[909].

من خلال كل ما تقدم، نلحظ أهمية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، والأهداف التي ترنو إليها الأطراف، باعتبارها مرحلة تمهد لاتفاق الطرفين المتعاقدين على العقد النهائي، خاصة وأن طبيعة هذه العقود تفرض التحقق والتثبت من كل دقائق وتفاصيل كل بنود العقد المزمع إبرامه.

---

[907] Jacques Ghestin, Isabelle Marchessaux-Van Melle, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen, in la protection de La partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons Franco-Belges, Ouvrages présenté par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I et le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, bibliothèque de droit privé N° 261, L.G.D.J, 2007, p. 2 et 3.

[908] محمد حسن قاسم، مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002، ص. 188.

[909] تتمحور حقوق والتزامات الطرفين في مجموعة من المقتضيات، نوردها فيما يلي: لغة العقد، ديباجته، المصطلحات المستعملة، التحديد الدقيق لعناصر العقد وبنوده، الثمن ومدة العقد، التثبت من هوية وأهلية الطرفين المتعاقدين، المحكمة المختصة والقانون الذي يجب تطبيقه في حالة نشوب نزاع بين الطرفين، الصعوبات التي يمكن أن تظهر أثناء تنفيذ العقد، التسليم وطرقه وشروطه وإجراءاته، عدم قطع المفاوضات عن سبق إصرار، الحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها الأطراف من بعضهم البعض أثناء التفاوض. انظر للمزيد من التفاصيل: أحمد خالد العجلوني، م.س.ص. 99 و102؛ محمد حسن قاسم، م.س.ص. 191.

مما حذا ببعض من الفقه، إلى اعتبار المفاوضات حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ذات اعتبارات قانونية خاصة، وأوجب التأكيد على أنها جزء لا يتجزأ من العقد، بل وشرط أساسي لإبرام التعاقد وليس مجرد مرحلة سابقة تخضع للاجتهادات والتقلبات. وأوجب هذا الموقف في الفقه أيضا، في حالة التوصل إلى إبرام عقد نهائي، التأكيد على أن المفاوضات تلعب دورا مهما وأساسيا في عملية تفسير العقد، دون أن يؤثر ذلك على مبدأ رضائية العقود[910].

بذلك تبدو الأهمية الخاصة لمرحلة المفاوضات قبل العقدية، كوسيلة للتفاهم وتقريب وجهات النظر والحد من أسباب النزاع في المستقبل، وكذلك معرفة كل طرف بظروف العملية التعاقدية وحقوقه والتزاماته، حيث تلعب المفاوضات دورا وقائيا بالنسبة للمرحلة التالية، وهي مرحلة إبرام العقد. مما يجرنا إلى الحديث عن العناصر التي يقوم عليها التفاوض، لنتساءل عن آليات التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ؟. هذا ما سنتعرض له بالتفصيل، من خلال **الفقرة الثانية**.

الفقرة الثانية: آليات التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

يتميز التفاوض الذي يتم عبر الطرق الإلكترونية، بالوسائل المستعملة لإنجازه. وغالبا ما يتم اللجوء إلى التفاوض الإلكتروني إذا تعلق الأمر بعقود محلها إلكتروني أيضا، كعقود الخدمات والمعلومات الإلكترونية، كما قد يستعمل الإنترنيت في التفاوض في عقود مدنية أو تجارية.

ولا يختلف التفاوض الإلكتروني عن نظيره في الأوضاع العادية للتعاقد، مع ضرورة الأخذ بعين الاعتبار، أنه يثبت للمفاوضات التي تجري عبر الإنترنت أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، نفس الأهمية التي تثبت لها في الأوضاع العادية.

وعليه، فإن التفاوض عبر الإنترنت أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى يثار بشأنه ما يثار بشأن التفاوض في العقود بشكل عادي من مشاكل قد تطرأ على المفاوضات، كاختلاف اللغة أو الإثبات أو تنازع الاختصاص أو القوانين أو الاحتيال أو القرصنة أو أي مشاكل أخرى، سواء كانت مشاكل تقنية أم قانونية[911].

فإذا كانت المفاوضات التي تتم بين طرفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، تلعب دورا مهما في الوقاية من المنازعات التي يمكن أن تحدث بينهما حول تفسيره أو تنفيذه، فإن تحديد العناصر الأساسية التي تقوم عليها هذه المفاوضات، يُعد أمرا مهما لإنجاح الإستراتيجية التي يضعها الطرفان بإرادتيهما الحرة والتي تسعى عادة إلى التوصل إلى حلول وسط، تراعي مصالح كليهما.

---

[910] أحمد خالد العجلوني، م.س.ص. 103.

[911] بشار محمود دودين، م.س.ص. 96. انظر في ذات السياق، عبد الفتاح الزيتوني، تنازع الإختصاص في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 1، 2001، ص. 49.

فيتم بذلك طرح المقترحات وتبادل العروض للمناقشة، وتظل الإرادة حرة تماما في الدخول إلى التفاوض أو الاستمرار فيه أو الانسحاب منه ولو في آخر لحظة، وذلك طيلة مرحلة المفاوضات. وقد يتنازل الطرفان كل من جانبه، من خلال إجراء بعض التعديلات في الشروط أو المطالب المقترحة للتفاوض، إذ الهدف هو التوصل إلى اتفاق مشترك وتقريب وجهات النظر المتقابلة بأسلوب حضاري[912]. وحين استعمال الأطراف للوسائل الإلكترونية في التفاوض، تلجأ إلى وسائل عديدة لإنجاحه (**أولا**). وهنا، لا بد أن نشير إلى ضرورة توافر عناصر لازمة في التفاوض حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية (**ثانيا**).

أولا- وسائل التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

يعتبر العقد المبرم بطريقة إلكترونية من العقود المبرمة عن بعد، والتي لا يتواجد فيها أطرافها سوى افتراضيا. وفي المفاوضات بخصوصها والتي تتم أيضا إلكترونيا، قد يلجأ الأطراف إلى العديد من التقنيات لإجراء المفاوضات عبرها: كأن تتم من خلال تبادل الأطراف للرسائل البريدية الإلكترونية أو الحوار المباشر عبر الهاتف المرئي، أو عبر وسائط الكاميرا الرقمية[913] والهاتف المسموع عبر الإنترنت. كما قد تتم المفاوضات عبر المواقع على الشبكة، أو من خلال الوسيط الإلكتروني.

ونشير بهذا الخصوص، إلى أن المفاوضات التي تتم عبر وسائل المحادثة المباشرة المرئية والمسموعة، تضفي نوعا من الثقة على محادثات الأطراف والمفاوضات فيما بينهم، لما لها من مصداقية في التعامل، كما لو أنها مفاوضات مباشرة بين الأطراف المتعاقدة. فقد يلجأ الأطراف إلى التفاوض إلكترونيا من خلال تبادل خطابات النوايا (أ)، أو من خلال صفحة الموقع (ب)، كما قد يلجأ الأطراف إلى الرسائل الإلكترونية (ج).

أ- خطابات أو رسائل النوايا في مرحلة التفاوض إلكترونيا: يطلق عليها عدة مسميات منها: "البروتوكول" أو "المذكرة" أو "خطاب التفاهم"[914] أو "اتفاقات التفاوض"[915]. وتعتبر خطابات النوايا أو المراسلات التمهيدية التي تتم عبر الرسائل الإلكترونية الأكثر انتشارا واستعمالا خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني، إذ ينطوي العقد المبرم بطريقة إلكترونية على نقاط قانونية غاية في الأهمية والخطورة والتي لا يمكن الاتفاق بخصوصها في جلسة واحدة أو جلستين، بل قد يتطلب الأمر اجتياز عدة مراحل تتم فيها اتفاقات ومفاوضات عديدة تحرر في مستندات تحضيرية وتبرز أهميتها في تسهيل المفاوضات.

---

[912] محمد عرفة، العناصر الأساسية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية وعوامل نجاحها، الصحيفة الاقتصادية الإلكترونية، 7 ديسمبر 2006، ع. 4805، منشور على الموقع التالي:

www.Aleqt.com/2006/12/07/article_7223.html (M.S.J, Fév.2009).

[913] La Vidéo conférence.

[914] حمدي محمود بارود، مقال سابق، ص. 134. وتجدر الإشارة، أن خطاب النوايا هذا هو نتاج مستورد من المجموعة الأنجلو-أمريكية، حيث ابتدعته هناك الأوساط التجارية. لذا، كان من المتعذر أن تستوعبه النصوص القانونية الخاصة بآليات العقد التقليدية، وأصبح من مهمة الفقه والقضاء البحث عن حلول تستخلص من المبادئ العامة في النظام القانوني، القواعد التي من شأنها أن تتلاءم مع محتوى هذا الخطاب والأغراض المتعددة له.

[915] حمدي محمود بارود، المرجع السابق، ص. 134.

ويعرف البعض من الفقه "خطابات النوايا" أو "المراسلات التمهيدية"، بأنها: "مستند مكتوب يوجه من طرفٍ يرغب في التعاقد على أمر معين، إلى الطرف الآخر، يعرب فيه عن رغبته تلك، ويطرح فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها"[916].

ووفق هذا التعريف، كل مستند لا ينطوي على إبداء الرغبة في التعاقد، ولا يتضمن بيانا للنقاط الرئيسية والجوهرية للعقد المراد إبرامه، ولا يشتمل على دعوة للتفاوض، لا يعتبر خطابا للنوايا، بل يعتبر مستندا عاديا. وقد ترسل خطابات النوايا عبر البريد الإلكتروني، كما قد تكتب وترسل على دعامة ورقية إلى عنوان الشخص المعني أو عبر الفاكس، كما قد ترسل إلكترونيا بكل وسيلة إلكترونية متاحة، كالإنترنت أو غيرها.

بذلك يمكن تعريف خطابات النوايا، بأنها محررات إلكترونية مكتوبة قبل إبرام العقد النهائي، وهي تعكس مقترحات واتفاقات أحد طرفي العقد أو كلاهما، بهدف الدخول في التعاقد من خلال وسيط إلكتروني أو بشكل مباشر عبر الوسائط الإلكترونية. وعلينا أن نشير هنا، إلى أن خطابات النوايا ليست محررات رسمية بل عرفية، على اعتبار أنها صادرة من أفراد فيما بينهم، دون أن يتدخل موظف عام في تحريرها، بحيث لا تلزم سوى أطرافها.

وتلعب خطابات النوايا دورا بارزا في المفاوضات الإلكترونية، حيث يلجأ الأطراف إليها في بعض العقود، ولا سيما التي تتم بين أطراف يفصل بينهما بعد جغرافي كبير، وذلك بتدوين ما تم التوصل إليه من خلال ما تم من مفاوضات. ويعتبرها بعض من الفقه، "تقنية تفاوضية من طبيعة خاصة" حيث يضع المرسل تحت تصرف المرسل إليه كل الوثائق اللازمة للتفاوض، متى وافق هذا الأخير على ما جاء فيها. ووجود رسائل أو خطابات النوايا، يعني عدم وجود أي عقد في هذه المرحلة من المفاوضات.

لكن، إذا ما تم التوقيع فلا حاجة للعودة إلى ما تم تدوينه. فهذه الخطابات بمثابة إعلانات أو إرشادات تحدد المراحل التي تم تجاوزها من المفاوضات[917] وتمثل خطوة نحو إبرام العقد النهائي، كما تعبر عن رغبة أطراف المفاوضة في التوصل لاتفاق نحو إعداد وإبرام العقد النهائي.

وعليه، فإن خطابات النوايا تمثل في حقيقة الأمر، خلاصة لمضمون المواقف النهائية لأطراف التفاوض، من كل الاتفاقات الدولية المبرمة بينهما كل على حدة، كما تحدد الإطار المستقبلي للاتفاق المزمع إبرامه[918].

---

[916] أحمد عبد الكريم سلامة، م.س.ص. 34.

[917] عبد المنعم موسى إبراهيم، م.س.ص. 402.

[918] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 216، وأيضا حمدي محمود بارود، مقال سابق، ص. 134.

ويرى بعض من الفقه، أن خطابات النوايا تتعدد وتتنوع بتنوع أغراضها وأهدافها. فقد يكون الهدف منها مجرد التعبير عن الرغبة في الاستعلام عن شيء معين، دون الدخول في التفاصيل القانونية، وقد تتضمن دعوة للتفاوض أو تحديد الالتزامات التي يجب على الطرفين الالتزام بها خلال مرحلة المفاوضات، وقد تتجاوز خطابات النوايا كل ذلك لتعبر مباشرة عن إرادة نهائية وباتة في إبرام عقد[919].

ورغم أن خطابات النوايا تصدر عن طرف واحد، إلا أنه غالبا ما يطلب مُصدرها ممن وجهت إليه إثبات قبوله بما ورد فيها، وهذا نفسه ما نص عليه المشرع المغربي بموجب الفصل 5-65 ق.ا.ع حينما اشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل إليه العرض قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله. كما أن المشرع في الفصل 2 من الباب الأول المكرر والذي عنونه بـ "العرض" لم يستعمل عبارة "الإيجاب"، ولكن استعمل عبارة "العرض" قبل أن يتطرق في الفصل الثالث، إلى المقتضيات المتعلقة بإبرام عقد بشكل إلكتروني.

فهل كان مقصد المشرع المغربي جعل العرض مفتوحا ليضم مختلف حالات العروض، والتي لا ترقى إلى درجة الإيجاب في العقود العادية؟. كما نتساءل عن الحالة التي يتم فيها إرسال العرض لأكثر من مرة واحدة، هل كل رسالة إلكترونية تعد عرضا مستقلا عن الآخر؟، أم أن الرسالة الأولى هي الأصل وما عداها من رسائل تبقى مجرد نسخ عنها، ما دامت تحمل نفس العبارات ونفس المضمون؟.

بالرجوع إلى تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، نجد أن السيد الوزير المنتدب لدى الوزير الأول المكلف بالشؤون الاقتصادية والعامة، أوضح أن الفصل "يتحدث عن مرحلة أولى في إبرام العقد، وهي: مرحلة العرض، وخلالها ينبغي أن يتفق الطرفان على استخدام الوسائل الالكترونية".

وفي معرض السؤال المتعلق بعبارة "ما قبل التعاقد" أو "ما بعد التعاقد أوضح السيد الوزير أن "المشرع يقصد ما قبل التعاقد لأن الأمر لا يزال يهم العرض"[920].

---

[919] نظرا لكثرة وتنوع واختلاف المسميات، أكد البعض من الفقه أننا بصدد فوضى في مجال المصطلحات القانونية المستخدمة في المفاوضات قبل العقدية. وللتدليل على هذه الفوضى يكفي أن نشير إلى بعض من هذه المسميات: خطاب النوايا، مذكرة التفاهم، وخطاب التفاهم، ورؤوس الاتفاق، والاتفاق من حيث المبدأ، وعهد الشرف وخطاب الثقة، وخطاب النوايا، وبروتوكول اتفاقي، والاتفاق المرحلي، واتفاق على الرفض الأول، والاتفاق على الاتفاق. ونكتفي بهذا التعداد غير الحصري لهذه المصطلحات التي يربط بينها جميعا رباط واحد وهو أنها تصدر في مرحلة واحدة هي المرحلة قبل العقدية. ويرى بعض الفقه أن خطابات النوايا نفسها أنواع، نذكر منها: خطاب الدعوة للبدء في التفاوض الإلكتروني؛ الخطاب الموجه إلى طرف آخر أثناء المفاوضات يثبت فيه اتفاق الطرفين على بعض الالتزامات؛ خطاب يتضمن تفاصيل المعاملة محل التعاقد. وللمزيد من التفاصيل، انظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 217؛ وأيضا، أحمد عبد الكريم سلامة، م.س.ص. 41 وما بعدها؛ مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي، سوريا، 2001، ص. 422 وما بعدها؛ وتجدر الإشارة إلى أن خطابات النوايا الإلكترونية، تتميز عن خطابات النوايا المصرفية، كما تختلف أيضا عن الكتالوجات الإلكترونية وخطابات الثقة الإلكترونية، ذلك أن خطابات النوايا هي مجرد مشروع ما قبل التعاقد، ويمكن الرجوع وتفاصيل ذلك إلى: خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 217 وما بعدها؛ وأيضا، مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004، ص. 12 وما بعدها.

[920] تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان، تقرير سابق، ص. 18

والملاحظ أن المشرع قد استعمل عبارة **"العرض التعاقدي"** في التقرير[921]، كما استعمل عبارة **"اقتراح"** كمفهوم مرادف للعرض: "لذلك فإن كل اقتراح غير متضمن لشرط من الشروط يبقى إشهارا"[922].

أما بالنسبة للحالة التي يتم فيها إرسال العرض لأكثر من مرة واحدة، فلم نجد أن المشرع المغربي قد تطرق إليها، كما لا نجد خلال مناقشة نص هذا القانون، ما يفيد ذلك. ويمكن القول بخصوص هذه المسألة والتي لا محالة ستعرض على القضاء المغربي، أنه إذا ما تم إرسال الرسالة التي تحمل العرض عبر البريد الإلكتروني، فإن متلقي العرض يجد ببريده رسائل إلكترونية من نفس مقترح العرض، وبنفس العبارات والمحتوى.

فالرسالة الإلكترونية الأولى هي الأصل وما يليها ليست سوى نسخ عنها، خاصة وأن هناك برامج للبريد الإلكتروني ترسل بشكل إلكتروني ومستمر، نفس الرسالة إلى المرسل إليه وتطلب إشعارا بتوصل الرسالة الإلكترونية منه. فإذا ما قرأ الرسالة دون أن ينقر على خاصية "تم التوصل"، فإن البرنامج يعيد الإرسال من جديد.

هنا نكون أمام نفس العرض، لكنه متوقف على إشعار بتوصل المرسل إليه به. لكن، إذا ما كان المرسل إليه توصل بعدة رسائل تحمل نفس العرض ومن نفس المرسل، وكل عرض يختلف عن الآخر، وإن كان التوصل في فترات زمنية متقاربة، فإننا نرى بأن كل عرض أرسل إلا ويشكل عرضا جديدا ومستقلا عن البقية.

وتجدر الإشارة، إلى أن بعضا من الفقه يرى أن رسائل أو خطابات النوايا من طبيعة عقدية، إذ يوقع عليها أطراف العلاقة، فينتج عنها التزام عقدي مؤداه الاستمرار بالتفاوض؛ فهي عقود تمهيدية[923]. ولكن هذا الاتجاه منتقد، إذ تحرص الأطراف في الواقع العملي على النص على عدم وجود أي عقد في هذه المرحلة، كما أن هذه الخطابات لا تحمل اسم "عقد"، بل عبارة "وثيقة ليست من طبيعة عقدية" أو عبارة "ليست عقدا"، وبالتالي يجب احترام إرادة الأطراف والتي تهدف إلى مجرد ضبط المفاوضات[924].

فالأطراف إذا كانت ترفض وجود عقد في هذه المرحلة، فإنها مقابل ذلك، تحرص على الالتزام بالاستمرار في التفاوض، حيث تدون هذه الرسائل ويتم تبادلها لتأكيد ذلك الالتزام بالتفاوض بحسن نية، ولتسهيل إثباته في الحالات التي يقطع فيها أحد الأطراف هذه المفاوضات، دون مبرر معقول[925].

بذلك تكون خطابات ورسائل النوايا المتبادلة بطريقة إلكترونية وسيلة إضافية لضمان استمرار المفاوضات وجديتها، ومن خلال تأكيد وجود مسؤولية تقصيرية على عاتق من يتخلص منها، فتشبع حاجة الأطراف قدر الإمكان في المرحلة السابقة عن إبرام العقد النهائي.

---

[921] انظر الصفحات: 11، 19 و20 من التقرير السالف ذكره.

[922] التقرير السابق، ص. 21.

[923] Schmidt-Sazalewski J., Négociation et conclusion de contrat, Op.cit., p. 229.

[924] Ghestin J., Traité de droit civil: La formation du contrat, 3ème Ed., 1990, p. 147.

[925] Schmidt-Sazalewski J., Op.cit., p. 16.

ويتم يكون إثبات هذه المسؤولية، من خلال إثبات تخلي أحد الأطراف عن المفاوضات بغير مبرر معقول، وإثبات حصول الضرر بالطرف أو الأطراف الأخرى نتيجة لذلك. وكل ذلك ينعكس على آثار المسؤولية عن خرق الاتفاق الذي يتم من خلال رسائل النوايا، فيكون التعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، ليشمل كل الأضرار التي تلحق بالطرف المتضرر من قطع المفاوضات، أي النفقات التي تكبدها بشكل أساسي، إضافة إلى تعويض الفرصة[926].

ب- التفاوض من خلال صفحة البيانات للموقع والعقود النموذجية الإلكترونية: قد تتم المفاوضات من خلال موقع مقترح البضاعة أو الخدمة، وهي تلك التي تظهر على شاشة الحاسوب أو شاشة الهاتف النقال المتوفر على خدمة الانترنيت.

وتتضمن الشروط التي يرغب كل طرف توافرها في محل التزامه، حيث يتم تحديد أهداف التعاقد والسبل المقترحة لتحقيق الغاية الأساسية من محل الالتزام. وعلى كل طرف توضيح كل البيانات الضرورية واللازمة، وبذل كل الجهود لتقريب وجهات النظر والوصول إلى عقد صحيح ومنتج لكافة آثاره القانونية[927].

كما قد يتفاوض الطرفان على أساس النماذج العقدية الموضوعة بطريقة إلكترونية[928]، والتي يتم إعدادها مسبقا وتحتوي نفس الشروط التي تطبق على أي شخص يكون طرفا في نوع العقد النموذجي المعني. حيث نجد أحد الطرفين الراغب في التعاقد يرسل بنموذج عقده إلى الطرف الآخر المتلقي، الذي يرد على هذا النموذج بإرسال نموذجه العقدي الخاص به، والذي قد يحتوي على شروط مختلفة عن تلك التي وردت في نموذج الطرف الأول. ويقتصر دور الأطراف المتعاقدة على ملء البيانات الناقصة، سواء تعلق الأمر بشخص المتعاقد أو مدة التعاقد أو باقي البيانات التكميلية عند الاقتضاء[929].

وتكون بذلك العقود النموذجية، وسيلة فعالة وعملية لتحقيق الكفاية الذاتية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة منها العقود الإلكترونية الدولية، لكونها تتضمن كافة التفصيلات والأحكام التي كشف الواقع العملي والتجارب المتراكمة عن أهميتها وضروريتها[930].

ج- رسائل البيانات الالكترونية: سبق أن عرفنا رسائل البيانات، بأنها 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[931].

---

[926] Viney G., Traité de droit civil, Les Obligations: La responsabilité, les effets, Paris, 1998, p. 232.

[927] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 49.

[928] تلجأ العديد من الشركات الكبرى ذات الإنتاج الوافر والتوزيع الضخم، وكنتيجة لعوامل متعددة تقوم سلفا بإعداد نموذج تفرضه على كل من يريد التعاقد معها، خاصة إذا كان الطرف الآخر مستهلكا. أما إذا كان الطرف الآخر شركة كبرى فإن القوة التفاوضية لهذه الشركة تجعل لها القدرة على مناقشة الشروط التعاقدية مع الشركة الأولى ومن ثم الوصول إلى عقد بشروط متوازنة يتم الاتفاق عليها.

[929] العربي مياد، م.س.ص. 387.

[930] محمد طارق، م.س.ص. 48.

[931] الفقرة أ من المادة 2 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر بتاريخ 16 ديسمبر 1996.

وإذا لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يمكنهما استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبوله، ولا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض[932].

وينصرف مفهوم رسالة البيانات ليس فقط إلى رسائل البريد الإلكتروني، بل على كل البيانات والمعلومات التي يتم تصديرها وتبادلها عبر شبكة الإنترنت. ويشمل مفهوم التصدير هنا، كل أنواع وأشكال المبادلات الإلكترونية. فالرسالة المحررة عبر البريد الإلكتروني هي رسالة بيانات، وبمجرد التفاعل بالنقر على إحدى الخيارات بقصد الإرسال، تعد رسالة معلومات بالمعنى الاصطلاحي والقانوني لمفهوم رسائل البيانات[933]. وقد تُجرى المفاوضات بتبادل الطرفين لرسائل البيانات، بحيث يتبادل الطرفان العروض والاقتراحات، إلى حين الانتهاء من إبرام العقد[934].

إذن للمفاوضات أهمية كبيرة، وتتم من خلال وسائل عديدة كما رأينا، وفيها جميعا يمكن إجراء المفاوضات إلا في حالة التعاقد بالمزاد الالكتروني، حيث لا يمكن تصور حدوث مفاوضات، إذ أن في هذا النوع من التعاقد لا تجري فيه مفاوضات، لأن الإيجاب يتمثل في تقديم العطاء من المزايد والقبول يكون بإرساء المزاد على صاحب أكبر عطاء[935].

أيضا، لا يمكننا تصور حدوث مفاوضات من خلال الموقع الإلكتروني، إذ في هذه الصورة أيضا لا يمكن تصور حدوث مفاوضات. فالإيجاب الموجود على الموقع يكون ثابتا، وهو عبارة عن صفحة من صفحات الإنترنت مكتوب فيها كل شروط العقد وفي آخر الصفحة نجد أيقونة القبول. بذلك المتعاقد الآخر عليه إما القبول بهذه الشروط بالضغط على هذه الأيقونة، وإما رفضها بعدم الضغط على تلك الأيقونة.

على أن المفاوضات يمكن حدوثها في حالة التعاقد بالتفاعل المباشر عبر الإنترنيت، إذ من السهل في هذه الحالة على الطرفين أن يتبادلا العروض والعروض المقابلة وذلك بتبادل العبارات الشفهية، والمفاوضات متصورة الحدوث في هذه الحالة. كذلك الحال بالنسبة للتعاقد من خلال البريد الالكتروني، فالتفاوض بين طرفي العقد متصور الحدوث بتبادل العروض في الرسائل الالكترونية، وهذا ما يحدث غالبا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

لكن ما هي يا ترى العناصر التي يقوم عليها التفاوض؟، هذا ما سنبحثه من خلال **الآتي**.

---

[932] الفقرة 1 من المادة 11 من قانون الأونسيترال النموذجي.

[933] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 111 و112.

[934] إلياس ناصيف، م.س.ص. 72.

[935] محمد سعيد أحمد إسماعيل، م.س.ص. 184 وما بعدها.

ثانيا-عناصر التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية:

مر معنا من خلال ما سبق، أن المفاوضات تلعب دورا مهما في تذليل الصعوبات التي تتمثل بالأساس، في التعقيدات القانونية والفنية أمام طرفي العقد، وخطوة هامة أمام طرفين يرغبان في إبرام عقد وفق شروط تتم صياغتها بشكل موحد فيما بينهما. فإذا ما انتهت المفاوضات - التي قد تطول أو تقصر حسب ظروف التعاقد - إلى تفاهم على جميع ما أثاره الطرفان من إشكالات ونقاط، قد يلجأ أحدهما إلى صياغة مشروع نهائي بوصفه إيجابا ينتظر قبول الطرف الآخر.

ولكن قد تنتهي المفاوضات، دون التوصل إلى إبرام عقد بشأن الصفقة المتفاوض بخصوصها، بامتناع الطرفين أو لتباعد وجهات نظرهما، إذ تعتمد المفاوضات على مجموعة من العناصر، نذكر منها:

أ- تحديد الاحتياجات والعناصر الموضوعية التي تحدد ماهية العقد المبرم بطريقة إلكترونية[936]: لابد من توضيح دقيق للاحتياجات التي يهدف الطرفان تحقيقها، بحيث عليهما إبرازها بشكل نافٍ للجهالة، كي يتم التفاوض على أساسها. ويمكنهما اللجوء إلى خبير -عند الاقتضاء- إذا استدعى الأمر ذلك[937]. كما ولا بد من تحديد السلع والخدمات المراد التعاقد عليها من أجل التفاوض بشأنها، ومن ثم التفاوض بشأن مواصفاتها وأسعارها وكمياتها. أما إذا كانت خدمات فلا بد تحديدها بدقة وبوضوح، حيث يلتزم مقترح العرض باختيار أفضل المعدات والبرامج التي تتناسب وحاجيات الطرف المتفاوض معه[938].

ب- وضع دفتر للتحملات "Cahier de charge": يحتاج إبرام بعض العقود، إلى التريث والتأني وطرح شروط التعاقد في "دفتر للتحملات"، تُضَمن فيه كل المطالب التي ستشكل الأساس الذي يتم عليه التفاوض. وتحدد في "دفتر التحملات" كل الرغبات والأهداف التي يروم طالب الخدمة أو البضائع تحقيقها، والسبل المقترحة لتحقيق ذلك. ويتعين على الطرفين، التعاون وبذل الجهد، لتفادي كل أسباب الخلاف، من خلال إعداد الوثائق التفاوضية التي من شأنها الدفع بالمفاوضات قدما نحو إبرام عقد متكامل البنود، وفي اتفاق تام فيما بين الطرفين حوله[939].

جـ- تحديد الوقت الذي يستغرقه التفاوض: يعتبر عامل الزمن عنصرا أساسيا ومهما بالدرجة الأولى، في إجراء العملية التفاوضية. فالتفاوض لا يتم بين لحظة وأخرى، بل قد يستمر مدة يراها الطرفان ضرورية. ومع ذلك ترتبط المدة المستغرقة في التفاوض، بحجم الصفقة المتفاوض بشأنها.

فالأصل أن لا يحدد الطرفان مدة معينة للتفاوض، بل يتركانها مفتوحة، مع الأخذ بعين الاعتبار عدم تبذير الوقت الكثير في المفاوضات، هذا وقد يميل أحد الطرفين المتفاوضين إلى تحديد وقت معين للتفاوض[940].

---

[936] سمير عبد السميع الأودن، م.س.ص. 39.

[937] إلياس ناصيف، م.س.ص. 74. وأيضا: محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 48 و49 ؛ انظر أيضا، محمد حسين منصور، م.س.ص. 54 و55.

[938] عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 140.

[939] محمد حسين منصور، م.س.ص. 55.

[940] بشار محمود دودين، م.س.ص. 97.

وبناء على ما سبق، على الطرفين المتفاوضين تحديد مطالبهما بدقة شديدة وبذل الجهد في هذا الشأن، لتفادي كل أسباب الخلافات من خلال إعداد الوثائق التفاوضية الكاملة، التي تساعد على إبرام عقد ناجح[941]. على أن التفاوض بخصوص العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تضع على عاتق الطرفين المتفاوضين بعض الالتزامات التي يتعين احترامها، وذلك لضمان اكتمال التفاوض على أفضل وجه. وهذا نفسه ما سنتطرق إليه من خلال المطلب الثاني.

المطلب الثاني
الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

لا خلاف أن حرية التعاقد، تقتضي بالضرورة حرية التفاوض. غير أن هذه الحرية قد تؤدي إلى مفاوضات غير جادة، تكون سببا لإضاعة الوقت والجهد والمال دون نية حقيقية في التعاقد، كما قد يكون القصد هو تحقيق أهداف أخرى غير إبرام العقد الذي تدور حوله، كأن يتم التفاوض بهدف دعائي مثلا، أو بقصد تفويت فرصة للتعاقد مع آخر، أو التعرف على حجم نشاط الطرف الآخر أو الإطلاع على أسرار عمله[942].

وإذا كانت المفاوضات مرحلة مهمة تسبق إبرام العقد، فالأصل هو احتفاظ الطرفين بحقهما في قطع المفاوضات، دون تحمل أي مسؤولية ولو كانا قد اتفقا على مشروع تعاقد. ذلك أنه يحق لكل مفاوض أن يقطع المفاوضات في أي وقت شاء دون أن يترتب عليه أي مسؤولية، ودون أن يكون ملزما بتبرير قطعه للمفاوضات.

لكن ترد على هذا المبدأ استثناءات، تهدف إلى إضفاء نوع من الالتزام الأخلاقي على هذه المرحلة[943]. فالعدول عن المفاوضات أو قطعها قد يرتب مسؤولية قاطعها، حينما يقترن عدوله بخطأ[944]، إذ أن إنهاءها بشكل سلبي قد يؤدي إلى إبرام عقد معيب تنتج عنه كثير من المنازعات بين طرفي العقد. وأخيرا، يجب القول أن وجود المفاوضات التي تسبق التعاقد تعد الأساس القانوني الذي يستند عليه الفقه في تقسيم العقود إلى عقود حرة من جهة، وعقود إذعان من جهة أخرى[945].

ورغم أن معظم التشريعات لم تنظم مرحلة المفاوضات، وبالتالي الالتزامات الناشئة عنها، فإن الفقه والقضاء حاولا البحث في المسألة، حيث استقر الجميع على وجوب الالتزام بالتفاوض بحسن نية؛ أي أن يتسم سلوك المتفاوض بالشرف والأمانة والنزاهة وأن يمتنع عن كل ما من شأنه إعاقة تقدم المفاوضات أو إفشالها أو اتباع أساليب احتيالية[946]، قد تدفع الطرف الآخر إلى القبول بإبرام عقد نهائي.

---

[941] سمير حامد عبد العزيز الجمال، م.س.ص. 99.

[942] محمد حسن قاسم، م.س.ص. 181، وانظر أيضا، طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، م.س.ص. 191 و192.

[943] Jacques Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, R.T.D. civ. 1986, p. 100.

[944] محمد حسين منصور، م.س.ص. 62.

[945] محمد حسين عبد العال، م.س.ص. 12.

[946] محمد حسين منصور، م.س.ص. 56؛ حسام الدين الأهواني، م.س.ص. 98 و99؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 238؛ صابر محمد عمار، مقال سابق، ص. 14.

والملاحظ أن الفقه استقر على قاعدة حرية المفاوض في الاستمرار أو قطع المفاوضات في الوقت الذي يراه أي من الطرفين مناسبا، إلا أن هذا لا يعني إغلاق الباب أمام الطرف الآخر، لمقاضاة المتفاوض معه عن الأضرار التي لحقت به من جراء ذلك، حيث يتم الرجوع إلى قواعد المسؤولية المدنية.

ولا شك أن الحرية التي يتمتع بها أطراف التفاوض في تحديد المضمون المنظم للمسيرة التفاوضية، تجعل من الصعب إعداد قائمة حصرية بالالتزامات الناشئة عن هذه المرحلة، ذلك أن تحديد هذه الالتزامات يتوقف على القدرة الخلاقة لإرادتي المتعاقدين، والتي لا يحد منها إلا النظام العام. وعلى هذا النحو، يكون من البديهي أن الالتزام بالتفاوض وبحسن نية، هو الالتزام الأساس الذي ارتضاه الطرفان المتفاوضان، ويمكن اعتباره الالتزام الجوهري الذي تدور في فلكه باقي الالتزامات الأخرى[947].

فهذه الأخيرة على أهميتها، لا يمكن وضع تحديد لها. لذا، سنقتصر في معالجتنا لها على أهمها، وفق الملاحظ في الواقع العملي، بالتطرق أولا إلى تلك التي تنشأ في إطار المسؤولية التقصيرية (**الفقرة الأولى**)، لنتطرق بعدها إلى الالتزامات التي تنشأ عن مرحلة التفاوض، لكن في إطار المسؤولية العقدية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: الالتزامات الأساسية الناشئة عن المفاوضات في إطار المسؤولية التقصيرية

عديدة هي الالتزامات المترتبة عن مرحلة المفاوضات، والتي يأتي التفاوض بحسن نية كأول التزام رئيس تنبثق عنه بقية الالتزامات الأخرى (**أولا**)، ثم الالتزام بعدم قطع المفاوضات بدون سبب مشروع (**ثانيا**)، الالتزام بالنصح والإرشاد (**ثالثا**)، هذا إلى جانب الالتزام بالمحافظة على الأسرار المحصل عليها أثناء المفاوضات (**رابعا**).

أولا- التفاوض بحسن نية: اتجه جانب كبير من الفقه والقضاء إلى تأسيس الالتزامات السابقة عن التعاقد كالالتزام بتقديم المعلومات في مرحلة ما قبل التعاقد، على مبدأ حسن النية، بما يوجبه هذا المبدأ من التزامات على عاتق كلا الطرفين المتعاقدين بهدف توفير الأمانة والثقة بينهما[948].

ويقتضي هذا المبدأ من الطرفين المتفاوضين التفاوض بشرف وأمان، وفي احترام تام للقواعد الأخلاقية في الالتزامات عموما؛ بمعنى آخر، هو التوافق بين الأعمال والأقوال، من جهة، والفكر والنية، من جهة أخرى. وهو بذلك، يتعارض مع سوء النية أو الخداع أو المكر والغش، إذ على المتفاوضين أن يتحليا بالنزاهة والصدق والثقة.

---

[947] محمد حسين منصور، م.س.ص. 56.

[948] يؤكد بعض الفقهاء الفرنسيين على وجود مبدأ راسخ في الفقه أساسه ما استقر عليه القضاء الفرنسي منذ حكم 28 مارس 1958، الذي أكد على ضرورة اعتبار الاتفاق الذي يقوم بين الأطراف على التفاوض بحسن نية مقيدا لهذه الأطراف، بيد أنه لا يعدو أن يكون اتفاقا مبدئيا وليس التزاما عقديا لا عودة عنه. للمزيد من التفاصيل حول هذه النقطة، انظر :

Schmidt-Sazalewski J., Op.cit., p. 62; J.Ghestin, Op.cit. p. 317;

ومنذ صدور حكم بتاريخ 19دجنبر 1989، والذي اعتبر كخطوة ممهدة لاعتبار الاتفاق المبدئي على التفاوض يولد التزاما ببذل عناية، هدفه الاستمرار بالتفاوض إلى حين صدور العقد النهائي، دون أن يؤدي ذلك إلى قيام مسؤولية أي من الطرفين، إذا لم يتم التوصل إلى إبرام العقد النهائي. ولمزيد من الإطلاع، انظر:

A.Virciel, Le droit des contrats de l'informatique, Paris, éditions Moniteur, 1984, p. 72

وتقر القوانين، بمبدأ الالتزام بحسن نية خلال مرحلة تكوين العقد أو حين تنفيذه، وقد نص قانون الالتزامات والعقود صراحة على هذا الالتزام العام، بموجب الفصل 231 الذي جاء فيه "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية. وهو لا يلزم بما وقع التصريح به فحسب، بل أيضا بكل ملحقات الالتزام التي يقررها القانون أو العرف أو الإنصاف وفقا لما تقتضيه طبيعته"[949].

ومن ثم، فمنذ لحظة بدء المفاوضات العقدية التمهيدية يلتزم المتعاقد بالصدق والأمانة وبالتعاون تجاه المتعاقد الآخر، بحيث لا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد بل يمتد ليشمل مرحلة إبرامه، وهو ما يطلق عليه مبدأ حسن النية قبل التعاقدي.

فتنفيذ الالتزامات بحسن نية، يفرض على كل طرف أن يبذل كل ما في وسعه من جهد وإمكانيات، مع مراعاة واجب الصدق والأمانة وتقديم كل المعلومات اللازمة والضرورية بكل صدق ودقة[950]، كي يمكن الطرف الآخر من الحصول على أكبر منفعة من تنفيذ العقد؛ ولهذا السبب يجب على كل طرف أن يدلي للطرف الآخر بكل المعلومات التي تفيده في الوصول إلى هذه الغاية[951].

وتتعدد صور الالتزام بحسن نية في التفاوض الإلكتروني، منها: الاستمرار في المفاوضات وعدم قطعها دون عذر مقبول، واحترام الوقت المحدد لكل مرحلة من مراحل التفاوض. وهذا يستوجب التعاون وإبعاد كل إرادة سيئة. وعن هذا الالتزام الأساسي وهو "الالتزام بالتفاوض بحسن نية"، تنبثق العديد من الالتزامات المهمة، سوف نتطرق إليها اتباعا فيما يلي:

ثانيا: الالتزام بعدم قطع المفاوضات بدون سبب مشروع: إذا كانت المفاوضات ليست سوى عمل مادي لا يرتب في حد ذاته أي أثر قانوني، فإن كل متفاوض حر في قطع المفاوضة وقتما يريد، دون أن يتعرض لأي مسؤولية أو يطالب ببيان تتحقق معه المسؤولية التقصيرية، إذا ما نتج عن ذلك ضرر لحق بالطرف الآخر المتفاوض. ويقع عبء إثبات الخطأ، على عاتق ذلك الطرف.

ومن ثم، لا يجوز اعتبار مجرد العدول عن إتمام المفاوضة في ذاته، هو المكون لعنصر الخطأ أو الدليل على توافره، بل يجب أن يثبت الخطأ من وقائع أخرى اقترنت بهذا العدول، ويتوافر بها عنصر الخطأ اللازم لقيام المسؤولية التقصيرية[952].

---

[949] يقابل الفصل 231 ق.ل.ع، الفصل 1134/3 ق.م الفرنسي والفصل 148/1 ق.م. المصري.

[950] يمكن القول أن هذه المبادئ الأخلاقية يتضمنها - إلى حد ما- مبدأ أخلاقي عام وقديم، انتقل إلى القانون منذ زمن طويل، ألا وهو مبدأ حسن النية. فالتشريعات إذا ما أرادت البحث عن العدالة التعاقدية، فلا مفر لها من الرجوع إلى مبدأ حسن النية في الالتزامات. كما أن القضاء نفسه، مطالب بتخليق العلاقات التعاقدية، وذلك بالرجوع إلى نفس المبدأ في انتظار تدخل المشرع في العديد من المجالات الأخرى، انظر للمزيد من التوسع بوعبيد عباسي، م.س.ص. 135.

[951] بوعبيد عباسي، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، ط. 1، ماي 2008، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ص. 133.

[952] قرار لمحكمة النقض المصرية، طعن مدني، مجموعة أحكام النقض، س. 18، ص. 334، رقم 52، جلسة 9/2/1967. أشار إليه عبد المجيد التجاني في: المسؤولية المدنية أثناء التفاوض في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل دبلوم ماستر في قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، ماستر قانون الأعمال، السنة الجامعية: 2009-2010. ص. 31.

ويرى اتجاه في الفقه[953]، أن قطع المفاوضات يمكن أن يحدث من أي من الطرفين، دون أن يؤدي ذلك إلى ترتب أية مسؤولية. على أن هذا لا يعني أن ليس هناك مسؤولية تترتب لمجرد العدول عن المفاوضات، بل قد تقع على عاتق من يقطع المفاوضة بشكل مفاجئ وبدون مبرر، مسؤولية تقصيرية. ويستلزم ذلك، ضرورة توفر خطأ جعل العدول المفاجئ عملا غير مشروع؛ مما ترتب عنه ضرر للشخص الآخر وإن لم يكن ذلك بنية الإضرار به. ويستند هذا الرأي على أساسين:

الأول، ومفاده أن حرية التعاقد هي أساس عام، والمسؤولية في قطع المفاوضات استثناء عن هذه الحرية في التعاقد، وبالتالي لا يجوز التوسع فيها، إذ الأصل أن الالتزامات التعاقدية تفرض على كل مقدم عليها، الالتزام بالأمانة والاستقامة في القيام بها. فغايتها السماح له بتقدير ظروف الصفقة وفرص الكسب أو احتمالات الخسارة فيها، ليس طبقا لحسابات دقيقة فقط، وإنما وفقا لشعوره الشخصي أحيانا.

أما الأساس الثاني، الذي يؤسس عليه هذا الاتجاه الفقهي موقفه، هو أن الظروف التي أحاطت بقطع المفاوضات، جعلت منه قطعا تعسفيا مؤسسا للمسؤولية[954]، ويتأسس هذا على التزام عام بحسن النية الذي يجب أن يهيمن على إبرام العقد، كما يهيمن على تنفيذه؛ ويعتبر الإخلال به خطأ يقيم المسؤولية التقصيرية. ولكن قطع المفاوضات وحده لا يعتبر إخلالا بهذا الالتزام، بل يجب أن تقترن به ظروف تسبغ عليه وصف الخطأ، لتقوم المسؤولية عنه.

على أن هناك من الفقه من يرتب المسؤولية العقدية، على الطرف المخل، بما جرى تنظيمه خلال مرحلة المفاوضات، من تحديد لأهداف التفاوض وتحديد آجاله ...، أو باشر ذلك بسوء نية على نحو أضر بالطرف الآخر[955].

وإذا كان القانون لم يهتم بتنظيم مرحلة المفاوضات، بحيث ظلت خاضعة للممارسات وللقواعد الأخلاقية، ولم يفرض بالتالي أي التزام على الطرفين خلال مرحلة التفاوض على العقد، بحيث سادت في هذا المجال ما يسمى بنظرية الاحتمال أو نظرية المخاطر «La théorie aléatoire»، والتي بموجبها يتحمل كل طرف مخاطر دخوله في المفاوضات على عقد احتمالي.

---

[953] للمزيد من التفاصيل حول هذا الموقف الفقهي، راجع: محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج. 1: في ازدواج أو وحدة المسئولية المدنية ومسألة الخيرة، القاهرة، 1978، ص. 129 وما بعدها. وأيضا:

Boris Stark, Henri Roland et Laurent Boyer, Les Obligations, Tome: 2, Contrat, 5ème Ed., Litec; Paris, 1995, p. 128 et 129.

[954] طبقا لنظرية منع التعسف في استعمال الحق، التي نص عليها المشرع المغربي بموجب الفصل 94 ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "لا محل للمسؤولية المدنية، إذا فعل شخص بغير قصد الإضرار ما كان له الحق في فعله. غير أنه إذا كان من شأن مباشرة هذا الحق أن تؤدي إلى إلحاق ضرر فادح بالغير، وكان من الممكن تجنب هذا الضرر أو إزالته من غير أذى جسيم لصاحب الحق، فإن المسؤولية المدنية تقوم إذا لم يحر الشخص ما كان يلزم لمنعه أو لإيقافه".

[955] François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit Civil, Les Obligations, 6ème Ed., Dalloz, Paris, 1996, p. 145.

وتستند هذه النظرية، إلى ضرورة حماية مبدأ الحرية في التعاقد وأن فرض أي التزام خلال هذه المرحلة قد يؤدي إلى إعاقة المفاوضات على العقد، وأنه لا داعي إلى فرض الالتزام خلال هذه المرحلة، إلا إذا وصل الطرفان إلى الأسلوب التقليدي في انعقاد العقد عن طريق تبادل الإيجاب والقبول[956].

وقد اعتُرِض على هذه النظرية، على اعتبار أنها تؤدي إلى نتائج غير عادلة ولا تتناسب والهدف الاقتصادي المرجو من إبرام العقد. فمعرفة أحد الطرفين بأن الطرف الآخر لا يملك قرار قطع المفاوضات دون مبرر معقول وإلا سيتحمل المسؤولية عن ذلك، تزيد من اهتمامه وثقته بالمفاوضات الجارية بينهما وجديتها[957]، ويقلل من احتمال ضياع مشاريع جيدة، تفاوض الأطراف بشأنها وقطعوا بخصوصها أشواطا مهمة. من هذا المنطلق، يرى بعض من الفقه، ضرورة تدخل المشرع لتحقيق توازن الالتزامات ما بين الطرفين المتفاوضين خلال هذه المرحلة من جهة، وبين حرية الطرفين في التعاقد من جهة ثانية[958].

ويرى بعض آخر من الفقه عكس الموقف الأول، أنه ليس هناك التزام من حيث المبدأ، إلى أن تنتهي المفاوضات إلى تعاقد نهائي. فمن حق كل متفاوض أن يقطع المفاوضات وفق مصالحه دون أن يترتب على قطعها أي مسؤولية، ولا يكلف من قطع المفاوضات بإثبات أنه قد عدل لسبب جدي. وسند هذا الموقف الفقهي، هو كون المفاوضات ما هي إلا عمل مادي لا يترتب عليها بذاتها أي أثر قانوني. على أن أي خروج عن هذا المبدأ أثناء المفاوضات، بارتكاب خطإ يصيب الطرف الآخر بضرر، يجعل مسؤولية مرتكب هذا الخطأ تقصيرية وعلى الطرف المتضرر إثبات الخطإ في حق المتعاقد الآخر[959].

من حيث المبدأ، لا يختلف اثنان على الحرية في التعاقد وإنهاء المفاوضات في أي مرحلة ارتآها الطرفان أو أحدهما. لكن، لابد أن تكون هذه الخطوة لأسباب ومبررات معقولة وجدية[960]، كأن يعود سبب قطع المفاوضات إلى صعوبة إبرام العقد لظروف موضوعية استجدت على أحد الطرفين خلال فترة التفاوض على العقد، أو أن قطع المفاوضات يعود إلى سبب يحق معه لأحد الأطراف إنهاء المفاوضات. وحتى وإن أقدم أحد الطرفين على إبرام العقد فإن السبب نفسه يكون وراء فسخ العقد، أو إذا ما تحفظ أحد الطرفين منذ البداية على انعقاد العقد. فإذا ما انتفى السبب المعقول والجدي[961] فالطرف الذي أنهى المفاوضات يكون مسؤولا تجاه الطرف الآخر الذي تولدت لديه الثقة في جدية المتفاوض معه، وفي أن العقد سينعقد[962].

---

[956] أمين دواس، المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5، ع. 1، فبراير 2008، ص. 168.

[957] جمال فاخر النكاس، مقال سابق، ص. 179 و180.

[958] أمين دواس، مقال سابق، ص. 168 والهوامش رقم 8 و9 و10 من نفس المقال.

[959] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 172؛ وانظر أيضا أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، البحوث القانونية في مصادر الالتزام، الإرادية وغير الإرادية، دراسة فقهية وقضائية، منشأة المعارف الاسكندرية، 2002، ص.37؛ وانظر في ذات السياق:

Benabent A., Droit civil, Les Obligations, Montchrestien, 3ème Ed., 1991, p. 32.

[960] حمدي محمود بارود، مقال سابق، ص. 129 و137.

[961] تنص المادة 62 من ق.ل.ع في فقرتها الثانية على أنه "يكون السبب غير مشروع إذا كان مخالفا للأخلاق الحميدة أو النظام أو القانون".

[962] حمدي محمود بارود المقال السابق، ص. 168 ؛ انظر أيضا جمال فاخر النكاس، مقال سابق، ص. 167.

وقد يرجع قطع المفاوضات بدون سبب جدي، إلى تحلل أحد المتفاوضين من الشروط التي سبق التفاهم والتفاوض بخصوصها، أو أن يقترح بنودا وشروطا أخرى تكون مجحفة وغير مقبولة، أو أن يرفض أحد المتفاوضين كل ما يقترحه الطرف الآخر، مما يحول دون التوصل إلى اتفاق بسبب الرفض المستمر، أو أن يفرض أحدهما شروطه دون إعطاء الحق في مناقشتها، أو أن الخدمة أو البضاعة محل التفاوض قد بيعت واستمر مع ذلك المفاوض في مفاوضاته دون إعلام الطرف المتفاوض الآخر بأنه باعها، أو أن يتخلى عن التفاوض دون نقاش جدي أو طرح عروض مقابلة[963].

فإذا ما تم قطع المفاوضات بفترة قصيرة عن البدء فيها، فلا تترتب أي مسؤولية عن ذلك. وأما إنهاؤها بعد أن قطع المتفاوضان أشواطا كبيرة، فعلى الأغلب أن تتقرر المسؤولية بحق الطرف المخل، خاصة إذا كان الهدف من المفاوضات هو حرمان الشخص الذي يتفاوض معه من فرصة أخرى للتعاقد مع غيره، كما قد يكون السبب هو إعلام الطرف الآخر بمعلومات مهمة تؤثر على إبرام العقد، وليس ممكنا الحصول عليها من مصدر آخر[964].

لكن، ماذا لو أن المفاوضات انتهت دون أن يتوصل الطرفان إلى إبرام عقد نهائي؟ هل يحق لأي من الطرفين استرداد النفقات التي تكبدها خلال فترة المفاوضات؟ خاصة إذا تعلق الأمر بصفقات ذات قيمة اقتصادية كبيرة، حيث قد تمتد المفاوضات لأيام وأشهر وربما لسنوات.

الواقع، أننا لا نجد المشرع المغربي قد تطرق إلى تنظيم هذه المرحلة، كما لا نجد قواعد عامة يمكن تطبيقها في هذا السياق. وحبذا لو أنه تدخل بنصوص تفصيلية بخصوص المفاوضات التي تتم حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية على غرار ما قام به بخصوص المرحلة التعاقدية بتنظيمه للإيجاب والقبول في هذه العقود بشكل مختلف عما هي عليه في العقود المبرمة بالطرق العادية، على اعتبار أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تستوجب الدقة والثقة بين الطرفين المتفاوضين، في كل خطوة أو أمر يتم التفاوض بخصوصه بهدف إبرام عقد نهائي.

ونرى بهذا الخصوص، أن المسؤولية عن الخطأ في المرحلة قبل العقدية، تقوم رغم أن العقد لم يبرم بعد -كما سيتم بيانه في حينه- وذلك إذا ما سحب أحد الطرفين عرضه دون عذر مقبول، أو بعد مدة وجيزة من المفاوضات.

ومن هنا نقف على أهمية مبدأ "حسن النية" في التفاوض، إذ يلزم التصرف بأمانة مع مراعاة مصالح الطرف الآخر. والمحكمة هي التي تفسر مبدأ حسن النية من خلال الموازنة بين مصالح الطرفين المتفاوضين، ذلك أن أساليب المفاوضات تختلف وتتنوع. على أن أهم إشكال هنا، هو قطع المفاوضات دون سبب جدي معقول.

---

[963] عبد العزيز المرسي حمود، م.س.ص. 79.

[964] أمين دواس، مقال سابق، ص. 172، انظر الهوامش رقم من 64 إلى 67، وللمزيد من الإطلاع حول التشريعات المقارنة التي أخذت صراحة بمبدأ التفاوض بحسن نية انظر نفس المقال السابق، ص. 175 وما بعدها.

ثالثا: الالتزام بالنصح[965] والإرشاد: تبدو أهمية هذا الالتزام، في العقود التي يحتاج أحد طرفيها لمساعدة الطرف الآخر ومعاونته بسبب التفاوت الكبير في الخبرات، خاصة في العقود التي يكون فيها محل العقد من الصعوبة بمكان التعامل معه أو استعماله إذا لم تكن لمستعمله الخبرة الكافية، كما في عقود شراء الأدوية التي تقوم على النصح والإرشاد من الصيدلي للمشتري. فعندما يطرح علاج ما من خلال شبكة الإنترنت، يتوجب على الشركة التي طرحته، بيان النصائح والإرشادات بشكل واضح وظاهر للكافة، ليتمكن الكل من الإطلاع عليها[966].

فهذا الالتزام عام، وينطبق على كل العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. وذلك راجع إلى التطورات السريعة التي تتمتع بها هذه العقود، خاصة منها التي تتم في إطار عقود التجارة الإلكترونية، لأنها قيد التحديث بشكل مستمر، ويتوقف هذا الالتزام على طبيعة الأوضاع الخاصة بقدرات أطراف التفاوض وبالنظر إلى خبرتهم وإمكانياتهم[967]؛ مما يستوجب إرشاد الطرف الآخر بإعطائه كل المعلومات الخاصة بالشيء محل العقد وهو التزام سابق على التعاقد يلتزم بموجبه أحد المتعاقدين بأن يقدم للمتعاقد الآخر، كل البيانات اللازمة لتكوين رضاء سليم كامل متنور وعلى علم بجميع تفصيلات العقد[968].

ويعد هذا الالتزام، مكملا للالتزام بالإعلام والإدلاء بالبيانات، إذ أن الإعلام وحده غير كاف بل لا بد أن يكمل بالنصح والإرشاد، وقد اعتبره بعض الفقه المغربي درجة متقدمة ومتشددة من الالتزام بالاعلام[969]. ولا بد أن يكون ذلك كاملا ووافيا للحيلولة دون علم المتعاقد بحقيقة ما هو مقبل عليه، خاصة فيما يتعلق بالبيانات التفصيلية المتعلقة بأركان العقد المزمع إبرامه وكذا شروطه ومدى ملاءمة هذه البيانات للغرض الذي يبتغيه من التعاقد.

رابعا: الالتزام بالمحافظة على الأسرار والمعلومات السرية المتحصل عليها خلال فترة المفاوضات بطريقة إلكترونية: يعتبر الالتزام بالمحافظة على الأسرار من أهم الالتزامات التي تحرص عليها الأطراف المتفاوضة، سواء أتم التعاقد أم لا.

---

[965] في قرار صادر عن المجلس الأعلى بغرفتين مجتمعتين، وهما الغرفة المدنية (القسم الثالث) والغرفة الإدارية (القسم الثاني)، تحت عدد: 587، بتاريخ 23 فبراير 2005، في الملف المدني عدد: 2002/7/1/2482، منشور في مؤلف الأستاذ إدريس بلمحجوب: "قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف"، ج. 4، سنة 2002، ص. 85 - 92، استعملت عدة مصطلحات دفعة واحدة للدلالة على الالتزام بالنصح. وهكذا استعمل لفظة: "الإخبار" و"التبصير". انظر في التعليق على هذا القرار بوعبيد العباسي، التزام الموثق بالنصح من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى بغرفتين بتاريخ 23 فبراير 2005"، منشور في: المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع. 1، أكتوبر 2009، ص. 249 وما بعدها.

[966] محمد وحيد محمد علي، المسؤولية المدنية للصيدلي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1993، ص. 117 و118 أشار إليها، محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 53، الهامش رقم 1.

[967] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 53؛ محمد حسين منصور، م.س.ص. 58.

[968] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك دراسة مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2007، ص. 363 و367.

[969] بوعبيد العباسي، المقال السابق، ص. 256.

والمقصود بالسرية ليس مجرد إجراء المفاوضات في كتمان وغير علانية، بل السرية في المعلومات التي يتم تبادلها بين الأطراف[970]. فما يجري عمليا، أن مرحلة المفاوضات تتيح لكل طرف الحصول على معلومات عن الطرف الآخر، مما يستلزم ألا يستغل أي منهما ما تحصل عليه من معلومات[971].

وقد ورد في دليل غرفة التجارة الدولية بشأن التعاقد الإلكتروني لعام 2004 (ICCE Terms) بخصوص حماية السرية: "إن المقولة القديمة بأن المعلومات هي القوة، تكتسي أهمية خاصة في عالم التعاقد الالكتروني. فالمعلومات كثيرا ما تكون حساسة من الناحية التجارية أو مقيدة من الناحية القانونية، مثل المعلومات الشخصية، غير أن الولوج إليها إلكترونيا متاح دون قيود، وربما كان أكثر تعرضا للمخاطر من المعتاد. ومن ثم، فعند تصميم تطبيقة ما للتعاقد الالكتروني، مثل موقع على الويب، من المهم إيلاء عناية خاصة لمسائل السرية.

أولا، يلزم في مرحلة التصميم اتخاذ القرارات التالية على مستوى عال:

(أ) ما هي المعلومات التي ستنشر في الموقع على الويب؛

(ب) ما هي المعلوات التي ستطلب من الأطراف المقابلة؛

(ج) ما إذا كان ينبغي أن يكون الوصول إلى تلك المعلومات في الموقع على الويب متاحا دون قيود، أم ستظهر بصورة مقيدة فحسب، وإذا كان الأمر كذلك فكيف سيجري تقييد ذلك الوصول ومراقبته.

وهذه القرارات لا تنطبق على المعلومات المرسلة والمتلقاة لحظة تكوين العقد لأول مرة فحسب، بل تنطبق أيضا على المعلومات المرسلة والمتلقاة أثناء سريان العقد. وثانيا، من المهم تنبيه الموظفين المستخدمين داخل الشركة إلى ما قد يقع على عاتق الشركة وشركائها وزبائنها من مسؤولية إذا ما عممت المعلومات بشكل غير مأذون به"[972].

بذلك على المتفاوضان، أن يحافظا على هذه الأسرار وألا ينشرانها، حتى لو لم تكن هذه الأسرار تحظى بالحماية القانونية[973]، إذ ما كان ليعرف ذلك، لولا اتفاق التفاوض[974] الذي أبرمه مع الطرف الآخر. وإذا ما أفشى هذه الأسرار، يكون قد ارتكب خطأ يوجب مسؤوليته[975]. وقد يفرض الطرفان في بعض العقود الهامة، ضمانات لحفظ سرية المفاوضة، مثل: التعهد الكتابي أو الاقتصار على التعهد الأدبي أو سداد مبلغ نقدي قبل الدخول في المفاوضات[976].

---

[970] هبه ثامر محمود عبد الله، م.س.ص. 155 و156.

[971] انظر في تحليل ذلك: طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، م.س.ص. 181.

[972] http://daccess-ods.un.org/TMP/9469217.html (M.S.J, Jan. 2009).

[973] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 266 و267.

[974] يقصد باتفاق التفاوض، ما تم الاتفاق عليه بين الطرفين من أجل إبرام عقد معين، وغالبا ما يكون هذا الاتفاق مكتوبا. انظر:سمير عبد السميع الأودن، خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005، ص. 10.

[975] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م س.ص. 241؛ محمد حسن منصور، م.س.ص. 59.

[976] مصطفى موسى العجارمة، المرجع السابق، ص. 267.

وبالنظر إلى أهمية هذا الالتزام، فقد أوجبت القوانين الخاصة بالمعاملات الالكترونية على العارض المهني تقديم كل المعلومات والبيانات المتعلقة بالمعاملة العقدية التي ستتم بينهما، بطريقة واضحة ومفهومة من قبل المستهلك. وأوجبت أيضا أن يتم تقديم هذه المعلومات قبل إبرام العقد، أي في المرحلة السابقة عن التعاقد بطريقة إلكترونية، وهي مرحلة المفاوضات العقدية[977].

بعد أن تطرقنا إلى الالتزامات الناشئة عن المفاوضات في إطار المسؤولية التقصيرية، نبحث في **الفقرة الثانية**، تلك الالتزامات التي تنشأ خلال مرحلة المفاوضات حول العقود بطريقة إلكترونية، لكن في إطار المسؤولية العقدية.

الفقرة الثانية: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات الالكترونية في إطار المسؤولية العقدية

نشير بادء ذي بدء، بأن الالتزامات الناشئة عن المفاوضات - أيا كان نوعها - تقوم على نفس المبادئ الأساسية وهي تلك التي تطرقنا إليها فيما سبق، إلا أنهما يختلفان في جانب الإلزام فيهما. فإذا كانت الالتزامات الناشئة عن المفاوضات في إطار المسؤولية المدنية، ترتبط بالجانب الأخلاقي أكثر منه قانوني، نظرا لأن مرحلة المفاوضات -كما سبق أن قلنا- لا تلزم أحدا بأي مسؤولية ولا ينبثق عنها أي التزام قانوني؛ فإنها ترتب المسؤولية التقصيرية، إذا ما ثبت حدوث خطإ وإضرار بالطرف الآخر.

أما الالتزامات التي تنشأ عن المفاوضات والتي ترتب المسؤولية العقدية، فأساسها التفاوض ذاته الذي قد يتحول من مجرد دورات تفاوضية، إلى عقد للتفاوض يرتب حقوقا والتزامات على الطرفين، منها: ما يكرس لتدوين الالتزام المبدئي بالتفاوض بحسن نية، ومنها ما يتعلق بضبط أمور مالية وفنية أو تحديد واجبات ودور كل طرف.

ومنها أيضا، عقود الدراسات والمشورة الأولية التي تمهد لعقود أخرى كعقود التزود بالحواسيب. وهناك اتفاقات وتعهدات تمهد لإبرام العقد النهائي، ومنها التعهد الذي يصدره المزود بالحاسوب لصالح المزود، يقترح عليه عقود صيانة وإصلاح الحواسيب. وتخدم مثل هذه التعهدات، المفاوضات من أجل الوصول إلى العقد النهائي. وأولى هذه الالتزامات هي: الالتزام بالتفاوض **(أولا)**، الالتزام بالإعلام والإدلاء بالبيانات اللازمة في المرحلة التفاوضية **(ثانيا)**.

أولا: الالتزام بالتفاوض: لا خلاف أن حرية التعاقد، تقتضي بالضرورة حرية التفاوض. على أن هذه الحرية، قد تؤدي إلى مفاوضات غير جادة، وتتسبب في إضاعة الوقت والجهد والمال، بدون أن تكون هناك نية جدية وحقيقية في التعاقد. وقد يكون الغرض من التفاوض الدعاية فقط لأحد الطرفين أو تفويت فرصة للتعاقد مع آخر، أو بقصد التعرف على حجم أنشطة الطرف الآخر، أو الإطلاع على أسرار عمله[978].

---

[977] انظر الباب الخامس من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية التونسي، المعنون بـ: "في المعاملات التجارية الالكترونية"، الفصل 25 الذي حدد المعلومات التي على البائع بطريقة إلكترونية توفيرها للمستهلك، وأيضا الفقرة الثالثة من الفصل 4-65 ق.ل.ع.

[978] محمد حسن قاسم، م.س.ص. 181.

لهذا، قد يتفق الطرفان خلال فترة المفاوضات، ونظرا لأهمية المحل المتفاوض بخصوصه الانتقال من مرحلة الحرية إلى مرحلة تقييدها، بتنظيم عقدي لسير المفاوضات بينهما، على نحو يبعث على الثقة في جدية المفاوضات ويؤمن سيرها لتفادي مخاطرها.

وعلى اعتبار أن عقد التفاوض، هو عقد بالمعنى الدقيق للكلمة، موضوعه تنظيم عملية التفاوض ووضع منهجية معينة لمسيرتها بتحديده التزامات أطرافه خلال تلك المرحلة، فإنه يكون من الواجب تسميته بمسماه الحقيقي، أي "عقد التفاوض".

ويلاحظ أن "اتفاق المبدأ"، لازال فكرة يتردد الفقه بشأنها[979]. فالأمر لا يتعلق فقط بمجرد الاتفاق المطلق على التفاوض وإنما تجاوزه ليصل إلى حد قبول الأطراف تقييد حريتهم في التعاقد والتحمل بالالتزامات الناشئة عن هذا العقد، خاصة الالتزام ببدء التفاوض ومواصلته، دون الالتزام -بطبيعة الحال- بإبرام العقد النهائي الذي سيدور حوله التفاوض. ومؤدى ذلك، أن الالتزام بالتفاوض الذي يتحمل به الطرفان يجد مصدره هنا في العقد الذي أنشأه، ويكون الإخلال به كما لو أنه إخلال بغيره من الالتزامات الناشئة عن العقد[980].

ومع ما قلناه، يبقى التفاوض بجميع أنواعه مقيدا بالأخلاقيات التي يفرضها الواجب العام، الملقى على عاتق كل متفاوض، بمراعاة حسن النية وما يقتضيه من عدم الإخلال بالثقة في التعامل. وعن هذا المبدأ ينبثق واجب الإعلام والإدلاء بالبيانات اللازمة للطرف الآخر، خلال المرحلة التفاوضية (**ثانيا**).

ثانيا: الالتزام بالإعلام[981] والإدلاء بالبيانات اللازمة: أصبح للالتزام بالإعلام[982]، أهمية كبيرة في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية[983]، خاصة خلال المرحلة السابقة على إبرام العقد. ويطلق عليه أيضا، الالتزام بتقديم المعلومات[984].

---

[979] B.Beignier, la conduite des négociations R.T.D.Com., 1998, p. 463 ; voir aussi, David BOSCO, Le droit de rétractation, D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats. Mémoire présenté par pour l'obtention du DEA de droit privé de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille. 1999, p. A consulter sur : http://www.glose.org/mem014-htm.htm (M.S.J, juin 2010).

[980] محمد حسن قاسم، م.س.ص. 187 و188.

[981] استخدمت عدة مصطلحات للدلالة على الالتزام بالإعلام، من بينها عبارة "renseignement" وتعني الإعلام، أو لفظة "Information" وتعني الإخبار، أو عبارة "conseil" وتعني النصح أو "la mise en garde" وتعني التحذير، كالتحذير من مخاطر أو أضرار عملية ما، أو عبارة "Avertissement" أي التنبيه والإخطار أو "l'obligation d'attirer l'attention" أي لفت الانتباه، أو لفظة "le mode d'emploi" أي طريقة الاستعمال أو كلمة "Mettre au courant" وتعني الإحاطة علما، أو عبارة "faire un compte rendu" بمعنى تقديم تقرير، أو عبارة "rendre des comptes" التي تعني تقديم الحسابات، إلى غير ذلك من المصطلحات: كعدم المغالطة "l'obligation de détromper"، أو التبليغ"Notification" أو الإشعار "Aviser" أو تقديم المعرفة "donner connaissance". أما الفقه العربي، فقد استعمل ألفاظا متعددة ومختلفة الدلالة من بينها: الالتزام بالتبصير، والإدلاء بالبيانات وتقديم المعلومات والإخبار والإعلام والإفضاء. وقد استخدم مصطلح "التبصير" في العديد من الأدبيات الفقهية القانونية، واعتبر الأكثر شمولا في المعنى، حيث أن تطبيقات الالتزام بالتبصير تتضمن معنى الإعلام والنصيحة تارة، والتحذير تارة أخرى. ويمكن الرجوع للمزيد من التفاصيل، للمرجع التالي: سهير المنتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، 1990، ص. 4 وما بعدها وأيضا حمدي أحمد سعد، م.س.ص. 36-47. ونرى، ألا جدوى من التفرقة الاصطلاحية، إذ تصب كلها في ذات المعنى، ألا وهو إعطاء معلومات معينة تهم الطرف الآخر. ولمزيد من التفاصيل انظر: بوعبيد عباسي، م.س.ص. 39 ما بعدها. وتجدر الإشارة، إلى أن الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي يتميز عن غيره من الالتزامات المشابهة له، كالالتزام التعاقدي بالإعلام العقدي والذي يجد مصدره من العقد نفسه، والالتزام بالتحذير والالتزام بالمشورة، وسنحلل ذلك في حينه. =

ويرى بعض فقهاء القانون، أن هذا الالتزام يجد مجاله الطبيعي في المرحلة السابقة على نشوء العقد؛ وهي مرحلة ميلاد الرضا. كما أن إعلام المستهلك بالبيانات والمعلومات اللازمة لحظة إبرام العقد يعد إجراء متأخرا للغاية، إذا ما أريد الحصول على تأثير ما في قراره بالتعاقد[985].

ويتجلى دوره بالأساس، في جعل رضا الطرف الآخر حرا ومستنيرا بما فيه الكفاية وخاليا من الغلط، عندما يتوفر المتفاوض على عناصر تفاوضية تتمثل على الخصوص في إعلام الطرفين لبعضهما البعض بكل الوقائع والمعلومات التي تكون منتجة ولازمة لتكوين رضا الطرفين[986]، تجنبا لوقوع المستهلك في أضرار قد تنجم أثناء تنفيذ العقد أو عدم الاستمرار في استخدام السلعة أو الاستفادة من الخدمة، مما قد يؤدي إلى اختلال التوازن العقدي[987].

وقد زادت الحاجة إلى فرض هذا الالتزام[988]، على عاتق الطرف المهني المقدم للخدمة أو السلعة عبر الانترنيت أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى، مع تطور طرق توزيع المنتجات ووسائل التعاقد بشأنها، حيث انعدم الالتقاء المباشر بين الطرفين المتعاقدين. ولم يعد المشتري يتمكن من الاتصال المادي بالمبيع بمشاهدته مباشرة قبل إبرام العقد، وأصبح علمه يعتمد بشكل أساسي على ما يفضي به البائع من بيانات ومواصفات ومعلومات، أو ما يعرضه من صور، أو رسومات، تبين صور المنتجات، أو أوصاف الخدمات المقدمة[989].

وقد عرف بعض من الفقه الالتزام بالإعلام، بأنه التزام قانوني عام، سابق على التعاقد بموجبه يقدم أحد الطرفين للآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاء سليم كامل ومتنور بخصوص كافة تفصيلات هذا العقد، بما فيها المعلومات الجوهرية المتصلة به، والتي يعجز عن الإحاطة بها بوسائله الخاصة، ليبني عليها رضاءه بالعقد[990].

---

[982] = لم يظهر الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي إلى حيز الوجود إلا مع الدراسة الفقهية التي قام بها الفقيه "De Juglart"، انظر:
De Juglart Michel, "L'obligation de renseignements dans les contrats", R.T.D.civ., 1945, p. 1 et S.
ولتمييز الإلتزام الإعلام عن الالتزام التعاقدي بتقديم الاستشارات الفنية انظر: عبد المنعم موسى إبراهيم، م.س.ص. 268 وما بعدها.

[983] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 97 و 98.

[984] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 265.

[985] عمر محمد عبد الباقي، م.س.ص. 189.

[986] بوعبيد عباسي، م.س.ص. 34. انظر أيضا، حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت، م.س.ص. 15.

[987] سمير عبد السميع الأودن، م.س.ص. 122. محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 51 وما بعدها.

[988] نشير إلى أننا بصدد التزام قبل تعاقدي بالإعلام، الذي يختلف تماما عن التزام المورد بالإعلام والذي ينشأ خلال مرحلة تنفيذ العقد. وقد تم إقرار هذا الموقف بين طرفين يجمع بينهما التفاوت في المعرفة والقدرات التقنية في مجال معين، بين متعاقد مهني يتفوق من الناحية الفنية، وبين متعاقد غير ملم بالنواحي التقنية والفنية لهذا المجال، على نحو يصبح معه الأول في موقع من يعلم ما يجهله الثاني، ويكون بحاجة لمعرفته لتكوين رضاء كامل وسليم ومتنور بحقيقة ومضمون العقد المرتقب إبرامه ومدى ملائمته للغرض الذي يبتغيه من التعاقد. ولمزيد من الاطلاع يمكن الرجوع إلى:
Collart-Ditilleul (F) et Delebcque (Ph), Contrats Civils et commerciaux, Précis Dalloz, 1991, p. 153; Aussi, Larroument, Droit Civil, T.3: Les Obligations; Le Contrat, 3ème Ed. 1996, p.331 et S.

[989] عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقد البيع، في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة "دراسة مقارنة"، بدون جهة الطبع، 2005، ص.5.

[990] نزيه الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود -دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، 1982، ص. 15. انظر أيضا، خالد جمال أحمد، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، 1996، ص. 82.

كما عرفه بعض آخر من الفقه، بأنه تنبيه أو إعلام طالب التعاقد بمعلومات، من شأنها إلقاء الضوء على واقعة ما أو عنصر ما من عناصر التعاقد المزمع إبرامه، حتى يكون الطالب على بينة من أمره، بحيث يتخذ قراره الذي يراه مناسبا على ضوء حاجته وهدفه من إبرام العقد[991].

ويجد الالتزام بالإعلام أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه، من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه. مما يلقي على الطرف المحترف بصفة خاصة، الالتزام بتقديم كل البيانات الجوهرية بشكل تفصيلي. ومن شأن هذا الأمر، أن يؤدي إلى تصنيف المتفاوضين إلى فئتين مختلفتين: الشخص المهني والشخص العادي.

مما يحتاج إلى إعادة هيكلة علاقة طرفي التفاوض، لإعادة التوازن بينهما، ويتم ذلك من خلال الالتزام بالإعلام[992]. فعدم التساوي في المعرفة بالمعلومات بين المتعاقدين بشأن محل التعاقد والشروط المتعلقة به، تحتل نفس المرتبة التي يحتلها عدم توازن العقد بسبب اختلاف المراكز القانونية، لأن الطرف الضعيف في العلاقة يتعرض لاستغلال من الطرف الأقوى صاحب الخبرة[993].

والالتزام بالإدلاء بالبيانات والمعلومات، هو جوهر التزام المهني قبل المستهلك. وهو التزام عام يشمل أيضا، المرحلة السابقة على التعاقد في جميع عقود الاستهلاك، بما فيها العقود المبرمة بطريقة إلكترونية وذلك في جميع العقود المتعلقة بالسلع والخدمات المزمع التعاقد بخصوصها. ويجب الإدلاء بكل المعلومات، طالما لها أهميتها في التعاقد، وذلك دون تورية أو كتمان[994]، حتى يتسم التفاوض بالشفافية ويرتكز على المصارحة والمكاشفة[995].

فلا يقتصر التزام المتفاوض فقط، على تنبيه المشتري إلى كافة البيانات المتعلقة بالعقد المتفاوض بخصوصه، بل وأيضا تبصيره بكل الشروط التي يتم التعاقد عليها أو بالشيء أو الخدمة محل المفاوضات[996]، من حيث أوصافها وخواصها الأساسية وكذا مدى كفاءتها في أداء الغرض المقصود من اقتنائها.

---

[991] سهير المنتصر، م.س.ص. 41.

[992] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 52.

[993] Jacques Ghestin, Traité de droit civil: La formation du contrat, L.G.D.J, 1993, p. 397.

[994] تجدر الإشارة، إلى أن هناك قرائن يستدل من خلالها على أهمية المعلومات والبيانات، على أن تقدير ذلك يدخل ضمن السلطة التقديرية للقضاء. وهناك قيود على البيانات والمعلومات التي يلتزم التاجر بالافضاء بها إلى المستهلك، ومنها: الالتزام بالكشف عن البيانات والمعلومات التي تتعارض مع النظام العام والمبادئ الأساسية، والبيانات التي تحوي أسرارا يؤتمن عليها قانونا أو اتفاقا. انظر خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص. 98 و99. وجدير بالذكر أن المهني الراغب في إبرام عقد مع مهني آخر في نفس تخصصه، لا يمكنه أن يكتسب صفة الدائنية في الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في مواجهته، نظرا لتكافؤ وتساوي الطرفين من حيث وسائل المعرفة والدراية، إلا إذا ثبت أن أحدهما مارس أعمالا تدليسية وطرق احتيالية كان من شأنها إيقاع الطرف الآخر في الغلط، فيحق له الرجوع عليه لإخلاله تجاهه بالتزامه بالإعلام. انظر في ذلك، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 102. وأيضا: محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 114.

[995] محمد حسين منصور، م.س.ص. 57. وانظر أيضا في ذات السياق: مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 265 و266.

[996] محمد حسن قاسم، م.س.ص. 60 و61.

ومما يجب التنبيه إليه، أن من بين البيانات الهامة المرتبطة بالحالة المادية للشيء محل التفاوض والذي سيكون محل العقد المتفاوض بخصوصه، تلك المتصلة بالعيوب الكامنة فيه. بحيث لا يكفي أن يقوم البائع بإعلام المشتري بعيب المبيع حتى يعفى من الضمان، بل يجب فوق ذلك، أن يعلم المشتري بمدى تأثير العيب على قيمة المبيع المادية أو على نفعه، لأن البائع لا يضمن العيب إلا إذا كان مؤثرا على نحو يجعل الشيء غير صالح للاستعمال، ولم يكن ليشتريه أو لم يكن ليعطي فيه إلا ثمنا أقل، لو علم به[997].

ولا ريب أن الأوصاف الأساسية للشيء محل العقد، تختلف باختلاف الأشياء، من حيث كونها منقولات أم عقارات، أشياء مادية أو معنوية بسيطة أو معقدة، عادية أو خطرة، جديدة أو مستعملة، شائعة الاستعمال أو حديثة الابتكار، خاصة إذا كان البائع صانعا أو مهنيا والمشتري شخص عادي. والأمثلة على ذلك عديدة ولا تقع تحت حصر، كأن يكون محل البيع قطعة أرضية، أو محلا تجاريا، أو منتجا غذائيا، أو مستحضرات تجميل، أو أدوية، أو أدوات كهربائية، أو حاسبات إلكترونية وغيرها[998].

ومن المعلومات والبيانات اللازم الإدلاء بها، كل ما يتعلق بشخصية الطرفين المتفاوضين وصفتهما، وكذا الشركة أو الشركات التي يمثلانها، مع تحديد كل المعلومات الخاصة بها من أرقام لهواتفها واسم الدومين وعنوانها البريدي الإلكتروني، أو أي معلومة من شأنها إتاحة الفرصة للتعرف على المتفاوضين، لما في ذلك من مصداقية بين الطرفين.

وتعتبر المعلومات المتعلقة بالطرفين المتعاقدين خاصة تلك المتعلقة بهوية المهني، من أهم المعلومات التي يجب تبصير المستهلك بها قبل إبرام التعاقد. فاستخدام الانترنيت في التعاقد، يحول دون إمكانية التعرف على هوية المتعاقد الآخر، مما قد يسبب ضررا للمستهلك الذي قد يرفض التعاقد على سلعة أو خدمة معينة، لمجرد علمه بحقيقة هوية البائع أو مقدم الخدمة. فهوية المهني، أمر مهم حتى يتحقق الرضاء الكامل للمستهلك، إذ يهم هذا الأخير معرفة المهني الذي سيتعاقد معه، حتى يطمئن بأن هذا المهني حسن السمعة في تنفيذ التزاماته[999].

وفي بعض العقود التي تتخطى الحدود الإقليمية، لا بد فيها من الإعلام بالأعباء الضريبية والجمارك التي يحتمل أن يتحملها. ويمكن أن يصل الأمر إلى حد الإعلام بقانون "حماية المستهلك"[1000]. كما على الطرفين المتفاوضين تبادل كل البيانات والمعلومات المحددة لشخصيتهما وصفتيهما، لأن تحديد شخصية الطرفين قد يكون محل اعتبار أساسي في إبرام العقد من عدمه، مما من شأنه العمل على تحديد مركزيهما القانوني والتزاماتهما ومدى إمكانية تنفيذها[1001].

---

[997] Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie, L.G.D.J, Paris, 1992, p. 305, N°384.

[998] عبد العزيز المرسي حمود، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقد البيع في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة -دراسة مقارنة- بدون جهة النشر، 2005، ص. 64 وما بعدها.

[999] سامح عبد الواحد التهامي، م.س.ص. 274.

[1000] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 109.

[1001] بشار محمود دودين، م.س.ص. 187.

لذا، لابد من تزويد المتفاوض معه بكل المعلومات الكافية، للاختيار ما بين السلع والخدمات المعروضة. ولابد أيضا، من إعلام الطرف الآخر بإجراءات التسليم وكيفياته ومواعيده، والرسوم اللازم دفعها من أجل ذلك وخدمات ما بعد البيع وشروطها والتزاماتها، إلى غير ذلك من المسائل التي على الطرفين المتفاوضين توضيحها، قبل الإقدام على إبرام العقد النهائي[1002].

وبالنظر إلى أهمية هذا الالتزام، فقد رأى جانب كبير من الفقه، بأنه التزام قانوني. أي أن مصدره القانون وتحديدا القانون المتعلق بحماية المستهلك أو القوانين المدنية، من خلال تنظيمها لبعض أنواع من العقود[1003]، أو من خلال التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية والتي تعترف صراحة بوجود هذا الالتزام.

ونذكر على سبيل المثال لا الحصر، التشريع التونسي الذي كفل حماية فعالة للمستهلك بموجب قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، بمقتضى المادة 25 والتي أوجبت على البائع في المعاملات الإلكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة، قبل إبرام العقد، كل المعلومات اللازمة والتي عددها من خلال المادة المذكورة. كما نجد أن القانون الاتحادي الإماراتي لسنة 2006، قد ألزم التاجر عند عرض السلع والخدمات للتداول بين الجمهور، أن يضع عليها بيانات توضح اسم المنتج (المادة 7)، وأيضا الفصل 4-65 من ق.ل.ع، الذي تضمن تعدادا للبيانات التي على البائع المهني بطريقة إلكترونية، أن يقدمها لكل من أراد التعاقد معه[1004].

كما نص الفصل العاشر من قانون حماية المستهلك اللبناني والذي تم تخصيصه للمعاملات الالكترونية التي يجريها المستهلك مع المهني عن بعد من خلال المادة 52 منه على مجموعة من البيانات. وأوجبت المادة المذكورة، تزويد المستهلك بمعلومات واضحة وصريحة تتناول المواضيع التي تمكنه من اتخاذ قراره بالتعاقد، لا سيما:

[1002] محمد حسين منصور، م.س.ص. 57؛ أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، ورقة مقدمة في المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي ومركز البحوث والدراسات بدولة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 26-28 أبريل 2003، ص. 7 و8، ويمكن الاطلاع عليها من خلال الموقع التالي: www.ArabLawInfo.com (M.S.J, Nov. 2008).

[1003] من النصوص القانونية التي تلزم البائع صراحة أو ضمنا بأن يعلم المشتري عن المبيع من حيث أوصافه وأحواله وخصائصه، ليكون معلوما لديه، المادة 419 من القانون المدني الأردني التي أوجبت أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا، ويشتمل ذلك: بيان المبيع وأوصافه الأساسية. أيضا المادة 468 من القانون المدني الكويتي نصت على أنه على البائع تزويد المشتري بكافة البيانات الضرورية عن المبيع.

[1004] وانظر أيضا، المادة 29 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

تعريف المهني، واسمه، وعنوانه، ورقم ومكان تسجيله، وبريده الالكتروني، بالإضافة إلى أية معلومات تتيح التعرف على المهني والسلعة والخدمة المعروضة، وكيفية استعمالها والمخاطر التي قد تنجم عن هذا الاستعمال، وكذا مدة العرض، وثمن السلعة أو الخدمة، والعملة المعتمدة في الأداء وطرق الأداء، ومختلف الرسوم والمصاريف التي على الطرف الآخر أداءها؛ هذا إلى جانب الضمانات التي يقدمها المهني للمستهلك، ومدة العقد، وتاريخ ومكان التسليم وكذا كل الإجراءات اللازم اتباعها لإنهاء العقد، إلى جانب تحديد المدة التي يجوز خلالها للمستهلك الرجوع عن قراره بالشراء، والقانون الواجب التطبيق على العلاقة التعاقدية، والمحكمة المختصة في حالة نشوء نزاع قد ينتج عن العقد.

أما في التشريعات الأوروبية، نجد أن المادة 111-1 من قانون حماية المستهلك الفرنسي، قد نصت على أنه "يتوجب على كل مهني بائع أموال أو مقدم خدمات، قبل إبرام العقد أن يوفر للمستهلك ما يمكنه من معرفة الخصائص الجوهرية للمال أو الخدمة". كما نصت المادة 121-18 من نفس القانون على أنه "حين يتوجه العرض إلى المستهلكين، يجب أن يتضمن مجموعة بيانات بتعريف المورد، ومنه إظهار اسم الشركة البائعة وعنوانها وأرقام هواتفها...".

وتضمنت المادة 4 من التوجيهة الأوربية رقم 97-7 بتاريخ 20 ماي 1997، في شأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد[1005]، ضرورة أن يتم إعلام المستهلك وفي الوقت المناسب قبل إبرام كل عقد يتم عن بعد، بقائمة من البيانات الإلزامية والتي أوردتها في المادة 4-1 من هذه التوجيهة. ولم تحدد هذه الأخيرة، المقصود بالوقت المناسب، تفاديا للغموض ولتقليل فرص الخلاف الذي قد يحدث في هذا المجال.

كما نصت التوجيهة الأوروبية رقم 2000-31 الصادرة بتاريخ 8 يونيو 2000[1006]، على وجوب أن توفر المواقع الموردة للخدمات والسلع ضمن نطاق مجتمع المعلومات كافة المعلومات الأساسية حولها، كالاسم الكامل، والعنوان، وعنوان البريد الإلكتروني، ورقم تسجيلها في السجل التجاري، ورقمها الضريبي.

وألزمت المادة 10 من نفس هذه التوجيهة المواقع الموردة عبر الانترنيت أن تقدم للمستهلكين وقبل التعاقد معهم سلسلة من المعلومات التوضيحية أبرزها تلك التي تتعلق بالمراحل التقنية الواجب اتباعها من أجل إبرام العقد، ووسائل وآلية تدارك الأخطاء في تزويد البيانات وتصحيحها، إلى جانب اختيار لغة التعاقد، وأية قواعد سلوكية واجبة الإتباع لضمان حسن سير العلاقات التعاقدية.

[1005] Directive 97/7/ce du parlement européen et du conseil, du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O. L 144 du 4.6.1997, p. 19, 1997 http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997L0007:20071225:FR:PDF (M.S.J, Dec. 2007).

[1006] Journal officiel des Communautés européennes L 178/1 Directive 2000/31/CE du PARLEMENT EUROPE EN ET DU CONSEIL, du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. A consulter sur ce lien :
http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF,
(M.S.J, Dec. 2007).

ومادمنا بشأن الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام، فإن هذه المرحلة قد تطول وتستغرق وقتا طويلا. لذا، كان من الضروري تحديد لحظة معينة يتوجب خلالها الإدلاء بالبيانات، التي تشكل مضمون الإعلام الواجب قبل إبرام العقد[1007].

هنا نطرح تساؤلا، وهو يتعلق بمدى التزام الشركات الأجنبية المعلنة والعارضة لخدماتها عبر الإنترنت والتي تتبع أسلوب التعاقد عن بعد وتقدم خدماتها للعديد من الأشخاص في كل بقاع العالم، بالقواعد القانونية لحماية المستهلك قبل التعاقد والتي يقررها قانون جنسيتها؟، وعليها احترام قانون كل بلد وفق ما يتضمنه من شروط حمائية؟. كما نتساءل عن مدى إمكانية استخدام تقنية الروابط النصية المخفية أو المتشعبة "Lien Hypertexte" من أجل تبصير الطرف الآخر بالمعلومات اللازمة؟.

فكثيرا ما نجد على العديد من صفحات المواقع، أن العارض الإلكتروني وضع عرضه في صفحة على موقعه، لكن ترتبط بها صفحة أو صفحات أخرى خفية، لا تظهر إلا بالنقر على الارتباط الخاص بها -والذي قد يكون أيقونة أو كلمة- لتظهر عندئذ صفحة جديدة على الموقع تتضمن كل المعلومات.

بخصوص هذه المسألة، اختلفت وجهات النظر. فمعظم الفقه[1008] ممن تطرق لهذه المسألة، اعتبر أنه يمكن الوفاء بالإلتزام بالتبصير من خلال النصوص المخفية، وأن هذه الطريقة تجتمع فيها الشروط التي تنص عليها عموما قوانين حماية المستهلك. بينما لم يجز اتجاه آخر في الفقه[1009] استخدام النصوص المخفية في تنفيذ الالتزام بالتبصير. وسندهم في ذلك، أنها تقنية غير واضحة بالنسبة للمستهلك المتعامل مع الموقع.

وحري اتباع هذا الموقف الأخير، لما فيه من تعزيز لحماية المستهلك الإلكتروني، بحيث إذا لم تتضمن صفحة العرض كل المعلومات وترك ذلك للصفحة الخفية، فلا يكون التعبير عن الإرادة واضحا ويكون المهني العارض بطريقة إلكترونية، قد أخل بواجب الإعلام اللازم توفيره لكل من يطلع على ما في الموقع.

والموقف نفسه نعتبره جديرا بالتطبيق إذا ما تم إرسال العرض بواسطة البريد الإلكتروني، بحيث يكون من واجب العارض المرسل أن يضمن الرسالة كل المعلومات اللازمة، بحيث يكون من السهل الولوج والوصول إليها من طرف المستهلك.

[1007] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص. 39.

[1008] M. Demoulin, Information et transparence sur les réseaux: Le commerce électronique européen sur les rails. Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Cahier du CRID, N° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001, p.102. voir aussi :

S.Dusollier, L.R.Jacquemyns, Le défi du droit face au commerce électronique: Les initiatives de l'Union Européenne, La revue des systemes d'information et management? N° 1, Vol. 5, 2000, disponible sur http://www.revuesim.org/sim, (M.S.J, mars 2007). Les aspects juridiques de la création d'un site de commerce électronique, Revue Communication - Commerce électronique, N° 6, juin 2000, p.6.

[1009] J.Passa, commerce électronique et protection du consommateur, Receuill Dalloz, Cah.dr.ent., N° 6, du 7 Fev 2002, p. 557.

ومع كل ما سبق أن قلناه، يبقى التفاوض بجميع أنواعه مقيدا بالأخلاقيات التي يفرضها الواجب العام الملقى على عاتق كل متفاوض، مع مراعاة مبدأ حسن النية وما يقتضيه من عدم الإخلال بالالتزامات المنبثقة عنه، وتجنب كل ما من شأنه أن يؤدي إلى الإخلال بالثقة في التعامل. فإذا كان كل طرف ملزما بتحقيق نتيجة هي الدخول في المفاوضات، فإن التزامه أثناء التفاوض يعد التزاما ببذل عناية، إذ على كل طرف بذل العناية المطلوبة لإنجاح المفاوضات[1010].

وغاية القول، أن قدر العناية الواجبة أكبر نسبيا من تلك الواردة في الالتزام التقصيري العام بالتفاوض بحسن نية، كما يعطي القاضي مساحة أكبر في تقدير ما إذا كانت الشروط التي يطرحها المفاوض معقولة أم لا، قياسا بسلوك الشخص العادي[1011]. كما أن عدم تنفيذ الالتزام بتقديم المعلومات السابق عن التعاقد، من شأنه أن يدفع المستهلك إلى إبداء رضاء مناقض لمصلحته. مما يعني أن لهذا الالتزام تأثير كبير على تكوين رضا المتعاقد في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وبالتالي من شأنه التقليل من عيوب الرضى، إن لم يمنعها في أغلب الأحيان[1012].

لكن ما هي الاتفاقات والعقود التي يمكن للطرفين المتفاوضين حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية إبرامها، خلال هذه المرحلة؟ وما مدى قيمتها القانونية؟، هذا ما سنركز البحث فيه من خلال **المبحث الثاني**.

[1010] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 242.

[1011] صابر محمد عمار، مقال سابق، ص. 18.

[1012] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 119 وما بعدها.

المبحث الثاني

الاتفاقات والعقود التي قد تبرم خلال مرحلة المفاوضات الإلكترونية، ومدى قيمتها القانونية

غالبا ما يسبق الاتفاق النهائي أو الكامل، اتفاقات تتوسط بين مرحلتي التفاوض والتعاقد النهائي. فقد يتوصل الأطراف خلال مرحلة التفاوض قبل العقدية إلى اتفاقات سابقة على التعاقد، وهي التي تسفر عنها المفاوضات وتقع في مرحلة وسطى بين مرحلة المفاوضات نفسها، وبين مرحلة التعاقد. وتتعدد هذه الصور، لأن الاتفاقات لا تتناهى وذلك إعمالا لمبدأ الحرية التعاقدية. ويعالج بعض من الفقه الاتفاقيات التمهيدية أو الممهدة للتعاقد تحت تسمية "العقود الممهدة للعقد النهائي"، مع التمييز بين مختلف الصور التي قد تأخذها هذه الاتفاقيات[1013].

وتجدر الإشارة، إلى أنه في الآونة الأخيرة نلحظ تفرقة أكيدة بين هذه الاتفاقيات والعقود الممهدة للتعاقد، انطلاقا من عنصرين أساسيين، وهما: عدم توافر الطبيعة العقدية لهذه الاتفاقيات وانعدام الآثار العقدية لها. وعلى الرغم من الفائدة العملية لهذه الاتفاقيات في التعامل، فإن تنظيمها القانوني يعجز عن تطويقها وملاحقتها بسبب سرعة تطورها وتنوع صورها، مما جعل الفقه والقضاء يفرز لها -استنادا إلى القواعد العامة للالتزام- نظاما خاصا بها يحفظ استقلاليتها، من جهة؛ وذلك لتدعيم التزام الأطراف بها، من جهة ثانية.

وحيث إن المفاوضات تمر بمراحل متتالية يتم اجتيازها صوب العقد النهائي، فقد تتخللها اتفاقات تمهيدية يتم إبرامها بالنسبة لكل مرحلة يتم اجتيازها، وقد تحرر هذه الاتفاقات في مستندات يتبادلها أطراف التفاوض فيما بينهم، وتمثل مضمون ما اتفق عليه الطرفان أو ما تفاهما عليه، خلال مرحلة معينة من المفاوضات تم اجتيازها بنجاح؛ وهي مؤشر أو علامة على تجاوز هذه المرحلة من المفاوضات.

ونشير هنا، إلى أن الأوراق التي جرى العمل على تحريرها خلال تلك المرحلة، لا حصر لها، وتوقع عادة من طرف واحد أو أكثر من الأطراف المتفاوضة. وقد تحرر من قبل أرباب المهن الأخرى كل في مجال تخصصه، اعتقادا منهم بجدارتهم وقدراتهم وحدهم دون سواهم، على تفهم أبعاد العقد محل المفاوضات، زاهدين بذلك في تدخل رجال القانون.

وقد يستعملون في ذلك مصطلحات خاصة بهم وحدهم، مثل: "طلبية" أو "اتفاق"، معتقدين أن الطرف الآخر وحده هو الذي يلتزم بهذه الاتفاقات، دون أن يلتزموا هم أنفسهم بذلك. وأيا كان مسمى هذه الاتفاقات التي عقدوها، فإن ما تولده من التزامات لا تعدو أن تكون ذات طابع أدبي بحت.

[1013] يطلق بعض الفقه تسمية العقد على هذه التصرفات دون تردد، انظر في ذلك على سبيل المثال:

Schmidt-Sazalewski J., Op.cit., p. 229

على أنه أحيانا، نجد بعض الفقه يستخدم مصطلح العقد تارةن ومصطلح الاتفاق تارة أخرى دون تمييز، انظر في ذلك:

F. Laberthe, La notion de document contractuel, L.G.D.J, 1994, p. 135.

أيضا، ابراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994، ص. 24 وما بعدها، لبيان التطورات الحديثة في العملية التعاقدية وأثر الحاجة إلى التروي في التعاقد على تقنية إبرام العقود وقوتها الملزمة.

وتتمثل دوافع الأطراف في مرحلة التفاوض في إصدار وتوقيع أو إبرام مثل هذه الأوراق، في الأغراض التالية:

- محاولة تجنب الاختلاف في الأنظمة القانونية بالنسبة للإلزام القانوني لمرحلة المفاوضات، اعتقادا منهم بأن كل طرف يقيد من حق الآخر، في التحلل من إبرام العقد، أيا كان النظام القانوني الذي ينتمي إليه.

- تنظيم عملية التفاوض بما يكفل فرض الانضباط، وذلك بتحديد المسؤولين عن كل جانب بحسب التخصصات الفنية المختلفة.

- حسم كل مرحلة من مراحل التفاوض المتعددة على حدة، وذلك بتسجيل كل اتفاق تم في كل مرحلة منها.

- توفير الأمان للراغب في التعاقد، بحصوله على ما يثبت النجاح والتقدم في المفاوضات، ومن ثم اقترابه من لحظة توقيع العقد النهائي.

- التيسير على الراغب في التعاقد، ويتمثل ذلك في الحالة التي يريد فيها إطلاع الآخرين، على أن هناك عملية تفاوض قائمة.

وتتضاعف الحاجة لتحرير مثل هذه الاتفاقات عند التفاوض بشأن بعض العقود التجارية الدولية الضخمة، مثل: عقود نقل التكنولوجيا، وعقود التوريدات طويلة المدة. ففي مثل هذه العقود، يفرغ طالبو التعاقد إرادتهم في هذه الاتفاقات بقصد وصف محل العقد، ومواعيد التسليم والتسلم، وكيفية تسديد المقابل وآجاله.

وفي ظل غياب نصوص قانونية تنظم هذه المرحلة من حياة العقد، على اعتبار أن مرحلة المفاوضات العقدية التي تسبق إبرام العقد، من الأهمية بمكان، نرجع إلى القواعد العامة في العقود، ونتساءل هنا عن مصير مختلف المراحل السابقة عن التعاقد بطريقة إلكترونية.

هنا، لا نجد بُدا من الرجوع إلى القواعد العامة في الالتزامات، لنقول بأن هناك التزام عام ناتج عن المبدأ الذي سبق لنا أن تطرقنا إليه، ألا وهو مبدأ "حسن النية في التعامل" والذي وإن كان لا يولد إلتزامات تعاقدية، فإنه يولد التفاوض بحسن نية وبضرورة احترام كل طرف لمصالح الطرف الآخر. ويطلق بعض من الفقه على هذا النوع من الالتزامات، "الالتزامات شبه التعاقدية"[1014].

فما هي أنواع الاتفاقات التي تبرم خلال مرحلة المفاوضات الإلكترونية؟ (**المطلب الأول**). وما هي قيمتها القانونية؟ (**المطلب الثاني**).

[1014] لمزيد من الاطلاع حول التطور القضائي والفقهي في مسألة الالتزام شبه العقدي:

- J. Shmidt, La Sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.C., 1974, p. 46 et S.

- J. Mestre, L'évolution des contrats en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées Savatier, 1985, p. 82.

المطلب الأول

الاتفاقات والعقود المبرمة خلال مرحلة التفاوض بطريقة إلكترونية

سنتطرق إلى بحث أهم الاتفاقات والعقود الممهدة للتعاقد والتي تبرم خلال مرحلة المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إتباعا ضمن الفقرات التالية: الوعد بالتعاقد بطريقة إلكترونية (**الفقرة الأولى**)، عقد التفاوض الإلكتروني المبدئي (**الفقرة الثانية**)، العقد الابتدائي الإلكتروني (**الفقرة الثالثة**)، الاتفاقيات الجزئية المنظمة لمرحلة التفاوض الإلكتروني (**الفقرة الرابعة**).

الفقرة الأولى: الوعد بالتعاقد بطريقة إلكترونية

يمكن تعريف الوعد بالتعاقد، بأنه اتفاق بموجبه يتعهد أحد طرفيه أو كلاهما بإبرام عقد نهائي، مع تحديد شروطه الأساسية بصورة مسبقة[1015]. وهو يعد أحد المراحل المهمة الممهدة لإبرام العقد من خلال المفاوضات بخصوص هذا الأخير، والتي قد تنتهي دون التوصل إلى صيغة العقد النهائي، ولكن إلى مرحلة سابقة على ذلك، هي مرحلة الوعد بالتعاقد[1016].

ورغم عدم النص على مقتضيات خاصة به، فإنه تقنية تعاقدية مشروعة في تشريعنا المغربي استنادا إلى العديد من المقتضيات الواردة في قانون الالتزامات والعقود[1017]، إضافة إلى أن الوعد بالتعاقد، هو اتفاق مشروع ليس فيه ما يخالف النظام العام والقواعد الآمرة، بل هو على العكس من ذلك، يسهل المعاملات ويزيل الحرج والشدة عن كاهل كلا الطرفين. ومن ثم، تكون مقتضياته ملزمة يتعين تنفيذها بحسن نية، وهذا ما أجمله قانون الالتزامات والعقود، ضمن الفصلين 230 و231[1018].

[1015] لمزيد من الاطلاع: عبد الحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد بالعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، الاسكندرية، 1992. وأيضا، بلعيد كرومي، الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية، 1986.

[1016] "الوعد بالتعاقد عقد تمهيدي ينعد صحيحا إلا إذا توفرت فيه جميع المسائل الجوهرية للعقد النهائي المراد إبرامه ومنها مشروعية المحل أو إذا اشترط فيه المشرع شرطا معينا حتى إذا ما اختل ركن من أركان العقد بقي الواعد مالكا للشيء، وله أن يتصرف فيه إلى وقت التعاقد النهائي ولا يكون للموعود له في حالة تفويته إلا حق شخصي في ذمة الواعد". قرار ع. 996-86 صادر عن محكمة الاستئناف بتازة، بتاريخ 24-12-1986، في الملف المدني ع. 251-85، منشور في مجلة المعيار، ع. 13-14، ص. 89.

[1017] انظر الفصول: 1؛ 14؛ 18؛ 788 و834 ق.ل.ع.

[1018] عبد الحق صافي، م.س.ص. 249، وللاطلاع على كيفية معالجة القضاء المغربي الإشكالات القانونية التي يثيرها الوعد بالتعاقد، انظر عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص. 249 و250.

ويغلب وجود الوعد بالتعاقد في مفاوضات عقود التجارة الدولية، بعد الجولة الأولى منها، بأن يَعِد أحد الأطراف الآخر بإبرام الصفقة معه إذا ما رغب فيها هذا الأخير خلال مدة معينة. وهذا هو الوعد بالعقد أو بالتعاقد، أو كما يطلق عليه "الاتفاق المبدئي على التفاوض أو التعاقد" والذي يتم عادة بعد أن يقطع أطراف المفاوضات شوطا أوليا من المناقشات والمساومات فيما بينهم، وبعد أن يكون كل منهم على دراية كاملة بطلبات وإمكانيات الآخر[1019].

وقد تدفع طبيعة العقد ذاته الأطراف إلى التفاوض ولمدة طويلة، إما لأن هذه الطبيعة معقدة، بسبب طبيعة المحل، كما في عقود نقل التكنولوجيا، أو لأن العقد النهائي يرتبط بشروط وظروف معينة، لا بد من تحققها قبل إتمام العقد. ولذلك يغلب أن يتم التفاوض على مراحل أو دفعات، بحيث ترتبط كل مرحلة وكل دفعة بسابقتها وبلاحقتها، علما بأنها ستؤدي في النهاية إلى عقد واحد.

وقد يبدو الأمر غريبا لأول وهلة، إذ يمكن أن يقال أنه لا يمكن تصور حدوث وعد بالتعاقد بطريقة إلكترونية، كما قد يتراءى كأنه عقد ابتدائي. وفي هذا الصدد، نأخذ بما ذهب إليه بعض من الفقه[1020]، من حيث اعتبار الوعد بالتعاقد عقدا قائما بذاته، بمقتضاه يلتزم أحد طرفي العقد بإبرام العقد الأساسي، عندما يُظهر الموعود له قبوله ورغبته في إبرامه خلال مدة متفق عليها بينهما. فمن يَعِد الطرف الآخر بالتعاقد، وجب عليه أن يلتزم بهذا الوعد، وللموعود له أن يقبل منه الوعد صراحة أو ضمنا.

والوعد بالعقد مجرد وسيلة تستهدف الوصول إلى العقد النهائي، وبذلك يعد من مقدمات العقد المقصود إبرامه في آخر الأمر أو هو عقد يراد به أن يتيح الفرصة لعقد آخر أن يقوم، وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة عقد ما قبل العقد. فوفق هذا المنطق، لكلا الطرفين المتفاوضين الحق في إبرام العقد النهائي خلال المدة التي يتفقان عليها. فإذا ما انتهت المدة دون أن يعبر من له الحق بذلك عن رغبته في إبرام العقد، سقط الوعد وزال كل ما وقع الالتزام به.

وقد يكون الوعد بالعقد وعدا بسيطا أو موصوفا معلقا على شرط واقف مثلا، فإذا تخلف كان الوعد عديم الأثر[1021]، كما قد يكون انفراديا أو ملزما للجانبين معا.

[1019] تجدر الإشارة إلى أن الوعد بالتعاقد كباقي العقود، لا ينعقد إلا إذا توافرت فيه شروط التعاقد الجوهرية، وهي: الاتفاق بخصوص طبيعة الوعد وتحديد موضوعه بشكل مانع للجهالة وتعيين مدة الوعد...، (المادة 72 ق.م. كويتي؛ الفصل 19 و 488 ق.ل.ع.). ولمزيد من الاطلاع، انظر: محمد ولد محمد الراظي، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، ما ستر: قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2009-2010، ص. 83 وما بعدها.

[1020] عبد الحكيم فودة، الوعد والتمهيد للتعاقد والعربون وعقد البيع الابتدائي، القاهرة 1992، ص. 15؛ عبد المنعم فرج الصدة، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979، ص. 129؛ وأيضا، أنور سلطان، مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط. 1، 1987، ص. 60.

[1021] يعتبر الشرط الذي يحدد له أجل لوقوعه متخلفا إذا انقضى الأجل دون أن يتحقق، وفي هذه الفرضية لا يحق للمحكمة تمديد الأجل. أما لو أطلق الشرط دون تقييد في الآجال فإنه يستمر على إطلاقه إلى أن يتأكد عدم وقوعه وأما إذا تخلف الشرط، فإنه يستمر متخلفا. وللمزيد من الاطلاع راجع عبد الحق صافي، م.س.ص. 250 و251 مع الهوامش المتضمنة لها.

فالوعد بالتعاقد الملزم لطرف واحد فقط، يعني أن أحد أطراف المفاوضة هو الذي يلتزم به دون الآخر الذي يقتصر دوره على أن يكون مجرد موعود له بإبرام العقد المستهدف، ضمن الآجال وبالشروط التي تحدد مسبقا[1022].

وهنا تترتب بعض الآثار، أهمها: ثبوت حقوق شخصية متبادلة للطرفين، إذ يلتزم الواعد بوعده طيلة المدة التي تم الاتفاق عليها، أما الموعود له فله حق الخيار بين أحد الحلين: رفض التعاقد، مما يسقط حقه ويحلل الواعد من وعده، أو الموافقة عليه خلال الأجل المحدد، حيث يتم العقد النهائي[1023].

ويعتبر البعض من الفقه، الوعد بالتعاقد الملزم لجانب واحد عقدا حقيقيا متميزا عن العقد النهائي المرتقب[1024]، كما في عقد البيع حيث لا يحصل انتقال الملكية إلى المشتري الموعود له بالبيع، إلا عند إبرام البيع النهائي خلال الأجل المحدد.

فعقد الوعد بالتعاقد يقوم، بمجرد أن يرتضيه من صدر الوعد لصالحه، واتصل رضاه بعلم الواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد. بينما في الوعد الثنائي أو الملزم للجانبين، فيتحمل به كل من أطراف التفاوض لصالح الآخر. فإذا ما نكل أي منهما وعده، فإن هذا يؤدي إلى إمكانية إلزام كل من الواعد والموعود له -بل وكلاهما كذلك- بإبرام عقد نهائي، تنفيذا لالتزام كل منهما بما وعد.

وإذا كان الاتجاه الفقهي التقليدي قد اعتبر عقد الوعد الملزم للجانبين عقدا نهائيا، لكنه معلق على شرط واقف[1025]، فإن الاتجاه الفقهي المعاصر اعتبره عقدا تمهيديا منفصلا عن العقد النهائي. وسند هذا الموقف الفقهي، أحكام القضاء التي لم تخلط بين الوعد بالتعاقد الملزم للجانبين والعقد النهائي[1026]. فالوعد بالتعاقد الملزم للجانبين، يقتضي وجود التزام متبادل لإبرام عقد نهائي، تحدد شروطه الأساسية بصورة مسبقة ضمن الوعد. كأن يعد أحد الطرفين الآخر، ببيع شيء ويلتزم الطرف الآخر بشرائه مع تعيين المبيع والثمن وأجل الوعد.

بذلك عقد الوعد بالتعاقد هو عقد ممهد للعقد النهائي، في الحالة التي يفتقر فيها الاتفاق لعنصر أساسي أو أكثر، بالنسبة للموعود له بالذات، وأيضا، في الحالة التي يعبر فيها الأطراف بشكل واضح عن رغبتهم في عدم إبرام العقد النهائي، آنيا، على أساس أنهم سيقومون بذلك حينما يبدي الموعود له رغبته في ذلك مستقبلا.

الفقرة الثانية: عقد التفاوض الإلكتروني المبدئي

أظهر التطبيق العملي، وجود العديد من الحالات التي يصر فيها الأطراف على التفاوض لفترة زمنية طويلة، للوصول إلى العقد النهائي الذي يوقعه الأطراف بعد استكمال كل مقتضياته. لكن، هل يمكن القول بوجود اتفاق مبدئي على التفاوض؟ وما مدى هذا الالتزام؟ وما هي الآثار المترتبة عنه؟.

[1022] François Terré, Philippe Simlet et Yves Lequette, Op.cit., p. 148 et 149.

[1023] عبد الحق صافي، م.س.ص. 252، وانظر أيضا، بلعيد كرومي، م.س.ص. 158 وما بعدها.

[1024] عبد الحق صافي، المرجع السابق، ص. 252.

[1025] F.Collart Dutilleul, Des contrats préparatoires à la vente de l'immeuble, Paris, 1988, p. 62 et S.

[1026] J.Ghestin, Op.cit., p. 312; V. aussi, L.Aynès, Les contrats spéciaux, N° 130.

يفرق الاتجاه المعاصر في الفقه، بين صورتين من صور المفاوضات: الأولى، وهي تلك التي لا يصحبها اتفاق بالتفاوض، ويقصد بها تلك المفاوضات التي تتم دون أن يكون هناك اتفاق صريح ينظمها. وهي بذلك مجرد عمل مادي لا يرتب أي مسؤولية على المتفاوض إذا ما عدل عنها، إلا على أساس المسؤولية التقصيرية إذا ما اقترن عدوله بخطأ مستقل، ألحق ضررا بالطرف الآخر. أما الثانية، فهي المفاوضات المصحوبة باتفاق تفاوض، وهي التي تتم بناء على اتفاق صريح بين الطرفين، ومن ثم تكون المسؤولية الناشئة عنها مسؤولية تعاقدية[1027].

وقد تعددت التعريفات التي أعطيت لعقد التفاوض المبدئي، فهناك من عرفه بأنه التزام تعاقدي بتقديم إيجاب أو الإستمرار في المفاوضات الجارية، بغية الوصول إلى إبرام عقد لم يحدد موضوعه إلا بشكل جزئي وغير كاف للتعاقد نهائيا[1028].

كما عرفه بعض من الفقه[1029]، بأنه تصرف قانوني بين طرفين بهدف ترتيب أثر قانوني معين، ولا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط المقررة للعقود بصفة عامة، وهي الرضا والمحل والسبب، وهو يعتبر من العقود الحديثة نسبيا وغير المنظمة قانونا. وعرفه بعض آخر، بأنه عقد بمقتضاه يتعهد طرفاه ببدء التفاوض أو متابعته أو تنظيم سير المفاوضات، بغرض التوصل إلى إبرام عقد في المستقبل[1030].

ويرى بعض من الفقه في فرنسا، أن المشرع الفرنسي في إطار قوانين حماية المستهلك، يستخدم تقنية الاتفاق المبدئي كوسيلة لتحقيق هذه الحماية. ويعتبر بعض عقود الاستهلاك مجرد اتفاقات مبدئية، بحيث إذا مضى الموعد المحدد للحق في الرجوع عنها من قبل المستهلك ولم يقم بذلك، تصبح عقودا نهائية[1031].

ويستخدم البعض من الفقه الفرنسي، مصطلح "Avant-contrat"، أو ما يمكن ترجمته بالالتزام السابق على العقد، للدلالة على طبيعة هذا الالتزام ومصدر نشأته، حيث تفرضه طبيعة التعامل أو طبيعة العقد ذاتها، مما ينعكس على قوة هذا الالتزام ومداه، والتي مردها إلى الالتزام العام بالتعاقد بحسن نية، لتبرير نشأة التزام ببذل عناية من طبيعة خاصة، ليؤدي خرق هذا الالتزام إلى قيام مسؤولية من نوع خاص تقع بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية[1032].

وعكس هذا الاتجاه الفقهي، اعتبر موقف آخر في الفقه، أن عقد التفاوض يولد رابطة عقدية للمضي في المفاوضات يتعين احترامها وتنفيذها بحسن نية، وإلا تحمل المخل بدفع تعويض للطرف الآخر المتضرر على أساس المسؤولية العقدية[1033]، وليس المسؤولية من نوع خاص، كما ذهب إليه الموقف السالف ذكره.

[1027] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 229 و230.

[1028] Boris Stark, Henri Rolond et Laurent Boyer, Op.cit., p. 129.

[1029] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 230.

[1030] محمد حسين عبد العال، م.س.ص. 94.

[1031] جمال فاخر النكاس، مقال سابق، ص. 167.

[1032] المرجع السابق، ص. 168 و 169.

[1033] عبد الحق صافي، م.س.ص. 243 والهامش 221 من نفس الصفحة.

ويرى بعض من الفقه، أن عقد التفاوض المبدئي عقد حقيقي صحيح الأركان، وليس مجرد عقد تعاقدية، إذ أنه يتم بتوافق إرادتين على إحداث أثر قانوني. ويتحقق ذلك بمجرد توجيه أحد الطرفين دعوة للتفاوض للطرف الآخر، يقبلها هذا الأخير بقبول مطابق للدعوة. وقد يكون عقدا لمدة محددة وهي نفسها المدة التي يستغرقها الطرفان في التفاوض عبر شبكات الإنترنيت أو أي من الوسائل الإلكترونية التي يمكن استخدامها من أجل إبرام عقد بطريقة إلكترونية، هدفه تنظيم المفاوضات بين الطرفين على العقد النهائي المنشود؛ وهي ما يعرف بالعقود الوقتية أو المؤقتة.

فإذا ما انتهت المفاوضات بين الطرفين، سواء بالتوصل إلى إبرام العقد النهائي المنشود أو فشل المفاوضات، زال كل أثر لعقد التفاوض، مع عدم الإضرار بحقوق الغير نتيجة قطع المفاوضات بسوء نية[1034]. فالطابع التمهيدي لعقد التفاوض، لا يخول أيا من طرفيه حقا نهائيا له طبيعة مالية، سواء أكان حقا شخصيا أم عينيا، مثلما لا ينشئ حقا عينيا يقيد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض، ولا يرتب أي أولوية أو أفضلية تحد من حرية التفاوض بشأن هذا الشيء، ولا يصلح أساسا لتوقيع الحجز على الشيء سواء أكان حجزا تحفظيا أو تنفيذيا[1035].

الفقرة الثالثة: العقد الابتدائي الإلكتروني

هو من الاتفاقيات الممهدة للتعاقد النهائي بطريقة إلكترونية، وبمقتضاه يتفق الطرفان المتفاوضان على أن يحددا أجلا معينا لتحرير العقد النهائي، وذلك لمواجهة اعتبارات معينة، سبق لنا الإشارة إليها آنفا، حينما تطرقنا بالتحليل إلى الأشكال التعاقدية التمهيدية السابقة على مرحلة إبرام عقد نهائي.

وكثيرا ما لا يتم اللجوء إلى إبرام عقد عن طريق استخدام الوسائل الإلكترونية من طرف الأفراد، إذ ليس لديهم ثقة في استخدام تلك الوسائل في التعاقد. لذلك العقد الابتدائي الإلكتروني -ربما- هو الحل الأمثل لتشجيع الأشخاص على استخدام تلك الوسائل وإبرام العقود من خلالها، لأن إبرام عقد أو اتفاق مبدئي بين الموجب والقابل وتأجيل إبرام العقد النهائي إلى وقت لاحق، يمكن الطرفين من التأكد من هوية المرسل والمرسل إليه، ومن إرسال المستندات المتعلقة بالعقد من أجل الإثبات في حالة حدوث مشاكل.

فقد يبرم عقد إبتدائي عبر شبكة الإنترنيت ويؤجل أمر إبرام العقد النهائي إلى حين إرسال المستندات المتعلقة بالعقد عبر البريد المختار أو عبر الفاكس، فيتم العقد النهائي منعا من حدوث أي احتيال، لأن الاحتيال وارد عبر الوسائط الإلكترونية[1036]. فهو عقد كامل ولا ينعقد إلا بتوافر الأركان العامة المتطلبة في انعقاد العقود الصحيحة -رغم أنه خطوة نحو العقد النهائي- بحيث إذا ما امتنع الواعد عن تنفيذ وعده بعد أن أظهر الموعود له رغبته في إبرام العقد النهائي، أو امتنع أحد طرفي العقد الابتدائي عن ذلك بعد حلول الأجل المتفق عليه، يسمح للموعود له أو الطرف الآخر في العقد الابتدائي أن يراجع المحكمة لاستصدار حكم قد يقوم مقام العقد النهائي.

[1034] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 231 وما بعدها وأيضا المراجع المشار إليها في الهوامش.

[1035] محمد حسين عبد العال، م.س.ص. 110.

[1036] هبه ثامر محمود عبد الله، م.س.ص. 161.

والعقد الابتدائي المبرم بطريقة إلكترونية، لا يمكن أن يكون إلا ملزما للجانبين معا -عكس عقد الوعد بالتعاقد الذي قد يكون ملزما لجانب واحد أو لجانبين- ذلك أنه في العقد الابتدائي المبرم بطريقة إلكترونية، يصبح كلا المتعاقدين ملتزمين بإبرام العقد النهائي، عند حلول الأجل الذي تم الاتفاق عليه. وقد يتم التعيين صراحة لمدة محددة أو قابلة للتحديد. وقد يستشف هذا التعيين دلالة، كما إذا كان العقد الموعود به لا يجدي تنفيذه بعد فوات وقت معين، وهي نفس المدة التي يجب خلالها إبرام العقد.

فإذا ما حصل نزاع بين الطرفين حول ذلك، يتم الرجوع إلى القاضي الذي يقوم بتحديد المدة[1037]، أما إذا حل الميعاد المحدد لإبرام العقد النهائي فإن كلا يلتزم الطرفين بإبرام العقد النهائي ويجوز إجباره على التنفيذ عينا. ومتى ما تم التوقيع العقد النهائي المبرم بطريقة إلكترونية، التزم كل من المتعاقدين بأحكامه[1038].

الفقرة الرابعة: الاتفاقيات الجزئية المنظمة لمرحلة التفاوض الإلكتروني

قد تلجأ الأطراف إلى تنظيم خطوات المفاوضات ذاتها، بصياغة وتحديد العديد من المسائل التي تم الاتفاق عليها في كل مرحلة من مراحل التفاوض، وإفراغها في عقد أو عدة عقود جزئية، بعدد المراحل واختلاف المسائل محل المناقشة. وقد يكون العقد الجزئي في مسألة ما عقدا وقتيا، وقد جرت العادة على تسميته بلفظ "خطاب النوايا"، وهو لا يتطلب لوجوده وصحته سوى توافر الشروط اللازمة لإبرام وصحة العقود عامة[1039].

فعديدة هي المستندات التي تحرر في مرحلة ما قبل توقيع العقد النهائي، وتجسد مقترحات الطرفين بخصوص العقد المراد إبرامه، وتتم صياغتها في اتفاقيات جزئية مستنبطة من الواقع العملي، ويمكننا إيجازها في ما يلي:

أولا- الاتفاق الجزئي حول بعض جزئيات العقد: هو ما يتم إبرامه أثناء المفاوضات، ويحدد الأطراف بمقتضاه مختلف ما تم الاتفاق عليه أثناءها. فقد يتفق الطرفان على بعض عناصر العقد المراد إبرامه، ويؤجلان الاتفاق على عناصر أخرى تعتبر جوهرية في نظر أحدهما أو كلاهما، يتوقف عليها التعاقد إلى وقت لاحق.

فالعروض المقدمة عبر العديد من المواقع على الانترنيت، والتي بموجبها يتم كراء أو شراء عقار، قد ينتج عنها إبرام عقد ابتدائي بطريقة إلكترونية، دون أن يتضمن مدة الكراء أو يتفق الأطراف على العين المكتراة، ولا يتم ذلك إلا حين التراضي على السومة الكرائية وباقي أركان العقد الأخرى.

ونفس الشيء في العقود المعقدة والمهمة كعقود نقل التكنولوجيا، حيث يتم الاتفاق فيها حول العديد من الجزئيات في شكل اتفاقيات، ولا سيما في الحالات التي تطول فيها فترة المفاوضات، حيث يجزأ العقد إلى مراحل. ومتى توصلت أطراف العلاقة التعاقدية إلى إبرام العقد النهائي، اكتسبت هذه الاتفاقيات الطبيعة العقدية باعتبارها جزءا من العقد النهائي.

[1037] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 253.

[1038] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 258.

[1039] صابر محمد عمار، المفاوضة في العقود الإلكترونية بالتطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ورقة عمل مقدمة في البرنامج الدولي لتدريب المحامين في موضوع حماية الملكية الفكرية المنظمة من طرف اتحاد المحامين العرب وبشراكة مع المنظمة العالمية للملكية الفكرية، 20-23 أكتوبر 2001، دورة مصر، ص. 18.

وإذا لم يتوصل الأطراف إلى الاتفاق حول العقد النهائي، فإن ذلك لا يعني بأن هذه الاتفاقيات تفقد كل قيمة قانونية. وبهذا الخصوص، يتجه الفقه إلى القول بأن هذه الاتفاقيات تولد التزامات من طبيعة خاصة "شبه عقدية"، وبالتالي يمكن أن يسأل من يخرق هذه الالتزامات عن الأضرار التي تتولد عن ذلك، ولكن لا يلزم أي طرف بإبرام العقد النهائي بأي ثمن[1040].

وقد حدد المشرع المغربي موقفه من القيمة القانونية للاتفاقيات الجزئية، عندما اعتبرها غير ملزمة وعديمة الأثر، وذلك احتراما للإرادة المفترضة للعاقدين. فقد جاء ضمن الفصل 20 ق.ل.ع "لا يكون العقد تاما إذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة لكي تكون موضوعا لاتفاق لاحق، وما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه لا يترتب عليه التزام ولو حررت مقدمات الاتفاق كتابة"؛ فالاتفاق الجزئي هنا يرتب آثارا تعاقدية إلزامية ولا يخضع بالتالي لمقتضيات الفصل20 ق.ل.ع، وذلك في فرضيتين:

الفرضية الأولى، وهي أن يتفق المتعاقدان بشأن العناصر الأساسية للالتزام بحسب موضوعه، مع تأجيل الاتفاق بخصوص العناصر التفصيلية إلى موعد لاحق، حيث يقوم العقد مرتبا لآثاره، كأن يتم الاتفاق بخصوص المبيع والثمن مع تأخير الاتفاق بخصوص تفاصيل التسليم أو السداد إلى أجل معلوم، وهنا يقوم العقد في غياب عناصره غير الأساسية، شريطة أن تكون قابلة للتحديد مستقبلا، وألا يكون الطرفان قد اختلفا بخصوصها أثناء التعاقد. وهذا نفسه ما يستفاد من الفصل 19 من ق.ل.ع. الذي جاء فيه: "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية.

أما التعديلات التي يجريها الطرفان بإرادتهما على الاتفاق فور إبرامه فلا تعتبر جزءا من الاتفاق الأصلي وذلك ما لم يصرح بخلافه".

أما الاختلافات الحاصلة عقب إبرام العقد، بخصوص العناصر غير الأساسية، فتفصل فيها المحكمة عن طريق تطبيق القواعد القانونية أو الأعراف المستقرة في مكان التعاقد.

الفرضية الثانية، وهي حالة إبرام مجموعة من العقود، وإن كانت مرتبطة فيما بينها، فهي محافظة في وحدتها على كيانها المستقل، أو بتعبير آخر تجمع عدة عقود لا تشكل -بخلاف العقد المركب- عقدا واحدا[1041].

[1040] جمال فاخر النكاس، م.س.ص. 185.

[1041] عبد الحق صافي، م.س.ص. 244 و245.

فعلى سبيل المثال لا الحصر في عقود التزويد بالحواسيب، تبرم عقود الدراسات والمشاورات الأولوية التي يلتزم بموجبها مكتب الاستشارة أو المزود بأنظمة الحاسوب بالقيام بدراسات ميدانية واقتصادية تنصب حول جدوى وإمكانية وتكلفة النظام الآلي المطلوب في أجل محدد، لقاء مقابل يلتزم به طالب التزويد بالنظام. وهي التزامات من طبيعة عقدية بحتة، يؤدي الإخلال بها إلى قيام المسؤولية العقدية للطرف المخل، وإن كانت تلعب دورها إلى جانب الاتفاق المبدئي على التفاوض والاتفاقيات الأخرى[1042].

ثانيا- الاتفاق على تأجيل التوقيع: قد يحدث في بعض حالات التفاوض، أن يحتفظ أحد الأطراف أو كلاهما بالحق في تأجيل التوقيع على العقد النهائي. وقد يفهم أن هذا الاتفاق، لا يتم إلا بعد أن يكون المتفاوضان قد اتفقا على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد، بينما قد يحدث مثل ذلك في أي مرحلة من مراحل المفاوضات، ولو حتى في الجولة الأولى منها، ما دام أن الغاية منه تتمثل غالبا في التهرب من المسؤولية المترتبة عن قطع المفاوضات.

ثالثا- الاتفاق من خلال العقود النموذجية الموضوعة على الموقع أو المرسلة بطريقة إلكترونية: حينما تتم المفاوضات بين الطرفين على أساس النماذج العقدية، فإنها تتضمن نفس الشروط التي تطبق على أي شخص يريد التعاقد وفق العقد النموذجي المعني. وحينما يتبادلان نموذجي عقديهما السابق إنجازهما سلفا، فقد يكون كل واحد منهما محتويا على شروط مختلفة عن تلك التي وردت في نموذج الطرف الأول.

وفي كثير من الأحيان، يتم التفاوض بين كبار ممثلي شركتين، ويسفر التفاوض عن الاتفاق على الشروط الأساسية أو الجوهرية للعقد: كالسعر، والكمية، ووقت، ومكان التسليم. بينما يترك هؤلاء ما يعتقدون أنه أمور ثانوية لمن هم دونهم في المركز الوظيفي للاتفاق بشأنها، مثل: التحكيم. وفي هذه الحالة نكون أمام نوعين من الشروط: شروط تم الاتفاق عليها بشكل كامل وتفصيلي عبر المفاوضات، وأخرى تم تبادلها بين الطرفين ولم يتم التفاوض بشأنها، وهي في أغلبها متضاربة. وأما إشكالية التعارض، فيمكن الرجوع بخصوصها إلى حلول نقتبسها من الأحكام العامة في العقود.

ونرى بهذا الخصوص، أن أي قبول مخالف أو مشروط للإيجاب يعتبر رفضا له، وبالتالي لا ينشأ به العقد، إذ أن هذا القبول المخالف أو الإيجاب المشروط في حد ذاتهما يعدان إيجابا جديدا إعمالا للنظرية العامة في القانون، والتي تقتضي ألا يقوم الطرفان بالسير في تنفيذ العقد، ما لم يتم الاتفاق نهائيا على الشروط التعاقدية الأساسية مسبقا؛ حيث يكون هناك إيجاب وإيجاب جديد أو مضاد، ثم إيجاب مضاد لهذا الإيجاب المضاد.

وهكذا، تستمر المفاوضات دائرة في حلقة مفرغة، دون التوصل إلى اتفاق بين الطرفين في معظم الأحيان. وهنا، لا بد من الرجوع للمحكمة لفض الخلاف بين الطرفين، في حالة العقود النموذجية التي على أساسها يتم إبرام بعض العقود بطريقة إلكترونية. ومن الأكيد أن القاضي سيلجأ إلى القواعد المكملة أو الأعراف بهذا الخصوص. وقد يدفع هذا إلى اعتراض أحد الطرفين، على أساس أن ذلك يعني خضوعه لشروط تختلف عن تلك التي أبدى رغبته بأن يخضع العقد لها.

[1042] جمال فاخر النكاس، مقال سابق، ص. 172.

وإذا كان هذا الموقف هو ما أخذت به بعض التشريعات كالقانون الفرنسي والانجليزي، فإن تشريعات أخرى كالتشريع الألماني[1043] والقانون التجاري الأمريكي الموحد[1044]، حاولا إيجاد حلول أخرى تعتمد بالأساس على الفصل بين مسألة إبرام العقد ومسألة الشروط التي تحكمه. فقد تم الأخذ بعين الاعتبار -للقول الفصل بالنسبة للشروط الواجب تطبيقها على العقد- الشروط التي يتضمنها النموذج الأخير في سلسلة المراسلات التي تمت بين الطرفين.

أما بالنسبة للتشريعات العربية، نأخذ القانون المغربي كمثال، حيث نص الفصل 20 من ق.ل.ع على أنه "لا يكون العقد تاما إذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة لكي تكون موضوعا لاتفاق لاحق، وما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه لا يرتب عليه التزام ولو حررت مقدمات الاتفاق كتابة". فالمشرع المغربي واضح في أن الاتفاق، يجب أن يتم على العناصر الأساسية للالتزام وكل الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية، ولو أن ما تم الاتفاق بخصوصه قد حررت مقدماته كتابة.

ولا نعتقد أن هذا النص -وكما يبدو ظاهريا- يميز بين العناصر الأساسية للالتزام، وشروط الالتزام الأخرى في هذا المجال، بل أن المعيار الجوهري لكل منهما، هو في اعتبارها أساسية من قبل الطرفين. وهذا عكس ما ذهبت إليه المادة 100 من القانون المدني الأردني التي نصت على ما يلي:

"1- يطابق القبول الإيجاب إذا اتفق الطرفان على كل المسائل الجوهرية التي تفاوضا فيها. أما الاتفاق على بعض هذه المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق كتابة.

2- إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد انعقد وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة".

[1043] نصت الفقرة الثانية من المادة 150 من القانون المدني الألماني على ما يلي: "القبول المصحوب بشروط زائدة على شروط الإيجاب أو المصحوب بتغيير أو إلغاء لها يعتبر رفضا للإيجاب ولكنه يشكل إيجابا جديدا".

[1044] نصت المادة 2/207 من القانون التجاري الأمريكي الموحد على ما يلي: "1- التعبير بالقبول المحدد والواضح والصادر في الوقت الملائم أو التأكيد الخطي الذي يتم إرساله في الوقت المعقول يعتبر قبولا حتى ولو تضمن شروطا مختلفة أو زائدة عن الشروط المتفق عليها أو تلك التي نص عليها الإيجاب وذلك ما لم يكن القبول قد نص صراحة على أنه مشروط على قبول هذه الشروط الزائدة أو المختلفة.

2- أن الشروط الزائدة يجب النظر إليها على أساس أنها مقترحات للإضافة إلى شروط العقد، وهي تعتبر جزءا من العقد الذي يبرم بين طرفين تاجرين ما لم يكن:

أ- الايجاب قد نص صراحة على تقييد القبول على الشروط الواردة فيه.

ب- هذه الشروط تلغي وبشكل جوهري الإيجاب.

ج- قد تم إبلاغ الاعتراض على هذه الشروط أو تم الاعتراض عليها ضمن فترة معقولة بعد العلم بها.

3- أن تصرف كلا الطرفين الذي يدل على وجود عقد بينهما كاف للدلالة على وجود عقد البيع بينهما وذلك على الرغم من أن ما تم تدوينه بين الطرفين لا يدل على ذلك. في مثل هذه الحالة فإن شروط العقد هي تلك التي تم تدوينها وكذلك أي شروط مكملة أخرى نصت عليها مواد أخرى من هذا القانون".

رابعا- الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى: غالبا ما تلجأ الأطراف إليه قصد إعطاء أنفسهم الحق في الرجوع والتشاور مع الجهات العليا، التي يعمل فريق التفاوض من خلالها أو لصالحها. وقد يراد به، مراجعة بنود ما اتفق عليه مراجعة متأنية. وعليه، فهذا التوقيع يعني مجرد تحديد لما أسفرت عنه المفاوضات بين الطرفين، من نقاط تفاهم بينهما. فهو مشروع اتفاق، لا يتحول إلى اتفاق نهائي إلا بعد التوقيع عليه توقيعا تاما بالأحرف الكاملة لأسماء الأطراف وليست أسماء من قاموا بالتفاوض.

خامسا- خطابات النوايا الإلكترونية[1045]: هي محررات إلكترونية مكتوبة قبل إبرام العقد النهائي، وهي تعكس مقترحات واتفاقات أحد طرفي العقد أو كلاهما، بهدف الدخول في التعاقد من خلال وسيط إلكتروني أو بشكل مباشر عبر الوسائط الإلكترونية.

وتلعب خطابات النوايا دورا بارزا في المفاوضات الإلكترونية، إذ تمثل خطوة نحو إبرام العقد النهائي، كما تعبر عن رغبة الأطراف المتفاوضة في التوصل لاتفاق نحو إعداد وإبرام العقد النهائي. وعليه، خطابات النوايا، إنما تمثل في حقيقة الأمر خلاصة لمضمون المواقف النهائية لأطراف التفاوض.

سادسا- البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية: هي عبارة عن وثائق يسجل فيها الطرفان المتفاوضان اتفاقهما على الإطار العام للعقد النهائي، دون التطرق إلى الشروط التي تترجم هذا الإطار إلى حقوق والتزامات أو إلى غيرها من الشروط المكملة. وإذا كانت تكتب على دعائم ورقية، فلا مانع من أن تكتب على دعائم إلكترونية[1046].

وأحيانا تدق التفرقة بين خطابات النوايا والبروتوكولات الاتفاقية الالكترونية، فكلاهما مكتوب، وكلاهما يتضمن جزئيات تم الاتفاق في شأنها في سبيل الوصول إلى العقد النهائي.

وهكذا نقف على الأهمية الخاصة للاتفاقات والعقود التي تبرم خلال مرحلة المفاوضات قبل العقدية في العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية، إذ على أساسها إما يبرم الطرفان المتفاوضان العقد النهائي، أو يوقفان المفاوضات نهائيا دون التوصل إلى إبرامه، ذلك أن الأطراف يلجؤون إلى إبرام العديد من الاتفاقات والالتزامات السابقة عن التعاقد، لتأكيد جديتهم في الوصول إلى عقد نهائي.

[1045] خطابات النوايا هي اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي، يتعلق بتنظيم عملية التفاوض. راجع:سمير عبد السميع الأودن، م.س.ص. 9 وما بعدها.

[1046] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 234. وتجدر الإشارة إلى أن البروتوكول الاتفاقي الإلكتروني يختلف عن خطاب النوايا الإلكتروني، وفي هذا يعتبر بعض الفقه البروتوكول الاتفاقي يتضمن أجزاء كبيرة من العقد النهائي، بل يكاد يتضمن العناصر الأساسية كلها، عدا تلك التي تتصل بشروط تنفيذ العقد وبالشروط الجزائية التي تطبق في حالة خرق أي التزام تعاقدي. في حين لا تتضمن رسائل النوايا الإلكترونية سوى بعض عناصر العقد، إذ أن الوصول إلى البروتوكولات يرتبط بقطع مراحل أكبر من مرحلة المفاوضات وذلك مقارنة بالمراحل التي تم اجتيازها للوصول إلى رسائل النوايا. كما أن هذه الأخيرة يتم تبادلها بمبادرة من أحد الأطراف، فتأخذ بذلك الشكل الذي يراه هذا الطرف. في حين البروتوكول الاتفاقي فله شكل نموذجي محدد العناصر، بمعرفة جميع الأطراف ويتم التوقيع عليها من قبلهم. وللمزيد من الاطلاع، انظر: جمال فاخر النكاس، مقال سابق، ص. 180 و181.

ولهذه الاتفاقات والتعاقدات قبل العقدية أهميتها، فمن خلالها يتم تدوين مختلف ما تم الاتفاق عليه خلال مرحلة المفاوضات، مما يسهل الرجوع إليها كلما اقتضى الأمر ذلك لإثبات الجهد الذي تم بذله خلال هذه المرحلة، وليكون سندا لإثبات مسؤولية الطرف المتخلي عن التفاوض دون مبرر معقول على أساس قواعد المسؤولية التقصيرية. وما لجوء الأطراف إلى هذا النوع من الاتفاقات قبل العقدية، سوى دليل على رغبتهم الجادة في إبرام العقد، لكن مع أخذ مهلة من التفكير والتروي.

وأول ما يتبادر للذهن، بخصوص هذه الاتفاقات والتعاقدات قبل العقدية خلال مرحلة المفاوضات بطريقة إلكترونية -على اعتبارها غير واضحة المعالم من الناحية القانونية شأنها في ذلك شأن سائر المحررات قبل العقدية- هو مدى قيمتها القانونية، وهو نفسه مناط بحثنا من خلال **المطلب الثاني**.

المطلب الثاني
القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض الالكتروني

لعل أهم ما يميز مرحلة المفاوضات قبل العقدية، هو قيامها على عنصر الاحتمال. فكلا المتفاوضين متيقن بأن المفاوضات قد تسفر عن عقد نهائي، وقد تنتهي دون التوصل إلى اتفاق بينهما. وسبق أن رأينا، أن خلال هذه المرحلة التمهيدية حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية، تتعدد وتتنوع الاتفاقات التي تتخللها، ومن غير المتصور تكييفها تكييفا قانونيا واحدا، نظرا لتعدد صورها -وإن كان من الممكن إطلاق تسمية واحدة عليها- وهي: الاتفاقات قبل العقدية، باعتباره المسمى الشامل لها جميعا.

على أن السؤال الذي يطرح وبحدة بهذا الخصوص، هو: أي قيمة قانونية للاتفاقات التي يتفق المتفاوضان بطريقة إلكترونية بخصوصها؟. هذا ما سنقوم ببيانه، من خلال التعرض للملامح العامة للقيمة القانونية، لما يتم في هذه المرحلة (**الفقرة الأولى**)، لنتناول بعد ذلك القيمة القانونية لكل اتفاق على حدة (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: الملامح العامة للقيمة القانونية للاتفاقات قبل العقدية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

إذا كانت غالبية التشريعات المدنية، لم تتطرق بالتقنين لمرحلة المفاوضات قبل العقدية عموما، بما فيها المفاوضات التي تتعلق بالعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، بحيث خلت من أية أحكام قد تسعف في تنظيم هذه المرحلة، فإن أولى الإرهاصات القانونية التي تطرقت للمفاوضات جاءت من خلال القانون المدني الإيطالي عام 1942 وفيه أول تنويه بالمفاوضات، ثم تلته غالبية التشريعات. على أن التطور القانوني في هذا المجال يتفاوت من بلد لآخر، مما أدى إلى اختلافات فلسفية متعلقة بالنظم القانونية للمفاوضات.

فإذا كانت حرية التفاوض يجب أن تظل مبدأ رئيسيا، استنادا إلى التفسير الاقتصادي المرتبط بحرية المنافسة، فإن إطلاق الحرية يتيح منافسة أكبر، طالما لم يتم اختيار الطرف الآخر في التعاقد. بمعنى آخر، ترك المتفاوضين وفق حريتهما، مما يترتب عليه عدم إضفاء الصبغة القانونية على هذه الاتفاقات، إذ أنها تمت في المرحلة قبل العقدية؛ أي في المرحلة التي يجوز فيها قطع هذه المفاوضات، في أي وقت شاء المتفاوضان[1047].

وإذا كان هناك من الفقهاء من ينادي بحرية المفاوضات، فإن الأمر في نظرهم يستلزم التحفظ على هذه الحرية، بإدخال قواعد قانونية وأدبية، تستوجب وضع قيود على تصرفات أطراف المفاوضة، بحيث تتقرر المسؤولية عن قطع المفاوضات، مع إعطاء القيمة القانونية للاتفاقات التي تعقد خلالها[1048].

ولقد اتضح من خلال استعراضنا لمرحلة التفاوض بطريقة إلكترونية، أنها أساسية ومن مكونات العقد المزمع إبرامه. وهي لا تعدو أن تكون مجرد مناقشات ومساومات تمهد للتعاقد، وفق ما يراه الفقه التقليدي، الذي يرى أيضا، بأن القانون لا يرتب في الأصل على هذه المفاوضات أثرا قانونيا، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات في الوقت الذي يريد[1049].

ولقد أثارت مسألة القيمة القانونية للمفاوضات، خلافا كبيرا في فقه وقضاء التحكيم التجاري الدولي، حيث انقسم الفقه بشأنها إلى رأيين:

الرأي الأول: يرى عدم الاعتراف بأي قيمة قانونية لأي عمل يسبق التعاقد، وعليه فمجرد التوقيع على العقد، فإن هذه الأعمال تعتبر لاغية ولا قيمة لها، وإذا وجد تعارض بينها وبين ما ورد في العقد، فلا يعتد إلا بما ورد في العقد.

أما **الرأي الثاني**، فيرى ضرورة إسباغ الطابع القانوني على هذه المرحلة، دون أن يحدد مدى القيمة القانونية لهذه الأعمال، أي لم يحدد القوة الملزمة لها. ويذهب القضاء الإنجليزي، إلى اعتبار أن الالتزام بالتفاوض لا يترتب عليه التزام قانوني، ومن ثم فهو لا يعترف بعقد التعاقد الذي ترتب عليه الدخول في مفاوضات ولا بعقد التفاوض؛ ومن باب أولى، فهو لا يعترف بأي قيمة قانونية لما يتخلل هذه المفاوضات من اتفاقات[1050].

[1047] Marcel Fontaine, La période précontractuelle et la construction par étapes du Contrat international, dans Institut de Droit des Affaires Internationales, Les systèmes contractuels de droit civil et les exigences de droit international, Le Caire, 1993, p. 53 et S .

[1048] Philippe Delebcque, Denis Mazeaud, Formation du contrat: www.lexinter.net/JF/negociation.html (M.S.J, Jan.2000).

[1049] Idem.

[1050] انظر أيضا، عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. من 261 - 264. وأيضا، سمير عبد السميع الأودن، م.س.ص. 2005. ناجي عبد المؤمن، عقود التجارة الدولية طويلة الأمد، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، مطبعة عين شمس، الإسكندرية، 1994، ص. 35 وما بعدها.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية، تعتبر العقود المتعلقة بتنظيم المفاوضات وتلك التي تسمح بتنفيذ مرحلة من مراحل العقد قبل إبرامه، عقودا حقيقية، أيا كان القانون الواجب التطبيق. أما الاتفاقات الخاصة بتحضير العقد المستقبلي، فيتوقف تقدير قيمتها على القانون الواجب التطبيق. فالقانون المدني يقبلها بسهولة في حين يرفضها القانون العرفي، وعلى الأقل ففي تلك الاتفاقات يسهل إثبات الإخلال بالالتزام بالتفاوض بحسن نية وفق قواعد المسؤولية التقصيرية، إذا لم يُعترف لها بالصفة العقدية[1051].

ولكن، أليس إجحافا في حق الطرفين المتفاوضين، اللذين أنفقا استثمارا ماليا كبيرا ووقتا وجهدا خلال المفاوضات قبل العقدية، عدم الاعتراف بما تم تحقيقه خلال هذه المرحلة واعتباره دون قيمة قانونية، أو على الأقل الاعتراف بإمكانية اعتماده كأرضية لتكييف متضمنات العقد، إذا ما حدث خلاف ما بين الطرفين المتفاوضين ورفعاه إلى القضاء لكشف الغموض عن بعض شروط العقد، أو إذا فات على المتعاقدين تنظيم مسألة ما، كانت محل اتفاق وتم بشأنها اتصالات وتبادل مراسلات أثناء مرحلة المفاوضات السابقة لإبرام العقد؟.

نرى بهذا الخصوص، ضرورة تحديد إرادة الطرفين المتفاوضين لقيمة المفاوضات، وذلك بالاتفاق المسبق بينهما حول إمكانية الاعتداد بما تم التوقيع والاتفاق عليه، خلال المفاوضات من عدمه، مع تضمين موقفهما هذا في كل المستندات التي تم تداولها فيما بينهما، كخطابات النوايا، أو العقود الابتدائية الإلكترونية، أو على الأقل، الاتفاق على توقيع شرط جزائي على من يخل بالتزاماته خلال هذه المرحلة، لما لهذا الشرط من صفة عقدية لا يمكن جحدها.

وعليه، فالقيمة القانونية لمرحلة المفاوضات تختلف باختلاف النص أو عدم النص عليها في العقد. ففي حالة عدم النص على الاعتداد بها من قبل المتعاقدين، فلا يتعدى أن يكون دورها دورا تفسيريا لبنود العقد فحسب، وللقاضي مطلق الحرية في الأخذ بها في تفسير العقد أو طرحها جانبا. أما إذا وقع الاتفاق على الاعتداد بها من قبل المتعاقدين، فإنها تتمتع بقيمة قانونية كاملة، ويكون القاضي ملزما بالأخذ بما جاء في هذه المرحلة، إذ تعتبر وكأنها في منزلة الشروط التعاقدية.

الفقرة الثانية: القيمة القانونية لكل اتفاق على حدة

رأينا من خلال الفقرة السابقة، أن القيمة القانونية للمفاوضات العقدية في العقود بصفة عامة، والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية بصفة خاصة، ذات أهمية كبيرة. ويمكننا تصنيف الاتفاقات الناتجة عن المفاوضات إلى صنفين:

- **الصنف الأول: الاتفاقات عديمة القيمة**، حيث لا يولد إلا التزامات أدبية بحتة، ومنها ما يولد التزامات. وتتمثل في:

[1051] Marcel Fontaine, Op.cit., p. 118.

1- الاتفاق على مبدأ التفاوض في العقد المبرم بطريقة إلكترونية: فهو مجرد تلبية للدعوة للتعاقد، طالما أن إيجابا لم يصدر بعد، وإن صدر هذا الإيجاب ولم يلق قبولا مطابقا، واقتصر هذا القبول على تعديل في الإيجاب، يعتبر إيجابا جديدا صادرا من الموجب له، يحتاج لقبول جديد. فهذا الاتفاق ليس عرضا جازما، ولا يعبر عن إرادة مصممة وعازمة نهائيا على إبرام العقد، إذا ما صادفها قبول مطابق.

وليرقى هذا الاتفاق إلى مرتبة الإيجاب، يجب أن يكون متضمنا على الأقل لطبيعة العقد المزمع إبرامه ولشروطه الأساسية، بحيث لا يتبقى لانعقاد العقد سوى صدور قبول مطابق. فإذا لم يكن كذلك، كنا بصدد دعوة للتفاوض أو مجرد أعمال تحضيرية. لذا، تستمر المرحلة قبل العقدية، حتى صدور قبول مطابق للإيجاب. أما إذا صدر قبول غير مطابق، فالمرحلة التفاوضية تظل مستمرة[1052].

2- الاتفاق على تأجيل التوقيع النهائي: هو لا يعدو أن يكون إيجابا يحتاج لقبول مطابق، وهو ما لم يتم. فالحالة التي نحن بصددها تتمثل في مجرد تحرير ما تم التفاهم بشأنه في وثيقة لا تحمل أي توقيع، وعادة ما يحدد عند تأجيل التوقيع مدة معينة يتم خلالها التوقيع، وحتى في حالة عدم تحديد المدة، يكون ثمة اتفاقات ضمنية للأطراف، بأن العقد لا يكتمل إلا بهذا التوقيع.

فتعليق استعداد الطرفين للتعاقد على شرط معين أو توقيعه بزمن، لا يكون عقدًا، بل مجرد مشروع عقد لا يقيد أيا من الموجب أو القابل، فالطرفان لازالا في مرحلة مشروع العقد. مما يعني، أن لا قيمة قانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية، والتي يمكننا أن نطلق عليها "مشروع العقد" والذي لا يكون ملزما لأي من الطرفين. ولكل منهما الامتناع عن إبرام العقد، ولا يجوز للطرف الآخر إجباره على ذلك عن طريق القضاء.

وعليه، لا يكفي للقول بانعقاد العقد بأنه تم بمجرد توافق الإرادتين متى كان الاتفاق بينهما على تأجيل توقيع العقد، بحيث إذا لم يتم هذا التوقيع فلا يعدو أن يكون ما تم بينهما مجرد "مشروع اتفاق" يخلو من كل قيمة قانونية، فيظل الموجب على إيجابه إلى أن ينتهي الأجل المحدد للتوقيع. ويفترض أن تأخذ الرغبة في التوقيع المتأخر، نفس الحكم المقرر للقبول المتأخر، فلا يؤدي لانعقاد العقد، لأن الإيجاب يسقط بانقضاء المدة، ولكن يمكن اعتباره إيجابا جديدا مما يفتح من جديد باب التفاوض[1053].

3- الاتفاق على التوقيع بالأحرف الأولى: يثير هذا الاتفاق، صعوبة أكثر مما يثيره تأجيل التوقيع. فنحن أمام حالة فيها اتفاق على كل المسائل التي جرى التفاوض بشأنها بطريقة إلكترونية وتم توقيعه، لكنه بالأحرف الأولى فقط. وهنا، لبحث القيمة القانونية لهذا الاتفاق، نرى بأن التوقيع في مفهومه القانوني التقليدي، يجب أن يتضمن كتابة الاسم واللقب كاملين. وبذلك، فإن التوقيع اللازم في الورقة العرفية، لا يتوافر في حالتنا.

[1052] حمدي محمود بارود، مقال سابق، ص. 139.

[1053] المقال السابق، ص. 139 و140.

ومن ثم، فما تم الاتفاق عليه، لا يعدو أن يكون مشروعا يحتمل الأخذ به أو إلغاؤه. كما لا يفيد التوقيع بالأحرف الأولى في اتجاه نية الطرفين في الارتباط، بل العكس هو الصحيح، يفيد في عدم اتجاه نية الطرفين إلى التعاقد تعاقدا تاما، لأن العقد لا يتم إلا بالتوقيع النهائي على نص العقد. بذلك، الاتفاق الموقع بالأحرف الأولى لا يعتبر عقدا، لأنه لا يحمل توقيعا بالمفهوم القانوني التقليدي، ولأن نية المتفاوضين لم تتجه لإبرام العقد ونفاذه.

ثانيا: الصنف الثاني: الاتفاقات ذات القيمة القانونية: وتتمثل في اتفاقين هما: الوعد بالتعاقد أو العقد الابتدائي الإلكتروني، وخطاب النوايا، والبروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية. وسنتطرق إليها كما يلي:

- **القيمة القانونية للوعد بالتعاقد والعقد الابتدائي الإلكتروني:** إذا كان المشرع المغربي واضحا بخصوص عدم إعطائه أي قيمة قانونية للوعد، وذلك بموجب الفصل 14 ق.ل.ع والذي جاء فيه: "مجرد الوعد لا ينشئ التزاما"، فإن هناك من التشريعات من أخذت اتجاها معاكسا، كالقانون المدني المصري في المادة 102 منه، والتي تطرقت إلى تحديد القيمة القانونية للوعد بالتعاقد بنصها على أنه "إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وبخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضي به مقام العقد".

فطبقا لهذه المادة، يقوم العقد الموعود بإبرامه، بمجرد أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه به بعلم الواعد، ما دام أن ذلك كله تم في الميعاد المحدد لبقاء الوعد. أما قبل ارتضاء الموعود له العقد الموعود بإبرامه، فلا يوجد إلا عقد الوعد فقط، أما العقد الموعود بإبرامه فلم يقم بعد.

بذلك، لا يقوم العقد الموعود بإبرامه، إلا إذا ارتضاه الموعود له واتصل رضاؤه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد. وبانقضاء تلك المدة من غير أن يتصل بعلم الواعد رضا الموعود له، فإن الوعد يسقط فورا ومن تلقاء نفسه، وبالتالي تبرأ ذمة الواعد نهائيا. فالوعد بالعقد يساوي العقد المزمع إبرامه، ومن ثم فهو يتمتع بكل قيمة قانونية يتمتع بها العقد الموعود بإبرامه، إذا ارتضاه الموعود له واتصل رضاؤه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد.

- **القيمة القانونية لخطاب النوايا من أجل إبرام عقد بطريقة إلكترونية:** أسلفنا بأن هذا الخطاب يمثل المرحلة قبل النهائية للمفاوضات. بعبارة أخرى، يمثل خطوة نحو العقد النهائي، إذ يعبر عن رغبة أطراف المفاوضات في التوصل لاتفاق على جميع المسائل المتعلقة بالصفقة التي تجري المفاوضات بشأنها؛ ومن ثم تثبت الجدية في السعي نحو إعداد وإبرام العقد النهائي. وعليه، فهو يتضمن خلاصة لمضمون المواقف النهائية لأطراف التفاوض، من كل الاتفاقات الأولية المبرمة بينهما، كل على حدة. فأي قيمة قانونية لخطاب أو رسالة النوايا، من أجل إبرام عقد بطريقة إلكترونية ؟.

إن تحديد القيمة القانونية لخطاب النوايا يستمد أساسا من صياغته، ومن الشروط التي يتضمنها. فإذا كانت صياغته تفيد الاتفاق الصريح على المضي قدما في إبرام العقد النهائي، وفقا لما انتهى إليه الطرفان في مفاوضاتهم السابقة، فيمقدورنا اعتباره عقدا ابتدائيا أو تمهيديا، أوعلى أقل اعتباره وعدا بالتعاقد.

أما إذا لم يُستفد ذلك من صياغة الخطاب، فلا يعد عقدا من العقود. ومن ثم، لا يكون لخطاب النوايا أي قيمة قانونية، وهذا يتمثل في الحالة التي يتفق فيها الأطراف على أن هذا الخطاب ليس إلا تسجيلا لمواقفهما أثناء التفاوض. وعلى اعتبار أن خطاب النوايا، وثيقة أو مستند يحرره أحد الأطراف المعنية بعملية عقدية، لتحقيق غرض معين من تلك التي سبق أن تطرقنا إليها. وباعتباره محررا ومستندا ينطوي على عمل إرادي- إنفرادي أساسا وتبادلي ضمنيا- بعد وصوله إلى الطرف الآخر، فهو تصرف قانوني " Acte Juridique"، يقتضي ترتيب أثر معين.

فمختلف المستندات والوثائق المتبادلة بين أطراف التفاوض بطريقة إلكترونية والمتواجدين في الكثير من الأحيان في دول مختلفة، تطرح إشكالية القيمة القانونية لتلك المستندات والمحررات، ومن بينها خطاب النوايا. أما قيمتها القانونية فيحسم فيها الأفراد أنفسهم، خاصة إذا كان التفاوض حول العقد الذي سيبرم بطريقة إلكترونية يربط متعاقدين من دول مختلفة.

وتطرح هنا إشكالية تنازع القوانين[1054] بشكل كبير ومن شأنها -إلى جانب سلطان الإرادة- الحسم في مدى القيمة القانونية لخطابات النوايا. فإرادة المتعاقدين حرة في إبرام ما يشاؤون من اتفاقات، في ظل احترام القانون والنظام العام. بذلك، وحسما لكل خلاف، يستطيع كلا الطرفين المتفاوضين -لا سيما إرادة محرر أو مصدر الخطاب مع إقرار الطرف الموجه إليه- النص الصريح عند صياغة الخطاب، على أنه مجرد دعوة للتعاقد أو دعوة للتفاوض، وليس عقدا يتضمن إيجابا "Offre" موجها للطرف الآخر الذي يقبله.

وعلى العكس مما سبق، يمكن للأطراف تقرير أن يتضمن خطاب النوايا اتفاقا على مسائل معينة. وبالتالي، يكون للخطاب القيمة القانونية للعقد، بحيث تترتب مسؤولية من يخل بالتزاماته الناشئة عنه، من ذلك: الاتفاق على متابعة التفاوض بحسن نية أو الاتفاق على عنصر الثمن في العقد النهائي.

ونشير هنا، إلى أن غالبية الفقه[1055]، سار في اتجاه عدم اعتبارها ذات طبيعة عقدية. على اعتبار أنها تسبق مرحلة إبرام العقد، وتضع الإطار المبدئي للمفاوضات المستقبلية، تمهيدا لإبرام العقد النهائي، إذ أنها غير ملزمة لمن صدرت عنه. ولتظل خارج دائرة الإلزام، لا بد من أن تراعى في صياغتها عدة أمور، منها: الحرص على عدم استخدام أي جملة تعبيرية أو لفظ يفيد الإلزام، والنص على حرية كل طرف في إجراء مفاوضات موازية مع الطرف الآخر، أي عدم اشتراط التعامل القصري «Engagement d'exclusivité»، وهذا من شأنه توفير الحماية لكلا الطرفين المتفاوضين.

[1054] إن قواعد التنازع في غالبية الدول، هي قواعد قضائية ومؤدى ذلك أن حلول التنازع الوطنية لا تتسم بالثبات والتوقعية، وهما وجها الأمان القانوني المنشود. ولا يتوقف الأمر عند انتقاد آلية قاعدة التنازع وأسلوب تطبيقها، فالأزمة الحقيقية الراهنة التي يعيشها هذا المنهج، هي أنه لا يفي بموجبات الحياة الدولية المعاصرة، وخاصة في مجال التجارة الإلكترونية المبرمة على الصعيد الدولي. ولقد ثبت أن تطبيق قواعد الإسناد لحل معضلة المنازعات الناشئة عن المعاملات الالكترونية غير مجد في أحوال كثيرة، حيث أننا سنكون في النهاية أما تطبيق قوانين وطنية لا تلائم هذه المعاملات، ومن المنطقي وضع قواعد ذات صبغة دولية أو عالمية لحكم معاملات عملت على تدويل حياة الناس. لمزيد من الاطلاع، انظر: عصام الدين القصبي، تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية والقانونية، المجلد 4، ص. 1616 وما بعدها.

[1055] أحمد شرف الدين، أصول الصياغة القانونية للعقود، بدون ناشر، 1998، ص. 74؛ أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم في كتابه: إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 221، الهامش رقم 4.

وفي جميع الأحوال، يتعين الفحص الموضوعي لمضمون خطاب النوايا، وكذلك البحث عن الإرادة الحقيقية لمُصدر الخطاب وللطرف الآخر الذي تلقاه. ووفقا للأصول العامة في التفسير، فتلك الإرادة -طبقا لمبدأ سلطان الإرادة- تستطيع إنشاء أي التزام تعاقدي والدخول في دائرة المسؤولية العقدية المنظمة قانونا، كما تستطيع أن تظل حرة طليقة لا تفرض التزاما على صاحبها.

ومع ذلك، يمكن ترتيب المسؤولية والتعويض عن الخطإ التقصيري، إن توفرت شروط ذلك، لا سيما الإخلال بالواجب الأساسي بمراعاة حسن النية في مرحلة المفاوضات، والانحراف عن السلوك السوي المعتاد للشخص اليقظ إذا وجد في ذات الظروف.

وعلى كل حال، فإن تحديد القيمة القانونية لخطابات النوايا، وبحسبانها مستندات ووثائق يتم تحريرها وتبادلها قبيل وأثناء مرحلة المفاوضات في العقود الدولية، يمكن الكشف عنها من خلال بحث حقيقة ما يتم في تلك المفاوضات.

- **القيمة القانونية للبروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية:** يعتبر بعض من الفقه[1056]، البروتوكول الاتفاقي عقدا حقيقيا يلزم جانبيه معا، إذ يتضمن الشروط الأساسية للعقد النهائي المراد إبرامه، أما قيمته القانونية فلا تختلف عن بقية العقود، فليس لأي من الأطراف أن يرجع عنه دون أن تثار مسؤوليته العقدية. بينما ذهب اتجاه آخر، إلى اعتبار البروتوكولات الاتفاقية تصرفات سابقة على العقد، وأنها لا تولد إلا مسؤولية تقصيرية في غياب العقد.

وهو رأي يتماشى مع إرادة الأطراف ذاتها، في عدم إبرام أي عقد في مرحلة المفاوضات، مع الالتزام بالاستمرار بالتفاوض بحسن نية ووفقا لما تم من خطوات سابقة. ويستفيد من ذلك الطرف المتضرر، بإثبات الأضرار الناتجة عن قطع المفاوضات دون مبرر معقول. ولا مجال لمسؤولية عقدية منصوص عليها بصراحة، الأمر الذي يمكن توفره في بعض مراحل المفاوضات السابقة لبعض العقود، كعقود نقل التكنولوجيا[1057].

بمعنى آخر، تشكل البروتوكولات الاتفاقية الإلكترونية، في حد ذاتها، عقدا مكتملا وقائما بذاته، وبالتالي يلزم أطرافه بما وقع الاتفاق بخصوصه فيما بينهم. وتتحقق مسؤوليتهم إذا ما تم النكول عن التفاوض، وفي حالة العدول عن المسائل الجوهرية التي وقع الاتفاق فيما بينهم بخصوصها[1058]. في حين يرى رأي فقهي آخر، أن هذه البروتوكولات، تصرفات سابقة على العقد، ولا تولد سوى مسؤولية تقصيرية في غياب العقد[1059].

[1056] I.Najjar, L'accord de principe, Dalloz Sirey, 1991, 90ème Cahier, Chron. XIII, p. 57.
أشار إلى هذا المرجع في مقاله، جمال فاخر النكاس، ص. 182، الهامش رقم: 2.

[1057] عبد المنعم موسى إبراهيم، م.س.ص. 406.

[1058] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 235.

[1059] Françoise Laberthe, La notion de document contractuel, L.G.D.J., Paris, Bibliothèque de droit privé, 1994, p. 142 et suiv.

وقفنا من خلال ما سبق، على دور وأهمية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، كما رأينا مختلف الالتزامات المترتبة على عاتق المتفاوضين، وكذا العقود التي قد تسبق العقد النهائي.

واعتبارا لذلك نتساءل، هل ترتب هذه الالتزامات خلال مرحلة المفاوضات قبل العقدية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، المسؤولية على من يخل بها؟. وما هي طبيعة هذه المسؤولية؟. وهل من جزاء يقع على من يخل بالتزاماته خلال مرحلة التفاوض بطريقة إلكترونية؟. هذا ما سنفصل الحديث عنه من خلال المبحث الموالي.

المبحث الثالث

المسؤولية والجزاء خلال مرحلة التفاوض إلكترونيا

للطرفين المتفاوضين كامل الحرية في قطع المفاوضات متى شاءا، إعمالا لمبدأ حرية التعاقد الذي يبيح لكل طرف حق العدول[1060] أو الانسحاب من التفاوض في أي وقت، دون ثمة مسؤولية تترتب عليه، طالما كان لهذا العدول ما يبرره. فلا يجبر الطرف المنسحب من المفاوضات، على الاستمرار فيها وصولا إلى إبرام العقد النهائي.

على أن هذه المفاوضات قد تنتهي بالفشل، لأن الأطراف لم تتمكن من التوصل إلى اتفاق بخصوص كافة مسائل العقد، التي تعتبرها ذات أهمية. وقد يقطعها أحد الأطراف بشكل تعسفي، إذا ما تبين له أن المصلحة المتوقعة من العقد النهائي المنشود، غير مجدية، أو قد يتولد عنها خسارة هائلة، أو لأي سبب آخر. وهنا تثار مشكلة المسؤولية عن التفاوض[1061]، وكذا طبيعة المسؤولية عن الضرر الذي يصيب أحد أطراف العلاقة التفاوضية، نتيجة لخطأ الطرف الآخر[1062].

وقد اتفقت القوانين المدنية المقارنة التي تعرضت لمرحلة التفاوض، على كونها مسؤولية مدنية، وإن كانت قد اختلفت حول ما إذا كانت مسؤولية عقدية أم مسؤولية عن فعل ضار. فبعض القوانين اعتبرتها مسؤولية عقدية أو شبه عقدية، كالقانون الألماني. وبعضها يعتبرها مسؤولية عن فعل ضار، كالقانون المدني المصري والفرنسي.

فمن حيث المبدأ، يجوز لكل طرف في ظل هذه القوانين، أن ينهي المفاوضات وأن يبرم العقد دون أن يبين الأسباب الكامنة وراء ذلك، بحجة أن المفاوضات بحد ذاتها أعمال مادية لا يترتب عليها أية آثار قانونية تعاقدية[1063].

[1060] الحق في العدول، هو وسيلة بمقتضاها يستطيع المتعاقد إعادة النظر من جديد ومن جانب واحد، في الالتزام الذي سبق أن ارتبط به مسبقا، ليستفيد من مهلة التفكير. وخلالها بوسعه الرجوع عن التزامه الذي سبق وارتبط به، لمزيد من التفاصيل انظر: أحمد محمد الرفاعي، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994، ص. 83 و84.

[1061] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 237.

[1062] أحمد خالد العجلوني، م.س.ص. 101.

[1063] أمين دواس، مقال سابق، ص. 178.

وتعتبر إشكالية تحديد الطبيعة القانونية للمسؤولية المدنية خلال مرحلة المفاوضات حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية وكذا تحديد الأساس القانوني لها، مسألة جد معقدة تضاربت بخصوصها المواقف الفقهية والفلسفية. مما جعلنا نتساءل عن الطبيعة القانونية لهذه المسؤولية، هل هي تقصيرية؟ أم عقدية؟، أم أنها من طبيعة خاصة؟. هذا ما سنتطرق إلى بحثه من خلال مطلبين، نخصص **المطلب الأول**، لبحث طبيعة المسؤولية السابقة عن التعاقد بطريقة إلكترونية. لنفصل الحديث بعدها، في **المطلب الثاني**، في موقفنا الخاص من طبيعة المسؤولية السابقة عن التعاقد بطريقة إلكترونية.

المطلب الأول
الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض إلكترونيا

تبرز أهمية بحث الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن مرحلة المفاوضات قبل إبرام العقد بطريقة إلكترونية، في تحديد شروط المسؤولية ونطاق التعويض، الذي يمكن للطرف الآخر الحصول عليه، في حالة حدوث ضرر له من جراء مخالفة الالتزامات قبل التعاقدية. وإذا كان لا بد من أن يحاسب المتفاوض إلكترونيا مدنياً عن خطأه، فإن السؤال الذي يطرح نفسه، هو: ما طبيعة المسؤولية التي تقع على عاتق المتفاوض؟. هل هي مسؤولية عقدية أم مسؤولية تقصيرية؟، أم مسؤولية متميزة ومن طبيعة خاصة؟.

للإجابة عن هذا التساؤل، سنبحث هذه الفكرة من خلال ثلاث فقرات، نخصص **الأولى**، لبحث الاتجاهات الفقهية في طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد، وفق نظرية المسؤولية العقدية. أما **الفقرة الثانية**، فسنتطرق من خلالها إلى نظرية الخطأ التقصيري قبل التعاقد بطريقة إلكترونية. على أن نتطرق في **الفقرة الثالثة**، إلى نظرية المسؤولية الخاصة عن الخطأ قبل التعاقدي في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

الفقرة الأولى: نظرية المسؤولية العقدية عن الخطأ قبل التعاقدي

اعتبر بعض من الفقه، أن الخطأ الحاصل قبل إبرام العقد، يرتب مسؤولية سابقة على التعاقد، وأنها مسؤولية عقدية[1064]. لكن، اختُلف بخصوص أساسها بين من اعتبر أن الأساس هو وجود العقد الضمني المفترض بين أطراف التفاوض، وأن الإخلال الحاصل في هذه المرحلة يشكل خطأً عقدياً، وبالتالي، يجب معالجة الضرر الناتج عنه وفق أحكام المسؤولية العقدية.

وبين من اعتمد فكرة وجود عقود أولية ممهدة لإبرام العقد الأصلي، والتي تكون مستقلة عنه وغايتها التمهيد والتحضير للعقد النهائي المراد إبرامه. ويكون أي خرق للالتزامات في هذه المرحلة مخالفة عقدية، وبالتالي يُجبر الضرر وفق أحكام المسؤولية العقدية. وعليه، سوف نبحث هذين الاتجاهين على النحو التالي:

[1064] محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، القاهرة، 1978، ص. 119.

- **الاتجاه الأول:** نظرية الخطأ عند تكوين العقد: يرى الفقيه "إهرنج"، أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد، سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلان هذا العقد، هو خطأ عقدي، يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر. ويستخلص "إهرنج" في ضوء ذلك، أن العقد بالرغم من بطلانه ينشىء التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية؛ وبذلك فإن دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد ذاتها.

وقد صنف "إهرنج"، حالات قيام المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض على العقد، إلى ثلاثة حالات، وهي: إما أن يكون من غير الممكن بالنسبة لأحد الطرفين إبرام العقد، وهنا يجب على كل طرف يدخل في المفاوضات أن يعرف أولا ما إذا كان بإمكانه أن يبرم العقد أم لا، وإذا كان ذلك غير ممكن فإنه يلزم بإشعار الطرف الآخر بذلك حتى لا يكون مدلسا عليه، أو أن يكون العقد غير ممكن تنفيذه، أو أن تكون إرادة أحد الطرفين وقت إبرام العقد معيبة.

والواضح أنه في الحالة الأولى، تنهض المسؤولية عن الخطأ في مرحلة التفاوض حينما لا يكون إبرام العقد ممكنا، خلافا للحالتين الثانية والثالثة اللتين تفترضان إبرام العقد، ولكن لسبب ما تبين بطلانه لاحقا[1065].

وينحصر الخطأ العقدي في نظر "إهرنج"، في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد، وكان عليه أن يعلم بذلك. وعلى افتراض أنه كان لا يعلم بسبب البطلان، فمن العدل أن يتحمل الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر حسن النية. بمعنى، أن الخطأ عند "إهرنج" هو وجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين، مما يتعين معه تعويض المتعاقد الآخر[1066].

وسند "إهرنج" في تكييفه لهذا الخطأ بأنه عقدي -على الرغم من عدم إبرام العقد أو بطلانه- افتراضه وجود عقد ضمني مقترن بكل تعاقد، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد بصحة التصرف، وبأن لا يقوم من جانبه بسبب يوجب بطلان العقد؛ وبذلك يكون رضاء المتعاقد الآخر في الوقت نفسه قبولاً ضمنياً لهذا التعهد، فيتم العقد بإيجاب وقبول ضمنيين[1067].

بذلك يضفي "إهرنج"، الطبيعة العقدية على المفاوضات، باعتبارها عقدا ضمنيا بين المتفاوضين، يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر، بأن يجعله في وضع يسمح له بإبرام العقد محل التفاوض. كما يلتزم في الوقت ذاته، بالامتناع عن أي عمل من شأنه إعاقة عملية إبرام العقد. فإذا قطع أحد المتفاوضين المفاوضات دون عذر مشروع، يكون قد أخل بالالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني، وبالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر.

[1065] أمين دواس، مقال سابق، ص. 181.

[1066] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 505 و506.

[1067] المرجع السابق، ص. 506.

وبناء على ذلك يمكن القول، أن خطابات النوايا المرسلة بطريقة إلكترونية -وإعمالا لنظرية الخطأ في تكوين العقد التي أساسها حسن النية كما جاء في كتابات الفقيه الألماني "إهرنج"- يمكن أن ترتب المسؤولية، في حدود ما تم الاتفاق عليه في عدة حالات، نذكر منها:

- الإخلال بالالتزام بالمساهمة أو المشاركة بفعالية في التفاوض.
- الإخلال بالالتزام بسرية المعلومات التي يُكشف عنها في مرحلة التفاوض.
- إجراء مفاوضات موازية مع طرف ثالث.

إلا أن نظرية "إهرنج" تعرضت للانتقاد، لقيامها على عنصر الافتراض. وذلك لأن أي عقد لكي ينشأ لابد أن تنصرف إليه الإرادة بشكل صريح وبات، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، حينما يعلن المتعاقد عن إرادته، فهو يستهدف إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه ولا يخطر في باله إبرام عقد آخر (العقد الضمني الذي يفرض عليه التزام بعدم إعاقة إبرام العقد)؛ والحال أن المتفاوض حر في قطع المفاوضات قبل توجيه الإيجاب.

على أن هذا الرأي الفقهي انتقد أيضا، لإغفاله جانبا مهما، وهو أن العقد لا يبرم إلا بتلاقي إرادة الأطراف بشكل بات لا لبس فيه، فلا يجوز افتراض العقد أو فرضه. كما أن قبول الدعوة إلى التفاوض لا ينشأ اتفاقا يكون مصدراً للالتزام بالضمان، لأن الإرادة لم تنصرف إلى إحداث مثل هذا الأثر القانوني[1068].

الاتجاه الثاني: ويعد الفقيه "سالي" من أبرز أنصاره، وقد نادى بفكرة العقد التمهيدي. ويرى أنه يوجد بجانب العقد الأصلي عقد تمهيدي -عبارة عن وعد بالتعاقد- يتضمن تعهداً جدياً من جانب الواعد ويثير مسؤوليته العقدية إذا صادف قبولاً من الطرف الآخر، وبالتالي تتحقق المسؤولية العقدية وإن لم يبرم العقد الأصلي[1069].

ومن وجهة نظري، حبذا لو تم الأخذ بهذا الاتجاه، الذي يجعل المسؤولية السابقة على التعاقد مسؤولية عقدية، إذا ما وجدت عقود أولية ممهدة للعقد الأصلي المنشود. فأي إخلال أو خرق يقع في هذه المرحلة، تحتضنه قواعد المسؤولية العقدية وإن لم يبرم العقد الأصلي بعد.

فالطرفين المتفاوضين إذا ما أبرما عقد التفاوض الالكتروني، فإن شأنه شأن أي عقد آخر، يلزم الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه، سواء بحكم طبيعته أو بحسب اتفاق أطرافه. وبذلك يترتب على كليهما الالتزام الأساسي الناشئ عن هذا العقد، ألا وهو الالتزام بالتفاوض وليس الالتزام بإبرام العقد محل التفاوض. فالأطراف وإن اتفقوا على مثل هذا التنظيم العقدي للتفاوض، فإنه لا يعني التزامهم بإبرام العقد المنشود. فحرية هؤلاء في إبرام العقد أو عدمه، وإن قيدت بالاتفاق فيما بينهم، تبقى هي الأصل.

وعلى ضوء ما تقدم، إذا قام الطرفان بتنفيذ التزاماتهما على النحو المتفق عليه، ولم يتوصلا رغم ذلك إلى إبرام العقد المتفاوض عليه، فلا يمكن بأي حال من الأحوال ترتيب المسؤولية على أي منهما.

[1068] انظر في هذا الاتجاه وللمزيد من التفاصيل: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 511.

[1069] نزيه محمد الصادق المهدي، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد المبرم عن بعد، م.س.ص. 304.

لكن، إذا ما أخل أحد الطرفين المتفاوضين بتنفيذ التزاماته، مما أدى إلى فشل المفاوضات وإلحاق ضرر بالطرف الآخر، فإنه يكون مسؤولا مسؤولية عقدية رغم أنها ناشئة عن المرحلة السابقة على إبرام العقد المنشود. وهنا نكون بصدد عقد حقيقي، يؤدي الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه إلى ترتيب المسؤولية العقدية[1070].

وبذلك، فالالتزام بالتفاوض هو من طبيعة مزدوجة: في شق منه التزام ببذل عناية، وفي آخر التزام بتحقيق نتيجة. فالشق الأول، المتضمن الالتزام بعدم قطع المفاوضات ومواصلتها، هو التزام ببذل عناية، حيث لا تقوم مسؤولية المتفاوض عن الإخلال به، إلا إذا أثبت المتفاوض الآخر عدم بذل الطرف الأول، القدر اللازم من العناية في متابعة التفاوض ومواصلته.

أما بالنسبة للشق الثاني من هذا الالتزام والمتعلق بتحقيق نتيجة، فإنه ينصرف إلى الإلتزامات الأخرى المنبثقة عن عقد التفاوض بطريقة إلكترونية، كالالتزام بالسرية، والإلتزام بالإخلاص، والإلتزام بعدم إجراء مفاوضات موازية، والإلتزام باحترام الجدول الزمني للمفاوضات[1071]. ومسؤولية المفاوض هنا عن الإخلال بهذه الالتزامات، تنعقد بمجرد إثبات مدعي الإخلال عدم احترام الطرف الآخر لها.

ووفق هذا الاتجاه الفقهي، الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد التفاوض بطريقة إلكترونية خاضع لقواعد المسؤولية العقدية، وعلى من يدعيه إثباته طبقا للقواعد العامة في الإثبات. وأما تقدير التعويض عن الإخلال المكون للخطأ العقدي الموجب لمسؤولية المتفاوض بطريقة إلكترونية، يتم من خلال مقارنة فعله أو امتناعه بما تم الاتفاق عليه. وهنا نتساءل، هل يمكن إجبار الطرف المخل بالتزامه على العودة إلى مائدة التفاوض ومواصلة هذا الأخير؟.

بهذا الخصوص، يذهب الفقه إلى استبعاد إمكانية التنفيذ العيني، بإجبار المتفاوض المخل بالتزامه، على العودة من جديد إلى التفاوض ومواصلته إلى النهاية[1072].

وسند هذا الموقف الفقهي، أن الأمر يتعلق بحرية المتفاوض الشخصية، مما لا يتصور معه إجباره على تنفيذ التزامه بالرجوع إلى مواصلة التفاوض، وهذا يتنافى مع روح التعاون التي يجب أن تسود بين الطرفين المتفاوضين خلال مرحلة التفاوض. ووبناء على ذلك، لا يمكن للقاضي إرغام المتفاوض المخل بالتزامه على الاستمرار في التفاوض، ويقضي باعتبار أن هذا العقد قد انعقد رُغما عن إرادة هذا المتفاوض[1073].

[1070] انظر في الطبيعة العقدية لهذه المسؤولية: محمد حسام لطفي، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض: دراسة في القانون المصري والفرنسي، النشر الذهبي، القاهرة، 1995، ص. 68، وأيضا:

Ghestin J., La formation du contrat, 3ème Ed., L.G.D.J., 1993, p. 318; aussi, Schmidt-Sazalewski J., Négociation et conclusion des contrats, Op.cit., p. 207 .

[1071] Cedras J., L'obligation de négocier, R.T.D. Civ. 1985, p. 265 et S.

[1072] Schmidt-Sazalewski J., Les accords précontractuels en droit français, Article présenté lors du colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, Le 17-18 Mai 1990, publié in Les principales clauses conclus entre professionnels, P.U.A.M, 1990, p. 14.Voir aussi, Le Tourneau ph., La rupture des négociations, R.T.D.Com., 1998, p. 488-489.

[1073] Schmidt-Sazalewski J., Négociation et conclusion des contrats, Op.cit., p. 208.

فالخطأ الذي ارتكبه المتفاوض، يتمثل في إنهائه للمفاوضات دون مبرر مشروع، وليس في رفضه إبرام العقد محل التفاوض. فإذا ما عرض النزاع بخصوص عقد التفاوض على المحكمة لتنظر فيه، لا يمكن أن يعتبر القاضي العقد مبرما، إذ يكون وقتها قد أُرغم المتفاوض رغما عن إرادته بالتزام لم يلتزم به أصلا، مما يخالف مقتضيات الحرية التعاقدية ومبدأ الرضائية.

وبذلك، لا يكون للمتضرر سوى حق المطالبة بالتعويض ويقوم بتقديره القاضي، ما لم يكن قد تم تقديره فيما بين المتفاوضين سلفا، بموجب شرط جزائي[1074]. وللمحكمة أن تخفض مبلغ التعويض المتفق عليه، إذا كان مبالغا فيه أو الرفع من قيمته إذا كان زهيدا، ولها أن تخفض من التعويض المتفق عليه بنسبة النفع الذي عاد على الدائن، من جراء التنفيذ الجزئي[1075].

ويقوم القاضي بتقدير التعويض عن الضرر الالكتروني[1076]، وفق القواعد العامة في المسؤولية العقدية، على أن يكون شاملا لكل ما أصاب المتفاوض المضرور من ضرر مادي يتمثل في النفقات التي تكبدها المتفاوض المضرور خلال التفاوض[1077] والإعداد للعقد المرتقب، مثل نفقات الخبراء والاتصالات وغيرها مما تقتضيه عملية التفاوض، أيضا ما ضاع من وقت المتفاوض، إذ أنه يدخل ضمن الأضرار المتوقعة التي يجب أن تؤخذ في الاعتبار عند تقدير التعويض، متى قام الدليل على ذلك[1078].

والتعويض يشمل أيضا الضرر المعنوي الذي لحق بالمتفاوض، من جراء إنهاء التفاوض بشكل غير مقبول، إذ من شأنه أن يؤدي إلى المس بالسمعة التجارية للمتفاوض، كما قد يحمل على الاعتقاد، بسوء المركز المالي للمتفاوض المتضرر أو قلة خبرته، أو ينال من سمعته على نحو يلحق به أضرارا مؤكدة، يجب أن يأخذها القاضي بعين الاعتبار حين تقديره للتعويض[1079].

ولا بد من أن يشتمل التعويض، الكسب الذي فات المتفاوض المتضرر بسبب فشل المفاوضات. فالتعويض عن الكسب هو العنصر الثاني الذي يدخله القاضي في اعتباره، حين يقدر التعويض، إلى جانب الخسارة الحقيقية التي تكبدها[1080].

[1074] انظر الفقرة 2 من الفصل 264 من ق.ل.ع.

[1075] انظر الفقرة 3 من الفصل 264 من ق.ل.ع. وأيضا، قرار الغرفة المدنية رقم 1177 بتاريخ 1988/4/27، صادر في الملف المدني عدد: 98021، قضاء المجلس الأعلى، ع. 42 - 43، نونبر 1989، ص. 17.

[1076] الضرر الالكتروني لا يختلف من حيث تعريفه عن الضرر العادي، على أن صوره وتطبيقاته تتنوع في المجال الالكتروني، فهو لا يتسم بطبيعة واحدة، بل تختلف طبيعته بحسب مجاله ونوعيته، ولعل القاسم المشترك هو ارتباطه بعالم التكنولوجيا الحديثة في الالكترونيات وما يتسم به من دقة في تقديره وتحديده. محمد حسين منصور، م.س.ص. 399.

[1077] لمزيد من التفاصيل انظر: عبد المجيد تيجاني، م.س.ص. 102 - 104.

[1078] Cass.Civ. du 19/1/1977, D. 1977, p. 593.

[1079] للمزيد من التفاصيل بخصوص التعويض المعنوي في مرحلة المفاوضات، انظر:

Le Tourneau Ph., "La rupture des négociations", Art.Préc., p. 489 et S.

[1080] بموجب الفصل 264 ق.ل.ع "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام".

على أن هذا لا يعني تعويض المتفاوض المتضرر بسبب فشل المفاوضات عن الربح الذي كان سيجنيه لو تم العقد الذي كان محلا للتفاوض، فذلك ضرر احتمالي صرف، ولا يمكن بأي حال من الأحوال، أن يتم التعويض عنه. فالأمر يتعلق بتفويت فرصة إبرام العقد محل التفاوض أو فرصة إبرام عقد مع شخصا آخر[1081]، وهو ما يجب التعويض عنه[1082].

وعليه، فأساس التعويض هو عدم جدية الطرف المتفاوض الآخر، مما جعل الضرر مؤكدا والتعويض لازما. على أنه لاستحقاق المتفاوض المضرور لهذا التعويض، لا بد أن تكون الفرصة البديلة قائمة وقت التفاوض بحيث إذا لم تكن خلاله فلا مجال لتعويض المضرور عن ذلك[1083]، ولا يجب أن يكون هو نفسه الذي تسبب في حدوث الضرر بإهماله أو خطئه.

وفي جميع الأحوال، يكون التعويض في صورة مبلغ جزافي يعود للسلطة التقديرية للمحكمة[1084] التي عليها أن تقدر التعويضات بكيفية مختلفة، حسب خطأ المدين أو تدليسه[1085]، ومدى استغلاله للمعلومات السرية والبيانات التي توصل إليها خلال المفاوضات.

فبموجب قواعد العدالة والإنصاف، يجب أن يُقضى للمتفاوض المتضرر بتعويض يتناسب وقدر الفائدة التي عادت على المتفاوض المخطئ، من خلال استغلاله لهذه المعلومات[1086]. فالهدف هو جبر الضرر وإعادة المضرور إلى الوضع الذي كان عليه قبل حدوثه، أي إعادة التوازن الذي اختل نتيجة للضرر على نفقة المسؤول عنه.

ومن التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه، القانون المدني الإيطالي في المادة 1337 منه، والتي نصت صراحة على المسؤولية عن الخطأ خلال مرحلة التفاوض. كما أن المادة (2-1-15) من مبادئ "الأونيدروا" والمادة 311/2 من القانون المدني الألماني، تتناولان هذه المسؤولية بالطريقة ذاتها. وعليه، يسري على المسؤولية عن قطع المفاوضات حول العقد بدون سبب جدي، أحكام المسؤولية المطبقة على الإخلال بالتزام عقدي[1087].

[1081] عبد المجيد تيجاني، م.س.ص. 68 و69.

[1082] انظر الأحكام التي المشار إليها في المرجع التالي:

Ghestin J., Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité, 2ème Ed. par G. Viney et P. Jourdain, L.G.D.J., 2005, p. 75 et S.

[1083] انظر بخصوص المواقف الفقهية والقضائية من هذه المسألة:

مصطفى الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2001، ص. 250.

Ghestin J., Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité, Op.cit., p. 361; Ph Le Tourneau Ph.-Cadiet L., Droit de la responsabilité, Dalloz, 1996, p.186; Suchankova M., Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, Rev.Dr.Aff.Int., N° 6 1997, p. 691 et S.; Schmidt-Sazalewski J., Négociation et conclusion des contrats, Op.cit., p. 120 .

[1084] محمد حسين منصور، م.س.ص. 399.

[1085] الفقرة الأولى من الفصل 264 ق.ل.ع.

[1086] هذا نفسه ما نصت عليه مقتضيات المادة 2.1.16 من مبادئ الأونيدروا الخاصة بعقود التجارة الدولية، يمكن مراجعتها من خلال الرابط التالي:

http://www.lexinter.net/JF/principes_d%27unidroit.htm#ARTICLE_2.1.15 (M.S.J, Fev. 2001)

[1087] انظر لمزيد من التفاصيل حول مواقف هذه القوانين، أمين دواس، مقال سابق، ص. 179 وما بعدها.

على أنه وبالرغم من أهمية هذا الرأي، في حالة العقود الابتدائية والعقود الممهدة للعقد النهائي، فإن البعض من الفقه رفض الأخذ بالطبيعة العقدية للمسؤولية الناشئة عن الإخلال بالالتزامات قبل التعاقدية، استنادا إلى حجج كثيرة، أهمها: عدم وجود دليل على قيام تعهد عقدي سابق في كل العقود[1088]. كما رفضه بعض آخر من الفقه، استنادا إلى أن افتراض وجود مثل هذه العقود، من شأنه أن يؤدي إلى اعتبارها تعهدا ثانويا يبطل التصرف الأصلي[1089]؛ مما يؤدي إلى إنكار وجود الالتزام قبل التعاقدي مستقلا عن العقد.

بذلك نستخلص، أن المسؤولية العقدية للمتفاوض بواسطة الرسائل الالكترونية، ليس لها أي أساس قانوني، إلا إذا كان هناك إلتزام بالتفاوض ينظم العلاقة بين أطرافه أثناء عملية التفاوض، وهو التزام بالتفاوض وليس بإبرام العقد النهائي. فلا يمكن اعتبار الرسائل الالكترونية اتفاقا أو حتى عقد تفاوض، خاصة إذا ما اتجهت إرادة الطرفين إلى عدم الدخول في علاقة عقدية بناء على هذه الأوراق، حيث ينعدم الإيجاب والقبول[1090].

فحينما يقوم الشخص بالبحث عن العروض المختلفة عبر الإنترنيت ويجد ضالته، ويشرع في التفاوض مع الطرف الآخر من خلال تقديم العروض والعروض المقابلة، عندئذ فقط، يصبح من المتصور القول بقيام اتفاق على التفاوض. وهذه العروض الموجهة بطريقة إلكترونية هي في واقع الأمر، لا تتضمن اتفاقا على عناصر العقد المنشود أو تعهدا بإجرائه؛ لذلك، فهي لا تمثل عقدا بالمعنى القانوني الدقيق ولا ترتب المسؤولية العقدية في حالة عدم التوصل إلى إبرام العقد المنشود.

الفقرة الثانية: نظرية المسؤولية التقصيرية عن الخطأ قبل التعاقدي

ذهب الكثير من الفقهاء، إلى أن فكرة المسؤولية التقصيرية هي التي تحكم مرحلة التفاوض، وتعد أسهل الوسائل وأيسرها تطبيقا على هذه المرحلة، لحجة مفادها أن أحكام هذه المسؤولية، وحدها، هي التي تطبق عند عدم وجود عقد[1091]. فالخطأ السابق على التعاقد -حسب هذا الموقف الفقهي- ينفصل عن العقد، ولا يمكن توقيع الجزاء بشأنه إلا من خلال أحكام المسؤولية التقصيرية. ويؤدي قيام هذه المسؤولية، إلى وجوب التعويض للمستهلك المتفاوض عن الضرر الذي يصيبه.

هذا، وقد ظهرت هذه النظرية، عندما لم يكتب لنظرية "الخطأ عند تكوين العقد"، النجاح في الفقه المعاصر. وكان تكييفها للخطأ السابق على التعاقد بأنه خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية لمرتكبه، محل اعتراضات. فمن ناحية أولى، تجعل هذه النظرية قيام سبب البطلان في جانب المتعاقد خطأ حتماً، رغم أن هذا المتعاقد قد يكون جاهلاً كل الجهل، قيام سبب البطلان في جانبه؛ فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة[1092].

[1088] جميل الشرقاوي، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981، ص. 114.

[1089] حلمي بهجت بدوي، آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد (المصرية)، س. 3، ص. 397.

[1090] عبد المجيد التجاني، م.س.ص. 22.

[1091] محمد حسام محمود لطفي، م.س.ص. 58. وانظر أيضا: محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 124.

[1092] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 511. وأيضا: محمد حسام محمود لطفي، المرجع السابق، ص. 42 و43.

ويرى الأستاذ السنهوري في هذا السياق، أن هذه المسؤولية خلال مرحلة المفاوضات تقصيرية لا عقدية، وهذا يعني أن قطع المفاوضات العقدية يمكن أن يكون سببا كافيا لقيام مسؤولية مَن قطعها، إذا اقترن العدول بخطأ منه. والمسؤولية هنا -حسب الأستاذ السنهوري- تقصيرية مبنية على الخطأ، والمكلف بإثباته هو الطرف الآخر الذي أصابه ضرر ناتج عن العدول. فإذا أثبت مثلا أن من قطع المفاوضات لم يكن جادا عند الدخول فيها، أو كان جادا ولكن لم يخطره الطرف الآخر بالعدول في الوقت المناسب، وانبنى على ذلك أن فاتته صفقة رابحة، كان له الحق في المطالبة بالتعويض[1093].

ونستخلص من هذا الاتجاه، أن المسؤولية قبل التعاقدية الناشئة عن الخطأ قبل التعاقدي، هي مسؤولية تقصيرية تستوجب التعويض، وبالتالي يجب أن تستكمل دعوى التعويض هنا، بإثبات عناصر المسؤولية التقصيرية من خطأ وضرر وعلاقة سببية، وهذا نفسه ما استقر عليه الرأي السائد في الفقه الحديث[1094].

وقد اعتبرت هذه النظرية مرحلة المفاوضات، مجرد أعمال مادية ليست لها أي أثر قانوني. أي لا ترتب أي التزام على طرفي التفاوض، ولا تلزمهم بضرورة التوصل إلى إبرام العقد محل التفاوض، إلا إذا قام أحد الأطراف بارتكاب خطأ، نتج عنه ضرر لحق بالطرف الآخر؛ وهنا تقوم مسؤوليته التقصيرية.

إلا أن هذه النظرية، تجاهلت مسألة مهمة، ألا وهي وجود ثمة التزامات يمكن أن تنشأ خلال مرحلة المفاوضات، وناتجة عن مبدأ حسن النية الذي يسيطر على هذه المرحلة، أو ناتجة عن العديد من العقود التي قد تبرم بين أطراف التفاوض، ويكون الغرض منها تنظيم عملية التفاوض وإسباغ الصفة العقدية على مجرياته. وأكثر من ذلك، قد يتم توقيع عقد الاتفاق على التفاوض أو عقد مبدئي، فتصبح عملية التفاوض ذات صفة عقدية بحتة.

فوجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في حد ذاته، يعتبر أحد سبل إثبات خطأ المتفاوض معه، وأثر ذلك الخطأ في الإضرار به، مما جعله يتعاقد بدون علم كاف. ويلاحظ في هذا الشأن، أن تطلب صفة الاحتراف في المتعاقد مع المستهلك، يقيم قرينة على سوء نية المحترف، باعتبار أنه يفترض فيه علمه الشخصي بالمعلومات اللازم أن يدلي بها للطرف الآخر الذي تفاوض وأقبل على إبرام العقد، استنادا إلى هذه المعلومات.

ويضاف إلى الاعتراف بالطبيعة التقصيرية للمسؤولية عن الإخلال بالالتزام قبل التعاقدي، أن الطبيعة الخاصة لهذا الالتزام -في ضوء قوانين حماية المستهلك- تيسر على هذا الأخير الحصول على التعويض عن الضرر الذي يصيبه.

[1093] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 207.

[1094] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 678، انظر أيضا، محمود جمال الدين زكي، مشكلات المسؤولية المدنية، ج. 1، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص. 137.

لهذا يرى البعض من الفقه، أن من حق المتفاوض المستهلك مطالبة المنتج أو الموزع للسلعة أو الخدمة - الذي أخل بالتزامه قبل التعاقدي - بالتعويض عن الأضرار التي تصيبه من جراء إبطال عقد التفاوض، أو عن غير ذلك من الأضرار التي قد تصيبه نتيجة إخلال الطرف الآخر، بالتزاماته قبل التعاقدية[1095].

واختلفت الآراء حول الأساس القانوني لمسؤولية المهني بالإعلام قبل التعاقدي للمتفاوض المستهلك، حيث ذهب رأي إلى أن أساس التزامه هذا هو التزام البائع بالضمان. بمعنى أن الالتزام بالإعلام ما هو إلا امتداد للالتزام بالضمان بمعناه الواسع، إذ لا يتحدد نطاقه بضمان العيوب الخفية أو ضمان الاستحقاق أو ضمان التعرض فقط، بل يمتد ليشمل كافة الالتزامات التي من شأنها ضمان تنفيذ العقد تنفيذا صحيحا وكاملا.

ومن هذه الالتزامات: الالتزام بالإعلام، بحيث تبدأ أولى خطوات تنفيذ الالتزام بالضمان بقيام الضامن (المهني المتفاوض) بإعلام المشتري (المتفاوض المستهلك)، بحقيقة الشيء المبيع محل الضمان، بما في ذلك المخاطر التي يمكن أن تترتب عن استعمال الشيء محل التفاوض[1096].

وتتعلق بيانات الشيء محل العقد، بسلامة وصحة رضاء المتعاقد، بحيث عليه أن يقدم على الشراء برضاء مستنير. وعلى أساس ذلك يقرر المشتري الشراء من عدمه، بعد رؤيته لمدى ملاءمة الشيء محل التفاوض لتحقيق احتياجاته. كما أن هناك بيانات أخرى تتعلق بكيفية الانتفاع بهذا الشيء واستعماله الاستعمال الأمثل وتجنب مخاطره وأضراره، وهي بيانات تهدف تحقيق سلامة المشتري من أضرار الشيء محل التعاقد، بعد تقريره لملاءمة هذا الشيء لتحقيق احتياجاته[1097].

على أن هذا الرأي لم يُعرف له صدى، ذلك أن الرأي الغالب في الفقه والقضاء المقارن، هو استقلالية وذاتية التزام المهني بالإعلام عن التزامه بالضمان، وذلك لاختلاف الالتزامين من حيث مصدر وطبيعة ونطاق كل منهما[1098].

ويرى بعض من الفقه، أنه إذا أخل البائع المهني بالتزامه قبل التعاقدي بإعلام المشتري وترتب عليه إبرام العقد دون أن يتحقق علم المشتري الكافي بحقيقة المبيع، يكون الجزاء الذي يترتب على ذلك، هو قابلية العقد للإبطال لصالح المشتري. وإذا ما تسبب عدم العلم الكافي بالمبيع في ضرر للمشتري، حق لهذا الأخير أن يطالب البائع المهني بطريقة إلكترونية بالتعويض، وفقا لأحكام المسؤولية المدنية[1099].

[1095] عبد المنعم موسى إبراهيم، م.س.ص. 358.

[1096] عبد العزيز المرسي حمود، م.س.ص. 74 و75.

[1097] حمدي أحمد سعد، الإلتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص. 5.

[1098] لمزيد من التفاصيل، راجع: عبد العزيز المرسي حمود، المرجع السابق، ص. 76 وما بعدها.

[1099] المرجع السابق، ص. 130.

ويرى بعض آخر من الفقه، حول الأساس القانوني لمسؤولية المهني بإعلام المتفاوض المستهلك قبل التعاقد، أن الأساس هو التزام المهني بتسليم المبيع، وهذا رأي جانب من الفقه الفرنسي الذي يعتبر أن أساس التزام البائع بتسليم الشيء محل العقد، هو التزامه بالإعلام السابق على التعاقد، حيث يعتبر هذا الأخير تابعا وملحقا بالالتزام الأول.

ومضمون ذلك، أن على المهني المتفاوض إعلام المتفاوض المستهلك بكل ما يتعلق بالمبيع وبمكامن خطورته وبيان كيفية تجنبها. بحيث لا يعتبر البائع منفذا لالتزامه بالتسليم على الوجه الأكمل حين تنفيذ العقد، إلا إذا أفضى إلى المشتري بكل المعلومات الضرورية عن المبيع محل التفاوض[1100].

بينما رأي ثالث في الفقه، اعتبر أن الأساس القانوني لمسؤولية المهني بإعلام المتفاوض المستهلك، هو ضمان سلامة إرادة المشتري، على أساس نظرية عيوب الرضا. وتفسير ذلك، أن المتفاوض ذي الإرادة المعيبة فحسب، لا يحق له طلب الإبطال رفعا للضرر الذي أصابه، بل لا بد من النظر في مسلك المتعاقد الآخر ومدى تأثيره على تعيب إرادة الطرف المتضرر.

وبذلك، فأساس التزام المهني المتفاوض بالإعلام قبل التعاقدي -حسب هذا الموقف الفقهي- هو نظرية عيوب الرضا، خاصة التدليس بكتمان البيانات اللازم الإدلاء بها خلال مرحلة المفاوضات والغلط الجوهري، حيث يترتب البطلان بسبب عدم تكوين رضا واع وحر وسليم لدى الطرف الآخر الذي أبرم العقد[1101].

وبالرغم من أن الشروط القانونية تقيد من استخدام الغلط في إبطال العقد، فإن وجود الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، يسهل كثيرا في المطالبة بالبطلان استنادا إلى الغلط. كما يعتبر في حد ذاته قرينة على أن الغلط كان جوهريا، لأن العلم بالبيانات محل الالتزام بالإعلام، كان من شأنه أن يثني المستهلك عن إبرام العقد[1102].

على أن هذا الرأي -ورغم الأهمية التي أعطاها للإرادة من حيث ضمان صحتها قبل وأثناء إبرام العقد- فإن الأخذ به لا يمكن تطبيقه عمليا، إذ أن نطاق الالتزام بالإعلام أوسع بكثير من أن تشملها نظرية عيوب الرضان كما أن جزاء الإخلال بالالتزام المذكور لا يقتصر فقط على بطلان العقد، بل قد يرتب مسؤولية المتفاوض المهني والحكم عليه بالتعويض، على النحو الذي سنراه حينما سنتطرق إلى جزاء الإخلال بالالتزامات خلال مرحلة المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

[1100] لمزيد من التفاصيل، يمكن الرجوع إلى:

Ghestin Jack, Traité de droit civil, les obligations, Op.cit., p. 504 .

[1101] نزيه الصادق المهدي، م.س.ص. 26 و 332. وأيضا،

Leyssac L., L'Obligation de renseignement dans les contrats en l'information en droit privé, L.G.D.J., Paris, 1975, pp. 305 à 341; Ghestin J., Op.cit., p. 475 et 525.

[1102] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2007، ص. 371 و372.

اتجاه آخر في الفقه، رأى أن الأساس هو مبدأ حسن النية. وسنده في هذا، الموقف التشريعي القاضي بوجوب الالتزام بتنفيذ الاتفاقات والالتزامات بحسن نية. بذلك، يمتد هذا المبدأ ليشمل ليس فقط مرحلة تنفيذ العقد، بل وأيضا المرحلة السابقة عن إبرامه، ألا وهي مرحلة المفاوضات، وهو ما أُطلق عليه ب"مبدأ حسن النية قبل التعاقدي"[1103].

ومن ثم، فمنذ لحظة انطلاق المفاوضات قبل العقدية التمهيدية لإبرام العقد بطريقة إلكترونية، يلتزم المتفاوض بالصدق والأمانة تجاه المتفاوض الآخر، بأن يدلي له بكافة مواصفات المبيع والبيانات الضرورية حول أطوار العملية التعاقدية، والتي تجعل المتفاوض (المشتري)، يقدم على إبرام العقد عن بينة من أمره.

واستنادا لما سبق لنا تحليله، نعتقد أن استقلالية الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تقتضي تدخل المشرع بالنص على حق المستهلك بطريقة إلكترونية - الذي تفاوض استنادا إلى معطيات مضللة قدمها له المهني المتفاوض، أو أخل هذا الأخير بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، فأدى ذلك إلى سقوطه في الغلط أو تعيب إرادته بسبب التدليس- في المطالبة بإبطال العقد لمجرد الإخلال بالالتزام بالإعلام قبل التعاقدي، ودون الرجوع إلى النظريات التقليدية في الغلط والتي تقيد حق المستهلك في طلب الإبطال.

بذلك، الأخذ بنظرية التبعية في مجال المفاوضات حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، سيدفع بالكثيرين ممن يرغبون في التعاقد، إلى العزوف عن الدخول في المفاوضات، إذ من شأنها تحميل المتفاوض بالنتائج الضارة الناتجة عن هذه المفاوضات بمجرد الدعوة إلى التفاوض، ولو لم يصدر أي خطأ من جانبه. كما أن الأخذ بهذه النظرية، يصطدم بمبدأ حرية التعاقد التي تعطي للطرفين الحق في التعاقد بكل حرية، بل والعدول عن ذلك دون أن تترتب أية مسؤولية عليه.

وبناءً على الانتقادات التي وجهت لنظرية المسؤولية العقدية، وكذلك نظرية المسؤولية التقصيرية، اندفع بعض الفقه للقول بوجود مسؤولية خاصة، تلائم طبيعة المرحلة السابقة على التعاقد. وهذا ما سنبحثه من **الفقرة الثالثة**.

[1103] Malaurie Ph.-Aynes L., Cour de droit civil, Tome: VIII les Obligations, 7ème Ed. Ed. CUJAS, 1997, p.212, N° 209; V. aussi, Callart F.-Delebecque Ph., Contrats civils et commerciaux, 3ème Ed. Dalloz, 1996. p. 180, N° 211.

جاءت هذه النظرية[1104] لمعالجة الإخلال الذي يقع في مرحلة مفاوضات العقد، ورأى أنصارها أنه لا يمكن معالجة الإخلال بموجب أحكام المسؤولية العقدية بصورة عامة، ولا بموجب أحكام المسؤولية التقصيرية أيضا، دون أن تؤخذ بعين الاعتبار الخصوصية التي تتمتع بها مرحلة المفاوضات. ومرد هذه الخصوصية، قيامها قبل إبرام العقد وقبل الدخول في نطاقه. وقد خلص أنصار هذا الاتجاه، إلى أن مرحلة ما قبل التعاقد تتكون من ثلاثة مراحل، لكل مرحلة ميزتها، وأهميتها، وقيمتها القانونية، وهي:

- مرحلة المفاوضات التمهيدية، وهي أولى مرحلة من مراحل التعاقد خاصة عند إبرام الصفقات الهامة، حيث يقوم الطرفان بإبرام اتفاقات متلاحقة لكن دون أن تكون لها أية قوة إلزامية من الناحية القانونية.

- مرحلة صياغة الإيجاب، حينما تنتهي المفاوضات والمناقشات بين الطرفين المتفاوضين. لكن قد تنقطع المفاوضات مع ذلك مؤقتا أو كلية، دونما اتخاذ لقرار حاسم.

- مرحلة الإعلان عن الإرادة، وخلالها يتبلور الشكل النهائي للإيجاب، بحيث ينعقد العقد متى صادف قبول الطرف الآخر المتفاوض[1105].

ورغم الانتقاد الموجه لهذه النظرية، وهو قيامها على أساس الخطأ، وأن إثبات هذا الأخير ليس بالأمر اليسير[1106]، كان لها صدى مهم. إذ جعلت المسؤولية الناشئة عن الأخطاء، والتي تقع خلال هذه المرحلة، متميزة ومتلائمة مع طبيعة المرحلة التي تعالجها. فإذا لم يمكن التعرف بسهولة على الخطأ ومعرفة هل هو خطأ ناتج عن الإخلال بالتزام عقدي أم أنه كان نتيجة تقصير من جانب الطرف الخاطئ، فإنه يتم اللجوء للمسؤولية المتميزة والخاصة بهذه المرحلة.

ويمكن القول، بأنه لا يمكن في جميع الأحوال أن تطبق قواعد المسؤولية التقصيرية، على أساس أنها لا تطبق إذا كان الإخلال داخلاً ضمن النطاق العقدي، إذ أن تطبيقها في بعض الأحيان، يؤدي تطبيقها إلى نتائج عكسية.

فقد تنفق الكثير من النفقات لدراسة مشروع، ويبذل جهد كبير ويخسر وقت كثير فيه. فما إن تبدأ المفاوضات بين الطرفين المتعاقدين وتصل لمرحلة معينة، ويقال إنَّ ملامح العقد قد بدت تظهر للوجود، حتى يقطع أحد المتفاوضين هذه المفاوضات ويمتنع عن إكمالها من دون سبب مبرر.

مما يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر، الذي قد يخسر ما كان يروم الوصول إليه والمصلحة التي كان يريد تحقيقها، من خلال إبرامه العقد النهائي. وإذا كان لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية في الحالة الأولى، فإننا نرى تطبيقها لازما في حالة قطع المفاوضات دون مبرر معقول.

[1104] جاء بهذه النظرية الفقيه الإيطالي جبريل فاجيلا. انظر في هذه النظرية لمزيد من الاطلاع:
Saleilles, De la résponsabilité précontractuelle, A propos d'une étude nouvelle sur la matière, R.T.D. Civ., 1907, p. 697.

[1105] عبد المجيد تيجاني، م.س.ص. 26 - 28.

[1106] محمد حسام لطفي، م.س.ص. 58.

ولا يمكن إعمال قواعد المسؤولية العقدية على الخطأ قبل التعاقدي، إذ أن طبيعة المفاوضات في حد ذاتها لا تسمح بذلك. فالمسؤولية العقدية، تنجم عن الأضرار الناشئة عن العقد والحال أننا خلال مرحلة قبل تعاقدية بحيث إذا ما طبقنا مقتضياتها بأن مددنا العقد للمرحلة السابقة على إبرامه يصبح المتفاوض ملزماً بالعقد منذ دخوله في المفاوضات، لا من لحظة إبرامه. مما يفوت الغرض المنشود من المفاوضات ألا وهو التروي والتبصر والتأمل والتفكير بمنافع العقد المراد إبرامه، قبل التحمل بالالتزامات الناشئة عنه.

وتماشيا والطبيعة المتميزة للمفاوضات العقدية، نؤيد الأخذ بالاتجاه الفقهي فيما ذهب إليه من حيث اعتباره أن المسؤولية السابقة على التعاقد، مسؤولية ذات طبيعة خاصة. وسنده في ذلك، أن المسؤولية تحمل طبيعة وأوصاف الحق نفسه الذي تحميه، وهذه المسؤولية هي مسؤولية ما قبل التعاقد "la responsabilité précontractuelle".وعليه، لا بد من البحث عن معيار بمبتكر، نطبق بموجبه أحكام إحدى المسؤوليتين، وهو ما سنبحثه من خلال **المطلب الثاني** والذي سنتطرق فيه إلى وجهة نظرنا الخاصة من المسؤولية الناتجة عن مرحلة المفاوضات العقدية.

المطلب الثاني
موقفنا الخاص من طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد بطريقة إلكترونية

بادء ذي بدء، نشير أنه في المرحلة التفاوضية قد يتفق فيها المتفاوضان على مجموعة من الالتزامات، بل وقد يبرمان العقد الابتدائي أو التمهيدي بينهما، مما يعني أن العلاقة بين الطرفين تارة تبدو عقدية وتارة أخرى مجرد رابطة عادية لا ترتب أي التزام قانوني، خاصة إذا لم يكن هناك نص قانوني ينظم هذه الاتفاقات والالتزامات قبل التعاقدية.

وقد تبدو العلاقة بين الطرفين المتفاوضين مختلطة من ناحية أخرى، حيث يجتمع الأطراف المتفاوضة للتشاور وتبادل الاقتراحات بناء على دعوة مجردة. وخلال تفاوضهم هذا يقدمون لعقدهم النهائي بعقود ممهدة للتعاقد ومنها: الاتفاق على ضمان السرية أو عدم التعاقد مع الغير لمدة معينة... ؛ مما يعني أن هناك ثمة علاقة تربط ما بين الطرفين المتفاوضين.

وعليه، سنحلل موقفنا من المسؤولية التي قد تنشأ عن الاتفاقات والالتزامات خلال مرحلة المفاوضات، في مطلبين: نبحث في تكييف المسؤولية السابقة عن التعاقد خلال مرحلة المفاوضات، على أنها عقدية (**الفقرة الأولى**). وحالة اعتبارها مسؤولية تقصيرية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: تكييف المسؤولية السابقة عن التعاقد كمسؤولية عقدية

قد يبرم أطراف التفاوض عقد الالتزام بعدم التفاوض مع الغير، أو عقداً يتعلق بتنظيم عملية التفاوض، أو عقد ضمان السرية، وهنا لا داعي للبحث في تكييف هذا النوع من المسؤولية، إذ أنها مسؤولية عقدية صرفة، تتحقق أركانها وشروطها بوجود العقد ذاته. وإذا ما عرض نزاع الطرفين المتفاوضين على القضاء، فما على القاضي سوى تطبيق أحكام المسؤولية العقدية دون تردد نظرا للوجود الفعلي للعقد[1107].

فمتى لم ينفذ أحد المتفاوضين الالتزامات الناشئة عن العقد، شكل ذلك خطأ عقديا. ويستوي في ذلك أن يكون عدم قيام المدين بتنفيذ الالتزام، ناشئاً عن عمده أو عن إهماله. فالإخلال بالالتزام بعدم التفاوض مع الغير أو الالتزام بالإعلام، يشكل خطأ عقديا، يرتب مسؤولية الطرف المتفاوض الذي اقترفه.

ولا يكفي وجود خطأ عقدي لقيام المسؤولية العقدية في المرحلة السابقة على التعاقد، بل لا بد من حصول ضرر وعلى الدائن إثبات ذلك، إذ أنه هو من يدعيه. والضرر لا يفترض بمجرد ثبوت الخطأ، بحيث قد لا ينفذ المتفاوض (المدين) أحد التزاماته، ومع ذلك لا يصيب الطرف الآخر أي ضرر من ذلك.

وعليه، يجب على الطرف المدعي أن يثبت الضرر الذي أصابه إلى جانب إثباته للخطأ[1108]. ولا بد من علاقة سببية بين الخطأ والضرر، ولا يكلف الدائن بإثبات هذه العلاقة، بل المدين هو الذي يكلف بنفيها إذا ادعى أنها غير موجودة. فعبء الإثبات يقع على المدين، لا على الدائن[1109]، ونفسه يقال إذا ما كان العقد وعداً أو مجرد عقد بالبدء في التفاوض أو بالاستمرار فيه[1110]؛ بذلك كلما ثبت وجود عقد تم الاتفاق عليه خلال مرحلة المفاوضات التعاقدية، كيفت المسؤولية بالعقدية، وإن لم يبرم العقد النهائي.

بذلك يرتب الإخلال بأي التزام عقدي في مرحلة المفاوضات أو الإخلال بالعقود الممهدة لإبرام العقد الأصلي، المسؤولية العقدية على عاتق الطرف المخل شرط توافر أركانها. وإذا لم يوجد أي اتفاق خلال مرحلة المفاوضات قبل العقدية، فإن المسؤولية الناشئة عن المخالفة، تكون مسؤولية تقصيرية وهذا ما سنبحثه من خلال **الفقرة الثانية**.

[1107] محمد حسين عبد العال، م.س.ص. 186.

[1108] أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1996، ص. 239 و240.

[1109] المرجع السابق، ص248.

[1110] يختلف عقد التفاوض عن الوعد بالتفضيل، فالأول ينشيء التزاما قاطعاً بالتفاوض، في حين يلتزم الواعد بالتفضيل عندما يقرر إبرام العقد. فإيجابه هنا مشروط بالإبرام، كما أن محل عقد التفاوض هو الالتزام بالتفاوض ويختلف عن الوعد بالعقد، حيث يتضمن الوعد قبولاً للعقد النهائي.

إذا ما انتهت المفاوضات دون إبرام أي اتفاقات تنظيمية لعملية التفاوض، فإن أي إخلال بالالتزامات الناتجة عن هذه المرحلة، يؤدي إلى جعل القواعد العامة للمسؤولية التقصيرية، هي الضابط لهذه المرحلة.

ففي حالة قيام أحد المتفاوضين بالعدول عن المفاوضة، وكان عدوله مقترناً بخرق الالتزامات المنبثقة عن مبدأ حسن النية، فإنه بعدوله هذا، يكون قد ارتكب خطأ وعلى المتفاوض الآخر أن يثبت بأن ذلك، لم يكن مشروعاً وقد أخل بواجب الالتزام بحسن نية. وعليه أيضا، أن يثبت أنه قد ألحق به ضرراً من جراء فعل العدول.

وفي الحقيقة ليس فعل العدول فقط هو الذي قد يلحق الضرر بالمتفاوض الدائن، بل قد يلحق به ضرر من أي فعل آخر يقوم به الطرف الآخر، ويجعل هذا الأخير مسؤولاً عن التعويض، كأن يتقدم أحد المتفاوضين بمقترحات غير جدية وبعيدة كل البعد عن الواقع، فيكون بذلك قد أخل بضرورة التعاون مع الطرف الآخر، دون قيامه بالعدول عن التفاوض.

وقد يستمر في المفاوضات ويطلب من الطرف الآخر المزيد من المعلومات مع إظهاره نية المضي قدما من أجل إبرام العقد، ولا يتوانى الطرف الآخر في مده بكل المعلومات اللازمة، ثم يوقف المفاوضات دون مبرر معقول، والحال أنه لم يستمر في المفاوضات إلا من أجل الحصول على أكبر قدر من المعلومات.

فإذا ما تم استغلال هذه المعلومات المحصل عليها خلال مرحلة المفاوضات بشكل أخل فيه المتفاوض بسرية المعلومة التي حصل عليها من المتفاوض الآخر حسن النية، وترتب عن ذلك أن نتج عنه ضرر لهذا الأخير، كأن يعتمد المتفاوض سيئ النية المعلومات للدخول في صفقة قصد منافسة المتفاوض الآخر حسن النية؛ مما من شأنه خفض أرباح هذا الأخير.

هنا له الحق في الرجوع على المتفاوض سيئ النية بالتعويض، جراء عدم احترام الالتزام بالسرية والمنافسة غير المشروعة، لتضرره الشديد من إطلاع الغير عن معلوماته السرية. ويمكنه أيضا، الرجوع على المتفاوض المخل بواجب الحفاظ على سرية المعلومة المتوصل إليها خلال مرحلة المفاوضات، بالتعويض نتيجة للضرر المعنوي الذي أصابه وذلك إعمالا للفصلين 77 و78 من ق.ل.ع، اللذين نصا على أن كل شخص يسأل عن الضرر المادي والمعنوي الذي يحدثه للغير.

وقد قرر القضاء المغربي، بأن الضرر يجب تقديره تقديرا واقعيا، في حدود طلب الجهة المتضررة. وقد ذهب المجلس الأعلى إلى أبعد من ذلك، حينما منح تعويضا عن الضرر المعنوي معللا قراره بأن صعوبة تقييم التعويض المعنوي ماليا، لا تحول دون قيام قاضي الموضوع بتقدير هذا التعويض تقديرا واقعيا، مع الأخذ بعين الاعتبار ظروف النازلة والأهمية الحقيقية للضرر، وذلك حتى يضمن للمتضرر تعويضا رمزيا أقرب ما يكون لإزالة الضرر الحقيقي الحال[1111].

[1111] القرار عدد: 5536، بتاريخ 19/12/1963، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف في المغرب، ع. 171 و 172، يوليوز-دجنبر 1963، ص. 221.

فبالرغم من أن للأطراف حق العدول عن عملية التفاوض وقتما شاؤوا، فإنه يجب أن يكون العدول مبرراً ولا يخل بمبدأ حسن النية، كأن تطرأ ظروف تؤثر على القدرة المالية للمتفاوض، تجعله غير قادر على تنفيذ التزاماته المستقبلية فيما لو أبرم العقد.

وقد يخل الطرف المتفاوض الذي سيورد بضاعة أو يقدم خدمة، بواجب الالتزام بالإعلام الذي يدين به تجاه الطرف الآخر المتفاوض، مما يستتبع إعمال مسؤوليته التي يختلف نطاق تطبيقها ومدى تأثيرها في العملية التعاقدية الحاصلة، باختلاف درجة تأثير هذا الإخلال في تعثر المشروع أو الخدمة المقدمة. من هنا، يمكن القول بتفاوت النتائج القانونية الناشئة عن تحقق مسؤولية المتفاوض- المورد، وبالتالي تعدد الجزاء المفروض تبعاً لذلك.

لكن وصف القضاء المغربي للالتزام بالتبصير أو الإعلام أو النصيحة بأنه "التزام المتعاقد بعدم إخفاء معلومات أو بيانات لها أهميتها وتم إخفاؤها، لو كان الطرف الآخر على علم بها، ما أقدم على التعاقد، ويكون بذلك الإخلال بواجب التبصير عيبا يطال رضى المتعاقد، وقد تترتب عنه المسؤولية العقدية للطرف الآخر، أو غير ذلك من الآثار"[1112]، يجعلنا نقول بإمكانية قيام المسؤولية التعاقدية؛ وبالتالي احتمال حل العقد برمته لمجرد الإخلال بتأدية هذا الالتزام.

فإذا أثر على رضا المتعاقد الآخر، ولا سيما إذا توفرت عناصر الخداع أو الكتمان المؤثر في الدافع على التعاقد (عيوب الرضا)، يمكن للمحكمة حينها أن تحكم ببطلان العقد لهذه العلة. أما إذا كان إخلال المتفاوض-المورد بالالتزام بالنصح غير مؤثر في التوازن الاقتصادي للعقد، فإنه يبقى قائماً ويكتفي بتعويض المتضرر، بما يوازي الضرر اللاحق به عما يصيبه من ضرر من جراء ذلك، وعلى الأخص الأضرار التي تنجم عن تفويت فرصة التعاقد[1113].

أما إذا لم يقم المهني المتفاوض بتنفيذ إلتزامه بإعلام المستهلك في الحدود السابق بيانها، فإن الأجل الذي يمكن للمستهلك المتعاقد أن يمارس خلاله حقه في العدول عن العقد، يمتد من سبعة أيام عمل وهي المدة الأصلية، ليصبح ثلاثة أشهر.

ومن وجهة نظري، يجب إعمال مقتضيات الفصل 263 ق.ل.ع أيضا في هذا الإطار، والذي ينص على أنه "يستحق التعويض، إما بسبب عدم الوفاء بالالتزام، وإما بسبب التأخر في الوفاء به وذلك ولو لم يكن هناك أي سوء نية من جانب المدين".

[1112] قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 09/578، بتاريخ 29 يناير 2009، في الملف رقم: 14/2006/5985-2005/6/8479. منشور في: مجلة رحاب المحاكم: ع. 3 - 2009، ص. 163.

[1113] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، تعويض الفرصة الجزء 1، مجلة الحقوق (الكويتية)، س. 10، ع. 2، يونيو 1986، ص. 81 وانظر أيضا، ج. 2 من نفس المقالة، المجلة السابقة، ع. 3، سبتمبر 1986، ص. 145.

ومتى تسبب خرق الالتزام بالإعلام قبل التعاقدي والالتزام بالحفاظ على سرية المعلومات المحصل عليها خلال هذه الفترة، وكذا الالتزام بالتبصير في خسارة حقيقية للطرف الآخر[1114] وفوت عليه كسبا نتيجة عدم الوفاء بهذه الالتزامات، يمكن للطرف المتضرر الرجوع على المتفاوض سيئ النية بالتعويض.

على أن تساؤلا يبقى مطروحا، ويتعلق بمدى إمكانية المطالبة بالتعويض عن الأخطاء التي أدت إلى سوء إبرام العقد؟.

للإجابة على هذا التساؤل، يجدر بنا بادئا التفرقة بين حالتين:

- **الحالة الأولى:** وهي التي يؤدي فيها الخطأ قبل التعاقدي إما إلى عرقلة إبرام العقد، نتيجة عدم التوصل إلى اتفاق بخصوص العقد النهائي، أو اكتشاف أحدهما تدليس الطرف الآخر أو خطأه، وإما إلى الرجوع غير المبرر من جانب من قدم العرض عن عرضه، أو فشل المفاوضات بشأن إبرام العقد. ففي كل هذه الحالات، لم يبرم العقد بسبب الخطأ الذي وقع في المرحلة قبل التعاقدية أو في مرحلة المفاوضات العقدية. هنا، نتساءل عن أحقية الطرف المتضرر في هذه المرحلة المطالبة بالتعويض وتوقيع الجزاء نتيجة لذلك؟.

يثار بهذا الخصوص، ما يمكننا أن نطلق عليه بـ:"الجزاء عن الخطأ قبل التعاقد"، أو "الجزاء المترتب على فشل المفاوضات". وقد اختلفت الآراء الفقهية والقضائية، حول الأساس الذي يقوم عليه التعويض عن مثل هذا الخطأ. هل نكون أمام مسؤولية عقدية؟ أم شبه عقدية؟ أو أنها مسؤولية تقصيرية؟، أم شبه تقصيرية؟.

بادئا، لا بد من حصول ضرر لأحد الطرفين المتفاوضين أو المتعاقدين الاحتماليين، نتيجة قطع المفاوضات بدون مبرر معقول، أو فشلها بسبب اقتراف المتفاوض الآخر لخطأ أدى إلى منع إبرام العقد أو صدور إيجاب. ويتيح الضرر بموجب كل التشريعات المدنية، المطالبة بالتعويض عنه، على أن ما وقع الإختلاف بخصوصه، هو الأساس القانوني لتأسيس دعوى التعويض.

فقد ذهب بعض من الفقه، إلى وجوب تأسيس هذه الدعوى على أساس الخطأ التقصيري، وطبقا لذلك فهي مسؤولية قبل تعاقدية ومرتبطة بالأساس بمدى وجود عقد أم لا، وبالتالي هل هناك التزام عقدي لم يتم تنفيذه أم لا. فخلال هذه المرحلة لا يمكن الحديث عن عقد ولا حتى عن وعد به، ولذلك لا مجال لإثارة المسؤولية العقدية[1115].

ووفق هذا الاتجاه الفقهي، فإن المسؤولية التي تنشأ في المرحلة السابقة على التعاقد، هي تقصيرية، أساسها الخطأ الناتج عن الإخلال بواجب عام يفرض مراعاة حسن النية في هذه المرحلة. كأن يخل الطرف المهني المتفاوض، بواجب الالتزام بتبصير المتفاوض الآخر، بكل البيانات والمعلومات الحاسمة والجوهرية بالنسبة لهذا الأخير.

[1114] نص الفقرة الأولى من الفصل 264 ق.ل.ع. على أن: "الضرر هو ما لحق الدائن من خسارة حقيقية وما فاته من كسب متى كانا ناتجين مباشرة عن عدم الوفاء بالالتزام، وتقدير الظروف الخاصة بكل حالة موكول لفطنة المحكمة، التي يجب عليها تقدير التعويضات بكيفية مختلفة حسب خطأ المدين أو تدليسه".

[1115] René Rodière, Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité, 1ère partie : La réalité de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, J.C.P., 1950, 1, 861.

بينما اختار اتجاه فقهي آخر، تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، على الأخطاء التي تقع أثناء المفاوضات وخلال المرحلة السابقة على التعاقدن وسنده في ذلك وجود اتفاق ضمني بين الأطراف المتفاوضة، بمقتضاه يسأل كل طرف في مواجهة الطرف الآخر، عن أي خطأ يقع منه بمناسبة التفاوض[1116].

والواقع، أن الرأي الأول أرجح لو اتبع، إذا كان موضوع الدعوى هو المطالبة بالتعويض عن عدم إبرام العقد الأصلي، بسبب الخطأ الواقع في مرحلة التفاوض. بينما قد يختلف الأمر، إذا كان محل الدعوى هو المطالبة بالتعويض عن اتفاقات تمهيدية أو مبدئية سابقة على إبرام العقد النهائي.

فهذه الاتفاقات ملزمة للطرفين معا، لأنها تلقي بالتزامات متبادلة على عاتق كل منهما. ومخالفتها من طرف أحدهما، يرتب تطبيق قواعد المسؤولية العقدية، إذ الأمر يتعلق بمخالفة التزام قائم بذاته، بغض النظر عن الوصول إلى إبرام العقد النهائي من عدمه.

- **الحالة الثانية:** وهي التي لا يحول فيها الخطأ قبل التعاقدي دون إبرام العقد، بمعنى أن المفاوضات بين الأطراف أسفرت عن التوصل إلى اتفاق نهائي بشأن العقد، وتم تكوينه فعلا. لكن، بعد ذلك وأثناء تنفيذه أو حتى قبل الشروع في التنفيذ، اكتشف أحد المتعاقدين وقوع خطأ ارتكبه المتعاقد الآخر في المرحلة قبل التعاقدية أو خلال المفاوضات وأن هذا الخطأ يبيح له إبطال العقد الذي تم إبرامه، كأن يقترف أعمالا تدليسية أوقعت الطرف الآخر في غلط دفعه إلى التعاقد[1117].

بذلك يمكن للطرف المتضرر رفع دعوى إبطال العقد بسبب الخطأ الذي وقع في المرحلة السابقة على إبرامه، كما يملك رفع دعوى التعويض عن الأضرار التي أصابته من جراء هذا الخطأ.

على أن السؤال الذي يبقى مطروحا، هو أساس هذه الدعوى: هل هي دعوى عقدية لارتباطها بعقد قد أبرم؟، أم أنها تقصيرية تثير قواعد المسؤولية التقصيرية لعدم وجود عقد بعد، ولأن الخطأ قد وقع في مرحلة سابقة على وجود العقد؟.

نجيب بهذا الخصوص، أن من حق الطرف المتضرر الحصول على تعويض عيني عن الخطأ المقترف، وإن كان قد حصل خلال مرحلة التفاوض وقبل إبرام العقد النهائي، وذلك بموجب الفصل 77 و78 من ق.ل.ع، وأيضا إذا ما ارتكب أحد الطرفين تدليسا في المرحلة قبل التعاقدية، أدى إلى إبرام عقد ما كان ليبرمه لولا ذلك.

وإذا كان الإختلاف في وجهات النظر قد يدور حول طبيعة دعوى التعويض عن الضرر الحاصل بسبب خطأ قبل مرحلة التعاقد، فإن الأمر مختلف في حالة ما إذا تعدى الطرفين هذه المرحلة إلى غاية إبرام عقد نهائي، والحال أن خطأ قبل التعاقد قد حصل. لذلك فدعوى التعويض أساسها التقصير وبالتالي تحكمها قواعد المسؤولية التقصيرية، على اعتبار أن التعويض هو من أجل العقد الباطل بوصفه واقعة مادية.

[1116] Joanna Schmidt-Szalewski, La sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.Civ. 1974, p. 46 et S.

[1117] لمزيد من التفاصيل انظر، سهير منتصر، م.س.ص. 118 وما بعدها.

ويرتبط التعويض بخطأ وقع من الطرف الآخر خلال مرحلة المفاوضات، أي في مرحلة لم يوجد بعد فيها العقد الذي أصبح باطلا، مما يعيد الطرفين إلى مرحلة ما قبل التعاقد أو نقطة البداية. ومادام العقد أصبح باطلا، فلا يمكن سوى تطبيق قواعد المسؤولية التقصيرية إذا ما توافرت عناصرها. فحينما يقع الضرر نتيجة واقعة سابقة على وجود العقد أو لاحقة عليه، فإن مسألة قيام علاقة السببية تكون محل شك، وبالتالي لا يمكن تطبيق قواعد المسؤولية العقدية.

فإذا ما استبعدنا نظرية الخطأ عند تكوين العقد، التي تقوم على أساس المسؤولية العقدية، يبقى المتعاقد المخل بالتزامه متابعا وفق القواعد العامة في المسؤولية، لا على أساس العقد، وإنما على أساس العمل غير المشروع الذي ارتكبه[1118].

ويبقى من حق المتعاقد المتضرر، رفع دعوى إبطال العقد والتعويض معا، وله أن يطلب التعويض فقط عن الخطأ قبل التعاقد، مع استمرارية العقد، إذا ما رأى إمكانية بقائه قائما، مع الحكم له بالتعويض عن الضرر الذي لحقه من جراء الخطأ قبل التعاقدي[1119].

والملاحظ، أن النصوص القانونية المنظمة لمجال المعاملات والتجارة الالكترونية، لم تتضمن صراحة أي جزاء خاص يوقع في حالة مخالفة المهني لالتزامه قبل التعاقدي. لذا، لا مناص من إعمال القواعد العامة في هذا الشأن، فيكون بذلك من حق الطرف الآخر المطالبة بإبطال العقد، استنادا إلى مخالفة هذا الالتزام. كما له حق الرجوع على المهني بمقتضى قواعد المسؤولية التقصيرية، للمطالبة بالتعويض عما قد يكون قد أصابه من ضرر[1120] بسبب عدم الالتزام بما وقع الاتفاق عليه.

ونثمن الخطوة المهمة للمشرع المغربي بموجب المادة 3 من القانون رقم 08-31 حيث نص على واجب عام بإعلام المستهلك بكل ما من شأنه أن يؤثر على اختياره. كما أقر بموجب المادة 177 من نفس القانون، على عقوبات زجرية حينما اعتبر عدم الإدلاء بالبيانات والمعلومات اللازمة في العرض المقدم عن بعد، مخالفة يعاقب عليها بغرامة من 1200 إلى 10000 درهم مع رفع الغرامة للضعف، في حالة العود.

من خلال ما تطرقنا إليه، بخصوص المسؤولية عن الإخلال بالالتزامات خلال مرحلة التفاوض، وقفنا على مختلف الاتجاهات الفقهية المطروحة في هذا الصدد، ولا نرى ضيرا من وجود نوع ثالث من المسؤولية تتحدد شروطها وفقاً لاحتياجات العدالة، لتحكم مرحلة المفاوضات قبل العقدية، لأنها مرحلة سابقة على إبرام العقد وتتميز بخصوصية هامة، وهي أن ما تم طرحه فيها يعد ناتجاً عن إرادة الأطراف المتفاوضة، ولا يجوز بأي حال من الأحوال تجاهل هذه الإرادة.

وعليه، نؤيد الاتجاه الفقهي الذي ينادي بجعل المسؤولية في مرحلة التفاوض مسؤولية خاصة وسابقة على التعاقد، وتعالج خطأ يتمتع بخصوصية وهو يتمثل في الإخلال بالثقة المشروعة المتولدة في هذه المرحلة، وتعالج ضرراً ناتجاً بمناسبة محاولة إبرام العقد.

[1118] عبد الفتاح عبد الباقي، مصادر الالتزام في القانون الكويتي مع المقارنة بالفقه الإسلامي وأحكام المجلة، ج1، ص. 287.

[1119] محمد عبد الظاهر حسين، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد: دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، 2004، ص. 127. وانظر في السياق ذاته، عبد المنعم موسى إبراهيم، م.س.ص. 383.

[1120] محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، م.س.ص. 42.

نعتقد أن المسؤولية الناشئة في المرحلة السابقة على التعاقد بطريقة إلكترونية، هي مسؤولية تقصيرية[1121]، وإن كانت هناك حالات يدق فيها التمييز بين النوعين من المسؤولية، كأن يقطع الطرفان مراحل مهمة وجادة ويتوصلان إلى إبرام اتفاقات أولية سابقة عن إبرام العقد الأصلي.

لذلك فإن عدم تنفيذ أي التزام ورد في هذه الاتفاقات التمهيدية، يرتب مسؤولية عقدية. فلو كان الاتفاق الإلكتروني التمهيدي ينص على أن يكون هناك شخص ثالث يحدده أحد الأطراف يقوم بتعيين ثمن الشيء المراد بيعه، فإن عدم قيام ذلك الطرف باختيار هذا الشخص قصداً منه إلى عدم إبرام العقد الأصلي، يجعله مسؤولا مسؤولية عقدية، ناتجة عن مخالفة الاتفاق التمهيدي.

ففي غياب نصوص قانونية تنظم مرحلة المفاوضات قبل العقدية في العقود عموما، وفي تلك المبرمة بطريقة إلكترونية أو عن بعد خصوصا، لا مناص من الرجوع إلى القواعد العامة -رغم عدم كفايتها- لحماية الطرف المتضرر الذي توجب قواعد العدالة والإنصاف، عدم إهدار حقه. وتبريرنا في ذلك، حالة الضعف التي يكون عليها المستهلك، الذي يبرم عقدا من خلال إحدى الوسائل الإلكترونية الحديثة.

بذلك يمكن القول، بأنه رغم أهمية الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني والقواعد المنصوص عليها في قوانين حماية المستهلك، كوسيلة مهمة لتوفير الحماية اللازمة للأشخاص في مجالات أنشطة جديدة، فإنها في واقع الحال، وضعت لمواجهة شخص عادي يمارس نشاطا معتادا. وتبدو غير كافية، حينما يتعلق الأمر بمهني أو بمحترف في المجال المعلوماتي، إذ ينتظر منه المستهلك بطريقة إلكترونية أكثر مما ينتظر من الآخرين من عناية وحرص. وفي الحقيقة، التفكير في إيجاد نوع خاص من المسؤولية في المجال المعلوماتي أو الإلكتروني، يزداد يوما عن يوم، عند الحديث عن المهني المعلوماتي.

فقد رأى بعض من الفقه[1122]، أن هناك حاجة إلى قواعد خاصة تحكم مسؤولية هؤلاء تجاه عملائهم، إلى حد أن ظهرت في الآفاق آراء وأفكار تنادي بضرورة وضع قانون مهني يتحدد فيه المركز القانوني للشخص، لا بالنظر إليه مجردا، وإنما بالنظر إلى المهنة التي يمارسها.

وهذه المسؤولية التي نتمنى على المشرع المغربي تنظيمها، قد تتجاوز نطاق نوعي المسؤولية المعروفتين في القانون المدني: العقدية والتقصيرية، بحيث يمكن للمسؤولية المهنية أن تجمع بين قواعدهما معا، وتجد تطبيقاتها عند مخالفة المهني المعلوماتي لواجبه المهني الملقى على عاتقه، مع مراعاة قواعد وآداب مهنية وأداء الالتزامات التي يفرضها القانون.

وقد تطبق هذه المسؤولية، عند عدم تنفيذ الالتزامات التي يشير إليها الاتفاق بطريقة إلكترونية. مما يعطي للطابع المهني خصوصية متميزة ويقدر خطأ المهني المعلوماتي، بالنظر إلى الالتزام المهني المفروض عليه، طبقا لمعيار الرجل المهني المعلوماتي المعتاد، الذي يحل محل معيار الرجل المعتاد.

[1121] محمد حسين منصور، م.س.ص. 62؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، م.س.ص. 242.

[1122] Edmund Noël Martine, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. 6, Paris, 1957, p. 3.

فمسؤولية المهني المحترف يجب أن تكون أشد فيما يتعلق باحترام الالتزامات الناشئة عن مرحلة التفاوض بطريقة إلكترونية، عن مسؤولية غير المحترف. فإذا كان التفاوض بطريقة إلكترونية بين شخصين عاديين غير محترفين، فإنه يقوم على عاتق الطرف المتضرر عبء إثبات خطأ الطرف الذي عدل عن التفاوض.

وفي المقابل، إذا كان التفاوض عبر الإنترنيت بين شخصين أحدهما محترف والآخر غير محترف، قامت قرينته لصالح المتفاوض غير المحترف على خطأ المتفاوض الآخر، حيث يتوجب على المتفاوض المحترف إثبات براءته من الخطأ طبقا للقواعد العامة للإثبات[1123].

وبذلك تظهر لنا خصوصية المسؤولية المهنية في المجال المعلوماتي، حيث يمكن تطبيق قواعد مختلطة تجمع بين قواعد نوعي المسؤولية المدنية معا. ولا يبدو هذا مستحيل التطبيق بمناسبة العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، بحيث لا يجب أن تشغلنا كثيرا التفرقة بين النوعين، أو ضرورة التقيد بتطبيق قواعد إحداهما.

فإذا ما تضمنت أي من الاتفاقات المبدئية، العناصر الأساسية للعقد والواجب توافرها وفقا للقانون فإن الإخلال بها يرتب بالضرورة المسؤولية العقدية، وليس المسؤولية عن الفعل الضار. والحكم نفسه، يطبق بخصوص الالتزام بالتفاوض بحسن نية الوارد في اتفاق مبدئي، حيث يرتب الإخلال به مسؤولية عقدية. فإخلال أحد أطراف التفاوض بمبدأ حسن النية، أو بأي من الالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ يكون بسلوكه هذا مخطئا ومسؤولاً عما سببه من ضرر للطرف الآخر.

من خلال ما تقدم، نلاحظ أهمية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، فلا أحكام خاصة في التشريع المغربي تنظمها، مما لا يكون معه أمام القاضي سوى تطبيق القواعد العامة.

لكن المفاوضات عبر الانترنيت -خصوصا- أخذت منحى خاصا، إذ أتاحت الشبكة مجالا واسعا للمفاوضات بأن فتحت الباب على مصراعيه للفرص التعاقدية، حتى وصلت مدى خيالي في عرض الفرص، سواء للبيع أو الشراء أو إبرام عقود التأمين أو غيرها من العقود، كما أصبح التسويق عبر الانترنيت حركيا دائم الفرص.

فإذا كان عدم تنظيم العديد من القوانين الوطنية لمسؤولية المخل بالتزاماته في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، يحمل على الاعتقاد بأن مقتضيات القواعد العامة في المسؤولية كافية وتوفر الضمانات القانونية اللازمة في مجال هذا النوع الجديد من العقود، وبأن الأمر لا يعدو أن يكون مجرد خطوة من أجل ملاءمة هذه المقتضيات مع الطبيعة الخاصة لهذه العقود، فإننا نرى عكس ذلك وجوب وضع أحكام قانونية خاصة بالمفاوضات التي تتم بخصوص العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، مع التشديد من مسؤولية المهني العارض لخدماته أو بضائعه بطريقة إلكترونية.

[1123] عبد المجيد تيجاني، م.س.ص. 54.

ومرد توجهنا هذا، ضروريات حماية المستهلك المستعمل للوسائل الالكترونية، في الحصول على السلع والخدمات باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة[1124]، من جهة؛ وضروريات توفير مناخ تجاري إلكتروني آمن، من جهة ثانية. مما يسمح بتطوير سوق وطنية إلكترونية وتحفيز التاجر الإلكتروني الوطني على الدخول إلى أسواق إلكترونية جديدة وانفتاحه عليها من خلال توفير كل الضمانات اللازمة لتطوير التجارة والمعاملات بطرق إلكترونية. وهذا من شأنه تشجيع التعاقد والتعامل بطريقة إلكترونية وبالتالي تنمية وتطوير هذه الأنشطة، مما سيكون له الدور الكبير في ازدهار الاقتصاد الوطني.

نقترح في هذا السياق أيضا، أن ينص المشرع المغربي ضمن مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود، على أن المفاوضات بخصوص العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، جزء لا يتجزأ من العقد، بل وشرط أساسي لإبرام هذا النوع من العقود، نظرا لطبيعتها الخاصة. وحبذا لو تم التنصيص أيضا على أنها ليس فقط مجرد مرحلة سابقة عن التعاقد ولا أثر قانوني يترتب عنها، بل مكملة للعقد النهائي وأساسية لتفسير العقد الذي تم إبرامه دون أن يؤثر ذلك على مبدأ الرضائية في العقود. فالعقد النهائي، يدل على رغبة الأطراف في إنشاء الالتزامات.

فالتطبيق اليومي، يدل على وجود العديد من الحالات التي يصر فيها الأطراف على التفاوض فترة زمنية طويلة، للوصول إلى العقد النهائي الذي لا يتم التوقيع عليه، إلا بعد أن يتفقا على كل ما يحتويه بشكل كامل. كما أن طبيعة العقد ذاته، قد تدفع الأطراف إلى التفاوض مدة طويلة، إما لأن هذه الطبيعة معقدة بسبب تعقيد محل العقد ذاته، أو لأن العقد النهائي يرتبط بظروف وبشروط قانونية واقتصادية وعملية لا بد من تحقيقها، قبل إتمام هذا العقد.

ولنا أن نتصور دقة المفاوضات وتعقيدها في العقود الكبيرة، كشراء السفن والطائرات. فهي تحتاج للقاءات ودراسات عديدة وتأهيل خاص، مما يؤدي إلى طول فترة المفاوضات، كما أن من وجه إليه الإيجاب يتكبد الكثير لدراسة ما عرض عليه.

ولم يجد الفقه والقضاء بُدا من الرجوع إلى القواعد العامة للالتزام، للقول بوجود التزام عام ينتج عن مبدأ "حسن النية في التعامل"، الذي، وإن لم يولد التزاما تعاقديا، فإنه يولد التزاما على عاتق الأطراف بالتفاوض بحسن نية، مع الاختلاف حول طبيعته، وإن غلب عليه صفة الالتزام "شبه التعاقدي"[1125] كما يحلو لبعض الفقه الفرنسي تسميته.

وقد ازدادت أهمية هذا الالتزام بسبب تزايد أنواع العقود مع ما صاحب ذلك من تزايد الاتفاقات الممهدة للتعاقد، ولا سيما أن الفقه والاجتهاد يتجهان إلى تأكيد الاتفاق على التفاوض وعلى دوره كحام لمصالح كل الأطراف من تعسف الأطراف الأخرى، في إطار مرحلة التفاوض.

[1124] Marcel Fontaine, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Op.Cit, p. 619 et S.

[1125] جمال فاخر النكاس، م.س.ص. 168.

أحيانا، ونظرا لتعقد بعض العقود بسبب تكلفتها الكبيرة على طرفي العملية التعاقدية، ينطبع التعبير عن الإرادة بطابع التحفظ، على الرغم من رغبة كل الأطراف في إبرام العقد، إذ أنها تريد التعاقد، ولكن دون اندفاع ومن خلال المرور بالعديد من المراحل والإجراءات وبعد القيام بالدراسات والترتيبات اللازمة.

ونتيجة لذلك، فإن إبرام العقد يتأخر وتمتد مرحلة التفاوض إلى ما لا نهاية[1126]، ويؤدي تأخير العقد إلى احتمال تغير بعض العناصر التي تم الاتفاق عليها في مرحلة المفاوضات. وهنا، لا بد من أن يركن كل طرف إلى عدم تغير موقف الطرف الآخر بخصوص ما تم الاتفاق عليه. ولا يكفي أن يعتمد في ذلك على حسن نية كل طرف، بل كرس القضاء والفقه والعمل مبدأ "الالتزام بالتفاوض بحسن نية"، على أساس من التقاء الإرادات الصريح منها أو الضمني، وتحت طائلة الجزاء المدني في الحالات التي يخرق فيها هذا الالتزام دون مبرر معقول.

وبذلك نقف على الأهمية الخاصة لمرحلة المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، على اعتبار أنها مرحلة تنظيمية من عمر العقد. وحسبنا القول، أن هذه المرحلة على أهميتها لم يتم توضيحها بشكل واف، مما يستدعي وضع تنظيم قانوني خاص، يحمي كل الأطراف.

فهي إذن، مرحلة مؤقتة مآلها إلى الانتهاء إما: سلبا بتفرق أطراف التفاوض دون الوصول إلى الهدف المنشود وهو الاتفاق بشأن العقد محل التفاوض، وإما إيجابا بالاتفاق على كافة المسائل التي كانت محلا للمفاوضات بطريقة إلكترونية، ليصبح بذلك الأمر سهلا ومهيئا لمرحلة أخرى ألا وهي المرحلة التعاقدية.

وإذا كان العقد أيا كان موضوعه، وأيا كانت الوسيلة المستخدمة في إنشائه، يقتضي لانعقاده صدور الاقتراح أو الإيجاب، وقبول مطابق للإيجاب -أيا كانت الوسيلة الإلكترونية التي استعملاها في التعبير عن إرادتيهما- فما الذي يقصد بالقبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، هذا ما سنتطرق إليه من خلال **الفصل الثاني**.

[1126] عبد المنعم موسى إبراهيم، حماية المستهلك (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2007، ص. 395.

الفصل الثاني
خصوصية القبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

لا يكفي لإبرام العقد وجود الإيجاب وحده، بل يستلزم إلى جانبه إرادة عقدية أخرى تقابله وتتطابق معه، وتتجسد في تعبير الطرف الآخر عن قبوله بالعقد. فالقبول، هو التعبير الصادر عن إرادة الطرف الذي وجه إليه العرض أو الإيجاب، يفيد موافقته عليه. بذلك هو التعبير الثاني عن الإرادة، والذي يتكون العقد من اقترانه بإيجاب له اعتبار قانوني.

فالإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية ليس كافيا لوحده لينعد العقد، ما لم يصدر بخصوصه قبول مطابق من المتعاقد الآخر. ويجب أن يصدر القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب لازال قائما، وذلك لمحدودية أجل سريانه. فإذا ما صدر مباشرة عبر الإنترنيت من خلال غرف الدردشة والحوار المباشر، استلزم الأمر أن يصدر القبول هو أيضا فوريا وقبل انتهاء المحادثة[1127].

وكأي تعبير عن الإرادة، لا بد أن يكون القبول باتا وأن يتجه لإحداث أثر قانوني، كما يلزم لكي يترتب أثره أن يكون حرا في إختياره، وهو على بينة من أمره بما يؤكد نيته في الإرتباط التعاقدي. ولا تختلف في هذه المسألة العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عن العقود التقليدية، إذ لا تنعقد إلا باكتمال الرضى. بالتالي، يلزم لتكوين العقد المبرم بطريقة إلكترونية، صدور القبول بالإيجاب أي الرد على الاقتراح أو العرض الإلكتروني للتعاقد بما يفيد الموافقة. ولا يتم هذا الأخير، إلا باتفاق الإرادتين المعبر عنهما بطريقة إلكترونية.

ومهما قيل بصدد معاصرة الإيجاب للقبول من الناحية الزمنية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، نظرا لصفة التفاعلية التي تسمح بحضور افتراضي متعاصر ومتزامن للمتعاقدين فإن البعد المكاني بين العارض المهني والقابل، يظل واقعا لا يمكن إغفاله باعتبار العقد المبرم بطريقة إلكترونية من العقود المبرمة عن بعد. ومن ثم، فإنه يجب تطبيق الأحكام الخاصة بهذا النوع من التعاقد، خاصة فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان إبرام العقد[1128].

وبالنظر إلى طبيعة العقد المبرم بطريقة إلكترونية، على اعتباره عقدا يبرم عن بعد وبوسائل إلكترونية، فإن التعبير فيه عن القبول يطرح أمامنا العديد من التساؤلات: فهل يمكن القول، بأن مفهوم القبول قد تغير في العقد المبرم بطريقة إلكترونية ؟.

[1127] مولود قارة، م.س.ص. 19.

[1128] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، م.س.ص. 40 وما بعدها. ممدوح محمد السلمي، م.س.ص. 17 وما بعدها، وأيضا: محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، م.س.ص. 486 وما بعدها.

وما هي صوره وطرق التعبير عنه؟. وما مدى اعتبار السكوت طريقة للتعبير إلكترونيا عن إرادة القابل؟ وهل يمكن العدول عن القبول الذي تم التعبير عنه إلكترونيا؟. وما مدى القوة الملزمة للعقد في هذه الحالة؟.

هذا ما سنجيب عنه من خلال التطرق للنظام القانوني للقبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية (**الفرع الأول**). فإذا ما صدر القبول وتطابق مع العرض الالكتروني متى يمكن القول بانعقاد مجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية وسنبحث هذه النقطة من خلال التطرق لمجلس المؤتمت للعقد المبرم بطريقة إلكترونية (**الفرع الثاني**).

الفرع الأول

النظام القانوني للقبول في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

لم يرد تعريف للقبول في قانون الالتزامات والعقود، شأنه في ذلك شأن الكثير من التشريعات المدنية التي ترى عدم الحاجة إلى تعريفات في صلب النصوص القانونية، تاركة ذلك لاجتهاد الفقه وعمل القضاء.

ويمكن القول، بأن القبول بصفة عامة، هو التعبير اللاحق للإيجاب، والذي يصدر ممن يوجه إليه هذا الإيجاب، حاملا إرادة مطابقة أو موافقة لإرادة الموجب، مضمونها الرضا بالعقد من قبل الموجب بشروطه التي حددها في إيجابه[1129].

فإذا لم يتطابق القبول مع ما ورد في الإيجاب، فلا يكفي لالتزام الطرفين، حتى لو ثبت هذا الاتفاق بالكتابة. أما إذا احتفظ الطرفان بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند الاتفاق على هذه المسائل، فيعتبر العقد قد انعقد. فإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة[1130].

لكن، هل ينطبق هذا التعريف نفسه على القبول المعبر عنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية؟، وما هي الصور التي قد يتجسد فيها؟ وإذا كان القبول المعبر عنه بالطرق العادية له شروطه، فهل للقبول المعبر عنه إلكترونيا شروطا خاصة من اللازم توافرها فيه؟، وبالنظر إلى الوسيلة التي تبرم بها العقود في شكلها الإلكتروني عبر المواقع أو بواسطة الرسائل الإلكترونية، هل يمكن الحديث عن القبول بالعقد أم عن الإذعان في العقد المبرم بطريقة إلكترونية؟(**المبحث الأول**). كما سنتطرق أيضا إلى حالات خاصة بالقبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية (**المبحث الثاني**).

[1129] جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981، ص. 278، رقم 59.

[1130] يقصد بالمسائل الجوهرية اللازمة لإبرام كل عقد، المسائل التي ما كان الطرفان ليقبلا بالتعاقد دون الاتفاق عليها: كالمحل والثمن في المبيع. أما المسائل التفصيلية فهي أمور ثانوية، يقصد بها المسائل التي ليس لها أثر حاسم في نظر المتعاقدين، كالمسائل المتعلقة بمصاريف النقل أو تاريخ تسليم البضاعة. انظر في ذلك: عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 135. وانظر في التمييز بينها: نضال إسماعيل برهم، م.س.ص. 43. والمادة 3/19 من اتفاقية فيينا التي حددت بتدقيق المسائل الجوهرية.

المبحث الأول

الماهية القانونية للقبول المعبر عنه إلكترونيا، ومدى صفته الإذعانية

طبقا لمبدا الرضائية في العقود، فالمبدأ العام أن القبول باعتباره تعبيرا عن الإرادة يخضع لهذه الرضائية، ولا يشترط شكلا معينا للإفصاح عن الإرادة أو وسيلة تقنية للقبول طالما أنها تعبر عن الإرادة تعبيرا صحيحا، لذلك فإن صدور القبول المعبر عنه إلكترونيا ليس من شأنه المساس بالرضائية.

وللوقوف على الماهية القانونية للقبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لا بد من البحث في الماهية القانونية لهذا العقد وطرق التعبير عنه، إلى جانب البحث في شروطه (**المطلب الأول**)، ومدى توافر الصفة الإذعانية في القبول المعبر عنه إلكترونيا (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

الماهية القانونية للقبول المعبر عنه إلكترونيا، وطرق التعبير عنه

سنتطرق في هذا المبحث إلى تحديد الماهية القانونية للقبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية، مع بحث تمييزه عن القبول بالطرق العادية (**الفقرة الأولى**). ونظرا لخصوصية القبول في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تختلف صوره وفق الطريقة المستعملة في التعبير عنه (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: الماهية القانونية للقبول المعبر عنه إلكترونيا

لقد تعددت التعريفات الفقهية للقبول، وتجمع كلها على أنه التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب، يعلمه بموافقته على العرض الذي تقدم به الموجب، وباقترانه بالإيجاب يتكون العقد[1131]. على أن القبول في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، أخذ مفهوما خاصا وجديدا ليس في جوهره وأساسه فحسب، ولكن بشكله أو بصورة التعبير عنه أيضا.

فقد يكون القبول بالضغط على أيقونة القبول في صفحة موقع العارض، أو عن طريق التسوق من أحد المتاجر الإفتراضية على الإنترنيت، باختيار السلعة ودفع ثمنها. وقد يكون من خلال الضغط على أيقونة الموافقة في العقد الموضوع على موقع العارض. كما قد يتم من خلال إرسال رسالة إلكترونية، تتضمن القبول بالعرض المقترح عليه.

ولا نجد من خلال تصفحنا للعديد من المواقع العارضة للسلع والخدمات على الإنترنيت، أنها تتطلب في القبول شكلا معينا، وذلك إعمالا للقاعدة العامة في العقود والتي تقوم على الرضائية. وهو غالبا ما يصدر من المستهلك، ويكون مطابقا للعرض المقترح بعد أن يكون قد تدبر بتأمل في العرض ليصدر قبوله الذي من شأن مطابقته للعرض أن يتم العقد، مع مراعاة الضوابط الخاصة التي تفرضها وجود التقنيات الرقمية كوسيط بين طرفين يتعاقدان عن بعد، أحدهما هو الجانب الضعيف في هذه الرابطة التعاقدية[1132].

[1131] راجع بهذا الخصوص: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 271 وما بعدها؛ وأيضا: جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزام في القانون المدني المصري، ط. 3، 1978، ص. 82 وما بعدها. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني، مقال سابق، ص. 22.

[1132] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد، م.س.ص. 79؛ مولود قارة، م.س.ص. 19.

ونظرا لحداثة الوسيلة المستعملة في التعبير عن القبول، اهتمت بعض التشريعات العربية حين وضعها لتنظيم خاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، ببيان المقصود بالقبول الإلكتروني وماهيته وطرقه وخصوصيته.

فقانون المبادلات الإلكترونية التونسي رقم 83 لسنة 2000، تعرض للمسألة من خلال اعتباره أن العقود الإلكترونية مثلها مثل العقود الكتابية، أي يجري عليها ما يجري على العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة، ومفعولها القانوني، وصحتها، وقابليتها للتنفيذ بشرط ألا يكون هناك تعارض مع أحكام قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية (ف. 1 من التشريع التونسي). بذلك القبول في القانون التونسي، هو التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته لإحداث أثر قانوني معين، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول.

وفي مجال العقد الإلكتروني، ما يميز القبول أنه يتم عبر وسائل إلكترونية، خاصة وأن المبادلات الإلكترونية هي تلك التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية (ف. 2). وبالنظر إلى خصوصية القبول في العقود الإلكترونية، نجد أن المشرع التونسي حينما أفرد بابا خاصا بالوثيقة الإلكترونية والإمضاء الإلكتروني، وحدد جهات معينة للتأكد من صحة القبول وشخص القابل، لتأكيد فاعلية هذا القبول[1133].

أما قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، فقد نص على أن رسالة المعلومات تعتبر وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إبرام العقد. وبذلك القبول بموجب المادة 13 من القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية، يمكن أن يتم عبر شبكات الإنترنت من خلال رسالة المعلومات[1134].

القانون البحريني للمعاملات الإلكترونية رقم 28 لسنة 2002، أجاز هو أيضا التعبير عن الإرادة عن طريق السجلات الإلكترونية. وبالتالي، فإن إبرام العقد يمكن أن يتم عن طريق وسائل إلكترونية، وأي تعديل أو تغيير في الإرادة يمكن أن يتم بهذه الوسائل[1135].

أما قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي، فقد تطرق إلى القبول الإلكتروني. حيث نصت المادة 6 منه، على أنه "1- ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي.

2- يجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو استلام أو تخزين أو معالجة أية سجلات إلكترونية، على التعاقد بصورة مغايرة لأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون[1136].

[1133] الفصول 4، 5، و 6 وما بعدها وكذا الفصول 8 و 9 وما بعدها وأيضا الفصول 11 و 12 وما بعدها من قانون المبادلات الإلكترونية التونسي.

[1134] هي عبارة عن المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تسلمها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني (م. من القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية).

[1135] م. 10 من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني الصادر في 14-9-2000.

[1136] يتعلق الفصل الثاني من قانون المعاملات الإلكترونية لإمارة دبي، بالمراسلات الإلكترونية والفصل الثالث بإنشاء العقود وصحتها، أما الفصل الرابع فيتعلق بالتوقيع الإلكتروني.

3- استثناء من أحكام الفقرة (1) السابقة يجب أن يكون قبول الحكومة صريحا بالتعامل الإلكتروني في المعاملات التي تكون طرفا فيها". وواضح أن المشرع الإماراتي لم يحدد شكلا معينا للقبول الإلكتروني، بحيث نص على إمكانية أن يكون القبول صريحا أو ضمنيا. لكنه ألزم الحكومة التي تقبل التعامل الإلكتروني، بأن يكون قبولها صريحا ولا يكفي القول بملابسات أو ظروف معينة لإثبات قبول الحكومة[1137].

وقد جعل المشرع الإماراتي في قانون المعاملات الإلكترونية، للقبول الإلكتروني نفس الأثر لإبرام العقد كما في حالة القبول التقليدي، إذ نص على أن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ، لمجرد أنه تم بواسطة وسائل إلكترونية[1138].

على الصعيد الدولي، عرفت المادة 18-1 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع المنقولة، القبول على الوجه التالي "يعتبر القبول أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب".

أما قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية (Unictral)، فلم نقف فيه على أي تعريف للقبول في المعاملات الإلكترونية، فتُرك ذلك للقوانين الوطنية وتم الاكتفاء بالنص على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول عبر رسائل المعلومات، وبأن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض (م. 11).

وبموجب المادة 13/1 من هذا القانون، تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة، سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه. وفي بعض الحالات، يفترض إسناد هذه الإرادة إلى المتعاقد، إذا توافرت ظروف معينة منها: قيام المرسل إليه بتطبيق نظام معلوماتي، أو إجراء تصديق سبق أن وافق عليه المرسل، بقصد التأكد من صدور رسالة البيانات عن هذا الأخير.

الفقرة الثانية: طرق التعبير عن القبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

يعبر عن القبول بكل وسيلة لا تدع شكا لدى الموجب (العارض)، بأن إيجابه قد لاقى القبول. وليس هناك طريقة معينة في إطار التعامل التجاري يتم بها التعبير عن القبول، كما لا يشترط فيه شكل معين بحيث يجوز التعبير عنه شفويا، أو بالهاتف، أو كتابة برسالة، أو برقية، أو التلكس، أو برسالة إلكترونية[1139].

وقد يعبر عن القبول قد صراحة أو ضمنيا: بحيث يكون صريحا إذا تضمن الرضا الصريح بإبرام التعاقد، كأن يكتب القابل مثلا في رسالة قبوله: "عرضكم وتاريخه كذا مقبول". وقد يكون ضمنيا، إذا ما قام القابل بعمل أو تصرف يفيد الموافقة على الإيجاب، دون أن يرد عليه صراحة بلفظ يفيد القبول، كأن يرسل البضاعة أو الثمن أو جزءا منه إذا كان مشتريا.

[1137] لا نجد مقابلا لهذا النص في التشريع المغربي.

[1138] م. 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي.

[1139] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 122 و123.

على أن القبول المعبر عنه بالطرق العادية يختلف عنه في القبول في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية الذي اتخذ مفهوما خاصا وجديدا، في شكله وفي صور التعبير عنه. وبذلك لا يتماشى القبول في العقود العادية مع أساليب التعبير عن الإرادة في القبول المعبر عنه إلكترونيا، والتي غالبا ما تتمثل بنماذج وأشكال تفرضها طبيعة التعاقد بطريقة إلكترونية؛ وبالتالي قد لا ينعقد العقد بمجرد اتخاذ القابل موقفا معينا[1140].

ومن التصرفات التي تدل على القبول بالإيجاب المرسل بطريقة إلكترونية أو العرض المقترح عبر مواقع الإنترنيت، قيام الموجب له (القابل) بفك الغلاف عن بعض السلع التي يقوم الموجب بإرسالها إليه مع العرض. وغالبا ما يتضمن هذا الأخير، تنبيها من الموجب إلى الموجب له، بأن فك الغلاف أو الختم عن هذه السلعة يعتبر قبولا للعقد.

وقد اعتادت بعض المواقع الإلكترونية على التعامل بهذه الطريقة غير المألوفة من الإيجاب، وخصوصا بالنسبة للسلع ذات المحتوى الرقمي كبرامج الحاسوب، والصحف، والمجلات، والكتب التي يمكن تسليمها للموجب له على الخط -أي عبر شبكة الإنترنيت مباشرة من خلال البريد الإلكتروني- ويكون المرسل إليه أو الموجب له قد فك الغلاف عن السلعة وبدأ باستخدامها[1141].

وإذا كانت التشريعات المنظمة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية لم تحدد صراحة أسلوبا محددا للقبول أو التعبير عنه، فإن معظمها أكد على إمكانية استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن القبول، من دون أن تحدد أسلوبا معينا للتعبير عنه. ومن هذه التشريعات: القانون الأردني وتشريع إمارة دبي.

فواقع وسائل التعاقد الإلكتروني فرضت أساليب مبتكرة للتعبير عن القبول، ومن صور التعبير عنه بطريقة إلكترونية، إضافة إلى ما سبق، الكتابة من خلال إرسال بريد إلكتروني والتوقيع عليه، أو عن طريق اللفظ من خلال غرف الدردشة والمحادثة المباشرة "Chatting room"، أو التنزيل عن بعد من خلال تنزيل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الإنترنت "Téléchargement" وتحميلها على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل. ومن صور التعبير عن القبول إلكترونيا أيضا، النقر على أيقونة "الموافقة OK" أو عبارة "أقبل J'accepte".[1142] وسنعرض لهذه الصور بمزيد من التفصيل فيما يلي:

أولا: التعبير عن القبول عن طريق التفاعل المباشر: يتم التعبير عن القبول في هذه الصورة شفويا في مجلس عقد حكمي مؤقت، حيث يرى ويسمع المتعاقدان بعضهما البعض من خلال المشاهدة المباشرة باستخدام الكاميرا الرقمية، والتي تسمح بمشاهدة الطرف الآخر مشاهدة فعلية وتبادل النقاش وتعابير الإيجاب والقبول، من خلال الميكروفون أو الهاتف عبر الإنترنت[1143].

ثانيا: القبول من خلال البريد الإلكتروني: يقوم المرسل إليه في هذه الصورة، بإرسال قبوله من خلال رسالة إلكترونية إلى البريد الخاص بالموجب (مرسل العرض). وهذه الطريقة في القبول هي الأكثر استعمالا، لسهولة ويسر التعامل من خلال الرسائل الإلكترونية.

[1140] محمد أبو الهيجاء، م.س.ص. 50.

[1141] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 145.

[1142] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 286.

[1143] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني، بحث سابق، ص. 46.

من الحالات التي تثير الجدل أيضا، حالة شراء برنامج حاسوب عبر الإنترنت. فبمجرد ضغط القابل على أيقونة القبول يبدأ البرنامج بالتحميل على حاسوبه، وحين شروعه في تثبيت البرنامج، تظهر له صفحة أخرى تتضمن شروط استخدام البرنامج، وبعضها لم تتم الإشارة إليها حين إبرام عقد الشراء. ففي هذه الحالة، لم يعلم القابل ببقية الشروط، إلا بعد عملية التنفيذ (أي تثبيت البرنامج على الحاسوب)، فيكون قبوله هنا غير مطابق للعرض.

وتبرير موقفنا هذا، هو مقتضيات الفصل 19 ق.ل.ع في الفقرة الأولى منه والتي نصت على أنه "لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية". وكذا الفصل 21 ق.ل.ع الذي نص بموجبه المشرع المغربي، على أن "التحفظات والقيود التي لم تنه إلى علم الطرف الآخر لا تنقص ولا تقيد آثار التعبير عن الإرادة المستفادة من ظاهر اللفظ".

فالمشرع المغربي اعتبر بموجب الفصل 19 ق.ل.ع، أن العقد لا يتم إلا إذا تراضى أطرافه على العناصر الأساسية للالتزام، وعلى باقي الشروط المشروعة الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية. إذ إن الطرفين بموجب هذا الفصل، هما من يحدد العناصر الأساسية وباقي الشروط المشروعة ليتفقا بخصوصها، إعمالا للمبدأ المنصوص عليه في الفصل 230 ق.ل.ع الذي ينص على أن "الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة إلى منشئيها، ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا أو في الحالات المنصوص عليها في القانون".

وقد يحدث أيضا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، أن يُضَمن العارض رسالته الإلكترونية، بمختلف الشروط الأساسية لإبرام العقد، فيقوم المرسل إليه بإرسال أخرى تتضمن قبوله بهذه الشروط، ولكنه يختلف مع صاحب العرض في بعض المسائل التفصيلية، كطريقة الأداء مثلا.

الحالة نفسها قد تتكرر، إذا ما تم التعاقد من خلال التفاعل المباشر، حيث يتفق الأطراف على الشروط الجوهرية ويرجئان الاتفاق على الشروط التفصيلية. هنا لا ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية تطبيقا لمقتضيات الفصل 20 ق.ل.ع الذي نص على أنه "لا يكون العقد تاما إذا احتفظ المتعاقدان صراحة بشروط معينة لكي تكون موضوعا لاتفاق لاحق، وما وقع عليه الاتفاق من شرط أو شروط والحالة هذه، لا يترتب عليه التزام ولو حررت مقدمات الاتفاق كتابة".

وهذا عكس ما ذهب إليه المشرع المصري في المادة 95 من القانون المدني، والتي نصت على أنه "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد، واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد، ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند الاتفاق عليها، اعتبر العقد قد تم. فإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة". كأن يختلف المتعاقدات حول وسيلة الأداء، بأن يفضل صاحب العرض أن يتم الوفاء بواسطة النقود الإلكترونية، بينما يرى القابل أن يتم ذلك من خلال التحويل البنكي. فمثل هذه الاختلافات حول أمور ثانوية، يتم الاتفاق عليها فيما بعد.

المشرع الأردني أيضا، أكد على ضرورة تطابق القبول بالإيجاب، إذ نصت المادة 99 من القانون المدني الأردني في الفقرة الأولى على أنه "يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب"، ويجب في القبول حتى يكون مطابقا للإيجاب أن يصدر منجزا بلا قيد أو شرط، أما إذا كان القبول مشروطا فلن ينعقد العقد[1175].

على أنه إذا لم يكن الشرط المقترن بالقبول خارجا عن العرض، فلن يمنع من التطابق بداهة، كما لو فتح شخص بريده الإلكتروني فوجد رسالة تعرض عليه شراء كتاب بسعر محدد على أن يتم التسليم خلال ثلاثة أيام، فأرسل القابل برسالة قبول يقول فيها: أقبل بشرط أن ترسلوا إلي الكتاب خلال ثلاثة أيام فقط، فهذا القبول لم يخرج عن دائرة العرض وإن كان مشروطا، وبالتالي لا يمنع من تطابقه مع العرض.

واعتبر المشرع الأردني، أن أي قبول يتضمن ما يزيد عن الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه، رفضا يتضمن إيجابا جديدا (م. 99 ق.م الأردني)، إذ من شأن ذلك أن يمنع التطابق التام، ووقتها سيتحول القبول إلى إيجاب جديد[1176]. وهذا نفسه ما أكدت عليه المادة 19 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، حيث نصت فقرتها الأولى على أنه "إذا انصرف الرد على الإيجاب إلى القبول ولكن تضمن إضافات أو تحديدات أو تعديلات يعد رفضا للإيجاب ويشكل إيجابا مقابلا".

كما تبنت الاتفاقية المذكورة معيارا للتفرقة بين المسائل الجوهرية (أو الأساسية) والمسائل التفصيلية، فحصرت المسائل الجوهرية التي يجب الاتفاق عليها في عقود البيع الدولي للبضائع، بحيث إذا اختلف الإيجاب والقبول بخصوصها، فلن يكون هناك تطابق ولن ينعقد العقد. وهذه المسائل هي: الثمن، وطريقة الدفع، وكمية ونوعية البضاعة محل العقد، ومكان وزمان التسليم، ومدى مسؤولية كل طرف إزاء الآخر وطريقة تسوية المنازعات (م. 19/3).

أما في التعاقد من خلال نماذج العقود التي تطرحها المواقع، والتي تتضمن بنودها كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية التي يراها صاحب الموقع مناسبة له، فليس أمام المتعاقد الراغب في التعاقد إلا الضغط على أيقونة أو خانة القبول في هذا العقد النموذجي، ليعبر عن قبوله بالعقد. وهنا، سيكون قبوله مطابقا للإيجاب في كافة المسائل الجوهرية والتفصيلية[1177]. ونسوق مثالا لذلك: تقدم العديد من الشركات على الإنترنت خدمات البريد الإلكترونية مجانا[1178]، وعبر مواقعها نجد عقدا نموذجيا تحدد فيه الشركة عارضة الخدمة، الشروط والبنود التي تريد من أي متعاقد معها القبول بها، ليستفيد من الخدمة المجانية التي تقدمها.

[1175] أكدت محكمة النقض الفرنسية، على أن القبول إذا كان مشروطا فإنه لا يعتد به قبولا، بل إيجابا جديدا، انظر قرارها: Cass.com, Mars 1990, J.C.P, 1990, 21583؛ وانظر للمزيد من التفاصيل حول هذه المسألة: يزيد نصير، التطابق بين القبول والإيجاب في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق الكويتية، م.س.ص. 93- 96.

[1176] يزيد نصير، م.س.ص. 99 و100.

[1177] سامح عبد الواحد التهامي، م.س.ص. 188، انظر أيضا: محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 154.

[1178] كشركة (Hotmail) و (Gmail) و (menara).

هذه الشروط المحددة سلفا لم تتم مناقشتها في مرحلة ما قبل التعاقد، بل أن المطلع عليها ليس له خيار في تعديلها، حيث وضعت هذه الشركات أسفل العقد أيقونة خاصة بالقبول، إذا ما رغب في الحصول على خدمة البريد الإلكتروني. بعبارة أخرى، ما على المطلع على الشروط والراغب في الخدمة سوى رفضها أو قبولها. وهذه الحالة الأخيرة، تعني الإذعان إلى شروط العارض جملة وتفصيلا.

هنا، تطرح أمامنا إشكالية تستدعي الوقوف عندها، وهي خاصة بالعقود التي ترتبط بالبيئة الإلكترونية، وتتمحور في مدى إضفاء صفة الإذعان على القبول المعبر عنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. فهل يمكن بعد أن قبل المتعاقد إبرام العقد، وطابق قبوله الإيجاب المعروض إلكترونيا، الرجوع عن قبوله هذا؟ **(الفقرة الثانية)**.

الفقرة الثانية: مدى توافر صفة الإذعان في القبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية

الأصل أن القبول، متى صدر مطابقا لما جاء في العرض المقترح، دون مناقشته أو التفاوض بخصوصه، وأرسلت رسالة القبول إلى العارض المهني بطريقة إلكترونية وقام هذا الأخير بالرد عليها، انعقد العقد ولا يحق بعدها لمن صدر عنه القبول التراجع عنه.

كما قد ينشأ القبول في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية من خلال العقود النموذجية، بمجرد الضغط على أيقونة القبول الموجودة على الصفحة التي تتضمن شروط العقد، فلا يكون أمام المتعاقد سوى الخضوع لهذه الشروط والقبول بها برمتها، أو رفضها جملة وتفصيلا.

وقد اختلف الفقه حول هذه المسألة، فمنهم من يرى بأن العقد المبرم عبر الموقع لا يمكن اعتباره عقد إذعان، لأنه وإن كانت الشروط العامة للعقد واردة في موقع التاجر، فلا يكون أمام المستهلك إلا أن يقبلها أو لا يتعاقد مطلقا. ولكن هناك شرطان لم يتحققا، وهما: شرط الاحتكار، وأن تكون الخدمة أو السلعة من الضروريات. ومرد موقف هذا الرأي الفقهي، أن السلع والخدمات المقدمة عبر الإنترنت، ليست في الغالب سلعا ضرورية للمستهلك، كما أن العديد من المواقع تعرض السلع والخدمات مما ينفي شرط الاحتكار[1179].

عكس هذا الاتجاه في الفقه، اتجاه آخر يعتبر العقود المبرمة بطريقة إلكترونية من خلال الموقع، عقود إذعان. وتبرير موقفه أن شروط العقد أعدت مسبقا من قبل المهني الذي وضعها على موقعه، وما على المستهلك إلا أن يقبل بهذه الشروط بالنقر على أيقونة القبول أو أن يرفضها بأن لا يقوم بالنقر عليها، كما أن فرصة التفاوض والمساومة على شروط التعاقد منعدمة[1180].

[1179] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، م.س.ص. 28.

[1180] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الالكتروني، مقال سابق، ص. 24.

فالإيجاب هنا، إيجاب عام ودائم وموجه للجمهور ولا مجال في هذه العقود للمفاوضة بين المهني والمستهلك. ولا يشترط هذا الاتجاه في الفقه، سوى عدم قدرة أحد الأطراف على التفاوض حول شروط العقد التي تم إعدادها مسبقا من قبل صاحب العرض، وبالتالي -وفق هذا الرأي- تعتبر العقود المبرمة عبر الموقع على الإنترنت، عقود إذعان[1181].

وفي نظري، هذا الرأي هو الأصوب، وذلك تماشيا مع فلسفة القوانين الحديثة الخاصة بحماية المستهلك. تلك الفلسفة التي تقيد من مبدأ سلطان الإرادة، في سبيل حماية الطرف الضعيف في العقد. ونجد تأييدا لموقفنا هذا، في المادة 7 من ظهير 5 يونيو 2000 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة[1182]، التي نصت على أنه "يحظر قيام منشآت أو مجموعة منشآت بالاستغلال التعسفي: يمكن أن يتجلى التعسف بوجه خاص في رفض البيع أو في بيوع مقيدة أو في شروط بيع تمييزية وكذا في قطع علاقات تجارية ثابتة لمجرد أن الشريك يرفض الخضوع لشروط تجارية غير مبررة. ويمكن أن يتجلى كذلك فيما يفرض بصفة مباشرة أو غير مباشرة من حد أدنى لسعر إعادة بيع منتوج أو سلعة أو تقديم خدمة أو لهامش تجاري". وهذا نفسه ما أكدت عليه المادة 48 من هذا الظهير، بأن نصت على أنه "يحظر:

- الامتناع عن بيع منتوج أو تقديم خدمة إلى المستهلك دون سبب معقول؛
- توقيف بيع منتوج على شراء كمية مفروضة أو على شراء منتوج آخر أو على تقديم خدمة أخرى في آن واحد؛
- توقيف خدمة على تقديم خدمة أخرى أو على شراء منتوج". هنا أيضا، تعتبر هذه الممارسات منافية لقانون المنافسة الحرة، حيث تعتبر باطلة وعديمة الأثر بقوة القانون (م. 9 من ظهير 5 يونيو 2000).

ورغبة في حماية المستهلك في المعاملات عموما والمعاملات الإلكترونية خصوصا، وبما أن غالبية العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تتعلق بمواد ومنتجات استهلاكية، فإن التشريعات التي نظمت هذه العقود تجعل قبول المستهلك عندئذ غير نهائي. بل أكثر من ذلك، تخول له خيار الرجوع في قبوله بشروط وقيود محددة. ومن شأن هذا الخيار أن يجعل هذا العقد غير لازم للمستهلك.

ونصت بعض التشريعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية فيما يخص العقود التي يبرمها المستهلكون عن بعد، على إعطائهم حق الرجوع عن القبول؛ مما يعني تخويل القابل حق نقض العقد بعد انعقاده وذلك خروجا عن القاعدة العامة في العقود:"العقد شريعة المتعاقدين".

[1181] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية، م.س.ص. 95؛ أسامة أحمد بدر، م.س. ص. 190 و191. وانظر أيضا في ذات السياق، عمر خالد محمد الزريقات، م.س.ص. 61.

[1182] القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.225 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000)، ج.ر.ع. 4810 الصادرة بتاريخ 2000/07/06، ص. 1941، كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 30.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.237 بتاريخ 18 من محرم 1431 (4 يناير 2010)، ج.ر.ع. 5814، الصادرة في 3 ربيع الأول 1431 (18 فبراير 2010).

فمثلا المادة 6 من التوجيهة الأوروبية رقم 7-97 نصت على أنه "يكون للمستهلك خلال سبعة أيام عمل، وبدون إبداء أي سبب أن يرجع في التعاقد إذا تعلق التعاقد بسلع أو خدمات، إلا أن المستهلك يتحمل تكاليف إعادة السلعة إلى البائع، كما تصبح هذه المدة ثلاثة أشهر إذا لم يكن المورد قد زود المستهلك بالمعلومات المطلوبة، وتحسب هذه المهلة من تاريخ تسلم السلعة (بالنسبة للسلع)، أما بالنسبة للخدمات فتبدأ هذه المدة من تاريخ انعقاد العقد". على أن هذه المادة نفسها في فقرتها الثالثة، حددت بعض الاستثناءات، يمكن إيجازها فيما يلي:

- بعض عقود تزويد الخدمات إذا ما بدأ تنفيذها،
- وتوريد السلع والخدمات إذا كان الثمن أو المقابل يجري تحديده وفقا لمؤشرات متغيرة أو كان تحديده مبنيا على تقلبات أسعار السوق،
- وكذلك برامج الحاسوب والتسجيلات السمعية والبصرية إذا جرى فض أختامها أو استعمالها.

أما في القانون الفرنسي الخاص بالاستهلاك، فنجده قد نص بموجب المادة L 126-16 على أنه بالنسبة لكل عمليات البيع عن بعد -بما فيها ما يتم عن طريق الانترنيت- "مشتري المنتج لديه مدة سبعة أيام ابتداء من يوم التسليم للسلعة التي طلبها لإعادة هذه السلعة إلى البائع بهدف التغيير أو الرد وذلك بدون نفقات باستثناء تكاليف رد المنتج". على أنه عمليا، تضمن العقد النموذجي الفرنسي أحكام الرجوع بصيغة تختلف عن تلك المقررة قانونا وذلك لمصلحة المستهلك، إذ لا يجوز النص على الانتقاص من حقوق المستهلك وجعل مدة الرجوع عن القبول هي سبعة أيام من أيام العمل، بالنسبة للسلع ابتداءا من تاريخ التسليم. أما بالنسبة للخدمات، فتحتسب من يوم انعقاد العقد، إذا كان المستهلك قد تسلم فعليا التأكيد من التاجر بما يتضمنه من معلومات بالبريد الإلكتروني.

أما القانون التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية لسنة 2000، فقد أعطى للمستهلك بموجب الفصل 30 منه حق "العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل تحتسب:

- بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك،
- بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد، ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد.

وفي هذه الحالة يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة. ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

أما بقية التشريعات العربية المنظمة للعقود والمعاملات الإلكترونية، فقد جاءت خالية من النص على مثل هذا الحق، باستثناء ما أورده مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني، الذي نص على أحكام مماثلة لما جاء في نص القانون التونسي.

ونفسه الشيء بالنسبة للتشريع المغربي المنظم للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، لم ينص على أي ما يفيد حق القابل في الرجوع عن قبوله، بينما نجد نص القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ينص بموجب المادة 36 منه، على أنه "للمستهلك أجل:

- سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع؛

- ثلاثين يوما لممارسة حقه في التراجع في حالة ما لم يف المورد بالتزامه بالتأكيد الكتابي للمعلومات المنصوص عليها في المادتين 29 و32.

وذلك دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

تسري الآجال المشار إليها في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات.

تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين 38 و42".

وقد تضمنت المواد من 36 إلى 38 من القانون السالف الذكر، الإجراءات الخاصة بممارسة حق الرجوع، ومن ذلك: حق المستهلك في استرداد المبلغ المدفوع على الفور، وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور، تترتب، بقوة القانون، على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به (م. 37).

كما وضعت المادة 38 من القانون رقم 08-31، استثناءات عن ممارسة حق الرجوع، وذلك إذا ما اتفق الطرفان على خلاف ذلك فيما يتعلق ببعض الخدمات التي شرع في تنفيذها وذلك قبل أجل السبعة أيام كاملة؛ حالة التزويد بالمنتوجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها، أو تعريفتها رهينا بتقلبات أسعار السوق المالية. أيضا حالة التزويد بسلع مصنوعة خصيصا وفق مواصفات المستهلك،أو معدة له خصيصا، أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها، أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف. وأيضا حالة التزويد بتسجيلات سمعية، أو بصرية، أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك، هذا إضافة إلى التزويد بالجرائد، أو الدوريات، أو المجلات.

من خلال كل ما سبق لنا عرضه، نخلص على أن القبول المعبر عنه إلكترونيا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، لا يختلف عن القبول في العقود التقليدية من حيث مفهومه وشروطه التي تميزه عن القبول في العقود العادية بالنسبة للكثير من التشريعات العربية المقارنة. أما في التشريع المغربي والفرنسي، فله خواص وشروط تختلف عن القبول المعبر عنه بطريقة عادية.

كما رأينا أن العقد المبرم عبر صفحات الويب لا يعطي للقابل حق مناقشة بنوده أو شروطه، بل لا يكون أمامه سوى الإذعان لها كما هي، إذا ما أراد التعاقد. وتطرقنا أيضا، إلى مختلف صور التعبير عن القبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ووقفنا على مختلف الإشكالات القانونية التي يطرحها القبول المعبر عنه إلكترونيا.

على أن هناك حالات خاصة تتعلق بالقبول المعبر عنه إلكترونيا، تظل من الاشكالات القانونية الهامة في موضوع القبول، ويتعلق الأمر بحالات خاصة مرتبطة بالطرف المعبر عن قبوله بطريقة إلكترونية. وهذا ما سنتطرق إليه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني

حالات خاصة بالقبول المعبر عنه إلكترونيا

يطرح القبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية، إشكاليتين هامتين، وتتعلق الأولى منهما: بحالة أهلية أو موت أحد الطرفين المتعاقدين. على أن القبول قد يصدر عن الشخص الطبيعي الذي وجه إليه العرض، كما قد يكون صادرا عن نظام معلوماتي مؤتمت يمثل الطرف المتعاقد الآخر، مما يجعلنا نتساءل عن الحالة الخاصة بالقبول والمرتبطة بشخص المتعاقد، وكذا حالة القبول الصادر من جهاز إلكتروني مؤتمت (**المطلب الأول**).

ولأن القبول يجب أن يأتي واضحا من جهة قابله، نتساءل عن حالة سكوت من وجه إليه العرض ولم يرد بالموافقة أو الرفض (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

حالات خاصة بالقبول مرتبطة بشخص المتعاقد

إن موت أحد المتعاقدين أو تعرض أهليته لعارض من عوارض الأهلية، يخلق مشاكل جمة حين إبرام العقد عموما، والعقد المبرم بطريقة إلكترونية على الوجه الخصوص؛ مما شكل خلافا لدى الفقهاء القانونيين.

وما زاد الأمر تعقيدا أن المشرع المغربي ترك المسألة للقواعد العامة، فقد يصدر القبول بالإيجاب المعبر عنه إلكترونيا، ولكن يتضح أنه صادر من شخص فقد أهليته أو توفي، فما العمل في مثل هذه الحالات؟، وماذا عن القبول الصادر من نظام معلوماتي؟. هذا ما سنتطرق إليه من خلال **فقرتين**، نخصص **الأولى** لدراسة حالة الموت أو فقد الأهلية بالنسبة لأحد طرفي العقد، أما **الفقرة الثانية** فسأتعرض من خلالها للبحث في القبول الصادر عن نظام معلوماتي مؤتمت.

الفقرة الأولى: حالة الموت أو فقد الأهلية بالنسبة لأحد الطرفين المتعاقدين

لبحث هذه المسألة، نطرح الافتراض التالي: وجه شخص عبر الإنترنت عرضا للجمهور أو لشخص محدد، يعرض فيه خدماته أو منتجات للبيع، ثم مات صاحب العرض أو فقد أهليته، فهل يسقط عرضه؟. وماذا لو أن القابل توفي بعد تعبيره عن القبول بالعرض، ولم يعلم صاحب العرض عند وصول القبول بموت القابل أو فقد أهليته؟.

للإجابة على هذا الافتراض نميز بين الحالات التالية: الأولى، وتتعلق بصاحب العرض (**أولا**). أما الثانية، فتتعلق بأثر الموت أو فقد الأهلية على من وجه إليه العرض الإلكتروني (**ثانيا**). وأما الثالثة، فتخص القبول الصادر من القاصر (**ثالثا**).

أولا: أثر الموت أو فقد الأهلية على العارض المهني الإلكتروني

إذا ما مات أو فقد المتعاقد أهليته بعد صدور العرض الإلكتروني، وقبل صدور قبول به، فإن مصير العرض يتنازعه موقفان فقهيان:

الاتجاه الأول، اعتبر أن وفاة صاحب العرض أو فقده لأهليته وإن لم تؤد إلى سقوط الإيجاب، إلا أنها تمنع من انعقاد العقد، لأن التعاقد لا يتم إلا بوصول القبول إلى علم صاحب العرض بعد موته أو فقده أهليته[1183]. ولنفترض أن شخصا أرسل رسالة إلكترونية لآخر يعرض عليه خدماته أو سلعا للبيع، ثم مات صاحب العرض أو فقد أهليته قبل وصول تعبيره إلى هذا الشخص. فبالرغم من أن الموت أو فقد الأهلية لا تؤثر على العرض إذ يبقى هذا الأخير منتجا لأثره فإن التعاقد لن يتم، لأنه لم يتصل بعد بعلم من وجه إليه. بذلك نكون أمام إيجاب صحيح ولكنه لن يقترن به قبول، فيظل عديم الأثر[1184].

أما الاتجاه الثاني، فرأى وجوب التفرقة بين نوعين من العروض:

من جهة، العرض غير الملزم. وفي هذه الحالة، يسقط هذا الأخير بموت الموجب أو فقد أهليته قبل حصول القبول. وبذلك يستطيع الرجوع عن عرضه في أي وقت شاء، مادام لم يقترن بعد بالقبول، وبالتالي إذا مات أو فقد أهليته فعرضه يسقط حكما.

ومن جهة ثانية، بين العرض الملزم، وهنا يبقى العارض خلال المدة التي حددها صراحة لصدور القبول ملزما بتنفيذ العقد. فإذا مات أو فقد أهليته قبل انقضاء المدة، وقبل حصول القبول، فإن ذلك لا يؤثر على العرض ولا يؤدي إلى سقوطه، حيث ينفذ الالتزام من قبل ورثته أو من قبل الوصي أو القيم بحسب واقع الحال[1185]. أما إذا مات العارض أو فقد أهليته في الفترة المحددة لصدور القبول، وكان هذا الأخير لم يصدر بعد، فإن هناك من الفقه من رأى أن العرض يبقى قائما ولكنه موقوف على إجازة الورثة أو القيم أو الوصي[1186].

بينما بعض آخر من الفقه، رأى أنه إذا توفي العارض أو فقد أهليته بعد صدور العرض مباشرة أو بعد اتصاله بالموجب له، فإن التعاقد لا يتم طالما لا يعلم العارض بالقبول، إذ يتعلق العرض بصاحبه بصورة خاصة، وقد لا يكون في استمراره مصلحة للورثة[1187].

وفي اعتقادي الخاص، إذا توفي العارض أو فقد أهليته بعد أن عبر عن قبوله داخل الأجل الذي حدده العارض في عرضه الإلكتروني، وقبل علم القابل بالوفاة أو بفقد الأهلية، فإن العرض يظل ساريا وقائما قانونا.

[1183] هبه ثامر محمود عبد الله، م.س.ص. 221.

[1184] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 191.

[1185] بشار محمود دودين، م.س.ص. 148 و149.

[1186] المرجع السابق، ص. 149.

[1187] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 193.

أما إذا حدثت الوفاة أو فقد الأهلية خلال الفترة المحددة في العرض، وعلم القابل بواقعة الوفاة أو فقد الأهلية وعبر عن قبوله مع ذلك، فإن العرض يسقط، لأن الإيجاب يتعلق بصاحب العرض وحده مادام القابل عبر عن القبول وهو على علم بواقعة الوفاة أو فقد الأهلية. أيضا، في حالة حدوث الوفاة أو فقد الأهلية داخل الأجل المحدد في العرض الإلكتروني، وقبل علم صاحبه بقبول من وجه إليه العرض، يسقط العرض أيضا لعدم اتصال العلم بصاحب العرض.

ثانيا: أثر الموت أو فقد الأهلية على من وجه إليه العرض الإلكتروني

نميز بهذا الخصوص، بين مذهبين من الفقهاء:

المذهب الأول، وفرق بين حالتين هما:

- حالة الإيجاب (العرض) الملزم، وطرأت وفاة القابل أو فقد أهليته خلال المدة التي حددها العارض لصدور القبول ولم يصدر هذا الأخير بعد. في هذه الحالة، اعتبر بعض الفقه أن الوارث أو الوصي أو القيم يحل محل القابل، أي أن العرض يظل قائما.

- وحالة الإيجاب (العرض) الموجه إلى القابل لكنه غير ملزم، وفي هذه الحالة لا تثار أي مشكلة، إذ باستطاعة الموجب أن يرجع عن عرضه[1188].

أما المذهب الثاني فقد ذهب إلى القول، أنه إذا توفي القابل الذي صدر منه التعبير بالقبول أو فقد أهليته، فإن الأمر يتطلب التمييز بين حالتين:

- **الأولى** وتتعلق بوفاة القابل أو فقده للأهلية قبل علمه بالإيجاب، في هذه الحالة يسقط العرض، ولن يترتب أثره بسبب عدم توافر شروط وجوده القانوني، لأن علم القابل بالعرض يعد عنصرا أساسيا في التعبير عن القبول، وبموته أو فقده للأهلية لا ينشأ أي حق له في القبول حيث ينتقل إلى ورثته أو القيم عليهم - سواء كان وليا أو وصيا - وبالتالي لا ينعقد العقد.

ويرى البعض من الفقه، أن العرض يسقط في هذه الحالة بقوة القانون، مادام قد صدر لشخص حي، والحال أنه قد توفي قبل صدور القبول منه، فالعرض ينقضي ويعد كأنه لم يكن. فصاحب العرض لم يقصد أن يوجه عرضه إلى ميت، أو إلى ورثته أو إلى فاقد للأهلية أو للقيم عليه، وبالتالي لا يمكن أن يكون العرض صالحا لكي يقترن به القبول[1189].

- أما **الحالة الثانية**، فتتعلق بوفاة القابل أو فقده لأهليته بعد علمه بالعرض. هنا يكون العرض قد استكمل وجوده القانوني وينتقل حق القبول إلى الورثة، فيتم التعاقد عندئذ باتصال قبول الورثة أو القيم بعلم صاحب العرض، مع ضرورة الإشارة إلى ما إذا كانت شخصية القابل محل اعتبار عند صاحب العرض في العقد أم لا.

[1188] عبد المجيد الحكيم، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول في مصادر الالتزام والمجلد الأول في العقد، القسم الأول: التراضي. بدون جهة النشر، عمان، ط. 1 أشار إليه بشار محمود دودين، م.س.ص. 150، الهامش رقم 1.

[1189] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 193.

فإذا كانت كذلك، فالعرض لا ينتج أثره بسبب الوفاة أو فقد الأهلية. هذا وقد ذهب البعض من الفقهاء، إلى القول أن العرض يسقط بوفاة القابل أو فقده للأهلية في جميع الأحوال ودون النظر إلى أي اعتبار آخر، ولا ينتقل للورثة الحق في خيار القبول[1190].

يتضح مما سبق أن تطرقنا إليه، أن مشكلة الموت أو فقد الأهلية، من الأخطار التي تواجه التعاقد عموما و التعاقدات بطريقة إلكترونية على وجه الخصوص، حيث لا يعرف الأطراف بعضهم البعض، ولا يتواصلون سوى عبر المواقع أو الرسائل الإلكترونية، مما يجعل واقعة الوفاة أو فقد الأهلية من أي من الطرفين، مستحيل العلم به في معظم الأحوال.

وحري بالمشرع المغربي، أن يضع أحكاما خاصة بهذا الإشكال بالنسبة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إذ ينعدم في هذه الأخيرة الوجود المادي لأطرافها. بالتالي، التعاقد تحت أعين المتعاقدين، من شأنه أن يدلل الكثير من الصعاب، ومنها مشكلة التعاقد مع قاصر على الإنترنت.

ثالثا: حالة القبول الصادر عن القاصر

إذا كان الحضور المادي للأطراف، يتيح التحقق المباشر من أهلية وصفة المتعاقد الآخر بحيث لا تطرح مسألة التعاقد مع مجهول الصفة والهوية، بل والتواجد أيضا، فإنه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية قد يبرم بين شخصين طبيعيين كما يحتمل أن يكون الطرف القابل قاصرا. وبهذا الخصوص، تلجأ الكثير من الشركات على الإنترنت إلى وضع تحذيرات على مواقعها تطلب فيها عدم الدخول، إلا لمن يبلغ سن الأهلية القانونية، وقد تطلب الكشف عن الهوية الحقيقية وعن السن بملء استمارة نموذجية تتضمن كل المعلومات الخاصة عن الشخص. فإذا ما تبين عدم أهلية الشخص، فلا يسمح له بدخول الموقع وبالتالي لن يتمكن من إبرام العقد من لم يبلغ سن الرشد[1191]. لكن، ماذا لو أن من أبدى رغبته في التعاقد، قد أدلى ببيانات كاذبة عن أهليته القانونية من أجل إبرام التعاقد؟.

الأصل، أن العقود التي يبرمها القاصر باطلة أو قابلة للإبطال لمصلحته. ولكن، نجد أن القضاء في فرنسا حد من حدة هذا المبدأ، بمفهومين قانونين: المفهوم الأول، هو مفهوم "عقد الحياة اليومية"، والذي يسمح للقاصر بمقتضاه التصرف بمفرده. ويمكن أن يغطي كل ما يخص الاستهلاك اليومي، كبرامج معالجة المعلومات والألعاب التي يستطيع أن يحصل عليها عن طريق الإنترنت. أما المفهوم الثاني، هو مفهوم "التوكيل الضمني"، حيث يعتبر القاصر كمفوض من والديه[1192].

[1190] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 194.

[1191] عبد الله الخرشوم، مقال سابق، ص. 27 وما بعدها.

[1192] Torrès Ch. Op.cit. p. 68.

وقد نظر القضاء الفرنسي في قضية تتعلق ببائع عن طريق المراسلة، لمبيعات ذات قيمة مالية ضئيلة مخصصة للأطفال، وقد قضى أن له -في حالة عملية طلب قام بها قاصر- أن يطلب توكيلا واضحا، ضمنيا أو شفهيا عن والدي هذا القاصر. إذ اللجوء إلى نظرية "التوكيل الضمني"، يسمح فقط للشركة التي تبيع عن طريق الإنترنت، بالرجوع مباشرة على والدي القاصر، ذلك أن المفترض أنهما قادران على الوفاء بالدين[1193].

أما القضاء الإنجليزي، فيفرق بين حالتين: الأولى وهي العقود البسيطة التي يبرمها القاصر عبر شبكة الإنترنت، مثل: شراء الكتب أو الأسطوانات والأطعمة وغيرها من السلع، ولا يجوز الحكم بإبطالها. أما الثانية، وهي العقود ذات القيمة الكبيرة، مثل: السيارات والعقارات وغيرها، فتخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود لمصلحة القاصر، حتى ولو تضرر التاجر أو المتعاقد مع القاصر انصياعا لأحكام النظام العام[1194].

على أن في ذلك حيفا في حق التاجر، لأن اختلاف دولة القاصر عن دولة التاجر وصعوبة التعرف على مكان إبرام العقد بسبب إخفاء دولة الأصل عن طريق سلسلة من العناوين، يتعذر معها فحص العنوان كوسيلة تحقق أولى. لكن هذا لا يمنع من أن تتأكد المحكمة المثار أمامها النزاع من أن التاجر قد بذل عناية الرجل المعتاد في التحري عن عنوان المشتري، وأن هذا الأخير هو من قام وعن قصد وبسوء نية، بإخفاء شخصيته الحقيقية وعنوانه، ليعد مرتكبا لجريمة التدليس. كما ويصعب رفع دعوى التعويض من طرف التاجر، ودعوى الإبطال من طرف القاصر، لما في ذلك من مشقة وكلفة[1195].

على أن اختلاف دولة القاصر عن دولة التاجر، واشتراط هذا الأخير في كثير من عمليات البيع التي تجري عبر الإنترنت، تسديد الثمن قبل إرسال البضاعة عن طريق بطاقة الائتمان وغيرها من شأنه أن يجعل من المتعذر رفع دعوى الإبطال في دولة التاجر، لما يتكلفه ذلك من مشقة وكلفة على القاصر. فعلى هذا الأخير، الانتقال إلى دولة التاجر لمقاضاته وفقا لقواعد المرافعات[1196].

بذلك، على المتعاملين بطريقة إلكترونية -خاصة على شبكة الإنترنت باعتبارها الوسيلة الأكثر استعمالا لإبرام المعاملات بطريقة إلكترونية- وضع شروط تسمح بالتحقق من سن المتعاقد الآخر وأهليته، بحيث إذا ما ارتكب القاصر غشا أو تدليسا، يجوز للمتعاقد الآخر معه حق إبطال العقد ومطالبته بالتعويض.

[1193] T.G.I, de Nîmes, 29 Juin 1982, D. 1983. Juris, p. 13, note J. Pansier. V. aussi, Torrès ch., Op.cit. p. 69.

[1194] سمير برهان، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات"، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، الفترة من 12- 13 يناير 2002، ص. 14.

[1195] صليحة حاجي، الوفاء الرقمي، أطروحة سابقة، ص. 35.

[1196] سمير برهان، المقال السابق، ص. 14.

وقد أمكن التغلب على مسألة التحقق من أهلية المتعاقد لإبرام العقد بطريقة إلكترونية بالعديد من الطرق، منها: بطاقات الائتمان وإلزام القابل بتسجيل بيانات معينة تكشف عن هويته، مثل "اسم المستخدم" و"كلمة المرور". وأيضا، من خلال اللجوء إلى جهات متخصصة في المراقبة ويطلق عليها "جهات التصديق أو التوثيق". وهي عبارة عن طرف ثالث في العملية التعاقدية، يتصف بالحياد ويسند إليه ضمان صحة التعاملات، مع ما تتضمنه من بيانات لطرفي العقد، حيث يتولى تحديد هوية الأطراف المتعاقدة، وتوثيق أهليتهما القانونية من خلال إصداره لشهادات تثبت ذلك[1197].

بعد أن تطرقنا إلى القبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية من شخص طبيعي، نتساءل، هل يمكن تصور قبول صادر من آلة أو برنامج معلوماتي ؟. هذا ما سنبحثه من خلال **الفقرة الثانية**.

الفقرة الثانية: القبول الصادر عن نظام معلوماتي مؤتمت

سبق لنا أن تطرقنا إلى تعريف المعاملات الإلكترونية المؤتمتة، وقلنا بأنها تلك المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات، خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي، كما في السياق العادي لإنشاء وتنفيذ العقود والمعاملات[1198]. وهي لا تقبل التدخل البشري، وإنما تتم من خلال برامج إلكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة معينة. وهذه البرامج مزودة بمعلومات ومهيأة للقيام بما هو مسند إليها، بمجرد تلقي الأوامر بذلك. بمعنى، أنها تحول الإجراء الإداري بمعرفة الإنسان، إلى إجراء إلكتروني-دون تدخله- وبمجرد أن يصدر لها أمرا بذلك[1199].

هنا نتساءل، هل إذا ما أبرم العقد نظام إلكتروني مؤتمت وصدر عنه قبول تطابق والعرض المقترح، يكون العقد مبرما نهائيا؟، أم من حق صاحب النظام الطعن في العقد الذي أبرمه نظامه الإلكتروني مع شخص ما، بدعوى أن بالنظام خلل أو عطل تقني ؟.

لقد أجمعت الكثير من القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية، أن التعاقد صحيح ومنتج لكافة آثاره القانونية، كأنه تصرف تم بين أشخاص طبيعيين[1200]. وقد اعتبرت بعض التشريعات العربية الوسيط الإلكتروني نائبا عن المنشئ أو يعمل بواسطته، كالقانون الأردني والبحريني. فهل يعد هذا شكلا من أشكال الوكالة أو النيابة في التعاقد، ويكون بذلك العقد صحيحا ومنتجا لآثاره ؟.

نجيب هنا، بأن الوكيل الإلكتروني لا إرادة له. بمعنى، لا دخل له في إبرام العقد، فهو ليس سوى برنامج معلوماتي مثبت على ذاكرة الحاسوب أو أية وسيلة إلكترونية أخرى، واستخدم لإجراء التصرف أو للاستجابة لتصرفات إلكترونية -كليا أو جزئيا- بدون مراجعة أو تدخل من أي فرد في وقت التصرف.

[1197] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني، مقال سابق، ص. 55. انظر أيضا، عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 186.

[1198] عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007، ص. 175.

[1199] خالد المهيري، التجارة الإلكترونية في الإمارات العربية المتحدة معهد القانون الدولي، بدون سنة النشر، ص. 260.

[1200] حسب م. 12 من قانون التجارة الإلكترونية الاتحادي الإماراتي؛ م. 1 من القانون البحريني

فالإرادة هنا لا يمكن إصباغها على الآلة المبرمجة، فهي مجرد آلة فقط. ويمكن أن ننعتها بالرسول الإلكتروني[1201]، مادام دوره ينحصر في نقل التعبير عن الإرادة ما بين الأطراف المتعاقدة، وما حصل هو إعداد هذه الإرادة مسبقا، ويتم التعبير عنها آليا، كلما لزم الأمر ذلك.

وقد ذهب بعض من الفقه، إلى منح الوكيل الإلكتروني، الشخصية القانونية وما يتبعها من أهلية قانونية وصلاحية إبرام العقود. مما يؤدي إلى اعتبار الجهاز الإلكتروني (من حاسوب وبرامج إلكترونية)، بمثابة الشخص القانوني المتمتع بأهلية إبرام العقود. كما اعتبر هذا الموقف في الفقه، الجهاز أو الآلة الإلكترونية التي تم التعاقد بواسطتها، أداة أو وسيلة اتصال فيما بين الأطراف المتعاقدة، ومن الخطإ القول بأن الحاسوب أبرم عقدا، بل يجب القول، بأن المتعاقد أبرم عقدا مستخدما الحاسوب.

فوفق هذا الرأي، الآلة الإلكترونية لم تقبل، لكنها نقلت إرادة القابل فقط إلى الطرف المتعاقد الآخر.[1202] لكن انتقد هذا الموقف، نظرا لأن التعاقد بواسطة جهاز إلكتروني، يؤدي إلى تحميل المتعاقد تبعة هذا التعامل من غلطات الحساب، وعيوب وأخطاء أخرى في برمجة وتشغيل البرامج الإلكترونية، والتي تقوم بعملية التعاقد؛ بذلك ما يصدر من الجهاز يعد كأنه صدر من المتعاقد نفسه مباشرة[1203].

بينما اعتبر موقف آخر في الفقه، بأن الجهاز الإلكتروني بمثابة نائب عن المتعاقدين أوكلاهما، يتعامل باسمه ولحسابه، مما يعني أنه هو من يقوم بعملية التعاقد نيابة عن المتعاقد[1204]. ويضيف أصحاب هذا الرأي، أن تطبيق أحكام النيابة، يتم في حدود ما لا يتعارض وطبيعة الآلة. فتستعبد مثلا القواعد الخاصة بمسؤولية الوكيل قبل موكله، وواجب الأمانة الذي يجب أن يتحلى به الوكيل.

على أن هذه الصور التي تطرقنا إليها، ليست الوحيدة ضمن الحالات الخاصة بالقبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية. فقد تطرح مسألة سكوت المتعاقد الآخر إشكاليات عدة حين إبرام هذا العقد، مما يجعلنا نتساءل عن مدى اعتبار السكوت قبولا، في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية **(المطلب الثاني)**.

[1201] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 174.

[1202] Tome Allen - Robin Widdison, Can computers make contracts?, Harvard Journal of Law and technology, 9-1, 1996, p. 23.

أشار إلى هذا المرجع، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية...، م.س.ص. 177، الهامش رقم: 67.

[1203] Lionel Thoumyre, Article précité, site précité.

[1204] John Fisher, Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2, Indiana, journal, 72, 1997.

أشار إليه إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية، م.س.ص. 79، الهامش رقم 70.

المطلب الثاني
مدى اعتبار السكوت قبولا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

إن السكوت كأصل عام، لا يعبر عن القبول، متى كان هذا السكوت مجردا[1205]. فمجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب (العرض) لا يعد قبولا، لذلك فإن من يتسلم رسالة إلكترونية عبر الشبكة تتضمن إيجابا، ونُص فيها على أنه إذا لم يتم الرد على هذا العرض خلال مدة معينة اعتبر قبولا؛ يستطيع ألا يعير اهتماما لمثل هذه الرسالة، نظرا لكثرة الرسائل التي ترد على البريد الإلكتروني وبالتالي يصعب الرد عليها كلها[1206].

وفي ظل غياب نص يحكم هذه المسألة، نتساءل: هل نعود إلى القواعد العامة لتطبيقها على حالة السكوت في التعبير عن القبول في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية ؟.

سنجيب عن هذه الإشكالية، من خلال الوقوف على العديد من الآراء الفقهية والتي أثارت هذه المسألة بشكل كبير، خاصة في ظل غياب تنظيم لها من التشريعات الخاصة بهذه العقود مقارنة والقواعد العامة المنظمة للعقود عموما، والتي تقر حكما تكاد تجمع عليه معظم القوانين العربية (**الفقرة الأولى**). هذا دون أن نغفل التعرف على موقف التشريعات من السكوت في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: المواقف الفقهية من مسألة السكوت عن الرد بالقبول إلكترونيا

الواقع، أنه لا يمكننا الرجوع إلى القواعد العامة، إذ أن صياغة الفصل 2-65 ق.ل.ع جاءت صريحة بنصها، على عدم سريان أحكام الفصول من 23 إلى 30 من ق.ل.ع على هذا النوع من العقود. والحال أن مقتضيات الفصل 25 ق.ل.ع تضمنت أحكام الرد بالقبول، حينما يكون غير مطلوب من الموجب أو لا يقتضيه العرف التجاري.

وتطرق ايضا، الفصل المذكور، إلى حالة السكوت عن الرد والذي اعتبره المشرع -وفق القواعد العامة في العقود- بمثابة قبول، إذا تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بدأت فعلا بين الطرفين.

لكن هذه المقتضيات خاصة بالعقود عموما، باستثناء العقود المبرمة في شكل إلكتروني، والتي استثناها المشرع المغربي من المقتضيات العامة بأحكام خاصة. فما الحل القانوني الذي يمكن الأخذ به في حالة السكوت عن الرد بالقبول ؟.

في غياب نص قانوني صريح، نحاول وضع تصور للمسألة، والقول بأن السكوت عن الرد بالقبول، لا يمكن اعتباره في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية بمثابة رد بالقبول، أو حتى قبولا. فقد يكون سبب السكوت راجعا إلى عطل تقني في الجهاز، أو في برنامج البريد الإلكتروني لمن وجه إليه العرض (الإيجاب)؛ بذلك "لا ينسب لساكت قول".

[1205] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 207؛ مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 299.

[1206] Beaure d'augères, et autres, Op.cit.p. 107 et s.

ولا يمكن أن نتصور وضع استثناء بخصوص العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بأن نعتبر المعاملات السابقة كافية للقول بأن عدم الرد بالقبول، يعبر عن قبول ضمني لوجود معاملات إلكترونية سابقة بين الطرفين. ففرض التعاقد السابق لا يكفي -من وجهة نظري- في التعاقد بواسطة الوسائل الإلكترونية ولا بأي حال من الأحوال، إذ أن المتعاقدين وإن كانت تربطهم معاملات سابقة، لا يمكن فيها فرض التعاقد على الآخر، الذي قد لا يرغب في إجراء معاملات أخرى مع نفس المورد.

هناك من الفقه، من رفض اعتبار سكوت من وجه إليه العرض بمثابة قبول، وإن كانت هناك معاملات سابقة[1207]. بينما موقف فقهي آخر، يرى بأن السكوت لا يمكن اعتباره قبولا في التعاقد الذي يتم عبر الإنترنت، إلا في حالة واحدة فقط، وهي حالة التعاقدات التي تتم بين التجار وبشرط وجود تعامل سابق بين الطرفين وأن يتصل الإيجاب بهذا التعامل السابق، مثل أن يقوم تاجر بتوريد بضاعة لتاجر آخر وتنتهي الكمية المتفق عليها فيرسل له رسالة إلكترونية يعرض عليه تجديد العقد لكمية أخرى مماثلة، فسكوت الموجب له يعد قبولا في هذه الحالة[1208].

ولا نؤيد هذا الموقف الفقهي الذي يعتبر السكوت قبولا، إلا في حالة واحدة، وهي حالة وجود اتفاق سابق ومتكرر بين الطرفين[1209]، إذ يتعين على القابل بطريقة إلكترونية أن يعبر عن قبوله إلكترونيا، بحيث لا يكفي الرد فقط، بل لا بد من تأكيد الموافقة؛ وعليه مبدئيا، لا يكفي السكوت في العقد الإلكتروني[1210].

بينما يعتبر بعض آخر من الفقه[1211]، أن مسألة اعتبار السكوت قبولا في التعاقد عبر الإنترنت، أمر محفوف بالمخاطر. لأن السكوت قد يكون ناتجا عن خطأ فني، في عدم القدرة على إرسال بريد إلكتروني. وقد يكون هناك خلل في البريد الإلكتروني الخاص بالموجب له، فلا يستطيع أن يقوم بإرسال رسالة إلكترونية لرفض الإيجاب، أو يكون هناك خلل في اتصال الحاسوب الخاص به بشبكة الإنترنت.

[1207] سلطان عبد الله محمود الجواري، م.س.ص. 64. وانظر أيضا، فادي محمد عماد الدين توكل، م.س.ص. 93. الصالحين محمد العيش، م.س.ص. 126 و127.

[1208] L. Archambault, Op.cit, p. 56.

وانظر في ذات السياق، نزيه الصادق المهدي، انعقاد العقد الالكتروني، بحث سابق، ص. 232.

[1209] سامح عبد الواحد التهامي، م.س.ص. 182؛ هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 208؛ وأيضا إلياس ناصيف، م.س.ص. 102. يحيى يوسف فلاح حسن، م.س.ص. 54.

[1210] المختار بن أحمد العطار، م.س.ص. 31.

[1211] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنيت، م.س.ص. 82؛ محمد حسين منصور، م.س.ص. 70 و71؛ مولود قارة، م.س.ص. 22؛ مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 141.

الفقرة الثانية: رصد التوجهات التشريعية من مسألة السكوت في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

يبدو أن التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، سارت في اتجاه عدم كفاية السكوت كتعبير عن القبول. فالمادة 26 من تشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، نصت على أنه "يحجر على البائع تسليم منتج مشروط بطلب دفع لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك وفي حالة تسليم منتج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية لا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعره أو كلفة تسليمه". كما نصت المادة 27 من نفس التشريع على أنه "يتعين على البائع قبل إبرام العقد، تمكين المستهلك من المراجعة النهائية لجميع اختياراته وتمكينه من إقرار الطلبية أو تغييرها حسب إرادته وكذلك الإطلاع على شهادة المصادقة الإلكترونية المتعلقة بإمضائه".

وتجدر الإشارة، إلى أن اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، لا تعتبر السكوت تعبيرا عن القبول وذلك بموجب المادة 18. فالنص يمكن أن يعني بأن السكوت بذاته، ولو لم يكن قبولا، ولكنه يفيد هذا المعنى إذا ما وقع في ظروف أو لابسته أوصاف يمكن افتراضه كالقبول، كما لو تم تعامل سابق بينهما أو جرى العرف على ذلك[1212].

بذلك يمكن القول، أنه حتى في حالة العقود التي تتم بين التجار أو المؤسسات التجارية فيما بينها، قد لا يكفي السكوت تعبيرا عن القبول، بحيث يشترط لاعتباره قبولا، أن تدل على ذلك ظروف المعاملات بشكل مرجح، كوجود مفاوضات سابقة بين الأطراف مثلا.

هناك تشريعات أخرى، وإن كانت وضعت تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية، فإنها تركت القواعد العامة تحكم العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، كالمشرع الأردني الذي اعتبر بخصوص هذه المسألة أنه "لا ينسب لساكت قول" (م. 95 فق. 1 ق.م الأردني).

وقد أخذ المشرع الأردني باستثناء على القاعدة التي أوردها في الفقرة الأولى من المادة 95 فجاء في شقها الثاني: "... ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولا". وجاء في الفقرة الثانية من نفس المادة: "ويعتبر السكوت قبولا بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه"[1213].

ويشير المشرع المدني الأردني، إلى حالتين يعتبر فيهما السكوت قبولا:

الحالة الأولى: وهي حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين وكان الإيجاب الجديد معلقا بهذا التعامل، هنا يعتبر هذا السكوت قبولا له. ويمكن تصور هذه الحالة في شبكة الإنترنت، من خلال الاعتياد على التعامل بين موقع إلكتروني وأي من عملائه. فإذا أرسل موقع إلكتروني إلى أحد عملائه إيجابا يعرض فيه تزويده بسلع أو بخدمات اعتاد الموقع على تزويده بها ولم يبدر من العميل أي رفض، يمكن للموقع اعتباره قابلا، لوجود تعامل سابق بهذا الخصوص.

[1212] طالب حسن موسى، م.س.ص. 113.

[1213] يقابل هذه المادة، م. 98 مدني مصري.

أما الحالة الثانية: وتتعلق بحالة تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، وسكت عنه. هنا، يعتبر سكوته قبولا. ويرى البعض من الفقه، بأن هذه الحالة تتضمن عملا من أعمال التبرع، وبالتالي فهي فرض غير مألوف على شبكة الإنترنت[1214].

بينما يرى بعض آخر من الفقه، أن الحالتين السالف ذكرهما لم تردا في التشريع الأردني على سبيل الحصر، بل على سبيل المثال فقط، إذ قد توجد حالات أخرى يعتبر فيها السكوت قبولا. ويعتبر هذا الموقف الفقهي، أنه لا يوجد ما يمنع من قياس هذه الحالات، على القبول بالسكوت في شبكة الإنترنت، إذا وجدت مؤشرات قوية تدل على أن الموجب له قد قبل الإيجاب[1215].

ومن وجهة نظري، هذا الموقف منطقي وحري بالتطبيق، إذا ما تعلق الأمر بمعاملات إلكترونية سابقة ومستقرة بين طرفي العقد.

أما القانون المدني المصري، فاعتبر هو أيضا السكوت قبولا -على سبيل الاستثناء- في عدة حالات، وهي: "1- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب.

2- ويعتبر السكوت عن الرد قبولا، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه".

وبذلك يُؤوَّل سكوت الموجب له عن الرد، على أنه قبول في الحالات المنصوص عليها في القانون المدني، خاصة إذا كان العرض يتعلق بتعامل سابق. ومعنى اتصال الإيجاب بتعامل سابق، أن يكون الإيجاب تكرارا لايجابات سابقة، التزم المخاطب إزاءها بالصمت، وكان صمته قبولا.

ولا يختلف الأمر كثيرا عما استقر عليه القضاء في فرنسا في هذا الشأن[1216]، كما أن القانون الأمريكي اعتبر السكوت قبولا في ثلاث حالات، وهي: إذا كان من الممكن أن يستخلص ذلك من سلوك الأطراف، وكذلك إذا جرى العرف على اعتبار السكوت قبولا، أو إذا كان الأطراف مرتبطين بمعاملات سابقة[1217].

ويرى بعض من الفقه[1218]، 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 مهما وفعالا في هذا المجال، لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف.

[1214] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 148.

[1215] المرجع السابق، ص. 148.

[1216] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 216.

[1217] Beaure d'Augerès, Breese et autres, Op.cit. p. 107.

[1218] ومنهم: أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 219؛ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 271؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 157.

أما في حالة المعاملات السابقة بين المتعاقدين، فيرى هذا الموقف في الفقه، أنها متوافرة في المعاملات عبر الإنترنت من خلال المتاجر الافتراضية، حيث يعتاد العميل شراء بعض السلع منها، سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب[1219].

وعليه، ففي حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين يتصل فيه العرض الجديد بهذا التعامل بما يفيد أن هذا العرض مثل العروض السابقة، ويكون موجها لشخص أو لعدة أشخاص معينين، فإن اعتبار السكوت قبولا أمر وارد حدوثه بالشبكات المغلقة[1220]. أما في الشبكات المفتوحة، فلا يكفي للاعتداد بالسكوت كقبول أن تتوافر حالة التعامل السابق، بل يجب أن يقترن بالتعامل السابق والسكوت عامل آخر، يرجح دلالة السكوت على اعتباره قبولا، وذلك كوجود اتفاق سابق بين الطرفين على ذلك[1221].

مؤدى ما سبق، إذا كان القبول في العقود الأخرى قد يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا، فإنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية لا يمكن تصوره إلا صريحا وواضحا وجازما، لصعوبة أن يتم ضمنيا -أي بالسكوت- إذ أنه تعبير إلكتروني عن الإرادة، بواسطة أجهزة وبرامج حاسوب تعمل آليا ويصعب معها استنتاج إرادة من وجه إليه الإيجاب[1222].

بالتالي، السكوت يعني عدم التطرق إلى العناصر المعينة في الإيجاب (العرض)، مما يترتب عليه صعوبة إعماله في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. وتأكيد موقفنا هذا، نجد دعمه في أن القوانين التي وضعت تشريعات خاصة بالمعاملات الإلكترونية لم تكتف بالقبول فقط عبر الإنترنت، بل أنها نصت على ضرورة وجود اتفاق بين الأطراف المتعاقدة لتنظيم مسألة الإقرار باستلام رسالة المعلومات أو السجل الإلكتروني؛ مما يعني أهمية عدم الأخذ بالسكوت لتأكيد القبول.

فالأخذ بالسكوت قبولا في العقد المبرم بطريقة إلكترونية تحفه المخاطر، إذ قد يكون ناتجا عن خطإ فني يؤدي إلى عدم القدرة على إرسال بريد إلكتروني. وقد يكون هناك خلل ببرنامج البريد الإلكتروني لمن وجه إليه الإيجاب، فلم يستطع إرسال رسالة إلكترونية بالرفض، أو أن بالحاسوب عطلا أو خللا بالاتصال بشبكة الإنترنت.

لكل هذه الاعتبارات، نقترح الأخذ بالرأي الذي يتجه إلى عدم اعتبار السكوت قبولا في التعاقد بطريقة إلكترونية، إلا في حالة وجود معاملات سابقة ومتكررة بين الطرفين، وسبق لهما أن اتفاقا حول هذه المسألة، انطلاقا من الأسباب والتبريرات التي سبق لنا التطرق إليها.

وهكذا نستخلص مما سبق لنا طرحه، أن القبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية يختلف من حيث إجراءات تتطلبها طبيعة العقد المبرم بطريقة إلكترونية، والذي يتسم بعدم التواجد المادي لأطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة. مما يطرح أمامنا تساؤلا غاية في الأهمية، ويتعلق بتحديد زمان ومكان انعقاد هذا النوع من العقود، وهذا نفسه ما سنتطرق إليه، من خلال **الفرع الثاني**.

[1219] انظر: خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 271؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، م.س.ص. 157.

[1220] أحمد شرف الدين، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، م.س.ص. 17.

[1221] محمد حسين منصور، م.س.ص. 71.

[1222] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني، مقال سابق، ص. 46.

الفرع الثاني
المجلس المؤتمت للعقد المبرم بطريقة إلكترونية

لا يتم العقد المبرم بطريقة إلكترونية إلا بتوافق إرادتي المتعاقدين اللذين عبرا عنها، أحدهما بالعرض، وثانيهما بالقبول. ولئن كان هذا هو الأساس الذي تقوم عليه العقود عامة، وهو مطابقة القبول للإيجاب، فإن الإيجاب والقبول لا يتمان دفعة واحدة، إنما يصدر القبول تلو الإيجاب. ويتم العقد في الزمن الذي يصدر فيه القبول، وبالتالي فإن زمان العقد يتحدد بزمان القبول[1223].

وإذا كانت هذه هي الصورة الغالبة بين متعاقدين يجمعها مجلس واحد يتولى كل منهما إبرام العقد بنفسه -وهذا هو الأمر الطبيعي- فإنه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وباعتباره يبرم بين شخصين لا يتواجدان في نفس المكان وقد يختلف الزمان بينهما أيضا، يفترض تدخل وسيط لإيصال إرادة المتعاقدين بغية اتحادهما بإرادة أخرى، سواء كانت هذه الوسيلة آلة ميكانيكية أو أوتوماتكية.

من هنا تبرز خصوصية هذا العقد الذي ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، بحيث يتم بين أشخاص متباعدين مكانيا ولا يجمعهما مجلس عقد واحد[1224]، بالمعنى المتعارف عليه في المفاهيم القانونية.

فالإيجاب والقبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يتم بين أطراف لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، بل مجلس افتراضي أو حكمي. وأحبذ تسميته: "المجلس المؤتمت"، على اعتبار أنه يبرم بواسطة وسائل إلكترونية، كشبكة الإنترنت مثلا والتي تتمتع بصفة التفاعلية "Interactivité". وهذه السمة نفسها هي التي تؤدي إلى معاصرة الإيجاب للقبول -في بعض الحالات- من الناحية الزمنية، مما يسمح بحضور افتراضي معاصر للمتعاقدين[1225].

على أن البعد المكاني بين الموجب والقابل، يظل قائما ولا يمكن إنكاره. فالعقد المبرم بطريقة إلكترونية وإن كان يبرم بين غائبين من حيث المكان، إلا أن أطرافه تتفاعل فيما بينها سواء من خلال الهاتف المرئي، أو عبر الإنترنت، أو من خلال غرف الدردشة، أو عبر الرسائل الإلكترونية.

ولا تخفى أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد -أي تحديد لحظة إبرامه- من عدة جوانب نذكر أهمها:

[1223] عبد السلام التونجي، التعاقد بين الغائبين في الشريعة والقانون، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية، طرابلس، ط. 1، 1984، ص. 113.

[1224] يقصد بمجلس العقد، الاجتماع الواقع فيه العقد سواء طال أم قصر. وقد يكون حقيقيا أو حكميا، كما في التعاقد بالتليفون أو أي طريق مشابه. ويعتبر مجلس العقد قائما طالما لم يصدر من أحد الطرفين ما يدل عن إعراضه عن العقد وانشغاله بغيره. فإذا صدر من أيهما ما يدل على ذلك، اعتبر مجلس العقد قد انفض وسقط الإيجاب، انظر في تفاصيل ذلك: أنور سلطان، مصادر الالتزام: الوجيز في النظرية العامة للالتزام، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1983، ص. 69. وعرفه وهبه الزحيلي بأنه "هو الحال التي يكون فيها المتعاقدان مشتغلين فيه بالتعاقد، وبعبارة أخرى اتحاد الكلام في موضوع التعاقد"، وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج. 4، دار الفكر، دمشق، 1996، ص. 196. ومن ثم، مجلس العقد هو الفترة الزمنية التي تستغرقها مناقشة شروط العقد المقصود دون أن ينصرف خلالها الكلام إلى موضوع آخر، هذا مع العلم أن التعبير الذي يصدر من أحد المتعاقدين يصل إلى الآخر فورا ويرتب مفعوله بمجرد صدوره، انظر: عبد الحق صافي، م.س.ص. 274 و275.

[1225] Beaure d'Augers et autres, Op.cit. p. 18.

- انطلاقا من هذه اللحظة، لم يعد من حق العارض سحب عرضه أو التراجع عنه، لأنه ما إن ينعقد العقد حتى يصبح "العقد شريعة المتعاقدين" والتي لا يجوز نقضها إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب مقررة بالقانون، كما أن من هذه اللحظة لا يحق للقابل أن يعدل عن قبوله أو التراجع عنه[1226].

- تحدد هذه اللحظة الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد، كانتقال الحق.

- تحدد بداية سريان مدة تقادم الالتزامات المترتبة على انعقاد العقد.

- تحدد هذه اللحظة، تبعة الهلاك في عقود بيع الأشياء المعينة بالذات.

- أهمية هذه اللحظة تتجسد أيضا في تحديد أهلية أطراف العقد، حيث يترتب على ذلك تحديد بطلان انعقاد العقد أو قابليته للبطلان، معتمدين في ذلك على اللحظة التي يتم فيها انعقاد العقد.

- لتحديد مكان إبرام العقد أهمية بالغة، بالنظر إلى الطبيعة الخاصة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، خاصة المبرم عن طريق شبكة الإنترنيت التي تتسم بطابع الدولية. مما يفرض ضرورة تحديد مكان انعقاد العقد لحل مشكلة تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق.

وللأمر أهميته أيضا من حيث تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع[1227]، على أساس أن هذا القانون المختار لا يحكم آثار العقد فقط، بل ويحكم أيضا الشروط الأساسية لتحديد -بصفة خاصة- اللحظة التي يرتبط فيها الأطراف بصفة نهائية. فإذا لم يتضمن الاتفاق بين طرفي العقد تحديدا للقانون الواجب التطبيق عليه، فلا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة المعروض عليها النزاع[1228].

وبما أننا نبحث في العقود المبرمة بين أطراف ليست على اتصال مباشر فيما بينها، كما أن كلا منهما يعبر عن إرادته في مكان مختلف، وفي غالب الأحيان في وقت مختلف، فإنه تظهر لدينا جليا إشكالية تستدعي البحث والتمحيص، وتتعلق بتحديد زمان ومكان إبرام العقد.

وهذا نفسه ما سنركز البحث فيه، من خلال المبحثين التاليين: نخصص **أولها** للبحث في الأحكام القانونية الخاصة بزمان إبرام عقد بطريقة إلكترونية وذلك في ضوء النظريات الفقهية والمواقف التشريعية. على أن نخصص **المبحث الثاني**، لرصد المسألة من خلال المواقف التشريعية سواء القوانين الوطنية أو الاتفاقيات الدولية.

[1226] محمد الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، م.س.ص. 104.

[1227] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 307-309.

[1228] عادل أبو هشيمة حوته، م.س.ص. 177.

المبحث الأول
الأحكام القانونية الخاصة بزمن إبرام عقد بطريقة إلكترونية على ضوء النظريات الفقهية والمواقف التشريعية

مما لاشك فيه، أن تحديد زمن إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية، له أهمية قصوى من الناحية القانونية. وبما أنه عقد يتسم بالغياب المادي لعاقديه، فإن ذلك يعني وجود فاصل زمني بين صدور القبول وارتباطه بالإيجاب، وقد يطول كما قد يقصر هذا الفاصل الزمني.

وبما أن التعاقد بطريقة إلكترونية ليس على صورة واحدة، بل له عدة صور يختلف باختلافها، يختلف زمان إبرام العقد بحسب الوسيلة المستعملة في التعاقد. وفي غياب تحديد المشرع المغربي لأحكام خاصة بزمان ومكان إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فإن المسألة تقتضي منا البحث في المواقف الفقهية والنظر في مدى إمكانية تطبيق النظريات الفقهية الكلاسيكية، على مسألة لحظة إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية (**المطلب الأول**). كما علينا البحث في المواقف التشريعية سواء القوانين الوطنية أو الدولية من المسألة (**المطلب الثاني**).

المطلب الأول
زمن انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية على ضوء النظريات الفقهية والمواقف التشريعية

لقد اختلف الفقهاء القانونيون، حول مسألة لحظة إبرام العقد بطريقة إلكترونية (**الفقرة الأولى**). على أننا نعتبر من الأهمية بمكان، البحث في مدى إمكانية تطبيق النظريات الفقهية الكلاسيكية الخاصة بمسألة زمان العقد، من أجل تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد المبرم بطريقة إلكترونية (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الأولى: المواقف الفقهية من مسألة تحديد زمن العقد المبرم بطريقة إلكترونية

اختلف الفقه، حول تحديد زمان إبرام عقد بطريقة إلكترونية. وتعتبر هذه المسألة غاية في التعقيد، حيث تعددت الاتجاهات والآراء. ونفصل ذلك كما يلي:

ذهب رأي في الفقه[1229]، إلى أنه تعاقد بين حاضرين: فهو عقد فوري متعاصر، إذ ينصرف المتعاقدان إلى موضوع العقد دون أن يشغلهما عنه شاغل آخر، ويحصل الاتصال بينهما من خلال الطريقة الإلكترونية التي ارتضياها لإبرام عقدهما كشبكة الإنترنت، فيسمع أو يرى الطرفان بعضهما البعض أو أحدهما الآخر مباشرة، وبالتالي لا يكون ثمة فاصل زمني بين الإيجاب والقبول.

[1229] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 288. محمد السعيد رشدي، م.س.ص. 28؛ فاروق الأباصيري، م.س.ص. 59. انظر أيضا في نفس السياق، محمد حسين منصور، م.س.ص. 23.

ففكرة الفروق الزمنية والمكانية التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين، لا وجود لها بالنسبة للتعاقد الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت[1230]، فهو وسيلة يمكن استعمالها من طرف أكثر من شخص ينتسبون إلى أكثر من دولة في آن واحد؛ بمعنى آخر، الفكرة التقليدية للانفصال الجغرافي والتي تفترضها عمليات تبادل التراضي بين المتعاقدين الغائبين، والتي تتم من خلال تبادل الخطابات والرسائل التي تعبر الحدود، غير متواجدة.

فإذا ما غاب الإلتقاء المادي للمتعاقدين عبر الإنترنت، فإنه يتحقق نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن[1231]، الذي يسهل حدوث المفاوضات والمناقشات حول العقد وبنوده. وبذلك يضمهما مجلس عقد واحد حكمي "مؤتمت" أو افتراضي[1232]، كما في العقد الذي يتم بين المتعاقدين اللذين يتحقق لهما الالتقاء الفعلي أو الواقعي. فعدم وجود العاقدين في نفس المكان لا يعني أن التعاقد يكون بين غائبين فيما يتعلق بتحديد وقت تكوين العقد، إذ ليس وجود العاقدين في مجلس واحد هو ما يميز التعاقد بين غائبين، وإنما الذي يميزه هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به[1233].

وإذا افترضنا أن هذا التواجد المادي لا يمكن أن يتم استبداله بالتواجد الافتراضي عبر الإنترنت، كي يمكن إعطاؤه وصف التعاقد بين حاضرين بالنسبة للعقد المبرم بطريقة الإلكترونية، فإن فكرة التعاقد بين غائبين لا يمكن أن تنطبق على التعاقد الذي يتم عبر شبكة الإنترنت. فالقانون التقليدي للتعاقد بين غائبين يفترض فكرة تفاوت المسافات والزمن معا، في حين من المتفق عليه، أن هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الذي يتم عبر الإنترنت حيث يكون الطرفان على اتصال في وقت واحد[1234].

أما أصحاب الرأي الثاني، فيرى أنصاره أن التعاقد عبر الإنترنت هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان[1235]. وسند أنصار هذا الاتجاه، أن هذا النوع من التعاقد لا يصدر فيه الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، بل يوجد فارق زمني يفصل مابين صدور العرض وصدور القبول، وما بين علم العارض بالقبول[1236]، هذا بالإضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين.

بمعنى أن مجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يعتبر مجلسا حكميا وتطبق عليه أحكامه، وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه العرض وقبوله له، وما نقل العرض بواسطة إلكترونية إلا نقل عن طريق وسيلة، كالرسول، كل ما هناك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني.

[1230] E.Caprioli, Sécurité et confiance dans le commerce électronique, signature numérique et autorité de certification. JCP Ed. G .N° I, 123, 1998, p. 123.

[1231] «Présence virtuelle simultanée»; O.Iteanu, Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique, Ed Eyrolles, 1996, p. 27.

[1232] أحمد عبد الكريم سلامة، بحث سابق، ص. 29.

[1233] سلطان عبد الله محمود الجواري، م.س.ص. 67.

[1234] O. Itenau, Op.cit. p. 27.

[1235] L. Thoumyre, Art cité, Sité cité.

[1236] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك، م.س.ص. 225.

بهذا يعتبر هذا الرأي أن التعاقد بطريقة إلكترونية، إنما هو تعاقد بين غائبين. ونجد تأكيد ذلك من خلال المواقف التشريعية في بعض الدول التي أعطى فيها المشرع الحق للمستهلك للرجوع على العقد المبرم عن بعد، كما في قانون 6 يناير 1988 الفرنسي بشأن حماية المستهلك والقانون التونسي للمبادلات الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000.

على أن هذا الموقف الفقهي تعرض للانتقاد لتجاهله حقيقة هامة، ألا وهي أن التعاقد الإلكتروني قد يتم لحظيا؛ أي يكون هناك تعاصر بين العرض والقبول حينما يكون كل من المتعاقدين على اتصال مباشر بالآخر، سواء بالكتابة أو الصوت أو الصورة، كما هو الشأن في حال التعاقد عبر البريد الإلكتروني أوباستخدام ميكرفون وكاميرا رقمية. ففي هذه الحالة يتلاشى عنصر الزمن، إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة الإلكترونية جزءا من الثانية، مما يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين[1237].

وهناك اتجاه ثالث في الفقه[1238]، يرى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان. وسند هذا الرأي، أن الأمر يتم بوسيلة سمعية-بصرية عبر شبكة الإنترنت كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمها مجلس واحد حكمي افتراضي. ومن ثم، يعتبر هذا الموقف في الفقه، أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية تعاقدا بين حاضرين في الزمان. ولكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الالتزامات إلكترونيا كما في الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية أو بطريق التسليم المادي، فإن العقد المبرم بطريقة إلكترونية يكون بين غائبين من حيث المكان.

ويضيف أنصار هذا الاتجاه، بأن التعاقد بطريقة إلكترونية يشبه التعاقد بالتليفون من ناحية العلم الفوري (فورية السماع) لكل طرف بأن قبوله أو إيجابه قد وصل إلى الطرف الآخر. ففي الوقت الذي يرسل طرف رسالته، تصل على جهاز الحاسوب للطرف الآخر وعلى هذا الأساس تأخذ حكم التعاقد بالهاتف، أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان.

طبقا لهذا الرأي، التعاقد بطريقة إلكترونية -وباعتباره تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان- يستدعي التوسع في مفهوم مجلس العقد واعتباره مجلسا حكميا يمتد إلى الزمن المعقول والمناسب الذي يستطيع به الموجب إليه -المستهلك غالبا- الرد[1239].

[1237] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 287 و288. وانظر أيضا، طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، م.س.ص. 209.

[1238] ISDN: Integrated services digital Network.

[1239] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 290.

بذلك، يدخل هذا العقد زمرة العقود المبرمة عن بعد، أو العقود عبر المسافات. ومن ثم، يتميز بطابع خاص هو الطابع المكاني؛ بمعنى أنه يتم خارج الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء. وتعبير المسافة "La distance" يفهم على مسارين: مسار المكان ومسار الزمان. فمن ناحية المسافة المكانية، يوجد فاصل بين أماكن تواجد المتعاقدين، لأن كليهما بعيد عن الآخر. أما من حيث المسافة الزمنية، فإن عنصر الزمن يتلاشى، لأن طرفي التعاقد لا تفصل بينهما فترة زمنية. وبذلك تحل فكرة المعاصرة "Temp réel"، محل فكرة الفارق الزمني[1240].

على أن هناك من الفقه[1241] من رفض اعتبار التعاقد بطريقة إلكترونية، تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، على أساس أن تجزئة مجلس العقد أمر يتعذر الأخذ به، لأنه يتطلب وحدة المكان وكذلك يتطلب استمرارية زمنية متصلة.

ويؤدي هذا الرأي، إلى تجزئة هذه الوحدة الزمنية والمكانية، فضلا عن أنه يخلط بين مجلس العقد الحقيقي[1242] وبين مجلس العقد الحكمي. وليس هناك مجلس عقد مختلط (حقيقي وحكمي)، فالمجلس إما أن يكون حقيقيا أو حكميا، وفكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه (الركن المكاني والركن الزماني)، حيث يطبق على زمان المجلس أحكام العقد الحقيقي، في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي[1243].

اتجاه رابع في الفقه[1244]، يرى أنصاره أن الأمر يختلف من حالة إلى أخرى. بمعنى أنه تعاقد من طبيعة خاصة، وأنه لا يمكن أن نعطيه وصفا عاما بأنه تعاقد بين حاضرين أو غائبين، بل يجب أن نفرق بين كل حالة على حدة. فالأطراف لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية، كالخطابات التي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه، بل يكون من خلال تبادل الرسائل إلكترونيا عبر شبكة الإنترنت حيث يتحقق لهم الاتصال المباشر، فإذا غاب الالتقاء المادي للمتعاقدين فهناك نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن.

[1240] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، ج.1، م.س.ص. 143.

[1241] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، 2001، ص. 297، أشار إليه خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 290، الهامش رقم 4.

[1242] يقصد بمجلس العقد الحقيقي: اتصال أطراف العلاقة العقدية اتصالا مباشرا وجها لوجه في الفترة التي يبقى فيها المتعاقدان منشغلين بالتعاقد، ودون أن ينصرف اهتمامهما عن أمور التعاقد، وبشرط تحقق الرؤية والسماع معا لكلا المتعاقدين. أما مجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه بنفسه أو بواسطة نائبه، وإنما تكون إرادة الموجب فيه ممثلة في المجلس عن طريق الكتاب أو الرسول أو ما يشبههما. ولمزيد من التفاصيل راجع: محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009، ص. 117 و 127.

[1243] فاروق الأباصيري، م.س.ص. 61.

[1244] M.I.Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, ouvrage disponible sur : www.elec.com, (M.S.J, Sept.1999), p. 27. V.aussi, Graham J.A., L'expression du consentement dans les contrats virtuelles en droit positif français, Article disponible sur: www.cbl-journal.de (M.S.J, Nov. 1999).

ولا ينطبق على التعاقد بطريقة إلكترونية، وصف التعاقد بين غائبين، لأنه يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معا، في حين هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني، حيث يكون طرفا العقد على اتصال في وقت واحد.

وبذلك يعتبر أنصار هذا الموقف، أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية من طبيعة خاصة، مع التميز في إطار هذه العقود بين تلك التي تبرم عن طريق التفاعل المباشر والتي يعلم فيها العارض بالقبول فور صدوره، دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول والعلم به، وبين العقود المبرمة مباشرة على الموقع الخاص بالعارض المهني.

ولذلك يرى أنصار هذا الاتجاه أنه تعاقد بين حاضرين، بعكس الحال بالنسبة لصور التعاقد الأخرى، كالتعاقد بالبريد الإلكتروني أو الويب، فهناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول والعلم به من قبل صاحب العارض، ولذلك يعتبر تعاقدا بين حاضرين[1245]. على أن إعطاء وصف الطبيعة الخاصة لمجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لا يضع حلا للمشكلة التي نحن بصددها، وإنما يعد محاولة للهروب من وضع تكييف قانوني سليم لطبيعة التعاقد بطريقة إلكترونية[1246].

ويرى اتجاه خامس في الفقه، أنه بمجرد إدخال القبول في جهاز حاسوب المرسل، فإنه يصل في نفس اللحظة عبر شبكة الإنترنت على الجهاز المستقبل. ففكرة الفروق الزمنية التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين، غير متوافرة بالنسبة للعقد الإلكتروني. ولكن، هذا لا يعني أن من وجهت إليه الرسالة قد علم بها لحظة وصولها. فقد يكون الحاسوب المرسل إليه مغلقا في هذا الوقت، وقد لا يكون هو مستلم الرسالة الإلكترونية كأن يستلمها أحد مقدمي خدمات الإنترنت التي يبلغها له فيما بعد. وفي كلتا الحالتين، يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول، وعلم من وجهت إليه محتواها[1247].

ووفق هذا الرأي[1248]، نكون أمام تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين، والتعاقد بين غائبين. فلا يمكن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين أو تعاقدا بين غائبين في جميع الأحوال، إذ أن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني، يعتمد على المعيار المختار في تحديد لحظة التقاء القبول بالإيجاب. لكن هل هذا المعيار، هو مجرد وصول التعبير عن القبول إلى موقع الموجب على الشبكة، أي وصول بريده الإلكتروني مثلا؟، أم أن المعيار هو العلم الفعلي بمحتوى الرسالة؟.

يذهب هذا الرأي في الفقه، إلى أن الأمر يجب بحثه من خلال القانون الواجب التطبيق على العقد[1249]. وبذلك يخضع تحديد زمان ومكان إبرام عقد بطريقة إلكترونية لقانون العقد، على أساس أن هذا القانون المختار لا يحكم آثار العقد فقط، بل يحكم أيضا الشروط الأساسية لتحديد -بصفة خاصة- اللحظة التي يرتبط فيها الأطراف بصفة نهائية.

[1245] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 290.

[1246] طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، م.س.ص. 213.

[1247] أحمد شرف الدين، مقال سابق، ص. 155.

[1248] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، م.س.ص. 159.

[1249] عادل أبو هشيمة، م.س.ص. 177.

فإذا لم يتضمن الاتفاق بين طرفي التعاقد تحديدا للقانون الواجب التطبيق عليه، فلا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة المعروض عليها النزاع[1250].

واعتبر بعض من أنصار هذا الاتجاه[1251]، أنه في حالة النزاع حول مسألة زمان أو مكان إبرام العقد، يجب تطبيق قانون من وجه إليه الإيجاب، استنادا إلى أن قبول هذا الأخير هو الشرط الضروري لإبرام العقد، أما الإيجاب وحده فلا قيمة له. كما أن من وجه إليه الإيجاب يريد الالتزام طبقا لقانون يعرف أحكامه، وهو قانون موطنه أو محل إقامته.

مؤيدو الأخذ بقواعد القانون الدولي الخاص، اعتبروا أن تحديد زمان ومكان إبرام العقد بين غائبين يخضع لقانون القاضي، على اعتبار أن الأمر يتعلق بمسألة تكييف المسألة المعروضة، تمهيدا لإسنادها لقانون معين. فمعرفة ما إذا كان العقد قد تم بين غائبين، هي مسألة يتوقف عليها تحديد ما إذا كنا في علاقة تعاقدية، مما يؤدي إلى إعمال قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود، وبالتالي فهي مسألة تكييف، تخضع لقانون القاضي[1252].

على أن هذا الرأي تعرض للانتقاد الشديد، لعيب في أساسه، إذ لا يتعلق الأمر هنا بتكييف أولي لازم لإعمال قاعدة الإسناد، وإنما يتعلق بتكييف لاحق، لذا فإنه يخضع للقانون المختص بحكم موضوع النزاع، وبما أن التراضي ركن من أركان العقد فإنه يخضع للقانون الذي يحكم العقد. فلو أن الأمر ترك للقاضي المختص ليطبق قانونه الوطني بحجة التكييف، لتحديد لحظة ومكان إبرام العقد، فهذا يعني أننا سنترك له في الحقيقة تنظيم العقد طبقا لنصوص قانونه الوطني[1253].

ويميل الدكتور عادل أبو هشيمة إلى ضرورة إخضاع تحديد زمان ومكان العقد في العقود المبرمة بالوسائل الحديثة، لقانون العقد. على أساس أن الحرية المعطاة للأطراف لاختيار القانون الواجب التطبيق، لا تعني أن هذا القانون المختار يحكم آثار العقد فقط، ولكن يحكم أيضا الشروط الأساسية لتحديد اللحظة التي يرتبط فيها الأفراد بصفة نهائية. وهذا من شأنه وحدة القانون الواجب التطبيق على هذه العقود، فيطبق بذلك قانون الموجب على العقد في جميع منازعاته[1254].

[1250] أحمد شرف الدين، مقال سابق، ص. 156.

[1251] André Weiss, Manuel de droit international privé, 8ème Ed., 1920, p. 553.

[1252] من أنصار هذا الاتجاه: أحمد عبد الكريم سلامة علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولا ومنهجا"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط. 1، 1996، ص. 109، وأيضا:

Toubiana A., Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Thèse Paris, Dalloz, p. 1972, p. 14 - 15. V. Bartin E., Principes de droit international privé, Paris, Domat Montchrestien, 1930, p. 348.

أشار إلى هذه المراجع، عادل أبو هشيمة، م.س.ص. 176.

[1253] عادل أبو هشيمة، المرجع السابق.

[1254] عادل أبو هشيمة، م.س.ص. 177

فإذا ما تنازعت القوانين بخصوص تحديد لحظة ومكان إبرام العقد عن بعد، يطبق قانون محل إقامة الموجب ليحدد لحظة ومكان إبرام العقد[1255]، وذلك استنادا للمادة 3 من التوجيهة الأوروبية رقم 2000-31 المتعلقة ببعض الجوانب القانونية لمجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية الصادرة بتاريخ 8 يونيو 2000، والتي نصت على خضوع تحديد لحظة ومكان إبرام العقد لقانون بلد من وجه الإيجاب.

بينما يرى رأي آخر في الفقه[1256] من أجل تحديد زمان انعقاد العقد، ضرورة تحديد الشخص الذي يصدر عنه القبول، هل هو الموجب أم القابل. ولنأخذ عقد التحويل المصرفي الإلكتروني كمثال، هل هو الآمر بالتحويل؟ أم هو البنك مقدم الخدمة بطريقة إلكترونية؟. فزمان تعبير القابل عن قبوله، هو نفسه وقت دخول رسالة المعلومات إلى نظام المعالجة الخاصة بالجهة التي تستضيف موقع البنك الإلكتروني والتي تنقل بدورها هذه الرسالة إلى البنك، أي وقت دخول الرسالة إلى النظام العائد للجهة التي تزوده بخدمة الاتصال بشبكة الانترنيت.

فسواء أقام العميل بالضغط على أيقونة القبول أو بطباعة عبارة القبول بنفسه، ففعله هذا ينشئ رسالة معلومات إلكترونية، تعتبر قد خرجت من سيطرته في الوقت الذي تصل فيه الرسالة كاملة وبنفس المعلومات التي أرسلت بها، إلى جهة لا تخضع لسيطرة المرسل؛ وبالتالي فإن وصول جزء من الرسالة فقط، لا يعد تعبيرا عن القبول لانتفاء شرط تصدير القبول المنشئ للعقد[1257].

ويعتبر رأي في الفقه، أن تحديد ما إذا كان وصف التعاقد الإلكتروني بين حاضرين أم غائبين يكون من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد أو بمعنى أدق تحديد وسيلة القبول. ويرى هذا الاتجاه الفقهي، أن هناك فارقا جوهريا بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول بالضغط على زر الموافقة أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة[1258].

ويتمثل هذا الفارق، في أن الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي في حالة القبول عن طريق الضغط أو ملامسة زر الموافقة أو عن طريق غرف المحادثة أو المشاهدة المرئية، إنما هو اتصال لحظي في جميع الأحوال. بعكس القبول عن طريق البريد الإلكتروني، فقد لا يتحقق فيه الاتصال اللحظي نظرا لأن جهاز حاسوب الموجب قد يكون مغلقا وقت بث رسالة القابل، أو يكون هناك عطل فني في الشبكة يعوق وصول القبول، فيحول دون الاتصال اللحظي.

ومن ثم، يفرق هذا الاتجاه الفقهي في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، بين حالتين:

الحالة الأولى، وهي حالة التعاقد اللحظي، بمعنى عدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمن وغائبين من حيث المكان.

[1255] المرجع السابق.

[1256] محمد عمر ذوابة، م.س.ص. 88 و89.

[1257] محمد عمر ذوابة، المرجع السابق.

[1258] خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، م.س.ص. 160.

أما الحالة الثانية، فهي حالة التعاقد غير لحظي، حيث يكون بين غائبين زمنا ومكانا. أما إذا كان القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة في حالة التعاقد عن طريق أحد مواقع الشبكة أو عن طريق غرف المحادثة أو الوسائل السمعية والبصرية، فهذا التعاقد يكون لحظيا ويكون التعاقد بين حاضرين زمنا وغائبين مكانا. وبذلك يكون العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عقدا بين حاضرين زمنا وذلك لتعاصر الإيجاب والقبول[1259].

وأعتقد أن هذا هو الرأي الأصوب، ذلك أن تصنيف العقد المبرم بوسائط إلكترونية هل هو عقد بين حاضرين أم غائبين، يرجع إلى الوسيلة الإلكترونية ذاتها والمستعملة في تبادل المواقف. لذا، من الطبيعي في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، التميز بين ما إذا كانت الوسيلة المستعملة هي الرسائل الإلكترونية أم الوسائل السمعية-البصرية، أم الهاتف المرئي... .

فإذا ما استخدمت الإنترنت أو أي وسيلة إلكترونية كوسيلة للكتابة والمراسلات الإلكترونية -كما في الرسائل النصية القصيرة على الهواتف النقالة- بحيث لا يوجد فارق زمني يفصل بين الإيجاب والقبول، فإننا نعتبره تعاقدا بين حاضرين، على اعتبار أن الرد على رسالة العرض (الإيجاب) قد تم مباشرة بعد التوصل بها.

على أنه إذا لم تتوفر ظروف التوصل المباشر لرسالة العرض، بأن كان جهاز أو برنامج الحاسوب لدى الشخص المرسل إليه العرض معطلا أو مشغلا لكن هناك خلل في برنامج البريد الإلكتروني للقابل، بحيث لم يحصل على التفاعل المباشر، وقتها نعتبر التعاقد قد تم بين غائبين كما في حالة العقد من خلال المراسلات العادية؛ نفسه الموقف بخصوص الرسالة النصية المتوصل بها على جهاز الهاتف المحمول.

أما إذا كان استخدام الإنترنت كوسيلة يمكن معها مخاطبة ومشاهدة المتعاقد الآخر مباشرة، فلا فاصل زمني يفصلهما حينما يتبادلان عبارات العرض والقبول به، وكلاهما يسمع الآخر ويشاهده، كأنه مجلس عقد حقيقي. لهذا أقترح تسميته **بالمجلس العقدي المؤقت** كما لو أن الطرفين متواجدان في مواجهة بعضهما البعض؛ مما يعني أنه عقد يبرم بين حاضرين حضورا مفترضا، من حيث الزمن والمكان معا.

وسند موقفي هذا، أن الزمن ليس هو العنصر الوحيد الذي يجب اعتماده للتميز بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين أطراف غير حاضرة، بل هناك ثلاثة عناصر مجتمعة يجب اعتمادها، وهي: عنصر المكان، وعنصر الزمان، وعنصر الانشغال بشؤون العقد[1260].

[1259] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 161. طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، م.س.ص. 217.

[1260] أحمد خالد العجلوني، م.س.ص .86.

أما في حالة القبول الذي يتم من خلال نموذج طلب الخدمة الموجود على الموقع الإلكتروني الخاص بالمنتج على شبكة الإنترنت، والذي يحتوي على معلومات، مثل: الاسم والعنوان والمنطقة الجغرافية لطالب الخدمة وهاتفه، ومكان عمله وعمره للتعرف على أهليته للتعاقد، مثلما يتضمن شروط العقد والثمن وعنوان المنتج بالتفصيل ومنطقته الجغرافية وكل الأمور بشأن التعاقد، فلا يمكن القول أن صاحب الخدمة غير حاضر عند إجراء التعاقد، لأنه وإن كان واقعيا غير موجود في الموقع الذي يعمل طوال الوقت وليس به مكان للإجازات والراحة أبدا، فإن الموقع الخاص به يكون مجهزا بوسيط إلكتروني ومعدا مسبقا بطريقة تخوله إجراء المعاملات الإلكترونية نيابة عنه، وبالتالي فإن المنتج حاضر دائما ولو افتراضيا[1261].

لكن ما مدى إمكانية تطبيق النظريات الفقهية الكلاسيكية الخاصة بمسألة زمن العقد، على العقد المبرم بطريقة إلكترونية؟ (**الفقرة الثانية**).

الفقرة الثانية: مدى إمكانية تطبيق النظريات الفقهية الكلاسيكية على مسألة زمن العقد المبرم بطريقة إلكترونية

أولا- نظرية إعلان القبول: وفقا لهذه النظرية، ينعقد العقد بين غائبين في اللحظة التي يعلن فيها الطرف الآخر قبوله للإيجاب، حيث تتوافق الإرادتان ويتم العقد. ولحظة إعلان القبول على سبيل المثال، هي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول أي اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول[1262]. وبمقتضى هذه النظرية، يتم العقد بمجرد إعلان القبول وقبل أن يصل إلى علم صاحب العرض، حيث يكون العرض في هذه اللحظة قد اقترن بالقبول، وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد.

بذلك يكفي -حسب هذه النظرية- حتى ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد إلكتروني تتضمن العرض ويقول "قبلت بالعرض" دون أن يقوم بأي تصرف، كإرسال رسالة إلى صاحب العرض ودون أن ينتظر علمه بهذا القبول. ويستوي أيضا في هذه النظرية، أن يقرأ الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة، تتضمن عرضا ويعلن قبوله لهذا الأخير دون أن يرسل ردا للطرف الآخر.

ويضيف البعض من الفقه[1263]، أنه يمكن إعلان القبول الإلكتروني وفقا لهذه النظرية، بنقر القابل على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة، وعدم تصديره لقبوله بالنقر على مفتاح التوقف "stop" الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكتروني، حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل وسيبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول[1264].

[1261] نبيل زيد مقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 72.

[1262] أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط ، م.س.ص. 235.

[1263] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، م.س.ص. 52.

[1264] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 297.

وسند أنصار هذه النظرية أن العقد هو توافق إرادتين، ويتم هذا التوافق بمجرد إعلان قبول مطابق للعرض من جميع النواحي، دون الحاجة إلى علم الموجب بالقبول. لأن القابل تعلق حقه بالعقد بمجرد إعلانه للقبول، فيمتنع على صاحب العرض، من ذلك الحين، العدول عن عرضه، وأن هذه النظرية تتفق مع ما تقتضيه الحياة التجارية من سرعة في التعامل[1265].

ويؤخذ على هذه النظرية، تجاهلها إرادة صاحب العرض الإلكتروني، إذ من حق هذا الأخير أن يعدل عن عرضه إذا لم يكن قد حدد مدة لعرضه ولم يرتبط به قبول. فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه، لأن القبول -كما يرى أنصار هذه النظرية- إرادة، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت علم من وجهت إليه[1266]. أضف إلى ذلك، أن هذه النظرية تجعل من انعقاد العقد، مسألة في يد القابل وحده،حيث يكون بإمكان هذا الأخير أن يعلن قبوله ولا يرسله، ويتراجع عنه متى شاء، دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك، خاصة في بيئة إلكترونية كالإنترنت[1267].

فالموجب قد يوجه إيجابه إلى الجمهور، فلا يمكن أن نطلب منه أن يستنتج عدد الأشخاص الذين قبلوا العرض، طالما لم يصله القبول إلا من عدد محدد. إضافة إلى أن الموجب قد يجد نفسه في الحالة الأخيرة أمام الملايين من الدعاوى القضائية المقامة ضده، من أشخاص أعلنوا قبولهم ولم يخبروه بذلك، يطالبونه فيها بتنفيذ عقود، هو نفسه لا يعلم بأنها قد أبرمت معه، بذلك فإن الأخذ بهذه النظرية لن يستقيم مع واقع العقود المبرمة بطريقة إلكترونية وعلى عقود التجارة الإلكترونية[1268].

والقبول إذا تم بهذا الشكل فإنه سيواجه صعوبة في الإثبات، حيث لا وجود للقبول المحرر على شكل رسالة إلكترونية، إلا في البريد الإلكتروني المحمل على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل، بحيث يكون من الصعب على الموجب إثبات أن القابل قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول، ولكنه لم يقم بالرد عليها[1269].

[1265] سمير عبد السيد تناغو، نظرية الالتزام منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص. 47؛ محمد السعيد رشدي، م.س.ص. 34.

[1266] عدنان السرحان ونوري خاطر، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000، ص. 76، أشار إلى هذا المرجع، محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 165، الهامش رقم 2.

[1267] أسامة أبو الحسن مجاهد، م.س.ص. 235؛ عمر خالد زريقات، م.س.ص. 158.

[1268] علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الالكتروني في التشريع الإماراتي، بحوث مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الالكترونية-الحكومة الالكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و 29 ماي 2009،ص. 366. وانظر أيضا، إلياس ناصيف، م.س،ص. 111؛ محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 164 و165.

[1269] بشار محمود دودين، م.س.ص 142.

ثانيا- نظرية تصدير القبول: تتفق هذه النظرية مع نظرية إعلان القبول، في أنها تعبير إرادي غير واجب الاتصال بعلم الطرف الآخر، يتم بمجرد إعلانه. غير أن هذه النظرية تشترط حصول واقعة مادية، وهي قيام القابل بإرسال قبوله إلى من أرسل العرض[1270]. ويرى بعض من الفقه المغربي أن هذه النظرية تحقق الاستقرار والطمأنينة والعدالة في مجال التصرفات القانونية، وتتحقق بها سرعة التصرف ويطمئن المتعاقدون على تصرفاتهم[1271].

فلا يكفي إذن حصول القبول، وإنما يجب أن يكون هذا الإعلان نهائيا لا رجوع فيه. فإذا ما تم إرسال رسالة إلكترونية من القابل، أو قام بالنقر على أيقونة القبول من أجل إرسال قبوله لصاحب العرض[1272] تكون هذه اللحظة هي نفسها وقت انعقاد العقد وفق هذه النظرية، لأن القابل لا يمكنه استرداد قبوله الذي أرسله عبر الوسائل الإلكترونية إلى صاحب العرض كما لا يمكن الدخول إلى هذه الوسائل واسترداد ما تم إرساله[1273]، ولا يهم هنا أن تكون الرسالة الإلكترونية قد وصلت إلى الطرف الآخر أم لم تصل.

ومن الجدير ذكره هنا، أنه سيتبادر إلى الذهن من الوهلة الأولى بعض اللبس ما بين النظريتين السابقتين في مجال العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنيت، حيث إن لحظة النقر على مفتاح القبول تتساوى تقريبا مع لحظة تصدير القبول، إذ سيفقد القابل في الحالتين قدرته في الرجوع عن قبوله.

وفي محاولة الفصل ما بين اللحظتين السابقتين، يشير بعض من الفقه[1274] إلى أنه يمكن للقابل إعلان قبوله وعدم تصديره، ويكون ذلك بالنقر على مفتاح التوقف "Stop" الموجود في أعلى صفحة الموقع أو بخروجه نهائيا من الموقع بعد النقر على مفتاح القبول، وهكذا لن يخرج القبول عن سلطة القابل، وسنبقى بذلك في مرحلة إعلان القبول. أما إذا تأخر القابل في النقر على مفتاح التوقف أو تأخر في الخروج من الموقع، فعندها سيكون القبول قد خرج من سلطة القابل الفعلية، وتم القبول ولا مجال للرجوع فيه[1275].

ويبدو أن هذه النظرية تعرضت هي أيضا للانتقاد، إذ عيب عليها نفس ما عيب على النظرية السابقة، إضافة إلى ما تثيره من لبس في طرح المسألة. فلا يتصور تصدير القبول دون تسلمه في تقنية الإنترنت، فالتصور السابق يعني وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه[1276].

[1270] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 71؛ أحمد خالد العجلوني، م.س.ص. 87؛ انظر أيضا، عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 157 و158.

[1271] المختار بن أحمد العطار، م.س.ص. 35. حليمة بن حفو، مقال سابق، ص. 158.

[1272] Beaure d'Augères et autres, Op.cit., p. 108.

[1273] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 71، وانظر أيضا في الفكرة ذاتها، خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 297.

[1274] محمد أبو الهيجاء، م.س.ص. 56.

[1275] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 315 و316.

[1276] طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و29 ماي 2009،ص. 325 و326.

مما يعني أن أنصار هذا الاتجاه، تأثروا بالتصور التقليدي، لما يمكن أن يحدث نتيجة لوجود فاصل زمني محسوس، بين تصدير القبول وتسلمه في حالة البريد التقليدي مثلا. فالفارق الزمني -فيما يخص الإنترنت- بين تصدير القبول وتسلمه لا يكاد يكون محسوسا، فالإشكال ليس هو وجود فارق زمني بينهما، وإنما باحتمال عدم تسلم الرسالة الإلكترونية لعطل تقني أو خلل في جهاز المرسل أو لدى مقدم خدمة الاتصال أو انقطاع البث عبر الشبكة[1277].

في هذه الحالة، المانع الفني من التسلم يعني أن الإرسال لم يتم هو الآخر، بمعنى أن الرسالة التي تتضمن القبول مازالت حبيسة البريد الإلكتروني الخاص بالقابل، وبذلك فإننا نظل في نطاق إعلان القبول دون إرساله أو تصديره، وليس في نطاق تصديره دون تسلمه[1278]. وإذا ما تمسك القابل بأن العقد قد انعقد لأنه أرسل قبوله، فلن يستطيع صاحب العرض الاحتجاج بوجود الخلل الفني لدى مقدم خدمة البريد له[1279]؛ مما يجعل منها نظرية لا تتناسب مع متطلبات العملية التعاقدية الإلكترونية.

هذا دفع بعض الفقه إلى القول، إن كل ما يقال في هذا الشأن في القانون التقليدي عن وجود فاصل زمني بين التصدير والوصول، هو على وشك الاندثار، لأنه لا يوجد على الإنترنت هذا التفاوت في الزمن بين الإيجاب والقبول، فالتصرفات الإلكترونية هي تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومتعاصرة[1280]. وقد أخذ بهذه النظرية قانون الالتزامات السويسري في مادته 10، كما أخذ به القانون الإنجليزي والكندي، وهي ما يطلق عليها في هاذين الأخيرين، بقاعدة صندوق البريد "Mail box rule" أو قاعدة البريد " Postal rule"[1281].

بذلك، هذه النظرية لا تتناسب والطبيعة الخاصة للإنترنيت مع ما يتمتع به من سرعة في تبادل التعبير عن الإرادة بين الأطراف، خصوصا عندما يجتمع الأطراف في وقت واحد على الشبكة عند إجراء عملية التعاقد. فهذه النظرية تناسب البريد التقليدي أكثر مما تناسب البريد الإلكتروني، كما أنها نظرية مجحفة بحق الموجب، وذلك عندما يحدث تأخير أو خلل أثناء إرسال الرسالة الإلكترونية، مما يؤدي إلى عدم وصولها إلى الطرف الآخر أو وصولها بطريقة لا تسمح بقراءتها أو التعرف على محتواها[1282].

[1277] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 158 و159؛ أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س،ص. 236؛ انظر أيضا، محمد فواز، المطالقة، م.س.ص. 71.

[1278] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص. 236.

[1279] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 167.

[1280] Xavier Linaut de Bellefonds, la problématique française, colloque du 13 Mai 1998: commerce électronique et avenir des circuits de distribution, G.P, Dimanche 18 au Mardi 20, 1998; p. 17.

[1281] طارق كاظم عجيل، المقال السابق، ص. 325.

[1282] محمد أبو الهيجاء، م.س.ص. 59.

ثالثا- نظرية تسلم القبول[1283]: بمقتضى هذه النظرية، ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية لحظة دخول رسالة البيانات المتضمنة للقبول إلى نظام معالجة المعلومات الخاص بمقدم العرض الإلكتروني، سواء قد تم التعيين المسبق لهذا النظام، أم لم يتم ذلك[1284].

بذلك القبول وفقا لهذه النظرية يعد تعبيرا إراديا واجب الاتصال، فلا يكفي مجرد إعلان القبول ولا تصديره، بل يجب وصول القبول إلى الموجب. ففي هذا الوقت يتم التعاقد، بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول[1285].

وتطبيقا لهذه النظرية، إذا ما استخدم البريد الإلكتروني في تبادل العرض والقبول، فإن العقد ينعقد في لحظة وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول، إلى صندوق البريد الإلكتروني لمقترح العرض والذي يتم تعيينه في العرض، بغض النظر عما إذا كان الموجب قد استعرض بريده الإلكتروني وقرأ رسالة القبول أم لم يفعل، المهم أن رسالة القبول قد وصلت إليه وباستطاعته الإطلاع على مضمونها في الحال. فإذا ما تأخر عن ذلك، يعتبر مهملا ويتحمل مسؤولية تقصيره وإهماله[1286].

على أنه من مزايا هذه النظرية[1287]، توزيعها للمخاطر بين مقدم العرض والقابل بصورة عادلة، إذ يتحمل القابل مخاطر عدم انعقاد العقد بسبب تأخر القبول، بالرغم من وصوله إليه. ذلك أن هذه النظرية، تستند إلى الخطر وليس إلى الخطأ[1288].

إذن، وفق هذه النظرية، لحظة إبرام العقد ليست هي لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المحتوية للقبول في سيطرة مقدم خدمة الإنترنت، بل هي لحظة وصولها إلى مقدم العرض الإلكتروني. ونتساءل هنا عن حالة وصول رسالة القبول إلى خادم مقدم خدمة الإنترنت، دون أن يتوصل بها مقدم العرض في الوقت المحدد؟. ونمثل لذلك بالافتراض التالي: حدد صاحب عرض إلكتروني مدة لصلاحيته عرضه في فترة زمنية تنتهي في تمام الساعة الواحدة من مساء يوم الجمعة -حسب التوقيت المحلي- مثلا.

وبالفعل، أرسل من وجه إليه العرض قبوله قبل الموعد المحدد آنفا. ولكن، لعيب تقني في شبكة الاتصالات قام مقدم خدمة الإنترنت بتوصيل الرسالة، ولكن بعد فوات الميعاد المحدد، فهل ينعقد العقد في هذه الحالة؟، أم أن مقدم العرض غير ملزم بإبرام هذا العقد، لأن الرسالة وصلت بعد انتهاء الميعاد الذي حدده؟.

[1283] يطلق عليها أيضا نظرية وصول القبول.

[1284] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 241.

[1285] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 159 و160.

[1286] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س،ص .167.

[1287] أخذت بهذه النظرية اتفاقية فيينا بموجب المادة 23.

[1288] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 160.

يذهب البعض من الفقه، إلى أن مقدم العرض في هذه الحالة ملزم بإبرام العقد، ولا يكون أمامه إلا الرجوع على مقدم خدمة الإنترنت، طبقا لقواعد المسؤولية[1289]. ورغم ما لهذه النظرية من مزايا، فقد أوخذ عليها أنها لا تزيد على النظريتين السابقتين شيئا، بل هي صورة معدلة لهما فقط[1290].

فالوصول، لا يعد قرينة على العلم بما ورد في الرسالة المرسلة. وإعطاء تقرير بتأكيد تسلم الرسالة الإلكترونية "Recepicé" أو "Accusé de réception"، لا يعني بالضرورة أنها وصلت كما أرسلها القابل إذ قد تتعرض لتلف محتواها، وقد تصل في شكل رموز غير مفهومة ولا يمكن استيعابها من قبل مقدم العرض، فلا يعرف هل هي قبول أم تعديل للعرض.

على أن الأخذ بهذا المذهب وتطبيقه على العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إجحاف بحق الموجب، وقد يؤدي إلى هدر حقوق الطرفين. كما ويمكن استخدامه كذريعة للهرب من الالتزام العقدي، مما يؤدي إلى البحث عن رأي آخر، يكون أوسع وأشمل ويحمي حقوق الآخرين من الهدر[1291].

اتجاه آخر في الفقه[1292]، رأى أن الانتقادات الموجهة لهذه النظرية غير ذات معنى، إذا ما استخدمت في بيئة إلكترونية كشبكة الإنترنت. وسند أنصار هذا الاتجاه، هو أن أغلب المواقع التجارية على الشبكة والتي توجه عروضها إلى الجمهور وتنتظر الرد عبر رسائل البريد الإلكتروني أو عبر الضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها لا تستخدم كوادر بشرية في التعامل مع هذه الوسائل ونماذج العقود، إنما تستخدم وسائط إلكترونية مؤتمتة تكون مبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل ومعالجتها وتجهيز الطلبيات، ويكون الدور البشري فيها دور توجيه وإشراف على عمل هذه الوسائط الإلكترونية والعلم بمضمونها.

وبما أن هذه الوسائط تعمل نيابة عن الموقع وصاحب العرض، فإنه يمكن القول، بأنه في بيئة الإنترنت يكون وصول رسالة القبول متزامنا مع العلم بها[1293]، هذا من ناحية. من ناحية أخرى، يمكن القول أن هذه النظرية لا تتجاهل إرادة كل من مقدم العرض والقابل. فبوصول رسالة البريد الإلكتروني، يستطيع مقدم العرض أن يعلم بأنه قد أبرم عقدا مع طرف ما، ويرتب أموره على هذا الأساس.

[1289] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 297 و298. ولمزيد من التوسع في فكرة المسؤولية المدنية لمقدم خدمات التصديق، انظر: محمد حاتم البيات، المسؤولية المدنية عن الخطأ في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و29 ماي 2009،ص. 805 وما بعدها.

[1290] محمود عبد الرحيم الشريفات،م.س.ص. 167 وانظر أيضا في ذات السياق، إلياس ناصيف، م.س.ص. 112.

[1291] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 71.

[1292] محمود عبد الرحيم الشريفات، المرجع السابق، ص. 168.

[1293] يمكن أن يكون مرسل الإيجاب شخص عادي وليس الموقع إلكتروني، ولا يملك بالتالي أي وسائط مؤتمتة تنوب عنه في معالجة الرسائل التي تصل إليه. ومن ثم، لا يمكن القول إن هذا الشخص قد علم بالقبول لحظة وصوله، لأن جهاز الحاسوب الخاص به قد يكون مغلقا، وقد يعتبر هذا الفرض للوهلة الأولى عيبا أو مأخذا على نظرية تسليم القبول، لكن نستبعد ذلك، حيث أنه من ناحية فإن هذا الفرض غير شائع في شبكة الإنترنت. ومن ناحية أخرى، إن وصول رسالة القبول إلى مقدم العرض يفترض عليه أن يطلع على مضمونها مباشرة، إذا كان جادا في التعاقد، لأن القول بغير ذلك سيترك أمر التعاقد بيد مقدم العرض.

ويستطيع القابل أن يعلم بأن رسالة القبول التي وجهها قد وصلت إلى مقدم العرض، لأن مقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه، سيؤكد له ذلك. فبعد أن يضغط القابل على زر الإرسال «Envoyer»، ستظهر له بعد فترة وجيزة رسالة على شاشة الحاسوب، تعلمه أنه قد تم إرسال الرسالة بنجاح إلى العنوان المرسل إليه، وعندها سيتأكد من وصول رسالته، وأن العقد قد انعقد ورتب آثاره من هذه اللحظة[1294].

واستخلص هذا التوجه الفقهي، أن نظرية تسليم القبول، هي الأكثر ملاءمة لطبيعة المعاملات عبر شبكة الإنترنت، لما توفره من حلول عملية وتقنية للعيوب التي وجهت إلى النظريات السابقة. بالإضافة إلى كونها عادلة في تعاملها مع إرادة كلا الطرفين (مقدم العرض والقابل)[1295].

رابعا- نظرية علم مقدم العرض بالقبول: بموجب هذه النظرية، لا يكون للقبول أي قيمة قانونية ولا يترتب آثاره، إلا إذا علم به الطرف الآخر. وبالتالي، لا ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية إلا بعلم مقدم العرض بالقبول فعلا، ويكون ذلك بإطلاعه على الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول، أو بإطلاعه على القبول في صفحة الويب على جهازه الخاص. بعبارة أخرى، يتحقق ذلك باسترجاع مقدم العرض للمعلومات الموجودة في رسالة البيانات المستلمة منه[1296]. فحسب هذه النظرية، لا ينعقد العقد إلا في لحظة علم مقدم العرض بقبول عرضه، باستلامه ما يفيد ذلك من القابل.

فكما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب له، القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم مقدم العرض. ولما كان العلم الحقيقي قد يكون صعب الإثبات، فإن وصول القبول إلى مقدم العرض يعتبر قرينة على العلم به. لكنها قرينة تقبل إثبات العكس، يستطيع الموجب إثبات أنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله.

والظاهر من هذه النظرية، أنها ترجئ تمام العقد إلى وقت علم الموجب بالقبول، فيكون العقد منعقدا في اللحظة التي يصل فيها القبول إلى مقترح العرض، حيث يقرأ هذا الأخير رسالة القبول على جهاز الحاسوب[1297].

[1294] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 168 وما بعدها.

[1295] لقد أيد هذه النظرية حشد كبير من الفقهاء الذي بحثوا في مسألة إبرام العقود الإلكترونية عبر الإنترنت ومنهم:
Pacine, Carl Andrews, christine and Hillison, william, contracting in cyberspace, Op.cit., p. 3 - 4; Rawling jane, electronic contract - Part 1, crédit control, 1998, vol .19, Isse 5, p. 11, Database Ebsco (1 Feb 2003), David and handa, sunny and Margan, charles, cyberlaw, what you need to know ABOUT Doing business on line, p. 185.
أشار إلى هذه المراجع، ممدوح عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 170 ، الهامش رقم 1.

[1296] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 241، انظر أيضا بشار محمود دودين، م.س.ص. 143؛ وأيضا في السياق ذاته محمد إبراهيم أبو الهيجاء، م.س.ص. 53؛ وأيضا، نضال إسماعيل برهم، م.س.ص. 59.

[1297] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 298.

ويرى بعض من أنصار هذه النظرية أنها جمعت بين النظريات السابقة، ومن شأن الأخذ بها المحافظة على حقوق طرفي العقد؛ فالأخذ بها يقوم على تأكيد لوصول المعلومة إلى الطرف الآخر. فوصول القبول إلى الموجب يتيح له التأكيد أنه قد توصل به الموجب (مقترح العرض). ويتيح له ذلك أيضا، الوفاء بالتزامه بحسب ما تم الاتفاق عليه بينهما، ويعتد بالوقت الذي يتم العلم به من قبل الموجب بالقابل بوقت القبول[1298].

بينما رأى بعض آخر من الفقه، أن هذه النظرية لا تصلح كمعيار لتحديد لحظة إبرام العقد بطريقة إلكترونية، لأن القابل لا يملك دليلا لإثبات علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد، مما قد يعطي الفرصة لمقترح العرض، بأن يدعي عدم علمه بالقبول إذا دعته الظروف لذلك؛ بالتالي هي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال التعاقد بطريقة إلكترونية[1299].

ويرد أنصار هذه النظرية على هذا الاعتراض، بأنه لا يمكن أن يشترط لتمام العقد فيما بين غائبين، أن يعلم كل منهما برضاء الآخر في وقت واحد، فالأمر يرجع إلى إرادة الموجب. فهو من أنشأ العقد ابتداء بإيجابه ورسم حدوده، وليس القبول إلا موافقة تامة للإيجاب. فالموجب إذن، هو الذي يبين متى يريد أن يتم العقد، وأين يتم[1300]. بعبارة أخرى أن المطلوب، هو ألا يتم العقد إلا بعد أن يعلم الموجب بقبول إيجابه ويحق له أن يعتبر الأمر محلولا حتى يحاط علما بالقبول، إلا إذا تبين من الظروف أنه قصد أن يتم العقد في وقت آخر[1301].

بذلك نلاحظ بخصوص النظريات السالفة الذكر، أنها تقدم حلا واحدا لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد. لذا أطلق على هذه النظريات التقليدية اسم "النظريات الأحادية Monistes"، مقارنة بالنظريات الحديثة التي ظهرت، والتي ترى أنه ليس ثمة تلازم حتمي بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكان انعقاده. وأطلق على هذه النظريات الحديثة، اسم النظريات الثنائية "theories dualistes" والتي أيدها الأستاذان مالوري وشيفاليه[1302].

وهكذا يتضح من تدقيق النظريات التقليدية التي عالجت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد، أنه من الصعوبة تفضيل إحدى النظريات على الأخرى. فلكل نظرية مزاياها وعيوبها، وقد يدعو إلى الحيرة في الأخذ بواحدة منها دون الأخرى، لأن المشكلة تبقى دون حل[1303].

1298 محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 72.

1299 خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 298 و299. وانظر أيضا، مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 323.

1300 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س.ص. 246، الهامش رقم: 2.

1301 مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 324.

1302 لمزيد من التحليل حول النظريات الثنائية لكل من الأستاذ مالوري والأستاذ شيفاليه، انظر، عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 164 وما بعدها.

1303 عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 166.

وإلى جانب النظريات السالفة الذكر، هناك أيضا النظريات المختلطة التي تنظر إلى القبول من زاوية طرفي العقد، وتحاول التوفيق بين كل من نظرية الوصول ونظرية التصدير، حيث يعد العقد مبرما بمقتضى هذه النظرية في اللحظة التي يتم فيها إرسال القبول إلى مرسل العرض، بشرط أن يتم تسليمه أو وصوله إليه[1304].

وأمام تضارب المواقف الفقهية، في الأخذ بهذه النظرية أو تلك، ظهر موقف فقهي جديد ليقترح نظرية جديدة تتماشى والطبيعة الخاصة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وهي:

خامسا- نظرية تأكيد العارض لوصول القبول: ظهرت هذه النظرية في بيئة التجارة الإلكترونية، لتنظيم مسألة التعاقد الإلكتروني. فنظرا للصعوبات التي تكتنف النظريات السابقة، فإنه في المعاملات التجارية الدولية لم يتم التقيد بأي منها، بحيث يستلزم الأمر ليس صدور القبول وعلم مقدم العرض به، بل أنه يتطلب فوق ذلك، أن يقوم هذا الأخير بتأكيد توصله بالقبول، وقد يتفق الأطراف على أن العقد لا يعد تاما إلا بعد إرسال هذا التأكيد[1305].

ويرى هذا الموقف الفقهي، أنه وفق هذا المعيار ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، حينما يضغط القابل على أيقونة القبول التي حددها البرنامج المعلوماتي المستعمل في عملية التعاقد[1306]، وقد تكون زر الموافقة "j'accepte" أو زر التنزيل "Télecharger". وهنا مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع، ويستمر حتى خروج القابل منه[1307].

وبموجب هذه النظرية، فإن القبول مجرد عن تأكيده، ولا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد. فالقبول مجرد عن التأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض، الذي يصبح وفق هذه النظرية عديم الأثر[1308].

وأفضل هذا الاتجاه الأخير، لما فيه من حماية مهمة وفعالة لمصالح طرفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، حيث لا يبقى القابل مشوشا ولا يعرف هل توصل فعليا مقدم العرض بقبوله أم لا. فإرسال مقدم العرض رسالة تأكيد بالتوصل بالقبول، من شأنها إحاطة الطرفين بالحماية القانونية اللازمة لحماية مصلحتيهما.

هذه النظرية التي فرضها الواقع المعاملاتي في المجال الالكتروني، تجنب المتعاقدين الكثير من الإشكالات الفنية والقانونية. فقد يخطئ من وجه إليه الإيجاب في قراءة ثمن المبيع، أو أوصافه، أو في التعبير عن إرادته سلبا أو إيجابا، هذا من جهة. ومن جهة أخرى، فإن تأكيد القبول يجنب طرفي العقد المشاكل التي قد تنجم عن الأعطال التقنية التي قد تمس النظام المعلوماتي لمقدم العرض، كما يجنب البحث في مدى إهماله في حالة عدم علمه بالقبول لعدم فتحه لبريده الإلكتروني.

[1304] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 299.

[1305] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 167.

[1306] بشار محمود دودين، م.س.ص. 143.

[1307] طارق كاظم عجيل، مقال سابق، ص. 304.

[1308] Christane Feral, Cyber droit: Le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz-Dunod, 2001, p. 160.

نستخلص مما سبق، أن مجلس العقد في حالة التعاقد عن طريق البريد الالكتروني، إذا كان مباشرة بين الطرفين، أي أن الاتصال بينهما لحظي، فإنه يبدأ من حين صدور العرض والبدء في التفاوض، ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.

أما إذا كان التعاقد غير لحظي، فمجلس العقد يبتدئ من لحظة اطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتجا أو عبارة عن خدمة. ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف. ولكن يلاحظ بهذا الخصوص، أنه نظرا لحداثة التعاقد بطريقة إلكترونية، فإنه لا توجد بعد أعراف تجارية[1309]، يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن[1310].

أما في حالة التعاقد عن طريق وسائل التفاعل المباشرة، فإن مجلس العقد يبتدأ من لحظة صدور الإيجاب ويبقى مستمرا إلى حين انتهاء المحادثة. فللطرفين حق القبول أو الرفض، طالما أنهما متواصلان مع جهاز الحاسوب وعبر شبكة الانترنيت. فإذا قام أحدهما عن الجهاز أو أغلقه باختيار منه وعن طواعية، أو انتقل إلى معاملات أو مواقع أخرى عبر صفحات الويب، انفض مجلس العقد[1311].

فإذا كان هذا من المواقف الفقهية والنقاشات التي تطرقت إلى إشكالية زمان العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فماذا عن المواقف التشريعية؟ هذا ما سنتطرق إليه من خلال **المطلب الثاني**.

المطلب الثاني
وقت إبرام العقد من خلال المواقف التشريعية: القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية

لقد جرت محاولات عديدة لوضع قواعد بموجب القوانين الوطنية، وأيضا بموجب اتفاقيات دولية وقوانين نموذجية لتوحيد مسألة زمان إبرام العقد عموما، والعقد المبرم بطريقة إلكترونية خصوصا. وجاءت الحلول التي وضعتها التشريعات، متقاربة بخصوص مسألة زمان انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فما هي يا ترى الأحكام القانونية الخاصة بهذه المسألة في القوانين (**الفقرة الأولى**)، وفي الاتفاقيات (**الفقرة الثانية**).

[1309] الأعراف والعادات التي تمارسها الأوساط المهنية في العالم الرقمي للمعلومات الإلكترونية والاتصالات الدولية والتجارة الإلكترونية، حيث أن هذه الأعراف والعادات نشأت بطريقة تلقائية من خلال تزايد التعامل بالوسائط والإتفاقيات والعقود الدولية. وغالبا ما تكون هذه الاتفاقات خاصة بكل نوع من أنواع التعامل الذي يتم عبر الشبكة، وكنتيجة لذلك يرى أنصار القانون الموضوعي الإلكتروني الدولي أنه من الضروري أن يتبوأ العرف مكانا مهما في وضع القواعد الموضوعية المنشأة له، لأن النشأة التلقائية تمكنه من الإستجابة للمعطيات الدولية، لمزيد من الاطلاع انظر: زيد مقابلة، م.س.ص. 95 وأيضا، أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولي الخاص، فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، جامعة الإمارات العربية، 2000، ص. 17.

[1310] طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، مقال سابق، ص. 303 و304.

[1311] المقال السابق، ص. 305.

الفقرة الأولى: الأحكام القانونية الخاصة بمسألة زمن إبرام العقد بطريقة إلكترونية

حظيت مسألة تحديد زمن إبرام العقد بصفة عامة بأهمية خاصة، ذلك أن هناك مسائل متنوعة نظمتها القواعد العامة في القوانين المدنية. وأخذت التشريعات الوطنية بحلول مختلفة، من حيث الأخذ بهذه النظرية أو تلك، من النظريات التي سبق لنا التطرق إليها، وبعضها لم تخرج عن الإطار العام للقواعد العامة لنظرية العقد كالقانون المدني المصري، ويتضح ذلك من دراسة بعض القوانين التي عالجت مقتضيات العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

فبالنسبة للتشريعات التي نظمت مجال العقود والمعاملات بطريقة إلكترونية، وميزتها بأحكام خاصة، فقد تبنت مواقف مختلفة. وهكذا، فبموجب المادة 17/ب من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي: "يتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو التالي: إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يتم الاستلام:

(أ) وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين،

أو (ب) وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونية إذا أرسلت إلى نظام معلومات تابع له، ولكن ليس هو نظام المعلومات المعين لاستقبال الرسالة.

إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية، نظام معلومات تابع للمرسل إليه".

وبمقتضى المادة 14 من قانون التجارة الإلكتروني البحريني "1- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر إرسال السجل الإلكتروني قد تم:

(أ) وقت دخول هذا السجل في نظام للمعلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من أرسل السجل الإلكتروني نيابة عنه، وذلك إذا كان كل من المنشئ والمرسل إليه لا يستخدمان ذات نظام المعلومات.

(ب) وقت دخول هذا السجل حيز انتباه المرسل إليه وتمكنه من استخراجه، وذلك إذا كان كل من المنشئ والمرسل إليه يستخدمان ذات نظام المعلومات.

2- ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، فإن وقت تسلم السجل الإلكتروني يحدد على النحو الآتي: (أ) إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض تسلم السجلات الإلكترونية، فإن التسلم يعتبر قد تم:

- وقت دخول السجل الإلكتروني نظام المعلومات المعين لهذا الغرض.

- وقت دخول السجل الإلكتروني حيز انتباه المرسل إليه وتمكنه من استخراجه، وذلك إذا أرسل السجل إلى نظام معلومات تابعا للمرسل إليه غير النظام المعين لهذا الغرض.

(ب) إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، فإن التسلم يكون وقت دخول السجل الإلكتروني نظام معلومات تابعا للمرسل إليه".

وهكذا نستنتج من المواد الآنفة الذكر، أن قانون كل من إمارة دبي ومملكة البحرين الخاص بالتجارة الإلكترونية، أخذ بمذهب استلام القبول لتحديد وقت إبرام العقد، في حال عدم الاتفاق بين طرفي العقد على وقت آخر لتفادي أي إشكال قانوني، فأعطى المشرع الحرية كاملة لإرادة المتعاقدين وسيادة مبدأ سلطان الإرادة بما لا يخالف النظام العام.

أما إذا لم يكن هناك اتفاق مسبق حول تحديد وقت إبرام العقد، فإن المواد السابقة اعتبرت وقت إبرام العقد هو وقت وصول رسالة البيانات المتضمنة لقبول الطرف الآخر. فمتى تم وصول القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب أو بموقعه، يتم تلقائيا إدراج الوقت والتاريخ الذي وصل به إلى القابل، ويتم ذلك دون أخذ أي أمر من أي طرف.

على أن وقت وتاريخ الاستلام لا يخلوان من التحريف والتزوير من قبل من له مصلحة في التلاعب بالتعاقد، إذ يمكنه تغيير وقت وتاريخ جهاز الحاسوب الخاص به، بإدراج تاريخ غير صحيح في الرسالة التي تم استقبالها ليعتد به في حالة حدوث أي خلاف بين الطرفين، ويلاحظ عدم تطرق التشريعات لهذه المسألة. كما يطرح هنا إشكال آخر، ويتعلق باختلاف التوقيت المستعمل بين ساعة المتعاقد وساعة النظام[1312].

ومن وجهة نظري، يمكن حل الإشكال بمطابقة التقرير الذي تم تسليمه إلى القابل، بتاريخ الاستلام لدى الموجب الذي يدرج مع الرسالة المتضمنة للقبول، لأن الوقت بين هذين الأمرين لا يتجاوز أكثر من دقائق معدودة وبالتالي من السهل إثبات التلاعب، هذا بالنسبة إلى التشريعات التي أخذت بمذهب استلام القبول.

على أن تشريعات أخرى تطرقت هي أيضا إلى مسألة وقت إبرام العقد، لكن أخذت بموقف مختلف كالتشريع الأردني في المادة 17 من قانون المعاملات الإلكترونية والتي جاء فيها: "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 بالإطلاع عليها لأول مرة.

ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات، فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابعا للمرسل إليه".

فطبقا لهذه المادة، فرق المشرع الأردني بين حالات إرسال البيانات وأخذ بنظرية العلم بالقبول، مما أوجب الإطلاع على رسالة البيانات المتضمنة للقبول الذي صدر، وبيان مدى ملاءمته للإيجاب الذي وجه إلى القابل. فمتى اطلع الموجب على القبول، فإن تاريخ الإطلاع هو نفسه تاريخ إبرام العقد، وهذا بالنسبة إلى القابل إذا كان لديه نظام معالجة بيانات خاص به، حيث يتم الأخذ بمذهب العلم بالقبول.

[1312] Murielle-Isabelle Cahen, Op.Cit. p. 26.

أما إذا لم يتوافر نظام معالجة خاص بالموجب، فالمشرع الأردني أخذ بمذهب استلام القبول، ذلك أن الشخص الذي لا يملك نظام معالجة بيانات خاص به، يتوجب عليه مطالعة المركز الذي يقوم بالمراسلات من خلاله ومعرفة ما تم وصوله من بيانات وردود عليه، ليكون على إطلاع دائم ومستمر بما يستجد لديه من مراسلات وإجابات على استفساراته.

وكل الأحكام السابقة، ما هي إلا أحكام مكملة لإرادة الطرفين، حيث يجوز الاتفاق على ما يخالفها، ضمن الحدود التي نصت عليها القواعد العامة لنظرية العقد.

من خلال النص السابق، يمكننا أن نستخلص أن تحديد وقت إرسال رسالة المعلومات واستلامها يخضع لاتفاق الأطراف، أي المنشئ والمرسل إليه. فإذا وجد مثل هذا الاتفاق فإنه هو الذي يطبق وحده دون غيره، أما إذا لم يتفق الأطراف على تحديد هذه المسألة، فيتم تطبيق نص المادة 17 المذكورة سابقا على التعاملات الإلكترونية؛ فنص هذه المادة يعتبر نصا مكملا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفته[1313].

أما المشرع التونسي في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية، فنجده قد اعتبر بموجب الفصل 28 منه بأنه "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية، بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". وبذلك يكون المشرع التونسي في القانون المذكور أعلاه، قد أخذ بمذهب العلم بالقبول بالنسبة لوقت إبرام العقد، إلا أنه اشترط وجوب التوقيع الإلكتروني على الرد، الذي يؤكد في مضمونه على الجزم في إتمام التعاقد.

بينما القانون المدني المصري مثلا، احتفظ بالقواعد العامة في العقود، لتطبيقها في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. فبموجب المادة 1/97 من القانون المدني، يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في الزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. لكن المشرع المدني المصري، يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في الزمان الذي وصل إليه فيه، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك. بمعنى، ما لم يقم الدليل على أنه لم يعلم بالقبول على الرغم من وصوله إليه.

بالتالي يكون القانون المدني المصري قد أخذ بمذهب العلم بالقبول، لتحديد وقت انعقاد العقد بين الغائبين. ويعد هذا الموقف تطبيقا لنص المادة 91 من القانون المدني المصري، التي تقضي بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك.

بذلك يكون التشريع المدني المصري، قد أخذ بقاعدة وصول القبول إلى الموجب على أساس أن هذا يدل على علمه به، فإذا ثبت غير ذلك وجب الأخذ بقاعدة علم الموجب بالقبول. وبتطبيق هذا المعيار الذي أخذ به المشرع المصري بالنسبة لصور التعاقد عبر الإنترنت، فإن وقت انعقاد العقد يكون كالتالي:

- بالنسبة للتعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فإن الموجب يعلم بالقبول بعد أن يقوم بالدخول على صندوق بريده الإلكتروني وفتح الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول والقيام بقراءتها، في هذه اللحظة يكون العقد قد انعقد.

[1313] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 328.

- أما بالنسبة للتعاقد من خلال الويب، فإن القبول يتمثل في الضغط على أيقونة القبول، حيث يصل هذا القبول إلى النظام المعلوماتي الخاص بالموجب (مالك الموقع). بمعنى أن القبول يصل إلى البرنامج الذي يتولى إدارة الموقع خلال ثوان معدودة بعد الضغط على أيقونة القبول، ليقوم هذا البرنامج بنقل هذا القبول في صورة طلب لسلعة أو خدمة. وينضم هذا الطلب إلى كل الطلبات الأخرى، وبالتالي لا يعلم الموجب بالقبول فور صدوره، وإنما يعلم به بعد ذلك بمدة عند تجميع الطلبات والبدء في تنفيذها.

وعلى اعتبار أن العبرة هي علم الموجب نفسه -أي الشخص الطبيعي وليس البرنامج- فإن وقت انعقاد العقد، هو الوقت الذي يعلم فيه الموجب أومن ينوب عنه بالقبول، فعلم الموظف المسؤول عن تنفيذ الطلبات يعتبر بمثابة علم الموجب نفسه[1314].

ويرى بعض من الفقه أن مذهب العلم بالقبول، لا يتلاءم مع التعاقد عبر الإنترنت. ويعتبر أن المذهب الملائم لطبيعة هذا التعاقد، هو مذهب تسليم القبول. فمن الناحية العملية، بالنسبة للتعاقد عبر الإنترنت، سيصعب على الموجب إثبات وقت العلم بالقبول، لذلك سيطبق مذهب تسليم القبول عبر الإنترنت، لتحديد وقت انعقاد العقد[1315].

التشريع الفرنسي الذي أخذ عنه المشرع المغربي نص القانون رقم 05-53، لم يرد فيه أي نص خاص ببحث مسألة زمان إبرام العقد عبر الوسائل التقنية. على أنه وباستقرائنا لنص المادة 1369/5/3 يظهر أن المشرع الفرنسي في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، أخذ ضمنيا بنظرية تأكيد تسليم القبول لتحديد وقت انعقاد هذه العقود. فقد نصت هذه المادة على أن "الطلب وتأكيد القبول والإقرار بالاستلام تعتبر كأنها وصلت حينما يستطيع المرسل إليه أن يطلع عليها"[1316]، وهذا النص، مقتبس عن المادة 11/1/2 من التوجيهة الأوربية الخاصة بالتجارة الإلكترونية[1317]؛ وبالتالي ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب، سواء أعلم الموجب أم لم يعلم بهذا القبول.

ومن هنا يتبين أن مسألة تحديد زمن انعقاد العقد عبر الوسائل الإلكترونية، يعتمد على ضبط الوقت على الأجهزة المستخدمة في الاتصال على الشبكة والخادمة لها. لذلك، إذا لم يوضع مثل هذا الاتصال لرقابة مشددة، فإنه من المتصور حدوث عمليات غش يترتب عليها استلاب الحقوق بدون قانون. لذلك كان من الضروري وحفظا لحقوق طرفي التعاقد، التأكد من حقيقة وقت استقبال الرسائل المسجل في أجهزة الحاسوب التي تستقبل الرسائل الالكترونية، وهو الوقت الذي يعتمد عليه في تحديد وقت انعقاد العقد وهذه مسألة تتعلق بالإثبات[1318].

[1314] سامح عبد الواحد التهامي، م.س.ص. 208.

[1315] المرجع السابق، ص. 210.

[1316] Art 1369/5/3: « la commande, la confirmation de l'acceptation de l'offre et l'accusé de réception sont considérés comme reçus lorsque les parties aux quelles ils sont adressés peuvent y avoir accès ».

[1317] Art 11/1/2: "La commande et l'accusé de reception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties aux quelles ils sont addresses peuvent y avoir acccés".

[1318] سلطان عبد الله محمود الجواري، م.س.ص. 75 و76.

وتطبيقا لذلك، فالعقود المبرمة عبر البريد الإلكتروني تكون منعقدة وقت تسليم القبول، أي وقت وصول الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب ولا يهم إن كان هذا الأخير قد فتح بريده الإلكتروني وقرأ الرسالة أم لا، فالعقد مع ذلك يعتبر قد انعقد وقت وصول الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد الإلكتروني، حتى ولو لم يقم الموجب بفتح بريده الإلكتروني[1319].

المشرع المغربي، وعلى خلاف ضبطه مسألة زمن العقد الحاصل بالمراسلة في الفصلين 24 و30 من ق.ل.ع في الوقت الذي يتم فيه الإعلان عن القبول بشرط توصل الموجب في الأجل المناسب، لم يبين هذه النقطة بشكل واضح إذ بقراءة مضمون الفصل 5-65 ق.ل.ع، لا نخرج بتصور دقيق عن الفترة التي ينعقد فيها العقد المبرم بشكل إلكتروني. فبعد إتاحة الفرصة للشخص الموجه إليه العرض قصد الإطلاع عليه وتصحيح وإدخال التعديلات اللازمة بالاتفاق مع العارض، فإن الطرف الأول قد يوافق عليه ويرسله للعارض، وهنا يتعين على صاحب العرض أن يشعر القابل بطريقة إلكترونية بتسلمه قبول العرض دون تأخير غير مبرر[1320].

المشرع المغربي وكنظيره الفرنسي، لم يضع نصا يفصل في مسألة زمن انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، رغم ما لذلك من أهمية قصوى. على أن المشرع المغربي الذي اقتبس مجمل المادة 1369/5/3 قانون مدني فرنسي، نص في الفصل 5-65 الفقرة 2 على أنه "يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة إلكترونية ودون تأخير غير مبرر، وبطريقة إلكترونية، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه". بمعنى، على صاحب العرض أن يشعر القابل بأنه قد تسلم رسالة القبول.

وأوجب المشرع المغربي على صاحب العرض القيام بذلك، فور تسلمه رسالة القبول ودون تأخير غير مبرر. مما يعني، كلما تأخر صاحب العرض الذي توصل برسالة إلكترونية من القابل بقبوله العرض، ودون عذر مقبول ومبرر، إلا وعرض نفسه للمسؤولية. واسترسل المشرع المغربي بموجب الفقرة 3 من الفصل المذكور في صيغة الإيجاب، حينما نص على أنه "يصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه".

على أن صياغة هذه الفقرة أتت بتناقض بَين، فظاهرها يفيد أن المرسل إليه -أي متلقي العرض- يصبح بمجرد تسلمه ذلك العرض ملزما به. في حين أنه بنص القانون، له إمكانية قبوله أو رفضه. وفي حالة القبول، له أن يصدر إذنا بذلك ويرسله لصاحب العرض، وهو حكم القاعدة العامة التي لا تعتبر التوصل بالإيجاب ملزما للمرسل إليه، وإنما لابد من صدور القبول عن هذا الأخير، وتوصل الموجب به.

[1319] C. Blaise, le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet), mémoire, Faculté de droit, Université Paris V, 1997, disponible sur: www.eridia.com, p. 33. (M.S.J, Av. 2009).

[1320] عبد القادر العرعاري، م.س. ط. 2، 2009، ص. 60 و61.

فالملاحظ هنا أن المشرع المغربي ألزم من وجه إليه العرض أن يقبل بهذا العرض، والحال أن هذا مناقض لمبدأ الحرية التعاقدية، من جهة، وللقواعد العامة الخاصة بالقبول في العقود، من جهة ثانية. كما لو أن المشرع المغربي يجعل من العقد المبرم بطريقة إلكترونية عقد إذعان، ومفروض في الطرف الذي وجه إليه العرض أن يقبله رغما عنه.

ولعل الأمر لا يعدو أن يكون سهوا، إذ النص في صياغته الأولى جاء فيه "... ويجب على الموجب أن يشعر بالتوصل دون أجل غير مبرر وبطريق إلكتروني بقبول إيجابه، وأنه بمجرد توصل القابل بهذا الإشعار يلزمه بطريقة لا رجعة فيها". بمعنى، أن ما يلزم من وجه إليه العرض هو الإشعار المتوصل به من طرف الموجب (مقدم العرض) بأنه توصل بالقبول.

وعليه، لكي يستقيم مفهوم النص المقصود هو تسلم "قبول العرض"، وليس "العرض" كما جاء في النص؛ ذلك أن المرسل إليه في هذه الحالة يكون هو صاحب العرض. والدليل على ذلك، أن الفقرة الأخيرة من نفس الفصل المذكور أعلاه تتحدث على أنه "يعتبر قبول العرض، وتأكيده والإشعار بالتسلم، متوصلا بهما، إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها".

وما يؤكد توجهنا هذا، أن المشرع المغربي من خلال القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، أوجب أن تكون الشروط التعاقدية المطبقة على توريد المنتوجات والسلع أو تقديم الخدمات عن بعد، موضوع قبول صريح من طرف المستهلك وذلك قبل تأكيد قبول العرض (المادة 30).

ونلاحظ هنا، التمييز ما بين قبول العرض وتأكيده، وبين الإشعار بالتسلم الذي يعود على قبول العرض، وليس على العرض. ومن ثم، فإن من تلقى عرضا إلكترونيا يصبح ملزما به بشكل لا رجعة فيه، فور تسلم باعث العرض الإذن بالقبول، حيث يكون العقد في هذه اللحظة قد أبرم.

وقد اعتبر المشرع المغربي أن التوصل صحيح، طالما كان بإمكان الطرف المرسل إليه الولوج إلى المراسلة. بذلك الإذن بقبول العرض الذي يرسله متلقي العرض، أي القابل، أو الإشعار بالتوصل به، الذي يرجعه إليه صاحب العرض إذا تم إرسالهما بالبريد الإلكتروني، وأغفل هذا الطرف أو ذاك أو تقاعس عن الإطلاع عليه -مهما كان السبب- فإنه يعتبر بحكم القانون متوصلا به، ما عدا إذا ثبت أن هناك عذرا خارجا عن الإرادة، كالخلل في وسائل الاتصال التي لايد له فيها على سبيل المثال.

والملاحظ أن المشرع المغربي لم يلزم القابل بتوجيه قبوله إلكترونيا إلى صاحب العرض، حيث يبقى من حقه أن يبعثه بمراسلة تقليدية، لكن إذا اختار الجواب برسالة إلكترونية، فإنه يخضع لأحكام القانون المذكور.

أما القانون الإنجليزي وتطبيقا للأصول المتبعة فيه، فإنه في غياب قاعدة عامة منصوص عليها في القانون بشأن تحديد زمان العقد، يتم الرجوع إلى السوابق القضائية، التي تجيز للمتعاقدين خاصة الموجب، تحديد ما يعد قبولا وتحديد الوقت الذي ينتج فيه القبول أثره (م. 15 من اتفاقيات التبادل الإلكتروني)[1321].

[1321] سلطان عبد الله محمود الجواري، م.س.ص. 76، وانظر في مراجع أحكام القضاء الإنجليزي: هوامش ص. 76 و77.

ويميز بعض الشراح[1322] بين الاتصال الشبكي المباشر بين العاقدين والاتصال غير المباشر، عند تحديد نطاق قاعدتي تصدير القبول ووصوله بالنسبة إلى رسالة القبول. فقد قيل بأن قاعدة تلقي القبول تنطبق في كل حالة يوجد فيها اتصال مباشر بين الطرفين، على اعتبار أنه يفترض أنه بمجرد إرسال رسالة القبول فإنها تصل في نفس اللحظة إلى الطرف الآخر الذي يمكنه قراءتها.

أما إذا كان الاتصال بين طرفي رسالة القبول غير مباشر، حالة تدخل الوسيط بين طرفيها فقد قيل أن قاعدة التصدير هي الأكثر استجابة للسرعة التي تقتضيها المعاملات التجارية، ويكون على الطرف الآخر أن يتخذ احتياطاته لضمان العلم بمضمون الرسالة لحظة وصولها إلى موقع الوسيط.

الفقرة الثانية: رصد لمواقف التشريعات الدولية من مسألة زمن إبرام العقد بطريقة إلكترونية

في سبيل البحث عن حلول يمكن الاهتداء بها، في مسألة تحديد زمن انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، والقياس عليها فيما يتعلق بالعقود الجارية عبر الإنترنت، نجد على الصعيد الدولي اختلاف وجهات النظر بخصوص ذلك.

فاتفاقية فيينا الخاصة بالبيع الدولي للبضائع[1323] تبنت نظرية (تسليم) وصول القبول، وذلك حسب المادة 18/2 والتي نصت على أنه "يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب ما يفيد الموافقة على إيجابه ولا يحدث القبول أثره إذا لم يصل إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة...". كما أكدت تلك الاتفاقية على ذلك، بنص المادة 23 منها بالقول "ينعقد العقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب أثره وفقا لأحكام هذه الاتفاقية".

وفيما يتعلق بالمقصود بوصول إعلان القبول إلى الموجب، فقد اعتبرته المادة 24 من الاتفاقية المذكورة، بأنه قد وصل إلى الموجب إذا أبلغ به شفويا أو سلم إليه بأية وسيلة للاتصال شخصيا، أو في منشأته، أو في عنوانه البريدي، أو في محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له منشأة أو عنوان بريدي. بذلك، ووفقا لاتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، ينعقد العقد عند وصول رسالة القبول إلى الموجب وتسلمها وفق الطرق التي أشارت إليها المادة 24 المذكورة سابقا[1324].

على أن الاتفاقية المذكورة، لم تورد أي نص يتعلق بالعقود التي تبرم عبر الوسائل الإلكترونية، ذلك أنها اتفاقية تنظم عقود البيع الدولي بغض النظر عن الوسيلة التي أبرمت من خلالها، حيث أجازت إبرام هذه العقود بأي وسيلة[1325].

[1322] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص. 78 و79.

[1323] تجدر الإشارة إلى أن هذه الاتفاقية لا تطبق بشأن البيوع مع المستهلكين، مما قد لا تتناسب مع البيوع عبر الإنترنت والتي تبرم في معظمها مع مستهلكين. إلا أن الإشارة إليها على سبيل الاستدلال في مسألة تحديد وقت إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية، كمسألة خلافية فيما بين التشريعات الوطنية، وعلى اعتبار أن هذه الاتفاقية تتضمن في ثناياها نص اتفاقي حول مسألة خلافية كمؤشر على إمكانية توحيد المواقف بشأن وقت انعقاد العقد بموجب اتفاقية مماثلة، انظر في تفسير ذلك، محمود سمير الشرقاوي، العقود التجارية الدولية، دراسة خاصة لعقد البيع الدولي للبضائع، ط. 2، 2002، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة.

[1324] محسن شفيق، م.س.ص. 117.

[1325] جاء في المادة 11 من هذه الاتفاقية أنه "لا يشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة، ولا يخضع لأي شروط شكلية...".

على أنه بالرجوع إلى المادة 24 من الاتفاقية، نجدها قد حددت المقصود بوصول إعلان القبول، وقد جاء فيها "يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أي تعبير آخر عن العقد قد "وصل" إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي". ويبدو واضحا أن اتفاقية فيينا، قد تبنت فعلا نظرية تسليم (وصول) القبول[1326]، أي أن العقد ينعقد عندما يتسلم الموجب رسالة تتضمن القبول، بغض النظر فيما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم.

وتطبيقا لذلك، إذا أبرم عقد بيع دولي عبر الإنترنت بين دولتين منضمتين إلى الاتفاقية أو بين أفراد تلك الدولتين من خلال تبادل رسائل بريد الإلكتروني، فإن العقد يعتبر قد انعقد في اللحظة التي تصل فيها إلى صندوق بريد الموجب رسالة بريد إلكتروني، تتضمن قبولا للإيجاب بحيث تكون هذه الرسالة جاهزة لمعالجتها، أي يمكن قراءتها دون الحاجة لفتحها ومعرفة مضمونها[1327].

أما القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال)، فلم يتطرق مباشرة لمسألة زمان انعقاد العقد بطريقة إلكترونية، بل استعاظ عن ذلك بتنظيم مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات (Data message) لأهميتها، باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الإرادات التعاقدية (الإيجاب والقبول)، وذلك بموجب المادة 15 منه التي جاءت بعنوان "زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات"[1328]. ولم يعتمد بذلك القانون النموذجي على موقع نظم المعلومات[1329] في تحديد زمن ومكان إبرام العقد بطريقة إلكترونية، وإنما اعتمد معيارا أكثر موضوعية مثل: مكان موطن الأعمال التجارية للأطراف.

والملاحظ أن المشرع في القانون النموذجي، أراد بث الثقة في رسالة البيانات بعد إنشائها، بحيث لم يعد بمقدور منشئها التغيير في بياناتها. فبمجرد إرسالها، لا بد أن تخرج من تحت سيطرته وتدخل تحت سيطرة طرف جديد. وفي هذه الحالة، يكون هو ذات النظام التابع للمرسل إليه إن كان لديه موقع خاص به أو النظام التابع للوسيط (أو مقدم الخدمة)[1330].

[1326] محسن شفيق، م.س.ص. 170.

[1327] يستثنى من تطبيق أحكام هذه الاتفاقية، عقود البيع الدولي التي تعقد بين دول ليست أعضاء في الاتفاقية، أو بين أفراد هذه الدول، وكذلك يستثنى منها بنص المادة 2 من الاتفاقية بعض أنواع البيوع وإن اكتسبت الصفة الدولية، مثل: عقود البيع الموجهة للمستهلكين وبيوع المزاد العلني والبيوع المتعلقة بالأوراق المالية والتجارية والنقود والكهرباء والسفن والمراكب والطائرات، ولتفاصيل ذلك، انظر نص المادة 2 من اتفاقية فيينا.

[1328] يقابلها المادة 11 من المشروع الأولي لاتفاقية بشأن العقود الدولية المبرمة أو المثبتة برسائل البيانات، منير محمد الجنبيهي- ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، م.س.ص. 134.

[1329] يتمثل مكان نظم المعلومات بالمكان الذي توجد فيه المعدات والتكنولوجيا الداعمة لهذا النظام. وقد يشكل قرينة يستدل بها على مكان عمل الشخص، لكن لا يعول عليه دائما لأنه قد يؤدي إلى نتائج غير ملائمة، كما في الحالة التي يبرم فيها العقد نيابة عن البائع مع المشتري عن طريق الحاسوب التابع لمقدم خدمات المعلومات الذي يستضيف موقع البائع على شبكة الإنترنيت. انظر الوثيقة رقم: A/CN.9/WG.IV/WP.95 البند رقم 42، ص. 13، على الرابط التالي:

http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/872/64/PDF/V0187264.pdf?OpenElement (M.S.J, Juin 2010).

[1330] الفقرة 1 من المادة 15 من قانون الأونسيترال النموذجي.

فالفقرة 1 من المادة 15 حددت زمن إرسال رسالة البيانات[1331]، وجاء فيها "ما لم يتفق المنشئ... والمرسل إليه...[1332] على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات[1333] لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل البيانات نيابة عن المنشئ".

وعليه، تعتبر لحظة إرسال البيانات، هي اللحظة التي تدخل فيها هذه الرسالة إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو من أرسلها نيابة عنه. وبمعنى آخر، هي اللحظة التي تخرج فيها رسالة البيانات عن سيطرة المنشئ، فلا يعود بإمكانه استرجاعها وتعديلها.

كما حدد القانون النموذجي وقت استلام رسالة البيانات بموجب الفقرة 2 من المادة 15 السالفة الذكر، بأنه "وفي حالة عدم اتفاق الأطراف، يتحدد وقت استلام الرسالة عند دخولها لنظام المعلومات الذي تم تعيينه من قبل المرسل إليه لاستلام رسائله عليه. وإذا تم تعيين نظام معلومات لاستلام رسائله عليه ولم ترسل إليه، وإنما أرسلت إلى نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه، فيعتبر الوقت منذ قيام المرسل إليه باسترجاع رسائله من هذا النظام والإطلاع على هذه الرسالة".

فإذا حدد المرسل إليه عنوانا بريديا إلكترونيا معينا، أو موقعا معينا ليستلم عليه رسائله، فتعتبر الرسالة قد استلمت بدخولها هذا الموقع أو العنوان. أما إذا أرسلت إلى عنوان آخر لذات المرسل إليه، فوقت استلامها يتحدد بوقت استخراجها من قبل المرسل إليه من ذلك الموقع والإطلاع عليها[1335]. أما إذا لم يكن المرسل إليه قد عين نظاما للمعلومات لاستقبال رسائله، فيقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

ونتساءل هنا حول المقصود بالإرسال، في الفقرة 2 من المادة 15 السالف ذكرها. ولعل المقصود هنا بالإرسال، هو قيام الشخص بالإجراء التقني الذي ينتج عنه إرسال الرسالة، أما خروج رسالة البيانات عن سيطرة المنشئ ودخولها في نظام آخر، فمن المفترض بأنها واقعة لاحقة لإجراء الإرسال، وليست هي عملية الإرسال بذاتها[1336].

[1331] عرف ذات القانون في المادة 2/أ رسالة البيانات بأنها "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".

[1332] عرف القانون النموذجي المنشئ في المادة 2 والخاصة بالتعريفات، الفقرة (ج) بأنه "يراد بمصطلح (منشئ) رسالة البيانات الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها. إن حدث، قد تم على يديه أو نيابة عنه ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة. وعليه فإن مزود خدمة الإنترنت ومقدم خدمة البريد الإلكتروني (Mail server) وهما الوسيطان في ربط المنشئ بخدمات الإنترنت وإيصال رسائله الإلكترونية لا يعتبر أي منهما منشئا لرسالة البيانات.

[1333] بموجب المادة 3/2 من القانون النموذجي "... يراد بمصطلح (المرسل إليه) رسالة البيانات الشخص الذي قصد المنشئ أن يتسلم رسالة البيانات، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

[1334] بمقتضى المادة 2/هـ من القانون النموذجي "يراد بمصطلح (نظام معلومات) النظام الذي يستخدم لإنشاء رسائل البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها أو لتجهيزها على أي وجه آخر". ووفقا لهذا المفهوم، يكون صندوق رسائل البريد الإلكتروني في شبكة الإنترنت، نظاما للمعلومات يمكن تحديده من خلال العنوان البريدي الإلكتروني. راجع ص. 41 الهامش رقم: 78.

[1335] المادة 15/ 2 - أ من قانون الأونسيترال.

[1336] محمود عبد الرحيم الشريفات، م.س.ص. 176. ويقصد بالإرسال، بدء البث الإلكتروني لرسالة البيانات، منير محمد الجنبيهي- ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، م.س.ص. 89.

بذلك، تعتبر رسالة البيانات قد أرسلت في شبكة الإنترنت، عندما تدخل رسالة البريد الإلكتروني -باعتبارها رسالة بيانات- إلى نظام لا يخضع لسيطرة مرسل الرسالة، وهو هنا دخولها في نظام المعلومات الخاص بمقدم خدمة البريد الإلكتروني الذي يتعامل معه المرسل؛ بذلك تخرج عن سيطرة المرسل فلا يعود بإمكانه استرجاعها أو تعديلها أو إلغاؤها.

أما وقت استلام الرسالة، فقد حددته الفقرة 2 من المادة 15، وفق ما يلي:

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

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

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه".

والملاحظ أن هذا النص أيضا، لم يحدد وقت انعقاد العقد، وإنما اقتصر فقط على تحديد لحظة استلام رسائل البيانات، وحدد لذلك فرضيتين هما:

- **الفرضية الأولى**، أن يكون المرسل إليه قد حدد نظام معلومات لاستقبال رسائل البيانات الواردة إليه، وهنا تعتبر رسالة البيانات قد استلمت من قبل المرسل إليه وقت دخولها إلى نظام المعلومات المحدد، حتى لو لم يطلع عليها المرسل إليه. أما إذا أرسلت الرسالة إلى نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه ولكنه يختلف عن النظام المحدد، فإن لحظة استلام الرسالة تكون في الوقت الذي يسترجع فيه المرسل إليه رسالة البيانات من هذا النظام.

- أما **الفرضية الثانية**، أن لا يعين المرسل إليه نظام معلومات لاستقبال رسائل البيانات، وعندها تعتبر رسالة البيانات قد استلمت في وقت دخولها، إلى أي نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

ولتوضيح هاتين الفرضيتين نورد المثالين التاليين: طرحت شركة لتسويق المنتجات على الإنترنت، مجموعة منتجات للبيع، وكان للشركة على الإنترنت أكثر من عنوان بريد إلكتروني، أحدهما لدى موقع "هوتميل Hotmail" والثاني لدى موقع "جيميل Gmail". وحينما طرحت عرضا لمنتجاتها على موقعها، طلبت من الجمهور إرسال قبولهم على عنوانها البريدي الإلكتروني الأول "Hotmail"، بحيث كل رسالة إلكترونية تتضمن القبول وتدخل في هذا العنوان، تعتبر قد استلمت من وقت دخولها في الصندوق البريدي الإلكتروني للشركة. أما أي رسالة إلكترونية تتضمن القبول وتصل إلى العنوان الثاني "Gmail"، فلا تعتبر متوصلا بها حتى لو كانت قد دخلت في صندوق البريد الإلكتروني للشركة، ولا تكون مستلمة إلا من وقت قيام الشركة باسترجاعها، أي استخراجها من البريد الإلكتروني الثاني "Gmail".

ولنأخذ نفس المثال، ولكن هذه المرة لم تحدد الشركة العارضة أيا من عناوينها سيتم من خلاله استقبال رسائل القبول، حيث تعتبر رسالة البيانات المتضمنة للقبول للعرض المقترح من الشركة، قد استلمت في وقت دخولها إلى أي عنوان إلكتروني تابع لها.

وعليه، من خلال الفقرة الأولى والثانية من المادة 15 من القانون النموذجي، نلاحظ أنه اكتفى من خلالها بتحديد وقت إرسال وتسلم رسائل المعلومات دون الخوض في مسألة زمان الانعقاد. وقد برر الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي هذا الموقف، بأنه تجنب تحديد وقت انعقاد العقد، احتراما لسيادة القوانين الوطنية ومنعا للتعارض بينها وبين القانون النموذجي في حالة تبنيه لنظرية معينة، فهو بذلك يترك المسألة للقوانين الوطنية كل حسب النظرية التي يتبناها، فيما يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد.

ولهذه الأحكام فائدة عملية مهمة، في تحديد وقت انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية. فبالنسبة للدول التي تتبنى نظريتي تصدير (إرسال) القبول وتسليم (وصول) القبول، إذا ما تبنت أي دولة أحكام القانون النموذجي، وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تصدير القبول، فإن زمان انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية وفقا لأحكامها، سيكون لحظة تصدير القبول.

وهي هنا، وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة 15، لحظة دخول رسالة القبول إلى نظام خارج عن سيطرة المنشئ (القابل) أو من ينوب عنه، ويتحقق ذلك في خدمة البريد الإلكتروني بلحظة ضغط المرسل على زر الإرسال «Envoyer»، لأن الضغط هنا على هذا الزر سيخرج الرسالة من سيطرة المنشئ (القابل)، ويدخلها إلى نظام معلومات خارج عن سيطرته.

أما إذا تبنت دولة ما أحكام القانون النموذجي، وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تسليم (وصول) القبول، فإن زمان انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية سيكون لحظة تسليم القبول، وهو هنا دخول رسالة البيانات التي تتضمن القبول إلى نظام المعلومات الذي حدده المرسل إليه (الموجب) أو لحظة استخراجها من أي نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه.

وبالنسبة للدول التي تأخذ بنظريتي إعلان القبول أو العلم به، فإن أحكام القانون النموذجي الواردة في المادة 15 بفقرتيها الأولى والثانية، لن تكون -في الواقع- مفيدة لها، لأن كلا من نظريتي إعلان القبول أو العلم به لا تأخذان بعين الاعتبار لحظة إرسال البيانات أو تسليمها، إلا من استثناء وحيد عن ذلك، هو اتفاق المتعاقدين في هذه الدول على اعتبار العقد مبرما في لحظة تصدير القبول أو تسلمه.

من خلال ما سبق، يمكننا أن نقول بأن الإنترنت وسيلة اتصال فائقة التقنية، وتحقق لمستخدميها قدرا كبيرا من السرعة، والدقة، والتفاعلية، والموثوقية مقارنة بوسائل الاتصال الأخرى كالبريد العادي، أو الفاكس، أو التلكس، أو حتى الهاتف. والأولى اعتبار التعاقد عن طريق الإنترنت أو الهاتف المحمول والمرئي، بمثابة تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان إذا كان الاتصال سمعي- بصري (أي الاتصال التفاعلي) بين الطرفين المتعاقدين.

أما إذا كانت المراسلات الجارية بين الطرفين المتعاقدين رسائل إلكترونية، فنرى أن الأخذ بنظرية تصدير القبول -أخذا بما ذهب إليه القانون النموذجي- بحيث يكون العقد المبرم بطريقة إلكترونية منعقدا بمجرد الإعلان عن القبول، وإرساله على اعتبار أن الإرسال هو التصرف الإيجابي لإعلان القبول، وهو الإرادة الظاهرة التي يعتد بها.

ومن ثم، لا يستطيع التذرع بحجة أنه لم يدخل إلى حاسوبه أو دخل إليه ولكنه لم يفتح بريدة الإلكتروني ليتصفح ما به من رسائل، وذلك لأن الموجب عادة ما يدرج عنوان بريد الإلكتروني ليستنى لكل العملاء ومستخدمي الإنترنيت الاتصال به[1337].

وتبرير موقفا هذا، نجده مترسخا في طابع التزامنية بين الإرسال والاستلام حين تبادل البيانات عبر الإنترنت، رغم ما يمكن أن يحدث من مخاطر كانقطاع البث مثلا، وهذا لا يقل عن مخاطر التلفون أو الفاكس على سبيل المثال.

على المستوى الأوربي، نجد الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات، يعتبر أن العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، مبرما في الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام حاسوب مقدم العرض". فقد اعتبرت المادة 3/4 من اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا، على أنه "يعتبر العقد المنشئ باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات قد أبرم متى استلمت الرسالة المرسلة كقبول لعرض، وفقا للمادة 1/3 من الاتفاق"[1338].

من خلال كل ما سبق، نقف على مدى أهمية تحديد زمن إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية على اعتباره يبرم بين أطراف غير متواجدة فعليا، ونظرا لما لتحديد زمن إبرام العقد المبرم إلكترونيا من تأثير على أرض الواقع، إذ بمجرد صدور قبول المستهلك ينعقد العقد، وبالتالي لا يستطيع مقدم العرض (الموجب) تعديل العرض أو الرجوع فيه، بل ويكون ملزما بتنفيذه.

وهكذا يكون زمن إبرام العقد بالنسبة للعقد المبرم من خلال غرف الدردشة أو المحادثة التفاعلية، هو الوقت الذي يعلم فيه مقدم العرض بقبول الشخص الآخر المتخاطب معه، إذ الفرق بين إعلان القبول وعلم العارض به معدوم نسبيا، فلا تكون للتفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية علمية.

أما زمان إبرام العقد من خلال البريد الإلكتروني، فحسب التشريع المغربي، يكون هو وقت علم القابل بتوصل العارض بقبوله. ولا شك هنا، أن تأخر لحظة انعقاد العقد إلى هذا الوقت، يهدف بالأساس إلى حماية الطرف الضعيف وهو هنا متلقي العارض (المستهلك). وفي ذلك فرصة لهذا الأخير للعدول عن قبوله بتمكينه من الاطلاع على تفاصيل أمر الشراء الصادر منه وتصحيح ما يمكن أن يكون قد وقع فيه من أخطاء، بذلك وبعد التصحيح يمكنه تأكيد أمر الشراء وتصديره إلى العارض. وفي هذه اللحظة ينعقد العقد عن بعد.

بالنسبة لزمن إبرام العقد من خلال موقع الويب فتحديد لحظة إبرام العقد أسهل بكثير مقارنة بالبريد الإلكتروني، إذ غالبا ما يتم الاتصال الآني بين العارض وقابل العرض عبر الموقع، لذلك فإن عقود الويب تنعقد من اللحظة الدالة على القبول بالضغط وتأكيد النقر على خانة القبول، إذ -في نظري- هي اللحظة التي يعلم العارض فيها بقبول الطرف الآخر فينعقد العقد تبعا لذلك، وإن كانت بعض المواقع العارض تأكد توصلها بالقبول من خلال رسالة إلكترونية تأكيدية ترسل للقابل.

[1337] سمير عبد السميع الأودن، م.س.ص. 60.

[1338] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، م.س.ص. 300.

بذلك مسألة تحديد زمن الإبرام أمر ضروري، إذ يعد نقطة بداية لترتيب آثار العقد. فمن هذه اللحظة، تنتقل الملكية وكذلك إمكانية تحمل المشتري تبعة الهلاك. وإذا ما تنازعت الأطراف المتعاقدة بطريقة إلكترونية، ستبحث عن القانون الواجب التطبيق انطلاقا من تحديدها مكان إبرام العقد.

من هنا كان حريا البحث في مسألة لا تقل أهمية وطرحا للإشكالات من مسألة تحديد زمن العقد، ويتعلق الأمر بإشكالية تحديد مكان إبرام العقد، وهذا نفسه محطة بحثنا من خلال **المبحث الثاني**.

المبحث الثاني

الأحكام القانونية الخاصة بمكان إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية

يتخذ تحديد مكان إبرام العقد أهمية خاصة، نظرا لتعلق المسألة بتحديد زمن انعقاد العقد من جهة، والصفة الدولية الغالبة على المعاملات التي تتم خاصة عبر الإنترنيت من جهة ثانية. مما يجعل من مسألة تحديد مكان إبرام العقد إشكالية معقدة[1339]. ولذلك عدة عوامل، نذكر منها:

أولا: الطابع الإلكتروني للاتصال ووجود تقنيات تتيح للمتراسلين، التخاطب مباشرة بالصوت والصورة، كما هو الحال في الشبكات الرقمية للخدمات المتكاملة.

ثانيا: الصفقات عبر الشبكات المفتوحة مثل الإنترنيت، قد تجري بين أشخاص لا يعرف بعضهم البعض لعدم وجود علاقات تعاقدية سابقة. ومن ثم، لا يعرف في الشبكة المفتوحة على وجه التحديد مكان وزمان نظام المعلومات التي انطلقت منه الرسائل، سواء كانت رسالة إيجاب أم رسالة قبول.

فمسألة تحديد مكان إبرام العقد ذات أهمية بالغة وتظهر في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق، على اعتبار أن مكان انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ضابط مهم لتحديد المحكمة المختصة بالفصل حال نشوب نزاع حول هذا العقد، خاصة وأن هذا الأخير -إذا ما تم ما بين أطراف من بلدان مختلفة- سيأخذ صفة العالمية. مما سيزيد الأمر تعقيدا، إذا ما ظهرت نزاعات حول العقود المبرمة عبر إحدى الطرق والوسائل الإلكترونية كالإنترنت. وللأمر أهميته أيضا، من حيث حماية المستهلك الإلكتروني ومدى شرعية المحل المتعاقد بخصوصه.

لذا، لا مناص من القول، بأن مسألة تركيز العقد مكانيا أو ما يمكننا أن نسميه: مسألة توطين العقد المبرم بطريقة إلكترونية، غاية في الأهمية وينطوي على الكثير من "الخيال القانوني La fiction juridique"[1340].

وباعتبار أن التعاقدات بطريقة إلكترونية خارقة للحدود الجغرافية للمكان ولأنها قد تربط بين متعاقدين متباعدين يخضع كل منهما لقانون دولة مختلفة، تظهر الأهمية أكثر إلحاحا لتحديد مكان إبرام العقد. بل أن البعض يعتبر أن عصب التعامل عبر الإنترنت، هو تحديد مكان العقد والذي يضبط ويحكم المسائل المثارة عبرها[1341].

لكل هذا، تحرص بروتوكولات واتفاقيات نقل رسائل البيانات الإلكترونية بين الأنظمة المعلوماتية المختلفة، على تسجيل لحظة استلام الرسالة من نظام معلومات آخر، أو تسجل الرسالة باللحظة التي يتم فيها تسليم الرسالة، أو لحظة قراءتها من قبل المرسل إليه. على أن هذه البروتوكولات لا تبين المكان الجغرافي لشبكات الاتصال.

[1339] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني، مقال سابق، ص. 42 وما بعدها.

[1340] J. L. Aubert, les obligations, I : L'acte juridique, 8ème Ed., A. Colin 1998, p.104 et ss.

[1341] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 167.

وقد سبق لنا أن وقفنا -بشأن تحديد وقت إبرام العقد- على اختلاف المواقف الفقهية والتشريعية من المسألة. ونفس القول نسجله بخصوص مكان إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فما هو يا ترى مكان انعقاد هذا العقد؟، هل هو مكان الموجب (صاحب العرض)؟، أم مكان تواجد القابل (مرسل القبول)؟، أم أنه هو المكان الذي يتفق حوله المتعاقدان؟[1342]. ما هي يا ترى القواعد القانونية اللازم تطبيقها بخصوص مكان إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية؟.

هل تعتبر القواعد العامة في القانون المدني كافية لتحديد مكان انعقاد هذه العقود؟، أم الأفضل هو ما اتجه إليه مشرعو قوانين المعاملات الإلكترونية، لتحديدهم لمكان الانعقاد بشكل يختلف عن القواعد العامة؟.

فغالبا ما تأخذ القوانين المدنية في الدول العربية، بنظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد، فيا ترى هل تصلح هذه النظرية في مجال العقود الإلكترونية؟. تلكم ما سنتطرق إليه من خلال مطلبين: نخصص **الأول** لبحث المواقف الفقهية بخصوص مسألة مكان إبرام العقد بطريقة إلكترونية، بينما في **المطلب الثاني**، سنحاول رصد التوجهات التشريعية من المسألة.

المطلب الأول
المواقف الفقهية بخصوص مسألة مكان إبرام العقد بطريقة إلكترونية

باستقراء النظريات الفقهية التي سبق لنا بحثها، لا نجد أن النظريات الأربع التقليدية المتعلقة بزمان إبرام العقد تفرد أحكاما خاصة بمكان انعقاد العقد، مما جعل الفقه يطلق عليها النظريات الأحادية على اعتبار أنها تفترض تلازما بين زمان انعقاد العقد ومكانه، تمييزا لها عن النظريات الثنائية التي تقتضي أنه لا يوجد تلازم بين زمان الانعقاد ومكانه.

فمكان العقد وفق نظرية مالوري هو "مكان تصدير القبول". وحجته في ذلك، أنه لا يجوز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر منه الإيجاب على التقاضي بعيدا عن محل إقامته، بل أن من يجب أن يقاضى بعيدا عن محل إقامته، هو من صدرت منه المبادرة التعاقدية[1343].

ولكن، مجلس العقد المبرم بطريقة إلكترونية هو مجلس افتراضي لا يمكن تحديده ماديا، فما هو المكان المادي الذي يعلم فيه العارض بالقبول، هل هو مكان تسجيل الموقع على الويب؟، أم أنه هو مكان تواجد مقدم خدمة الإنترنيت؟، أم هو مكان إقامة مقدم العرض بطريقة إلكترونية؟.

ويذهب أنصار نظرية مالوري[1344]، إلى أن مكان إبرام العقد بطريقة إلكترونية، هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ما لم يتفق طرفا التعاقد على خلاف ذلك، حيث يجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق فيما بينهما على أنه مكان إبرام العقد.

[1342] على اعتبار أن المسألة لا تدخل في النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على أحكام مختلفة.

[1343] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 165.

[1344] من التشريعات التي أخذت بهذا الاتجاه الفقهي: التشريع الألماني والمصري وقانون المعاملات الالكترونية الأردني في مادته 18 وقانون المعاملات الالكترونية لمملكة البحرين في المادة 4/17 منه. وكذا المادة 3/15 و 4/15 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية.

فهذه النظرية، لا تقدم حلا ملائما لمشكلة العقد المبرم بطريقة إلكترونية، إذ الغالب في العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية أنها تتم بين طرفين، أحدهما تاجر مهني أو شركة تجارية، والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية.

فاعتبار مكان إقامة مقدم العرض هو مكان انعقاد العقد، يؤدي إلى حرمان المستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الحصول على حقوقه. فإذا ما أراد رفع دعوى على مقدم العرض عليه أن يرفعها في محل إقامته والذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم بها. كما أن رفع الدعوى من قبل المستهلك في غير بلد إقامته، يؤدي إلى حرمانه من الحماية الاستثنائية التي توفرها له القوانين الوطنية الخاصة بحماية المستهلك في بلده.

في بعض الأحيان، يصعب على القابل (المستهلك) التعرف على محل إقامة مقدم العرض بطريقة إلكترونية، إذ أن مجرد استخدامه لاسم النطاق أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين أو تسجيله للموقع الالكتروني لدى بلد معين، لا ينشئ قرينة قانونية على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد إذ لا يمكن اعتبار عنوان البريد الإلكتروني، النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل مقدم العرض. فقد تعرض المنتجات والخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة، وتحمل أسماء نطاق بلد أجنبي، بحيث لا يرتبط اسم النطاق ببلد مقر التواجد الفعلي لمقدم العرض[1345].

إذن وفق هذا الموقف الفقهي، لا بد من التمييز بين ما إذا كان أحد الأطراف مستهلكا والآخر تاجرا، أم كان الطرفان تجارا. ففي الفرضية الأولى عادة ما توفر القوانين حماية ورعاية للمستهلك، منها تسهيل إجراءات التقاضي له وإعطاء الاختصاص للمحاكم التي هي في محل إقامة هذا المستهلك دون التقيد بما إذا كان المستهلك موجبا في العقد أم قابلا، أما إذا كان الطرفان تجارا فقد لا تكون مراعاة أحدهما دون الآخر أمرا ضروريا.

أما في نظرية "شيفاليه"، فقد أخذت تقريبا نفس التوجه، حيث اعتبرت المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (مكان القابل) هو مكان إبرام العقد. وإذا ما أراد الأطراف معرفة القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره، فإنه يتم الرجوع -عند سكوت المتعاقدين- إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية، ذلك لأن الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى أشخاص عدة يكون له المعنى نفسه، وإن اختلف الذين وجه إليهم هذا الإيجاب. وانتهى هذا الموقف بشأن زمان انعقاد العقد، بأنه هو الوقت الذي يستطيع صاحب العرض أن يرجع عنه، ومكانه هو المكان الذي أرسل إليه العرض أي مكان القابل[1346].

[1345] هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص. 252 و253.

[1346] عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري، م.س.ص. 166.

مناقشتنا لهاتين النظريتين بنوع من التعمق، فيما يخص مسألة تحديد مكان إبرام العقد، تفرز لنا ملاحظة مهمة، وهي أن المبررات التي استندت إليها في التفرقة بين زمان انعقاد العقد ومكانه وبالتالي تبني مكان تصدير القبول كمكان لانعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ما هي إلا مبررات تتعلق بأمور خارج إطار التعاقد ذاته. بل أكثر من ذلك، تتعلق بمراعاة الطرف الأولى بالحماية من المتعاقدين هل هو الموجب أم القابل، وبالتالي اعتبار مكان إبرام العقد، هو مكان تواجد هذا الطرف أو ذاك.

وقد سارت النظريتان السالف ذكرهما، في اتجاه أن الطرف الأولى بالرعاية هو القابل، وبالتالي يفترض أن العقد ينعقد بمحل إقامته، حتى لا يجبر على التقاضي بعيدا عن محل إقامته. على أن الواقع غير ذلك، إذ أن زمان انعقاد العقد ومكانه أمر، وعدم إجبار القابل على التقاضي بعيدا عن محل إقامته، أمر آخر.

المطلب الثاني

رصد التوجهات التشريعية بخصوص مسألة مكان العقد المبرم بطريقة إلكترونية

في محاولتنا رصد التوجهات التشريعية بخصوص مسألة مكان انعقاد العقد وفق القواعد العامة، نقف على سيادة النظرية المسماة بنظرية الوحدة «la théorie moniste»[1347]، أو نظرية التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمانه، إذ كانت النظرية السائدة لدى التشريعات التي نصت صراحة على تحديد زمان ومكان إبرام العقد في حالة إبرامه بين غائبين، كالقانون المدني المصري (م. 1/97) وقانون المعاملات المدنية الإماراتي (م. 142) والقانون المدني البحريني (م. 45) وكذلك القانون المدني الأردني (م. 101).

وإذا كانت هذه المواد قد أخذت بهذا التلازم، فإنه من الصعب الأخذ به وتطبيقه في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. فهي عقود تتمتع بخصوصيات معينة، ومن ذلك أن الطرف المتعاقد يستطيع أن يدخل على الموقع الإلكتروني أو على بريده الإلكتروني في أي مكان في العالم. فإذا أخذنا بنظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد، لأدى ذلك إلى تشابك العلاقات القانونية، ولخضع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها، رغم أن العقد تم إبرامه داخل حدود الدولة[1348].

لهذا، تطرح ضرورة تعديل نصوص القانون المدني لتتلاءم مع العقود الإلكترونية، خاصة بالنسبة للتشريعات التي لم تصدر قوانين تنظم المعاملات الإلكترونية، ليتم الرجوع إلى القواعد العامة التي تبنت هذا التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد، وإعادة النظر فيها لتتوافق وخصوصية التعاقد.

أما في اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية، نجدها قد نصت بموجب المادة 6 على أنه "1- لأغراض هذه الاتفاقية يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه.

[1347] هي تسمية أطلقها Aubert، م.س.ص. 108.

[1348] شحاته غريب شلقامي، م.س.ص. 141.

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

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

- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه:

(أ) توجد فيه المعدات التكنولوجية الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد أو

(ب) يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

5- إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد إلكتروني ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على مقر عمله يوجد في البلد"[1349].

ولقد تأثر مشرعو قوانين المعاملات الإلكترونية العربية، بشكل كبير، بالقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونيسترال)، ويلاحظ أنها أخذت عنه حرفيا النصوص المنظمة لتحديد مكان انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

فبموجب الفقرتين 3 و4 من المادة 15 من القانون النموذجي (الأونسيترال)، "3- تنطبق الفقرة (2) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (4).

4- ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:

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

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

فمن خلال هذا النص، نجد مشروع القانون النموذجي قد اعتد بالمكان الذي توجد فيه أعمال المرسل أو المرسل إليه، دون الاعتداد بمكان وجود نظام المعلومات سواء بالنسبة للإرسال أو بالنسبة للاستلام.

[1349] يمكن مراجعة أحكام هذه الاتفاقية على موقع الأونسيترال: www.uncitral.org

فقد أوجد القانون النموذجي أحكاما تتناسب مع خصوصيات العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وتأثرت به العديد من التشريعات العربية كقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، الذي لم يذكر صراحة مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه، واستعاض عن ذلك بتنظيم مسألة زمان ومكان إرسال رسالة المعلومات واستلامها. فبموجب المادة 18 منه، "أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه 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 غير ذلك.

ب- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلم".

ويتضح من خلال هذه المادة، التأثر الكبير للمشرع الأردني بالمادة 15 من القانون النموذجي، حيث أن مكان انعقاد العقد بطريقة إلكترونية يتحدد بغض النظر عن مكان وجود نظام المعلومات. فمكان الانعقاد، هو نفسه مكان تواجد المنشئ أو مقر المرسل إليه. وإذا ما تعددت المقار، نأخذ بالمقر الأكثر اتصالا بالمعاملة الإلكترونية. وإذا لم يوجد مقر عمل، فإننا نأخذ بمحل الإقامة المعتاد. ولعل ما يبرر هذا التوجه، هو أن الطبيعة الخاصة للمعاملات الإلكترونية تقتضي الأخذ بمقر عمل المرسل أو المرسل إليه، وليس مكان تواجد النظام المعلوماتي.

فكثيرا ما يكون النظام المعلوماتي للمرسل إليه موجودا في مكان، والنظام الذي يتم تلقي الرسائل فيه أو استرجاعها منه موجودا في مكان غير المكان الذي يوجد فيه المرسل إليه. لذلك، كان توجه قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي موفقا، حينما اعتد بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، لتحديد مكان إرسال الرسالة، وبالمكان الذي يقع فيه مقر أعمال المرسل إليه بالنسبة لتلقي الرسالة (م. 17).

فنظرا للانتشار الكبير لشبكة الإنترنيت في كل مكان من العالم، يمكن للشخص الوصول إلى عنوانه أو بريده الإلكتروني ويطلع عليه أينما شاء ووقتما شاء. فلو تم الأخذ بمعيار آخر لأمكن الوقوع في ازدواجية مكان العمل، وذلك في حال فتح البريد الإلكتروني مثلا في مكان آخر غير المكان الذي يعتبر أصلا مقرا للعمل بالمعنى المقصود هنا. وقد تم الأخذ بهذا المبدأ، لتجنب اعتبار مكان العمل لأي طرف من الأطراف واقعا في بلد أو مكان بالنسبة للمعاملات أو التعاقدات الإلكترونية، وفي بلد أو مكان آخر عندما يتعاقد بالوسائل التقليدية[1350].

أما القانون البحريني، فقد تبنى الأحكام السالفة نفسها، حينما حددت المادة 15 منه مكان انعقاد العقد طبقا للأسس الآنفة البيان. كما حددت هذه المادة المكان في حالة كون أحد الطرفين المتعاقدين شخصا اعتباريا، ويعتبر مقر إقامة الشخص الاعتباري، هو المكان الذي أسس فيه[1351].

[1350] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 338.

[1351] الفقرة ج من البند 3 من المادة 15 من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني.

بخصوص هذه المسألة، حددت المادة 4/17/ج من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي المقر الرئيسي للشخص الاعتباري في ذلك الذي تأسس فيه. بينما لم يتعرض قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في المادة 18 إلى الأشخاص الاعتبارية وكيفية تحديد المكان بالنسبة إليهم، وإن كان قد اكتفى بالعموميات في هذه المادة حيث يمكن أن يكون المقصود بالمنشئ الشخص الطبيعي أو الاعتباري، كما قد يقصد بالمرسل إليه الشخص الطبيعي أو الاعتباري. وإن كان ذلك غير واضح من ظاهر لفظ المادة 18 المذكورة، فإننا نستشفه من مضمون الفقرة التي تنص على أنه "وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامته مقرا لعمله".

ونفسه يقال بخصوص التشريع المغربي، الذي لم يتطرق إلى مسألة مكان إبرام العقد، ولم يتطرق إلى حالة كون أحد أطراف الرابطة التعاقدية شخصا معنويا. فتوجه المشرع المغربي من مسألة مكان إبرام العقد بشكل إلكتروني غير واضح، ولم يتطرق إليها البتة. كما أنه لم يأخذ -كغالبية التشريعات العربية - بما جاء به القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونسيترال)، مما جعل نص الفصل 5-65 ق.ل.ع خاليا من أي إشارة، لا إلى وقت إبرام العقد ولا إلى مكانه.

ويمكننا استنباط حكم من هذا الفصل، وهو الآتي: على اعتبار أن المشرع المغربي بموجب الفقرة 2 من هذا الفصل نص على أن "على صاحب العرض الإشعار بطريقة إلكترونية ودون تأخير غير مبرر، وبطريقة إلكترونية، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه"، فمكان إبرام العقد نراه في هذه الحالة، هو مقر صاحب العرض، سواء أكان شخصا طبيعيا أو معنويا.

ولعل موقف المشرع هذا، تكريس لما استقر عليه الاجتهاد القضائي للمجلس الأعلى الذي اعتبر أنه "يكون البيع الذي يقع بالمراسلة تاما في الوقت والمكان اللذين يرد فيهما من تلقى الإيجاب بقبوله، وتؤخذ في الاعتبار جميع الألفاظ التي استعملت ما دامت تفيد معنى الالتزام بالإيجاب والقبول ولا يشترط أي شرط يتعلق بالصيغة التي ورد بها الإيجاب ماضيا أو مضارعا"[1352].

على أن الإشكال الذي يظل مطروحا، هو إذا ما تعددت مقار صاحب العرض، وإذا ما كان صاحب العرض لا يتوفر على نظام معلوماتي بمقره، حيث يوجد مقر النظام المعلوماتي المستقبل لدى جهة أخرى. فهل التوصل بالقبول من لدن هذه الجهات يعتبر بمثابة توصل صحيح، كأن صاحب العرض هو من توصل فعليا بالقبول ؟.

تستوقفنا هنا عبارات المشرع المغربي في الفقرة 3 الموالية، حينما نص على أنه "يصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه". فالمرسل إليه هنا هو صاحب العرض الذي توصل برسالة القبول، ويصبح بمجرد تسلمه (قبول العرض) وليس (العرض) - كما في النص- ملزما به، ولا يمكنه الرجوع عنه أو تغييره أو رفضه.

[1352] قرار المجلس الأعلى، ع. 661، صادر بتاريخ 16 نونبر 1977، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع. 4، ص. 127.

وبذلك نفهم -ضمنيا- أن مكان صاحب العرض، هو نفسه مكان إبرام العقد في شكل إلكتروني، وإن كانت عبارة المرسل إليه في هذا النص جاءت مبهمة، إذ قد تفيد صاحب العرض، كما قد تفيد الوسيط الإلكتروني الذي يستقبل الرسائل الإلكترونية لصاحب العرض. هذا الغموض حول مسألة زمان ومكان إبرام العقد في شكل إلكتروني، ستطرح بالتأكيد على القضاء المغربي، وحبذا لو أن المشرع اقتحم حاجز الصمت بإعادة صياغة الفصل من جديد، ليتماشى على الأقل مع القانون النموذجي (اليونسيترال).

أما بالنسبة لتشريع المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، فقد نص الفصل 28 منه، على أنه "ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". فهذا النص، لم يميز بين ما إذا كان المستهلك موجبا أم قابلا.

لكن يبدو من خلال صياغة النص، أن المشرع التونسي هنا، افترض أن المستهلك هو من صدر منه الإيجاب والبائع هو الذي يصدر منه القبول. وإذا كان الأمر كذلك، فإن العقد يكون منعقدا في مكان وموطن التاجر، مع الإشارة إلى إمكانية تغيير هذا الحكم باتفاق الأطراف. ويبدو من الفصل المومأ إليه أعلاه، أن المشرع التونسي لم يتطرق إلى حل بخصوص مكان انعقاد العقد أو زمانه بالنسبة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، لكن فقط بين التجار، وقد يكون الهدف هو ترك الأمر خاضعا للقواعد العامة في العقود ولاتفاقياتهم الثنائية.

بتوجهنا إلى التشريعات الأوربية، نأخذ القانون الفرنسي مصدر اقتباس قانوننا الوطني كمثال، إذ نجده قد أخذ بمذهب تسليم القبول بالنسبة للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ويعتبر العقد مبرما في المكان الذي وصل فيه القبول إلى الموجب. أما في حالة العقد المبرم من خلال التفاعل المباشر بين الأطراف المتعاقدة، فإنه يكون منعقدا في المكان الموجود فيه الموجب أثناء صدور القبول، ذلك أن الموجب يعلم بالقبول فور تعبير القابل عنه، أي فور صدوره.

وقد تنبه الفقه الفرنسي إلى مسألة عدم تحديد المشرع لمكان إبرام العقد، خاصة إذا ما كان صندوق البريد الإلكتروني أو الموقع الخاص بالموجب، يتواجد على وحدة خدمة في مكان يختلف تماما، عن مكان تواجد الموجب نفسه[1353]. فقد ينشئ شخص بريدا إلكترونيا على موقع "غوغل Gmail"، بينما موقع وحدة الخدمة الخاصة به في الولايات المتحدة الأمريكية[1354]. وهذا الشخص قد يكون موجودا بالمغرب أو بأي بلد آخر. فإذا ما استقبل هذا الشخص رسالة القبول، فهل العبرة في مكان انعقاد العقد، مكان تواجد وحدة الخدمة (في هذا المثال: الولايات المتحدة الأمريكية) على أساس وجود صندوق البريد الإلكتروني على هذه الوحدة؟، أم العبرة بمكان وجود الشخص نفسه؟.

[1353] "وحدة الخدمة" "serveur": حاسوب يعمل كنقطة تحكم مركزية لأية شبكة من أجل إدارة التطبيقات.

[1354] لنفترض أنها كذلك، رغم أن وحدات الخدمة الخاصة بالمواقع التي توفر خدمة البريد الإلكتروني، لا يمكن معرفة تواجدها بالعالم.

هنا أيضا أطرح تساؤلات، وتمحور حول تواجد الشخص، ولنفترض أنه متواجد بالمغرب فسافر في رحلة عمل إلى مصر، وهنا اطلع على رسالة القبول واستقبلها، فهل العبرة بمكانه حين إرساله العرض؟، أم العبرة بمكان توصله بالرسالة على بريده الإلكتروني؟. كذلك الأمر إذا كان تاجرا ويملك موقعا إلكترونيا على وحدة خدمة موجودة في المغرب، لكن مقر عمله موجود بفرنسا، فهل مكان إبرام العقد هو المغرب على أساس أن وحدة الخدمة موجودة بها؟، أم نأخذ بمكان تواجد التاجر وهو فرنسا؟.

لقد اختلفت الآراء الفقهية حول المسألة، فهناك من يرى بأن العبرة بالنسبة لمكان انعقاد العقد هو مكان وجود وحدة الخدمة، وسندهم في ذلك أن إلتقاء الإيجاب والقبول، قد تم على هذه الوحدة، وبالتالي فمكان إبرام العقد،هو مكان وجود هذه الوحدة[1355].

اتجاه آخر في الفقه، يرى بأن العبرة بالنسبة لمكان انعقاد العقد، ليست بمكان وجود وحدة الخدمة، بل بوجود المتعاقد نفسه. وسند هذا الرأي ما أخذت به التوجيهة الأوربية للتجارة الإلكترونية من حيث تحديد مكان المنشأة، وذلك في الحيثية رقم 19 منها، حيث جاء فيها "مكان الشركة التي تقدم خدمات على شبكة الإنترنت ليس هو مكان وجود الخدمة التي يوجد عليها موقعها ولكن هو المكان الذي تمارس فيه نشاطها"[1356].

وهذا الرأي الثاني من وجهة نظرنا، هو الأقرب إلى الصواب لأهميته في استقرار المعاملات، ذلك أن المتعاقد الآخر يعلم بمكان وجود صاحب العرض، لكنه قد لا يعلم بمكان وجود وحدة الخدمة التي يضع عليها صاحب العرض موقعه أو بريده الإلكتروني. وندعم رأينا هذا بالمادة 15/3 من قانون الأونسيترال الخاص بالتجارة الإلكترونية، التي نصت على أنه "تنطبق الفقرة (2) ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة (4)".

بذلك، العبرة في تحديد مكان إبرام العقد في شكل إلكتروني، هي بمكان وجود صاحب العرض نفسه وقت وصول القبول إليه، أي وقت وصول الرسالة المتضمنة للقبول إلى صندوق بريده الإلكتروني. على أن تحديد مكان وجود الموجب في الوقت الذي وصلت فيه الرسالة التي تحمل القبول إلى صندوق البريد الإلكتروني، أمر صعب.

وأقترح بهذا الخصوص، الأخذ بمقتضيات المادة 4-14 من قانون الأونسيترال النموذجي، التي جاء فيها "ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. ولأغراض هذه الفقرة: (أ) إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي، إذا لم توجد مثل تلك المعاملة. (ب) إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد".

[1355] T. P. Condol et A. Bertraud, Internet et la loi, Dalloz, 1997, p. 183.

[1356] M. Demoulin, la passation d'une commande sus les réseaux, in le commerce électronique européen sur les rail, Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, cahier du CRID, N° 19, 2001, Bruylant, Bruxelles, p. 249 et 250, N° 459.

وعليه، يمكن تطبيق هذا النص الذي حدد معيارا يمكن اللجوء إليه لتحديد مكان إبرام العقد بطريقة إلكترونية، باعتبار مقر عمل صاحب العرض (الموجب) هو مكان إبرام العقد، على أساس أنه هو مكان استلام الرسالة الإلكترونية المعبرة عن القبول. أما إذا لم يكن لمقدم العرض (الموجب) مقر عمل، فالعبرة بمحل إقامته المعتادة.

وهذا المعيار الذي وضعه قانون الأونسيترال يبدو أكثر منطقية وتماشيا مع الواقع، ويغني عن البحث عن مكان وجود الموجب أثناء علمه بالقبول، كما في القانون المصري أو أثناء استلام القبول كما في القانون الفرنسي لما في ذلك من صعوبة بالغة. لكن، هل العقود المبرمة بطريقة إلكترونية خارج حدود الدولة، يطبق بخصوصها ما يسري على العقود المبرمة داخل الدولة الواحدة؟.

إن كلا العقدين يبرم عن بعد، لا فرق في أن يكون مبرما بين أشخاص يتواجدون داخل النطاق الترابي لإقليم الدولة، أو ينتمي كل واحد منهم إلى بلد. فمن حيث القواعد اللازم تطبيقها على كلا العقدين، هي ذاتها، على اعتبار أن نفس القواعد العامة تطبق على سائر العقود. فما سيختلف بين النوعين، هو من حيث القانون الواجب التطبيق إذا ما وقع نزاع بخصوص هذا العقد بين ما إذا كان عبر الحدود فعندئذ هو عقد دولي، أم مبرما داخل حدود الدولة. من هذا الأساس، سيختلفان أيضا، من حيث القضاء المختص الذي سيرجع إلى قواعد القانون الدولي الخاص.

أما بالنسبة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية داخل حدود الدولة -أي حالة تواجد كلا الطرفين في نفس البلد ويجمعهما موطن مشترك، حيث تكون قواعد القانون الداخلي لهذه الدولة هي الواجبة التطبيق- فإن المحكمة التي ستختص مكانيا بنظر المنازعات الناشئة عن هذا العقد، هي بحسب القاعدة العامة في قانون المسطرة المدنية محكمة موطن المدعى عليه (ف. 27 ق.م.م)[1357].

فإذا كان الأمر يتعلق بنزاع مع الشركة صاحبة الموقع، فالدعاوى ضد الشركات بموجب الفصل 28 ق.م.م "أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها المركز الاجتماعي للشركة"[1358]. و"في جميع الدعاوى التجارية الأخرى يمكن للمدعي أن يختار رفع الدعوى إلى محكمة موطن المدعى عليه أو إلى المحكمة التي سيقع في دائرة نفوذها وجوب الوفاء". لكن سنُسند الاختصاص لأي محكمة، هل للمحكمة الابتدائية؟، أم للمحكمة التجارية؟.

[1357] ف.27 ق.م.م: "يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه.
إذا لم يكن لهذا الأخير موطن في المغرب ولكن يتوفر على محل إقامة كان الاختصاص لمحكمة هذا المحل.
إذا لم يكن للمدعى عليه لا موطن ولا محل إقامة بالمغرب فيمكن تقديم الدعوى ضده أمام محكمة موطن أو إقامة المدعي أو واحد منهم عند تعددهم.
إذا تعدد المدعى عليهم جاز للمدعي أن يختار محكمة موطن أو محل إقامة أي واحد منهم".

[1358] تنص المادة 11 من القانون رقم 95- 53 القاضي بإحداث محاكم تجارية، على أنه "استثناء من أحكام الفصل 28 من ق.م.م: ترفع الدعاوى: فيما يتعلق بالشركات إلى المحكمة التجارية التابع لها مقر الشركة أو فرعها". كما تنص المادة 12 من نفس القانون على أنه "يمكن للأطراف في جميع الأحوال أن يتفقوا كتابة على اختيار المحكمة التجارية المختصة". انظر: قانون المسطرة المدنية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، ع. 7 ، أبريل 2007، ص. 27 الهامش رقم (9).

بالرجوع إلى مقتضيات الفصل 18 ق.م.م، "تختص المحاكم الابتدائية -مع مراعاة الاختصاصات المخولة إلى محاكم الجماعات وحكام المقاطعات[1359]- بالنظر في جميع القضايا المدنية وقضايا الأسرة والتجارية والإدارية والاجتماعية ابتدائيا وانتهائيا أو ابتدائيا مع حفظ حق الاستيناف"[1360].

بذلك ومن حيث الأصل، تختص المحاكم الابتدائية بالنظر في القضايا التجارية التي لا تتجاوز مبلغ 20.000 درهم، وإذا ما تجاوزتها تصبح المحكمة التجارية هي المختصة نوعيا. على أنه "تختص المحاكم الابتدائية بالنظر ابتدائيا وانتهائيا إلى غاية ثلاثة آلاف درهم، وابتدائيا مع حفظ حق الاستيناف في جميع الطلبات التي تتجاوز هذا المبلغ".

أما في العقد المبرم بطريقة إلكترونية عبر الحدود، فتجمع النظم القانونية[1361] الدولية -عموما- لقانون الإرادة[1362]، أي القانون الذي يختاره الأطراف أنفسهم لحكم العقد المبرم بينهم، سواء كان الاختيار صريحا أو ضمنيا. وللأطراف أيضا في هذا المجال، ووفقا لمبدأ الخضوع الإرادي، الاتفاق على تقرير الإختصاص بنظر المنازعات الناشئة عن العقد لمحاكم دولة معينة. ويشترط لصحة هذا الاتفاق، توافر رابطة جدية بين النزاع والمحكمة المختارة لينعقد لها الاختصاص، أو توافر مصلحة مشروعة للأطراف في مثل هذا الاختيار[1363].

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي نص بموجب المادة 202 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، بأنه "في حال نزاع بين المورد والمستهلك، ورغم وجود أي شرط مخالف، فإن المحكمة المختصة هي محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك أو محكمة المحل الذي وقع فيه الفعل المتسبب في الضرر باختيار هذا الأخير".

[1359] تم إلغاء محاكم الجماعات والمقاطعات بموجب ظهير شريف رقم 1.11.15 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 07.11 الرامي إلى إلغاء الظهير الشريف رقم 1.74.339 المتعلق بإحداث وتنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات وتحديد اختصاصاتها، ج.ر.ع. 5923، الصادرة بتاريخ 2 ربيع الآخر 1432 (7 مارس 2011)، ص. 597.

[1360] بخصوص الاختصاص النوعي للمحاكم التجارية، انظر المواد من 5 إلى 9 من القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث محاكم تجارية، الصادر الأمر بتنفيذه بمقتضى الظهير الشريف رقم 65-97-1، بتاريخ 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997)، ج.ر.ع. 4482، بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997) ص. 1141. مع الإشارة إلى أن المحاكم الابتدائية تبقى مختصة بالنظر في الطلبات الأصلية التي لا تتجاوز قيمتها 20.000 درهم، انظر المرجع السابق، ص. 22، الهامش رقم (4).

[1361] على سبيل المثال لا الحصر: م. 25-1 من القانون المدني العراقي، م. 1/19 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي، م. 20 من القانون المدني الأردني. راجع: عامر محمود الكسواني، م.س.ص. 266 و267. كما أكد القانون الأمريكي الصادر عام 1997 بخصوص التجارة الإلكترونية، على ضرورة العمل مع كافة الدول لمنح طرفي العقد سلطة اختيار القانون الذي يحكم العقد الدولي، لمزيد من الاطلاع انظر: هبه ثامر محمود عبد الله، م.س.ص. 253، وما بعدها.

[1362] بخصوص النشأة التاريخية لقاعدة خضوع الالتزامات لقانون الإرادة انظر: عامر محمود الكسواني، المرجع السابق، ص. 256 وما بعدها. وأيضا،سلطان عبد الله محمود الجواري، م.س.ص. 94 وما بعدها.

[1363] هبه ثامر محمود عبد الله، م.س.ص. 270.

على أن المبادئ المتقدمة، لا تنفي وجود ضوابط أخرى في مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية عبر الحدود. فإعمالها هنا، قد يؤدي إلى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها، أو القضاء المختص بالنظر في منازعاتها. هذه الضوابط يمكن استخلاصها، من القواعد الصادرة على المستوى الأوروبي أو من تلك التي تتضمنها الاتفاقيات الدولية.

فعلى مستوى الاتحاد الأوروبي -باستثناء الدانمارك- أحدثت الاتفاقية الأوربية رقم 2001/44 الصادرة في 12 دجنبر 2000 والمتعلقة بالاختصاص القضائي، والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية[1364]، لتحل محل اتفاقية بروكسيل الموقعة بتاريخ 27 سبتمبر 1986. وتسند الاتفاقية المومأ إليها أعلاه، الاختصاص لقضاء دولة عضو بالاتحاد الأوروبي، في ضوء ضوابط ثلاثة: موطن المدعى عليه في الدولة العضو، طبيعة النزاع، إرادة الأطراف في إسناد الاختصاص لدولة عضو. وإذا لم يتوافر أي من هذه الضوابط، فإن الاختصاص يتحدد داخل الدولة العضو، بحسب ما تشير إليه قوانين هذه الدولة (م. 4-1).

فيما يتعلق بالمسائل التعاقدية، فالاختصاص ينعقد، وفقا للاتفاقية المذكورة، لمحكمة المكان الذي تم فيه أو الذي يجب أن يتم فيه تنفيذ الالتزام الأساسي في الطلب. مع ملاحظة أن الأمر هنا، يتعلق بمكان واقع داخل دولة عضو بالاتحاد الأوربي وفقا لما ورد بالعقد، أو في المكان الذي يجب أن يتم تسليم البضاعة، أو حيث تم، أو يجب أن يتم أداء الخدمة محل العقد (م. 5-1).

هذا، ويلاحظ فيما يخص العقود المبرمة مع المستهلك، فإن اتفاقية المجلس الأوروبي رقم 44/2001 المذكورة، تقرر أنه لا يمكن رفع الدعوى على المستهلك إلا أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطنه. أما إذا كان المستهلك هو المدعي فيكون له الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو محاكم الدولة العضو التي بها المدعى عليه (المادة 16).

كما قضت الاتفاقية المذكورة، ببطلان الشروط المحددة للاختصاص القضائي، على خلاف ما قضت به بشأن العقود المبرمة مع المستهلك، فيما عدا حالة الشروط اللاحقة لنشأة النزاع، أو تلك التي تسمح للمستهلك برفع دعواه أمام محاكم أخرى غير تلك التي وردت في النص، مما يمنح الاختصاص لمحاكم الدولة العضو بالاتحاد الأوربي، والتي كان بها الموطن المشترك للمستهلك والمهني عند إبرام العقد (المادة 17).

أما اتفاقية روما (الموقعة في روما بتاريخ 19 يونيو 1980) بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، فتنص مادتها الثالثة - بالنسبة للعقود التي تنطبق عليها- على مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكم العقد. وفي حالة سكوت الأطراف فإنه وفقا لهذه الاتفاقية، ينطبق على العقد قانون الدولة التي يتصل بها بالروابط الأكثر وثوقا (المادة 4-1 من الاتفاقية).

[1364] J.O.C.E, 16/1/2001, n° L p. .1

وقد نصت الفقرة الثانية من المادة 4 من الاتفاقية المذكورة، على المقصود بالقانون الأوثق صلة بالرابطة العقدية، بأنه "يفترض أن للعقد الروابط الأكثر وثوقا مع الدولة التي يوجد فيها، لحظة إبرام العقد، محل الإقامة المعتادة للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز "prestation caractéristique" [1365]، أو إذا كان الأمر يتعلق بشركة أو جمعية أو شخص معنوي مركز إدارته الرئيس [1366].

بيد أن الصعوبة التي قد تطرح، هي حالة اختلاف الموطن، إذا ما قام المستهلك بزيارة العديد من المواقع الإلكترونية ليقارن جودة وأثمان السلع والخدمات، وتعاقد مع تاجر مهني خارج حدود دولته. فهنا يرى العديد من الفقهاء، أن العقد في هذه الحالة يكون ذا طابع دولي يخضع لقواعد القانون الدولي الخاص، حيث يتحدد المكان الذي يتم فيه العقد في ضوء الزمان. فإذا كان زمان انعقاد العقد هو الوقت الذي يعلم فيه صاحب العرض بالقبول، فإن المكان هو الذي يعلم فيه العارض بالقبول، وكذلك إذا كان هذا الزمان هو الذي يعلن فيه القبول فإن المكان هو الذي يعلن فيه القبول [1367].

وفي جميع الأحوال، لا بد من وجود صلة بين العقد والدولة التي اختير قانونها لحكمه، ويكفي أن توجد صلة فنية معينة، كأن يجري العقد في صورة عقد نموذجي متعارف عليه في مجال تجارة سلعة معينة، وتقبله أوساط التجارة الدولية [1368].

ويرى موقف في الفقه، أنه يبقى دائما للطرفين المتعاقدين، حق اختيار القانون الذي ستطبقه المحكمة بخصوص النزاع حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية. فإذا ما اختارت الأطراف القانون الوطني، لا يعني هذا عدم الأخذ بالأعراف المطبقة، وفي جميع الأحوال لا يمكن للمحاكم التغاضي عن ذلك [1369].

وإذا لم يختر المتعاقدان القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أو أن اختيارهما لم يكن صريحا واتسم بالغموض، فإن الاهتداء إلى القانون الواجب التطبيق سيكون من ظروف التعاقد، مع الاستعانة بالقرائن المستمدة من المحكمة التي اتفق على تخويلها الاختصاص بالنظر بمنازعات العقد. وهذه قرينة مهمة مفادها أن من يختار القاضي، يختار قانونه أيضا. ومن القرائن أيضا، انتماء الطرفين المتعاقدين لجنسية دولة معينة، أو استخدامهما لاصطلاحات معروفة في قانون معين.

[1365] "تقوم فكرة الأداء المميز في العقد على تقرير معاملة العقد وتحديد القانون الواجب التطبيق على كل عقد حسب الوزن القانوني والأهمية الواقعية للأداء أو الالتزام الأساسي في العقد ومكان الوفاء به أو تقديمه. ولما كان هذا الأداء أو الالتزام ليس سواء في كل العقود، فإنه من الطبيعي أن يختلف القانون الذي يحكمه في كل عقد على حدة"، أحمد عبد الكريم سلامة، قانون العقد الدولي، ط. 1، دار النهضة العربية، 2001، ص. 199.

[1366] محمد حسن قاسم، م.س.ص. 97 وما بعدها.

[1367] ممدوح المسلمي، م.س.ص. 19. انظر أيضا، مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 398 و399. ومحمد حسين منصور، م.س.ص. 23.

[1368] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولي الخاص، بحث سابق، ص. 422.

[1369] Frédérique Sabourin, Le contrat sans loi en droit international privé canadien, Exposé dans le cadre du XVIIe congrès de l'Académie Internationale de droit comparé (Utrecht, Pays-Bas, du 16 au 22 juillet 2006), in Revue Québécoise de droit international, N° 19, Fev. 2006, p. 41 et 42.

وانظر في ذات السياق، عبد الباسط جاسم محمد، م.س.ص. 66 وما بعدها.

وتعد العملة المتفق على الوفاء بها، من القرائن المهمة. أيضا تحديد مكان الوفاء بالتعاقد، ولغة العقد...، فمثل هذه القرائن تعود لتقدير القاضي[1370]. ولا يجب على هذا الأخير تطبيق قانونه الوطني من تلقاء نفسه أو يرفض الفصل في النزاع بدعوى عدم اتفاق الطرفين حوله، بل عليه أن يجتهد للوصول إلى تحديد القانون الواجب تطبيقه على العقد، من خلال بحثه في القانون الأكثر ارتباطا بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية[1371].

وهذا ما نستشفه من خلال المادة 1/4 من اتفاقية روما لعام 1980، حيث أكدت على أنه "في الحدود التي لم يتم فيها اختيار القانون واجب التطبيق على العقد ... فيسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقا". ولذلك يلجأ القاضي إلى توطين أو تركيز العقد مكانيا، في دولة معينة ينتج فيها كل آثاره أو على الأقل بعضا منها، لينتهي إلى اعتبار قانون تلك الدولة هو قانون العقد[1372].

بذلك يمكن أن يعتبر العقد المبرم بطريقة إلكترونية، له صلة وثيقة بدولة محل إقامة المستهلك، إذا كان قد قام فيها بالأعمال الضرورية لإبرام العقد، كأن يسجل طلبه على شبكة الإنترنيت، أو يقبل إيجاب البائع بالبريد الإلكتروني، أو يرسل كوبون الطلب إلى البائع. ومن ثم، فإن العقد المبرم عبر شبكة الإنترنيت كقاعدة عامة يخضع للقانون الذي يختاره المتعاقدان صراحة أو ضمنا، بشرط ألا يستتبعه حرمان المستهلك من الحماية التي توفرها له الأحكام الآمرة لقانون الدولة التي بها محل إقامته الاعتيادية[1373].

خلاصة ما تقدم، يمكننا القول بأنه رغم تنوع المراكز التعاقدية والمصادر القانونية، فإنها في مجملها تتجه نحو تركيز العقد المبرم عن بعد في محل إقامة المستهلك عندما يكون طرفا في العقد، على خلاف الحال بالنسبة للعقود الأخرى المبرمة عن بعد، أي تلك التي تبرم بين المهنيين، أو بين الأفراد العاديين بعضهم مع بعض، حيث يؤخذ في الاعتبار هنا مبدأ الحرية التعاقدية، أو ضابط محل إقامة المدعى عليه.

كما يتضح لنا أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية عقد كسائر العقود، لكنه نظرا لخصوصيته من حيث الوسيلة المستعملة لإبرامه، تجعل له قواعد قانونية خاصة به، إلى جانب القواعد العامة التي تحكم العقود عموما. فهو عقد مبرم بين غائبين من حيث المكان لكنه يختلف من حيث الزمان، بين كونه بين غائبين إذا تعلق الأمر بالتعاقد عن طريق الموقع أو البريد الإلكتروني، وبين حاضرين إذا كان التعاقد قد تم عن طريق المحادثة المباشرة من خلال الوسائل السمعية-البصرية، سواء عبر الإنترنت أو الهاتف المرئي.

[1370] مندى عبد الله محمود حجازي، م.س.ص. 405.

[1371] سلطان عبد الله محمود الجواري، م.س.ص. 107.

[1372] أحمد عبد الكريم سلامة، الإنترنيت والقانون الدولي الخاص، بحث سابق، ص. 71.

[1373] أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، م.س.ص. 239؛ محمد حسن قاسم، م.س.ص. 98؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، ج. 1، م.س.ص. 170.

وقد بحثنا في مسألتي الإيجاب والقبول المعبر عنهما بطريقة إلكترونية، حيث تبين لنا إمكانية صدور الإيجاب والقبول بطريقة إلكترونية، مع احترام الضوابط الخاصة بالعقود التي تبرم بالطرق والوسائل الإلكترونية. ومع ذلك، نجد أنه لا يكفي لإبرام هذا النوع من العقود، تحقق الإيجاب والقبول، وإنما يجب اقترانهما بما يحقق الإرادة المشتركة للطرفين المتعاقدين وإسناد الإرادة الإلكترونية -سواء بالإيجاب أو بالقبول- إلى من تنسب إليه هذه الإرادة، خشية إسنادها غشا أو احتيالا إلى شخص لم تصدر منه هذه الإرادة أو التلاعب في مضمونها[1374].

كما وقفنا على أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد في شكل إلكتروني، ومختلف الإشكالات التي يطرحها الموضوع، على اعتباره عقدا قد يبرم داخل الحدود الجغرافية للبلد، كما قد يبرم خارجها.

ورغم ما سبق لنا أن وضحناه بخصوص تحديد زمان ومكان العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فإن الأمر يحتاج إلى تظافر الجهود الدولية، لوضع حلول ذات طابع دولي موحد لجميع المسائل، فالتصرف القانوني الإلكتروني يمس بالضرورة دولا كثيرة تفصل بينها المسافات الشاسعة.

ومن ثم، يكون من الواجب تعيين القانون والقضاء المختص، في حالة حدوث نزاع بخصوص العقد. ولعل من الحلول الأكثر ملائمة والطبيعة الخاصة لهذه العقود، هو التنظيم التشريعي لوسائل فض المنازعات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية[1375]، خاصة منها تلك المبرمة عبر شبكة الإنترنيت.

[1374] إدريس الحياني، مقال سابق، ص. 59.

[1375] يعد استخدام الوسائل البديلة لحل المنازعات أمرا ضروريا من أجل تلبية متطلبات الأعمال والخدمات التجارية الحديثة. وقد أدى زيادة لجوء المتنازعين إلى هذه الوسائل في الفترة الأخيرة، إلى عدم جواز تسمية تلك الوسائل بـ "البديلة"، وذلك لكثرة اللجوء إليها أدت إلى تحولها في كثير من الأحيان إلى وسائل أصلية يلجأ لها الأطراف إبتداء. ومن الوسائل البديلة لفض المنازعات: التفاوض، الوساطة، التقييم الحيادي المبكر، إبداء الخبرة الفنية، التدخلات المستقلة، لمزيد من التفاصيل انظر:

http://www.tahkeem.com/adr.htm (M.S.J, Avr. 2011).

وأيضا، محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 2، 2010، ص. 26 وما بعدها. وأيضا، علاء آباريان، الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط.1، 2008، ص. 23 وما بعدها.

أما بالنسبة المشرع المغربي فقد تطرق لآليات فض المنازعات في القانون رقم 05-08 (القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية والصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 1-07-169 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق لـ 30 نونبر 2007، ج.ر.ع. 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 الموافق لـ 6 دجنبر 2007، ص. 3894)، من خلال تنظيمه للوساطة الاتفاقية (ف. 56-327 من القانون السالف ذكره).

فأمام عجز القضاء على اللحاق بالطفرة الإلكترونية وتوفير وسائل سريعة لفض منازعات التجارة الإلكترونية، غدت الحاجة ملحة للبحث عن سبل أكثر نجاحا لفض منازعات تتلاءم والخلافات بين المتعاقدين مع الحفاظ في ذات الوقت على متطلبات التجارة والمعاملات الإلكترونية القائمة على السرعة والثقة بين أطرافها؛ فكانت نتيجة جهودها التحكيم الإلكتروني[1376]. مما من شأنه أن يسهل على الأطراف فض منازعاتهم وحل خلافاتهم دون الانتقال من بلد إلى آخر لحضور الجلسات[1377]، التي قد تأخذ وقتا وجهدا كبيرا، بل ومصاريف باهضة أيضا، لا سيما إذا اتفق الطرفان إلى اللجوء إلى التحكيم، بموجب العقد الذي يبرمانه.

بذلك لكي ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية صحيحا، لا يكفي أن تكون هناك إرادة وأن يتطابق الإيجاب المعبر عنه إلكترونيا بالقبول، بل ويجب أيضا أن تكون هذه الإرادة سليمة وغير معيبة وصادرة عن كامل الأهلية، وأن يأتي العقد مشروعا في سببه ومعينا ومحددا في محله.

فهذه أركانه التي لا يتصور أبدا قيامه بدونها بغض النظر عن الأسلوب والطريقة التي يبرم بها، سواء أكان في مجلس فعلي واحد أو حكمي أو بين غائبين أو في مجلس مؤقت، مما من شأنه أن ينتج آثار قانونية بينهما. وهذا ما سنتطرق إليه بالبحث من خلال **الباب الثاني** والذي خصصناه للبحث في الآثار القانونية للتراضي المعبر عنه بطريقة إلكترونية.

[1376] التحكيم هو اتفاق على طرح النزاع على شخص معين، أو أشخاص معينين لتسويته خارج المحكمة المختصة، ولا يختلف تعريف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي تتم بها إجراءات التحكيم في العالم الافتراضي. وقد عرفه بعض من الفقه بأنه عملية إرادية يتفق الأطراف بواسطتها على إحالة النزاع إلى شخص ثالث محايد، يسمى المحكم، ويتم اختياره من قبل الأطراف مباشرة، أو بواسطة جهة أخرى يوكل الأطراف إليه هذه المهمة، ليقوم بحل النزاع بينهم بحكم ملزم لهم.

[1377] ظهرت فكرة إنشاء مركز متخصص لفض المنازعات بواسطة الإنترنيت عام 1996، عندما قام مركز تحكيم "Cybersettle"، بتأسيس موقع إلكتروني لهذه الغاية. وقد وفر المركز من خلال موقعه كل ما يحتاج إليه المحتكمون لحل منازعاتهم مع تبادل الطلبات والوثائق وعقد الجلسات على الخط. لمزيد من الاطلاع يرجى الرجوع إلى موقع المركز على الرابط التالي:

http://www.cybersettle.com/pub/home/about.aspx (M.S.J, Avr. 2011).

الباب الثاني

آثار التراضي في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

تعتبر المرحلة التنفيذية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية من أكثر المراحل التي تظهر فيها الخصوصية التي تميز هذا العقد عن بقية العقود المبرمة بوسيلة عادية. وهي تثير بعض التحديات المتمثلة في كيفية إنفاذ أو تنفيذ المتعاقدين لإلتزاماتهما. فالبائع أو مورد الخدمة ملزم بتسليم المبيع أو تنفيذ الخدمة، والزبون أو العميل ملتزم بالوفاء بالثمن.

ولكل التزام منهما تحد خاص به: فالالتزام بالتسليم يثير مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخره أو تسليم محل تتخلف فيه مواصفات الإتفاق، وهي تحديات مشابهة لتلك الحاصلة في ميدان الأنشطة التجارية التقليدية.

أما دفع الثمن، فيثير إشكالية وسائل الدفع التقنية: كالدفع بموجب بطاقات الائتمان أو تزوير رقم البطاقة على الخط وهو تحد نشأ في بيئة التقنية ووليد لها، إذ يثير أسلوب الدفع هنا مشكلة أمن المعلومات المنقولة وشهادات الجهات التي تتوسط عملية الوفاء من الغير الخارج عن علاقة التعاقد[1378].

فمتى انعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية صحيحا، انتقل طرفاه إلى مرحلة التنفيذ، وترتبت آثاره منذ لحظة انعقاده. مما يرتب في ذمة متعاقديه التزامات وجب تنفيذها طبقا لما اشتمل عليه العقد، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه تنفيذ الالتزام من حسن نية[1379].

ويستلزم تنفيذ العقد بحسن نية من كلا الطرفين المتعاقدين، أن يختارا في تنفيذه الطريقة التي تفرضها الاستقامة والنزاهة في التعامل[1380]. بل وقد يقتضي الأمر، أن يقوم المتعاقدان بالتعاون فيما بينهما في تنفيذ العقد، مثلما يلتزمان لا بما صرحا به في العقد، بل وأيضا بكل ملحقات الالتزام التعاقدي (ف. 231 ق.ل.ع.)، التي يقررها القانون أو العرف أو العدالة، وفقا لما تقتضيه طبيعة الالتزام العقدي.

وإعمالا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقد، لا بد من الالتزام بالأمانة وشرف التعامل دون غش أو تدليس، مع الالتزام بضرورة التعاون بين المتعاقدين، ومن ذلك: الالتزام بالإعلام والتبصير، بكل ما من شأنه أن يكون ذا أهمية في تنفيذ العقد، مع ضرورة الالتزام بالضمان[1381]، سواء تعلق الأمر بضمان العيوب الخفية أو ضمان التعرض والاستحقاق.

واستنادا لمبدأ القوة الملزمة للعقد، على الأطراف المتعاقدة القيام بتنفيذ العقد بمتضمناته التي تم الاتفاق عليها، وبالتالي فإن أي محاولة للمراجعة الفردية أو إظهار نية العدول عن مقتضياته لا يكون لها من أثر، إلا إذا حصلت عن طريق التراضي بين الطرفين المتعاقدين. فالإرادة التي أنشأت الالتزام هي التي تملك تعديله، وبما أن العقد نتاج توافق إرادتين، كان لزاما أن يتم الإلغاء والتعديل عن طريق هذا التوافق أيضا[1382].

[1378] عصام عبر الفتاح مطر، م.س.ص. 242.

[1379] بموجب الفصل 231 من ق.ل.ع. "كل تعهد يجب تنفيذه بحسن نية"، المادة 1134 من القانون المدني الفرنسي، المادة 148/1 من القانون المدني المصري، المادة 202/1 من القانون المدني الأردني، المادة 149 من القانون المدني السوري.

[1380] مأمون الكزبري، م.س.ص. 249.

[1381] نزيه الصادق المهدي، ، انعقاد العقد الالكتروني، بحث سابق، ص. 216 - 218.

[1382] عبد القادر العرعاري، م.س.ص. 256.

على أن لهذه القاعدة استثناءات يحق بموجبها لكلا المتعاقدين أو للقاضي، تعديل أو إلغاء بنود العقد كليا أو جزئيا، ولا يتحقق ذلك إلا إذا كان هناك نص قانوني خاص يؤكد الخروج عن القاعدة السابقة، كما في حالة تدخل القاضي لتمتيع المدين بمهلة الميسرة (ف. 165 ق.م.م وفق. 2 من ف. 243 ق.ل.ع). ولن نتوسع في هذه المسائل، إذ نحيل بخصوصها على القواعد العامة في القانون المدني.

وإذا كانت التزامات طرفي العقد المبرم بالطرق العادية هي نفس الالتزامات في العقود الإلكترونية، فإنه نظرا لأن هذه العقود الأخيرة تتم في بيئة إلكترونية وعبر الإنترنيت، فإن طريقة تنفيذ هذه الالتزامات سوف تختلف. فقد يتم تنفيذ التزام البائع عبر الشبكة من خلال عالم الإنترنيت الإفتراضي، ودون اللجوء إلى الوجود المادي. كما أن التزام المستهلك بالسداد، قد يتم بالنقود الإلكترونية وليس التقليدية.

مما يدفعنا إلى تفريع هذا الباب إلى فصلين لبحث الالتزامات الأساسية لكل من العارض المهني بطريقة إلكترونية (**الفصل الأول**)، والمستهلك أو الطرف المتعاقد معه بطريقة إلكترونية (**الفصل الثاني**).

الفصل الأول
الالتزامات الواقعة على العارض المهني بطريقة إلكترونية

إن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، شأنها شأن العقود التقليدية، ترتب التزامات على عاتق البائع أو مورد الخدمة، لا فرق في ذلك إن كانت تخص البيوع الإلكترونية عبر الإنترنيت بنوعيها التي تبرم وتنفذ على الخط أو التي تبرم على الخط وتنفذ خارجه.

فعلى اعتبار العقد المبرم بطريقة إلكترونية عقدا يتم عند بعد، بين طرفين غائبين مكانيا، ومن غير وجود مادي ملموس لمحله، يكون الالتزام بالتسليم إلتزاما ذو أهمية بالغة في تنفيذ العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لا سيما إذا أخذنا مسألة عدم الحضور المادي لكل من البائع والمشتري في مكان واحدن حيث تفصلهما في الغالب الأعم، الحدود الدولية والإقليمية والإجراءات الجمركية، حيث لا تتصور المناولة اليدوية للشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

وقد حدد المشرع المغربي التزامات البائع، حينما أوجب في الفصل 498 ق.ل.ع أن يتحمل البائع بالتزامين هما: الالتزام بتسليم الشيء المبيع والالتزام بضمانه.

فلا يكفي مجرد انتقال الحق المبيع إلى المشتري بموجب العقد، ليتمكن هذا الأخير من الانتفاع به فعلا وفقا لطبيعة الحق الذي انتقل إليه، بل لا بد لتحقيق ذلك من تسليمه الشيء الذي يرد عليه الحق المبيع، إذا كان هذا الحق عينيا، ومن القيام بكل الإجراءات اللازمة لتمكين المتعاقد معه من ممارسة سلطاته على الشيء المبيع وبالتالي الاستفادة منه.

ويعتبر الإلتزام بالتسليم، إلتزاما متفرعا عن التزام البائع بنقل الملكية. ويتم بوضع محل العقد تحت تصرف المتعاقد الآخر، بطرق مختلفة وذلك حسبما تم الاتفاق عليه أو بحسب طبيعة المحل نفسه. فأهمية تسليم الشيء محل العقد، تكمن بالأساس، في أنه يعد وفاء للالتزام وانقضائه. مثلما يتوقف على هذا الالتزام، انتقال تبعة هلاك الشيء محل العقد وبالتالي يكون لمعرفة زمان التسليم ومكانه وكيفيته، أهمية كبيرة لتعيين الطرف الذي يتحمل تبعة هلاك المبيع[1383].

وهكذا، فالبائع يلتزم بكل ما من شأنه تمكين الطرف الآخر من محل العقد، لاستعماله والانتفاع به، وأن يضمن له مطابقة الشيء المسلم للشيء الذي وقع الاتفاق عليه.

وفي نطاق هذه العقود، يلتزم العارض المهني لخدمة أو سلعة بطريقة إلكترونية، بذات الالتزامات التقليدية في العقود عموما، سواء من حيث نقل ملكية الشيء وتسليمه والتزامه بضمان التعرض والاستحقاق وكذا ضمان العيوب الخفية فيه[1384]، وعدم فرض شروط تعسفية مجحفة بحق الطرف الآخر، مع ضرورة إعلام وتبصير المشتري بكل ما من شأنه تسهيل استعمال المبيع واستغلاله في أحسن الظروفن وأخيرا كفالة حق المشتري في إرجاع المبيع واسترداد الثمن المؤدى كمقابل للحصول على الشيء محل التعاقد.

[1383] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 347 و348.

[1384] انظر في التزامات البائع الفرع الثاني من الباب الثاني من الكتاب الثاني من قانون الالتزامات والعقود.

وهكذا، يلتزم البائع المهني بطريقة إلكترونية، بنفس إلتزامات البائع بالطرق العادية، إلا من بعض الأحكام الخاصة والتي تميز العقد المبرم بطريقة إلكترونية، على اعتبار الوسيلة المستعملة عند إبرامه وتنفيذه والتي لا تسمح للمتعاقد الوقوف على حقيقة محل العقد.

لذا، ساتطرق إلى الأحكام الخاصة بتسليم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية في **الفرع الأول**، على أن أبحث بعد ذلك في **الفرع الثاني** إلتزام البائع المهني بالضمان في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

الفرع الأول

الأحكام الخاصة بتسليم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

لا يكفي مجرد انتقال الحق المبيع إلى المشتري بموجب العقد، ليتمكن هذا الأخير من الانتفاع به فعلا وفقا لطبيعة الحق الذي انتقل إليه، بل لا بد لتحقيق ذلك من تسليمه الشيء الذي يرد عليه الحق المبيع، إذا كان هذا الحق عينيا، ومن القيام بالإجراء الذي يمكنه من ممارسة حق عليه، إن كان هذا الحق شخصيا أو معنويا؛ وهذا نفسه ما قرره المشرع المغربي[1385].

فبعد أن ألقى عبء الالتزام بتسليم الشيء المبيع على عاتق البائع في الفصل 498 من ق.ل.ع، عاد فأوضح في الفصل 499 منه، أن التسليم إنما يتم "حين يتخلى البائع أو نائبه عن الشيء المبيع ويضعه تحت تصرف المشتري بحيث يستطيع هذا حيازته بدون عائق".

ويعتبر الإلتزام بالتسليم، التزاما متفرعا عن التزام البائع بنقل الملكية، ويوجب هذا الالتزام على البائع المحافظة على الشيء محل العقد، إلى حين تسلمه من طرف المتعاقد معه. وهذا الإلتزام، من أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المورد أو المنتج أو البائع في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، لا فرق في ذلك إن كانت تخص البيوع الإلكترونية عبر الإنترنيت بنوعيها التي تبرم وتنفذ على الخط، أو التي تبرم على الخط وتنفذ خارجه. ولا فرق أيضا، بين أن يكون محل الالتزام بيع حقوق الاستغلال المالي للبرنامج، أو ترخيص استخدامها، أو إعداد برامج خاصة، أو إنشاء أنظمة معلوماتية، أو تعلقت بسلع استهلاكية وغير ذلك[1386].

فطبقا للقواعد العامة، يتم التسليم حينما يتخلى المتعاقد العارض (البائع) عن الشيء محل التعاقد ويضعه تحت تصرف المشتري، بحيث يستطيع هذا الأخير حيازته بدون عائق (ف. 499 ق.ل.ع). بذلك الالتزام بتسليم محل العقد، من أهم التزامات العارض المهني والتي تترتب بذمته بمجرد انعقاد العقد صحيحا، ولو لم ينص عليه في بنود هذا الأخير.

ويتم التسليم عموما، بوضع محل العقد تحت تصرف المتعاقد الآخر بطرق مختلفة نص عليها المشرع المغربي بموجب الفصلين 500 و501 من ق.ل.ع، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق. كما وعليه تسليم الشيء في الحالة التي كان عليها عند البيع، حيث قرر بأنه "يمتنع على البائع إجراء التغيير فيه ابتداء من هذا الوقت" (ف. 512 ق.ل.ع)[1387].

[1385] خالد عبد الله عيد، الوجيز في العقود المسماة وفق أحكام قانون الإلتزامات والعقود المغربي، ج. 1 في أحكام عقد البيع وعقد الكراء، مطبوعات جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، نشر وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط، بدون سنة النشر، ص. 98.

[1386] صالح المنزلاوي، م.س.ص. 50.

[1387] من الأمثلة عن التسليم، وضع كل الوثائق المتعلقة بالشيء محل العقد رهن تصرف الطرف المتعاقد معه، كتسليمه سند الشحن الإلكتروني باعتباره الوثيقة أو المستند الذي يفرغ فيه عقد النقل البحري، وتبرز أهميته في اعتباره تمثيلا للبضاعة المبيعة، والتي لا تسلم ماديا للمشتري. لذا يقوم سند الشحن الإلكتروني بدور هام ورئيسي في تمثيل البضاعة. ويسلم سند الشحن الإلكتروني باستخدام مجموعة من العمليات الحسابية، ومن خلالها يتم تشفير مضمونه، من أجل إضفاء الثقة على سندات الشحن التي تتم عبر شبكة الإنترنيت. وللمزيد من الاطلاع انظر: محمد إبراهيم موسى، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص. 65 وما بعدها.

وهذا الالتزام أمر منطقي، ويترتب على البيع بمجرد إبرام العقد. ذلك أن ملكية الشيء المبيع تنتقل من البائع إلى المشتري بقوة القانون وحكم العقد بمجرد إبرام البيع، فيصبح الشيء المبيع في يد البائع بمثابة الوديعة لصالح المشتري مادام هذا الشيء في حيازة البائع.

وعليه التزام البائع بالمحافظة على الشيء المبيع، إلتزام ببذل عناية، تتناول جانبين إثنين:

- جانب إيجابي بأن يبذل البائع جهد الرجل السوي في كل ما توجبه المحافظة على الشيء المبيع، كما يحافظ على أموال نفسه.

- وجانب سلبي: بأن يمتنع عن القيام بأي عمل يفضي إلى التغيير من حالة الشيء المبيع، عما كان عليه عند إبرام العقد، كأن يقوم البائع بأي عمل يؤدي إلى تغيير معالم الشيء المبيع، كتشييد بناء على الأرض المبيعة أو هدم منشآت قائمة عليها[1388].

يلتزم البائع المهني أيضا، بتقديم خدمات ما بعد البيع، وكذا تقديم النصيحة والمشورة والمساعدة الفنية، لتمكين المتعاقد معه من الانتفاع بالشيء المبيع أو الخدمة محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية. وبذلك نصت الفقرة الثانية من المادة 26 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، على أنه "يعتبر المورد مسؤولا بقوة القانون اتجاه المستهلك على حسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد المبرم عن بعد، سواء كان تنفيذ الإلتزامات المذكورة على عاتق المورد الذي أبرم العقد أو مقدمين آخرين للخدمات دون الإخلال بحق المستهلك في الرجوع عليهم".

لذا، سنفرع الحديث عن ذلك من خلال مبحثين: نخصص **المبحث الأول**، لالتزام البائع أو المورد المهني بطريقة إلكترونية بالتسليم. على أن نتعرض في **المبحث الثاني** لمختلف الضمانات الملقاة على عاتق البائع بطريقة إلكترونية.

[1388] خاالد عبد الله عيد، الوجيز في العقود المسماة وفق أحكام قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م.س.ص. 99 و100.

المبحث الأول

التزام البائع أو المورد المهني بطريقة إلكترونية بالتسليم

يعتبر تسليم الشيء محل العقد وفاء للالتزام، بحيث يكون البائع أو مقدم الخدمة قد نفذ التزامه بتسليمه له تسليما ماديا أو معنويا كما في بعض الخدمات. بذلك التسليم هو تخلي البائع المهني أو مقدم الخدمة عن الشيء محل العقد لصالح المستهلك المشتري، ووضعه تحت تصرفه والانتفاع به، بحيث يستطيع حيازته والانتفاع به دون عائق. بعبارة أخرى، تخويله ممارسة السلطات التي خولتها حقوقه العقدية على الشيء محل العقد، وذلك بالتوافق مع طبيعة هذا الأخير.

والتسليم قد يكون فعليا ماديا بمناولة البائع الشيء محل العقد إلى المشتري بحيث يصبح تحت سيطرته، كما في تسليم المنقولات المادية والعقارات. كما قد يكون التسليم تسليما رمزيا أو معنويا، بتسليم المشتري مستندات أو وثائق تمثل المبيع كتسليم مفاتيح محل تجاري مثلا (ف. 501 ق.ل.ع). مثلما قد يكون التسليم في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية حكميا، بأن يتم من خلال تنزيل الشيء محل التعاقد عن بعد، أي تسليمه عبر الإنترنيت مباشرة على جهاز الحاسوب الشخصي للمشتري. وبذلك -ودون الوجود المادي للشيء المبيع- يتم التسليم، وبالتالي تنفيذ العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

لكن كيف لنا تصور حصول التسليم إذا تعلق الأمر بالتسليم في عقود محلها أشياء معنوية، كعقود خدمات الاستشارة القانونية أو الطبية المبرمة عبر الإنترنيت ؟.

الواقع أن للأمر أهميته، إذ التسليم هنا معنوي صرف، ويتصور تضمين الاستشارة في رسالة إلكترونية يتم إرسالها إلى البريد الإلكتروني للمتعاقد معه. لهذا، نص المشرع التونسي في قانون التجارة الإلكترونية بموجب المادة 26 في فقرتها الأولى على أنه "يحجر على البائع تسليم منتوج مشروط بطلب دفع لم تصدر بشأنه طلبية من قبل المستهلك". وهذا الحظر الذي نص عليه المشرع التونسي على تسليم السلعة أو الخدمة، هو ذلك التسليم الذي يتم بمقابل؛ بمعنى أن يكون مشروطا بطلب دفع من المستهلك لسلعة أو خدمة لم يطلبها هذا الأخير.

وقد رتب المشرع التونسي جزاء على قيام البائع بتسليم سلعة غير مطلوبة من قبل أو التخلي عن خدمة لم يطلبها المستهلك، وهو أنه لا يمكن لأي منهما أن يطالب المستهلك بثمن السلعة أو قيمة الخدمة. وقد نصت المادة 26 في فقرتها الثانية، على أنه "وفي حالة تسليم منتوج إلى المستهلك لم تصدر بشأنه طلبية، فلا يمكن مطالبة هذا الأخير بسعره أو كلفة تسليمه".

هذه المقتضيات نفسها تطرق إليها المشرع المغربي بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، حيث أوجب بموجب المادة 12 "في كل عقد يكون موضوعه بيع منتوجات أو سلع أو تقديم خدمات إلى المستهلك، إذا تجاوز الثمن أو التعريفة المتفق عليها الحد المقرر بنص تنظيمي وكان تسليم المنتوجات أو السلع أو تقديم الخدمات غير فوري، يجب على المورد أم يحدد كتابة في العقد أو الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو المخالصة أو أي وثيقة أخرى تسلم للمستهلك الأجل الذي يتعهد فيه بتسليم المنتوجات أو السلع أو تقديم الخدمات".

ونص المشرع المغربي - في إطار حماية المستهلك - أنه "إذا تم تجاوز الأجل المنصوص عليه في المادة 12 بسبعة أيام ولم يعز التأخير إلى قوة قاهرة، جاز للمستهلك، دون اللجوء إلى القضاء، أن يفسخ الإلتزام الذي يربطه بالمورد فيما يتعلق بالسلعة غير المسلمة أو الخدمة غير المقدمة بأية وسيلة تثبت التوصل، وذلك بالرغم من جميع الأحكام التعاقدية المخالفة ودون المساس بأحكام الفصلين 259 و260 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود (فق. 1 - م. 13 ق. رقم 08-31).

ونتيجة عدم التسليم في الوقت المحدد يفسخ الالتزام، يكون على المورد رد المبالغ المسبقة من لدن المستهلك داخل أجل لا يتجاوز سبعة أيام ابتداء من تاريخ تسلم الإشعار المذكور (م. 14 من القانون المومأ إليه أعلاه). وقد جعل المشرع المغربي من حق المستهلك استحقاق فائدة بالسعر القانوني الجاري به العمل على المبلغ المذكور ابتداء من اليوم الثامن، وذلك دون المساس بحق المستهلك في المكالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به (م. 14).

هذا ومنع المشرع المغربي في العقود المبرمة عن بعد، بموجب الفقرة الأولى من المادة 33 من القانون السالف ذكره، "توريد المنتوجات والسلع، أو تقديم الخدمات إلى المستهلك دون طلبية مسبقة منه، إذا تضمن هذا التوريد طلبا بالأداء. ولا يعتبر سكوت المستهلك بمثابة قبول".

و"عند ممارسة حق التراجع، يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور، تترتب بقوة القانون، على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به" (م. 37).

على أن المشرع المغربي وكنظيره التونسي، منعا حق التراجع إلا وفق شروط وفي حالات معينة نص عليها بموجب المادة 38 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وهي حالات خمس عددها المشرع على سبيل الحصر. وتتعلق بحالة اتفاق الطرفين في العقود المتعلقة ب:

"1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة؛

2- التزويد بالمنتوجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها أو تعريفتها رهينا بتقلبات السوق المالية؛

3- التزويد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصا أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف؛

4- التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك؛

5- التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات".

وفي إطار حماية المشرع المغربي للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد، قرر بموجب المادة 32 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، أن يقدم العارض للمستهلك كتابة أو بأي وسيلة دائمة أخرى موضوعة رهن تصرفه، في الوقت المناسب وعلى أبعد تقدير عند التسليم:

"1- تأكيدا للمعلومات المشار إليها في المواد 3 و5 و29 ما لم يف المورد بهذا الالتزام قبل إبرام العقد؛

2- عنوان المورد حيث يمكن للمستهلك تقديم شكاياته؛

3- معلومات حول شروط وكيفيات ممارسة حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36؛

4- المعلومات المتعلقة بالخدمة بعد البيع وبالضمانات التجارية؛

5- شروط فسخ العقد إذا كان غير محدد المدة أو كانت مدته تفوق سنة".

على أن المشرع المغربي لم يتطرق إلى الحالة التي يتكون فيها عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح إلى المستهلك من قبل البائع أو الغير، على أساس عقد مبرم بين البائع والغير.

وعلى اعتبار أن التجارة والمعاملات التي تبرم بالطرق الإلكترونية، أصبحت تفرض نفسها بشكل كبير على الواقع الاقتصادي الدولي خلال السنوات الأخيرة، فإنه أصبح على البائع بالطرق الالكترونية الالتزام بأداء الضرائب الجمركية وضريبة المبيعات[1389].

فمن حيث الضريبة الجمركية، فإن استيراد سلع تدخل أراضي الدولة وتستحق الضريبة بمجرد عبور البضائع للخط الجمركي، يتم بنفس الإجراءات التي تخضع لها السلع العادية. أما بالنسبة لضريبة المبيعات، فإن القانون لم يستثن السلع الواردة من التجارة الإلكترونية من الخضوع للضريبة، مثلها مثل أي سلعة مستوردة وتستحق الضريبة في مرحلة الإفراج عنها من الجمارك، بتحقق الواقعة المنشئة للضريبة الجمركية.

ولن نسهب في الحديث في طرق التسليم إلا بالقدر اللازم، إذ أنها نفسها القواعد العامة المطبقة أيضا في العقد المبرم بطريقة إلكترونية. وسنقتصر في حديثنا عن التسليم على خصوصيته بالنسبة للأشياء المادية (**المطلب الأول**)، وكذا عند تسليم أموال معنوية (**المطلب الثاني**).

[1389] بموجب الفصل 493 ق.ل.ع "بمجرد تمام العقد، يتحمل المشتري الضرائب وغيرها من الأعباء التي يتحملها الشيء المبيع ما لم يشترط غير ذلك. ويقع على عاتقه أيضا مصروفات حفظ المبيع وجني ثماره. وعلاوة على ذلك، يتحمل المشتري تبعة هلاك المبيع، ولو قبل حصول التسليم، ما لم يتفق على غير ذلك".

المطلب الأول
الأحكام الخاصة بتسليم الأشياء المادية

يعتبر تسليم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ضرورة من ضروریاته. إذ يترتب على هذا الالتزام أمور عدة وضرورية في إتمام العقد، وذلك حتى يتمكن المشتري من استعمال محل العقد واستغلاله لمصلحته.

وتتجلى أهمية تسليم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، في أن طبيعة العقد تمنع من معاينته بشكل مباشر ومادي، إلا بعد تسلمه. فغالبا ما لا يمكن معاينة محل العقد مباشرة، بل فقط الإطلاع عليه وعلى خصائصه ومكوناته، من خلال الكتالوجات أو البيانات المرسلة بواسطة الرسائل الإلكترونية، أو من خلال الدعوة إلى التعاقد - العرض الإلكتروني- عبر الموقع الإلكتروني على شبكة الإنترنت. وحتى إذا كان هناك استعمال، فقد يكون لفترة محدودة جدا، ولا تتيح للمتعاقد المستخدم المعرفة الكاملة بمحل العقد وخصائصه ومدى جودته ومطابقته للمواصفات التي تم الاتفاق عليها.

وضمن الشروط المقترنة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية، يأتي شرط التوافق على آلية تسليم المحل في هذا العقد، ضمن الأساسيات التي يقع الاتفاق بخصوصها. حيث يتفق الطرفان المتعاقدان حول زمان ومكان التسليم وكيفيته، وهل سيكون فور إبرام العقد أو لأجل معين أم أنه سيتم من خلال وضع يد العميل على المحل، أو باستخدامه بمجرد تسليمه؟ أم أن التسليم سيتم عبر الوسائل التقليدية أو بواسطة البريد الإلكتروني، أو عبر الموقع الإلكتروني لعارض السلعة أو الخدمة. وإذا ما حال أمر دون ذلك، هل يتوجب الرجوع إلى القواعد العامة لنظرية العقد، لبيان كيفية التسليم وتطبيقها على العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أم سيطبقان مقتضيات يتفقان بخصوصها؟.

فقد يتفق المتعاقدان على وسيلة تسليم معينة، والتي قد تكون مادية عن طريق توصيله إلى مقر المشتري، أو عبر الإنترنت من خلال التنزيل المباشر إذا تعلق الأمر ببرنامج حاسوب أو موقع إلكتروني، وإن لم يكن هناك من مانع من تسلمها ماديا من خلال تسجيلها على قرص ضوئي. وفي حالة ما إذا تعلق الأمر بتسليم سلعة مادية، فالبائع المهني يلتزم بإرسالها إلى المشتري بتسليمها فور إبرام العقد[1390]، بواسطة البريد أو باستخدام أي وسيلة نقل أخرى، سواء داخل الدولة أو خارجها[1391].

هنا، لا بد أن يتفق المتعاقدان حول طريقة تسليمها التي تتم بطرق عادية، كالبريد السريع مثلا، مع تحديد رسوم الشحن والرسوم الجمركية والطرف المتحمل بالمسؤولية، وحالة تعيب البضاعة أو هلاكها، والمسؤولية عن التأخير في التسليم، في الحالات العادية وفي حالة القوة القاهرة أو خطإ ارتكبه الغير أو المدين أو ارتكبه الدائن نفسه.

[1390] وقد استقر المجلس الأعلى في اجتهاده بهذا الخصوص، على أن "تسليم الشيء المبيع يجب أن يتم فور إبرام العقد إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف في زمن. لا يجبر البائع الذي لم يعط للمشتري أجلا للوفاء بالثمن، على تسليم المبيع إذا لم يعرض المشتري دفع ثمنه في مقابل تسلمه". قرار ع. 1968، صادر بتاريخ 20 دجنبر 1983، في الملف ع. 93992، منشور بمجلة المحامي، ع. 6، ص. 44.

[1391] علي الشامي، المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2000، ص.13 وما بعدها.

أما بخصوص مكان التسليم فيتفق بخصوصه المتعاقدان، وإلا تم الرجوع إلى المقتضيات العامة، والتي تنص على أنه "يجب أن يتم التسليم في المكان الذي كان الشيء موجودا فيه عند البيع، ما لم يتفق على غير ذلك" (الفقرة الأولى من الفصل 502 ق.ل.ع). على أن الشيء إذا كان موجودا في مكان آخر غير الذي كان موجودا فيه حقيقة، وجب على البائع نقله إلى المكان المبين في العقد إذا طلب المشتري ذلك (فق. 2 ف. 502 ق.ل.ع).

أما في البيوع الإلكترونية الدولية، فالتسليم يتم في المكان الذي تم الاتفاق عليه، فإذا لم يتم ذلك فإن الطرفين يمكنهما تطبيق اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع، وفي هذا نصت الاتفاقية المذكورة بموجب المادة 31 منها على أنه إذا كان عقد البيع يقتضي نقل السلعة (وليس الخدمة) وكان البائع هو الملزم بإبرام عقد النقل، فإن التسليم يتم في المكان الذي تتم فيه مناولة السلعة إلى الناقل الأول بقصد إرسالها إلى المشتري.

بذلك، تضمن الاتفاقية تمييزا بين الأوضاع المختلفة التي يتم من خلالها نقل البضائع من دون أن تعمد إلى وضع قاعدة عامة بهذا الخصوص. غير أن الغالب الذي يجري عليه التعامل اليوم في العقود المبرمة عن بعد، أن يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم عندما يسلم المبيع للناقل، مما تترتب عليه مسألة في غاية الأهمية، وهي: انتقال تبعة هلاك المبيع إلى المشتري بمجرد أن يسلم المورد أو المنتج أو التاجر المبيع إلى الناقل.

وتقتضي بعض العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، أن يتم الاتفاق أيضا -حين تسليم الشيء محل العقد- حول ملحقات ضرورية وأساسية لأداء عمله وهي تعتبر توابع للمحل وجزء لا يتجزأ منه كما في حالة تسليم شركة للبرمجة المعلوماتية لبرنامج حاسوب بالمستندات الشارحة لطريقة عمله، حيث يتوجب على الشركة المبرمجة تسليم البرنامج بملحقاته، التي هي نسخة احتياطية من البرنامج وأصوله المتمثلة في البرنامج المصدر والبرنامج الهدف والخريطة التدفقية للبرنامج. وتوجب بعض العقود على البائع المهني تسليم رخص الاستعمال حتى لا يخالف استعماله القوانين، إضافة إلى أنها جزء من محل العقد الذي لا يكتمل إلا بها.

بذلك يشمل التسليم، الشيء بملحقاته وكل ما أعد لاستعماله، طبقا لما تقضي به طبيعة المبيع والعرف الجاري التعامل به وقصد المتعاقدين (ف. 516 ق.ل.ع). وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي قد أوجب "أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن" (فق. 1، ف. 504 ق.ل.ع). ولم يجبر المشرع البائع الذي لم يعط المشتري أجلا للوفاء بالثمن، على تسليم المبيع، إذا لم يعرض المشتري دفع ثمنه في مقابل تسلمه (الفقرة 2، ف. 504 ق.ل.ع).

ويرى بعض من الفقه[1392]، أن هناك أهمية كبيرة في تحديد مدة التسليم في المعاملات الإلكترونية، وتتمثل في حماية مصالح الطرفين المتعاقدين وتدعيم الثقة بينهما، وتحديد المسؤولية عن الأضرار الناجمة عن التأخير.

[1392] محمد حسين منصور، م.س.ص. 82.

ويضيف هذا الاتجاه، بأنه في حالة صعوبة تحديد المدة في العقود حيث يتوقف الأمر أحيانا على ظروف خارجية، مثل: إجراءات الشحن والجمارك، وإعداد الإمكانيات المناسبة لتلقي الخدمة، أو أن يكون المحل عملا ذهنيا يستدعي ابتكاره وتصميمه وملاءمته لاحتياجات العميل فترة زمنية معقولة، فإنه يجري العمل في مثل هذه الحالات على تحديد موعد تقريبي، ينبغي كقاعدة عامة الالتزام به، ما لم يقدم المدين مبررات معقولة للتأخير يقدرها قاضي الموضوع في حالة تأخير تنفيذ الالتزام[1393].

ولعل أهم ما يميز التسليم في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، أنه قد يكون ماديا بإرسال البضاعة إلى المشتري، مثلما قد يكون التسليم حكميا إن اقتضت الخدمة بعض الأعمال التحضيرية التي تتم خارج الشبكة، كما في إعداد تصميمات مشروع هندسي حيث يتطلب الانتقال الفعلي لعين المكان[1394].

وفي بعض العقود، يتوجب على البائع المهني تسليم رخصة لاستعمال الشيء حتى لا يشكل استعماله مخالفة للقانون، إضافة إلى أنها جزء من محل العقد، بحيث لا يكون هذا الأخير كاملا إذا كانت من الضروريات في استخدام المحل. وتخول هذه الرخصة للمستهلك استخدام محل العقد، وفق الغاية التي أعد من أجلها[1395].

ويقتضي وضع الشيء المبيع تحت تصرف المشتري أن يزوده البائع بكافة المعلومات الضرورية والبيانات الفنية والتقنية التي توضح كيفية استعماله، وترشده إلى الأسس التي تؤدي إلى تلافي الأخطار الناجمة عن جهل المشتري لهذا الاستعمال[1396]. وتبدو أهمية الالتزام بضمان السلامة، في البيوع التي ترد على الأشياء الخطرة، كبيع المواد السامة، أو الملتهبة، أو المتفجرة، أو الكهربائية، أو الإشعاعية، وما شابه ذلك.

ويعد الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء محل التعاقد، من الالتزامات التي ألقى بها الفقه والقضاء - خاصة الفرنسي- على عاتق البائع أو المنتج لتجنب أضرار بعض المنتجات خاصة الصناعية منها.

وحتى الآن، لم يتضمن أي نص في القانون المغربي أحكاما خاصة بهذا الالتزام، ببيان ماهيته وطبيعته وكيفية الوفاء به. ولا يبقى سوى نص فريد في قانون الالتزامات والعقود، يقضي بأن "كل شخص يسأل عن الضرر الحاصل من الأشياء التي في حراسته، إذا تبين أن هذه الأشياء هي السبب المباشر للضرر، وذلك ما لم يثبت:

1- أنه فعل ما كان ضروريا لمنع الضرر؛

2- وأن الضرر يرجع إما لحادث فجائي، أو لقوة قاهرة، أو لخطأ المتضرر."

ويلعب الالتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء دورا مهما في مجال حماية المستهلك، الذي يكون بحاجة ماسة إلى إعلامه بما ينير رضاءه ويضمن سلامته من أضرار المنتجات التي سيستعملها والتي شكلت محل تعاقده.

[1393] محمد حسين منصور، المرجع السابق.

[1394] إلياس ناصيف، م.س.ص. 156.

[1395] محمد فواز مطالقة، م.س.ص. 98.

[1396] خالد عبد الله عيد، الوجيز في العقود المسماة وفق أحكام قانون الإلتزامات والعقود المغربي، م.س.ص. 103.

أما في القانون المغربي، فإن ما يخص هذه المقتضيات لم يدرجها المشرع في قانون الإلتزامات والعقود، لكن ضَمَّنها مواد القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك. ونوه هنا بالمقتضيات المهمة التي نص عليها المشرع المغربي بموجب هذا القانون، والتي بموجبها حدد مجموعة من التدابير التي من شأنها حماية المتعاقدين، بمن فيهم المتعاقد بطريقة إلكترونية.

وهكذا، فقد خصص المشرع المغربي، الباب الثاني من القسم الثاني منه للمقتضيات الخاصة بالإعلام بآجال التسليم. فبموجب المادة 12 منه، اعتبر أنه "في كل عقد يكون موضوعه بيع منتوجات أو سلع أو تقديم خدمات إلى المستهلك، إذا تجاوز الثمن أو التعريفة المتفق عليها الحد المقرر بنص تنظيمي وكان تسليم المنتوجات أو السلع أو تقديم الخدمات غير فوري، يجب على المورد أم يحدد كتابة في العقد أو الفاتورة أو تذكرة الصندوق أو المخالصة أو أي وثيقة أخرى تسلم للمستهلك الأجل الذي يتعهد فيه بتسليم المنتوجات أو السلع أو تقديم الخدمات".

ونص المشرع المغربي - في إطار حماية المستهلك - أنه "إذا تم تجاوز الأجل المنصوص عليه في المادة 12 بسبعة أيام ولم يعز التأخير إلى قوة قاهرة، جاز للمستهلك، دون اللجوء إلى القضاء، أن يفسخ الإلتزام الذي يربطه بالمورد فيما يتعلق بالسلعة غير المسلمة أو الخدمة غير المقدمة بأية وسيلة تثبت التوصل، وذلك بالرغم من جميع الأحكام التعاقدية المخالفة ودون المساس بأحكام الفصلين 259 و260 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود. (فق. 1 - م. 13 ق. رقم 08-31).

ونتيجة عدم التسليم في الوقت المحدد يفسخ الالتزام، ويكون على المورد رد المبالغ المسبقة من لدن المستهلك داخل أجل لا يتجاوز سبعة أيام ابتداء من تاريخ تسلم الإشعار المذكور (م. 14 من القانون الموأ إليه أعلاه). وقد جعل المشرع المغربي من حق المستهلك استحقاق فائدة بالسعر القانوني الجاري به العمل على المبلغ المذكور ابتداء من اليوم الثامن، وذلك دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحق به (م. 14).

كما ومنع المشرع المغربي في العقود المبرمة عن بعد، بموجب الفقرة الأولى من المادة 33 من القانون السالف ذكره، "توريد المنتوجات والسلع، أو تقديم الخدمات إلى المستهلك دون طلبية مسبقة منه، إذا تضمن هذا التوريد طلبا بالأداء. ولا يعتبر سكوت المستهلك بمثابة قبول". و"عند ممارسة حق التراجع، يجب على المورد أن يرد إلى المستهلك المبلغ المدفوع كاملا على الفور وعلى أبعد تقدير داخل الخمسة عشر يوما الموالية للتاريخ الذي تمت فيه ممارسة الحق المذكور. وبعد انصرام الأجل المذكور، تترتب بقوة القانون، على المبلغ المستحق فوائد بالسعر القانوني المعمول به" (م. 37).

على أن المشرع المغربي وكنظيره التونسي، منع حق التراجع وفق شروط وفي حالات معينة، نص عليها بموجب المادة 38 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وهي حالات خمس عددها المشرع على سبيل الحصر. وتتعلق بحالة اتفاق الطرفين في العقود المتعلقة بـ:

"1- الخدمات التي شرع في تنفيذها بموافقة المستهلك قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة؛

2- التزويد بالمنتوجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها أو تعريفتها رهينا بتقلبات السوق المالية؛

3- التزويد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصا أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف؛

4- التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك؛

5- التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات".

وفي إطار حماية المشرع المغربي للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد، قرر بموجب المادة 32 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، أن يقدم العارض للمستهلك كتابة أو بأي وسيلة دائمة أخرى موضوعة رهن تصرفه، في الوقت المناسب وعلى أبعد تقدير عند التسليم:

"1- تأكيدا للمعلومات المشار إليها في المواد 3 و5 و29 ما لم يف المورد بهذا الالتزام قبل إبرام العقد؛

2- عنوان المورد حيث يمكن للمستهلك تقديم شكاياته؛

3- معلومات حول شروط وكيفيات ممارسة حق التراجع المنصوص عليه في المادة 36؛

4- المعلومات المتعلقة بالخدمة بعد البيع وبالضمانات التجارية؛

5- شروط فسخ العقد إذا كان غير محدد المدة أو كانت مدته تفوق سنة".

بذلك نرى أن تنفيذ الالتزام بالتسليم في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية - خاصة تلك المبرمة عبر الانترنيت بين المستهلكين والمهنيين - لا يتم إلا عند تسليم البضائع أو السلع إلى المستهلكين، في المكان والزمان الذي يتم الاتفاق عليه بين الطرفين.

ومن الجدير ذكره، أنه في العقود المبرمة عبر الإنترنيت، يجب مراعاة قوانين الدول التي تحرم دخول والتعامل في بعض الأنواع من البضائع، بحيث يجب الرجوع إلى القوانين الجمركية والاتفاقيات التجارية الموقعة بين الدولتين التي ينتمي إليها طرفا العقد، حتى يسهل تبادل السلع بدون قيود على الحدود.

على أن تسليم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، قد يكون عقارا تم شراؤه عبر الانترنيت أو اكتراؤه بنفس الطريقة. هنا يلزم لنقل ملكية العقار محل العقد تسليم مفاتيحه، وتسجيل التصرف الناقل للملكية (فق. 1 من ف. 501 ق.ل.ع).

أما بالنسبة للأموال المنقولة المادية، فيتم تسليمها بمناولتها من يد إلى يد أو بتسليم مفاتيحها أو بأي وجه جرى به العرف (فق. 2 ف. 500 ق.ل.ع). أما إذا كان المبيع موجودا بمستودع عام، فإن تسليم حوالة، أو شهادة إيداعه، أو تذكرة شحنه، أو نقله تكون بمثابة تسليمه (فق. 4 ف. 500 ق.ل.ع).

وإذا كانت لحد الآن عملية تسليم الأشياء المادية، خاصة إذا تعلقت بالعقارات تتم بطرقها العادية التقليدية، فإنه من الممكن تطبيق نظام الموثق الإلكتروني واعتماد نظام السجل الإلكتروني ليحل محل السجل العقاري التقليدي.

وتتمحور مهمة الموثق الإلكتروني، في إثبات مضمون المستندات والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية وتوثيقها. والسجل الإلكتروني هنا يكون في شكل رسائل بيانات إلكترونية، قد يكون الإطلاع عليها متاحا فقط للطرف الذي يتم إبرام العقد من خلال نظام المعلومات الخاص به[1401]. ويلاحظ أن القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، أطلق على جهة التوثيق مسمى أعم لوظيفة الموثق، وهو مقدم خدمة المصادقة الإلكترونية.

وحسب المادة 14 من القانون المذكور، يختص مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية المعتمد لهذا الغرض، ووفق أحكام المادة 21 من نفس القانون، بتوريد وسائل أو خدمات التشفير. وإذا تعذر ذلك، تعين أن يكون الأشخاص الراغبون في تقديم خدمات التشفير الخاضعة للترخيص معتمدين من لدن السلطة الوطنية المكلفة باعتماد ومراقبة المصادقة الإلكترونية.

وهكذا، فإن تنفيذ التزام المتعاقد يكون في المكان الذي تقتضيه طبيعة الشيء أو يتفق عليه الطرفان. فإذا لم يحدد المتعاقدين ذلك، فمكان التنفيذ سيكون هو نفسه مكان إبرام العقد، إذا تعلق المحل بأشياء يكون نقلها كثير الكلفة أو صعبا. فإذا كان ممكنا نقله دون صعوبة، فيمكن للبائع المهني تسليم الشيء أينما وجد المشتري، ما لم يكن لهذا الأخير مبرر معقول في عدم قبول الوفاء المعروض عليه (ف. 248 ق.ل.ع).

أما القواعد الخاصة بالوقت الذي يجب حصول التنفيذ فيه، فيتم الرجوع بخصوصها إلى مقتضيات الفصل 249 وما بعده من قانون الالتزامات والعقود.

وتجدر الإشارة، إلى أن عقود البيع المبرمة عبر الإنترنيت -من خلال صفحات الويب أو العروض عبر البريد الإلكتروني- والتي تتضمن عبارات تقيد مكان مزاولة النشاط، فهي بالضرورة تقيد أماكن التوزيع أو التسليم ضمن حدود المكان المحدد في الإعلان.

فمن يتعاقد خارج هذه الأماكن المحددة في الإعلان لا يستطيع الادعاء بالقواعد العامة التي تقرر تسلمه المبيع في أماكن تواجده، بل عليه أن يتحمل هو تبعات التسليم من مكان تواجده لدى البائع.

وغالبا ما يتم إيصال أو إرسال البضائع أو السلع المشتراة عبر الإنترنيت، من طرف شركات متخصصة في التوزيع. وبذلك تبعات هلاك الشيء المبيع، تقع على عاتق البائع إلى حين تسلم المشتري لسلعته، حيث لا يعتبر التسليم نهائيا إلا منذ لحظة تسلمه من قبل المشتري[1402].

ونشير هنا، إلى المقتضيات التي جاءت بها المادة 20 من مرسوم بقانون رقم 28 لسنة 2008 بشأن المعاملات الإلكترونية البحريني، وهو التشريع الوحيد الذي تطرق لمسألة نقل البضائع التي تم الاتفاق بخصوصها بموجب العقد الذي أبرم بطريقة إلكترونية. وقد نصت هذه المادة، على أن أحكامها تسري "بشأن أي إجراء يتعلق بعقد نقل البضائع، بما في ذلك الآتي:

[1401] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، م.س.ص. 172.

[1402] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 301 وما بعدها.

أ- الإخطار بعلامات أو عدد أو كمية أو وزن البضائع.

بـ- تحديد نوع البضائع أو قيمتها، أو الإقرار بذلك.

جـ- إصدار إيصال بتسلم البضائع.

د- إصدار تأكيد بأن البضائع قد تم تحميلها.

هـ- إصدار تعليمات لناقل البضائع.

و- المطالبة بتسليم البضائع.

ز- الإذن بالإفراج عن البضائع.

ح - الإخطار بفقد البضائع أو تلفها.

ط- التعهد بتسليم البضائع إلى شخص معين أو إلى شخص مفوض بالمطالبة بالتسليم.

ى- منح أو اكتساب أو نقل أو تداول أية حقوق بشأن البضائع ، أو التخلي أو التنازل عن أي من هذه الحقوق.

ك- الإخطار بشروط عقد نقل البضائع.

ل- الإخطار أو الإفادة بتنفيذ عقد نقل البضائع.

م- اكتساب أو نقل الحقوق والالتزامات التي ينص عليها عقد نقل البضائع.

2- إذا تطلب القانون أن يتم أي إجراء مما نص عليه في البند السابق عن طريق مستند مكتوب، فإن استيفاء ذلك من خلال استعمال سجل إلكتروني أو أكثر يفي بمتطلبات هذا القانون.

3- مع عدم الإخلال بنص البند السابق، فإنه إذا اشترط القانون لمنح أي حق أو لإسناد أي التزام أن يتم من خلال استعمال أو تسليم مستند مكتوب، فإن استيفاء ذلك من خلال استعمال سجل إلكتروني أو أكثر يفي بمتطلبات هذا القانون، بشرط أن يتم إنشاء تلك السجلات بطريقة تضمن أن يكون الحق أو الالتزام مقصوراً على الشخص المعني دون سواه.

4 - يراعى بشأن تقدير مدى كفاءة طريقة إنشاء هذه السجلات في تحقيق الضمان المشار إليه في البند السابق، الشروط التي اتفق عليها الأطراف، وكافة الظروف والملابسات، بما في ذلك الغرض الذي تم من أجله الإخطار بالحق أو الالتزام.

5- إذا استعمل سجل إلكتروني أو أكثر لأي من الإجراءات المنصوص عليها في الفقرتين (ي) أو (م) من البند (1) من هذه المادة، فإنه لا يعتد بأي مستند خطي في هذا الشأن إلا إذا تحقق الشرطان الآتيان:

أ- العدول عن استعمال السجلات الإلكترونية بشأن ذلك الإجراء، سواء تم ذلك بالاتفاق بين الأطراف المعنيين أو بإرادة أحدهم.

ب- أن يتضمن المستند الخطي البديل ما يفيد العدول عن استعمال السجلات الإلكترونية في هذا الشأن.

6- لا يترتب على استبدال المستندات الخطية بسجلات إلكترونية، على النحو المنصوص عليه في البند السابق، التأثير على أي من حقوق أو التزامات الأطراف المعنيين.

7- لا يترتب على مجرد ورود عقد نقل البضائع في سجل إلكتروني أو أكثر، أو ثبوته عن طريق سجل إلكتروني أو أكثر، بدلاً من المستندات الورقية، المساس بأحكام القوانين ذات العلاقة بعقد النقل وسريانها على هذا العقد.

لكن، ماذا عن البيوع التي تتم بشرط التجربة أو بالعينة؟. فكثيرة هي المواقع التي ترسل عينات عن البضائع المراد التعاقد بخصوصها، بقصد تجربتها المدة الكافية التي حددها العارض المهني وغالبا لا تتجاوز الشهر. فقد يلجأ المتبايعان في تعيين المبيع إلى اعتماد أنموذج أو عينة، يمثل الشيء المبيع ويسمح بتجربته ومعرفتهم، من خلال مجموعة من مواصفاته المحددة بالأنموذج. وقد قضت أحكام الفصل 551 ق.ل.ع على أنه "في البيوع التي تنعقد على مقتضى أنموذج، يضمن البائع توفر صفات الأنموذج في المبيع. وإذا هلك الأنموذج أو تعيب، وجب على المشتري أن يثبت أن البضاعة غير مطابقة له.".

على أنه وبالرغم من وجود الأنموذج المتفق عليه، فقد يثور خلاف بين البائع والمشتري حول مدى توافر المواصفات المطلوبة في الأنموذج الذي تعرض لعيب. فهنا قضى المشرع المغربي بموجب الفصل 552 ق.ل.ع على أنه "لا يضمن البائع إلا العيوب التي كانت موجودة عند البيع، إذا كان المبيع شيئا معينا بذاته، أو عند التسليم إذا كان المبيع شيئا مثليا يبع بالوزن أو القياس أو على أساس الوصف.".

الملاحظ أن التشريع المغربي، في القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، لم يتطرق لحماية المستهلك في هذا النوع من البيوع عموما، خاصة تلك المبرمة عن بعد.

ونستأنس بهذا الخصوص، بالمقتضيات العامة السالف ذكرها، وأيضا بما نصت عليه مقتضيات القانون التونسي للمعاملات والتجارة الإلكترونية في الفصل 34 والذي نص على أنه "باستثناء حالات سوء الاستعمال يتحمل البائع، في حالة البيع مع التجربة، الأخطار التي قد يتعرض إليها المنتوج وذلك الى غاية انتهاء مدة تجربته ويعد لاغيا كل شرط للاعفاء من المسؤولية يكون مخالفا لأحكام هذا الفصل".

المطلب الثاني
الأحكام الخاصة بتسليم الأموال المعنوية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

وفقا للقواعد العامة في العقود، يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري، بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق. وقد يكون بتسليم الشيء بطريقة عادية، كما قد يحصل وفق الطريقة التي اتفق عليها الطرفان المتعاقدان.

وقد يتم التسليم عبر وسيلة إلكترونية أيضا، بأن يكون كليا أو جزئيا عبر وسيلة إلكترونية يختارها المتعاقدان، كما هو الأمر في حالة اللجوء إلى أحد الفنيين لتصميم موقع على الإنترنيت، إذ يتم إعداد تصميم هذا الموقع على جهاز الحاسوب وترسل الخدمة بالطريق الإلكتروني، أي عبر شبكة الانترنيت إلى جهاز المشتري[1403].

[1403] إلياس ناصيف، م.س.ص. 157.

على أن هناك من العقود ما تتطلب أن تتم كلية عبر وسيلة إلكترونية، ومثال ذلك اللجوء إلى أحد الفنيين لتصميم موقع على شبكة الإنترنيت، إذ يتم إعداد هذه الخدمة وإرسالها بطريقة إلكترونية عبر شبكة الإنترنيت[1404]. وغالبا ما يتم تسليم محل العقد عبر الانترنيت، من خلال إرساله عبر البريد الإلكتروني أو من خلال الدخول إلى موقع مقدم الخدمة أو البضاعة وتحميل المحل عن بعد[1405].

ويتم ذلك بعد المرور بمراحل مختلفة كتسجيل رقم لطاقة الائتمان الخاصة بالمشتري في الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، حيث يتم الخصم المباشر لمبلغ السلعة أو الخدمة المقدمة، من خلال التحويل الإلكتروني للأموال، أو كتطلب الأمر الحصول مسبقا على رقم أو شفرة سرية لفتح البرنامج الذي غالبا ما يكون مشفرا، حماية له من السرقة والقرصنة المعلوماتية[1406].

وتوجب هذه الطريقة، بيان بعض المسائل الخاصة بالمحل والتي قد تكون غير متوافرة بالنسبة للعميل، وكذا إعلامه بوقت إرسال الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ليستعد لاستقباله، خوفا من عملية القرصنة أو عدم توفر البيئة المناسبة لتسلم المحل[1407]. وفي ذلك دليل على تسليم البائع للمحل، بحيث لا يمكن إنكاره لأن طلب الشفرة وتسليمها ليتمكن المشتري من استعمال البرنامج، لأكبر دليل على تسلمه للمحل.

ويثير غياب التواجد المادي للسلعة أو البضاعة في بعض العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، والتي يكون محلها خدمة أو بضاعة غير مادية، بعض الصعوبات في تحديد اللحظة التي يجب أن يبدأ وأن ينتهي عندها تنفيذ العقد. ولتحديد ذلك أهمية قصوى، إذ أن أي تأخير في تنفيذ العقد قد يؤدي إلى إلغاء العقد، إذا كان موعد التسليم أمرا جوهريا في التعاقد.

وثمة عقود تتطلب، سواء بحسب طبيعتها أو بحسب رغبة المتعاقدين، التنفيذ خارج شبكة الإنترنيت، كما لو كان موضوع العقد بيع سلع مادية، فإن طبيعته تتطلب تسليما ماديا خارج شبكة الإنترنيت. كذلك الأمر، بشأن السلع والخدمات التي تسمح طبيعتها بأن تنقل بكلا الطريقتين: المادي والإلكتروني، ولكن طرفي العقد اختارا التسليم المادي[1408].

بذلك يكتسي التسليم للشيء محل التعاقد في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، أهمية كبيرة نظرا لخصوصيته المميزة له عن التسليم في العقود العادية. مما يستدعي التساؤل عن المسؤولية المترتبة على عاتق البائع المهني عند التسليم، وهذا ما سنقف عنده في **المبحث الثاني**.

[1404] صابر عبد العزيز سلامة، م.س.ن ص.61.

[1405] يقصد بالتحميل «Upload» إرسال ملف او برنامج أو مصنف فكري من جهاز حاسوب إلى آخر، وهو ليس التنزيل« Download Téléchargement» الذي هو استقبال أو التنزيل عن بعد لأحد الرسائل أو البرامج أو البيانات عبر الانترنيت إلى حاسوب العميل.

[1406] أثناء عملية تسليم برامج الحاسوب عبر الانترنيت، تتخذ العديد من الاحتياطات ضد عمليات القرصنة، وذلك أثناء نقل البرامج وتسليمها، سواء بتشفير البرنامج عند تسليمه، بعد إدراج جهة التسليم التي هي غالبا ما تكون شركة لصناعة البرمجيات، لتوقيعها الخاص الموثق لدى جهات خاصة، بحيث يتم تسليم البرنامج بعد الانتهاء من التوقيع الإلكتروني المربوط بعملية التسليم. ومتى تم التوثق من التوقيع وإجازته فإن المحل سوف يتم تسليمه فورا.

[1407] محمد فواز مطالقة، م.س.ص.99.

[1408] إلياس ناصيف، م.س.ص. 157.

المبحث الثاني

الضمانات الملقاة على عاتق البائع بطريقة إلكترونية

من البديهي، أن المتعاقد حينما يقدم على إبرام عقد، فإنه يتطلع إلى غاية من هذه العملية التعاقدية، وهي الحصول على المبيع والتمتع بكافة السلطات المخولة له تمتعا هادئا دون تعكير أو اعتداء من قبل البائع أو غيره. ولا تتحقق هذه الغاية، بمجرد قيام البائع بنقل الملكية إلى المشتري أو تسليم المبيع إليه، ما لم يضمن البائع خلو المبيع من الادعاءات المعكرة للانتفاع الهادئ المستقر الذي يرجوه المشتري من إقدامه على إبرام عقد البيع.

وقد أوضح المشرع المغربي بموجب الفصل 532 ق.ل.ع أن "الضمان الواجب على البائع للمشترين يشمل أمرين:

أ- أولهما حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)؛

ب- وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب).

والضمان يلزم البائع بقوة القانون، وإن لم يشترط. وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان".

بذلك لا يقتصر التزام البائع المهني على محض الإلتزام فقط بنقل الملكية، بل لا بد من ضمانه الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع (ف. 533 ق.ل.ع).

واستنادا إلى ما سبق، نوضح إذن مسألة التزام البائع المهني بطريقة إلكترونية، بضمان الشيء المبيع، من خلال مطلبين اثنين:

المطلب الأول: مدى ضمان العيب في الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

المطلب الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

المطلب الأول

مدى ضمان العيب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

يشمل التراضي بين المتعاقدين الاتفاق على الضمان، باعتباره ضرورة من ضروريات العقد المبرم بطريقة إلكترونية؛ فالأساس في العقد تسليم المحل خاليا من أي عيب.

ولا يعتبر البائع موفيا بالتزامه بتسليم الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، ما لم يكن هذا الشيء خاليا من أي عيب يؤدي إلى الانتقاص من قيمته أو الانتفاع به بشكل محسوس، وما لم تتوافر في الشيء المبيع كافة الصفات والشروط التي حددها المشتري فيه بموجب العقد.

فالمشتري يهدف من وراء إبرامه للعقد، الانتفاع بالعين المشتراة والإستفادة منها، مما يلقي على عاتق البائع التزاما بضمان العيوب الخفية التي تنقص من قيمة المبيع أو نفعه، وتجعله غير صالح لتحقيق الإنتفاع المقصود منه.

ويعد الالتزام بضمان العيوب الخفية، وسيلة جديدة في يد المشتري (المستهلك)، لإلزام البائع بتسليم المبيع مطابقا للمواصفات التي تم الاتفاق عليها والتي تستلزمها الأعراف وطبيعة التعامل.

وينشأ هذا الالتزام، وفقا للنصوص الحالية في حالة وجود عيب خفي بالشيء المبيع، يؤدي إلى عدم صلاحيته للأغراض التي أعد من أجلها أو المتفق عليها، أو إلى إنقاص في قيمة هذا المبيع[1409].

وقد كرس المشرع المغربي هذا المبدأ، وضمنه بموجب الفصل 459 ق.ل.ع حيث قرر أن "يضمن البائع عيوب الشيء التي تنقص من قيمته نقصا محسوسا، أو التي تجعله غير صالح لاستعماله فيما أعد له بحسب طبيعته أو بمقتضى العقد. أما العيوب التي تنقص نقصا يسيرا من القيمة أو الانتفاع، وتلك التي جرى العرف على التسامح فيها، فهي تخول الضمان.

ويضمن البائع أيضا وجود الصفات التي صرح بها أو التي اشترطها المشتري".

وبالرجوع إلى الأحكام الخاصة بضمان العيب الخفي، يلاحظ أن المشرع المغربي لم يلزم البائع بهذا الضمان، ما لم تتوافر بعض الشروط في هذه العيوب، وهي: أن يكون العيب خفيا لا ظاهرا، وأن يكون العيب جسيما ومؤثرا لا عيبا يسيرا، وأن يكون العيب مقارنا للبيع أو لتسليم الشيء المبيع لا أن يكون لاحقا لهما، ثم أن لا يكون البيع قد تم بوساطة القضاء[1410].

[1409] عبد المنعم موسى إبراهيم، م.س.ص. 464 وما بعدها.

[1410] خالد عبد الله عيد، م.س.ص.119. ولمزيد من الاطلاع حول الشروط القانونية لضمان العيب الخفي، راجع: ص. 120- 124.

وقد نصت التشريعات المدنية على ضمان البائع للعيوب الخفية[1411]، إذا كان من شأنها الإنقاص من قيمة محل العقد أو نفعه، وعلى المشتري إثبات وجود العيب، وأنه كان سابقا على تسلم المبيع. على أن إثبات العيب الخفي السابق عن التسليم في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تكتنفه العديد من الصعوبات، إذ يتعلق الأمر بتوريد سلع أو خدمات تتسم بالطابع التقني أحيانا.

في هذا الإطار، خصص المشرع المغربي القسم الخامس من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك لبحث مسألة "الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والضمان التعاقدي والخدمة بعد البيع".

فبمقتضى الباب الأول المتعلق بـ "الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع"، تطرق المشرع المغربي للمسألة، من خلال الفقرتين الأولى والثانية من المادة 65 من القانون المشار إليه أعلاه، بأن نص على أنه "تطبق على عقود بيع السلع أو المنتوجات المبرمة بين المستهلك والمورد الأحكام المتعلقة بالضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع والواردة في الفصول من 549 إلى 575 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود.

غير أن أحكام البند الثاني من الفصل 571 من الظهير الشريف بتاريخ 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الإلتزامات والعقود لا تطبق على عقود بيع السلع أو المنتوجات المبرمة بين المستهلك والمورد".

على أن المشرع المغربي، وحماية للمستهلك من العيوب التي قد تطرأ على محل العقد، نص على الضمان التعاقدي. وهكذا، فبموجب المادة 66 من القانون السالف ذكره، نص المشرع المغربي على الضمان التعاقدي وعرفه بأنه "... كل ضمان يضاف إلى الضمان القانوني لعيوب الشيء المبيع المشار إليه في المادة 65 والذي يمكن أن يقترحه المورد على المستهلك.

يجب على المورد أن يحدد بكل دقة مدة ونطاق وشروط الضمان المذكور".

و"لا يجوز للمورد، أن يقترح ضمانه التعاقدي على المستهلك دون الإشارة بوضوح إلى الضمان القانوني الذي يتحمله المورد عن العيوب والعيوب الخفية للشيء المبيع والذي يطبق في جميع الأحوال" (م. 66 من القانون السالف ذكره).

[1411] انظر بهذا الخصوص المادة 1641 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على أنه "يلتزم البائع بضمان العيوب الخفية في المبيع التي تجعله غير صالح للاستعمال الذي أعد له، أو التي تنتقص هذا الاستعمال إلى حد أن المشتري لو علم به ما كان ليشتريه، أو ما كان يدفع فيه ثمنا أقل لو علم بها". وانظر أيضا المادة 447 من القانون المدني المصري التي على أنه "1- يكون البائع ملزما بالضمان، إذا لم يتوافر في المبيع وقت التسليم الصفات التي كفل للمشتري وجودها فيه، أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المقصودة مستفادة مما هو مبينفي العقد، أو مما هو ظاهر من طبيعة الشيء أو الغرض الذي أعد له، ويضمن البائع هذا العيب ولو لم يكن عالما بوجوده. 2- ومع ذلك لا يضمن البائع العيوب التي كان المشتري يعرفها وقت البيع، أو كان يستطيع أن يتبينها بنفسه لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع من هذا العيب، أو أن البائع قد تعمد إخفاء العيب غشا منه".

ويلاحظ أن التزام البائع بضمان العيب الخفي، يعطي للمشتري حق طلب فسخ العقد أو حق طلب إنقاص الثمن، بالإضافة إلى التعويض عليه في بعض الحالات التي عددها المشرع المغربي بموجب الفصل 556 ق.ل.ع[1412].

على أن المشرع المغربي، أجاز للبائع أن يشترط على المشتري أن لا يكون مسؤولا عن أي ضمان، إذا ظهر عيب ما في الشيء المبيع (ف. 571 ق.ل.ع). وهنا، لا بد من التمييز بين حالتين اثنتين: حالة كون البائع حسن النية، وحالة كونه سيء النية:

الحالة الأولى، كأن يكون جاهلا فعلا العيب الخفي في الشيء المبيع، فعمد إلى التحفظ لنفسه، فاشترط عدم ضمان العيب الخفي، احتياطا، لإخلاء مسؤوليته من كل عيب قد يظهر في الشيء المبيع. ففي هذه الحالة، يكون شرط البائع صحيحا ومسقطا لضمان أي عيب قد يظهر مستقبلا عن عاتقه بصراحة الفصل 571 ق.ل.ع.

أما الحالة الثانية والمتعلقة بالبائع سيء النية، فهي التي يكون فيها البائع عالما بالعيب الخفي للشيء محل العقد، ومع ذلك لم يصرح به للمشتري وفي نفس الوقت اشترط إبراء ما بذمته من ضمان العيب. في هذه الحالة، يكون شرط البائع باطلا ولا يترتب عليه أي أثر، لأنه قد وضع على سبيل الاحتيال لا على سبيل الاحتياط، وذلك استنادا للمبدأ العام القاضي بأن "الغش يفسد كل شيء"، وبصراحة الفصول 553، 556، 561 و574 من ق.ل.ع[1413].

من خلال ما تقدم، فإن ضمان العيوب الخفية، من الالتزامات الأساسية التي تقع على عاتق البائع المهني بطريقة إلكترونية، بغض النظر عن كون المتعاقد شخصا عاديا (المستهلك) أو متعاقدا محترفا.

على أن التزامات البائع المهني في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، تمتد إلى ضمانه ملكية الشيء أو الخدمة محل العقد، وكذا الاستفادة منها بطريقة هادئة ومستقرة. وهذا نفسه ما سنتطرق إليه، من خلال البحث في مسألتي ضمان التعرض والاستحقاق من خلال **المطلب الثاني**.

[1412] بخصوص هذه المقتضيات يمكن الرجوع إلى المراجع العامة: انظر خالد عبد الله عيد، م.س.ص. 124 وما بعدها.

[1413] خالد عبد الله عيد، م.س.ص. 128.

المطلب الثاني

ضمان التعرض والاستحقاق في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

أوجب المشرع المغربي على البائع، وبقوة القانون، بأن يضمن للمشتري الاستحقاق الذي يقع ضده بمقتضى حق كان موجودا عند البيع، كما أوضح أن الاستحقاق يكون واقعا لفائدة المشتري في الحالات التالية:

1- إذا حرم المشتري من حوز الشيء كله أو بعضه.

2- إذا كان المبيع في حوز الغير ولم يتمكن المشتري من استرداده منه.

3- إذا اضطر المشتري لتحمل خسارة من أجل افتكاك المبيع. (ف. 534 ق.ل.ع).

بذلك، يلتزم البائع بضمان انتفاع المشتري من الشيء المبيع وفقا لما أعد له، ووفقا للحالة التي كان عليها وقت البيع؛ مما يعني امتناع البائع عن القيام بأي عمل من شأنه التشويش على المشتري أو حرمانه من المزايا التي كان له الحق في أن يعول عليها، بحسب ما أعد له المبيع والحالة التي كان عليها وقت البيع (ف. 533 ق.ل.ع).

فإذا ما امتنع البائع عن مؤازرة المشتري أو عجز عن دفع تعرض الغير، وثبت حق هذا الغير على المبيع، اعتبر البائع عندئذ ناكلا عن تنفيذ التزامه، ووجب عليه تعويض المشتري سواء استحق المبيع من يده إلى الغير استحقاقا كليا أو استحقاقا جزئيا.

ويكفل الالتزام بالضمان، انتفاع المشتري بالمبيع انتفاعا هادئا. ولما كان الانتفاع عملية مستمرة فإن الالتزام الذي يستهدف حماية الانتفاع يكون موضوعه مستمرا، فيمتنع على البائع التعرض للمشتري في أي وقت لاحق على البيع، لأن من وجب عليه الضمان امتنع عليه التعرض.

بذلك، "الضمان الواجب على البائع للمشتري يشمل أمرين:

أ- أولهما حوز المبيع والتصرف فيه، بلا معارض (ضمان الاستحقاق)؛

ب- وثانيهما عيوب الشيء المبيع (ضمان العيب).

والضمان يلزم البائع بقوة القانون، وإن لم يشترط. وحسن نية البائع لا يعفيه من الضمان." (الفصل 532 ق.ل.ع).

وعليه، يلتزم البائع بضمان التعرض الصادر منه، هو شخصيا أو من الغير، سواء بعمل قانوني أو فعل مادي. وهذا الالتزام متفرع عن كونه التزام بالامتناع عن عمل لأن الالتزام بالامتناع عن عمل، لا يقبل التجزئة، ولو تعدد البائعون، فهم ملزمون جميعا بضمان تعرضهم تجاه المشتري[1414].

ويقصد بالتعرض، كل عمل يأتيه البائع ويكون من شأنه الإخلال بحيازة المشتري للمبيع، كالمنازعة في الانتفاع به أو في ملكيته.

[1414] سعد محمد سعد، استحقاق المبيع للغير (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق - جامعة عدن، 2006، ص. 7 و8.

والتعرض قد يكون ماديا يصدر عن البائع ويكون من شأنه حرمان المشتري من الانتفاع بالمبيع حرمانا كليا أو جزئيا، دون أن يستند في القيام به إلى أي حق يدعيه على المبيع. على أن التعرض قد يكون قانونيا، يستند فيه البائع إلى حق من شأنه أن يؤدي إلى نزع المبيع من يد المشتري أو حرمانه من بعض مزاياه[1415].

ومن أبرز الأمثلة على التعرض الشخصي، قيام شخص بتصميم برنامج حاسوب لشخص معين، ثم يقوم بإتلافه من خلال بث فيروس معين أو بإعادة التصرف فيه لشخص آخر منافس. أما عن أمثلة التعرض الصادر من الغير، كأن يدعي شخص أنه وكيل لإحدى الشركات ويتولى تقديم الخدمة للعملاء، ثم يتضح بعد ذلك عدم أحقيته في ذلك، أو أن يقوم شخص بتأجير برامج معلوماتية أو قطع غنائية عبر الإنترنيت، فيتعرض مؤلف البرنامج أو القطع الموسيقية، مستندا إلى أن المؤجر ليس له سوى حق الاستعمال الشخصي[1416]. وإذا ما أخل البائع بهذا الالتزام، كان عليه دفع تعويض مناسب للمشتري، تعويضا عن الأضرار التي لحقت به بسبب الاستحقاق الكلي أو الجزئي.

ولا يقع الاستحقاق، إلا إذا حدث هناك تعرض للمشتري، وكان مصدره البائع، أو الغير بحيث انتقل الشيء المبيع منتقصا أو مستحقا في بكامله أو في جزء منه للبائع أو للغير.

وقد قرر المشرع المغربي في حالة الاستحقاق الكلي للمبيع، فسخ العقد مع حق المشتري في استرداد ثمن المبيع وكل مصروفات العقد والمصروفات القضائية التي أنفقها على دعوى الضمان، بالإضافة إلى الخسائر المترتبة مباشرة عن الاستحقاق، (ف. 538 ق.ل.ع). وإذا كان البائع حسن النية التزم بدفع كافة المصروفات، بما فيها مصروفات الزينة أو الترف (ف. 540 ق.ل.ع).

كما قرر المشرع المغربي إذا ما ارتفعت قيمة الشيء المبيع عند حصول الاستحقاق، دخول هذه الزيادة أيضا في نطاق التعويض على المشتري في الحالة التي يكون فيها البائع سيء النية، وكان سوء نيته مبنيا على التدليس (ف. 541 ق.ل.ع).

أما إذا كان الاستحقاق جزئيا، فقد ميز فيه المشرع المغربي، بين حالة كون الاستحقاق بالغ الأهمية بالنسبة إلى المشتري، وحالة كون الاستحقاق قليل الأهمية، بحيث لا يؤثر على حق المشتري في الانتفاع به (ف. 542 ق.ل.ع).

ففي الحالة الأولى، ميز المشرع بين كون الاستحقاق بالغ الأهمية بالنسبة للمشتري، بحيث ما كان سيقدم على الشراء لو كان يعلم بهذا الاستحقاق على المبيع. وهنا، قرر المشرع المغربي في قانون الالتزامات والعقود إعطاء حق الخيار للمشتري، بين استرداد ثمن الجزء الذي حصل استحقاقه، والاحتفاظ بالشيء المبيع على حالته المتبقى عليها، وبين فسخ البيع واسترداد الثمن بكامله.

[1415] لمزيد من التفاصيل بخصوص ضمان التعرض والاستحقاق، يمكن الرجوع إلى: جاسم علي سالم ناصر، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود - دراسة مقارنة - ط. 1، 1990، دار النهضة العربية، القاهرة، ص. 55 وما بعدها.

[1416] محمد حسين منصور، م.س.ص. 94.

أما في الحالة الثانية، فهي التي يبلغ فيها الاستحقاق الجزئي حدا من الأهمية كافيا لتبرير فسخ العقد، فإن المشتري لا يحق له أن يفسخ العقد، بل يقتصر حقه على إنقاص الثمن فقط.

ويمكن القول عموما، أنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، يصعب تصور وجود تعرض صادر من البائع في البيع على شبكة الإنترنيت. ذلك أن البيع يتم على أموال منقولة تسلم حيازتها للمشتري، فكيف يمكن تصور قيام بائع محل إقامته في دولة ما بالتعرض لمشتر في دولة أخرى، خاصة إذا كان محل العقد شيئا ماديا منقولا.

فالتاجر حريص على سمعته، والثقة والأمان لا غنى عنهما لتاجر في المعاملات التجارية. وإذا ما رجعنا إلى اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع، نجد أن هذا التصور كان ماثلا في ذهن واضعيها، حيث استبعدت الاتفاقية التعرض الصادر من البائع، وتحدثت عن التعرض الصادر من الغير (المواد 41 - 44 من الاتفاقية).

ومع ذلك، يمكننا تصور حالة قيام البائع بطريقة إلكترونية، ببيع المبيع مرتين لشخصين يتواجدان بنفس البلد، وبالتالي تمكين المشتري الثاني من استلام وحيازة المبيع المنقول دون المشتري الأول. فالتعرض هنا شخصي، وصادر عن البائع، إذ المشتري الأول لم يتمكن من حيازة المنقول، لولا عمل البائع ببيعه محل العقد مرتين.

ولنا أن تصور أيضا حالة أخرى، وهي قيام شركة ما، بإنتاج وبيع منتج إلى عميل من خلال موقعها على الإنترنيت، وبعد التسليم قامت الشركة بالإعلان والترويج عن تطور المنتج وفق مقاييس علمية دقيقة، يفوق إنتاجها وثمنها أقل من الثمن الذي اشترى به المشتري المنتج الأول، مما يؤدي إلى إحجام المستهلكين عن شراء المنتج الذي تم طرحه في السوق من قبل العميل. فهنا، التعرض وارد من قبل البائع، حين إعلانه عن المنتج الجديد.

ويمكن أن يكون التعرض ماديا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية أيضا، في حالة قيام بائع مهني بزراعة فيروس داخل برنامج الحاسوب المبيع، أو بتوجيه الفيروس عن بعد من خلال جهاز المودم الموجود داخل حاسوب المشتري؛ مما قد يسبب تدميرا كليا أو جزئيا للنظام المعلوماتي للحاسوب الخاص بالمشتري عند تشغيله.

وباستعراض شروط قيام التزام البائع بضمان تعرضه الشخصي المادي، نجد أنها قد توافرت في هذه الحالة، ذلك أن التعرض الذي يرتكبه البائع المهني للبرنامج بزراعته للفيروس داخله أو بتوجيهه عن بعد، من شأنه أن يحول كليا أو جزئيا دون انتفاع المتعاقد بملكيته للبرنامج، وهو تعرض سابق على البيع، ولا يوجد في القانون أو العقد ما يبرر ذلك التعرض[1417]. على أن التعرض في التعاقد المبرم بطريقة إلكترونية، ليس تعرضا ماديا ملموسا، بل هو تعرض معنوي غير ملموس.

[1417] عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، رسالة دكتوراه، "مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب -دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، القسم المدني، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994 ص. 58.

أما بالنسبة للتعرض الصادر عن الغير في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، فلا يؤثر على التزام البائع بالضمان. وما على المشتري، سوى الالتجاء إلى السلطة القضائية لحمايته من هذا التعرض المادي.

ويمكن تصور هذا النوع من التعرض، بالنسبة لبعض المنتجات أو الأنشطة المعروضة على شبكة الإنترنيت، والتي يكون مسموحا بها في بعض الدول وممنوعة في أخرى، حيث تتدخل السلطات التنفيذية بتحديد المنتجات المحظور التعامل فيها، مثل: حظر بيع الأسلحة والمخدرات بالنسبة لبعض الدول، والتصريح بجوازية التعامل فيها وبيعها على الإنترنيت بالنسبة لدول أخرى، أيضا حظر تحميل بعض البرامج الخاصة بالهواتف النقالة بالنسبة لبعض الدول، وإتاحته بشروط معينة في دول أخرى.

على أن تعرض الغير قد يكون قانونيا أيضا، فقد يحدث تعرض للمستهلك في بيع عبر أحد المواقع على الإنترنيت، وهنا عليه إخطار البائع بذلك التعرض القانوني الصادر من الغير. كأن تقوم شركة (أ) بالمطالبة بحجز وإتلاف بضائع وسلع تحمل علامة مقلدة أو مزورة، بحجة أن الشركة (ب) المنتجة، قامت بتقليد وتزوير العلامة التجارية للشركة (أ)، أو أن المبيع يحمل نفس الاسم التجاري لمنتجات الشركة (أ). فادعاء هذه الأخيرة، يعتبر تعرضا يوجب على البائع دفعه، وإلا وجب عليه الالتزام بالضمان.

بذلك يقع التسليم على كاهل البائع المهني، وأي إخلال به من شأن ذلك أن يؤدي إلى قيام مسؤوليته، وهذا نفسه مرمى بحثنا في **الفرع الثاني** بتطرقنا للمسؤولية المترتبة عن عدم تسليم الشيء في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

الفرع الثاني

المسؤولية المترتبة عن عدم تسليم الشيء في العقد المبرم بطريقة الكترونية

الأصل في العقود، تنفيذها بحسن نية؛ مما يستلزم أن ينفذ طرفا العقد التزاماتهما بأمانة وشرف وإخلاص وبدون غش. بذلك تنفيذ البائع لالتزامه، لا يقتصر على إلزامه بكل ما من شأنه تمكين المستهلك من الانتفاع من المبيع على النحو الذي أراده، بل وأيضا التنازل عن المبيع وتسليمه للمشتري.

إذا ما قام البائع بتسليم المبيع إلى المشتري، يكون قد نفذ التزامه بالتسليم، وبرئت ذمة البائع، وأصبحت ملكية المبيع للمشتري وامتنع على البائع التصرف بالمبيع. فتنتقل بذلك تبعة هلاك المبيع إلى المشتري، ويصبح البائع غير مسؤول عما يصيب المبيع من أضرار بعد ذلك[1418].

وبما أن التسليم التزام - بتحقيق نتيجة - يقع على كاهل البائع المهني، فإنه يتحقق الإخلال به بمجرد عدم إتمامه أو التأخير فيه أو إتمامه بطريقة معيبة، ومن شأن ذلك أن يؤدي إلى هلاك المبيع؛ مما يرتب مسؤولية البائع المهني عن هلاك المبيع قبل التسليم **(المبحث الأول)**. لكن، ما هو ياترى جزاء الإخلال بالتسليم؟ **(المبحث الثاني)**.

[1418] مصطفى موسى العجارمة، م.س.ص. 373.

المبحث الأول

تبعة هلاك المبيع قبل التسليم

إذا ما انعقد العقد على بضاعة وتعرضت للتلف وهي لا تزال في حوزة البائع، وقبل أن يتم تسليمها نهائيا إلى المشتري، فإن تبعة الهلاك تختلف تبعا للمتسبب فيه، ويتم الرجوع بهذا الخصوص إلى القواعد العامة في القانون المدني. بحيث إذا هلك الشيء أو تعيب قبل التسليم بفعل البائع أو بخطئه، للمشتري الحق في أن يطالبه بقيمته أو بتعويض يعادل النقص من قيمته، على نحو ما يمكن أن يفعله ضد أي شخص من الغير.

وقد اعتبر المشرع المغربي بموجب المادة 41 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، أنه "يمكن للمورد أن يوفر منتوجا أو سلعة أو خدمة تكون لها نفس الجودة ونفس الثمن إذا كانت هذه الإمكانية معلن عنها قبل إبرام العقد أو منصوص عليها في العقد بصورة واضحة ومفهومة. وفي هذه الحالة، يتحمل المورد مصاريف الإرجاع المترتبة عن ممارسة حق التراجع، ويجب أن يخبر المستهلك بذلك".

أما إذا ما ورد البيع على شيء مثلي، التزم البائع بأن يسلم مثيلا له في صنفه ومقداره، والكل مع حفظ حق المشتري في تعويض أكبر، إذا كان لهذا التعويض محل (الفصل 513 ق.ل.ع.). أما إذا هلك الشيء المبيع أو تعيب قبل التسليم بفعل المشتري أو بخطئه، وجب على هذا الأخير تسلمه في الحالة التي هو عليها ودفع الثمن كاملا (الفصل 514 ق.ل.ع.).

ونلاحظ هنا، أن هلاك المبيع في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، لا يثير أي مشكل، إذ يتم الرجوع بهذا الخصوص للأحكام العامة في الالتزام في القانون المدني.

على أن الجديد الذي نص عليه المشرع المغربي، بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، يتعلق بمنعه - في العقود المبرمة عن بعد - توريد منتوجات وسلع أو تقديم خدمات إلى المستهلك، دون أن يقدم طلبية مسبقة في ذلك (المادة 33 من القانون السالف ذكره).

ولم يعتبر المشرع سكوت المستهلك بمثابة قبول، لما في ذلك في تحميل للمشتري لتبعة عقد لم يهدف إبرامه؛ مما من شأنه حماية المتعاقد بطريقة إلكترونية من بعض الممارسات التي يقدم عليها الموردون عبر الإنترنيت. وبذلك، لم يحمل المشرع المستهلك أي مقابل في حال توريد دون طلب (الفقرة 2 من المادة 33 السالفة الذكر).

ولكن ماذا لو أن البائع المهني، أخل بواجب التسليم، أو أنه تأخر في تسليم الشيء المبيع؟، هذا ما سنتطرق إليه من خلال المبحث الثاني.

المبحث الثاني
جزاء الإخلال بالتسليم

نصت الفقرة الأولى من الفصل 235 ق.ل.ع. على أنه "في العقود الملزمة للطرفين، يجوز لكل متعاقد منهما أن يمتنع عن أداء التزامه، إلى أن يؤدي المتعاقد الآخر التزامه المقابل، وذلك ما لم يكن أحدهما ملتزما، حسب الاتفاق أو العرف، بأن ينفذ نصيبه من الالتزام أولا".

واعتبر المشرع المغربي بموجب الفصل 255 ق.ل.ع المدين في حالة مطل إذا ما تأخر عن تنفيذ التزامه، كليا أو جزئيا، من غير عذر مقبول. ويصبح المدين في حالة مطل بمجرد حلول الأجل المقرر في السند المنشئ للالتزام، وإذا لم يتم تعين أي أجل فلا يعتبر المدين في حالة مطل، إلا بعد التوجيه إليه أو إلى نائبه القانوني إنذارا صريحا للوفاء بالدين. فـ"إذا كان المدين في حالة مطل كان للدائن الحق في إجباره على تنفيذ الالتزام، مادام تنفيذه ممكنا.

فإن لم يكن التنفيذ ممكنا، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد، وله الحق في التعويض في الحالتين. إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن إلا في جزء منه، جاز للدائن أن يطلب إما تنفيذ العقد بالنسبة إلى الجزء الذي مازال ممكنا، وإما فسخه، وذلك مع التعويض في الحالتين. وعلاوة على ذلك تطبق القواعد المقررة في الأبواب المتعلقة بالعقود الخاصة.

لا يقع فسخ العقد بقوة القانون، وإنما يجب أن تحكم به المحكمة"[1419].

وفي العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، قد يتعذر التنفيذ إذا تدخل شيء موجود في حراسة المدين. هنا، تثار مسؤوليته العقدية عن فعل الشيء، كالمسؤولية عن تسرب فيروس الحاسوب، أو الخطإ في تشغيل البرنامج،على نحو يتسبب في الإضرار بالحواسيب.

أيضا، هناك حالات يستعين فيها المتعاقد بغيره للحلول محله في تنفيذ الالتزام. وإذا ما ارتكب أحد المساعدين خطأ، فإن من شأن ذلك أن يؤدي إلى عدم تنفيذ الالتزام الناشئ عن العقد. وأحيانا كثيرة نجد العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تتضمن عبارات للإعفاء من المسؤولية، عن الأضرار الناجمة عن سوء استعمال المشتري للشيء محل العقد، والنص على عدم تحمل أي مخاطر تحدث للسلعة، أو المنتج أثناء الشحن، أو في الطريق.

[1419] في قرار للمجلس الأعلى رقم: 1177، الصادر بتاريخ 27 أبريل 1988، ملف مدني: 98021، اعتبر المجلس الأعلى أنه "لما عقد البيع يوجب أداء بقية الثمن في أجل معين فإن المشتري يصبح في حالة مطل بمجرد حلول ذلك الأجل من غير ضرورة إنذاره بذلك وعند ذلك يكون للبائع الخيار بين أن يطلب إجباره على التنفيذ العيني متى كان ممكنا أو يطلب الفسخ. أما إذا أصبح التنفيذ غير ممكن فلا يبقى له إلا طلب الفسخ "الفصول 254 و255 و259 من ق.ل.ع". ولما كان عقد البيع يلزم المشتري بأن يؤدي أولا فلا يجوز له أن يدفع بعدم التنفيذ بل يجب عليه أن يفي بالتزامه أولا في الأجل ثم يطالب فيما بعد بتنفيذ الالتزام المقابل". قرار منشور في مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، ج. 2، من 1983 إلى 1991، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، من إعداد: إدريس ملين، دار نشر المعرفة، الرباط، بدون تاريخ النشر، ص. 508.

ولا شك أنه ينبغي الحذر في التعامل مع هذه الشروط المصاغة، بعبارات مجملة تتسم بالعمومية، حيث تسمح للمتعاقد بالتهرب من المسؤولية في مواجهة المستهلك، الجدير بالحماية إزاء مثل هذه الشروط التعسفية[1420].

كما قد توجد بعض العقبات تمنع التنفيذ بصفة مؤقتة، بحيث يؤدي الوقف إلى استبقاء العقد -بالرغم من عدم تنفيذه- على أمل إتمام هذا التنفيذ في المستقبل، عند زوال الصعوبات الواقعية أو القانونية التي تحول مؤقتا دون تنفيذه. وأحيانا يتم وقف تنفيذ العقد بناء على اتفاق الأطراف، أو إذا طرأت قوة قاهرة مؤقتة تمنع الاستمرار في التنفيذ، كانتشار فيروس في موقع العارض المهني منع التحميل عن بعد.

ويتقرر الوقف أحيانا كجزاء لعدم تنفيذ المتعاقد لالتزامه، وهذا ما يسمى بالدفع بعدم التنفيذ، حيث يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه كرد فعل لعدم تنفيذ الطرف الآخر للالتزامات المقابلة. والوقف كجزاء، أسلوب جرى به العمل في العقود المبرمة عبر الإنترنيت، حيث يحمل وجهين: الأول: جزاء الإخلال بالالتزام. والثاني: وسيلة فعالة للضغط على المتعاقد لتنفيذ التزامه، بدلا من اللجوء إلى التنفيذ العيني الجبري[1421].

ونلاحظ من خلال تتبعنا للنصوص المنظمة للمعاملات الإلكترونية، أنها لم تتضمن إلا النادر من الأحكام الخاصة بتنفيذ المورد المهني للأداء الواقع على عاتقه بمقتضى العقد. وهذا راجع إلى أنها لم تحط بكافة الجوانب المتعلقة بتنفيذ العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، فيما يتعلق بتنفيذ هذه العقود، رغم لما لهذه المرحلة من أهمية في حياة العقود عموما، وتلك المبرمة بطريقة إلكترونية على وجه الخصوص.

من هذه الأحكام، ما نصت عليه الفقرة الثانية والثالثة من المادة 26 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، من أنه "يعتبر المورد مسؤولا بقوة القانون اتجاه المستهلك على حسن تنفيذ الالتزامات الناتجة عن العقد المبرم عن بعد، سواء كان تنفيذ الالتزامات المذكورة على عاتق المورد الذي أبرم العقد أو مقدمين آخرين للخدمات، دون الإخلال بحق المستهلك في الرجوع عليهم.

غير أنه، يمكن أن يتم إعفاء المورد من المسؤولية كلها أو جزء منها، إذا أثبت أن عدم تنفيذ العقد أو سوء تنفيذه راجع إلى المستهلك أو إلى فعل غير متوقع للغير لا يمكن تجاوزه أو إلى حالة القوة القاهرة".

[1420] بموجب المادة 15 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، "يعتبر شرطا تعسفيا في العقود المبرمة بين المورد والمستهلك كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك.

دون المساس بمقتضيات الفصول 39 إلى 56 من الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، تطبق الأحكام المذكورة كيفما كان شكل أو وسيلة إبرام العقد. وتطبق كذلك بوجه خاص على سندات الطلب والفاتورات وأذون الضمان والقوائم أو أذون التسليم والأوراق أو التذاكر والتي تتضمن شروطا متفاوضا في شأنها بحرية أو غير متفاوض في شأنها أو إحالات إلى شروط عامة محددة مسبقا". وحددت المادة 16 و17 أساس تقدير الطابع التعسفي. أما المادة 18 منه فقد أوردت على سبيل المثال لا الحصر، مجموعة من الشروط التي يمكن اعتبارها تعسفية. كما اعتبر المشرع بموجب المادة 20، المقتضيات الخاصة بحماية المستهلك من الشروط التعسفية، من النظام العام.

ومن جهته استقر المجلس الأعلى أن للمحكمة حق استبعاد شروط من الشروط، لكن عليها تبيان الأسباب والمستندات التي اعتمدتها من أجل تكوين اقتناعها. انظر قرار المجلس الأعلى ع. 201، الصادر في الملف المدني ع.: 29678، بتاريخ 20 ماي 1977، منشور في: مجموعة قرارات المجلس الأعلى، المادة المدنية، ج. 1، من 1966 إلى 1982، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، وزارة العدل - المعهد الوطني للدراسات القضائية، ص. 284.

[1421] محمد حسين منصور، م.س.ص. 90 وما بعدها.

كما أوجب المشرع المغربي على التاجر السيبراني، بمقتضى البند رقم 3 من المادة 29 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، تحديد "أجل التسليم ومصاريفه إن اقتضى الحال". وبموجب البند 5، ألزمه بتحديد "كيفيات الأداء أو التسليم أو التنفيذ". ونظرا لأهمية هذه المقتضيات فقد اعتبرها المشرع المغربي بموجب المادة 177 من القانون رقم 08-31، مخالفات معاقب عليها بغرامة من 1200 إلى 10.000 درهم، وفي حالة العود[1422] تضاعف العقوبة.

أيضا ما اقتضته المادة 39 من نفس القانون المذكور، من أنه "لا يمكن أن يتجاوز تنفيذ الطلبية أجلا أقصاه ثلاثون يوما ابتداء من اليوم الذي أكد فيه المورد تسلم طلبية المستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك".

ومن شأن هذا النص - وفي ضوء ضرورات حماية المستهلك - يمكن أن يثير بعض الملاحظات. فالصفة المكملة لحكم هذا النص يخشى منها على المستهلك، ومن شأنها أن تفتح مجالا للتعسف من قبل البائع المهني بطريقة إلكترونية، والذي يمكنه إعمالا لحكم هذا النص، أن يحدد ميعادا آخر لتنفيذ أدائه على حساب مصالح المستهلك. ويلاحظ أيضا، أن النص محل التعليق لا يتضمن أي جزاء خاص يمكن إعماله في حالة عدم إتمام التنفيذ، خلال مدة الثلاثين يوما المذكورة.

هذا بعكس ما ورد في المادة 13 من نفس القانون، والمتعلقة بتجاوز الأجل في عقد بيع منقولات أو خدمات إلى المستهلك، بحيث إذا ما تأخر البائع المهني عن التسليم لسبب، لا يرجع إلى القوة القاهرة، جاز للمستهلك أن يفسخ بقوة القانون الالتزام الذي يربطه بالمورد، فيما يتعلق بالسلعة غير المسلمة أو الخدمة غير المقدمة بأية وسيلة تثبت التوصل.

ونتساءل هنا، هل ستطبق هذه الأحكام العامة أيضا فيما يخص المعاملات بطريقة إلكترونية، على اعتبار أنها الأحكام العامة المطبقة على عقود الاستهلاك عموما؟.

الواقع، أن حكم المادة 39 الخاص بالعقود المبرمة عن بعد، يصعب معه القول بامتداد الحكم العام الذي يتضمنه نص المادة 13 المشار إليه سابقا، حيث يبدو عديم الجدوى في جميع الحالات. وما يؤيد موقفنا هذا، هو ما ورد في نص المادة 44 من القانون رقم 08-31 "تعتبر أحكام هذا الباب من النظام العام". بمعنى أن الأحكام الواردة في الباب الثاني والتي تحت عنوان "العقود المبرمة عن بعد"، من النظام العام التي لا يجوز للأطراف الاتفاق على عكسها.

وفي مجال العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ونظرا لأنها عقود تبرم عن بعد، يلاحظ أن القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلك، لم يأت محددا إلا بشأن الحالة التي يتبين فيها عدم توافر المنتوج أو السلعة أو الخدمة المطلوبة من قبل المستهلك، حيث أوجب عليه إبلاغ المستهلك بذلك، وأن يرد إليه المبالغ المدفوعة على الفور، وذلك خلال مدة أقصاها الخمسة عشر يوما الموالية لأداء هذه المبالغ. وإذا لم يتم ما دفعه المستهلك خلال الأجل المحدد، فإنه يصبح منتجا للفائدة وفقا للسعر القانوني (المادة 40).

[1422] بموجب الفقرة الثالثة من المادة 177 من القانون رقم 08-31 "يعتبر في حالة العود، من يرتكب مخالفة داخل أجل الخمس سنوات الموالية لصدور حكم حائز على قوة الشيء المقضي به من أجل أفعال مماثلة".

هذا، ووفق ما نصت عليه المادة 41 من القانون رقم 08-31، يمكن للمورد أن يوفر منتوجا أو سلعة أو خدمة تكون لها نفس الجودة ونفس الثمن، إذا كانت هذه الإمكانية معلن عنها قبل إبرام العقد أو منصوص عليها في العقد بصورة واضحة ومفهومة. وفي هذه الحالة، يتحمل المورد مصاريف الإرجاع المترتبة عن ممارسة حق التراجع، ويجب أن يخبر المستهلك بذلك.

ونشير بهذا الصدد، إلى إمكانية رجوع المستهلك على المورد الذي أخل بتنفيذ التزامه بدعوى المسؤولية العقدية. في هذا المجال أيضا، يمكن الرجوع إلى مقتضيات المادة 179 من القانون السالف ذكره، والتي عاقبت المورد المهني في العقود المبرمة عن بعد، بغرامة من 2.000 إلى 20.000 درهم إذا لم ينفذ الطلبية وفق الشروط المنصوص عليها في المادة 39 من نفس القانون.

بذلك نؤكد من خلال ما تقدم، أن التنظيم التشريعي الخاص للعقد المبرم بطريقة إلكترونية فيما يخص عدم تنفيذ البائع المهني لأدائه، لم تتم معالجته إلا في أضيق الحدود في إطار تنظيم المشرع المغربي للعقود المبرمة عن بعد عموما، دونما تخصيص للعقود السيبريانية؛ مما لا يسمح بمواجهة كل ما من شأنه أن يثار بشأن عدم التنفيذ بخصوص هذه العقود.

لذا، نرى أنه في كل ما لم يتم تنظيمه تشريعيا في إطار نصوص خاصة، يتم فيه الرجوع إلى القواعد العامة في العقود لسد الفراغ التشريعي، مع ضرورة مراعاة ما قد تقتضيه العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وعند اتصافها بالصفة الدولية من إعمال قواعد القانون الدولي الخاص والاتفاقات الدولية المعول بها، وذلك في انتظار إعادة النظر في نصي القانون رقم 05-53 في شأن التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وكذا القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك.

نخلص للقول، إن إحدى الالتزامات الأساسية الملقاة على عاتق البائع المهني بطريقة إلكترونية، بل وأهمها هو الالتزام بتسليم الشيء المتفق عليه مع كل ما سيتبع ذلك من التزامات مرتبطة به.

وكأي عقد ملزم للجانبين، يرتب العقد المبرم بطريقة إلكترونية التزامات أيضا في جانب المشتري أو المستهلك بطريقة إلكترونية من خلال إبراز أهم التزاماته خلال المرحلة التعاقدية. وسنعرض ضمن **الفصل الثاني** إلى أهم الخصوصيات المرتبطة بتنفيذ التزامات المشتري

الفصل الثاني
التزامات المتعاقد معه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية

طبقا للقواعد العامة في القانون المدني، يعتبر العقد ملزما للجانبين معا، مما يرتب عليهما التزامات متقابلة. وقد سبق لنا بموجب الفصل السابق، أن تطرقنا إلى الالتزامات الملقاة على عاتق البائع المهني في العقود المبرمة عن بعد.

ومن جانبه المشتري تترتب عليه هو أيضا، التزامات، وهي: دفع الثمن، وتسلم المبيع، وتحمل نفقات التسليم. وهذا نفسه ما نص عليه الفصل 576 ق.ل.ع بقوله: "يتحمل المشتري بالتزامين أساسيين: الالتزام بدفع الثمن، والالتزام بتسلم الشيء المبيع".

فمتى قام المدين بتسليم الشيء محل التعاقد بوضعه رهن تصرف المشتري أو طالب الخدمة، وجب على هذا الأخير المبادرة إلى تسلمه في أقرب وقت ممكن، تنفيذا للالتزام العقدي الذي يترتب عليه. لكن المشتري أو طالب الخدمة، قد يمتنع عن التسلم دونما سبب مشروع، مما يرتب جزاء عن إخلاله بهذا الالتزام **(الفرع الأول)**.

وإذا كان البائع ملزما بتسليم الشيء للمشتري، فإن ما يقابل هذا الالتزام هو قيام هذا الأخير بسداد الثمن. ويعتبر الالتزام بدفع الثمن، الالتزام الجوهري الذي يقع على عاتق المشتري. ويتميز بخصوصية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية من حيث طريقة الوفاء به، حيث قد ينعقد هذا العقد وينفذ في جميع مراحله بطريقة إلكترونية، وبالتالي الأداء نفسه يتم بطريقة إلكترونية **(الفرع الثاني)**.

الفرع الأول

التزام المشتري بتسلم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

من الالتزامات التي تترتب على عاتق المشتري بطريقة إلكترونية، هو تسَلم الشيء محل العقد، سواء أكان التسليم ماديا بإحضار البضاعة للمشتري في مكان التسليم المتفق عليه، أو من خلال تسلم المبيع عبر الإنترنيت، أو بأي وسيلة أخرى تثبت بها واقعة التسليم.

ويعني التزام المشتري بتسلم محل العقد، حيازته إذا كان من الماديات أو تحميله إذا كان خدمة أو بضاعة مؤقتة كما في برامج الحاسوب. وله حق فحص الشيء المتسلم ومعاينته ومراقبة مدى مطابقته للأوصاف التي على أساسها قبل المشتري إبرام العقد[1423].

فإذا لم يتطابق وصف المبيع ونوعه وجودته المطلوبة مع المبيع المسلم، حُق للمشتري رفض تسلم الشيء محل العقد، بل وإرجاعه إلى البائع أو العارض المهني بطريقة إلكترونية.

وتختلف طريقة التسلم بحسب طبيعة الشيء المبيع، بين أن يكون شيئا ماديا أم عقارا أم خدمة، كما ويجب أن يتفق الطرفان المتعاقدان على زمان ومكان التسليم، ويتم ذلك اتفاقا أو عرفا بينهما[1424].

وبحث هذه المسائل، تتطلب منا تفريع الحديث عنها ضمن **مبحثين:** سنخصص **الأول** منه، للحديث عن واقعة التسلم، مع كل ما يتعلق بها من أحكام. على أن نتطرق في **المبحث الثاني** للجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالتسلم.

[1423] محمد حسين منصور، م.س.ص. 102 و103.

[1424] خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك، م.س.ص. 201.

المبحث الأول

أحكام تسلم الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

إذا كان البائع يلتزم بتسليم الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بوضعه تحت تصرف المشتري لحيازته والانتفاع به دون عائق، فإنه يقع على عاتق هذا الأخير الالتزام بتسلم الشيء وحيازته في أقرب وقت ممكن، إذ يكتسب المشتري بقوة القانون ملكية الشيء، بمجرد تمام العقد بتراضي طرفيه[1425].

فطبقا للقواعد العامة في العقود، على الطرف المشتري المبادرة إلى تسلم الشيء محل العقد في أقرب وقت ممكن، وإذا ما امتنع عن التسلم دون مبرر مشروع رغم إشعاره، اعتبر أن التسليم قد تم. ويجب أن يحصل التسليم فور إبرام العقد، إلا ما تقتضيه طبيعة الشيء المبيع أو العرف من زمن (فق. 1 من ف.504 ق.ل.ع).

و"يلتزم المشتري بتسلم الشيء المبيع في المكان والوقت اللذين يحددهما العقد. فإذا سكت العقد عن البيان ولم يجر بشأنه عرف، التزم المشتري بأن يتسلم المبيع فورا، إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن. وإذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع أو إذا تقدم لتسلمه، ولكنه لم يعرض في نفس الوقت أداء ثمنه عندما يكون هذا الثمن معجلا، وجب اتباع القواعد العامة المتعلقة بمطل الدائن" (الفقرة 1 من الفصل 580 ق.ل.ع.).

يظهر من خلال الفصول الآنفة الذكر، أن قيام الدائن بمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بتسلم الشيء محل العقد لا يعني بالضرورة قبوله به، إذ أن التسلم إجراء من خلاله يتم التأكد من مدى مطابقة الشيء المسلم للمواصفات التي تم الاتفاق عليها بموجب العقد. ذلك أن المعاينة الفعلية لم تتم خلال إبرام العقد، إذ أنه عقد أبرم عن بعد.

فإذا ما "تسلم رب العمل مصنوعا معيبا، أو تنقصه الصفات المطلوبة مع علمه بعيوبه ولم يرده، ولم يحتفظ بشأن حقوقه على نحو ما هو مذكور في الفصل 768 كان هناك محل لتطبيق الفصل 533 المتعلق بعيوب الأشياء المنقولة التي بيعت وسلمت للمشتري" (الفقرة 1 من الفصل 771 ق.ل.ع.).

وبذلك "يلتزم رب العمل بتسلم المصنوع إذا كان مطابقا للعقد، كما يلتزم بنقله على نفقته إذا كان من شأنه أن ينقل. وإذا ماطل رب العمل في تسلم الشيء، من غير أن يكون ثمة خطأ من العامل، تحمل تبعة هلاك هذا الشيء أو تعيبه، ابتداء من وقت ثبوت مطله بإنذار يوجه إليه" (ف. 774 ق.ل.ع.).

وقد ذهب بعض من الفقه[1426]، إلى اعتبار واقعة التسلم، هي عملية تمكين العميل من المحل من خلال وضعه تحت يده لفترة محددة، سواء أكان الوضع فعليا من خلال القيام باستخدام المحل حكما، أو وضعه مصحوبا بالقبول، أو بإقرار وقت التسلم، أو بعد ذلك بفترة يتم تحديدها حسب ما يقتضيه العرف لبيان صحة الوفاء بالمحل الذي تم تحديده وقت التعاقد، بناء على الشروط المبرمة في العقد، وحسب أصول فن المهنة، وما يقتضيه العرف من القيام بمثل هذا التصرف.

1425 انظر الفصل 491 و499 وأيضا الفصل 576 من ق.ل.ع.

1426 عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، م.س. المجلد 7، ص. 2 وما بعدها.

واعتبر أستاذنا خالد عيد، أن تسلم الشيء المبيع، ليس في حقيقته مجرد حق للمشتري يتمتع به، ويعطيه الخيار في ممارسته أو التنازل عنه، بل هو بطبيعته "التزام" ملقى على عاتقه بموجب البيع ويقابل التزام البائع بتسليم الشيء المبيع.

ومن ثم، فإن الإخلال به يؤدي إلى الإخلال بتنفيذ الشروط المتفق عليها بموجب البيع. مما يجعل من مسؤولية المشتري، مسؤولية عقدية تعطي البائع حقا في أن يطلب التنفيذ العيني أو أن يطلب فسخ العقد، مع الاحتفاظ بحقه في طلب التعويض عن كل ضرر لحق به نتيجة إخلال المشتري بتنفيذ هذا الإلتزام، استنادا للفصلين 259 و263 ق.ل.ع[1427].

وكما في التسليم، التسلم أيضا، قد يكون مباشرا من خلال التسلم المباشر للسلعة أو البضاعة في المكان والزمان المتفق عليهما بموجب العقد. فإذا ما سكت العقد عن البيان، ولم يجر بشأنه عرف إلتزم المشتري بأن يتسلم المبيع فورا، إلا ما يقتضيه تسلمه من زمن.

وإذا لم يتقدم المشتري لتسلم المبيع، أو إذا تقدم لتسلمه، ولكنه لم يعرض في نفس الوقت أداء ثمنه، عندما يكون هذا الثمن معجلا، وجب اتباع القواعد العامة المتعلقة بمطل الدائن (فق. 1 - ف. 580 ق.ل.ع).

فإذا ما قام البائع بتسليم الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية للمشتري، يكون قد تخلى عن حيازته المادية لتنتقل إلى المشتري الذي يستولي على الشيء استيلاء ماديا، سواء بنفسه، أو بواسطة نائبه الذي يحوزه ويستولي عليه لحسابه، كما بالنسبة للناقل الذي يتسلم الشيء المبيع لحساب المشتري.

وإذا لم يقم المشتري بتسلم الشيء المبيع، كان هو المسؤول عن عدم تنفيذ العقد، فيعتبر بالتالي ناكلا عن تنفيذ التزامه، فتثور مسؤوليته العقدية، نظرا للخطأ العقدي الذي قام بجانبه، طالما أنه لم يقم بتسلم الشيء المبيع.

وقد يتم التسلم في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، بطريقة إلكترونية أيضا، من خلال شبكة الانترنيت عبر تنزيل المباشر من على الموقع، أو من خلال البريد الإلكتروني، أو الأقراص الضوئية أو بأي وسيلة أخرى تمكن من تسلم الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

وعلى اعتبار ما يمكن أن يحدث خلال عملية التسلم من اختلالات وعيوب عند التحميل أو التنزيل، قد تكون خارج إرادة المسلم للشيء محل العقد، فإن أفضل سبل التسلم في العقود عن بعد، هو الذي يتم بشكل مباشر، بمعاينة من يتسلمه، وببيان التعليمات اللازمة لتشغيله، للتمكن من مطابقة أوصافه مع الشروط المتفق عليها بموجب العقد.

[1427] خالد عبد الله عيد، م.س.ص. 136.

أما في البيع الذي يتم عبر شبكة الانترنيت، وعلى اعتبار أنه قد يتعدى الحدود الجغرافية للبلد، ليتحول إلى بيع دولي عبر الحدود، فإن اتفاقية فيينا للبيع الدولي لسنة 1980، نصت على أن: "التسليم والتسلم ما هما إلا وجهان لعملة واحدة". وقد اعتبرت هذه الاتفاقية، في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين، يبين مكان التسليم وتقتضي تنفيذ العقد عملية أخرى هي عملية نقل الشيء محل العقد، فإن التسليم يتم في المكان الذي تتم فيه مناولة السلعة إلى الناقل، بقصد إرسالها إلى المشتري.

وهنا، تنتقل واقعة الهلاك إلى المشتري، حيث يعتبر استلام الناقل للبضاعة (السلعة)، هو استلام حكمي للمشتري، وكذلك فإنه بمجرد أن يقوم الناقل باستلام المبيع من التاجر، لتسليمه بعد ذلك للمشتري، تنتقل منذ هذه اللحظة تبعية الهلاك.

وقد يتم الاتفاق على تحمل البائع مخاطر النقل، وفي هذه الحالة يلتزم بتعويض المشتري. أما إذا تم الاتفاق على تحمل المشتري لمخاطر النقل خلال مدة ثلاثة أيام محسوبة من وقت التسليم، فيعني أن المشتري لا يستطيع الرجوع في هذه الحالة الأخيرة، إلا على الناقل[1428].

والواقع، أنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة تلك المبرمة عبر المواقع على شبكة الإنترنيت، لا تغيب مسألة الاتفاق على تحديد نفقات التسليم، كأجور الشحن والإرسال، حيث نجدها موضحة في العقد، وغالبا ما تكون مضمنة في الثمن الإجمالي للعقد، حيث يدفعها المشتري بدفع ثمن البضاعة.

من خلال ما سبق لنا شرحه، نجد أن التسلم ما هو إلا وجه آخر للتسليم، من حيث الزمان والمكان، وكيفية الوفاء بهذه الالتزامات. فقط، هناك اختلاف ما بين واقعة التسليم وواقعة التسلم.

فمتى تم الانتهاء من إعداد محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، توجب على البائع أو صاحب البضاعة أو السلعة تسليمها. على أن تسلمها من قبل المشتري، يكون على مرحلتين: الأولى، هي مرحلة التسلم والتأكد من المواصفات. أما الثانية، فهي مرحلة الاستخدام لبيان مقدرة الشيء العملية، من أجل إبراء ذمة الملتزم بالتسليم.

لكن، لا يكفي أن يتم تسليم محل العقد بطريقة إلكترونية، بل ولا بد أن يتأكد الطرف المتعاقد معه من مدى تطابق مواصفاته مع ما تم الاتفاق عليه بموجب العقد المبرم بينهما. إلا أن الالتزام بقبول المحل المسلم، التزام مستقل عن الالتزام بالتسلم، إذ يبقى من حق المتعاقد معه قبول المحل ماديا، بعد فحصه له لمعرفة مدى تطابق مواصفاته مع ما اشترط بخصوصه عند إبرام العقد، كما له حق رفضه جزئيا أو كليا.

ونسوق لذلك مثالا للعقود المبرمة بطريقة إلكترونية، ويكون محلها برنامج حاسوب، حيث يقتضي التسليم هنا تحميل البرنامج على حاسوب للتمكن من معرفة مدى مطابقته للشروط المتفق عليها. وقد يقتضي الأمر مرحلة تجربة واختبار برنامج الحاسوب، لمدة يتفق عليها المتعاقدان، خلالها يمكن معالجة أي خلل أو عطل قد يظهر في البرنامج.

[1428] محمد سعد خليفة، م.س.ص. 99 وما بعدها؛ وانظر أيضا البند الحادي عشر من اتفاقية فيينا.

وهنا، لا بد من إخطار الملتزم بوضع البرنامج، ليقوم بإصلاح الخلل الذي ظهر. وفي حالة عدم اتفاق الطرفين المتعاقدين على الشروط والمواصفات الخاصة بمحل العقد، إذا ما ادعى أحدهما خلو محل العقد من هذه المواصفات في حين أكد الطرف الآخر وجودها، يتم اللجوء -حسبما لكل خلاف- إلى خبير فني ليحدد مدى صحة ادعاء أحد الطرفين.

وبمجرد قبول محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، فإنه يصبح من حق الطرف المتسلِم له استعماله واستغلاله كما يشاء. ويكون ذلك إقرارا منه بالتسلم الفعلي لمحل العقد، وتنازلا منه عن أي عيب من العيوب الظاهرة في محل العقد أثناء عملية التسلم.

على أن القبول بمحل العقد بشكل ضمني، من خلال الظروف المحيطة بالواقعة، كدفع الثمن دون تحفظ، أو مرور مدة معينة دون إبداء أي اعتراض من قبل المشتري. ولكن الأمر يختلف في الحالات التالية:

أ- رفض الاستلام إذا وجد الدائن بمحل العقد، أن الأشياء المسلمة إليه غير مطابقة للمواصفات، أو بها عيب ظاهر، أو اتضح عدم ملاءمتها للمطلوب عند تجربتها وتشغيلها.

ب- إذا تم التسليم على مراحل جزئية، حيث يصعب القول بتوافر القبول، ما لم تكتمل كافة مراحل العملية، واختبار الأجزاء مجتمعة والاطمئنان إلى كفاءتها.

ج- إذا كان العميل غير متخصص بصدد المسألة الفنية موضوع التسليم، حيث يحتاج إلى خبرة لا تتوافر لديه. هنا، يجوز الرجوع على المورد بالتعويض اللازم، عند اكتشاف عدم المطابقة بعد التسلم مع إلزامه بالإصلاح على النحو الذي يجعل الشيء مطابقا للشروط المتفق عليها.

د- الأصل أن الاستلام لا يحتاج إلى إجراءات شكلية معينة، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك. ونظرا لأهمية عملية التسلم والقبول في المعاملات الإلكترونية، ولما يثيره من مشاكل، فإنه غالبا ما يتضمن العقد شرطا يوضح كيفية التسلم. ويتمثل في أغلب الأحوال، في التوقيع على مستند خاص به. ويفيد ذلك القبول، ما لم يقترن بتحفظات معينة، أو كان العميل غير متخصص في المسألة، مما يقتضي فحصا معينا[1429].

لكن، ما الذي يترتب في حالة إخلال الدائن بمحل العقد، بالالتزام بتسلم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية. هذا ما سنتطرق إليه من خلال **المبحث التالي**.

[1429] محمد حسين منصور، م.س.ص. 102 و103.

المبحث الثاني

الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالتسلم

إذا لم تتوافر في محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، المواصفات المتفق عليها، يمكن للدائن بمحل العقد رفض تسلمه إلى حين تغييره أو إصلاحه. بينما لا يجوز له الامتناع عن تسلمه إذا لم يكن هناك سبب مشروع.

وهكذا يصبح الدائن في حالة مطل، إذا رفض دون مبرر قانوني، استيفاء الأداء المعروض عليه من المدين أو من شخص آخر يعمل باسمه، على الكيفية المحددة في السند المنشئ للالتزام أو التي تقتضيها طبيعته.[1430]

ويعتبر سكوت الدائن أو غيابه حينما تكون مشاركته ضرورية لتنفيذ الالتزام، رفضا منه.

و"ابتداء من الوقت الذي يصبح فيه الدائن في حالة مطل، تقع على عاتقه مسؤولية هلاك الشيء أو تعيبه، ولا يكون المدين مسؤولا إلا عن تدليسه وخطئه الجسيم"[1431].

وأوجب المشرع المغربي، بموجب الفقرة الثانية من الفصل 275 من ق.ل.ع، على الدائن دعوة المدين إلى تسلم الشيء محل العقد في المكان المعين في العقد أو الذي تقتضيه طبيعة الالتزام. فإذا رفض الدائن تسلمه، كان من حق المدين إبراء ذمته بإيداعه لدى محكمة مكان التنفيذ، وذلك إذا كان الشيء صالحا للإيداع. كما له حق سحب الشيء المودع، مادام الدائن لم يقبل الإيداع (ف. 284 ق.ل.ع).

أيضا، له الحق في الحصول على الإذن في بيع الشيء الذي وقع عرضه لحساب الدائن. وهنا، يقع البيع بالمزاد العلني، إلا أنه إذا كان للشيء ثمن في البورصة أو في السوق، يسوغ للمحكمة أن تأذن في بيعه بسعر اليوم الذي تجري به المعاملات (الفصل 281، الفقرة 2 ق.ل.ع.).

وكجزاء عن إخلال الدائن بواجب تسلم الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يتحمل تبعة هلاكه وتعيبه، هذا مع الحق في التعويض لفائدة المدين، نتيجة الضرر الذي لحق به، لما لحقته من خسارة وما فاته من كسب (ف. 264 ق.ل.ع.).

وعموما، في المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية لا يتم التسليم إلا بعد الوفاء. وأحيانا يتزامن التسليم والوفاء معا في نفس الوقت، كما في الخدمات المقدمة عبر شبكة الإنترنيت، فإن مقدم الخدمة يشترط دفع مقابل لها قبل قيامة بأي تسليم أو إنجاز من طرفه، خوفا وتحسبا من أي تأخر أو عدم وفاء لمقابل التزامه من طرف المتعاقد الآخر، الذي عليه تنفيذ التزاماته بحسن نية. ومن ضمنها: أداء ثمن محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية والذي سنفرد لأحكامه **الفرع الثاني**.

[1430] الفصل 270 من ق.ل.ع.

[1431] الفصل 273 من ق.ل.ع.

الفرع الثاني

التزام المتعاقد معه بأداء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية

الأصل، أن يلتزم البائع بتسليم الشيء أو الخدمة محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، مقابل التزام المتعاقد الآخر (المشتري) بسداد ثمنها. وهو التزام جوهري يقع على عاتق المشتري.

ولا نتصور بطبيعة الحال عقدا لا يتم فيه تحديد الثمن حتى مراحله الأخيرة، إنما الإشكالات التي يمكن أن تطرح هنا، فتنحصر في فروض عدم تحديده وقت إبرام العقد، وهو الوقت الذي يتم فيه تقدير الأداءات المتقابلة لاتخاذ قرار التعاقد.

إذن، الثمن أحد صورتي محل العقد، بل ومن العناصر الأساسية التي يجب الاتفاق عليها، كمحل يلتزم به المشتري مقابل نقل البائع المهني للبضاعة أو الخدمة المقترحة، فإنه في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية له خصوصيته المميزة له عند أدائه (**المبحث الأول**)، والذي قد يكون إما من خلال الطرق العادية في الأداء أو من خلال وسائل الدفع الإلكترونية المستخدمة في المعاملات الإلكترونية. وسيقتصر البحث هنا على الطائفة الثانية دون الأولى.

ولآلية الوفاء بالبدل المالي، دور كبير في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. فهو يكون مقابل نقل ملكية محل العقد أو الحيازة أو الاستخدام. وعليه، واتساقا مع منهج دراستنا هذه، سيقتصر تناولنا لهذه المسألة بالقدر الذي يمكن أن نتبين معه مدى أهمية تحديد آلية الوفاء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية.

بهذا، سنبحث في آلية الوفاء بالبدل المالي، من خلال التطرق إلى مختلف وسائل الأداء أو الوفاء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، مع إبراز خصوصيتها المميزة لها عن بعضها البعض (**المبحث الثاني**).

المبحث الأول

خصوصية الأداء أو الوفاء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية

يعتبر الأداء المالي كمحل يلتزم به المشتري مقابل التزام البائع بنقل ملكية المبيع، من العناصر الأساسية التي يجب الاتفاق عليها. ووفقا للقواعد العامة، يمكن تأجيل الاتفاق عليه فيما بعد، أو ترك تقديره لأجنبي.

على أن خصوصية المحل في العقود المبرمة عن بعد عموما، وفي العقود المبرمة بطريقة إلكترونية خصوصا، جعلته ركيزة أساسية يتم تحديدها حين تقديم العرض الإلكتروني، لما في ذلك من ضروريات لحماية المستهلك[1432].

وقد استقر المجلس الأعلى في هذا الإطار، على أنه "إذا كان الطرفان قد اتفقا على جميع أركان البيع القانونية التي منها تحديد الثمن، فإن البيع يعتبر منعقدا بصفة قانونية، ولا يؤثر في انعقاده ما يحصل لاحقا بين طرفي العقد من خلاف في مقدار الثمن الذي يمكن الفصل فيه على ضوء ما قرره القانون أو أحكام الفقه"[1433].

فإذا كان الأصل أن يتم الوفاء بالعملة الوطنية على اعتبار أنها مظهر من مظاهر سيادة الدولة، فإنه يجوز الاتفاق على الدفع بعملة أجنبية في حالة المنتجات التي سوف تصدر إلى بلد أجنبي أو أن يكون مَنشؤها بلدا أجنبيا[1434]، وذلك حفاظا على المصلحة العامة ودعما لاقتصاد البلاد الذي يقتضي القيام بعمليات استيراد وتصدير وإقامة روابط عقدية مع أشخاص أجانب، لجلب السلع والمنتجات والخدمات التي توجد في الخارج، أو الحصول على عملة صعبة تحتاجها الخزينة العامة لضمان التوازن المالي الخارجي[1435].

ويعتبر بعض الفقه[1436]، أن لا مانع يحول دون إمكانية الوفاء بأي نوع من أنواع العملة التي يمكن التداول بها، وإن كانت ليست عملة المشتري أو البائع، طالما كانت محل اتفاق المتبايعين. ويؤكد ذلك ما ذهبت إليه بعض النصوص الواردة في القوانين المدنية المحلية.

فقد نص الفصل 247 من ق.ل.ع. على أنه "إذا كان اسم العملة الواردة في الالتزام يسري على نقود عديدة متداولة قانونا ولكنها مختلفة القيمة، كان للمدين، عند الشك، أن يبرئ ذمته بالدفع بالنقود الأقل قيمة. ومع ذلك ففي العقود التبادلية، يفترض في المدين أنه ملتزم بالنقود الأكثر استعمالا، فإن كانت المعاملات على قدم المساواة في الاستعمال وجب إبطال العقد".

[1432] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 306.

[1433] قرار رقم 1683، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 نونبر 1999، ملف عدد: 98/753. منشور في: النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، ع. 9، 2001، ص. 34.

[1434] محمد حسن رفاعي العطار، م.س.ص. 137.

[1435] عبد الحق صافي، م.س.ص. 410.

[1436] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 307 و308.

كما نصت المادة 418 من القانون الأردني على أنه "إذا حدد الثمن بنوع من النقود وكانت له أفراد مختلفة انصرف إلى أكثرها تداولا في مكان البيع". وأشارت المادة 174 من القانون المدني الكويتي إلى الشيء ذاته بأن نصت على أنه "في الالتزامات بدفع مبلغ من النقود يكون الوفاء بالعملة الكويتية، ومع ذلك إذا اتفق على الوفاء بعملة أجنبية وجب الوفاء بها".

وفي العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، خاصة تلك المتداولة عبر الانترنيت، فإننا نجد التحديد المسبق للعملة التي سيتم الوفاء بها، حيث تحددها بعض المواقع سلفا. وهذا ما نجده من خلال المادة 1.1.8 من الشروط العامة للمركز التجاري «surf and buy d'ibm Europe».

على أنه يتعين على المتجر المشارك أن يحترم الشروط التالية وبصفة خاصة: "أن يحدد الأسعار بالعملة الفرنسية، ويجوز أيضا أن يحددها بعملة أجنبية في حالة المنتجات التي سوف تصدر إلى بلد أجنبي أو تلك التي يكون منشؤها في بلد أجنبي"[1437]. كما نص العقد النموذجي لموقع، «Microchoix» على أن "ثمن العقد قابل للتغيير في أي وقت، وأنه يجب إعلام المشتري بذلك قبل تأكيد الطلبية "[1438].

أما بالنسبة لوقت الوفاء، فهو نفسه وقت تمام العقد، حيث على المشتري أن يبادر إلى دفع الثمن المتفق عليه للبائع. ولا يجوز للمشتري أن يطالب هذا الأخير، بتسليم البضاعة إلا بعد الوفاء بثمنها. كما من حق البائع أن يمتنع عن تسليم المبيع، إذا لم يسارع المشتري إلى دفع الثمن.

وتجدر الإشارة إلى أنه بخصوص زمان ومكان تسليم الثمن، يتم الرجوع إلى المقتضيات المنصوص عليها بموجب الفصول من 577 إلى 584 ق.ل.ع. إذ أن الأحكام نفسها تطبق على كل أنواع العقود، دونما تمييز بين العقود المبرمة بالطرق العادية وتلك المبرمة عن بعد أو تلك المبرمة بطرق إلكترونية.

وعموما، يمكن القول ، أنه يتم الاتفاق على دفع الثمن وقت تسليم البضاعة. بيد أن ذلك لا يعني، أن دفع الثمن في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، يأتي عند التعاقد وقبل التسليم، فيجوز للمشتري حبس الثمن لحين الاستلام، كما يجوز له أن يجعل التزامه بدفع الثمن متزامنا مع الالتزام بالتسليم. ويتصور لذلك بأن يطلب المشتري من البائع أن يقوم بشحن السلعة وإرسال إيصال الشحن، لكي يقوم عندها المشتري بإنجاز الدفع أو إتمامه.

وتستوجب بعض المواقع الدفع المسبق مقابل الخدمة أو البضاعة محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، إما بشكل مباشر من خلال الأداء أثناء التسليم المباشر للبضاعة نقدا، أو بتحويل المبلغ المتفق عليه قبل التسليم، وذلك بالقيام بتحويل المبلغ على حساب البائع أو العارض المهني أو من خلال إحدى وسائل الأداء الإلكتروني.

أما بخصوص مكان دفع الثمن، فالأصل أنه هو نفسه المكان الذي يتواجد به المبيع وقت انعقاد العقد، وينسجم ذلك مع أشكال المعاملات عبر الوسائل الإلكترونية والتي غالبا ما يكون فيها الثمن معجلا. غير أن هذا لا يعد أيضا من النظام، حيث يجوز الاتفاق على غير ذلك.

[1437] أبو الحسن مجاهد، الوسيط، م.س.ص. 250.

[1438] يمكن مراجعة بنود هذا العقد على الموقع التالي: www.microchoix.ma/cgv.asp (M.S.J, Mars 2010)

وتجدر الإشارة، إلى أنه إذا كانت الأساليب التقليدية في الأداء تتم أحيانا - وليس دائما- من خلال تدخل المؤسسات المصرفية، فإن أساليب الأداء أو الوفاء إلكترونيا ترتبط بتدخل هذه المؤسسات، التي سارت في اتجاه تطوير عملياتها وأساليب أدائها المالي[1439].

وتتسم وسائل الدفع الإلكتروني بالصبغة أو الطبيعة الدولية، بمعنى أن تكون مقبولة في جميع دول العالم، بحيث يتم استخدامها في عملية تسوية الحساب في المعاملات الإلكترونية، التي تتم عبر شبكة أو فضاء إلكتروني مفتوح بين المستخدمين من كل أقطار العالم[1440].

ويتم استخدام الدفع الإلكتروني لتسوية المعاملات التي تبرم بطريقة إلكترونية، بين أطراف متباعدة لا يجمعهم مكان واحد، حيث يتم الدفع عبر الانترنيت أو بطريقة إلكترونية، من خلال تبادل البيانات والمعلومات اللازمة لإعطاء أمر الدفع[1441].

كما يتم من خلال استخدام النقود الإلكترونية التي تتميز بالاستقلالية، لأنها تنتقل عبر شبكة الإنترنيت وأجهزة الحاسوب المخزنة عليها هذه الأموال. وتمتاز بالقدرة على المرور والتنقل بين الحدود بسرعة وبشفافية عبر الانترنيت، لأنها لا تعود لدولة محددة، وانما يتم استخدام العملة بحسب الدولة التي يتم فيها الوفاء؛ لذا يطلق عليها "النقود الإلكترونية الافتراضية"[1442].

[1439] في إطار تفعيل المغرب لنظام التعشير الإلكتروني الشامل ومن أجل الاستفادة من التسهيلات التي تتيحها تقنيات التبادل الالكتروني للمعلومات، شرعت إدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة وبتعاون مع مجموعة من الشركاء، بإدماج الأداء الالكتروني في منظومة التعشير، إذ يمكن للفاعلين الاقتصاديين الاستفادة من هذه الخدمة في إطار الاستيراد، وذلك بهدف تسريع الإجراءات الإدارية الجمركية وملائمة عملية التعشير مع متطلبات التنمية الاقتصادية للبلاد. ويضع رهن إشارة الفاعلين الاقتصاديين وسيلة سهلة وفعالة لأداء مختلف الرسوم والمكوس الجمركية وتبادل المعلومات إلكترونيا بين الفاعلين الاقتصاديين وإدارة الجمارك، وذلك عن طريق نظام "RVA : Réseau à Valeur Ajoutée".

وفي هذا الإطار نفسه، أصبح بإمكان الشركات أداء الضريبة على الشركات التي يساوي رقم أعمالها خمسين مليون درهم على الأقل دون احتساب الضريبة على القيمة المضافة، وذلك وفق مسطرة الإقرار والأداء الإلكترونيين (م.1 من قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 08-1214 صادر في 13 من رجب 1429 (17 يوليو 2008) المحدد لشروط تطبيق مسطرة الإقرار والأداء الإلكترونيين للضريبة على الشركات، ج.ر.ع. 5661، بتاريخ 30 شعبان 1429 (فاتح سبتمبر 2008)، ص. 2507.

وتسمح الخدمات الإلكترونية للإقرار والأداء الإلكترونيين للضرائب والرسوم، للخاضعين للضريبة المعنيين بالأمر بالقيام بالإقرارات والأداءات للضرائب والرسوم بطريقة إلكترونية، عبر توجيهها حسب الأنظمة التالية: التبادل المعلوماتي للاستمارات "EFT" أو التبادل المعلوماتي للمعطيات "EDI".

[1440] محمد حسين منصور، م.س.ص. 120.

[1441] المرجع السابق، ص. 121.

[1442] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 87.

وتتطلب عملية الأداء أو الدفع الإلكتروني نظاما مصرفيا معدا خصيصا للاستجابة لمثل هذا النوع من المعاملات، وهذا الدور لصيق بالبنوك أو بأي مؤسسة مشابهة، يتم إنشاؤها تحقيقا لهذا الغرض، وتتكلف بضمان أمان الوفاء[1443].

ويلاحظ أن العقود المبرمة بطريقة إلكترونية بشكل عام، وآليات الوفاء بالمقابل المالي فيها بشكل خاص، تعرف العديد من الثغرات، وذلك راجع إلى عدم معالجة مثل هذه التصرفات من قبل التشريعات العربية.

كما أن المواقف نفسها اختلفت وتباينت بشكل كبير بهذا الخصوص، رغم أنها عموما لم تتضمن سوى إشارات. باستثناء بعض النصوص الواردة في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، الذي نظم وسيلتين للأداء الإلكتروني، وهما: "السند الإلكتروني القابل للتحويل" و"التحويل الإلكتروني للأموال"[1444].

في التشريع التونسي للمبادلات والتجارة الإلكترونية، لم نقف على مقتضيات خاصة بالمسألة، إلا من نص فريد يعالج الأداء الإلكتروني وهو المادة 37 من القانون المذكور، والذي نص على أنه "تخضع عمليات الدفع المتعلقة بالمبادلات والتجارة الإلكترونية على التشريع والتراتيب الجاري بها العمل".

أما تشريع إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، فقد جاء خاليا من نصوص لمعالجة ما يتعلق بالأداء المالي في العقود الإلكترونية، باستثناء الفقرة 1/ج من المادة 27 التي نصت على أنه "على الرغم من عدم وجود أي نص مخالف في أي قانون آخر، يجوز لأي دائرة أو جهة تابعة للحكومة، في أداء المهمات المناطة بها بحكم القانون، أن تقوم بما يلي: أ...ب....ج: قبول الرسوم أو أي مدفوعات أخرى في شكل إلكتروني".

[1443] أثرت تكنولوجيا المعلومات والاتصالات بشكل كبير في عمل البنوك التي أصبحت تعتمد في جانب كبير من العمليات التي تقوم بها على الاتصالات والمعلومات بين البنوك وبعضها البعض. من هنا أخذت عمليات البنوك طابعا إلكترونيا، حيث يتم استلام الأوامر وتنفيذها بطرق إلكترونية، ومن هنا نشأت الفكرة المبدئية للبنوك الالكترونية "Electronic banking"، أو "البنوك الالكترونية عن بعد Remote Electronic Banking"، أو "البنك على الخط Online Banking"، أو "بنوك الانترنيت Internet Banking". ويمكن تعريف البنوك الالكترونية بأنها بنوك افتراضية تؤدي عملها من خلال شبكة الانترنيت أو من خلال الشبكات الهاتفية للهواتف النقالة، بحيث يكون البنك مجرد موقع على الانترنيت ليس له مبنى إداري مادي. ويقدم هذا البنك الافتراضي للمشتركين فيه، نفس الخدمات التي تقدمها المؤسسات البنكية العادية، بالإضافة خدمات مصرفية جديدة ومستحدثة لا يمكن للبنوك التقليدية أن تقدمها، نظرا لما تتميز به تلك الخدمات المصرفية من سرعة ومرونة شديدة في الأداء. ومن أهم مميزات البنوك الالكترونية، إمكانية الوصول إلى قاعدة عريضة من الزبناء عبر العالم، دون التقيد بمكان أو زمن معين. ولمزيد من الإطلاع حول البنوك والعمليات البنكية الالكترونية، يمكن الرجوع إلى: محمد عبد حسين الطائي، م.س.ص. 228 وما بعدها. وأيضا: منير الجنبيهي-ممدوح الجنبيهي، البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005، ص. 7 إلى 46؛ محمود الشرقاوي، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1، ص. 17؛ وأيضا: بلال عبد الفقرة بدوي، البنوك الالكترونية: ماهيتها، معاملاتها، المشاكل التي تثيرها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة ما بين 10-12 ماي 2003، المجلد 5، ص. 1946. مصطفى كمال طه - وائل أنور بندق، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005، ص. 330 وما بعدها.

[1444] عالج المشرع الأردني في المواد من 19 إلى 24 الأحكام المتعلقة بالسند الإلكتروني القابل للتحويل. وعالج من خلال المواد من 25 إلى 29 التحويل الإلكتروني للأموال.

ومهما يكن من أمر، فإن كانت هناك خطورة تهدد الوفاء بطريقة إلكترونية، فإن سرعة المبادلات، ستفرض حلولا في المستقبل لتخطي هذا العائق الذي قد يواجهه البائع أو المشتري بخصوص إثبات الوفاء. فإثبات الوفاء كتصرف قانوني مستقل، يخضع لقاعدة وجوب الإثبات بالكتابة في المعاملات المدنية، إذا كانت قيمة محل الوفاء تزيد عن 250 درهما، استنادا إلى مقتضيات المادة 443 ق.ل.ع[1445]. أما في المجال التجاري، فتخضع معاملات الأطراف لمبدأ حرية الإثبات[1446].

بذلك يحظى تحديد الثمن وتنظيم الوفاء به باهتمام بالغ في المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية، حيث يعد ركنا جوهريا في العقد من جهة، ومناط الوفاء بالالتزامات الناتجة عن المعاملات، من جهة أخرى، وبخاصة أن الوفاء بالالتزامات يتم غالبا عن بعد عبر الطرق الحديثة[1447].

وتتم عملية الوفاء بواسطة الدفع بطريقة إلكترونية عبر الإنترنيت، بإرسال رقم البطاقة من صاحبها عبر الشبكة، بهدف تحويل مبلغ من المال من حساب المشتري إلى حساب التاجر (الموقع التجاري على شبكة الإنترنيت) وذلك ثمنا للسلعة أو الخدمة.

فحينما يلج المستهلك إلى الموقع المتخصص في بيع السلع على شبكة الإنترنيت، تظهر أمامه على الشاشة المعروضات المتوافرة بالأسماء والصور ويكون السعر مدونا بجانب الاسم أو الصورة ولدى اختيار المستهلك لأحد هذه السلع يضغط بواسطة الفأرة على الرسم أو الصورة أو على مفردة "أضف إلى عربة التسوق" المجاور للرسم، ثم يظهر له على الشاشة رسم السلعة مع مواصفاتها.

وعند تصميم المستهلك على الشراء، يضغط على خانة تحتوي على كلمة تفيد الشراء مثلا: "حسابي"، فيرسل إليه برنامج التاجر نموذجا لمعرفة ما إذا كان المستهلك زبونا جديدا، أم أنه سبق له واشترى من الموقع.وبعد ملء النموذج الذي يحتوي على خانة البريد الإلكتروني وخانة لكلمة المرور وخانة كتب عليها "ENTRER"، وعند الضغط عليها تظهر أمامنا على الشاشة نموذجا ثالثا مفصلا لكتابة الاسم الكامل والعنوان الكامل للبريد الإلكتروني ورقم الهاتف وخانة أسفل الشاشة يكتب عليها "CONFIRMER".

وبعد إرسال النموذج يعود البرنامج بنموذج رابع وبعد كتابة الطالبات ومواصفات الحساب والضغط على خانة "Confirmer"، تتم العملية المصرفية إلكترونيا خلال ثوان معدودة، فتؤدي إلى إتمام عملية الدفع كما قد لا تؤدي إلى أي شيء.

فبعد ملء النموذج والضغط على خانة "Confirmer" من قبل صاحب البطاقة، يرسل البرنامج إلى الزبون، نموذجا خامسا يرمي إلى تحديد السلعة المطلوبة وتسجيل رقم بطاقته البنكية ونوعها وصلاحيتها. وعند ضغط المشتري مرة أخرى على خانة "Confirmer"، ينتقل النموذج إلكترونيا إلى الصندوق الإلكتروني للتاجر ويتم ذلك في اللحظة نفسها.

[1445] ينص الفصل 443 من ق.ل.ع على أن "الاتفاقات وغيرها من الأفعال القانونية التي يكون من شأنها أن تنشئ أو تنقل أو تعدل أو تنهي الالتزامات أو الحقوق، والتي يتجاوز مبلغها أو قيمتها عشرة آلاف درهم، لا يجوز إثباتها بشهادة الشهود. ويلزم أن تحرر بها حجة رسمية أو عرفية، وإذا اقتضى الحال ذلك أن تعد بشكل إلكتروني أو أن توجه بطريقة إلكترونية".

[1446] محمد العروصي، مقال سابق، ص. 21.

[1447] محمد حسين منصور، م.س.ص. 116.

بعد ذلك يقوم البرنامج الإلكتروني للتاجر بإرسال النموذج إلكترونيا إلى بنك التاجر، ليتم تحويل نموذج الشراء إلكترونيا إلى بنط صاحب البطاقة الذي يسمى البنك المصدر من هلال الشبكتين "فيزا نت أو بنك نت" التابعين لمنظمتي (ماستر كارد وفيزا) العالميتين. وحينما يصل النموذج إلى "خادم البنك Serveur" المصدر، يتم تحديد ما إذا كان صاحب البطاقة ذا ملاءة مالية أم لا.

أما في حالة انتهاء صلاحية البطاقة، أو عند عدم ملاءة صاحبها، أو أي خطأ يجعل عملية الوفاء صعبة يعود النموذج إلكترونيا مرفقا بإشارة عدم التفويض، مع بيان سببه على الخط الإلكتروني الذي وردت من خلاله. وفي هذه الحالة، تنتهي مرحلة التفويض سلبيا، أما في حالة ملاءة صاحب البطاقة فتبتدئ المرحلة الثالثة، ألا وهي مرحلة الإبراء.

في المرحلة الثالثة، يعود النموذج من خلال الخط الإلكتروني نفسه إلى صاحب البطاقة، تصاحبها إشارة مفادها ان عملية الدفع قد أنجزت، حيث يحصل إلكترونيا تحويل المال من حساب صاحب البطاقة لدى البنك المصدر للبطاقة إلى حساب التاجر في بنكه الذي يسمى البنك المحصل. وهكذا، تنتهي عملية الدفع بالبطاقة عبر الإنترنيت[1448].

تجدر الإشارة إلى أن البيئة الإلكترونية، أفرزت العديد من وسائل الأداء المالي الإلكتروني. وسنسلط الضوء على أبرز هذه الوسائل من حيث خصوصيتها في الأداء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية **(المبحث الثاني)**.

[1448] ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي، م.س.ص. 239 و240.

المبحث الثاني
وسائل الأداء أو الوفاء بطريقة إلكترونية

ظهرت وسائل الدفع الإلكترونية، بعد التطور الكبير الذي عرفه مجال المعاملات بطريقة إلكترونية عموما، خاصة التعاقد عبر الانترنيت، على اعتبار أنه الواسطة الإلكترونية الأكثر استعمالا في الوقت الحالي[1449].

وقد تم القياس على أنظمة الدفع التقليدية من أجل البحث عن أنظمة مماثلة، تقوم بالعمل نفسه وتؤدي الوظيفة ذاتها، عند إجراء العمليات المبرمة بطريقة إلكترونية، ليكون هناك ترابط وتناسق تام في كافة التصرفات المبرمة عبر الانترنيت، سواء في مرحلة التفاوض العقدية أو ما يتبعها من مراحل حتى يتم التسليم، وبالتالي فإن مرحلة الدفع عبر الانترنيت هي عملية من الضروري توافرها على شبكة الانترنيت[1450].

وقد أشارت التوجيهة الأوربية رقم 7-97 الصادرة بتاريخ 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود عن بعد، إلى أن من المعلومات التي يجب العلم بها لحظة الإيجاب وقبل إبرام العقد "الثمن"[1451].

وتجد وسائل الدفع الالكتروني مجالا واسعا في جميع مجالات التجارة سواء التقليدية أو الإلكترونية، إذ ليس هنالك ما يمنع أن يتم الاتفاق على الصفقة بطريقة تقليدية ويتم التنفيذ بطريقة إلكترونية[1452].

وهكذا بعد أن يحدد المتعاقدان الثمن يتفقان حول طريقة الوفاء به، والذي قد يتم بطرق تقليدية في الأداء، أو عبر وسائل الأداء المالي العديدة التي توفرها الأبناك والمؤسسات المالية بما فيها الأساليب الإلكترونية وإن كان البعض منها ليست جديدة في الواقع، بل تم تطوير أساليب أدائها لتتماشى والطبيعة الخاصة للمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية؛ في حين أن البعض الآخر من هذه الوسائل مبتكرة بحد ذاتها.

وقد حظيت الشروط التي تنظم آلية الوفاء بالبدل المالي باهتمام بالغ في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، إذ حرصت معظم العقود المتداولة، على ضرورة تحديد آلية الوفاء على الشبكة نفسها بواسطة بطاقة مصرفية أو أي وسيلة من وسائل الوفاء عبر الإنترنت[1453] والتي سنتطرق إليها لاحقا.

ولبيان ذلك، سنتطرق بادئ ذي بدء إلى الوسائط الإلكترونية المصرفية (**المطلب الأول**)، ثم بعد ذلك سنبحث في الوسائط الإلكترونية الجديدة (**المطلب الثاني**).

[1449] صلاح زين الدين، دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الإلكترونية، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، م.س. المجلد: 1، ص. 305.

[1450] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 90.

[1451] J.O. L 144 du 4.6.1997, p. 19-27

وفي التعليق عليها، انظر:

Lamy, droit de l'informatique et des réseaux , 1998, n° 25 26, p. 1484

[1452] مصطفى كمال طه - وائل أنور بندق، م.س.ص. 324.

[1453] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 84 و85.

المطلب الأول
الوسائط الإلكترونية المصرفية المستخدمة في الوفاء بطريقة إلكترونية

يتم الوفاء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية بطرق كثيرة، وأكثرها شيوعا هي الوسائط الإلكترونية المصرفية. ويثير استعمالها مخاوف كل من طرفي الوفاء الإلكتروني التاجر (البائع أو المورد)، والعميل (المشتري حامل البطاقة).

هذه المخاوف تعتبر في الواقع العائق الأساسي في سبيل تطوير المعاملات الإلكترونية، التي تتم عبر شبكة الإنترنيت. ذلك ان التاجر (البائع أو المورد) يخشى من جانبه ألا يكون الوفاء حقيقيا، والعميل حامل البطاقة يخشى إختراق سرية البيانات الخاصة به والمنقولة عبر الشبكة وكذلك الإستخدام غير المشروع من قبل الغير لوسيلة الوفاء والمتمثلة في البطاقة البنكية[1454].

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المغربي في القانون رقم 08-31 لم يتطرق لمسألة حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد حالة أداء الثمن بواسطة البطاقة البنكية. أما على مستوى القانون الفرنسي، فإذا كانت الرغبة في تأمين سلامة نقل المعلومات عبر الوسائط الإلكترونية قد أدت إلى إصدار بعض النصوص القانونية المحققة لذلك، فإنها في الواقع لم تتضمن استجابة تامة لمقتضيات المادة 8 من التوجيهة الأوروبية رقم 97-7 المتعلقة بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد[1455].

وحبذا لو أن المشرع المغربي نظم مجال المعاملات البنكية التي تتم بطريقة إلكترونية، ومن ضمنها طرق الوفاء بطرق إلكترونية. ولا ريب أن للمسألة أهميتها، خاصة في بعث الثقة والطمأنينة لدى كل من المورد والمتعاقد معه.

فالوفاء الإلكتروني في العقود المبرمة إلكترونيا، يعد أبرز المشكلات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود، والتي تعد العائق الأساسي في سبيل تطور التجارة الإلكترونية بصفة عامة، ومرجع ذلك بصفة خاصة، للمخاطر المرتبطة بهذا الوفاء. والتغلب على هذه المخاطر يقتضي لا يمكن في حقيقة الأمر تحقيقه إلا من خلال حلول تقنية، تكون هي الوسيلة لتحقق الأمان القانوني المنشود في هذا المجال.

وبالفعل، تم ابتكار العديد من طرق الوفاء إلكترونيا، والتي سنتعرض إليها اتباعا من خلال **فقرتين: الأولى** نبحث فيها الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني المصرفي. أما في **الثانية**، فسنتطرق للأداء بالبطاقة البنكية.

[1454] ضياء علي أحمد نعمان، الغش المعلوماتي، م.س.ص. 238.

[1455] لمزيد من الاطلاع انظر: محمد حسن قاسم، م.س.ص. 122 وما بعدها.

الفقرة الأولى: الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني المصرفي

عرفت مدونة التجارة التحويل بموجب الفقرة الأولى من المادة 519، بأنه "عملية بنكية يتم بمقتضاها إنقاص حساب المودع، بناء على أمره الكتابي بقدر مبلغ معين يقيد في حساب آخر"[1456]. وتمكن هذه العملية، من نقل مبلغ من النقود من شخص إلى آخر، لكل منهما حساب لدى نفس المؤسسة البنكية أو لدى مؤسستين بنكيتين مختلفتين، كما قد تقوم بذلك جهة خاصة أنشئت لهذا الغرض[1457].

ويقوم شخص باتخاذ الإجراءات المصرفية اللازمة، لتحويل مبلغ معين إلى المستفيد، بتوجيهه أمرا إلى بنك لتحويل مبلغ نقدي من حسابه إلى حساب شخص آخر، سواء أكان في نفس المصرف أو في مصرف آخر، وسواء بدفع المبلغ مقدما إلى البنك المحول أو بتفويض لقيد المبلغ على حسابه لدى البنك.

كما يمكن لمن يجري عملية التحويل الإلكتروني، أن يوجه تعليمات خطية إلى بنكه، أو أن يقوم بذلك عن طريق التلكس أو الفاكس أو الهاتف، أو بواسطة رسالة إلكترونية عن طريق الحاسوب، أو بأي وسيلة يتفق عليها الطرفان.

وعند استلام هذه التعليمات من قبل عميل البنك، يقوم هذا الأخير بالتأكد من كفاية الرصيد، ومن ثم اتخاذ الإجراءات اللازمة لتحويل المبلغ المطلوب. ويتم ذلك بشكل مباشر، إذا كان كلا الطرفين عميل لنفس البنك.

أما إذا كانا عميلين لبنكين مختلفين، فإن بنك طالب التحويل سيقوم بإصدار أمر إلى بنك المستفيد، إما مباشرة أو بواسطة بنك مراسل لتأمين إجراء القيد الدائن في حساب المستفيد، وتفويض بنك المستفيد أو البنك الوسيط، بقيد القيمة في الجانب المدين من حساب بنك طالب التحويل[1458].

ولا بد أن يسبق عملية التحويل أو النقل الإلكتروني للأموال، اتفاق بين الأطراف تحدد بموجبه الحقوق والالتزامات المترتبة على كل منهما. ويتم تنفيذ التحويل الإلكتروني للأموال، من قبل البنوك استنادا إلى شروط العقود المبرمة بينهما وبين عملائها. وهو يتخذ صفة عقد بين البنك والعميل بمقتضاه يلتزم البنك بإجراء التحويلات التي يطلبها العميل[1459].

ويعتبر الأداء عن طريق التحويل الإلكتروني المصرفي، وسيلة مهمة وبسيطة من وسائل الأداء المالي للمقابل في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وتعد من أكثر الوسائل شيوعا في الاستخدام وتقبلا من طرف شريحة كبيرة من المتعاقدين إلكترونيا، لما فيها من دقة ووضوح ومصداقية.

[1456] وهذا نفسه ما نصت عليه العديد من التشريعات التجارية العربية، كما في المادة 329/1 من القانون التجاري المصري.

[1457] محمد حسين منصور، م.س.ص. 124.

[1458] سمير عبد السميع الأودن، م.س.ص. 256 وما بعدها.

[1459] فياض ملقى القضاء، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي، 2000، المجلد: 3 ص. 925 وما بعدها.

وتتم العملية بأساليب تقنية حديثة، تتمثل في إصدار أوامر النقل وإرسالها من خلال أجهزة وبرامج للحاسوب تعالج المعلومات فور توصل الحاسوب بها. وهذا ما أطلق عليه تشريع المعاملات الإلكترونية الأردني "النقل أو التحويل الإلكتروني للأموال"[1460]، واعتبر بموجب المادة 25، بأنه وسيلة مقبولة لإجراء الدفع.

وبينت المادة 26 من نفس القانون، الشروط اللازم توافرها في المؤسسات المالية الممارسة لعملية التحويل الإلكتروني، ويمكن تلخيصها في: وجوب التقيد بأحكام قانون البنك المركزي وقانون البنوك والأنظمة والتعليمات؛ مما يتوجب على البنك اتخاذ كل الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة لعملائها والحفاظ على السرية المصرفية.

بالنسبة للتشريع المغربي وفي غياب نصوص قانونية تنظم العمليات المصرفية الإلكترونية، نرى أن القواعد العامة المنصوص عليها في مدونة التجارة، غير كافية لتتماشى والطبيعة الخاصة للعقود والمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية، إذ أنها أحكام تتعلق بالأسلوب التقليدي للنقل المصرفي[1461].

فمتى ما تم استخدام الأسلوب الإلكتروني في إرسال الأمر بالنقل أو في تنفيذه، فإنه يتم من خلال "رسائل البيانات" التي ترسل إلكترونيا من خلال نظم الحاسوب التي تعالج المعلومات والبيانات المتوصل بها عبر شبكة الإنترنيت، والتي قد لا تمكن بعد إرسال الأمر من التراجع عنه، لاسيما أن نظم معالجة المعلومات المستخدمة في النقل الإلكتروني قد لا تتيح التراجع عن الأمر.

مما يعني أخذ كل الاحتياطات اللازمة قبل إرسال الأمر بالتحويل الإلكتروني، لمنع ارتكاب أخطاء بخصوص البيانات التي يتضمنها بتصحيحها قبل الضغط على زر الإرسال، مع الحذر من الضغط مرتين على لوحة مفاتيح جهاز لإرسال الأمر، لكيلا يتلقى الجهاز المستلم لدى المصرف أمرين بالتحويل ويقوم بتنفيذهما ولا يتفطن مصدر الأمر إلا بعد التنفيذ.

كما ولابد أن تكون الأجهزة الإلكترونية للمؤسسات المصرفية المستقبلة لأمر التحويل، دقيقة ومأمونة، لمنع تسرب المعلومات والبيانات الخاصة بالعملاء[1462]. وتنفذ عمليات التحويل المالي الإلكتروني عن طريق دار المقاصة الآلية[1463]، وهي شبكة تعود ملكيتها وأحقية تشغيلها إلى البنوك المشتركة بنظام التحويلات المالية الإلكترونية.

[1460] تطرق تشريع المعاملات الإلكترونية الأردني إلى التحويل الإلكتروني في الفصل الرابع منه، وأفرد له المواد من 25 إلى 29. ولا نجد في التشريع المغربي نصوصا موازية، مما يعني الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في مدونة التجارة، الباب الرابع: التحويل، المواد من 519 إلى 523. وفي رأيي الشخصي، حبذا لو تدخل المشرع المغربي بتعديل مدونة التجارة، بالتنصيص على العمليات المصرفية الإلكترونية.

[1461] استحدث اتصالات المغرب بتعاون مع بعض البنوك، خدمة التحويل المصرفي الإلكتروني بواسطة الهاتف النقال، وهي طريقة للأداء ونقل الأموال بطريقة إلكترونية من شخص إلى آخر. وقد أطلقت على هذا النوع من الخدمات الإلكترونية: "mobicash". انظر:
http://www.aujourdhui.ma/economie-details73340.html (M.S.J, Juin 2010).

[1462] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 379 و380.

[1463] Automated Clearing House: A.C.H.

الفقرة الثانية: الأداء بالبطاقة البنكية:

ويصطلح عليها البعض من الفقه بالنقود البلاستيكية[1464] أو النقود الرقمية[1465]، وإن كان بعض من الفقه المغربي يعتبر أن التسمية خاطئة قانونا وتتضمن بعض المجازفة[1466].

وهي نمط جديد من وسائل الأداء بطريقة إلكترونية، انتشر استخدامها بشكل واسع في المعاملات اليومية للعديد من الأفراد، وغدت مظهرا اجتماعيا وتعبيرا حضاريا في المعاملات، مما أغنت عن استعمال النقد بشكل مباشر، لسهولة استعمالها وحملها والتعامل بها داخل شبكة الانترنيت أو خارجها.

ويمكن تعريف البطاقة البنكية، بأنها عبارة عن بطاقات بلاستيكية مستطيلة ممغنطة[1467]، تصدرها البنوك لعملائها للتعامل بها في أداءاتها ومعاملاتها المالية، بدلا من حمل النقود الورقية. وهي تحمل اسم المؤسسة المصدرة لها وشعارها واسم حاملها وتوقيعه ورقم حسابه وتاريخ انتهاء صلاحية البطاقة. وتتيح هذه البطاقة لحاملها سحب المبالغ النقدية من شبابيك سحب النقود الخاصة بالبنوك، كما يمكنه تقديمها كأداة لوفاء السلع والخدمات[1468].

[1464] نلاحظ من خلال الكتابات الفقهية القانونية العربية، أن العديد من الفقهاء ميزوا بين النقود الإلكترونية والنقود البلاستيكية. ونذكر منهم: منير وممدوح محمد الجنبيهي، البنوك الالكترونية، م.س.ص. 157 وما بعدها؛ محمد حسن رفاعي، م.س.ص. 140 و 148 وما بعدها؛ بشار محمود دودين، م.س.ص. 204 و 209؛ إلياس ناصيف، م.س.ص. 159 وما بعدها وأيضا ص. 164 وما بعدها. عمر خالد زريقات، م.س.ص. 310 و312 وما بعدها؛ نضال اسماعيل برهم، م.س.ص. 86 وما بعدها، وص. 11 وما بعدها؛ طارق عبد الرحمن ناجي كميل، م.س.ص. 70 وما بعدها. على أن هناك من الفقه من اعتبر أن النقود الإلكترونية هي نفسها النقود البلاستيكية، انظر في ذلك: محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 86 وما بعدها؛ نسرين عبد الحميد نبيه، م.س.ص. 39 وما بعدها؛ هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 380 وما بعدها؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، التجارة الإلكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008، ص. 106. وتجدر الإشارة، إلى أن الأدبيات القانونية الحديثة، دأبت على استخدام مصطلحات مختلفة للتعبير عن مفهوم النقود الإلكترونية. فقد استخدم البعض اصطلاح "النقود الرقمية digital Money" أو "العملة الرقمية Digital currency". بينما استخدم البعض الاخر، مصطلح "النقدية الإلكترونية". وبغض النظر عن المصطلح المستخدم، فإن هذه التعبيرات تشير إلى مفهوم واحد، وهو "النقود الإلكترونية electronic money". وهذا نفسه المصطلح الذي درجت عليه مختلف الأدبيات القانونيات، وما سوف نستخدمه في دراستنا لهذا النوع الحديث من طرف الأداء الإلكترونية. ولمزيد من الاطلاع حول دراسة مستفيضة حول النقود الإلكترونية وتطورها التاريخي، انظر نسرين عبد الحميد نبيه، م.س.ص. 49 وما بعدها. ويرى رأي في الفقه أن اعتبار النقود البلاستيكية مرادف للبطاقات البلاستيكية أو بطاقات الائتمان استعمال غير دقيق من الناحية الفنية، ذلك أن بطاقات الائتمان ليست هي النقود الالكترونية، وإنما هي صك أو محفظة للنقود الإلكترونية، مثلها في ذلك مثل الأوراق التجارية الالكترونية. ولمزيد من الاطلاع يمكن الرجوع إلى: مصطفى كمال طه-وائل أنور بندق، م.س.ص. 341.

[1465] هناك رأي في الفقه يعتبر النقود الرقمية شاملة للنقود الإلكترونية ولكل أنواع البطاقات البلاستيكية التي تستعمل كوسيلة للأداء بطريقة إلكترونية. وانظر في ذلك: نسرين عبد الحميد نبيه، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2008، ص. 39 وما بعدها.

[1466] انظر في تفاصيل ذلك، صليحة حاجي، الوفاء الرقمي، أطروحة سابقة، ص. 93.

[1467] تحتوي على رقاقة مع دائرة متكاملة قادرة على معالجة وتخزين الآلاف من البيانات الإلكترونية. ويطلق عليها بالبطاقة الذكية لاحتوائها على نظام التشغيل مثل الحواسيب الشخصية، وعلى خوارزميات التشفير. كما أنها قد تحمل بيانات هوية صاحبها وتسجل بها كل المعلومات الخاصة به، كالمعلومات الصحية: الاختبارات الصحية التي أجراها صاحب البطاقة، والوصفات وكل المعلومات والبيانات الخاصة بالمرض أو الأمراض التي يعالج منها. كما قد تستخدم لحجز تذكرة سفر على الطائرة من إحدى شركات الطيران، إلى غير ذلك من الاستعمالات، للمزيد من التفاصيل انظر: منير الجنبيهي - ممدوح الجنبيهي، البنوك الالكترونية، م.س.ص. 52 و53.

[1468] عبد الفتاح بيومي حجازي، م.س.ص. 106-107؛ وانظر أيضا، محمد حسن رفاعي، م.س.ص. 140.

وهناك من الفقه، من عرفها بأنها وحدات نقدية عادية، كل ما هناك أنها محفوظة بشكل إلكتروني ويتم الوفاء بها إلكترونيا[1469]، أو كما يعرفها البعض من الفقه، بأنها وحدات رقمية إلكترونية يتم انتقالها بطريقة معينة من حساب شخص إلى حساب شخص آخر، هذه الوحدات إما أن تخزن في ذاكرة كمبيوتر صغير ملتصق في كارت يحمله المستهلك، بحيث يستخدمها في الوفاء عن طريق هذا الكارت، أو تخزن في ذاكرة الكمبيوتر الشخصي للمستهلك، بحيث يستخدمها عن طريق هذا الكمبيوتر[1470].

ومن هذه البطاقات ما يقتصر استعمالها على دائرة ضيقة، بحيث لا يتجاوز استعمالها حدود الدولة التي صدرت فيها. ومنها ما هو عالمي ويستخدم في كل دول العالم. وهناك أيضا، البطاقة الذهبية التي تمنح حاملها سقفا ائتمانيا عاليا.

وتتنوع البطاقات أو النقود البلاستيكية، ولعل أهمها:

- بطاقة السحب الآلي: وبموجبها يمكن لصاحبها سحب مبالغ حسابية من حسابه، بحد أقصى متفق عليه مع بنكه. ويتم ذلك من خلال إدخال العميل لبطاقته إلى جهاز السحب الآلي، حيث يطلب منه إدخال رقمه السري الذي يمثل توقيعه الإلكتروني، ويحدد المبلغ الذي يريد سحبه عن طريق لوحة مفاتيح الجهاز. وبعد عملية السحب، يستخرج العميل بطاقته آليا ليسجل المبلغ المسحوب في جانب المدين من حسابه مباشرة[1471].

- بطاقة الشيكات أو الشيك الإلكتروني، تمكن الشيكات الإلكترونية المستهلكين من مستخدمي الإنترنيت، من دفع فواتير مشترياتهم مباشرة عبر الإنترنيت بدون إرسال شيك ورقي.

وهي عبارة عن رسالة إلكترونية موثقة ومؤمنة، يرسلها مصدر الشيك إلى من يستلمه (حامله) ويقدمه للبنك الذي يعمل عبر الإنترنيت، ليقوم البنك أولا بتحويل قيمة الشيك، وبعد ذلك يقوم بإلغائه وإعادته إلكترونيا إلى مستلم الشيك (حامله)، ليكون دليلا على أنه قد تم صرفه فعلا، ويمكن لمستلمه أن يتأكد إلكترونيا من أنه قد تم فعلا تحويل المبلغ لحسابه[1472]. وبموجب بطاقة الشيك، يتعهد البنك بسداد الشيكات التي يحررها العميل، وذلك وفق شروط معينة[1473].

ولم يتطرق المشرع المغربي، بموجب القانون رقم 05-53 إلى ما يتعلق بطرق الوفاء الإلكتروني. بينما نص بموجب المادة 35 من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، على أنه "تخضع عمليات الأداء المتعلقة بالعقود المبرمة عن بعد، للتشريعات الجاري بها العمل.

[1469] مصطفى كمال طه - وائل أنور بندق، م.س.ص. 341.

[1470] شريف محمد غنام، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية، سابق الإشارة، المجلد الأول، ص. 104.

[1471] فياض ملفي القضاة، م.س.ص. 4.

[1472] منير محمد الجنبيهي- ممدوح محمد الجنبيهي، البنوك الإلكترونية، م.س.ص. 159؛ إلياس ناصيف، م.س.ص. 168 و169؛ انظر أيضا، بشار محمود دودين، م.س.ص. 207 وما بعدها. محمد سعدوا الجرف، أثر استخدام النقود الالكترونية على الطلب على السلع والخدمات، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، أيام 10-12 ماي 2003، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1، ص. 200.

[1473] عبد الفتاح بيومي حجازي، م.س.ص. 90.

يضمن المورد للمستهلك سلامة وسائل الأداء التي يقترحها".

بينما تطرق قانون المعاملات الإلكترونية الأردني إلى المسألة، حيث عالج ما يتعلق بالشيك الإلكتروني، ضمن نصوص المواد من 19 إلى 24 منه.

وقد تطرقت المادة 19 من القانون السالف ذكره، إلى الشروط اللازم توافرها في السند الإلكتروني القابل للتحويل حيث نصت على أنه "أ- يكون السند الإلكتروني قابلا للتحويل إذا انطبقت عليه شروط السند القابل للتداول وفقا لأحكام قانون التجارة، باستثناء شرط الكتابة، شريطة أن يكون الساحب قد وافق على قابليته للتداول". كما نصت الفقرة (ب) من نفس المادة المذكورة، فقد نصت على أنه "إذا أمكن استرجاع البيانات الواردة على صفحتي الشيك، يعتبر الاحتفاظ بالشيك إلكترونيا، وفقا لأحكام المادة 8 من هذا القانون، إجراء قانونيا".

- بطاقة الوفاء: ويطلق عليها أيضا "بطاقة الأداء" أو "الدفع الفوري" أو "بطاقة الصرف البنكي".

ويعتبر استعمال هذه البطاقة شائعا، على اعتبار ما تخوله من امتياز للدفع الفوري، ولا سيما في المعاملات التي يفصل أطرافها مسافة ما، إذ تخول حاملها سداد ثمن السلع والخدمات التي يحصل عليها من بعض المحلات التجارية التي تقبلها، بموجب اتفاق مع الجهة المصدرة لها، وذلك بتحويل ثمن البضائع والخدمات من حساب العميل (حامل البطاقة) إلى حساب التاجر البائع، بطريقتين:

- إحداهما مباشرة وتتم بقيام العميل (المشتري) بتسليم بطاقته إلى محاسب المحل (التاجر) ويمررها على جهاز، للتأكد من وجود رصيد كاف لهذا العميل في البنك الخاص به، وذلك لتسديد قيمة مشتريات العميل. وبعد ذلك يتم التحويل المباشر من حساب العميل إلى حساب التاجر، عن طريق عمليات حسابية في بنك كل منهما.

- وثانيهما غير مباشرة وبمقتضاها يقوم العميل (المشتري) بتقديم بطاقته إلى التاجر الذي يدون بياناتها مفصلة، ويوقع المشتري على فاتورة من عدة نسخ، ترسل نسخة منها إلى بنك المشتري أو الجهة المصدرة للبطاقة، لسداد قيمة المشتريات[1474].

وتجدر الإشارة، إلى أن كلا من بطاقة السحب الآلي وبطاقة الشيكات وكذا بطاقة الوفاء، ليست بطائق ائتمانية، إنما فقط تحمل تعهدا من البنك أو الجهة مصدرة البطاقة بتسوية ما بذمة صاحب البطاقة من دين، ولا تنطوي على أي تعهد من البنك بتقديم تسهيلات ائتمانية[1475].

- بطاقة الائتمان أو الاعتماد الإلكتروني: هي تلك التي تصدرها المصارف لعملائها في حدود مبالغ معينة، بموجبها يمنح البنك لعملائه تسهيلات ائتمانية، حيث يقوم صاحب البطاقة بشراء السلع أو الخدمات عن طريق استخدامها، كأداة ضمان.

[1474] عبد الفتاح بيومي حجازي، م.س.ص. 115، وانظر أيضا إلياس ناصيف، م.س.ص. 172.

[1475] فياض ملفي القضاة، م.س.ص. 4 و5.

ويتولى البنك دفع قيمتها ومطالبة العميل بسداد ما دفعه البنك عنه، مع أداء رسوم عن هذه الخدمات، بالإضافة إلى فوائد تسري خلال أجل متفق عليه عند التأخر في السداد[1476].

وعموما لا تمنح البنوك هذا النوع من البطائق، إلا بعد تأكدها من ملاءة العميل أو بعد الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية، حتى لا يواجه البنك مخاطر كبيرة في حالة عدم السداد. ومن هذه البطاقات: بطاقة الفيزا والماستر كارد الشائعتان في الاستعمال، كوسيلتين للوفاء والدفع إلكترونيا[1477].

ونرى أن لهذه البطائق مستقبلا كبيرا في مجال إبرام المعاملات المالية بطريقة إلكترونية، كنقود بلاستيكية يسهل تداولها، وذلك راجع إلى التطور التقني وزيادة المعاملات التجارية الإلكترونية.

من هنا، جاء اهتمام تشريعات المعاملات والتجارة الإلكترونية بما يسمى بالتوقيع الإلكتروني، إذ يعد استعمال هذه البطائق بمثابة توقيع فعلي على المعاملة، وكل ذلك تماشيا مع منطق السرعة والتطور.

لذلك فإن مستقبل هذه النقود غير المنظورة، ينبيء بتطور كبير، خاصة مع التوسع في استعمال شبكة الانترنيت أو الشبكات المحلية. مما دفع بالعديد من التشريعات المقارنة، إلى وضع نظام قانوني لهذه البطاقات وحمايتها مدنيا وجنائيا، كما في فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية[1478].

فعند قيام المستخدم بالشراء من بائع يتعامل بالعملات الالكترونية، يقوم المشتري باختيار السلعة المطلوبة ومعرفة أسعارها، ثم يقوم بإصدار أمر عن طريق الحاسوب بدفع قيمة مشترياته باستخدام العملات الالكترونية المسجلة على الحساب الخاص.

ويتم نقل العملات من خلال البنك المصدر الذي يقوم بالتأكد من صلاحية العملات وعدم تزييفها أو نسخها ويقوم بتحميلها على الحاسب الخاص بالبائع. ويظهر لدى البائع زيادة في القيمة النقدية بالمبلغ الذي تمت إضافته، مقابل شراء الأصناف المحددة في طلب شراء المشتري[1479].

وأمام هذا التطور التكنولوجي الهام في وسائل الأداء الالكترونية، عملت بعض الدول على إصدار عملات إلكترونية، كما في تونس التي أصدرت الدينار الالكتروني، ولعل المغرب يتخذ نفس المسار من خلال إصدار الدرهم الإلكتروني.

هذا التطور التكنولوجي نفسه، هو الذي أدى إلى ظهور وسائل إلكترونية جديدة في الأداء. وهذا ما سنتطرق إليه من خلال **المطلب الثاني**.

[1476] محمد حسن رفاعي العطار، م.س.ص. 114. نسرين عبد الحميد، م.س.ص. عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 79 و80.

[1477] بطاقة الفيزا على ثلاثة انواع نذكر منها: بطاقة الفيزا إلكترون: بطاقة تستخدم في أجهزة الصرف الآلي الدولية، للصرف الفوري للعملات التي يحتاجها العميل. بطاقة الفيزا الفضية: وهي بطاقة ائتمانية تمكن صاحبها من الحصول على ما يحتاج إليه من السلع والخدمات، إلا أن حدود ائتمانها منخفضة نسبيا. أما بطاقة الفيزا الذهبية، فهي ذات ائتمان عال وتمنح صاحبها كافة الخدمات التي تمنحها منظمة الفيزا إلى جانب مزايا أخرى، كإمكانية الحجز في مكاتب السفر والفنادق ... . ولمزيد من التفاصيل بخصوص أنواع ومزايا هذه البطاقات، يمكن الرجوع إلى المرجع التالي: نجوى أوهيبة، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، 2002، ص. 48 وما بعدها.

[1478] عبد الفتاح بيومي حجازي، م.س.ص. 115 و116.

[1479] صليحة حاجي، الوفاء الرقمي، أطروحة سابقة، ص. 85 و86.

المطلب الثاني
الوسائط الإلكترونية الجديدة في الأداء بطرق إلكترونية:

مع التطورات التكنولوجية الحديثة، أصبحت البنوك تقدم لعملائها، العديد من الخدمات المصرفية بطريقة إلكترونية أينما وجدوا. حيث لم تعد وسائل الأداء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، والتي يختار فيها عاقدوها استعمال طرق وفاء إلكترونية، منحصرة فيما سبق لنا أن تطرقنا إليه آنفا، بل تعدتها إلى وسائل أخرى أكثر تقنية، نعرض لها كما يلي:

الفقرة الأولى: الدفع عبر الهاتف المحمول أو الهاتف المصرفي

ظهرت هذه الطريقة في الأداء، بعد التطور الكبير الذي شهدته تكنولوجيا الهواتف النقالة، خاصة مع تطور الخدمات المصرفية الإلكترونية، ويعمل الهاتف المصرفي بشكل مستمر ودون توقف. ويكفي أن يقوم المشتري - العميل- لدى أحد البنوك الموفرة لهذا النوع من الخدمات، بإجراء اتصال بمصرفه من أجل تحويل المبلغ المطلوب من حسابه لسداد قيمة السلعة أو الخدمة المشتراة من البائع، وعندئذ يقوم البنك بإتمام إجراءات المعاملة، بعد التأكد من هوية العميل مجري العملية.

وقد يتم الدفع أيضا عبر الهاتف المحمول، لكن من خلال رسالة نصية قصيرة "SMS" من الهاتف المحمول للمشتري إلى مصرفه، يطلب منه تحويل المبلغ المطلوب. ويقوم البنك بالدفع، بعد التأكد من هوية العميل عن طريق التعرف على الرقم الخاص بهاتفه المستعمل في إجراء الطلب، وكذلك بعد إدخاله لرقمه السري الخاص به، والمعطى إليه من قبل مصرفه. وتعد هذه الطريقة سهلة وبسيطة وسريعة في نفس الوقت، ومتوفرة لجميع حاملي الهواتف المحمولة، المشتركين في هذه الخدمة لدى مصارفهم.

وهناك طريقة أخرى يستعمل فيها الهاتف المحمول، من خلالها يستخدم المشتري هاتفه المحمول كوسيلة للدخول إلى شبكة الإنترنيت وإجراء المعاملة بأكملها من خلاله. وهذه الطريقة متوفرة للهواتف المحمولة التي تدعم خدمة "WAP" [1480]، أي تلك التي تتوفر على خدمة تحويل بروتوكول الدخول على شبكة الانترنيت عن طريق الحاسوب، إلى بروتوكول الدخول إليها باستخدام الأجهزة اللاسلكية [1481].

وبذلك يختفي المفهوم التقليدي للبنك، ليصبح عبارة عن عنوان إلكتروني على شبكة الانترنيت، أو رقما مخزنا في ذاكرة الهاتف؛ ومن ثم يطلق عليه البنك المحمول [1482].

[1480] Wirless Application Protocol.

[1481] إلياس ناصيف، م.س.ص. 177 وما بعدها.

[1482] محمد حسين منصور، م.س.ص. 120.

الفقرة الثانية: المقاصة الإلكترونية المصرفية والإنترنيت المصرفي

لقد حل هذا النظام مكان أوامر الدفع المصرفية، كما ظهر نظام التسوية الإجمالية بالوقت الحقيقي الذي تمت فيه خدمات مقاصة الدفع الإلكترونية للتسوية الإلكترونية في المدفوعات بين المصارف، وذلك ضمن نظام المدفوعات الإلكترونية للمقاصة. وهو نظام إلكتروني للمقاصة، ينطوي على عنصر اليقين، حيث تتم المدفوعات في نفس الوقت واليوم، بدون إلغاء أو تأخير وبنفس قيمة اليوم[1483].

كما أدى انتشار استخدام الإنترنيت، إلى تمديد التعامل به بين المصارف وعملائها، حيث يمكن لهؤلاء التعامل مباشرة مع مصارفهم، من خلال شبكة الانترنيت وإجراء كافة العمليات المصرفية بطريقة إلكترونية[1484].

الفقرة الثالثة: المحفظة الإلكترونية

وهي إحدى الوسائل المستخدمة في الوفاء وسداد المبالغ القليلة القيمة. وهي عبارة عن تطبيق إلكتروني يقوم على أساس ترتيب وتنظيم آلية جميع الحركات المالية. وتحتوي هذه المحفظة على جميع البيانات الخاصة بالمستخدم ولكن بصيغة مشفرة، يتم تثبيتها على الحاسوب الشخصي، أو أي أداة يمكن عن طريقها حفظ تلك البيانات واستخدامها للدفع عن طريق شبكة الإنترنيت في جميع حالات الشراء[1485].

الفقرة الرابعة: بطاقة الإنترنيت

هي بطاقة خاصة يمنحها البنك لعملائه الذين يرغبون بالتسوق عبر الإنترنيت. إلا أن هذا النوع من البطائق محدد بمبلغ صغير نسبيا، بهدف التقليل من المخاطر التي قد يتحملها مستخدم النقود البلاستيكية، إذا ما تم التعرف على رقمها واستخدامها من دون إذن صاحبها[1486].

وقد تم تطوير هذا النوع من الخدمات المصرفية الإلكترونية، خصيصا للعملاء الراغبين في التعامل ببطاقاتهم الائتمانية أو بحساباتهم الخاصة أو بالحسابات الخاصة بمؤسساتهم، خوفا من الإطلاع على بياناتهم الخاصة. ومن المواقع التي تقدم هذه الخدمة، موقع يعرف باسم «E-Count».

الفقرة الخامسة: السندات الإلكترونية

هي تلك الأوراق التي يتم التعامل بها في النطاق الإلكتروني ويسهل التعامل بها كوسيلة للإيفاء في مختلف المعاملات الإلكترونية المالية. وقد حلت هذه الأوراق محل الأوراق التجارية العادية في المعاملات الإلكترونية بين التجار عبر الإنترنيت، ويطبق عليها نفس القواعد القانونية الخاصة بالأوراق التجارية العادية[1487].

[1483] محمد حسين رفاعي، م.س.ص. 147.

[1484] لمزيد من الاطلاع بخصوص العمليات المصرفية الإلكترونية، يمكن الرجوع إلى: منير الجنبيهي-ممدوح الجنبيهي، البنوك الالكترونية، م.س.ص. 35 وما بعدها.

[1485] هادي مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 386 و 369. انظر أيضا، عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 97 - 102.

[1486] إلياس ناصيف، م.س.ص. 173.

[1487] المرجع السابق، ص. 168.

ويعتبر استخدامها أفضل بكثير من استخدام الأوراق التجارية التقليدية، لأنها تقلل من التكلفة الباهظة لعمليات الصرف التي تتم على هذه الأوراق. وإذا كانت السندات القابلة للتداول عموما، تصلح من حيث المبدأ كأدوات للوفاء بالالتزامات حسب القواعد العامة، فإن الأوراق التجارية تكاد تنفرد من بينها بوصفها أدوات وفاء كبديل عن الوفاء النقدي للمقابل، باعتبارها تمثل حقا أو دينا نقديا محدد القيمة ومستحق الأداء في تاريخ معين[1488].

وما يلفت النظر، أن معظم التشريعات العربية المنظمة للتجارة والمعاملات الإلكترونية، لم تتطرق لأحكام هذه السندات، باستثناء قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بموجب المواد من 19 إلى 24، تحت عنوان: "السند الإلكتروني القابل للتحويل".

وتعد معالجة التشريع الأردني للمسألة، محاولة في اتجاه تنظيم السندات الإلكترونية القابلة للتداول، بالرغم من عدم الدقة في الصياغة. كما لا تشكل هذه النصوص أحكاما ذات طابع شمول، تصلح لأن تبنى عليها نظرية عامة للسندات. ولعل السبب وراء ذلك، هو حداثة هذا النوع من السندات، وعدم بلورة قواعد مستقرة في التعامل بها[1489].

الفقرة السادسة: النقود الإلكترونية:

يطلق عليها أيضا، النقود الرقمية. وهي إحدى وسائل الأداء الحديثة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وإحدى الإبتكارات التي أفرزتها التكنولوجيا الحديثة[1490]. وقد تعددت تعريفاتها الفقهية: فقد عرفها البعض من الفقه بأنها عبارة عن قيمة نقدية بعملة محددة، تصدر في صورة بيانات إلكترونية مخزنة على بطاقة ذكية أو قرص صلب، بحيث يستطيع صاحبها نقل ملكيتها إلى من يشاء دون تدخل شخص ثالث[1491].

وعرفها بعض آخر من الفقه، بأنها المال الافتراضي أو الدفع الرقمي «Digital cash»، وهو عبارة عن قيمة مفترضة ناتجة عن تسجيل القيمة الحقيقية لنقود حقيقية لدى مؤسسة، وتستخدم في الأداء المالي للمقابل، بعد تسجيلها وتخزينها على وسائط إلكترونية في حيازة الدافع[1492].

بينما عرفها البعض الآخر من الفقه، بأنها سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها، ويحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات كهرومغناطيسية على بطاقة ذكية أو على قرص صلب، ويستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم إلكترونيا[1493].

[1488] سميحة القليوبي، الموجز في القانون التجاري: الأوراق التجارية، عمليات البنوك، العقود التجارية، دار النهضة العربية، 1978، ص. 6.

[1489] للمزيد من الاطلاع على أهم الأحكام التي جاء بها قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، انظر مسلم يونس البشكاني، م.س.ص. 369 وما بعدها.

[1490] بدأ استخدام النقود الإلكترونية لأول مرة في الولايات المتحدة الأمريكية سنة 1972، عندما تأسست أول دار للمقاصة الآلية والتي تولت عملية إمداد خزانة الولايات المتحدة وأيضا البنوك التجارية ببديل إلكتروني لإصدار الشيكات. ولمزيد من التفاصيل أنظر: عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 91.

[1491] نسرين عبد الحميد نبيه، م.س،ص. 11.

[1492] طوني ميشال عيسى، م.س.ص. 304؛ انظر أيضا محمد حسين منصور، م.س.ص. 130.

[1493] فاروق محمد الأباصيري، م.س.ص. 15.

فمن خلال مختلف هذه التعاريف للنقود الإلكترونية، يتضح لنا أنه لا يمكن أن تستخدم إلا بوجود جهاز حاسوب مرتبط عبر شبكة إلكترونية، خاصة أو عامة[1494].

وتمتاز النقود الإلكترونية - كنمط جديد من أنماط النقود وخلافا للنقود القانونية - بكونها عبارة عن بيانات مشفرة يتم وضعها على وسائل إلكترونية في شكل بطاقات بلاستيكية، كما تتميز بكونها نقودا ثنائية الأبعاد.

ونقصد بذلك أن نقلها من المشتري إلى البائع يتم دونما وجود لطرف ثالث، إذ تصلح لإبراء الذمة ودفع أثمان السلع والخدمات، دون حاجة إلى قيام البائع بالتأكد من حقيقة هذه النقود أو مدى كفاية الحساب البنكي للمشتري، كما في وسائل الدفع الإلكترونية الأخرى.

ومن مميزات النقود الإلكترونية أيضا، أنها ليست متجانسة، بمعنى أنها قد تختلف من حيث القيمة، كما قد تختلف بحسب عدد السلع والخدمات التي يمكن أن يشتريها الشخص بواسطة هذه النقود[1495]. كما تتمتع النقود الإلكترونية بدرجة أمان عالية، من خلال استخدام وسائل حماية عامة وخاصة، لأجل تأمين المعاملات والتحقق منها[1496].

ويسهل حمل وتداول هذه النقود، دونما حاجة إلى الرجوع إلى البنك. لهذا، فهي أكثر عملية من النقود العادية، لمقدرتها على التنقل والمرور عبر الحدود بسرعة وشفافية عبر الانترنيت، لأنها لا تعود لدولة محددة، وإنما يتم استخدام العملة بحسب الدولة التي يتم الوفاء بها، مع الأخذ بعين الاعتبار السعر المقرر له من طرف البنك المركزي باعتباره أداة وفاء وائتمان يصلح لتقدير مختلف الأشياء والحقوق، في ظل قانون العرض والطلب، ولا يحق لأي كان أن يمتنع عن التعامل به[1497].

بذلك نستخلص أن النقود الإلكترونية، نوع جديد من العملة وبديل إلكتروني للنقود. تقبل التخزين والتداول، مع عدم قابليتها للتزييف أو التزوير، إذ أنها ليست نقودا ذات طبيعة مادية كباقي العملات الورقية أو المعدنية، وإنما هي عبارة عن أرقام يتم نقلها من الحاسوب الخاص بالمصرف إلى الحاسوب الخاص بالمشتري، ومنه إلى الحاسوب الخاص بالبائع عن طريق القرص الصلب المثبت على جهاز الحاسوب[1498].

ويتم تداول النقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنيت في المعاملات الإلكترونية، بأن يقوم المشتري باقتناء النقد الإلكتروني وبأي كمية، من خلال التعامل مع أحد البنوك المصدرة لها والتي تعمل على شبكة الانترنيت.

[1494] للمزيد من الاطلاع حول نشأة وتطور النقود الإلكترونية، انظر نسرين عبد الحميد نبيه، م.س.ص. 27 وما بعدها. ولمعرفة كيف يعمل النقد الالكتروني: عصام عبد الفتاح مطر، م.س.ص. 93 - 97.

[1495] نسرين عبد الحميد نبيه، م.س.ص. 83.

[1496] محمد فواز المطالقة، م.س.ص. 87.

[1497] صليحة حاجي، الوفاء الرقمي، أطروحة سابقة، ص. 94.

[1498] إلياس ناصيف، م.س.ص. 164. ولمزيد من الاطلاع حول الطبيعة القانونية للنقود الإلكترونية، انظر نسرين عبد الحميد نبيه، م.س.ص. 24 وما بعدها.

وإذا ما أراد المشتري استخدام وحدات النقد الإلكتروني التي حصل عليها، لابد أن يتوفر على برنامج خاص بإدارة ذلك النقد. والحصول عليه مجانا من إحدى الشركات العاملة في هذا النشاط، ومنها شركة "Cyber Cach" [1499].

ويمكن التمييز في النقود الإلكترونية بين صورتين:

الصورة الأولى: وهي النقود المجهولة المصدر، وفيها يستطيع العميل أن يشتري أي سلعة أو خدمة عبر شبكة الإنترنيت، عن طريق إصدار أمر إلى الحاسوب الخاص به، وذلك من دون أن يعلم البائع أو البنك شخصية العميل.

وبمجرد إصدار الأمر إلى الحاسوب بدفع ثمن المشتريات بالنقود الإلكترونية إلى البائع، يتم نقل العملات الإلكترونية، من خلال المصرف المصدر لها، ويقوم بتحميلها إلى الحاسوب الخاص بالبائع. ويستطيع هذا الأخير، بعد ذلك، أن يحول النقود الإلكترونية التي أضيفت لحسابه، إلى نقود حقيقية.

أما الصورة الثانية: وهي النقود الرقمية الضئيلة القيمة، وهي عبارة عن نقود إلكترونية، لكن قيمتها ضئيلة - كالسنتيم بالنقد المغربي - وتستخدم في شراء السلع والخدمات وعموما في المعاملات الإلكترونية المحدودة القيمة على شبكة الإنترنيت، مثل: شراء الألعاب أو القطع الموسيقية... [1500].

ورغم المزايا العديدة التي تمتاز بها النقود الإلكترونية، مقارنة وبقية وسائل الأداء الإلكترونية الأخرى، فإنها تواجه بمشاكل كثيرة، نذكر منها: تعرض القرص الصلب للعطل أو للتدمير عن طريق فيروسات الحاسوب، مما من شأنه أن يؤدي إلى فقدان ما عليه من مبالغ نقدية إلكترونية. إضافة إلى مشكلة عدم الأمان المعلوماتي، ناهيك عن الإشكالات القانونية التي تطرح في حالة التحويل الخارجي للعملاء للنقد الإلكتروني والتي قد تختلف ضوابطها من دولة إلى أخرى.

بذلك، يستلزم أن تحظى النقود الإلكترونية وغيرها من وسائل الدفع الإلكتروني من قبل مشرعي الدول، أو حتى الهيئات الدولية ذات الصلة بالموضوع، بالكثير من الاهتمام وبتنظيم قانوني محكم، تشترك كل الدول في وضع أسسه [1501].

ولعل من أهم المشكلات التي تواجه تفعيل الدفع بطريقة إلكترونية، إلى جانب ما ذكر: العامل النفسي للمستخدمين والمتعاملين، الذين يتخوفون من الأداء من خلال شبكة الانترنيت، اللهم إذا كانت هناك صفقات ضئيلة القيمة. ولعل أفضل علاج ناجح لهذه المشكلة النفسية، يتمثل في إيجاد وسائل فنية وتشريعية تكفل موثوقية هذه المعاملات، وتكفل أيضا معرفة كل طرف للآخر، وحماية بعض الخصوصيات التي يحرص عليها كل شخص.

[1499] عمر خالد زريقات، م.س.ص. 312 و313؛ وانظر أيضا، محمد حسن رفاعي العطار، م.س.ص. 150 و151.

[1500] إلياس ناصيف، م.س.ص. 164 و165.

[1501] لمزيد من الاطلاع يمكن الرجوع إلى: مصطفى كمال طه-وائل أنور بندق، م.س.ص. 337 وما بعدها.

وفي غياب ذلك، يمكن اللجوء إلى تقنيات حمائية، للحد على الأقل من المخاطر التي قد تطرأ عند استعمال النقود الإلكترونية. ونعني بذلك، استعمال تقنية التشفير "Encryptation"، أي كتابتها برموز سرية مشفرة يصعب فهمها على من يتوفر على مفتاح الشفرة المستخدمة. كما هناك أيضا، تقنية كلمة السر "Mot de passe" أو رقم رمزي أو كودي، بحيث لا يستطيع أحد التعامل مع نظام الحاسوب، إلا باستخدام الكلمة السرية التي اختارها العميل.

وعموما يمكننا القول، بأن استعمال وسائل الدفع الإلكترونية في المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية، لا يزال حديث النشأة. وأكيد أن الواقع العملي سيفضي إلى قواعد وتدابير قانونية بشأنها، خاصة وأن غالبية من يجرون معاملات إلكترونية، يفضلون الأداء المباشر أو من خلال البطائق البلاستيكية.

ورغم ما لوسائل الأداء الإلكترونية من أهمية، فقد يقع أن يعترض البائع أو المشتري عن الأداء بوسيلة من الوسائل الإلكترونية التي سبق لنا التعرض إليها بالتحليل، إذ لا يجب أن ننسى المخاطر الجمة، التي تنطوي عليها البيئة الإلكترونية، إلى جانب احتمال حدوث أخطاء وهفوات كثيرة، أثناء عملية الأداء المالي.

وهذا يدفع بالكثيرين إلى عدم الثقة بشكل تام في هذه الوسائل الإلكترونية للأداء، خاصة في غياب نصوص قانونية تنظم هذه الوسائل الحديثة في الأداء. مما يعطي الحق لأحد طرفي العقد المبرم بطريقة إلكترونية، في الاعتراض على الأداء بطريقة إلكترونية، رغم أن المعاملة برمتها قد تمت بطريقة إلكترونية.

ونشير في هذا الصدد، إلى تشريع المعاملات الإلكترونية الأردني باعتباره التشريع العربي الوحيد الذي تطرق إلى مسألة الاعتراض على تنفيذ التحويل أو النقل الإلكتروني للأموال[1502]، بأن أفرد له أحكاما خاصة.

وقد أورد التشريع السالف ذكره، من ضمن أحكامه: ما يتعلق بالاعتراض على تنفيذ هذا التحويل، متى كان ذلك ناشئا عن "قيود غير مشروعة"[1503] في حسابه، وذلك بموجب المادتين 27 و28 منه، بعد ما ألزمت الفقرة (ب) من المادة 26 من القانون السالف ذكره، كل مؤسسة مالية تمارس أعمال التحويل الإلكتروني ب "اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للعملاء والحفاظ على السرية المصرفية".

كما نصت المادة 28 على أنه "على الرغم مما ورد في المادة 27 من هذا القانون، يعد العميل مسؤولا عن أي استعمال غير مشروع لحسابه، بواسطة تحويل إلكتروني، إذا ثبت أن إهماله قد ساهم في ذلك بصورة رئيسة وأن المؤسسة قد قامت بواجبها للحيلولة دون أي استعمال غير مشروع لذلك الحساب".

[1502] عبد الفتاح بيومي حجازي، جريمة غسل الأموال، م.س.ص. 80 - 87.

[1503] عرفت الفقرة الأخيرة من المادة 2 من تشريع المعاملات الإلكترونية الأردني "القيد غير المشروع" بأنه "أي قيد مالي على حساب العميل نتيجة رسالة إلكترونية أرسلت باسمه دون علمه أو موافقته أو دون تفويض منه".

بذلك نستخلص أن تشريع المعاملات الأردني، قد فرض التزاما على المؤسسات المالية التي تتولى عملية التحويل الإلكتروني للأموال، وهو اتخاذ الإجراءات الكفيلة بتقديم خدمات مأمونة للعملاء، والمحافظة على السرية المصرفية؛ مما يعني بذل عناية معقولة من جانب المؤسسة المالية، لتحقيق الغاية المشار إليها.

فمدى اتخاذ المؤسسة المالية لهذه الإجراءات مسألة موضوعية، يدخل في السلطة التقديرية للقضاء في حالة قيام نزاع بهذا الخصوص، وعلى المؤسسة الالتزام بالحفاظ على أسرار عملائها وبياناتهم الخاصة، ويبدو أنه التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية فحسب. إذ أن فشل المؤسسة في ذلك، يؤدي إلى قيام مسؤوليتها العقدية أو حتى التقصيرية، في حالة حدوث غش أو خطإ جسيم، وقد يؤدي ذلك قيام مسؤوليتها الجنائية أيضا.

من خلال ما سبق لنا شرحه، يتبين لنا أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية وإن كان عقدا يتميز عن العقود العادية فقط من حيث الوسيلة التي ينعقد بها، فإن هذه الأخيرة هي نفسها ما تجعله متميزا عن غيره من العقود في العديد من المقتضيات الخاصة سواء بالتزامات البائع المهني بطريقة إلكترونية أو على المتعاقد معه، سواء كان مهنيا أيضا أو مستهلكا بطريقة إلكترونية.

وتزداد العقود المبرمة بطريقة إلكترونية تميزا بالوسيلة المستعملة حين الوفاء بمحل العقد، حيث تزايد الدفع بواسطة إلكترونية بشكل كبير، حتى في المعاملات التجارية العادية.

ومع كل ما قلناه، لا بد أن تحظى وسائل الأداء الإلكترونية بالتنظيم القانوني المحكم نظرا لتخوف الكثيرين التعامل بها من جهة، ولأنها سلسلة ضمن آليات أخر من أجل تشجيع المبادلات والمعاملات بطريقة إلكترونية. ولعل عدم وجود نصوص قانونية تنظم التعامل الإلكتروني بالوسائط الإلكترونية السابق التطرق إليها، هي ما دفعت بالعديد من المواقع الإلكترونية المغربية المتواجدة على الإنترنيت، تفضل الوفاء المباشر بعد تسليم البضاعة.

خلاصة القسم الثاني:

لقد تطرقت من خلال القسم الثاني من أطروحتي، لبحث مختلف الإشكالات القانونية الخاصة بمرحلة إنعقاد العقد بطريقة إلكترونية. وهكذا، تطرقت إلى العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية كأولى مراحل التعبير عن الإرادة وأبرزت مختلف صورهما، كما لم أغفل التطرق إلى مختلف البيانات التي ألزم المشرع توافرها فيهما ليحضيا بالقيمة القانونية.

وبحثت أيضا في مختلف الإشكاليات القانونية الخاصة بكل من العرض والإيجاب، مع التطرق إلى الآثار القانونية الناتجة عن التعبير بطريقة إلكترونية عن العرض أو الإيجاب، سواء تم ذلك بصفة تفاعلية بين الطرفين أو من خلال الموقع الإلكتروني للعارض أو من خلال البريد الإلكتروني. ولم أقف عند هذا الحد، بل بحثت في مدى القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب وحالات سقوطهما وإلغائهما، مع ما يستتبعه ذلك من آثار قانونية.

على أن التعبير عن العرض بطريقة إلكترونية، إما أن يقابله قبول مطابق؛ فينعقد العقد. وإما يكون بداية مرحلة أخرى في حياة العقد، ألا وهي مرحلة المفاوضات الإلكترونية. ومن خلال هذه المرحلة بحثت في أهمية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وكذا في آلياتها وعناصرها.

ونظرا لما للمفاوضات الإلكترونية من دور مهم في تحديد متضمنات العقد المبرم بطريقة إلكترونية، كان لزاما علي البحث المستفيض في مختلف الالتزامات التي يتحمل بها الطرفان المتفاوضان إلكترونيا، مع إبراز مختلف العقود والإتفاقات التي قد تنشأ خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني ومدى قيمتها القانونية فيما بين الأطراف المتعاقدة.

ولم أغفل البحث في مسألة تحديد المسؤولية والجزاء المترتبين خلال مرحلة التفاوض الإلكتروني، من خلال التطرق إلى الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن الخطأ قبل التعاقدي، بعرض مختلف النظريات الفقهية التي قيلت بهذا الخصوص، وتكييفها لأخرج بموقفي الخاص من مسألة تحديد المسؤولية: العقدية والتقصيرية خلال مرحلة التفاوض حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

وككل عقد، يتطلب العقد المبرم بطريقة إلكترونية لانعقاده، إيجاب وقبول يطابق هذا الإيجاب. وقد بحثت في القبول المعبر عنه بطرق إلكترونية، من وجهت نظر تشريعية وفقهية، مع الوقوف على مدى اتسام القبول بصبغة الإذعان، من خلال عرض مختلف المواقف الفقهية والتشريعية من المسألة.

كما بحثت في مختلف حالات القبول الخاصة منها والتي تميز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن غيره من العقود الأخرى المبرمة بالطرق العادية، من خلال التطرق للإشكاليات التي تطرحها الأهلية التي قد يفقدها أحد الطرفين المتعاقدين إلكترونيا، أو من خلال حالة القاصر، أو حالة القبول الصادر من برنامج مؤتمت، ناهيك عن مسألة السكوت عن الرد بالقبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية ومدى اعتباره قبولا من خلال المواقف التشريعية والفقهية.

وبعد صدور قبول مطابق للعرض أو الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية، تبدأ مرحلة جديدة من حياة العقد، ألا وهي مسألة تأكيد هذا القبول من طرف من صدر عنه العرض، ليكون بذلك طريقا من خلاله بحثت في مسألة مجلس العقد وأطلقت عليه: "المجلس المؤتمت" تمييزا له عن مجلس العقد المبرم بالطرق العادية.

وهكذا، بحثت في مختلف الأحكام القانونية الخاصة بمسألتي زمان ومكان إبرام العقد بطريقة إلكترونية، من خلال التعرض لمختلف الإشكاليات القانونية التي تطرح ومنها مسألة تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع أو مسألة القانون الواجب التطبيق عليه، دون أن أسهب في الأمر.

بحثت أيضا في الآثار القانونية الناتجة عن إبرام العقد بطريقة إلكترونية، وركزت فيها حول مسألة الالتزامات الواقعة على الطرفين المتعاقدين إلكترونيا: البائع المهني والمشتري (المستهلك)، مع إبراز أهم المقتضيات القانونية الخاصة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية، ودونما تعمق بما يتشابه في تطبيقه من أحكام في العقود المبرمة بالطرق العادية؛

كما بحثت في مدى ضمان التعرض والاستحقاق وكذا العيب في الشيء محل العقد وأيضا حالات المسؤولية المترتبة عن عدم تسليم الشيء محل العقد والجزاء عن ذلك. مثلما تطرقت للالتزامات الواقعة على عاتق المشتري (المستهلك) بطريقة إلكترونية، من خلال إبراز أهم الأحكام الخاصة بتسلمه للشيء المتعاقد عليه والجزاء الذي يترتب عليه إذا رفض أو أهمل تسلمه.

وعلى اعتبار أن من أهم التزامات المشتري بطريقة إلكترونية وفاؤه بمحل العقد، بينت مختلف طرق الأداء بطريقة إلكترونية، سواء من خلال الوسائط الإلكترونية المصرفية أو الوسائط الإلكترونية الجديدة في الأداء، وأخص بالذكر: النقود الإلكترونية، وبطاقة الإنترنيت، والمحفظة الإلكترونية، والسندات الإلكترونية.

وهكذا من خلال ما تقدم، نستخلص أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية عقد متميز من حيث الوسيلة المستخدمة في إبرامه، وبالرغم من النصوص الخاصة التي تنظمه، يبقى خاضعا للنصوص القانونية العامة والتي اتضح لنا بجلاء قصورها مما يتطلب ضرورة إعادة النظر فيها لتأخذ بعين الإعتبار هذا النوع الجديد من العقود.

خاتمة

لقد تناولت من خلال دراستي لموضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وهو من المواضيع التي فرضت وستفرض نفسها بشكل كبير خلال السنوات المقبلة على دائرة النقاش القانوني، خاصة في ظل التطور التكنولوجي المتسارع، مختلف الإشكالات القانونية المرتبطة بالأساس بخصوصية هذا العقد، والمتمثلة في طريقة انعقاده. وهكذا، فقد تطرقت إلى العديد من الإشكالات القانونية والتي لا محالة ستطرح على دائرة النقاش القضائي أيضا، ليقول كلمة الفصل فيها.

ولن أكرر ما ورد بين دفتي أطروحتي من شرح وتحليل، لكني أفضل أن تكون خاتمة بحثي متضمنة لمجمل النتائج التي توصلت إليها من خلال دراستي لهذا الموضوع، وذلك من خلال نقطتين: أن أعرض لمختلف النتائج المتوصل إليها من خلال بحث موضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية، وفي ذات بالوقت سأطرح بعض المقترحات المرتبطة بذلك، وذلك كما يلي:

- يبدو لي أن مسألة تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية من الأهمية بمكان رغم صعوبة ذلك، فالمقدم على ذلك يدخل في دوامة من المفاهيم والمصطلحات التي تختلف من رأي فقهي لآخر، وكل تعريف يعطي للعقد مفهوما مختلفا وفق توجه كل موقف فقهي. فرغم أن هذا العقد لا يخرج في الواقع من حيث مضمونه وأنواعه وأركانه عن بقية العقود التي تبرم بطريقة عادية، إلا أنه يخضع لنظامين: الأول: وهو المقتضيات القانونية الخاصة بالعقود. أما النظام الثاني: فهو القوانين الخاصة: وأعني بذلك القانون رقم 05-53 والقانون رقم 08-31، ناهيك عن المراسيم التطبيقية المتعلقة بالقانون رقم 05-53.

ومع ذلك، حاولت وضع تعريف للعقد المبرم بطريقة إلكترونية من خلال الوقوف أولا على المصطلح الذي تبناه المشرع المغربي وذلك مقارنة بالمصطلحات التي اعتمدتها التشريعات العربية التي تطرقت لموضوع العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

فالاصطلاح الذي اعتمده المشرع المغربي ينقصه الوضوح والدقة القانونية، وأفضل استعمال بدل العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عبارة "المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية" أو "المعاملات الرقمية"، ليشمل بذلك ليس فقط العقد، بل كل المعاملات الأخرى والتي يمكن أن تعقد بوسائل إلكترونية، هذا من جهة، ولتغطي أيضا جميع أنواع المعاملات التي يمكن أن تظهر مستقبلا والتي لا يمكن ممارستها إلا باستخدام الوسائل الإلكترونية. وفي نفس السياق، أعتبر أن تسمية "التجارة الإلكترونية" غير صحيحة، إذ من المفروض الاصطلاح عليها مسمى: "التجارة عبر الوسائل الإلكترونية" أو "التجارة الرقمية"، لاختلافها عن التجارة العادية في الوسيلة المستخدمة لإنجازها فقط.

واستخلصت أن العقد المبرم إلكترونيا أو في شكل إلكتروني أو المرسل إلكترونيا أو المبرم بطريقة إلكترونية - كيفما كان المصطلح المعتمد- هو عقد يخضع للقواعد والأحكام العامة المنظمة للمعاملات، مع بعض الخصوصيات التي تميزه من حيث الوسيلة الإلكترونية، وتتمثل في الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها.

بذلك العقد المبرم بطريقة إلكترونية نوع خاص من العقود الافتراضية التي تتم ما بين غائبين؛ بمعنى أن هذا العقد، لا يجمع متعاقديه في مجلس عقد واحد لكن يكون بينهما اتصال مباشر، حيث ينشأ هذا النوع من العقود في فترة زمنية ولو كانت قصيرة يتم فيها تبادل الإيجاب والقبول.

وهكذا ومن خلال ما توصلت إليه من نتائج حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية، عرفته بأنه اتفاق يتلاقى فيه إيجاب صادر من طرف أول - محله عرض مطروح بطرق سمعية أو بصرية أو كليهما على شبكة الاتصالات - بقبول صادر من طرف آخر بذات الطرق، من خلال استعمال وسائط إلكترونية للاتصال عن بعد، سواء أكانت مسموعة مرئية عبر جهاز الحاسوب أو عبر جهاز الهاتف المحمول أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى بفضل التفاعل بين الموجب والقابل، من أجل إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات تعاقدية يقصد الطرفان إتمامها.

وهذا التعريف في نظري شامل ويتضمن التعبير عن الإرادة، سواء من خلال استخدام وسائل إلكترونية مباشرة أو من خلال أجهزة تفاعلية مبرمجة خصيصا للتعبير عن الإرادة نيابة عن أحد طرفي العقد. ولا يهم في نظري أن يكون تنفيذ العقد المبرم بطريقة إلكترونية، قد تم كليا أو جزئيا في البيئة الإلكترونية أو وفق الطرق التقليدية.

- أرى أن العقد المبرم بطريقة إلكترونية -سواء كان عن طريق الإنترنيت أو بأي وسيلة إلكترونية أخرى، وسواء بشكل كلي أو جزئي- من العقود المبرمة عن بعد بين غائبين من حيث المكان، حاضرين من حيث الزمان في بعض أنواعه بإحدى وسائل الاتصال الحديثة، حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول من خلال الوسائط الإلكترونية.

- أرى أن المشرع المغربي بموجب القانون رقم 05-54، حصر العقد المبرم بطريقة إلكترونية في إطار ضيق دون أن يضفي على الهاتف والتلكس والفاكس والتي هي وسائل إلكترونية أيضا، نفس الأحكام. مما يعني أن مقصد المشرع المغربي هو العقد المبرم عبر الإنترنيت، وإن كان قد استعمل مصطلحا عاما في الباب الثاني من القسم الرابع من القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، وهو "العقد المبرم عن بعد" وميز في العقود عن بعد تلك التي تبرم بواسطة إلكترونية (فق.1، م. 26).

- تتنوع صور العقد المبرم بطريقة إلكترونية بحسب طريقة التعبير عن الإرادة. فقد يبرم عبر البريد الإلكتروني، أو المتجر الإفتراضي للعارض أو من خلال فيترينة الشركة أو التاجر على الشبكة العنكبوتية، كما قد ينعقد العقد من خلال المزاد الإلكتروني أو من خلال التفاعل المباشر بين الطرفين المتعاقدين. وكما سبق لنا أن حللناه، لكل نوع أحكامه.

وقد يتصف العقد المبرم بطريقة إلكترونية بالصفة المدنية أو التجارية: فقد يكون عقدا تجاريا من جهة المهني العارض لسلعه وخدماته بطرق إلكترونية، ومدنيا من جهة المستهلك، وقد يكون عقدا مدنيا صرفا لأن طرفي العقد ليسا بتاجرين مهنيين محترفين للتجارة.

- من أهم خصائص العقد المبرم بطريقة إلكترونية هو انعقاده عن بعد، إذ يتم التعبير عن الإرادة عبر وسائل إلكترونية ودون حضور الطرفين ماديا فنكون أمام مجلس عقد حكمي، وأفضل تسميته "بمجلس العقد المؤتمت"، تمييزا له عن مجلس العقد الحكمي في العقود العادية.

- من خلال دراستي لخصائص العقد المبرم بطريقة إلكترونية، استوقفتني كثيرا مسألة الإذعان خصوصا أمام تضارب الموافق الفقهية من ذلك. فالمتصفح للإنترنيت يجول في العديد من المواقع قبل أن يستقر به الخيار على شراء سلعة أو الحصول على خدمة من خلال برامج ومواقع المقارنة بين الفيترينات التجارية والمواقع وأيضا عروض المزادات الإلكترونية.

فأما من حيث كونه عقد إذعان، فالمتعاقد معه إما أن يقبل ببنود العقد الأنموذج ويبرم العقد على هذا الأساس، وإما أن يرفضه فلا يبرم العقد. وإذا ما أبرم عقد في هذا الإطار وتضمن بنودا من شأنها الإضرار بالطرف المتعاقد معه، أو كان الموقع محتكرا لسلعة أو خدمة، فإن العقد عندئذ يعد عقد إذعان ويجب تفسير بنوده وفق مصلحة الطرف المذعن باعتباره الطرف الضعيف في الرابطة التعاقدية.

- العقد المبرم بطريقة إلكترونية عقد دولي، ولو أن أطرافه من نفس البلد فإن له جوانب دولية أيضا. لذا، أقترح توحيد القوانين الوطنية استنادا لتنسيق دولي بشأن شبكة الإنترنيت في ضوء مراعاة الطبيعة العالمية للشبكة. فأي عارض مهني يرغب في التعامل عبر الإنترنيت، لن يكفيه مراعاة قوانين بلده فيما يتعلق بممارسة الأعمال التجارية والمعاملات الإلكترونية، بل عليه أن يراعي أيضا تشريعات الدول التي يمكن أن يتعامل مع مواطنيها من خلال شبكة الإنترنيت.

ومن الملاحظات التي أسجلها أيضا، أنه في البيوع الدولية عبر الإنترنيت والتي يكون محلها بضائع مادية يمكن لمصالح الجمارك مراقبتها. لكن، في البيوع الدولية الإلكترونية والتي يكون محلها سلع مادية يمكن توريدها عبر العالم الافتراضي يصعب خضوعها للمراقبة الجمركية، وأقترح وضع نصوص قانونية خاصة بسبل مراقبة مشروعية وقابلية محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية للتعامل فيه.

- يتخذ التعبير إلكترونيا عن الإرادة سواء إيجابا أو قبولا عدة أشكال، وقد أقر المشرع المغربي بموجب القانون رقم 05-53 بجوازية التعبير عن الإرادة بطرق إلكترونية، وإن كانت العديد من التشريعات العربية اقتصرت على تبني القواعد التقليدية لتنظيم العقد المبرم بطريقة إلكترونية.

والملاحظ أن المشرع المغربي، حصر دائرة التعبير الإلكتروني عن الإرادة في استعمال البريد والاستمارة الإلكترونيين، والحال أن قانون الاونسيترال وكل التشريعات التي أخذت عنه أحكام قوانينها وسعت الدائرة لتشمل رسالة البيانات، وإن كانت بعض التشريعات أخذت بالمفهوم الواسع لرسالة البيانات، لتفيد البريد الإلكتروني أيضا. **فحبذا لو أن المشرع المغربي أخذ بالمعنى الأشمل وهو: رسالة البيانات، لتشمل كل البيانات أو المعلومات التي يتم إرسالها وتبادلها عبر الوسائل الإلكترونية، وليتسع لكافة أنواع وأشكال المبادلات الإلكترونية، وليس فقط البريد الإلكتروني.**

- رغم جوازية استعمال الوسائل الالكترونية للتعاقد، فلهذا المبدأ استثناءات سواء في التشريع المغربي أو التشريعات التي انصبت عليها الدراسة. وهكذا يستثنى كل ما يتعلق بالأحوال الشخصية لما لها من ارتباط وثيق بأحكام الشريعة الإسلامية، وبالتالي النظام العام. ومن هذا المنطلق، لا يمكن استعمال الانترنيت لإبرام عقود الزواج لما لها من قدسية ومنزلة خاصة في نفوس الناس. كما استثنيت الضمانات الشخصية والعينية في الميدانين: المدني والتجاري من دائرة التعامل بها بطريقة إلكترونية.

- تتدخل في التعبير عن الإرادة إلكترونيا عدة عناصر هي الحاسوب وبرامجه الإلكترونية، مما جعلت البعض يضفي على الحاسوب الشخصية القانونية واعتبره البعض وكيلا عن المتعاقد. وأفضل أن أطلق عليها "الإرادة الإلكترونية المبرمجة"، إذ أن الآلة لا إرادة لها بل أن الإرادة البشرية ذاتها هي التي تمت برمجتها. وما البرنامج والحاسوب سوى وسائل للإفصاح والإعلان عنها، وليس التعبير عنها. فالحاسوب وبرامجه ما هي إلا أداة لا إرادة لها كما لا تملك الشخصية القانونية. ومرد موقفي هذا، أنه في حالة وقوع خطأ مادي لن نحاسب الآلة ونحملها المسؤولية، لكن تبعة أي خطأ يتحمل به مالكها.

- بالنسبة لاختلاف الإرادتين -المعبر عنهما إلكترونيا- الظاهرة عن الباطنة وفي غياب تنصيص قانوني للمسألة، أرى أن الأجدر ألا ينسب لساكت قول خصوصا وأن المتعاقد المغربي قد يكون جاهلا بمسائل دقيقة حينما يتعامل مع شبكة الإنترنيت أو الحاسوب. فقد تطرح على القضاء مسألة لطالما نظر فيها في العقود العادية، ألا وهي الأمية لكن هذه المرة الأمية في المجال المعلوماتي.

ومن وجهة نظري، يجب الأخذ بالإرادة التي يمكن العلم بها من الطرف القابل بحيث إذا علم أو كان بإمكانه أن يعلم باختلاف إرادة الموجب الظاهرة عن تلك الباطنة فإنه يجب الأخذ بالإرادة الباطنة. أما إذا تبين من ظروف الحال أن الطرف القابل ما كان ليتوصل إلى اختلاف الإرادتين فقبل العرض على سجيته، فالعبرة بالعلم. مما يعني الأخذ بالإرادة الظاهرة، وإن كان الخلل الفني هو من تسبب في تغيير إرادة الموجب. ولهذا لا يكون العقد مبرما - في رأيي - لاختلاف الإرادتين، ولأن المتعاقد (القابل) يعلم بهذا الاختلاف.

عكس الحال إذا ما اتضح أن الخلل بحاسوب أو برنامج البائع، حيث يجب، في نظري، بحث المسألة في إطار الأحكام العامة للمسؤولية عن الأشياء؛ وبالتالي يكون مسؤولا عن الجهاز والبرنامج الذي في حراسته. لكن، إذا ما اتضح أن الخلل التقني مصدره ممون خدمة الانترنيت، تسقط مسؤولية مالك الموقع هنا أيضا، لعدم وجود جهاز "الخادم" ضمن ملكيته، ويتم الرجوع على ممون الخدمة.

- اشترط المشرع المغربي المهنية والطريقة الإلكترونية معا، في كل من يقترح توريد سلع أو تقديم خدمات أو تفويت أصول تجارية أو أحد عناصرها وألزمه أن يضع رهن إشارة العموم، الشروط التعاقدية المطبقة بشكل يمكن من الاحتفاظ بها واستنساخها. وإذا أخذنا النص بمفهوم المخالفة، نجد أنه يتعلق بالتجار فقط، وليس بأشخاص مدنية، وقد كان من الأولى -من وجهة نظري- وضع الأحكام القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية ضمن أحكام مدونة التجارة، أو أن يفرد له نص خاص يجمع بين دفتيه كل ما يتعلق بالمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية.

وتجدر الإشارة، إلى أن المشرع المغربي في القانون 05-53 استعمل اصطلاح "العارض المهني بطريقة إلكترونية"، في حين استعمل اصطلاحا آخر بموجب القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك وهو اصطلاح "تاجر سيبراني"، فبدا لو أن المشرع المغربي وحد المصطلحات.

- أرى أن المشرع المغربي، قد ترك عبارة "الطريقة الإلكترونية" عامة وإن كان عاد ليضيق من الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، بأن حصرها فقط في البريد الإلكتروني، والحال أن الوسائل الإلكترونية في تطور مستمر، والأفضل لو أن المشرع المغربي، لم يحصر النص في البريد الإلكتروني فقط.

- يعتبر استعمال اللغة المفهومة لدى المتعاقدين من الأهمية بمكان، خصوصا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية. ولكيلا تكون اللغة حاجزا أمام المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية وبالرغم من وجود مواقع تستعمل خدمات الترجمة الفورية، فإن الأجدر في نظري، استعمال اللغة الوطنية في التعبير عن الإرادة إلى جانب لغة أخرى يتم اختيارها على غرار بعض التشريعات كالقانون الفرنسي.

- لتلافي النقص بخصوص الخطأ في التعبير عن الإرادة، أقترح إضافة فصل في قانون الالتزامات والعقود، يتم النص بموجبه على حالة الخطأ في التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية، أو حالة الخطأ الحاصل جراء النقر على زر القبول بدون نية إحداثه. وأقترح هنا أيضا، ضرورة مراجعة المشرع المغربي للمقتضيات الخاصة بعيوب الرضا بشكل يتناسب والغلط والتدليس والاستغلال الإلكتروني، وهي أكثر عيوب الرضا انتشارا في المعاملات.

- لم تتطرق التشريعات المدنية ولا القوانين التي نظمت مجال المعاملات بطريقة إلكترونية إلى مسألة الأهلية في العقود التي تبرم بطريقة إلكترونية بشكل مباشر. وبناء عليه، لا بد من الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني التي نظمت أحكام الأهلية.

وأقترح بهذا الخصوص، تعديل أحكام الفصل 3 من ق.ل.ع ليتضمن وسيلة حمائية للمتعاقدين، خاصة في ظل التطورات الإلكترونية الحديثة التي أصبح التعامل من خلالها ضرورة حتمية في بعض الأحيان، وحتى يتم تجنيب المتعامل المغربي إشكاليات تفرض عليه عبء التأكد من أهلية الطرف الأجنبي أو الطرف الآخر المتعاقد معه، ولو كان من جنسية مغربية. فالفصل 3 المذكور أعلاه، لا يوفر الحماية الكافية للأطراف المتعاقدة خاصة إذا كان أحد المتعاقدين أجنبيا.

- محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية يمكن أن يكون سلعا أو خدمات، يتم تداولها عبر الحدود أو داخل إقليم الدولة الواحدة، وقد يتعلق بخدمات مهنية كما يمكن أن يكون حقا من حقوق الملكية الفكرية أو الحقوق الذهنية. بمعنى، كل شيء أو خدمة تدخل بحكم القانون في مجال التعامل. لكن من هذه البضائع أو المنتجات ما يحظر التعامل فيها بموجب الشرع أو القانون.

وأمام عدم وجود رقابة فعالة على المعاملات عبر الإنترنيت تنشط بعض المعاملات المخلة بالنظام العام والأخلاق الحميدة والقانون، أقترح أن ينص المشرع الجنائي على حظر التعامل عبر الإنترنيت في كل ما يمنعه القانون المغربي، وأيضا لا بد من تكاثف جهود الدولية للحد من مثل هذه المعاملات التي أصبحت تهدد خصوصيات الأفراد والكيان الاجتماعي من خلال وضع اتفاقيات دولية تحكم مختلف مجالات العقود المبرمة بالطرق الإلكترونية.

- شكلية الكتابة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لها دور حمائي مهم، خاصة أنه لا يمكن إبطال عقد مبرم بطريقة إلكترونية لعدم توافر الشكلية فيه. وشرط الكتابة في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية يكون متوافرا، ولكن يشترط أن يتوافر في رسالة المعلومات الإلكترونية المنشئة للعقد إمكانية حفظها وتخزينها للرجوع إليها، وأن يكون من الممكن طباعتها. فإذا ما انتفى هذا الشرط، لم يعد للكتابة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية أي قيمة قانونية.

- قد تتضمن العقود المبرمة في شكل إلكتروني صورتان من العرض: أن يكون ما هو صادر عن المهني مجرد اقتراح في صورة عرض وفق الشكليات المتطلبة في القانون لكنه لم يرق بعد إلى درجة الإيجاب، حيث يتوجب على العارض وعلى من تلقى العرض الدخول بادئا في مفاوضات حول العرض وشروطه وكل ما يتعلق بالعقد المراد إبرامه.

كما قد يأتي الاقتراح متضمنا كل المعلومات الضرورية من أجل إبرام عقد، ليتحول الاقتراح هنا من مجرد عرض إلى إيجاب وفق مفهومه القانوني لا ينتظر سوى حصول قبول مطابق له، لينعقد العقد بعد ذلك. **لذا، فضلت استعمال المصطلحين معا لأهمية التمييز بين العرض والإيجاب، وإن كان بعض من الفقه المغربي اصطلح عليه بالإيجاب الإلكتروني.**

- من خلال دراستي لنصوص القانون المغربي المنظم العقد المبرم بطريقة إلكترونية، لاحظت استعمال المشرع في صلب القانون المدني اصطلحا اقتصاديا "العرض"، كمقابل لاصطلاح "الإيجاب" في العقود المبرمة بالطرق العادية. فتبني المشرع المغربي للمصطلح كان -حسب واضعيه- ليشير لمرحلة أولى من عمر العقد: "العرض" الذي يقدمه العارض المهني بطريقة إلكترونية.

وهنا، أثمن الفكرة. لكن، كان من باب أولى أن يحتفظ المشرع المغربي بالاصطلاحات القانونية وفق مفهومها ومبناها، ويكون اصطلاح "الإيجاب المعبر عنه إلكترونيا" كمصطلح قانوني أولى بالاستعمال من مصطلح "العرض".

فالإيجاب وإن كان في العقود المبرمة بالطرق العادية فهو أيضا تتخلله مراحل، فإما أن يطابقه قبول ومن تطابقهما ينعقد العقد، وإما يتحول الإيجاب إلى مجرد دعوة للتعاقد ليتحول الطرفان إلى مرحلة من المفاوضات التعاقدية إلى حين التوصل إلى إيجاب جديد قد يكون مقترحه هو من عرض عليه الإيجاب الأول.

- يعتبر الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية، هو إظهار للإرادة المنفردة من جانب الشخص، تعبر عن رغبته في الدخول في علاقة تعاقدية مع الطرف الموجه إليه الإيجاب. وعليه تقديم عرضه بكل دقة ووضوح، مع تحديد السلعة أو الخدمة المعروضة، وكذا مواصفاتها وأثمنتها وطريقة تسليمها ومصاريف ذلك، وكذا الشروط الجوهرية في التعاقد.

وإذا ما تخلفت هذه المقتضيات اعتبر العرض مجرد دعوة للتفاوض أو التعاقد، ولا ترقى الدعوة إلى مرتبة الإيجاب الإلكتروني، وإن توافرت في هذا العرض كل العناصر الجوهرية، فمن صدر منه العرض لا تتوافر فيه نية الارتباط القانوني. بهذا يمكننا القول، بأن التعبير عن الإرادة هو مجرد دعوة من صاحب العرض بطريقة إلكترونية للتعاقد ولا يمكنا القول بأنه إيجاب بات، إلا إذا ظهر من ظروف الحال أن إرادة المتعاقد ترمي إلى التعاقد الفعلي.

- من خلال دراستي لمختلف مراحل انعقاد العقد في شكله الإلكتروني، ميزت بين مسارين لهذا العقد: فإما أن ينعقد حينما يعبر الطرفان عن إرادتيهما، وإما لا ينعقد وينتهي إلى ما دون نهاية، أو يعمل أحد طرفي العقد على مناقشة بعض مقتضيات العرض المقدم إليه، ليدخل الطرفان المتعاقدان في مرحلة من المفاوضات بطريقة إلكترونية، من خلال التفاعل المباشر أو من خلال رسائل النوايا الإلكترونية وغيرها.

وقد وجدت أن من أخطر مراحل حياة العقد المبرم بطريقة إلكترونية هي مرحلة المفاوضات. والمفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية لا وجود لقواعد قانونية تنظمها، بل فقط رجعت إلى القواعد العامة في الالتزامات لأتلمس لها أحكاما تتماشى وطبيعتها.

وأقترح بالنسبة للعروض على الإنترنيت، أن يتضمن القانون المغربي نصا صريحا بخصوص وجوب تثبيت المفاوضات التي تمت بطريقة إلكترونية في محرر، خوفا من قيام أحد الطرفين بإفشاء أسرار المنتج خاصة إذا كان محل التعاقد يقوم على المعرفة الفنية حيث يقوم باستغلالها لمصلحته بصورة مخالفة. وهكذا أرى من الضرورة بمكان، أن تتم إضافة نصوص قانونية تعالج المرحلة السابقة على التعاقد بطريقة إلكترونية، بصورة واضحة وصريحة من شأنها أن تؤدي إلى استقرار المعاملات وتحقيق الثقة بين المتعاقدين.

- كان المشرع المغربي واضحا حينما استعمل عبارة "صفة مهنية وبطريقة إلكترونية". بمعنى أن غير المهني لا تلزمه أحكام هذا القانون، ويكون الالتزام بذكر هذه البيانات لا ينطبق في حالة العقود المدنية البحتة، كما أوضح المشرع أن كل اقتراح غير متضمن لكافة البيانات المنصوص عليها، فلا يجوز اعتباره عرضا بل يبقى مجرد إشهار ولا يلزم صاحبه.

- يقتضي إبرام العقد بطريقة إلكترونية على اعتباره ينعقد في عالم افتراضي لا حدود له، أن يحدد العارض المهني بطريقة إلكترونية نطاقا مكانيا لعرضه، ومدة زمنية يبقى خلالها العرض قائما والتي بانصرامه ينتهي العرض.

ومن هنا، إذا ما وقع اتفاق فيما بين المتعاقدين، لا بد أن يحددا زمان ومكان إبرام عقدهما. وأقترح في هذا السياق، وضع المشرع المغربي لأحكام خاصة بزمان ومكان إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية، هذا إلى جانب إدخال مقتضيات البيع بطريقة إلكترونية ضمن أحكام البيع لفرض التزامات جديدة على الطرفين المتبايعين إلكترونيا.

- لا ينعقد العقد المبرم بطريقة إلكترونية إلا باتفاق الطرفين على كل متضمنات العقد من مسائل جوهرية أو مسائل تفصيلية ومن ذلك كيفية أداء الثمن، إذ للوفاء بواسطة الأداء الإلكتروني خصوصيته المميزة له عن الأداء بالطرق العادية، على اعتبار أن الأداء يكون بنقود إلكترونية.

وأقترح في هذا المقام، وتشجيعا للمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية، أن تتم صياغة عقد نموذجي إلكتروني يراعي خصوصية القوانين الوطنية ويحترم المتعاقد (المستهلك)، مع وضع شروط عامة على كل أصحاب المتاجر الافتراضية احترامها، كتحديد شخصية التاجر الإلكتروني بدقة ووضوح، هل شخص أم شركة، أرقام هواتفها، وعناوينها القارة.... . مع توضيح كل ما يتعلق بالمنتجات والسلع المعروضة، وكذا العروض المقدمة، وتحديد مدتها بشكل واضح، كما ويجب أن تتم الإشارة هل المنتج خاضع للضريبة على القيمة المضافة أم لا.

- من وجهة نظري، في حالة التعاقد من خلال التفاعل المباشر بين صاحب العرض ومن وجه إليه العرض أو الإيجاب، يجب تطبيق القواعد السابقة المتعلقة بالتعاقد بين حاضرين، بحيث يبقى للعارض حق العدول عن عرضه إذا لم يحدد ميعادا للقبول، ويكون العرض قد سقط بانفضاض مجلس العقد حقيقة أو حكما.

- لم يتطرق المشرع المغربي لمسألة بدأ سريان الأجل الذي حدده العارض على الموقع، ونرى بأن الأصوب أن يلتزم العارض منذ لحظة وضعه العرض على الموقع وطيلة الفترة التي حددها لسريان عرضه، إذ أن العرض عبر موقع الإنترنت عرض للعموم، وبالتالي ليس من المعقول أن يلتزم العارض بعرضه تجاه كل متعاقد حسب وقت إطلاع هذا الأخير على العرض.

- ما لاحظته على النصوص القانونية المغربية، هو أنها أحدثت آليات جديدة في الالتزام، ومنها الالتزام بالتبصير والإعلام الواجب للمستهلك. ولهذين الالتزامين أهميتها ليس فقط عند أولى مراحل إبرام العقد، بل تمتد لتشمل أيضا مرحلة المفاوضات ومرحلة التنفيذ أيضا. ولعل قانون حماية المستهلك من شأنه توفير الحماية اللازمة للمتعاقد بطريقة إلكترونية.

فآلية التبصير واسعة المضمون ولا تقتصر على شروط العقد فقط، بل تمتد لتشمل ما يتعلق بالمتعاقد نفسه: من هوية وصفة ... ويتوسع مدى هذا الالتزام ليشمل أيضا التبصير اللازم حول محل العقد خصوصا إذا كان من شأن أي استعمال خاطئ أن يؤدي إلى إحداث أضرار، كما يمتد أيضا هذا الالتزام إلى مرحلة ما بعد إبرام العقد؛ أي مرحلة تنفيذه.

- من الآليات الجديدة التي نص عليها التشريع المغربي في القانون رقم 08-31، إعطاء الحق للمستهلك في الرجوع عن إبرام العقد خلال مدة محددة وبالشروط التي نص عليها المشرع. ومن شأن هذا أن يكرس لمبدأ حماية المستهلك، خاصة وأن المشرع نص على العديد من الجزاءات المدنية خالة مخالفات مثل المقتضيات السالفة الذكر والتي -في اغلبها- جعلها المشرع من النظام العام.

- طرق العبير عن الإرادة خلال مرحلة العرض لا تختلف عنها بالنسبة لطرق القبول، على أن ما يميز القبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية ليس فقط توصل العارض بطريقة إلكترونية برسالة قبول ولكن بأن يرسل للقابل بأنه توصل فعليا برسالته، ووقتها فقط ينعقد العقد.

وقد وقفنا على الإشكالات القانونية التي قد تطرأ نتيجة القبول الخاطئ بالنقر على زر القبول أو حالة الخلل والقصور الذي قد يشوب أحيانا برنامجا معلوماتي يدير العمليات التجارية على موقع أحد الطرفين. بذلك الإقرار باستلام القبول يلعب دورا مهما -ليس في انعقاد العقد- ولكن في التأكد من أن المتعاقد معه قد توصل فعلا بالقبول، كما للإقرار بالاستلام دور مهم في إثبات العقد الذي أبرم بطريقة إلكترونية.

- إذا كان العارض المهني له أن يستعمل كل الطرق الإلكترونية -فضلا عن البريد الالكتروني بعد موافقة الطرف الآخر- فإن من حق القابل استعمال أي وسيلة إلكترونية لإعلان العارض بقبوله. وإذا ما تطلب الأمر تأكيد القبول بإجراء لاحق، فلا يعني هذا أن العقد لا ينعقد بل أن الأمر إجراء احترازي.

- حينما نضم المشرع المغربي بموجب القانون 05-53 المحررات الإلكترونية وأعطاها نفس قيمة المحررات الورقية، أغفل في مسألة التأكد من صحة المحرر الإلكتروني أن سلطات التصديق ليس لها صفة الموثق الذي يقوم بتتبع مختلف مراحل العملية التعاقدية التي تمر بشكل عادي، ومن هنا أدعو إلى ضرورة وضع مقتضيات خاصة بالتوثيق العقدي الإلكتروني، بما فيها كل المعاملات التي يجريها الموثق العصري، على اعتبار أنه لا يقوم فقط بالإشراف على العمليات التعاقدية فقط بل وأيضا التأكد والتثبت من شخصيتي المتعاقدين.

- لا بد من وضع مقتضيات قانونية خاصة بتوثيق العقود المبرمة بطريقة إلكترونية في محرر إلكتروني رسمي مع تحديد شروط حفظ هذه العقود ضمن مكاتب التوثيق الإلكتروني في سجل مركزي وآخر جهوي أو محلي، ناهيك عن ضرورة إشراك كل العاملين في المجال بما في ذلك المحافظات العقارية.

وأرى بأن جهات التوثيق الإلكتروني ستلعب دورا مهما في إضفاء الثقة والطمأنينة على المعاملات الإلكترونية، ولن يتأتى هذا إذا لم يتم التسريع بتفعيل دور هذه الجهات مع ضرورة وضع برامج تحسيسية تفسر من خلالها الأدوار المهمة لهذه الجهات وكيفية وشروط الحصول على التوقيع الإلكتروني.

كما أعتبر أنه من الضرورة بمكان، قيام جهات التصديق الإلكتروني بإصدار العديد من التوجيهات لكل من يريد التعامل بطريقة إلكترونية. كما يجب إصدار الجهات المعنية للعديد من النصوص التنظيمية لمجال التوثيق الإلكتروني خاصة فيما يخص الأرشفة الإلكترونية للبيانات والمعطيات والرسائل وكذا العقود الإلكترونية، إلى جانب تنظيم خدمات إثبات تواريخ هذه العقود.

- أقترح إدخال نوع من المرونة على معيار الرسمية، بتبني معيار "التوقيع الرقمي للموظف العام على المحرر الرسمي"، كضابط لوصف المحرر بصفة الرسمية.

- أقترح وضع المشرع المغربي للمقتضيات الخاصة بالتوقيع الإلكتروني والمحرر الإلكتروني في قانون المسطرة المدنية، لكيلا يحدث تضارب بين القواعد التقليدية والقواعد الحديثة، ولكي لا تتناثر قواعد الإثبات بين النصوص القانونية، خاصة وأن المشرع المغربي نص على حجية المحرر والتوقيع الإلكترونيين، وقرر أن حجيتهما هي نفس الحجية المقررة للتوقيع والمحرر العادي.

- بالنسبة لتطابق الإيجاب مع القبول فقد ذهب الرأي السائد أن التعاقد من خلال الأجهزة الإلكترونية، هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان، والحال أنهما حاضرين افتراضيا يتبادلان المناقشات والاقتراحات إلى حين وصولهما إلى اتفاق نهائي. وأرى بهذا الخصوص، أن يتم اعتبار التعاقد بطريقة إلكترونية تعاقدا من نوع خاص وطبيعة متميزة عن بقية العقود، مردها الخصوصية المميزة لهذه العقد الذي يبرم عن بعد بإحدى وسائل الاتصال الفوري والتي توفر تعاصر مجلس العقد الذي أرى تسميته بمجلس العقد المؤتمت.

- وجوب وضع أحكام قانونية خاصة بالمفاوضات التي تتم بخصوص العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، مع التشديد من مسؤولية المهني العارض لخدماته أو بضائعه بطريقة إلكترونية. ومرد توجهنا هذا، ضروريات حماية المستهلك المستعمل للوسائل الالكترونية في الحصول على السلع والخدمات باعتباره الطرف الضعيف في هذه العلاقة، من جهة؛ وضروريات توفير مناخ تجاري إلكتروني آمن، من جهة ثانية. مما من شأنه أن يسمح بتطوير سوق وطنية إلكترونية، وتحفيز التاجر الإلكتروني الوطني على الدخول إلى أسواق إلكترونية جديدة وانفتاحه عليها، من خلال توفير كل الضمانات اللازمة لتطوير التجارة والمعاملات بطرق إلكترونية

- يجب أن ينص المشرع المغربي ضمن مقتضيات ظهير الالتزامات والعقود على أن المفاوضات بخصوص العقود المبرمة بطريقة إلكترونية جزء لا يتجزأ من العقد، بل وشرط أساسي لإبرام هذا النوع من العقود نظرا لطبيعتها الخاصة. وحبذا لو تم التنصيص أيضا، على أنها ليس فقط مجرد مرحلة سابقة عن التعاقد ولا أثر قانوني يترتب عنها، بل مكملة للعقد النهائي وأساسية لتفسير العقد الذي تم إبرامه، دون أن يؤثر ذلك على مبدأ الرضائية في العقود. فالعقد النهائي، يدل على رغبة الأطراف في إنشاء الالتزامات.

- الملاحظ أن الفصل 5-65 ق.ل.ع جاء غامضا وحبذا لو أن المشرع المغربي تنبه للأمر بإعادة تصحيحه. فمقصد المشرع إلزامية قبول العرض لا إلزامية العرض نفسه، وهذا غير منطقي. ولكي يستقيم مفهوم النص، نقترح تعديل هذا الفصل بإبدال عبارة "العرض" بعبارة "تسلم قبول العرض".

ولا أدل على موقفي هذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من الفصل السالف ذكره، في نسخة مشروع القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، جاءت واضحة المعنى بأن نصت على ما يلي: "يجب على صاحب العرض الإشعار، دون تأخير غير مبرر وبطريقة إلكترونية، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه على هذا النحو والذي يصير المرسل إليه فور تسلمه ملزما به بشكل لا رجعة فيه".

ففي الأمر لبس ظاهر، ويعود ذلك إلى خطأ في الترجمة إذ أن صياغة النص الفرنسي تنص على أن المرسل إليه يصبح فور تسلمه القبول بالعرض، ملزما به وبشكل لا رجعة فيه.

- إذا ما أرسل العرض لأكثر من مرة من نفس المرسل، نقترح اعتبار الرسالة الإلكترونية الأولى هي الأصل، وما يليها ليست سوى نسخ عنها. لكن، فإذا ما كان المرسل إليه توصل بعدة رسائل تحمل نفس العرض ومن نفس المرسل وكل عرض يختلف عن الآخر، وإن كان التوصل في فترات زمنية متقاربة، فإننا نرى بأن كل عرض أرسل إلا ويشكل عرضا جديدا ومستقلا عن البقية.

- لا يعتبر العقد المبرم بطريقة إلكترونية في القانون المغربي منعقدا، إلا إذا قام الموجب له -أي القابل- بالضغط على أيقونة القبول مرتين. في الأولى، بعد أن يتحقق من كل التفاصيل الخاصة بالعقد ومن السعر الإجمالي. ثم في الثانية، حينما تظهر له رسالة لتأكيد هذا القبول، فيضغط على أيقونة القبول. ومنذ الضغط على الأيقونة الثانية يكون القبول قد تم، إذ لا يتم القبول إلا بالضغط مرتين على أيقونة القبول.

وتجدر الإشارة، إلى أن الشكلية المتطلبة في القبول المعبر عنه إلكترونيا لانعقاد العقد، قاصرة على العقود المبرمة عبر صفحات الويب أو ما يطلق عليها بعقود الويب، ولا تسري على العقود التي يتم إبرامها بواسطة البريد الإلكتروني، إذ يكفي إرسال القبول في رسالة إلكترونية ودونما حاجة إلى تأكيد القبول برسالة أخرى.

- تعتبر العقود المبرمة عبر الموقع على الإنترنت، عقود إذعان وذلك تماشيا مع فلسفة القوانين الحديثة الخاصة بحماية المستهلك،التي تقيد من مبدأ سلطان الإرادة في سبيل حماية الطرف الضعيف في العقد. ونجد تأييدا لموقفنا هذا، في المادة 7 من ظهير 5 يونيو 2000 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة.

- بالنسبة لمجلس العقد في حالة التعاقد عن طريق البريد الالكتروني إذا كان مباشرة بين الطرفين، أي أن الاتصال بينهما لحظي، فإنه يبدأ من حين صدور العرض والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع.

أما إذا التعاقد غير لحظي، فمجلس العقد يبتدئ من لحظة اطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتجا أو عبارة عن خدمة ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف. ولكن يلاحظ بهذا الخصوص، أنه نظرا لحداثة التعاقد بطريقة إلكترونية، فإنه لا توجد بعد أعراف تجارية، يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن.

وفي حالة التعاقد عن طريق وسائل التفاعل المباشرة، فإن مجلس العقد يبتدأ من لحظة صدور الإيجاب ويبقى مستمرا إلى حين انتهاء المحادثة. فللطرفين حق القبول أو الرفض، طالما أنهما متواصلان مع جهاز الحاسوب وعبر شبكة الانترنيت. فإذا قام أحدهما عن الجهاز أو أغلقه باختيار منه وعن طواعية، أو انتقل إلى معاملات أو مواقع أخرى عبر صفحات الويب انفض مجلس العقد.

- بالنسبة لتحديد الثمن في العقد المبرم بطريقة إلكترونية وخصوصيته المتعلقة بتحديد سعر المنتج أو الخدمة محل العقد وقت التعاقد، لا يحق للبائع أن يحتفظ لنفسه بحق تغيير السعر تبعا لتغير الأسعار إلا بعد اتفاق مع المشتري. كما أن الحرص على أداء الثمن بالعملة الوطنية من الأهمية بمكان، هذا مع إمكانية الاتفاق على الأداء بعملة أجنبية إذا تعلق الأمر ببيوع دولية إلكترونية.

- للالتزام بتسليم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية أهمية بالغة، وتتمثل في أنه التزام تظهر آثاره خلال مرحلة تنفيذ العقد. ويحدد الطرفان زمان ومكان تسليم البضائع المادية أما بالنسبة للأموال المعنوية التي تسلم عبر التحميل الإلكتروني فلا يتم الاتفاق سوى على تاريخ وساعة التسليم.

وأقترح في هذا السياق، وجوب تعديل مقتضيات الفصل 512 ق.ل.ع، لتتم الإشارة إلى مقتضيات المادة 41 من القانون رقم 08-31، التي أوجبت على المورد في العقود عن بعد توفير منتوج أو سلعة أو خدمة تكون لها نفس الجودة ونفس الثمن إذا كانت هذه الإمكانية معلن عنها قبل إبرام العقد أو منصوص عليها في العقد بصورة واضحة ومفهومة، هذا من جهة.

ومن جهة ثانية، وحماية للمعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية والتي يغيب فيها التواجد المادي وقت إبرام العقد وحماية للرضى حول الشيء محل العقد، أرى ضرورة تنصيص المشرع المغربي على وجوب التزام المورد المهني بطريقة إلكترونية، بتسليم مبيع يطابق ما تم التعاقد عليه، لتبقى حالة الاستثناء هي ما ورد من مقتضيات بموجب المادة 41 من قانون حماية المستهلك إذا ما تعذر تسليم المنتوج الذي تم التوافق بخصوصه.

- ضرورة مراجعة القانون الجنائي والمسطرة الجنائية من أجل التنصيص على الجرائم المرتكبة عبر الإنترنيت، كبيع المخدرات وتبييض الأموال.

- أقترح تعديل مدونة التجارة بإضافة بعض المقتضيات، وأخص بالذكر: تعديل نظرية الأعمال التجارية بإدخال أعمال جديدة فيها وإضافة عقود التجارة الإلكترونية إلى طائفة العقود التي نظمها هذا القانون، وكذلك تعديل بعض النصوص القانونية المنظمة للعمليات المصرفية، بما يتلاءم مع متطلبات العمل المصرفي الإلكتروني.

- أقترح تعديل المقتضيات القانونية المنظمة للأوراق التجارية بما يسمح بالتعامل بالسندات الإلكترونية، كصورة بديلة عن الأوراق التجارية التي عالجها هذا القانون. تعديل قانون الشركات في بعض مواده المتعلقة بتداول أسهم وسندات الشركات، بما يتلاءم مع إمكانية تداولها إلكترونيا.

وأخيرا تعديل النصوص القانونية الخاصة بالدفاتر التجارية، لتسمح باستخدام التقنيات الحديثة، خاصة الحواسيب كبديل عن هذه الدفاتر، سواء في جميع المؤسسات التجارية أم في البعض منها، وخاصة المالية والمصرفية منها، وفق شروط وضوابط محددة.

- وجوب بناء منظومة ضريبية للتجارة الإلكترونية، لوضع نظام خاص بالضريبة على المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية.

- أقترح تطوير النظام المصرفي الإلكتروني وتقنينه بما يحمي المستهلك، حتى يتقبله كوسيلة مهمة من أجل إنجاز المعاملات الإلكترونية.

- يرتبط تحديد المحكمة المختصة بنظر النزاع بمكان انعقاد العقد وبالتالي يكون هو مكان تأكيد العارض بتوصله بقبول من وجه إليه العرض. وللأمر أهميته من حيث تحديد الدائرة الترابية المنعقد لها اختصاص النظر في النزاع حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية. وأقترح ضمن هذا السياق، وضع آليات خاصة بإنشاء هيئة قضائية دولية مكلفة بنظر النزاعات الخاصة بالعقود الإلكترونية الدولية، لتلافي الوقوع في الاختلالات القانونية التي قد تنص عليها القوانين الوطنية. ولا بد أن لا يغفل المشرع المغربي مسألة غاية في الأهمية والخطورة أيضا، ويتعلق بكيفية تذييل الأحكام الإلكترونية، سواء كانت دعائية أو تحكيمية إلكترونية.

- نظرا لأن العقد المبرم بطريقة إلكترونية يتميز مجاله بالسرعة والثقة خصوصا وأن مجال التعامل به بالأساس المجال التجاري، أقترح تأهيل قضاة متخصصين في ميدان قانون المعلوميات، تكون لهم خلفية معلوماتية وتكون أحكامهم بالتالي متناسبة والبيئة الرقمية التي يبرم في إطارها العقد بطريقة إلكترونية.

- يختلف تحديد القانون الواجب التطبيق على النزاع حول العقد، بين أن يكون الطرفان قد اتفقا على تعيين قانون بعينه ليحكم النزاع وبين حالة ما إذا لم يكن هناك اتفاق. ففي حالة السكوت عن اختيار القانون الواجب تطبيقه صراحة وتعذر الكشف عن الإرادة الضمنية للطرفين، يتم اللجوء إلى تركيز العقد المبرم بطريقة إلكترونية في مكان محدد لتحديد القانون الواجب التطبيق.

وأقترح هنا، وكحل لإشكالية تنازع القوانين في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، أن يتم بوضع معايير محددة لاختيار القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنزاع، بحيث تصبح بندا قارا في العقد المبرم بطريقة إلكترونية، يتفق عليها الطرفين. مع وضع نظام قانوني يوضح كيفية انعقاد الاختصاص القضائي ويوزع ذلك بين المحاكم الوطنية أو الدولية - إن اقتضى الأمر ذلك- في إطار تنازع الاختصاص في العقد المبرم بطريقة إلكترونية. كما أقترح في هذا السياق، أن تبرم اتفاقيات دولية توحد القواعد القانونية بهذا الشأن.

- ضرورة وضع تشريع خاص بالحماية من البريد الإلكتروني الدعائي المغرق للصناديق البريدية الإلكترونية. وأشير هنا إلى أنه في إطار القانون 08-09 المتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه المعطيات ذات الطابع الشخصي لا بد أن يتم الضرب بيد من حديد ضد كل من يستغل المعطيات الخاصة بالأشخاص من أرقام هواتف أو بريد إلكتروني، سواء من طرف المؤسسات التجارية المغربية التي تتحصل على قائمة بأسماء الأشخاص مع بريدهم الإلكتروني لإغراقهم بالإشهارات التجارية، أو من قبل الأفراد الذاتيين الذين يبعثون برسائل إشهارية. وهذا الفراغ التشريعي من الخطورة بمكان، إذ يضر بشكل كبير بالمستهلك الذي يتم استعمال بريده الإلكتروني دون موافقته ورضاه.

- يتعين الاهتمام بالمعاملات والتجارة الالكترونية على الصعيد العربي، من خلال التسريع بإخراج المشروع القانون العربي الاسترشادي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وذلك لتطوير المعاملات الإلكترونية بين الدول العربية والإسلامية، حتى تتمكن من مسايرة التطورات الخاصة بالتجارة الإلكترونية والاستفادة بالتالي من مزايا التجارة الإلكترونية.

- أقترح أيضا بهذا الخصوص، ونظرا للطابع الدولي للكثير من المعاملات والعقود التي تبرم بطريقة إلكترونية، وفي ظل اختلاف المفاهيم القانونية المستخدمة في مختلف تشريعات الدول التي نظمت مجال المعاملات بطريقة إلكترونية، أن يتم تبني مفاهيم قانونية موحدة بهدف إيجاد لغة قانونية مشتركة تساهم في حل الكثير من الإشكالات القانونية التي تفرزها هذه المعاملات، مع ضرورة بلوة اتفاقية دولية تضع الأسس الموحدة لحماية المستهلك بطريقة إلكترونية نظرا لتفاوت الحماية بين مختلف الدول.

- أقترح ضرورة تبني حلول موحدة بموجب اتفاقية دولية بخصوص الكثير من الإشكالات القانونية التي تتعلق بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية، كتحديد لحظة انعقاد العقد خاصة العقود المبرمة بين أطراف تختلف الأنظمة القانونية المنظمة لمجال المعاملات الالكترونية، وأيضا تختلف مواقيتهم، على اعتبار أن كلا منهم في بلد أو قارة مختلفة، مع الاستفادة من تجارب الدول المتقدمة وقوانين واتفاقياتها فيما يخص المعاملات والتجارة الإلكترونية، وذلك من أجل وضع نظام متكامل يحكم هذا النوع من المبادلات ومن أجل تأمينها وتسهيلها، مع وضع الأنظمة القانونية الكفيلة بصد الجريمة المعلوماتية والأنشطة المخلة بالنظام العام والأخلاق على الإنترنيت.

- أقترح حينما تزداد المعاملات بطريقة إلكترونية في ظل توسع التجارة الإلكترونية وطنيا ودوليا، أن تتم بلورة القواعد القانونية الخاصة بها في صورة تشريع مستقل كمرحلة ثانية للمرحلة الآنية وهي وضع القواعد الخاصة بالمعاملات في إطار قانون الالتزامات والعقود على أساس، وفي انتظار استقرار المفاهيم القانونية والقواعد المنظمة لهذا المجال التعاقدي الالكتروني بشكل أكثر ثباتا واستقرارا، أن يتم تعديل جميع القوانين التي قد تمس مجال المعاملات والتجارة الإلكترونية، لتتلاءم معها بشكل أفضل.

- العمل على تطوير البنية التحتية للاتصالات الخاصة بالمعاملات والتجارة الإلكترونية، وتوفير خدمات موازية لما هو متوفر في الدول المتقدمة، فضلا عن خلق آلية تطوير الموارد البشرية المؤهلة في مجال تقنيات المعلوميات.

وأخيرا، في نهاية هذه الأطروحة، لا أزعم تمام كمالها، ولكني أرجو أن تكون قطرة من فيض، تتبعها دراسات أخرى في نفس موضوع المعاملات المبرمة بطريقة إلكترونية.

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية

1) المراجع العامة:

- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، العقد غير اللازم، دراسة مقارنة معمقة في الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية، جامعة الكويت، 1994.
- **إبراهيم السيد أحمد**، عقود الإذعان فقها وقضاء، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
- **أحمد شرف الدين**، أصول الصياغة القانونية للعقود، بدون ناشر، 1998.
- **أحمد شكري السباعي:**
  - ✓ نظرية الغلط والتدليس في قانون الالتزامات والعقود المغربي، ط. 1972.
  - ✓ نظرية بطلان العقود في القانون المدني المغربي والفقه الإسلامي والقانون المقارن، منشورات عكاظ، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1987.
- **أحمد عبد الكريم سلامة**، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع "أصولا ومنهجا"، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، ط. 1، 1996.
- **أشرف توفيق شمس الدين**، الحمائية الجنائية للمستند الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط. 1، 2006.
- **أنور سلطان:**
  - ✓ الموجز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، الإسكندرية، دار المطبوعات الجامعية، 1998.
  - ✓ مصادر الالتزام في القانون المدني الأردني، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، منشورات الجامعة الأردنية، عمان، ط. 1، 1987.
  - ✓ الوسيط في القانون المدني، ج. 1، دون جهة النشر، 1987.
- **جاسم علي سالم ناصر**، ضمان التعرض والاستحقاق في العقود - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية، القاهرة، ط. 1، 1990.
- **جميل الشرقاوي، النظرية العامة للالتزام**، الكتاب الأول، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1981.
- **حسام الدين كامل الأهواني**، النظرية العامة للالتزام، الجزء 1، المجلد 1، المصادر الإرادية للإلتزام، ط.3، 2000.
- **حمدي أحمد سعد**، الإلتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع، دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010،
- **حمدي عبد الرحمن وسهير منتصر**، نظرية الالتزام، بدون جهة النشر، 1998،
- **خالد عبد الله عيد:**
  - ✓ الوجيز في العقود المسماة وفق أحكام قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج. 1 في أحكام عقد البيع وعقد الكراء، مطبوعات جامعة محمد الخامس، كلية الحقوق، الرباط، نشر وتوزيع مكتبة دار السلام، الرباط، بدون سنة النشر.

✓ مدخل لدراسة القانون: أسس ومبادئ (نظرية القانون ونظرية الحق)، دار الأمان للنشر والتوزيع، الرباط، 1987.

- **سعد محمد سعد**، استحقاق المبيع للغير (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير في القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة عدن، 2006.
- **سميحة القليوبي**، الموجز في القانون التجاري: الأوراق التجارية، عمليات البنوك، العقود التجارية، دار النهضة العربية، 1978.
- **سمير عبد السيد تناغو**، نظرية الالتزام منشأة المعارف، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- **شحاته غريب محمد شلقامي**، برامج الحاسب الآلي والقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.
- **شريف محمد غنام**، أثر تغير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2000.
- **طارق كاظم عجيل**، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2011.
- **طالب حسن موسى**، الموجز في قانون التجارة الدولية، الدار العالمية الدولية ومكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2001.
- **عبد الحق صافي**، القانون المدني: ج 1: المصدر الإرادي للالتزامات،العقد، الكتاب 1: تكوين العقد، ط. 1، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2006.
- **عبد الحكيم فودة**، الوعد والتمهيد للتعاقد بالعربون وعقد البيع الابتدائي، دار الكتب القانونية، الاسكندرية، 1992
- **عبد الرزاق أحمد السنهوري:**

✓ الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد 1، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، 1964.

✓ نظرية العقد، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، بدون تاريخ النشر.

- **عبد السلام التونجي**، التعاقد بين الغائبين في الشريعة والقانون، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، الجماهيرية العربية الليبية الشعبية الاشتراكية، طرابلس، ط. 1، 1984،
- **عبد السلام العيماني - أحمد آيت الطالب**، الدليل العملي في النصوص الجنائية الخاصة، ج. 1، مطبعة فضالة، المحمدية، 2005.
- **عبد الفتاح عبد الباقي**، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، 1984،
- **عبد الفضيل محمد أحمد**، الإعلان عن المنتجات والخدمات من الوجهة القانونية، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1991،
- **عبد القادر العرعاري:**

✓ الوجيز في النظرية العامة للعقود المسماة، الكتاب الأول: عقد البيع، ط. 3، مكتبة دار الأمان، الرباط، 2009.

✓ مصادر الالتزام، الكتاب الأول: نظرية العقد، دار الأمان، ط. 2، 2005.

- **عبد المجيد الحكيم**، الكافي في شرح القانون المدني الأردني والقانون المدني العراقي والقانون المدني اليمني في الالتزامات والحقوق الشخصية، الجزء الأول في مصادر الالتزام والمجلد الأول في العقد، القسم الأول: التراضي. بدون جهة النشر،عمان، الأردن.
- **عبد المنعم فرج الصده**، مصادر الالتزام، دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1979.
- **عبد الودود يحي**، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، المصادر: الأحكام - الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
- **عدنان السرحان ونوري خاطر**، شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)، دراسة مقارنة، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2000.
- **عمر محمد بن يونس**، المخدرات والمؤثرات العقلية عبر الإنترنيت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004.
- **مأمون الكزبري**، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، ج.1، مصادر الالتزامات، ط. 2، بدون جهة النشر، 1972.
- **محمد الشرقاني**، نظرية العقد، ط. 1، المنشورات الجامعية المغاربية، مراكش، 1996.
- **محمد صديق محمد عبد الله**، مجلس العقد، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.
- **محمد عبد الظاهر حسين**، المسؤولية التقصيرية للمتعاقد: دراسة فقهية قضائية في العلاقة التبادلية بين نوعي المسؤولية، دار النهضة العربية، 2004.
- **محمد عمر ذوابة**، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الإصدار الأول، 2006،
- **محمد فتحي عيد**، الإنترنت ودوره في انتشار المخدرات، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية - مركز الدراسات والبحوث- الرياض، ط. 1، 2003.
- **محمود جمال الدين زكي**:
  - ✓ مشكلات المسؤولية المدنية، القاهرة، 1978
  - ✓ نظرية الالتزام في القانون المصري، ج. 1، مصادر الالتزام، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، ط. 2، 1968.
- **مصطفى أحمد عبد الجواد**، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.
- **محمد فهمي طلبة، وآخرون**، دائرة معارف الحاسب الإلكتروني، مجموعة دلتا كمبيوتر، رقم 2، مطابع المكتب المصري الحديث، 1991.

المراجع المتخصصة:

- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل**، الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، منشورات مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003.
- **أحمد المهدي**، الإثبات في التجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر، 2004.
- **أحمد شرف الدين**، عقود التجارة الإلكترونية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- أحمد عبد الكريم سلامة:
  - ✓ القانون الدولي الخاص النوعي: (الالكتروني، السياحي، البيئي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
  - ✓ قانون العقد الدولي، مفاوضات العقود الدولية، القانون واجب التطبيق وأزمته، دار النهضة العربية، ط. 1، 2001.
- **أحمد عزمي الحروب**، السندات الرسمية الإلكترونية -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2010.
- **أحمد محمد الرفاعي**، الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، دار النهضة العربية، 1994.
- **أسامة أبو الحسن مجاهد:**
  - ✓ التعاقد عبر الإنترنيت، دار النهضة العربية، 2005.
  - ✓ الوسيط في قانون المعاملات الالكترونية، الكتاب الأول، دار النهضة العربية، 2007.
- **أسامة أحمد بدر**، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- **إلياس ناصيف**، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2009
- **إيمان مأمون أحمد سليمان**، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته،الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.
- **بشار محمود دودين**، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنيت، ط. 1، الإصدار الأول، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.
- **بشرى النية**، الحماية القانونية لبرامج الحاسوب، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الدراسات والأبحاث، ع. 10، مارس 2009.
- **بلال عبد المطلب بدوي**، البنوك الالكترونية: ماهيتها، معاملاتها، المشاكل التي تثيرها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، في الفترة ما بين 1 و12 ماي المجلد: 5، 2003.
- **بوعبيد عباسي**، الالتزام بالإعلام في العقود، دراسة في حماية المتعاقد والمستهلك، ط. 1، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ماي 2008.

- **بولين أنطونيوس أيوب:**
  - ✓ الحماية القانونية للحياة الشخصية في مجال المعلوماتية - دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2009.
  - ✓ تحديات شبكة الإنترنيت على صعيد القانون الدولي الخاص (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2006.
- **جمال زكي الجريدلي**، البيع الإلكتروني للسلع المقلدة عبر شبكة الإنترنيت، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2007،
- **جمال عبد الرحمن علي**، الخطأ في مجال المعلوماتية، دار النهضة العربية، بدون سنة النشر.
- **حسن عبد الباسط جميعي**، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، دار النهضة العربية القاهرة، مصر، 2000.
- **حمدي أحمد سعد**، الإلتزام بالإفضاء بالصفة الخطرة للشيء المبيع -دراسة مقارنة بين القانون المدني والفقه الإسلامي- دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
- **خالد العجلوني**، التعاقد عن طريق الإنترنيت (دراسة مقارنة) الدار العالمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 1، 2002.
- **خالد المهيري**، التجارة الإلكترونية في الإمارات العربية المتحدة معهد القانون الدولي، بدون سنة النشر.
- **خالد جمال أحمد**، الالتزام بالإعلام قبل التعاقد، دار النهضة العربية، 1996.
- **خالد حمدي عبد الرحمن**، التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، 2006.
- **خالد ممدوح إبراهيم:**
  - ✓ التقاضي الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2007.
  - ✓ العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.
  - ✓ حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2008.
  - ✓ أمن المستندات الإلكترونية، الدار الجامعية، الاسكندرية، 2008.
- **رشدي محمد السعيد**، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف الإسكندرية، 2005.
- **رمزي فريد محمد مبروك**، حماية المستهلك في إطار مفهوم جديد لعقد الإذعان، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 2002.
- **سامح عبد الواحد التهامي**، التعاقد عبر الإنترنيت، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2008.
- **سلطان عبد الله محمود الجواري**، عقود التجارة الإلكترونية - دراسة قانونية مقارنة- منشورات الحلبي الحقوقية، 2010
- **سمير حامد عبد العزيز الجمال**، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ط. 1، 2006.

- **سمير عبد السميع الأودن:**
  - ✓ العقد الإلكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
  - ✓ خطابات النوايا في مرحلة التفاوض على العقد، منشأة المعارف الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- **شحاته غريب شلقامي**، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية -دراسة مقارنة- دار الجامعة الجديدة، 2008.
- **شيماء عبد الغني محمد عطا الله**، الحماية الجنائية للتعاملات الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
- **صابر عبد العزيز سلامة**، العقد الالكتروني، دون مكان النشر ودون ناشر، ط. 1، 2005.
- **صالح المنزلاوي**، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2006.
- **ضياء علي أحمد نعمان**، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، سلسلة الدراسات القانونية في المجال المعلوماتي ع. 1، المطبعة والوراقة الوطنية، ط. 1، 2011.
- **طوني ميشال عيسى**، التنظيم القانوني لشبكة الإنترنت دارسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية، بيروت، 2000.
- **عادل أبو هشيمة محمود حوته**، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، 2004.
- **عامر محمود الكسواني**، التجارة عبر الحاسوب، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، الإصدار الأول، 2008.
- **عباس العبودي:**
  - ✓ التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني - دراسة مقارنة - مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1997.
  - ✓ تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2010.
- **عبد الباسط جاسم محمد**، إبرام العقد عبر الإنترنيت، منشورات الحلبي الحقوقية، ط.1، 2010.
- **عبد الحق حميش**، حماية المستهلك الإلكتروني، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون، المجلد 3، ص. 1289.
- **عبد الحميد أخريف**، عقود الاستهلاك، الدليل القانوني للمستهلك رقم 1، مطبعة أمية، فاس، 2006،
- **عبد العزيز المرسي حمود**، الالتزام قبل التعاقدي بالإعلام في عقد البيع، في ضوء الوسائل التكنولوجية الحديثة "دراسة مقارنة"، بدون جهة الطبع، 2005،
- **عبد العزيز المرسي حمود**، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ذي الطابع التعاقدي، "دراسة مقارنة"، بدون دار النشر، 2005،
- **عبد الفتاح الزيتوني**، تنازع الإختصاص في العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 1، 2010.

- **عبد الفتاح بيومي حجازي:**
  - ✓ التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية، الكتاب: 1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2009،
  - ✓ التجارة الإلكترونية العربية - الكتاب الثاني- دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2007،
  - ✓ التوقيع الإلكتروني في النظم القانونية المقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2009.
  - ✓ النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية، الكتاب الأول: في نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2004
  - ✓ جريمة غسل الأموال عبر شبكة الإنترنيت، ط. الأولى، 2009، بدون ذكر جهة النشر.
  - ✓ مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2007.
  - ✓ مكافحة جرائم الكمبيوتر في القانون العربي النموذجي، دار الفكر الجامعي، ط. 1، 2006،
- **عبد المنعم موسى إبراهيم،** حماية المستهلك -دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2007.
- **عبد الهادي فوزي العوضي،** الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005.
- **العربي جنان:**
  - ✓ التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية (القانون المغربي رقم 53- 05)، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 1، 2008.
  - ✓ التعاقد الإلكتروني في القانون المغربي (دراسة مقارنة)، سلسلة التنظيم القانوني للمعلوميات والأنترنيت، الكتاب الأول، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 1، 2010.
  - ✓ معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي، الحماية القانونية في التشريع المغربي والمقارن (القانون رقم 08-09)، سلسلة التنظيم القانوني للمعلوميات والأنترنيت، الكتاب الثاني، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، ط. 1، 2010.
- **العربي مياد،** عقود الإذعان - دراسة مقارنة - مكتبة دار السلام، ط. 1، 2003
- **عصام الدين القصبي،** تنازع الاختصاص القانوني والقضائي الدوليين في مجال التجارة الإلكترونية، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية والقانونية، المجلد 4
- **عصام عبد الفتاح مطر،** التجارة الإلكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2009.
- **علاء آباريان،** الوسائل البديلة لحل النزاعات التجارية، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط.1، 2008.
- **علاء محمد نصيرات،** حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- **عمر خالد زريقات،** عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنيت - دراسة تحليلية - دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ط. 1، 2007.
- **عمر محمد عبد الباقي،** الحماية العقدية للمستهلك، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط. 2، 2008.
- **فادي محمد عماد الدين توكل،** عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، ط. 1، 2010.

- **فاروق الأباصيري**، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2003،.
- **فتحي محمد أنور عزت**، الأدلة الإلكترونية في المسائل الجنائية والمعاملات المدنية والتجارية للمجتمع المعلوماتي، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، ط. 2، 2010.
- **فريد منعم جبور**، حماية المستهلك عبر الإنترنيت (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2010.
- **لزهر بن سعيد**، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2010.
- **لورنس محمد عبيدات**، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005،
- **محسن شفيق**، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع -دراسة في قانون التجارة الدولي- دار النهضة العربية، القاهرة، 1988،
- **محمد إبراهيم أبو الهيجاء:**
  - ✓ التحكيم الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 2، 2010.
  - ✓ عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2005.
- **محمد إبراهيم موسى**، سندات الشحن الإلكترونية بين الواقع والمأمول، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
- **محمد السعيد رشدي**، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات، ط. 1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2005.
- **محمد السيد عمران**، الطبيعة القانونية لعقود المعلومات، مؤسسة الثقافة الجامعية، 1992،
- **محمد أمين الرومي:**
  - ✓ التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2010.
  - ✓ المستند الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2008
  - ✓ جرائم الكمبيوتر، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004،
- **محمد حسام محمود لطفي:**
  - ✓ استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض على العقود وإبرامها، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 1993،
  - ✓ المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض، دراسة في القانونين المصري والفرنسي، القاهرة، 1995،
- **محمد حسن رفاعي العطار**، البيع عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ط. 1، 2007،
- **محمد حسن قاسم:**
  - ✓ التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
  - ✓ مراحل التفاوض في عقد الميكنة المعلوماتية، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2002.

- **محمد حسين عبد العال:**
  - ✓ التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دراسة تحليلية مقارنة للوسائل القانونية لتأمين المفاوضات في عمليات التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 1998،
  - ✓ ضوابط الاحتجاج بالمستندات العقدية في القضاء الفرنسي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1999
- **محمد حسين منصور**، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003،
- **محمد سعد خليفة**، مشكلات البيع عبر الإنترنيت، دار النهضة العربية، 2002،
- **محمد سعيد أحمد إسماعيل**، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات الحلبي الحقوقية، ط. 1، 2009.
- **محمد سعيد محمد الرملاوي**، التعاقد بالوسائل المستحدثة في الفقه الإسلامي، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط.1، 2007.
- **محمد عبد حسين الطائي**، التجارة الإلكترونية، المستقبل الواعد للأجيال القادمة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2010.
- **محمد عمر ذوابة**، عقد التحويل المصرفي الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الإصدار الأول، 2006.
- **محمد فواز المطالقة:**
  - ✓ النظام القانوني لعقود إعداد برامج الحاسب الالي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2004.
  - ✓ الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2005.
- محمد نجيب عوضين المغربي، أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
- **محمود السيد عبد المعطي خيال:**
  - ✓ الانترنيت وبعض الجوانب القانونية، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 1998
  - ✓ التعاقد عن طريق التلفزيون، بدون ناشر، 2000،
- **محمود عبد الرحيم الشريفات**، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنيت -دراسة مقارنة- دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، الإصدار الأول، 2009.
- **المختار بن أحمد عطار**، العقد الإلكتروني، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2010.
- **مدحت عبد الحليم رمضان**، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2001.
- **مدحت محمد محمود عبد العال**، الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2001.
- **مصطفى أحمد عمرو**، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنيت، دار النهضة العربية، 2008.
- **مصطفى الجمال**، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، منشورات الحلبي، سوريا، 2001.
- **مصطفى كمال طه - وائل أنور بندق**، الأوراق التجارية ووسائل الدفع الإلكترونية الحديثة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2005.

- **مصطفى موسى العجارمة**، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنيت، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010.
- **ممدوح محمد خيري هاشم المسلمي**، مشكلات البيع عن طريق الإنترنت في القانون المدني (دراسة مقارنة)، مكتبة دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
- **مندى عبد الله محمود حجازي**، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنيت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني - دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2010.
- **منير الجنبيهي- ممدوح محمد الجنبيهي:**
  - ✓ بروتوكولات وقوانين الانترنيت، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط. 1، 2005
  - ✓ البنوك الالكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005،
  - ✓ الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بدون سنة النشر.
- **ناجي عبد المؤمن**، عقود التجارة الدولية طويلة الأمد، حدود مبدأ القوة الملزمة للعقد، مطبعة عين شمس، الإسكندرية، 1994،
- **نبيل زيد مقابلة**، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- **نبيلة اسماعيل رسلان:**
  - ✓ التأمين في مجال المعلوماتية والشبكات، دار الجامعة الجديدة، 2007،
  - ✓ المسؤولية في مجال المعلوماتية والشبكات، مطبعة جامعة طنطا، بدون تاريخ النشر.
- **نجوى أوهيبة**، حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات، دار النهضة العربية، 2002.
- **نزيه الصادق المهدي**، الالتزام قبل التعاقدي بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دراسة فقهية قضائية مقارنة، دار النهضة العربية، 1982.
- **نسرين عبد الحميد نبيه**، الجانب الإلكتروني للقانون التجاري، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2008.
- **نضال إسماعيل برهم**، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، الإصدار 1، 2005.
- **نور الدين الشرقاوي الغزواني**، قانون المعلوميات، بدون جهة النشر، ط.1، 1999.
- **نور الدين الناصري**، المعاملات والإثبات في مجال الاتصالات الحديثة، سلسلة الدراسات القانونية المعاصرة، ع. 12، ط. 1، 2007.
- **نوري حمد خاطر**، عقود المعلوماتية -دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني- الدار العالمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ط. 1، 2001.
- **ضياء علي أحمد نعمان**، الغش المعلوماتي الظاهرة والتطبيقات، سلسلة الدراسات القانونية في المجال المعلوماتي، ع. 1، المطبعة والوراقة الوطنية، ط. 1، 2011.
- **هادي مسلم يونس البشكاني**، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية - دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2009.

- **هبه ثامر محمود عبد الله**، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، منشورات زين الحقوقية- مكتبة السنهوري، لبنان، ط. 1، 2011.
- **هدى حامد قشقوش**، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دار النهضة العربية، 2000.

الرسائل والأطروحات

- **بلعيد كرومي**، الوعد بالتعاقد في ضوء التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، السنة الجامعية، 1986.
- **جابر عبد الهادي سالم الشافعي**، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، رسالة دكتوراه، حقوق الإسكندرية، 2001.
- **خالد مجاهدين**، مفهوم النظام العام في العقد، رسالة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، جامعة الحسن الثاني، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - عين الشق، الدار البيضاء، السنة الجامعية: 2004.
- **رجب كريم عبد الله**، التفاوض على العقد دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، 2000.
- **صليحة حاجي**، الوفاء الرقمي عبر الإنترنيت: المظاهر القانونية، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين: الضمانات التشريعية في قانون الأعمال المغربي، جامعة محمد الأول، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، وجدة، السنة الجامعية: 2005-2006.
- **عبد المجيد التجاني**، المسؤولية المدنية أثناء التفاوض في العقود الإلكترونية، رسالة لنيل دبلوم ماستر في قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، ماستر قانون الأعمال، السنة الجامعية: 2009-2010.
- **العربي جنان**، الأنظمة المعلوماتية والانترنيت بين التنظيم القانوني وأحكام المسؤولية -النظرية والتأصيل- أطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاضي عياض، شعبة القانون الخاص، وحدة القانون المدني، 2010.
- **عزة محمود أحمد خليل**، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، رسالة دكتوراه،"مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب -دراسة مقارنة في القانون المدني والشريعة الإسلامية، رسالة دكتوراه في الحقوق، القسم المدني، كلية الحقوق جامعة القاهرة، 1994.
- **محمد بومكوسي**، التوقيع الإلكتروني،رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة، وحدة التكوين والبحث في أنظمة التحكيم، شعبة القانون الخاص، كلية العلوم القانونية والاقتصادية، جامعة محمد الخامس - سلا، السنة الجامعية: 2008-2009.
- **محمد طارق**، العقود النموذجية في قانون التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة في القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في أنظمة التحكيم، جامعة محمد الخامس، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية - سلا، السنة الجامعية 2007 - 2008،
- **محمد وحيد محمد علي**، المسؤولية المدنية للصيدلي، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، 1993.

- **محمد ولد محمد الراظي**، المفاوضات في عقود التجارة الدولية، رسالة لنيل دبلوم الماستر في قانون الأعمال، ما ستر: قانون الأعمال، جامعة القاضي عياض، كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2010-2009.
- **ممدوح محمد علي مبروك**، أحكام العمل بالمبيع وتطبيقاته في ضوء تقدم وسائل التكنولوجيا المعاصرة، رسالة دكتوراه، حقوق، القاهرة، 1998.
- **مي لحلو**، المسؤولية عن الإخلال بعقود التجارة عبر الإنترنيت، رسالة لنيل دبلوم الدراسات المعمقة في القانون الخاص، شعبة القانون الخاص، وحدة البحث والتكوين في "أنظمة التحكيم"، جامعة محمد الخامس-السويسي، كلية العلوم القانونية والإقتصادية والإجتماعية - سلا الجديدة، السنة الجامعية: 2007-2008.
- **وفاء جوهر**، المسؤولية المدنية في مرحلة التفاوض عن العقد، اطروحة لنيل الدكتوراه في الحقوق، شعبة القانون الخاص وحدة البحث والتكوين في القانون المدني، جامعة القاضي عياض - كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية، مراكش، السنة الجامعية: 2009-2010.

المقالات وأوراق عمل المؤتمرات:

- **إبراهيم أحمد إبراهيم**، التجارة الإلكترونية والملكية الفكرية، مجلة المحاماة (المصرية)، ع.1، 2001، ص.591.
- **إبراهيم الدسوقي أبو الليل:**

✓ إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، عرض مقدم خلال المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، أكاديمية شرطة دبي، مركز البحوث والدراسات، 26 - 28 أبريل 2003، ويمكن الإطلاع عليه على الموقع التالي: www.arabLawInfo.com، (يناير 2008).

✓ تعويض الفرصة الجزء 1، مجلة الحقوق (الكويتية)، س. 10، ع. 2، يونيو 1986، ص. 81 والجزء 2 من نفس المقالة، في نفس المجلة السابقة، ع. 3، سبتمبر 1986، ص. 145.

✓ توثيق المعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق تجاه الغير المتضرر، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية بين الشريعة والقانون المنعقد ما بين 10 - 12 ماي 2003، دبي، المجلد 5، ص.1845.

- **أحمد السعيد الزقرد**، حق المشتري في إعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 3 س. 19، سبتمبر 1995، ص. 179.
- **أحمد شرف الدين:**

✓ الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني وتسوية منازعاته، ورقة مقدمة في المؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية الذي نظمته أكاديمية شرطة دبي ومركز البحوث والدراسات بدولة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 26-28 أبريل 2003، منشور على الموقع التالي: www.ArabLawInfo.com (M.S.J Nov. 2008)

✓ الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية وآليات تسوية منازعاتها، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين والشريعة والقانون، غرفة تجارة وصناعة دبي، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 10 - 12 ماي 2003، المجلد 4، ص. 1575 وما بعدها.

- **أحمد عبد الكريم سلامة،**
  - ✓ الإنترنيت والقانون الدولي الخاص: فراق أم تلاق، بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، المنظم من طرف جامعة الإمارات العربية المتحدة - كلية الشريعة والقانون، أيام 12 و 13 ماي 2000، ص. 28.
  - ✓ حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية، وفق مناهج القانون الدولي الخاص، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، بالإمارات العربية المتحدة، 26 - 27 أبريل 2003، المجلد 1. ص. 5.
- **إدريس الحياني،** إبرام العقد الإلكتروني وفق القواعد العامة، وعلى ضوء مشروع قانون التبادل الإلكتروني للبيانات القانونية، المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 11، أكتوبر 2006، ص. 50.
- **أسامة أبو الحسن مجاهد،** خصوصية التعاقد عبر الإنترنيت، بحث مقدم إلى مؤتمر دور "القانون والكمبيوتر والإنترنيت"، الذي نظمته كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة، أيام 1 - 3 ماي، 2000، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنيت، المجلد 1، ص. 121.
- **أشرف وفا محمد،** عقود التجارة الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، بحث مقدم إلى مؤتمر الاتجاهات الحديثة في معاملات التجارة الإلكترونية- القاهرة، جامعة الدول العربية، 17-18 يناير 2004،
- آلاء يعقوب النعيمي، الوكيل الإلكتروني -مفهومه وطبيعته القانونية، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و29 ماي 2009، ص.410.
- **أمين دواس،** المسؤولية عن قطع مفاوضات العقد دون سبب جدي، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 5، العدد 1، فبراير 2008، ص. 170.
- **أنيس نصير،** الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، المجلد 30، ع. 1، عمان، 2003، ص. 242.
- **بشرى النية،** التوعية بالاستخدام الآمن للأنترنيت وتحصين مستعمليه من مضاره، ، بحث مقدم إلى مؤتمر "التوعية بالاستخدام الآمن والأخلاقي للإنترنيت"، الذي نظمته المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة "الإيسيسكو" بكلية العلوم والتكنولوجيا، بنواكشوط، موريطانيا، أيام 14 و15 و16 أبريل 2008، منشور ضمن أشغال المؤتمر (النسخة الإلكترونية متوفرة لدى الإيسيسكو).
- **بوعبيد العباسي،** التزام الموثق بالنصح من خلال القرار الصادر عن المجلس الأعلى بغرفتين بتاريخ 23 فبراير 2005، منشور في: المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع. 1، أكتوبر 2009، ص. 249 وما بعدها.
- **جمال فاخر النكاس،** العقود والاتفاقيات الممهدة للتعاقد وأهمية التفرقة بين العقد والاتفاق في المرحلة السابقة على العقود، مجلة الحقوق، ع. 1، س. 20، مارس 1996، ص. 165.
- **حسام الدين الأهواني،** المفاوضات في الفترة قبل التعاقدية ومراحل إعداد العقد، تقرير مقدم إلى ندوة الأنظمة التعاقدية للقانون المدني ومقتضيات التجارة الدولية، معهد قانون الأعمال الدولي، القاهرة 2 - 3 يناير 1994، ص. 2.
- **حلمي بهجت بدوي،** آثار التصرفات الباطلة، مجلة القانون والاقتصاد (المصرية)، س. 3، ص. 397.
- **حليمة بن حفو،** التراضي في العقد الإلكتروني، مجلة الأملاك، العدد المزدوج السادس، 2009، ص. 160.

- **حمدي محمود بارود**، القيمة القانونية للاتفاقات التي تتخلل مرحلة التفاوض قبل العقدية في مجال عقود التجارة الدولية، مجلة الجامعة الإسلامية (سلسلة الدراسات الإنسانية)، المجلد 13، ع. 2، يونيو 2005، ص. 125.
- **خالد ممدوح إبراهيم**، التعاقد عبر الوكيل الإلكتروني، يمكن الإطلاع على هذه المقالة في الموقع التالي:
http://www.kenanaonline.com/ws/khaled17/blog/79346/page/1, (M.S.J Dec. 2009)
- **رامي علوان**، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت، وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق (الكويتية)، س. 26، ع. 4، ديسمبر 2002، ص. 262.
- **رضى بلحسين**، الدفع بعد تعريب الوثائق المحررة بلغة أجنبية، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج: 13-14، 2009، ص. 177.
- **سمير برهان**، إبرام العقد في التجارة الإلكترونية، بحث مقدم لمؤتمر "الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية والاتجاهات الحديثة في وسائل حسم المنازعات"، مركز القاهرة الإقليمي للتحكيم التجاري الدولي، الفترة من 12-13 يناير 2002، ص. 14.
- **شريف محمد غنام**، محفظة النقود الالكترونية رؤية مستقبلية، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية، المجلد الأول، ص. 101 وما بعدها.
- **صابر محمد عمار**، المفاوضة في العقود الإلكترونية، ورقة مقدمة للبرنامج الدولي لتدريب المحامين في موضوع: "حماية الملكية الفكرية"، المنظم من قبل المنظمة العالمية للملكية الفكرية بالتعاون مع اتحاد المحامين العرب، 20 - مصر، 23 أكتوبر 2001، ص. 3.
- **صلاح زين الدين**، دراسة اقتصادية لبعض مشكلات وسائل الدفع الإلكترونية، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، ص. 305 وما بعدها.
- **ضياء نعمان**، المصادقة الالكترونية على ضوء قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، مقال منشور في: المجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، ع. 1، أكتوبر 2009، ص. 136.
- **طارق الحموري**، قراءة مبسطة في عقود التجارة الدولية، عرض مقدم للندوة التي نظمتها المنظمة العربية للتنمية الإدارية، في موضوع. "صياغة وإبرام عقود التجارة الدولية"، شرم الشيخ، أيام 25 إلى 29 ديسمبر 2007، ص. 5. ويمكن الإطلاع عليها في الرابط التالي:
http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/arado/unpan029770.pdf
(M.S.J Dec. 2009).
- **طارق كاظم عجيل**، مجلس العقد الإلكتروني، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و 29 ماي 2009، ص. 297.
- **عبد الله إبراهيم بن عبد الله الناصر**، العقود الإلكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المنظمة من طرف جامعة الإمارات العربية المتحدة، يومي 10-12 ماي 2003، المجلد 5، ص. 2119.

- **عبد الله الخرشوم**، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، بحث مقدم لمؤتمر "الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية"، المنعقد بدولة الإمارات المتحدة، 26 - 28 أبريل 2003، ج. 3، ص. 294. بحث منشور أيضا على الإنترنت على الموقع التالي:

  www.ArabLawInfo.com.(يونيو 2007).

- **عدنان أحمد ولي العزاوي**، بطاقة الائتمان والآثار القانونية المترتبة بموجبها -دراسة مقارنة- بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، أيام 10-12 ماي 2003، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 3، ص. 995.

- **علي أحمد مرسي**، دراسة الجوانب القانونية والشرعية للتجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والتكنولوجيا والذي عقد بكلية الحقوق بجامعة أسيوط الإنترنيت -دراسة مقارنة- الدار العالمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ط. 1، 2002، ص. 27.

- **علي الشامي**، المسؤولية المدنية الناتجة عن التجارة الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر، كلية الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 2000، ص. 13 وما بعدها.

- **علي هادي العبيدي**، زمان انعقاد العقد الالكتروني في التشريع الإماراتي، بحوث مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الالكترونية - الحكومة الالكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و 29 ماي 2009، ص. 366 وما بعدها.

- **فياض ملقى القضاء**، مسؤولية البنوك الناتجة عن استخدام الكمبيوتر كوسيلة وفاء، بحوث مؤتمر القانون والكمبيوتر والانترنيت، كلية الشريعة والقانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة، ماي، 2000، المجلد: 3 ص. 925 وما بعدها.

- **قارة مولود**، شكل التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، الملتقى الدولي حول التوجه التعاقدي للتصرفات القانونية، بكلية الحقوق جامعة تلمسان، 23 و 24 أبريل 2006، مداخلة منشورة في: مجلة دراسات المعلومات، ع. 3، سبتمبر 2006، ص. 25.

- **محمد العروصي**، التعاقد التجاري عن طريق شبكة الإنترنيت، مقال منشور في المجلة المغربية لقانون الأعمال والمقاولات، ع. 10، مارس 2006، ص. 14.

- **محمد حاتم البيات**، المسؤولية المدنية عن الخطأ في المعاملات التي تتم عن طريق الوسائط الإلكترونية، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و29 ماي 2009، ص. 805 وما بعدها.

- **محمد سعدوا الجرف**، أثر استخدام النقود الالكترونية على الطلب على السلع والخدمات، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، بحث مقدم لمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، أيام 10-12 ماي 2003، بحوث مؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1، ص. 189 وما بعدها.

- **محمد شكري سرور**، التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية، بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي، الإمارات العربية المتحدة، أيام 26 و 28 أبريل 2003، المجلد 2، 214.

- **محمد عرفة**، العناصر الأساسية للمفاوضات في عقود التجارة الدولية وعوامل نجاحها، الصحيفة الاقتصادية الإلكترونية، 7 ديسمبر 2006، ع. 4805، منشور على الموقع التالي:

  www.Aleqt.com/2006/12/07/article_7223.html (M.S.J Fév.2009)

- **محمد فتحي عيد**، الإنترنت ودوره في انتشار المخدرات، منشورات أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية -مركز الدراسات والبحوث- الرياض، ط. 1، 2003، ص. 79.

- **محمد فتوح عثمان**، أساليب التكنولوجيا والتجارة الإلكترونية، مجلة الأمن والقانون، ع. 2، س. 9، يوليوز 2001، ص. 437.

- **محمد محروك**، مظاهر التقاطع والتكامل بين المحررات العادية والمحررات الالكترونية، وفق القواعد العامة والقانون رقم 53-05، مجلة الأملاك، عدد المزدوج: السادس، 2009.

- **محمود أحمد إبراهيم الشرقاوي**، مفهوم الأعمال المصرفية الالكترونية وأهم تطبيقاتها، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، المجلد 1، ص. 17 وما بعدها.

- **مصطفى مالك**، قراءة في قانون التبادل الالكتروني للمعطيات القانونية، مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج: 13-14، 2009، ص. 77 وما بعدها.

- **نزيه الصادق المهدي**، انعقاد العقد الالكتروني، ورقة عمل مقدمة لمؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الالكترونية-الحكومة الالكترونية)، الذي انعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة أيام 19 و29 ماي 2009، ص. 192 وما بعدها.

- **يزيد أنيس نصير**، الارتباط بين الإيجاب والقبول في القانون الأردني والمقارن، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، ع. 3، س. 27 سبتمبر 2003، ص. 67.

- **يونس عرب**، التشريعات والقوانين العربية المتعلقة بالإنترنت في الدول العربية - ورقة عمل مقدمة إلى مؤتمر ومعرض التكنولوجيا المصرفية العربية والدولية - اتحاد المصارف العربية، 28 و29 أكتوبر 2002، الأردن:

  www.arablaws.org/board/showthread.php?t=3308&goto=nextnewst,2007 (M.S.J Jan.2008).

القوانين والمراسيم والقرارات الوزيرية:

- ظهير شريف رقم 1-11-91 صادر في 27 من شعبان 1432 (29 يوليو 2011)، بتنفيذ نص الدستور والصادر في ج.ر.ع. 5964 مكرر، بتاريخ 28 شعبان 1432 (30 يوليو 2011)، ص. 3602.

- ظهير الشريف رقم 1-97-162 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 بتنفيذ القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-01-123 بتاريخ 29 ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-79 وبمقتضى القانون رقم 01-55 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-04-154 بتاريخ 21 رمضان 1425 (4 نوفمبر 2004) وكذا القانون رقم 06-29 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-43 بتاريخ 28 ربيع الأول 1428 (17 أبريل 2007). ج.ر.ع. 5520 الصادرة يوم الخميس 26 أبريل 2007.

- ظهير شريف رقم 1-97-162 صادر في 2 ربيع الآخر 1418 بتنفيذ القانون رقم 96-24 المتعلق بالبريد والمواصلات، كما تم تغييره وتتميمه بمقتضى الظهير الشريف رقم 1-01-123 بتاريخ 29 ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001) الصادر بتنفيذ القانون رقم 99-79، ج.ر.ع. 5520 الصادرة يوم الخميس 26 أبريل 2007.
- ظهير شريف رقم 1-96-178، الصادر في 29 ربيع الأول 1422 (3022 يونيو 2001). ج.ر.ع. 5596، الصادر في 8 محرم 1429 (17 يناير 2008).
- ظهير شريف رقم 1-59-413 صادر في 28 جمادى الثانية 1382 (26 نونبر 1962) بالمصادقة على مجموعة القانون الجنائي، كما عدل بالقانون رقم 05-43 المتعلق بمكافحة غسل الأموال. منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعرفة للجميع، ع. 8، يونيو 2007.
- ظهير شريف رقم 1-96-83، صادر في 15 ربيع الأول 1417 (فاتح غشت 1996)، بتنفيذ القانون رقم 15-95 المتعلق بمدونة التجارة. ج.ر.ع. 4418، بتاريخ 19 جمادى الأولى 1417 (3 أكتوبر 1996)، ص. 2187.
- قانون المسطرة المدنية، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، ع. 7، أبريل 2007.
- القانون رقم 91-15 المتعلق بمنع التدخين والإشهار والدعاية للتبغ في بعض الأماكن الصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 1-91-112 الصادر في 27 محرم 1416 (26 يونيو 1995)، ج.ر.ع. 4318 بتاريخ 4 ربيع الأول 1416 (2 غشت 1995)، ص. 2163.
- القانون رقم 95-27 المتمم للفصل 264 من قانون الالتزامات والعقود، بإضافة حكم التعويض الاتفاقي، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-95-157 بتاريخ 13 من ربيع الأول 1416 (11 غشت 1995)، ج.ر.ع. 4323 الصادرة بتاريخ 10 ربيع الآخر1416 (6 سبتمبر 1995)، ص. 2443.
- القانون رقم 95-53 القاضي بإحداث محاكم تجارية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-97-65، بتاريخ 4 شوال 1417 (12 فبراير 1997)، ج.ر.ع. 4482، بتاريخ 8 محرم 1418 (15 ماي 1997) ص. 1141.
- القانون رقم 98-16 المتعلق بالتبرع بالأعضاء والأنسجة البشرية وأخذها وزرعها الصادر لتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-99-208 الصادر في 13 من جمادى الأولى 1420 (25 غشت 1999)، ج.ر.ع. 4726، الصادرة بتاريخ 16 شتنبر 1999.
- ظهير شريف رقم 1-06-151 صادر في 30 من شوال 1427 (22 نونبر 2006) بتنفيذ القانون رقم 04-17 بمثابة مدونة الأدوية والصيدلة، ج.ر.ع. 5480 بتاريخ 15 ذو القعدة 1427 (7 ديسمبر 2006)، ص. 3726.
- القانون رقم 06-35 المحدثة بموجبه البطاقة الوطنية للتعريف الإلكترونية، الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1-07-149 بتاريخ 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007)، ج.ر.ع. 5583، الصادرة بتاريخ 22 ذو القعدة 1428 (3 ديسمبر 2007)، ص. 3839.
- ظهير شريف بتاريخ 18 محرم 1356 موافق 31 مارس 1937، في ضبط جلب الأسلحة وعددها للمملكة المغربية وفي المتاجرة بها وحملها وحيازتها واستيداعها، منشور في ج.ر.ع. 1279 بتاريخ 30 أبريل 1937، ص. 761.

القانون رقم 02-46 المتعلق بنظام التبغ الخام والتبغ المصنع والصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 1-03-53 صادر في 20 محرم 1424 (24 مارس 2003)، ج.ر.ع. 5096، بتاريخ 30 محرم 1424 (3 أبريل 2003)، ص. 1090.

القانون رقم 05-53 يتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-07-129 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007)، ج.ر.ع. 5584، بتاريخ 25 من ذي القعدة (6 ديسمبر 2007)، ص. 3879.

القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة الصادر بتنفيذه ظهير شريف رقم 1-04-22 صادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004)، ج.ر.ع. 5184 الصادرة بتاريخ 14 من ذي الحجة 1424 (5 فبراير 2004)، ص. 418.

ظهير شريف رقم 1-83-108 صادر في 9 محرم 1405 (5 أكتوبر 1984)، بتنفيذ القانون رقم 83-13 المتعلق بالزجر عن الغش في البضائع، ج.ر.ع. 3777، بتاريخ 27 جمادى الآخرة 1405 الموافق ل 20 مارس 1985، ص. 395.

ظهير الشريف رقم 1-91-112 صادر في 27 محرم 1416 (26 يونيو 1995) بتنفيذ القانون رقم 91-15 المتعلق بمنع التدخين والإشهار والدعاية للتبغ في بعض الأماكن، ج.ر.ع. 4318، بتاريخ 4 ربيع الأول 1416 الموافق ل 2 غشت 1995)، ص. 4318.

القانون رقم 06.99 المتعلق بحرية الأسعار والمنافسة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.00.225 بتاريخ 2 ربيع الأول 1421 (5 يونيو 2000)، ج.ر.ع. 4810 الصادرة بتاريخ 2000/07/06، ص. 1941، كما وقع تغييره وتتميمه بالقانون رقم 30.08 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1.09.237 بتاريخ 18 من محرم 1431 (4 يناير 2010)، ج.ر.ع. 5814، الصادرة في 3 ربيع الأول 1431 (18 فبراير 2010).

القانون رقم 00-2 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة المغير والمتمم بموجب القانون رقم 05-34، الصادر في 15 فبراير 2000، ج.ر.ع. 4796، الصادرة بتاريخ 15 فبراير 2000، ص. 1112 وما بعدها.

ظهير شريف رقم 1-09-15 صادر في 22 من صفر 1430 (18 فبراير 2009)، بتنفيذ القانون رقم 08-09 يتعلق بحماية الأشخاص الذاتيين تجاه معالجة المعطيات ذات الطابع الشخصي. ج.ر.ع. 5711 بتاريخ 27 صفر 1430 (23 فبراير 2009)، ص. 552.

القانون رقم 05-08 القاضي بنسخ وتعويض الباب الثامن بالقسم الخامس من قانون المسطرة المدنية والصادر لتنفيذه ظهير شريف رقم 1-07-169 صادر في 19 من ذي القعدة 1428 الموافق لـ 30 نونبر 2007، ج.ر.ع. 5584 بتاريخ 25 ذو القعدة 1428 الموافق لـ 6 دجنبر 2007، ص. 3894.

ظهير شريف رقم 1-11-03 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 08-31 القاضي بتحديد تدابير لحماية المستهلك، ج.ر.ع. 5932، الصادرة بتاريخ 3 جمادى الأولى 1432 (7 أبريل 2011)، ص. 1072.

ظهير شريف رقم 1.11.15 صادر في 14 من ربيع الأول 1432 (18 فبراير 2011) بتنفيذ القانون رقم 07.11 الرامي إلى إلغاء الظهير الشريف رقم 1.74.339 المتعلق بإحداث وتنظيم محاكم الجماعات والمقاطعات وتحديد اختصاصاتها، ج.ر.ع. 5923، الصادرة بتاريخ 2 ربيع الآخر 1432 (7 مارس 2011)، ص. 597.

مشاريع قوانين:

- مشروع قانون رقم 09-24 يتعلق بسلامة المنتوجات والخدمات وبتتميم الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 غشت 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود (الصيغة الجديدة الموضوعة لدى الأمانة العامة للحكومة في يناير 2011).
- مشروع القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونية، وثيقة جامعة الدول العربية - مجلس وزراء العدل العرب، المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، بدون سنة، ص. 220.

قوانين عربية وأجنبية:

- القانون الأردني:

- المنظم للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية، ع. 4524، الصادرة بتاريخ 31 ديسمبر 2001، ويمكن مراجعة النص الكامل على الموقع التالي:

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=6 (Dec.2008).

- القانون المدني الأردني:

http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=43&year=1976 (juin 2011).

- مرسوم بقانون بشأن المعاملات الإلكترونية البحريني رقم (28) لسنة 2002

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=71 (Dec.2008).

- قانون المعاملات الإلكترونية لسلطنة عمان رقم 69/2008 الصادر في 18 ماي 2008

http://www.ita.gov.om/ITAPortal_AR/Pages/Page.aspx?NID=1&PID=7&LID=3 (Dec. 2008).

- القانون الاتحادي الإماراتي رقم (1) لعام 2006 في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية

http://helmylawyers.maktoobblog.com/3905-2006-لسنة-1-رقم-الاماراتي-الاتحادي-القانون/ف (Jan.2011).

- قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=70 (Dec.2008).

- القانون المصري للتوقيع الإلكتروني

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=75 (Dec.2008).

- دولة فلسطين مشروع قانون المبادلات التجارية والتجارة الإلكترونية سنة 2003

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=76 (Dec.2008).

- قانون التعاملات الإلكترونية السعودي في 9 أبريل 2007

http://www.mofa.gov.sa/Detail.asp?InSectionID=5800&InNewsItemID=87827 (Dec.2008).

- قانون المعاملات الإلكترونية السوداني سنة 2007

http://sudanian.jeeran.com/archive/2008/1/430112.html (Dec.2008).

نظام مكافحة جرائم المعلومات السعودي الصادر بالمرسوم الملكي رقم م/17 وتاريخ: 8/3/ 1428هـ بناءً على قرار مجلس الوزراء رقم: (79) بتاريخ: 7/ 3/ 1428هـ:

http://www.mcit.gov.sa/NR/rdonlyres/32961456-5A71-4374-B175-515BB50FC999/0/Cybercrimeact.pdf (Juin 2010).

القانون الإماراتي رقم 2006/2 المتعلق بمكافحة جرائم تقنية المعلومات:

http://www.moft.gov.ae/images/dcontent/rules/27.pdf (Juin 2010).

القانون المدني الكويتي:

http://www.gcc-legal.org/mojportalpublic/DisplayLegislations.aspx?country=1&LawID=1011 (Juin 2011).

القانون التونسي:

قانون عدد 83 لسنة 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الصادر في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، في 11 غشت 2000:

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=70 (Dec.2008).

القانون الفرنسي:

- القانون المدني الفرنسي:

www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721 (Jan. 2010).

- التشريع الفرنسي الصادر في 30 ديسمبر 1986، بشأن حرية الاتصالات:

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O., du 22 juin 2004, disponible sur www.legifrance.gouv.fr (Jan. 2009).

- قانون توبون:

Loi N° 94-665, du 4 Août 1995, relative à l'emploi de la langue française dite "loi Toubon", J.O, du 5 Août 1994. A consulter sur :
www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=vig (Janv. 2010).

- المرسوم الفرنسي رقم 2001-741 المنظم للتعاقد عن بعد:

www.legifrance.gouv.fr

- المدونة العامة للضرائب الفرنسي:

http://droit-finances.commentcamarche.net/legifrance/74-code-general-des-impots/263167/regime-economique (Nov. 2010).

القانون الفدرالي للولايات المتحدة الأمريكية المتعلق بالتوقيع الإلكتروني الصادر في 30 يونيو 2000:

www.ecommerce.gov/Framework-html (jan. 2009)

- التوجيهة الأوربية رقم 97-7 بتاريخ 20 ماي 1997، في شأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد:

Directive 97/7/ce du parlement européen et du conseil, du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O. L 144 du 4.6.1997, p. 19, 1997

http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997L0007:20071225:FR:PDF (Dec. 2007).

- التوجيهة الأوروبية رقم 2000-31 المتعلقة ببعض الجوانب القانونية لمجتمع المعلومات والتجارة الإلكترونية الصادرة بتاريخ 8 يونيو 2000:

Journal officiel des Communautés européennes L 178/1 Directive 2000/31/CE du PARLEMENT EUROPE EN ET DU CONSEIL, du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur : http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF, (Dec. 2007).

- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، انظر موقعها على الإنترنت حيث يمكن مراجعة القانون النموذجي الصادر في 16 ديسمبر 1996، على الموقع التالي: www.unictral.org
- لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الفريق العامل الرابع) المعني بالتجارة الالكترونية-الدورة الثانية والأربعون 17 -21 نوفمبر 2003- فيينا A/CN.9/WG.IV/WP.108، ويمكن الاطلاع على مشروع هذه الاتفاقية على الرابط التالي:

http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V03/907/64/PDF/V0390764.pdf?OpenElement

- اتفاقية الأمم المتحدة الخاصة بالتجارة الإلكترونية: قانون الاونسيترال النموذجي (1996)

www.uncitral.org/stable/ml-ecomm-a/pdf (mai 2008).

الاتفاقيات:

- الاتفاقية العربية لمكافحة الاتجار غير المشروع بالمخدرات والمؤثرات العقلية، والتي صادق عليها المغرب في 9 من أبريل 2001 ظهير شريف رقم 1-96-178، الصادر في 29 ربيع الأول 1422 (30 يونيو 2001) ج.ر.ع. 5001، الصادرة في 22 صفر 1423 (6 ماي 2002)، ص. 1269.
- ظهير شريف رقم 1.02.132 صادر في 9 شوال 1424 (4 ديسمبر 2003) بنشر اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة الموقعة بباليرمو في 12 ديسمبر 2000، ج.ر.ع. 5186 الصادرة يوم الخميس 12 فبراير2004، ص. 494 وما بعدها.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد الموقعة بنيويورك في 31 أكتوبر 2003 والتي صادق عليها المغرب في 9 ماي 2007 ظهير الشريف رقم 1-07-58 الصادر في 19 ذي القعدة 1428 (30 نونبر 2007) ج.ر.ع. 5596، الصادرة في 8 محرم 1429 (17 يناير 2008)، ص. 133 وما بعدها.
- اتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الاتجار غير المشروع في المخدرات والمؤثرات العقلية الموقعة بفيينا في 20 ديسمبر 1988، والتي صادق عليها المغرب في 5 نوفمبر 1992، ظهير شريف رقم 1-92-283 الصادر في 15 ذي القعدة 1422 (29 يناير 2002) ج.ر.ع. 4999 الصادرة يوم الاثنين 29 أبريل 2002، ص. 1128 وما بعدها.

- ظهير شريف رقم 39-01-1 صادر في 29 ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001)، بنشر اتفاقية التعاون الموقعة بالرباط في 12 ماي 1999 بين حكومة المملكة المغربية وحكومة جمهورية المجر في مجال محاربة الجريمة الدولية المنظمة والاتجار اللامشروع في المخدرات، ج.ر.ع. 4956، الصادرة بتاريخ 2001/11/29، ص. 3976.
- ظهير شريف رقم 137-07-1 صادر في فاتح رمضان 1432 (2 أغسطس 2011) بنشر بروتوكول مكافحة صنع الأسلحة النارية وأجزائها ومكوناتها والذخيرة والاتجار بها بصورة غير مشروعة، المكمل لاتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الجريمة المنظمة عبر الوطنية الموقع بنيويورك في 31 ماي 2001، ج.ر.ع. 5978، الصادرة بتاريخ 16 شوال 1432 (15 سبتمبر 2011)، ص. 4559.

مراسيم، قرارات ومناشير وزيرية:

- مرسوم رقم 518-08-2 صادر في 25 من جمادى الأولى 1430، موافق 21 ماي 2009 لتطبيق المواد 13-14-15-21 و23 من القانون رقم 05-53 الخاص بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، ج.ر.ع. 5744، بتاريخ 24 جمادى الآخرة 1430 (18 يونيو 2009)، ص. 3554.
- مرسوم رقم 1026-97-2 المؤرخ في 25 فبراير 1998، المتعلق بالشروط العامة لاستغلال الشبكات العامة للمواصلات،
- قرارات صادرة عن وزير الصناعة والتجارة والتكنولوجيات الحديثة، وهي صادرة بالجريدة الرسمية ع. 5830 بتاريخ 29 ربيع الآخر 1431 (15 أبريل 2010)، ص. 2483 وما بعدها. وذلك كالآتي:
- قرار رقم 10- 151 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) بتحديد شكل التصريح المسبق المتعلق باستيراد أو تصدير أو توريد أو استغلال أو استخدام وسائل أو خدمات التشفير ومحتوى الملف المرافق له.
- قرار رقم 10- 152 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) بتحديد شكل طلب الترخيص المسبق من أجل استيراد أو تصدير أو توريد أو استغلال أو استخدام وسائل أو خدمات التشفير ومحتوى الملف المرافق له.
- قرار رقم 10- 153 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) يتعلق باعتماد الأشخاص الذين لا يتوفرون على الاعتماد بصفتهم مقدمي خدمات المصادقة الالكترونية والذين يرغبون في توريد خدمات التشفير الخاضعة للترخيص.
- قرار رقم 10- 154 صادر في 5 ربيع الآخر 1431 (22 مارس 2010) بتحديد شكل طلب الحصول على الاعتماد لاكتساب صفة مقدم خدمات المصادقة الإلكترونية والمصادقة على نموذج دفتر التحملات المرافق له.
- قرار وزير الاقتصاد والمالية رقم 08-1214 صادر في 13 من رجب 1429 (17 يوليو 2008) المحدد لشروط تطبيق مسطرة الإقرار والأداء الإلكترونيين للضريبة على الشركات، ج.ر.ع. 5661، بتاريخ 30 شعبان 1429 (فاتح سبتمبر 2008)، ص. 2507.
- قرار لوزير العدل رقم 65-414 بتاريخ 29 يونيو 1965 باستعمال اللغة العربية لدى محاكم المملكة، ج.ر.ع. 2755 الصادرة بتاريخ 20 ربيع الثاني 1385 (18 غشت 1965)، ص. 1742.

- استدراك خطأ في قرار وزير العدل رقم 65-414، ج.ر.ع. 2757، الصادرة في فاتح شتنبر 1965، ص. 1841.
- قرار المدير العام للديوان الملكي رقم 66-177-3 بتاريخ 17 يوليوز 1967 بتنظيم الاتجار في المشروبات الكحولية أو الممزوجة بالكحول، (ج.ر.ع. 2856، بتاريخ 18 ربيع الثاني 1387 (26 يوليوز 1967) ص. 1658)،
- منشور للسيد الوزير الأول الصادر في 22 شعبان 1419 الموافق لـ 1998/12/11 تحت رقم 58/98.
- منشور صادر عن الوزير الأول رقم 4/2008 بتاريخ 22 أبريل 2008.
- منشور ع. 31 س 2 الصادر في 24 مارس 2003:

http://adala.justice.gov.ma/AR/DocumentViewer.aspx?id=D%3a\production\html\ar\7975.htm%40arcoll (Mai 2009).

الأحكام والقرارات القضائية:

- قرار عدد: 2008/2203، في الملف التجاري عدد: 14/2007/4213، منشور في مجلة المناهج القانونية، عدد مزدوج: 13-14، 2009،
- قرار صادر عن الغرفة الإدارية بالمجلس الأعلى في 6 من ربيع الثاني 1388 الموافق ل 3 يوليوز 1986، منشور في مجلة القضاء والقانون، ع. 105 - 106، س. 1970، ص. 280.
- قرار رقم 172، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 1978/3/8، الغرفة الأولى، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، ع. 4، ص. 149.
- قرار المجلس الأعلى، رقم 18 ماي 1983، مجلة قضاء المجلس الأعلى ع. 33 و34، ص. 24.
- نقض مدني، 4 ديسمبر 1985، مجموعة أحكام النقض س 20 ق، رقم 159، ص 1017.
- نقض مدني، 4 ديسمبر 1985، مجموعة أحكام النقض س36 ق، رقم 223، ص. 1084.
- طعن رقم 3197 لسنة 58 ق، 8/1/1990، مجموعة أحكام النقض في خمس سنوات، القسم المدني، ص. 860 نقض مدني، 4 ديسمبر 1985، مجموعة أحكام النقض س 20 ق، رقم 159 ، ص 1017؛ نقض مدني، 4 ديسمبر 1985، مجموعة أحكام النقض س36 ق، رقم 223 ، ص. 1084؛ طعن رقم 3197 لسنة 58 ق، 8/1/1990، مجموعة أحكام النقض في خمس سنوات، القسم المدني، ص. 860..
- نقض مدني فرنسي، 3-28 يونيو 1998، المجموعة المدنية 3 رقم 507.
- قرار لمحكمة النقض المصرية، طعن مدني، مجموعة أحكام النقض، س. 18، ص. 334، رقم 52، جلسة 9/2/1967 .
- قرار صادر عن المجلس الأعلى بغرفتين مجتمعتين، وهما الغرفة المدنية (القسم الثالث) والغرفة الإدارية (القسم الثاني)، تحت عدد: 587، بتاريخ 23 فبراير 2005، في الملف المدني عدد: 2002/7/1/2482، منشور في مؤلف الأستاذ إدريس بلمحجوب: "قرارات المجلس الأعلى بغرفتين أو بجميع الغرف"، ج. 4، سنة 2002،
- قرار ع. 996-86 صادر عن محكمة الاستئناف بتازة، بتاريخ 24 -12-1986، في الملف المدني ع. 251-85، منشور في مجلة المعيار، ع. 13-14،

قرار الغرفة المدنية رقم 1177 بتاريخ 1988/4/27، صادر في الملف المدني عدد: 98021، قضاء المجلس الأعلى، ع. 42 - 43، نونبر 1989،

قرار عدد: 5536، بتاريخ 19/12/1963، مجموعة قرارات محكمة الاستئناف في المغرب، ع. 171 و172، يوليوز-دجنبر 1963، ص. 221.

قرار لمحكمة الاستئناف التجارية بالدار البيضاء، رقم 09/578، بتاريخ 29 يناير 2009، في الملف رقم: 14/2006/5985-2005/6/8479. منشور في: مجلة رحاب المحاكم: ع. 3 - 2009، ص. 163.

قرار رقم 1683، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 24 نونبر 1999، ملف عدد: 98/753. منشور في: النشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، ع. 9، 2001.

تقارير

تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان حول مشروع قانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، البرلمان - مجلس النواب، الكتابة العامة، مصلحة اللجان، الولاية التشريعية السابعة، السنة التشريعية الخامسة، دورة أكتوبر 2006.

تقرير "مرصد تكنولوجيا الإعلام والاتصال" لسنة 2010:

http://www.anrt.ma/fr/admin/download/upload/file_autre_vers2182.pdf (Mai 2011).

تقرير حول المعطيات التحليلية لتطور أسواق الهاتف الثابت والمتنقل والانترنت بالمغرب برسم الفصل الأول من سنة2011، كاملا على الرابط التالي:

http://www.anrt.ma/fr/admin/download/upload/file_autre_vers2165.pdf (Mai 2011)

قرير لمنظمة الصحة العالمية حول الأدوية المزيفة: صحيفة وقائع رقم 275، يناير 2010، ويمكن الإطلاع عليه على موقع المنظمة على الرابط التالي:

http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/ar/index.html (يونيو 2010).

تقرير حول حصيلة إستراتيجية المغرب الرقمي لسنة 2011:

http://www.pm.gov.ma/ar/press-details.aspx?id=608 (juillet 2011).

المراجع باللغة بالفرنسية

Ouvrage généraux :

- André Lucas, droit d'auteur et numérique, Litec, 1998.
- André Weiss, Manuel de droit international privé, 8ème Ed., 1920.
- Association Henri Capitant, sous la direction de G. Cornu, Vocabulaire juridique, collections les grands dictionnaires, PUF, 4ème Ed., 1994.
- Bartin E., Principes de droit international privé, Paris, Domat Montchrestien, 1930, p. 348.
- Benabent A., Droit civil, Les Obligations, Montchrestien, 3ème Edition, 1991
- Boris Stark, Henri Roland et Laurent Boyer, Les Obligations, Tome: 2, Contrat, 5ème Ed., Litec; Paris, 1995,
- Brault N., le droit applicable à Internet: de l'abîme aux sommets, Legicom, Av-Mai-Juin, 1996.
- Callart F.-Delebecque Ph., Contrats civils et commerciaux, 3ème Ed. Dalloz, 1996
- Edmund Noël Martine, L'option entre la responsabilité contractuelle et la responsabilité délictuelle, Librairie générale de droit et de jurisprudence, T. 6, Paris, 1957,
- Collart F., Dutilleul, Des contrats préparatoires à la vente de l'immeuble, Paris, 1988,
- F.J.Pansier, E.Jez et P.D. boucier: Initiation à l'internet juridique, Litec, 2ème Ed.,
- Flour J. - Aubert j.L., Droit civil, Les obligations, V. I : L'acte juridique, Collection Armand Colin, , 2ème édition, 1977.
- François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, Droit Civil, Les Obligations, 6ème Ed., Dalloz, Paris, 1996.
- Françoise Laberthe, La notion de document contractuel, L.G.D.J., Paris, Bibliothèque de droit privé, 1994
- Gavalda C, l'information de la protection des consommateurs dans certaines opérations de crédit, Dalloz, 1998,
- I.Najjar, L'accord de principe, , 90ème Cahier, Dalloz Sirey, 1991.
- Iteanu O., Internet et le droit, aspects juridiques du commerce électronique, Ed. Eyrolles, 1996,
- J. L. Aubert, les obligations, I : L'acte juridique, 8ème Ed., A. Colin 1998,

J. Mestre, L'évolution des contrats en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées Savatier, 1985,

J. Ghestin J., La formation du contrat, 3ème Ed., L.G.D.J., 1993

J. Ghestin, Traité de droit civil: Les conditions de la responsabilité, 2ème Ed. par G. Viney et P. Jourdain, L.G.D.J, 2005,

J. Ghestin, Isabelle Marchessaux-Van Melle, Les contrats d'adhésion et les clauses abusives en droit français et en droit européen, in la protection de La partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons Franco-Belges, Ouvrages présenté par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I et le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, bibliothèque de droit privé N° 261, L.G.D.J, 2007.

J. Ghestin, Traité de droit civil: La formation du contrat, L.G.D.J., 1993.

Jacques Larrieu, Droit de l'Internet, Ed. Ellipses, 2005

Jean-Baptiste M., créer et exploiter un commerce électronique, Ed. Litec, Paris, 1998.

Larroumet, Droit civil, T. 3, Les obligations, le contrat, 4ème édition, Paris, Economica, 1998.

Malaurie Ph.-Aynes L., Cour de droit civil, Tome: VIII les Obligations, 7ème Ed. Edition CUJAS, 1997,

Marcel Fontaine, La période précontractuelle et la construction par étapes du Contrat international, dans Institut de Droit des Affaires Internationales, Les systèmes contractuels de droit civil et les exigences de droit international, Le Caire, 1993,

Marcel Fontaine, La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaisons Franco-Belges, Ouvrages présenté par le centre de droit des obligations de l'université de Paris I et le Centre de droit des obligations de l'Université catholique de Louvain, bibliothèque de droit privé N° 261, L.G.D.J , 2007 .

Moreau R., Ainsi naquit l'informatique, DUNOD Paris, 1984.

Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie, L.G.D.J, Paris, 1992.

Le Tourneau Ph.- Cadiet L., Droit de la responsabilité, Dalloz, 1996, p.186;

Tourneau Ph.- Cadiet L., Droit de la responsabilité, Dalloz, 1996.

Viney G., Traité de droit civil, Les Obligations: La responsabilité, les effets, Paris, 1998.

Ouvrage spéciaux:

- A. Bensoussan, Internet, aspects juridiques éd., Hermès, 1996.
- A.Virciel, Le droit des contrats de l'informatique, Paris, 1984.
- Alain Strowel, Nicolas Ide et F.Verhoestraete, la directive du 8 Juin 2000 sur le commerce électronique: Un cadre juridique pour l'Internet, a consulter sur : www.droit-technologie.org/upload/dossier/doc/40-1.pdf (juin 2011).
- Arnaud Baynouard, la formation du contrat électronique, in le contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationale, Tome V, Toulouse, 2000, Ed. LGDJ, Paris, 2002.
- Arnaud Baynouard, la formation du contrat électronique, in le contrat électronique, Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, Journées nationale, Tome V, Toulouse, 2000, Ed. LGDJ, Paris, 2002.
- Christane Feral, Cyber droit: Le droit à l'épreuve de l'internet, Dalloz-Dunod, 2001,
- D. Gobert et E. Montero, le traitement des obstacles formels aux contrats en ligne, cahier de CRID, N° 19, 2001.
- Feral-schull, cyber droit, le droit à l'épreuve de l'internet, 3ème Ed., Dalloz, Janvier, 2002
- Feral-schull, cyber droit, le droit à l'épreuve de l'internet, 3ème Ed., Dalloz, Janvier, 2002
- Guillaume Beaure d'Augéres, Pierre Bresse et Stéphanie Thuiller: Paiement numérique sur l'internet : Etat de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, Thomson publishing, 1997,
- J. Passa, commerce électronique et protection du consommateur, Recueil Dalloz, Cahier droit des affaires, N° 6, du 7 Fev 2002.
- Katsh E., The emergence of line dispute resolution, in les premières journées internationales du droit du commerce électronique, Ed. Litec, Oct. 2000.
- Leyssac L., L'Obligation de renseignement dans les contrats en l'information en droit privé, L.G.D.J., Paris, 1975.
- Lionel Bochurberg, Internet et commerce électronique, Delmas, 1ère Ed. 1999.
- M. Demoulin, Information et transparence sur les réseaux: Le commerce électronique européen sur les rails. Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, Cahier du CRID, N° 19, Bruxelles, Bruylant, 2001,

M. Demoulin, la passation d'une commande sur les réseaux, in le commerce électronique européen sur les rail, Analyse et proposition de mise en œuvre de la directive sur le commerce électronique, cahier du CRID, N° 19, 2001,

Michel Vivant, et autres, Lamy de droit de l'informatique et des réseaux, 2000,

Michel Vivant, Les contrats du commerce électronique, Ed. Litec, Paris, 1999

Muriel Fabre-Magnan, De l'obligation d'information dans les contrats - Essai d'une théorie, L.G.D.J, Paris, 1992,

O.Iteanu, Internet et le droit, Aspects juridiques du commerce électronique, Ed Eyrolles, 1996.

Olivier Hance, Suzan Dionne-Balz, Business et droit d'internet, 1997.

Philippe Achilleas, La télévision par satellite, Aspects juridiques internationaux, perspectives internationales, N°7, Montchrestien, 1995.

Pierre Huet, avec le concours de Herbert Maisl, Jérôme Huet, André Lucas, Le Droit du multimédia: De la télématique à internet, Ed. Téléphone, Paris, AFTEL (Association française de la télématique multimédia), 1996.

Piette-coudol et A.Bertrand, Internet et la loi, collection Dalloz, 1997.

Poullet Y., La conclusion du contrat par un agent en commerce électronique: le temps des certitudes, Cahier du CRID, N° 17, Bruxelles, Bruylant, 2000.

R.Julta-barcelo, E.Montero et A.Salaün, La proposition de directive européenne sur le commerce électronique: Questions choisies, in commerce électronique: le temps des certitudes, Cahier du CRID, N° 17, Bruylant, Bruxelles, 2000

T. Piette-coudol et A.Bertrand, Internet et la loi, collection Dalloz, 1997.

Thibault Verbiset, LE nouveau droit du commerce électronique, Collection Droit des Technologies, L.G.D.J, 2005.

Toubiana A., Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Thèse Paris, Dalloz, 1972.

V. Bartin E., Principes de droit international privé, Paris, Domat Montchrestien, 1930.

Vincent Gautrais, Le contrat électronique international, encadrement juridique, 2ème Ed. Académie Bruylant, delta, Beyrouth, Liban, 2003.

Wassim Harb, Le régime juridique de l'offre en ligne, article présenté lors du Congrès Biannuel de International Federation Of Computer Law Association (IFCLA), Organisé par l'association Française de l'informatique et de télécommunications, Le 15-16 Juin 2000, à Paris, AFDIT: diff. Publibook, cop. 2001,

Xavier Linant de Bellefonds, la problématique française, colloque du 13 Mai 1998, Commerce électronique et avenir des circuits de distribution, G.P., Dimanche 18 au Mardi 20, 1998.

Mémoires et Thèses :

C. Blaise, le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet), mémoire, Faculté de droit, Université Paris V, 1997, disponible sur: www.eridia.com, p. 33. (Av. 2009).

Christophe Accord, La dématérialisation des procédures de passation de marchés publics, Mémoire de D.E.A de droit public des affaire, Université Paris X, Nanterre, Sep. 2001.

David BOSCO, Le droit de rétractation, D'un aspect des rapports du droit de la consommation et du droit commun des contrats. Mémoire présenté par pour l'obtention du DEA de droit privé de la Faculté de droit et de science politique d'Aix-Marseille. 1999, A consulter sur : http://www.glose.org/mem014-htm.htm (juin 2010).

Frédérique Sabourin, Le contrat sans loi en droit international privé canadien, Exposé dans le cadre du XVIIe congrès de l'Académie Internationale de droit comparé (Utrecht, Pays-Bas, du 16 au 22 juillet 2006), in Revue Québécoise de droit international, N° 19, Fev. 2006.

Lucile Archambault, La formation du contrat de vente en ligne et la protection du consommateur, DESS droit d'internet, administration et entreprise, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, Année Universitaire, 2003-2004.

Pierre Laffitte et René Tregouet, Les conséquences de l'évolution scientifique et technique dans le secteur des télécommunications, rapport d'information 159 (2001-2002), O.P.D.C.S.T., www.senat.fr/rap/r01-159mono.html (jan. 2009).

Torrès ch, Internet et la Vente aux consommateurs, Thèse pour doctorat de l'Université de Paris X, 1996.

Toubiana A., Le domaine de la loi du contrat en droit international privé, Thèse Paris, Dalloz, 1972.

Les Articles :

- Alain Bensoussan, la problématique française, in Colloque du 13 Mai 1998 sous thème: commerce électronique et avenir des circuits de distribution, G.P, du dimanche 18 au Mardi 20 Oct., 1998, p. 20.
- Alain Strowel, Nicolas Ide et F.Verhoestraete, la directive du 8 Juin 2000 sur le commerce électronique: Un cadre juridique pour l'Internet, Journal des tribuneaux, du 17 Fev 2001, 120ème année, N° 6000, p. 139. Disponible sur : http://www.droit-technologie.org/dossier-40/la-directive-du-8-juin-2000-sur-le-commerce-electronique-un-cadre-ju.html, (Mars 2007).
- Alain Strowel, Nicolas Ide et F.Verhoestraete, la directive du 8 Juin 2000 sur le commerce électronique: Un cadre juridique pour l'Internet, Journal des tribuneaux, du 17 Fev 2001, 120ème année, N° 6000, p. 139. Disponible sur : http://www.droit-technologie.org/dossier-40/la-directive-du-8-juin-2000-sur-le-commerce-electronique-un-cadre-ju.html, (Mars 2007). Article à consulter sur: http://www.ulcc.ca/fr/cls/fkerr.pdf (Jan. 2010).
- Alain Strowel, Nicolas Ide et F.Verhoestraete, la directive du 8 Juin 2000 sur le commerce électronique: Un cadre juridique pour l'Internet, .http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/ar/index.html. (juin 2011).
- B. Tarbaka, pharmacie en ligne: de la prescription à la proscription, disponible sur : www. Juriscom.net, (Av. 2009).
- B.Beignier, la conduite des négociations R.T.D.Com., 1998, p. 463 ;
- Brault N., le droit applicable à Internet: de l'abîme aux sommets, Legicom, Av-Mai-Juin, 1996, p. 5.
- C. Blaise, le commerce électronique entre professionnels en réseau ouvert (Internet), mémoire, Faculté de droit, Université Paris V, 1997, disponible sur: www.eridia.com,
- C. Rojinsky et G. Teissonniere, l'encadrement du commerce électronique par la loi française du 21 Juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, art disponible sur : www.lex-electronica.org (Oct. 2008)
- Cedras J., L'obligation de négocier, R.T.D. Civ. 1985, p. 265 et S.
- Chambre de commerce et d'industrie de Paris pour un contrat type de commerce électronique, 27 Mars 1997, p. 12, document en pdf à consulter sur: www.ccip.fr (juin 2009).

Charles GAGNON, L'échange de consentement et le commerce électronique - de l'autonomie de la volonté à la " volonté " de la machine, 1998, A consulter sur : http://www.droit.umontreal.ca/~gagnonc/travaux/consentement.html (Mars 2008).

Christophie, acheter son tabac sur le net est séduisant mais totalement illégal, art disponible sur www.Zdnet.fr(Jan. 2008);

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Le commence électronique considérations juridiques, Etude établie par le secrétariat de la CRUCED en 15 Mai 1998. A consulter sur: www.unctad.org/fr/docs/pobfb/f.pdf. p. 23. (Oct. 2009).

Costes L., Aspects Juridiques du commerce électronique, aux Etats-Unis Revue de Droit des Affaires Internationales, N° 1, 1998, p. 41 - 42 .

Costes Lionel, aperçu sur le droit du commerce électronique aux Etats Unis, droit et patrimoine, N° 55, dec 1997, p. 66.

D. Moreno, Le droit français et le commerce électronique, J.C.P.E., N° 4 Sup du N° 37 du 12 Sep 2002, p. 12.

D. Moreno, Le droit français et le commerce électronique, J.C.P.E., N° 4 Sup du N° 37 du 12 Sep 2002

De Juglart Michel, "L'obligation de renseignements dans les contrats", R.T.D.civ., 1945.

Deprez P. et Fauchoux V., Lois, Contrats et usages du multimédia, Ed. Dixit, à consulter sur: www.en-droit.com/intellex/ouvrages/lois-contratusage-multimedia.pdf, 2002, p.35-36 (jan. 2008).

E.Caprioli, Sécurité et confiance dans le commerce électronique, signature numérique et autorité de certification. JCP Ed. G .N° I, 123, 1998, p. 123.

E.Papin, projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique: www.Journaldunet.Com (Mars 2008).

Eloïse gratton, La responsabilité des prestataires techniques internet au Québec, intervention à la conférence organisée par le programme international de coopération scientifique, Montreal 7 Octobre 2004, a consulter sur : http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/gratton.html (Août 2010).

Eloïse Gratton, La responsabilité des prestataires techniques internet au Québec, intervention à la conférence organisée par le programme international de coopération scientifique, Montréal 7 Octobre 2004, à consulter sur : http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/gratton.html (aout 2010).

Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul, "Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales ", Journal du Droit International N° 2, Avril-mai-juin 1997, p. 350.

Éric Dubuisson, La personne virtuelle: propositions pour définir l'être juridique dans un échange télématique, Droit de l'informatique et des télécoms N° 5, 1995, p.3.

Etienne Wery, trafic d'organe sur le net : Jusqu'où aller trop loin?, A consulter sur http://www.droit-technologie.org/actuality-249/text/text/javascript (juin 2010).

F. Laberthe, La notion de document contractuel, L.G.D.J, 1994,

Françoise Laberthe, La notion de document contractuel, L.G.D.J., Paris, Bibliothèque de droit privé, 1994,

Frédérique Sabourin, Le conrat sans loi en droit international privé canadien, Exposé dans le cadre du XVIIe congrès de l'Académie Internationale de droit comparé (Utrecht, Pays-Bas, du 16 au 22 juillet 2006), in Revue Québécoise de droit international, N° 19, Fev. 2006.

G. Haas, L'internet et les éléments d'identification d'un site Web, G.P. du mercredi 22 au Jeudi 23 Jan. 1997, p.31.

Gavalda C, l'information de la protection des consommateurs dans certaines opérations de crédit, D., 1998, chr., p. 197.

Graham J.A., L'expression du consentement dans les contrats virtuelles en droit positif français, Article disponible sur: www.cbl-journal.de (Nov. 1999).

Grégoire L'oiseau, Noms de domaine et Internet: Turbulences autour d'un nouveau signe distinctif, D. 1999, Chron., p. 245.

Hamalian Seti, Internet: conflits et solutions :

http://www.lapointerosenstein.com/fichier/listelibrary/35/Sha-conflits.pdf, p.1.(Fév. 2010).

Hélène, l'achat des cigarettes en ligne devrait décoller, disponible sur www.01net.com (Sep. 2008)

Ian R. Kerr, Les dispositifs électroniques autonomes dans la Loi sur le commerce électronique, p. 8, Article à consulter sur: http://www.ulcc.ca/fr/cls/fkerr.pdf (Jan. 2010).

Iteanu O., Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, N° 5, Dec 1997, p. 52;

J. Geyler, la vente de tabac sur Internet, disponible sur www.droit-tic.com, p. 6 et s, (Mars 2008); G. Christophie, acheter son tabac sur le net est séduisant mais totalement illégal, art disponible sur www.Zdnet.fr (Jan. 2008);

J. Huet, Aspects juridiques du commerce électronique, Approche international, Les petites affiches, 26 Sep 1997, N° 116, p. 6.

J. Mestre, L'évolution des contrats en droit privé français, in l'évolution contemporaine du droit des contrats. Journées Savatier, 1985, p. 82.

J. Shmidt, La Sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.C., 1974, p. 46 et S.

J.A.Graham, l'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif français, article à consulter sur: www.cbl-journal.de (Jan. 2009).

J.A.Graham, l'expression du consentement dans les contrats virtuels en droit positif français, article à consulter sur: www.cbl-journal.de (Jan. 2009).

J.Passa, commerce électronique et protection du consommateur, Receuill Dalloz, Cahier droit des affaires, N° 6, du 7 Fev 2002, p. 557.

Jacques Mestre, D'une exigence de bonne foi à un esprit de collaboration, R.T.D. civ. 1986, p. 100.

Jérôme Huet, La modification du droit sous l'influence de l'informatique, J.C.P., 1993,I, 3095.

Joanna Schmidt-Szalewski, La sanction de la faute précontractuelle, R.T.D.Civ. 1974, p. 46 et S.

Karim Seffar et Karim Benyekhlef, Commerce électronique et normativités alternatives, University of Ottawa law & technology journal, 3:2 UOLTJ, 2006, p. 361.

L. Rozès, Projets et accords de principe, RTD. Com., 1998, p. 501 à 506.

Lamy de droit de l'informatique, N° 2550, p. 1492

Lamy, droit de l'informatique et des réseaux , 1998, n° 25 26, p. 1484

Le Tourneau ph., La rupture des négociations, R.T.D.Com., 1998, p. 488-489.

Lionel Costes, Aspects Juridiques Du Commerce Electronique Aux Etats-Unis;http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ibuslj14&div=6&id=&page= (Av. 2011).

Lionel Costes, Aperçu sur le droit du commerce électronique aux Etats-Unis, droit et patrimoine, N° 55, Dec. 1997, p. 66, A consulter sur: www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique/18-apercu-droit-commerce-electronique (Jan. 2010).

Lionel Costes, Transactions en ligne, paiement électronique, galeries marchandes virtuelles, Lamy droit de l'informatique, N° 97, nov 1997.

M.bourrie-quenillet, Les aspects juridiques du commerce électronique sur internet, Revue Communication - Commerce électronique, N° 6, juin 2000, p.6, disponible sur: www.cm-languedocroussillon.fr (Av.2000);

M.I.Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, ouvrage disponible sur : www.elec.com, (sept.1999), p. 27.

Murielle-Isabelle Cahen, La formation des contrats de commerce électronique, article à consulter sur :
www.juriscom;net/uni/mem/05/presentation.html (Juillet 2007), p. 48-49.

O.Iteanu, Les contrats du commerce électronique, Droit et patrimoine, Dec. 1997, N° 55, p. 52 - 55.

P. Hélène, l'achat de cigarettes en ligne devrait décoller, disponible sur www.01net.com (Sep. 2008).

Philippe Adrieu, Lien hypertexte, Encyclopédie juridique ds biens informatiques, disponible à : http://encyclo.erid.net/document.php?id=205 (Sep 2007).

Philippe Delebcque, Denis Mazeaud, Formation du contrat: www.lexinter.net/JF/negociation.html (Jan.2000).

Pierre Catala, L'informatique et l'évolution des modèles contractuels, JCP, 1993.

Poitier Isabelle, Le commerce électronique sur Internet, G.P., 4 Av. 1996, p. 298.

René Rodière, Etudes sur la dualité des régimes de responsabilité, 1ère partie : La réalité de la distinction entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle, J.C.P., 1950, 1, 861.

Richard Milchir, marques et noms de domaine de quelques problèmes actuels, Lamy droit commercial, Juillet 2000, Bulletin d'actualité, p. 2

Rondeau. D, L'impact de l'erreur dans les contrats de vente passés sur internet, G.P, du 20 au 24 Av. 2003, p. 25.

S.Dusollier, L.R.Jacquemyns, Le défi du droit face au commerce électronique: Les initiatives de l'Union Européenne, La revue des systèmes d'information et management? N° 1, Vol. 5, 2000, disponible sur http://www.revuesim.org/sim, (mars 2007).

Saleilles R., De la responsabilité précontractuelle, A propos d'une étude nouvelle sur la matière, R.T.D. Civ., 1907.

Schmidt-Sazalewski J., Les accords précontractuels en droit français, Article présenté lors du colloque de l'institut de droit des affaires d'Aix-en-Provence, Le 17-18 Mai 1990, publié in Les principales clauses conclus entre professionnels, P.U.A.M, 1990, p. 14

Schmidt-Sazalewski J., Négociation et conclusion des contrats, D. 1982, p.6. http://www.moft.gov.ae/images/dcontent/rules/27.pdf (Juin 2010).

Serge Parisien, un essai sur la mode formation des normes dans le commerce électronique, exposé présentait lors, du colloque "les autoroutes de l'information enjeux et défis, Lyon 6-8 dec 1995, www.Lex-electronic.org/articles/v2-1/parisien.html, (Août 2008).

Suchankova M., Les principes d'Unidroit et la responsabilité précontractuelle en cas d'échec des négociations, Rev. Dr. Aff. Int. , N° 6 1997, p. 691 et S.

T. Verbiest, Alcool et Internet, disponible sur : www.journaldunet.com Nov. 2008

Tarbaka, pharmacie en ligne: de la prescription à la proscription, disponible sur : www. Juriscom.net, (Av. 2009)

Thibault Verbiest, commerce électronique par téléphonie mobile et protection de l'utilisateur en droit belge, article à consulter sur : http://www.droit-technologie.org (Mars 2010).

Thibault Verbiset, LE nouveau droit du commerce électronique, Collection Droit des Technologies, L.G.D.J, 2005.

Thibault, vente et publicité en ligne de tabac: quel cadre juridique?. disponible sur : www.droittechnologie.org (Sep. 2008);

Thoumyre L., L'échange des consentements dans le commerce électronique. A consulter sur: http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm, (Dec.2009).

Tourneau ph., La rupture des négociations, R.T.D.Com., 1998.

Rondeau. D, L'impact de l'erreur dans les contrats de vente passés sur internet, G.P, du 20 au 24 Av. 2003, http://www.aujourdhui.ma/economie-details73340.html (Juin 2010).

Vincent Gautrais, Les Contrats de Cyberconsommation sont illégaux, Article publié en 2005 dans la Revue du Notariat, à consulter sur : www.gautrais.com (Av.2010).

Xavier Linaut de Bellefonds, la problématique française, colloque du 13 Mai 1998: commerce électronique et avenir des circuits de distribution, G.P, Dimanche 18 au Mardi 20, 1998; p. 17.

Zoia M., La notion de consentement à l'épreuve de l'électronique, Gaz. Pal. Du 15 juil. 2001, n° 196, p. 16-21.

Les lois, décrets et directives :

Loi N° 85-706, du 12 Juillet 1985, relative à la publicité en faveur des armes à feu et leurs munitions : www.Legifrance.gouv.fr. (Mai 2008).

Directive 97/7/ce du parlement européen et du conseil, du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, J.O. L 144 du 4.6.1997, p. 19, 1997

http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997L0007:20071225:FR:PDF (Dec. 2007).

Journal officiel des Communautés européennes L 178/1 Directive 2000/31/CE du PARLEMENT EUROPE EN ET DU CONSEIL, du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. A consulter sur ce lien : http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF, (Dec. 2007).

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O. du 22 juin 2004, disponible sur www.legifrance.gouv.fr (Jan. 2009).

Décret N° 2005-973 du 10 Août 2005, modifiant le décret N° 71-941 du 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, J.O. du 11 août 2005, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

Loi N° 94-665, du 4 Août 1995, relative à l'emploi de la langue française dite "loi Toubon", J.O, du 5 Août 1994. A consulter sur:

www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=vig (Janv. 2010).

Directive 2002/58/CE du Parlement Européen, du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), Journal officiel des Communautés européennes, N° 201, du 31/7/2002, p. 37.A consulter sur : http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucce/2b298.html. (Mars 2010).

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, J.O., du 22 juin 2004, disponible sur www.legifrance.gouv.fr (Jan .2009).

Loi N° 94-665, du 4 Août 1995, relative à l'emploi de la langue française dite "loi Toubon", J.O, du 5 Août 1994. A consulter sur :

www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=vig (Janv. 2010).

Loi N° 85-706, du 12 Juillet 1985, relative à la publicité en faveur des armes à feu et leurs munitions : www.Legifrance.gouv.fr. (Mai 2008).

Directive 2002/58/CE du Parlement Européen, du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), Journal officiel des Communautés européennes, N° 201, du 31/7/2002, p. 37.

Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement, Le commence électronique considérations juridiques, Etude établie par le secrétariat de la CRUCED en 15 Mai 1998. A consulter sur: www.unctad.org/fr/docs/pobfb/f.pdf. p. 23. (Oct. 2009).

Journal officiel des Communautés européennes L 178/1 DIRECTIVE 2000/31/CE DU PARLEMENT EUROPE EN ET DU CONSEIL, du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur. A consulter sur ce lien :

http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF(Dec. 2007)

Décret N° 2005-973 du 10 Août 2005, modifiant le décret N° 71-941 du 26 nov. 1971, relatif aux actes établis par les notaires, J.O. du 11 août 2005, disponible sur : www.legifrance.gouv.fr

Arrêts judicaires :

- T.G.I, de Nîmes, 29 Juin 1982, D. 1983. Juris, p. 13, note J. Pansier.
- CA. Rennes, 31 Mai 2000, disponible sur : www.Legifrance.gouv.fr. (Mai 2008).
- Cass. Crim , 30 Jan. 2001 Arrêt N° 685, J.C.P, 25 Av. 2001, p.820 et s.
- Cass.com, Mars 1990, J.C.P, 1990, 21583
- Cour d'appel de Caen CT0037 26 juin 2008 N° 06/2727,
- http://decouvrir.dalloz.fr/Jurisprudences/frameset/navResultatsRech.aspx?idResult=3&noPage=1&idOnPage=hl1&componentId=Acd7547eb-8baf-4fed-aee8-a0eaa9c8c4c4&proxyDocument=PRODUCTS&proxyDocumentCap=582 (Oct.2009).
- Tribunal de Grande Instance de Paris : http://legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2846 (jan. 2011).
- Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 2 Arrêt du 03 septembre 2010 eBay/Parfums Christian Dior, Kenzo Parfums, Parfums Givenchy, Guerlain, 03/09/2010 http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2972 (Av.2011).
- Cour d'appel de Caen CT0037 26 juin 2008 N° 06/2727, http://decouvrir.dalloz.fr/Jurisprudences/frameset/navResultatsRech.aspx?idResult=3&noPage=1&idOnPage=hl1&componentId=Acd7547eb-8baf-4fed-aee8-a0eaa9c8c4c4&proxyDocument=PRODUCTS&proxyDocumentCap=582 (Oct.2009).
- Cour d'appel de Reims Chambre civile, 1ère Section Arrêt du 20 juillet 2010 eBay France et International/Hermès International, Cindy F, (20/07/2010), http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2960, (Avr. 2011).
- Cour d'appel de Paris Pôle 5, chambre 2 Arrêt du 03 septembre 2010 eBay Inc et eBay International AG /Louis Vuitton Malletier, 03/09/2010 http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2973, (Avr. 2011).
- Cass. Crim , 30 Jan. 2001 Arrêt N° 685, J.C.P, 25 Av. 2001
- Cass.com, 6 Mars 1990, bull Iv, n° 74, à consulter sur : www.legifrance.gouv.fr
- Cass. Civ. du 19/1/1977, D. 1977, à consulter sur : www.legifrance.gouv.fr
- Chambre de commerce et d'industrie de Paris pour un contrat type de commerce électronique, 27 Mars 1997, p. 12, (document en pdf), à consulter sur: www.ccip.fr (juin 2009).
- C.A Paris, 5ème ch. Section A, 2 Mars 2005, disponible sur www.legifrance.gouv.f (juin 2009).

Les Rapports :

- Conseil d'Etat, Section du rapport et les études, Internet et les réseaux numériques. Étude adoptée par l'assemblée Général du conseil d'Etat, le 2 juillet 1998, p. 64.

A consulter sur :

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-ublics/984001519/index.shtml, (Mai 2009).

- Politique de Certification de référence, PC-type d'un PSCE «en application des dispositions de l'article 7 du modèle de cahier des charges, devant accompagner la demande d'agrément d'un prestataire de services de certification électronique, annexé à l'arrêté n°154-10 du 05 rabii II 1431 (22 mars 2010)» Version 1.1 (Avril 2011); A consulter sur :

http://www.egov.ma/SiteCollectionDocuments/PC_AC_Classe3_Signature.pdf (juin 2011).

- Internet et les réseaux numériques: Étude adoptée par l'assemblée générale du conseil d'Etat, le 2 Juillet La documentation Française, 1998.

- Pierre Laffitte et René Tregouet, Les conséquences de l'évolution scientifique et technique dans le secteur des télécommunications, rapport d'information 159 (2001-2002), O.P.D.C.S.T. A consulter sur : www.senat.fr/rap/r01-159mono.html (jan. 2009).

John Fisher, Computers as agents: A proposal approach to revised U.C.C. article 2, Indiana, journal, 72, 1997.

"Unsolicited commercial Electronic mail act" Rept. 107th Congress, 1st session, House of Representatives 107-41.

A consulter sur: http://commerce.senate.gov/pdf/burns877.pdf, (Mars 2008).

Edwards Lilian Waelde charlotte, Law and the internet, Regulating Cyberspace, Hart publishing, Oxford, U.K, 1997.

Edwards Lilian Waelde charlotte, Law and the internet, Regulating Cyberspace, Hart publishing, Oxford, U.K, 1997, p. 115.

Felix Jose, consumer interests in the computer Age, Paper Presented for the international Conference on "E-commerce and legal Vaccum", 2-4 April 2001.

Frederic William Netzke, a Softaware law primer, Van Nostrand Renhold Compagny Ine, Newyork, 1984,

Furmston M., Norisada T., Poole J., Contract formation and letter of intent, John willey & sons, Chichester, New York, weinheim, Brisbane, Singapore, Toronto, 1998.

Graham Allan, Electronic Trade: Contractual niceties in Hyperspace, Baker & McKenzie, London, p. 7. at: www.baker.com.hk/publicat/europe/alrt16/t-19august1998, (juin 2009).

Hetcalfes Solicitors New service, Resolve, June 1999, contracting over the internet: www. Metcalfes.co.uk/news/resolve/Ro699/Internet.html (Dec. 2009).

John fisher, Computers as agents: a proposal approach to rebised U.C.C, article 2, Indiana, L.J. 72, 1997.

Marry Jr., E-contracts present courts with special legal Challenger, Purchasing, Vol. 129, Issue 3, 8/24/2000, p. 119-21, Data base EBSCO (1 Feb 2003);

Michael Chissick, Alistrain kelma, E -Commerce, a guide to the law of electronic business, London, 2000,

Michael S.Baum, Henry H. Perrit, Electronic contracting, publishing and EDI, Law Willy Publication, New York, 1991.

Pacini Carl, Andrews christing, Hillison William, Contracting in cyberspace, CPA Journal, Vol. 72, Issue 3, Mar. 2003, p. 4.

Pro CD, Inc.V. zeidenberg, 900F, sep. 640 (W.D.Wis 1996) in Felix Jose, consumer interests in the computer Age, Paper Presented for the international Conference on "E-commerce and legal Vaccum", 2-4 April 2001, Ajman, University for Science and Technology, p. 3.

Tome Allen - Robin Widdison, Can computers make contracts?, Harvard Journal of Law and technology, 9-1, 1996, p. 23.

Les liens des sites utilises dans la documentation

http://adala.justice.gov.ma/AR/DocumentViewer.aspx?id=D%3a\production\html\ar\7975.htm%40arcoll (Mai 2009).

http://ar.jurispedia.org/index.php/97_قانون_مدني_مادة_(eg) (juin 2011).

http://commerce.senate.gov/pdf/burns877.pdf, (Mars 2008).

http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V01/872/64/PDF/V0187264.pdf?OpenElement (Juin 2010).

http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/LTD/V03/907/64/PDF/V0390764.pdf?OpenElement (dec. 2009).

http://daccess-ods.un.org/TMP/9469217.html (Jan. 2009).

http://decouvrir.dalloz.fr/Jurisprudences/frameset/navResultatsRech.aspx?idResult=3&noPage=1&idOnPage=hl1&componentId=Acd7547eb-8baf-4fed-aee8-a0eaa9c8c4c4&proxyDocument=PRODUCTS&proxyDocumentCap=582 (Oct.2009).

http://encyclo.erid.net/document.php?id=205 (Sep 2007).

http://eur.lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1997L0007:20071225:FR:PDF (Dec. 2007).

http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:FR:HTML (Mai 2010).

http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2000:178:0001:0016:FR:PDF (Juin 2011).

http://fr.wikipedia.org/wiki/3G (Avril 2010).

http://heinonline.org/HOL/LandingPage?collection=journals&handle=hein.journals/ibuslj14&div=6&id=&page= (Av. 2011).

http://helmylawyers.maktoobblog.com/3905-2006-لسنة-1-رقم-الاماراتي-الاتحادي-القانون-ف/(Jan.2011).

http://legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=2846 (jan. 2011).

http://sudanian.jeeran.com/archive/2008/1/430112.html (Dec.2008).

http://www.anrt.ma/fr/content/download_detail.php?id_page=21&id_sous_page=0&RefNiv=0&Ref=1938&aff=0; (Mai 2011).

http://www.ar.wikipedia.org (jan.2008)

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=15 (Dec.2008).

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=6 (Dec.2008).

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=70 (Dec.2008).

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=71 (Dec.2008).

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=75 (Dec.2008).

http://www.arab-elaw.com/show_similar.aspx?id=76 (Dec.2008).

http://www.aujourdhui.ma/economie-details73340.html (Juin 2010).

http://www.c4arab.com/showae.php?acid=12 (jan.2008).

http://www.cisg.law.pace.edu/cisgarabic/middleast/cisg_arabic.htm (Mars 2011).

http://www.cybersettle.com/pub/home/about.aspx (Avr. 2011).

http://www.droit.umontreal.ca/~gagnonc/travaux/consentement.html (Mars 2008).

http://www.droit-technologie.org/actuality-249/text/text/javascript (juin 2010).

http://www.droit-technologie.org/dossier-40/la-directive-du-8-juin-2000-sur-le-commerce-electronique-un-cadre-ju.html, (Mars 2007).

http://www.glose.org/mem014-htm.htm (juin 2010).

http://www.incb.org/pdf/ungass/ar/UNGASS_INCB_Report-Arabic.pdf (Jan. 2011).

http://www.ita.gov.om/ITAPortal_AR/Pages/Page.aspx?NID=1&PID=7&LID=3 (Dec. 2008).

http://www.kenanaonline.com/ws/khaled17/blog/79346/page/1, (Dec. 2009).

http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-ublics/984001519/index.shtml, (Mai 2009).

http://www.lapointerosenstein.com/fichier/listelibrary/35/Sha-conflits.pdf, p.1.(Fév. 2010).

http://www.law.upenn.edu/library/ulc/ucce/2b298.html. (Mars 2010).

http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=353 (juin 2008).

http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2973 (Avr.2011).

http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2960, (Avr.2011).

- http://www.legalis.net/spip.php?page=breves-article&id_article=2972 (Av.2011).
- http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/gratton.html (Août 2010).
- http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm, (Dec.2009).
- http://www.lexinter.net/JF/principes_d%27unidroit.htm#ARTICLE_2.1.15 (Fev. 2001)
- http://www.lob.gov.jo/ui/laws/search_no.jsp?no=43&year=1976 (juin 2011).
- http://www.mapara.ma.
- http://www.mcit.gov.sa/NR/rdonlyres/32961456-5A71-4374-B175-515BB50FC999/0/Cybercrimeact.pdf (Juin 2010).
- http://www.mofa.gov.sa/Detail.asp?InSectionID=5800&InNewsItemID=87827 (Dec.2008).
- http://www.moft.gov.ae/images/dcontent/rules/27.pdf (Juin 2010).
- http://www.revuesim.org/sim, (mars 2007).
- http://www.tahkeem.com/adr.htm (Avr. 2011).
- http://www.ulcc.ca/fr/cls/fkerr.pdf (Jan. 2010).
- http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs275/ar/index.html. (2010 يونيو).
- https://www.inhope.org/en/index.html .(2011 يناير)
- J.O.C.E., L.144 du 4 Juin 1997, p. 19. A consulter sur :
- ww.techdata.com/image/sd/tecdat/1195.PDF, p. 1 (Oct. 2009).
- www. Metcalfes.co.uk/news/resolve/Ro699/Internet.html (Dec. 2009).
- www.01net.com (Sep. 2008).
- www.Aleqt.com/2006/12/07/article_7223.html (Fév.2009).
- www.anrt.net.ma/arb/content/main.php?id_page=5&id_sous_page=2&RefNiv=0 (Oct. 2009).
- www.ArabLawInfo.com (Juin 2008).
- www.arablaws.org/board/showthread.php?t=3308&goto=nextnewst,2007 (Jan.2008).
- www.baker.com.hk/publicat/europe/alrt16/t-19august1998, (juin 2009).
- www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique/18-apercu-droit-commerce-electronique (Jan. 2010).
- www.cbl-journal.de (Nov. 1999).
- www.ccip.fr (juin 2009).
- www.cm-languedocroussillon.fr (Av.2000);

- www.ecommerce.gov/Framework-html (jan. 2009)
- www.elec.com, (sept.1999).
- www.en-droit.com/intellex/ouvrages/lois-contratusage-multimedia.pdf, 2002
- www.en-droit.com/intellex/ouvrages/lois-contratusage-multimedia.pdf, 2002, (jan. 2008).
- www.eridia.com, (Av. 2009).
- www.gautrais.com (Av.2010).
- www.haca.ma/html/Ar/dahir_1_97_162.htm#_ftn4 (Oct. 2009).
- www.juriscom;net/uni/mem/05/presentation.html (Juillet 2007), p. 48-49.
- www.justice.gouv.fr (jan.2009).
- www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005616341&dateTexte=vi (Janv. 2010).
- www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721 (Jan. 2010).
- www.lex-electronica.org (Oct. 2008).
- www.lexinter.net/JF/negociation.html (Jan.2000).
- www.microchoix.ma/cgv.asp (Mars 2010)
- www.senat.fr/rap/r01-159mono.html (jan. 2009).
- www.unctad.org/fr/docs/pobfb/f.pdf. p. 23. (Oct. 2009).
- www.unictral.org/stable/ml-ecomm-a/pdf (mai 2008).
- www.verisign.com
- www.Zdnet.fr (Jan. 2008).

الفهرس

مـــقـــدمـــة 1
القســـــم الأول الإطار القانوني للعقد المبرم بطريقة إلكترونية 17
الباب الأول الأحكام العامة للعقد المبرم بطريقة إلكترونية 20
الفصل الأول الماهية القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية، وسماته المميزة له عن غيره من العقود 22
الفرع الأول: الماهية القانونية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية 25
المبحث الأول: تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية من خلال رصد المواقف الفقهية 27
المطلب الأول: رصد لمختلف المواقف الفقهية من تعريف العقد المبرم إلكترونيا 27
المطلب الثاني: الانتقادات الموجهة لهذه التعريفات 34
المبحث الثاني: المواقف التشريعية من العقد المبرم بطريقة إلكترونية 44
المطلب الأول: موقف القوانين الأجنبية والمنظمات الدولية من مسألة تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية 45
المطلب الثاني: موقف القوانين العربية من مسألة تعريف العقد المبرم بطريقة إلكترونية 49
الفرع الثاني: سمات العقد المبرم بطريقة إلكترونية 62
المبحث الأول: الخصائص الأساسية للعقد المبرم بطريقة إلكترونية 62
المطلب الأول: العقد المبرم بطريقة إلكترونية متميز من حيث الوسيلة التي يبرم بها 62
المطلب الثاني: العقد المبرم بطريقة إلكترونية من العقود المبرمة عن بعد 64
المطلب الثالث: العقد المبرم بطريقة إلكترونية بين الطابع المدني والصفة التجارية 70
المبحث الثاني: العقد المبرم بطريقة إلكترونية بين مبدإ حرية التفاوض وصفة الإذعان 73
المطلب الأول: مناقشة المواقف الفقهية من مسألة إضفاء صفة الإذعان على العقد المبرم بطريقة إلكترونية 74
المطلب الثاني: رأينا الخاص من مسألة الإذعان في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 78
الفصل الثاني: تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عما قد يتشابه معه من عقود أخرى تبرم في نفس البيئة 80
الفرع الأول: تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن غيره من العقود المشابهة، من حيث طريقة الانعقاد 81
المبحث الأول: تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقد المبرم بوسائل الاتصال التقليدية 81
المطلب الأول: تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن التعاقد عن طريق التلفزيون 82
المطلب الثاني: تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقد المبرم بواسطة التلكس والفاكس 84
المبحث الثاني: تمييز العقد المبرم بطريقة إلكترونية عن العقود المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة 86
المطلب الأول: التعاقد بطريقة إلكترونية والتعاقد عن طريق الكتالوج 86
المطلب الثاني: التمييز بين العقد المبرم بطريقة إلكترونية والعقد المبرم عبر الهاتف 87
الفرع الثاني: تكييف العقد المبرم في بيئة إلكترونية، ومدى انطباق وصف العقد المبرم بطريقة إلكترونية عليه 91
المبحث الأول: عقود الخدمات المعلوماتية 92
المطلب الأول: عقد الدخول إلى شبكة الإنترنت 92
المطلب الثاني: عقد الإيجار المعلوماتي 94
المطلب الثالث: عقد إنشاء المتجر الافتراضي 96
المطلب الرابع: عقد الاشتراك في البنوك والقواعد الإلكترونية للمعلومات أو البيانات 99
المطلب الخامس: عقد تقديم خدمة البريد الإلكتروني 100
المبحث الثاني: عقود الصناعة المعلوماتية 101
المطلب الأول: عقد التوريد المعلوماتي 102

المطلب الثاني: عقد استصناع برامج الحاسوب 103
الباب الثاني: الأحكام الخاصة بالعقد المبرم بطريقة إلكترونية 106
الفصل الأول: أحكام خاصة في صحة الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية 108
الفرع الأول: خصوصية التعبير إلكترونيا عن الإرادة في العقدالمبرم بطريقة إلكترونية 111
المبحث الأول: مدى جواز التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية والاستثناءات الواردة على ذلك 112
المطلب الأول: مدى جواز التعبير عن الإرادة في القوانين الوطنية وفي الاتفاقيات الدولية 113
الفقرة الأولى: رصد موقف الفقه القانوني من مسألة جواز التعبير عن الإرادة من خلال الوسائل الإلكترونية 114
الفقرة الثانية: مدى جواز التعبير عن الإرادة بوسائط إلكترونية في التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية 115
المطلب الثاني: الاستثناء عن جواز التعبير عن الإرادة بوسيلة إلكترونية 121
المبحث الثاني: طرق التعبير إلكترونيا عن الإرادة واللغة المستعملة في ذلك 123
المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة بطريقة إلكترونية 125
الفقرة الأولى: التعبير إلكترونيا عن الإرادة باستخدام البريد الإلكتروني 125
الفقرة الثانية: التعبير عن الإرادة إلكترونيا من خلال التنزيل عن بعد 130
الفقرة الثالثة: التعبير عن الإرادة من خلال المواقع الإلكترونية 130
الفقرة الرابعة: التعبير عن الإرادة إلكترونيا من خلال غرف المحادثة أو الدردشة 134
الفقرة الخامسة: التعبير عن الإرادة بواسطة الوكيل الإلكتروني 135
المطلب الثاني: اللغة المستعملة في التعبير إلكترونيا عن الإرادة 146
الفقرة الأولى: إشكالية اللغة في العقد المبرم إلكترونيا 146
الفقرة الثانية: استخدام اللغة الوطنية في المعاملات والعقود المبرمة بطريقة إلكترونية 147
المبحث الثاني: عيوب الإرادة المعبر عنها بطريقة إلكترونية 153
المطلب الأول: الغلط والتدليس في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 154
الفقرة الأولى: الغلط الواقع من المتعاقد بطريقة إلكترونية 155
الفقرة الثانية: التدليس في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 166
المطلب الثاني: الإكراه والغبن في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 171
الفقرة الأولى: الإكراه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 171
الفقرة الثانية: الغبن والغبن الاستغلالي 172
- الغبن 172
- الغبن الاستغلالي 173
الفرع الثاني: خصوصية الأهلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 176
المبحث الأول: الماهية القانونية للأهلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 178
المطلب الأول: أهلية الشخص الطبيعي لإبرام عقد بطريقة إلكترونية 179
الفقرة الأولى: الشروط الشخصية للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات 188
الفقرة الثانية: الشروط الموضوعية للاحتجاج بالتوقيع الإلكتروني في الإثبات 189
المطلب الثاني: أهلية الوسيط الإلكتروني المؤتمت 190
المبحث الثاني: تحري سلامة الإرادة في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 195
المطلب الأول: الوسائل التقنية للتحقق من أهلية وهوية الأطراف المتعاقدة 197

الفقرة الأولى: دور سلطات التصديق الالكتروني في التحقق من هوية وأهلية الطرفين المتعاقدين إلكترونيا..... 197
الفقرة الثانية: تقنية الجدار الناري 198
الفقرة الثالثة: تقنية التوثق من المواقع 199
الفقرة الرابعة: تقنية العنوان الرقمي واسم الدومين..... 199
الفقرة الخامسة: تقنية الوسيط الإلكتروني الضامن 204
المطلب الثاني: التقنيات القانونية لتحري سلامة الإرادة المعبر عنها إلكترونيا والتوثق من أهلية المتعاقدين 204
الفقرة الأولى: إسناد الرسالة إلى منشئها 206
الفقرة الثانية: التوقيع الإلكتروني وسيلة فعالة للتحقق من أهلية وهوية المتعاقدين 212
الفصل الثاني: أحكام خاصة بمحل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 215
الفرع الأول: خصوصية المحل في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 218
المبحث الأول: الشروط الخاصة بالمحل في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 219
المطلب الأول: أن يكون محل العقد موجودا أو ممكنا 221
المطلب الثاني: مدى انطباق صفة التعيين على الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 223
المطلب الثالث: مشروعية محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 226
المبحث الثاني: القيود الواردة على محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 232
المطلب الأول: القيود الخاصة بتداول المنتجات الصيدلية عبر الإنترنت..... 232
المطلب الثاني: حظر الإتجار في منتجات التبغ والمشروبات الكحولية عبر الإنترنيت 235
المطلب الثالث: القيود الواردة على تداول الأسلحة النارية، وألعاب القمار، واليانصيب عبر الإنترنيت 238
الفرع الثاني: مدى تطلب العقود المبرمة بطريقة إلكترونية لشكلية معينة..... 241
المبحث الأول: المقاربة النظرية للشكلية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 242
المطلب الأول: وجوب كتابة العقد في محرر إلكتروني 246
المطلب الثاني: وجوب وجود بيانات خاصة مكتوبة بخط يد المتعاقد 250
المبحث الثاني: استثناء بعض التصرفات من أن تفرغ في الشكل الإلكتروني 255
خلاصة القسم الأول:..... 258

القسم الثاني: انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية 260
الباب الأول: أحكام التراضي في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 262
الفصل الأول: الإيجاب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 264
الفرع الأول: إيجاب أم عرض إلكتروني ؟: نحو توصيف جديد لمفاهيم قانونية حديثة في نظرية العقد في القانون المغربي 267
المبحث الأول: الماهية القانونية للعرض المعبر عنه إلكترونيا، صوره، وخصائصه 268
المطلب الأول: الماهية القانونية للعرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية 268
الفقرة الأولى: تكييف مصطلح "العرض"، ومقارنته بالمفهوم القانوني للإيجاب، وما قد تتشابه معه من مفاهيم أخرى.... 269
الفقرة الثانية: مواقف التشريعات المقارنة من العرض المعبر عنه إلكترونيا 281
المطلب الثاني: خصائص، وصور العرض المعبر عنه إلكترونيا 289
الفقرة الأولى: خصائص العرض أو الإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية 289
الفقرة الثانية: صور العرض الإلكتروني 292
- العرض الإلكتروني عبر المواقع الإلكترونية 292
- العرض بواسطة المراسلات الإلكترونية 293
- العرض المعبر عنه من خلال المحادثة التفاعلية عبر الإنترنيت 293
- المناقصات الإلكترونية والبيوع الإلكترونية العلنية، طرق جديدة للتعبير إلكترونيا عن الإرادة..... 293
المبحث الثاني: التنظيم القانوني للعرض أو الايجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية 293
المطلب الأول: التزام المتعاقد بالعرض المعبر عنه إلكترونيا 293
الفقرة الأولى: الطبيعة القانونية لالتزام العارض المهني بطريقة إلكترونية 295
الفقرة الثانية: البيانات اللازم الإدلاء بها في العرض الإلكتروني..... 299
أولا: الخصائص الأساسية للشيء محل العرض الإلكتروني، وشروط بيعه 302
ثانيا: الشروط الضرورية لإبرام العقد وتنفيذه..... 303
المطلب الثاني: إشكاليات خاصة بالإيجاب المعبر عنه بطريقة إلكترونية 310
الفقرة الأولى: الخطأ في التعبير عن العرض، أو تحريفه، أو غموضه 310
الفقرة الثانية: الغلط الواقع من جهازين مبرمجين للتعاقد 311
المبحث الثالث: أثر العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية..... 312
المطلب الأول: مدى ما للإيجاب أو العرض المعبر عنهما بطريقة إلكترونية من قوة ملزمة 313
الفقرة الأولى: القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب في التعاقد من خلال التفاعل المباشر فيما بين المتعاقدين 314
الفقرة الثانية: القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب من خلال التعاقد عبر الموقع الإلكتروني 315
الفقرة الثالثة: القوة الملزمة للعرض أو الإيجاب من خلال التعاقد عبر البريد الإلكتروني..... 316
المطلب الثاني: سقوط العرض أو الإيجاب المعبر عنهما بطريقة إلكترونية 319
الفقرة الأولى: سقوط العرض المعبر عنه إلكترونيا بانقضاء مدته، أو بانفضاض مجلس العقد المؤقت 319
الفقرة الثانية: إلغاء العرض المعبر عنه بطريقة إلكترونية 320
الفقرة الثالثة: سقوط العرض برفضه من طرف من وجه إليه..... 320
الفرع الثاني: النظام القانوني لمرحلة ما قبل التعاقد إلكترونيا..... 323
المبحث الأول: ماهية المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية، وآلياتها 324
المطلب الأول: ماهية المفاوضات بطريقة إلكترونية، الأهداف والآليات 325

الفقرة الأولى: المفاوضات في العقد المبرم بطريقة إلكترونية: الماهية القانونية والأهداف 326
أولا- الماهية القانونية للمفاوضات حول العقد المبرم بطريقة إلكترونية 326
ثانيا- أهمية وأهداف المفاوضات في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 331
الفقرة الثانية: آليات التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 335
أولا- وسائل التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 336
ثانيا- عناصر التفاوض في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 342
المطلب الثاني: الالتزامات التي تتخلل مرحلة المفاوضات حول العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 343
الفقرة الأولى: الالتزامات الأساسية الناشئة عن المفاوضات في إطار المسؤولية التقصيرية 343
الفقرة الثانية: الالتزامات الناشئة عن المفاوضات الالكترونية في إطار المسؤولية العقدية 351
المبحث الثاني: الاتفاقات والعقود التي قد تبرم خلال مرحلة المفاوضات الإلكترونية، ومدى قيمتها القانونية 360
المطلب الأول: الاتفاقات والعقود المبرمة خلال مرحلة التفاوض بطريقة إلكترونية 362
الفقرة الأولى: الوعد بالتعاقد بطريقة إلكترونية 362
الفقرة الثانية: عقد التفاوض الإلكتروني المبدئي 362
الفقرة الثالثة: العقد الابتدائي الإلكتروني 366
الفقرة الرابعة: الاتفاقيات الجزئية المنظمة لمرحلة التفاوض الإلكتروني 367
المطلب الثاني: القيمة القانونية للاتفاقيات التي تتخلل مرحلة التفاوض الالكتروني 372
الفقرة الأولى: الملامح العامة للقيمة القانونية للاتفاقات قبل العقدية في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 372
الفقرة الثانية: القيمة القانونية لكل اتفاق على حدة 374
المبحث الثالث: المسؤولية والجزاء خلال مرحلة التفاوض إلكترونيا 379
المطلب الأول: الطبيعة القانونية للمسؤولية الناتجة عن مرحلة التفاوض إلكترونيا 380
الفقرة الأولى: نظرية المسؤولية العقدية عن الخطأ قبل التعاقدي 380
الفقرة الثانية: نظرية المسؤولية التقصيرية عن الخطأ قبل التعاقدي 386
الفقرة الثالثة: نظرية المسؤولية الخاصة عن الخطأ قبل التعاقدي 391
المطلب الثاني: موقفنا الخاص من طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد بطريقة إلكترونية 392
الفقرة الأولى: تكييف المسؤولية السابقة عن التعاقد كمسؤولية عقدية 393
الفقرة الثانية: حالات قيام المسؤولية التقصيرية قبل العقدية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 394
الفصل الثاني: خصوصية القبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 403
الفرع الأول: النظام القانوني للقبول في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 405
المبحث الأول: الماهية القانونية للقبول المعبر عنه إلكترونيا، ومدى صفته الإذعانية 406
المطلب الأول: الماهية القانونية للقبول المعبر عنه إلكترونيا، وطرق التعبير عنه 406
الفقرة الأولى: الماهية القانونية للقبول المعبر عنه إلكترونيا 406
الفقرة الثانية: طرق التعبير عن القبول في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 408
المطلب الثاني: الشروط اللازم توافرها في القبول المعبر عنه إلكترونيا، ومدى صفته الإذعانية 417
الفقرة الأولى: مضمون الشروط اللازم توافرها في القبول المعبر عنه إلكترونيا 417
الفقرة الثانية: مدى توافر صفة الإذعان في القبول المعبر عنه بطريقة إلكترونية 422
المبحث الثاني: حالات خاصة بالقبول المعبر عنه إلكترونيا 426

المطلب الأول: حالات خاصة بالقبول مرتبطة بشخص المتعاقد 426
الفقرة الأولى: حالة الموت أو فقد الأهلية بالنسبة لأحد الطرفين المتعاقدين 426
أولا: أثر الموت أو فقد الأهلية على العارض المهني الإلكتروني 427
ثانيا: أثر الموت أو فقد الأهلية على من وجه إليه العرض الإلكتروني 428
ثالثا: حالة القبول الصادر عن القاصر 429
الفقرة الثانية: القبول الصادر عن نظام معلوماتي مؤتمت 431
المطلب الثاني: مدى اعتبار السكوت قبولا في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 433
الفقرة الأولى: المواقف الفقهية من مسألة السكوت عن الرد بالقبول إلكترونيا 433
الفقرة الثانية: رصد التوجهات التشريعية من مسألة السكوت في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 435
الفرع الثاني: المجلس المؤتمت للعقد المبرم بطريقة إلكترونية 438
المبحث الأول: الأحكام القانونية الخاصة بزمن إبرام عقد بطريقة إلكترونية على ضوء النظريات الفقهية والمواقف التشريعية 440
المطلب الأول: زمن انعقاد العقد المبرم بطريقة إلكترونية على ضوء النظريات الفقهية والمواقف التشريعية 440
الفقرة الأولى: المواقف الفقهية من مسألة تحديد زمن العقد المبرم بطريقة إلكترونية 440
الفقرة الثانية: مدى إمكانية تطبيق النظريات الفقهية الكلاسيكية على مسألة زمن العقد المبرم بطريقة إلكترونية 448
المطلب الثاني: وقت إبرام العقد من خلال المواقف التشريعية: (القوانين الوطنية والاتفاقيات الدولية) 457
الفقرة الأولى: الأحكام القانونية الخاصة بمسألة زمن إبرام العقد بطريقة إلكترونية 458
الفقرة الثانية: رصد لمواقف التشريعات الدولية من مسألة زمن إبرام العقد بطريقة إلكترونية 464
المبحث الثاني: الأحكام القانونية الخاصة بمكان إبرام العقد المبرم بطريقة إلكترونية 471
المطلب الأول: المواقف الفقهية بخصوص مسألة مكان إبرام العقد بطريقة إلكترونية 472
المطلب الثاني: رصد التوجهات التشريعية بخصوص مسألة مكان العقد المبرم بطريقة إلكترونية 474
الباب الثاني: آثار التراضي في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 487
الفصل الأول: الالتزامات الواقعة على العارض المهني بطريقة إلكترونية 490
الفرع الأول: الأحكام الخاصة بتسليم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 492
المبحث الأول: التزام البائع أو المورد المهني بطريقة إلكترونية بالتسليم 494
المطلب الأول: الأحكام الخاصة بتسليم الأشياء المادية 497
المطلب الثاني: الأحكام الخاصة بتسليم الأموال المعنوية في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 508
المبحث الثاني: الضمانات الملقاة على عاتق البائع بطريقة إلكترونية 510
المطلب الأول: مدى ضمان العيب في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 511
المطلب الثاني: ضمان التعرض والاستحقاق في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 514
الفرع الثاني: المسؤولية المترتبة عن عدم تسليم الشيء في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 518
المبحث الأول: تبعة هلاك المبيع قبل التسليم 519
المبحث الثاني: جزاء الإخلال بالتسليم 520
الفصل الثاني: التزامات المتعاقد معه في العقد المبرم بطريقة إلكترونية 524
الفرع الأول: التزام المشتري بتسلم محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 525
المبحث الأول: أحكام تسلم الشيء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 526
المبحث الثاني: الجزاء المترتب عن الإخلال بالالتزام بالتسلم 530

الفرع الثاني: التزام المتعاقد معه بأداء محل العقد المبرم بطريقة إلكترونية 531
المبحث الأول: خصوصية الأداء أو الوفاء في العقود المبرمة بطريقة إلكترونية 532
المبحث الثاني: وسائل الأداء أو الوفاء بطريقة إلكترونية 538
المطلب الأول: الوسائط الإلكترونية المصرفية المستخدمة في الوفاء بطريقة إلكترونية 539
الفقرة الأولى: الدفع عن طريق التحويل الإلكتروني المصرفي 540
الفقرة الثانية: الأداء بالبطاقة البنكية 542
المطلب الثاني: الوسائط الإلكترونية الجديدة في الأداء بطرق إلكترونية 546
الفقرة الأولى: الدفع عبر الهاتف المحمول أو الهاتف المصرفي 546
الفقرة الثانية: المقاصة الإلكترونية المصرفية والإنترنيت المصرفي 547
الفقرة الثالثة: المحفظة الإلكترونية 547
الفقرة الرابعة: بطاقة الإنترنيت 547
الفقرة الخامسة: السندات الإلكترونية 547
الفقرة السادسة: النقود الإلكترونية 548
خلاصة القسم الثاني 553
خاتمـــة 555
قائمة المراجع 569
الفهرس 614