



## انعقاد العقد الإلكتروني

إعداد الأستاذ الدكتور/ نزيه محمد الصادق المهدي

أستاذ القانون المدني - بكلية الحقوق - جامعة القاهرة

### تمهيد وخطة البحث:

لما كان التعاقد الإلكتروني قد فرض نفسه كظاهرة عصرية ناتجة عن استخدام التكنولوجيا الحديثة والوسائل التقنية الإلكترونية في مجال العقود والمعاملات المدنية والتجارية، لذلك أصبح من الضرورة الحتمية اتجاه الأبحاث القانونية إلى تنظيم هذه الظاهرة العصرية بما يحقق تلاؤم واندماج الوسائل التقنية الإلكترونية في الجوانب القانونية اندماجاً متوازناً يحدد كيفية استخدام هذه الوسائل التقنية الإلكترونية في مجال العقود والمعاملات المدنية والتجارية بما يضمن إحداث أثرها القانوني الملزم، وعدم تأثير تلك الوسائل الفنية على التنظيم القانوني لهذه المعاملات بل على العكس من ذلك، مراعاة الطبيعة القانونية الحديثة لهذه المعاملات واستخدام الوسائل الإلكترونية في تسهيل هذه المعاملات والتقريب بين المتعاقدين عن بُعد والتعاقد بين غائبين والمعاملات والعقود الدولية بواسطة هذه الوسائل التقنية الإلكترونية، بما يحقق عدم التحريف أو التشويه في الأثر القانوني لهذه المعاملات القانونية، ويعالج موضوع انعقاد العقد الإلكتروني، تحقيق هذا التوازن والتوافق والانسجام في استخدام الوسائل الإلكترونية في انعقاد العقد الإلكتروني انسجاماً وتوافقاً يحقق كيفية انسجام هذه التقنية والوسائل الإلكترونية في



## أ.د. نزيه الصادق المهدي

انعقاد العقد وإحداثه لآثاره القانونية وكيفية تطويع القواعد التقليدية في هذا المجال بما يحقق الاستفادة من الوسائل التقنية الحديثة في مجال التنظيم القانوني للعقود تطويعاً سليماً ليس من شأنه القضاء أو المساس بالآثار القانونية للعقود والمعاملات الإلكترونية.

وسنقسم خطة بحثنا بما يساعد على بيان كيفية هذا التطويع، وتحديد الوسائل الفنية التي يمكن استخدامها في هذا التعاقد الإلكتروني وأثرها على تغيير طبيعة العقد أو خصائصه وتحديد كيفية إتمام العملية القانونية لإبرام العقد الإلكتروني وزمانه ومكانه في ظل هذه الوسائل التقنية، وذلك على النحو التالي :-

### الفصل الأول: « مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه وأنماطه »

وينقسم إلى مبحثين:

**المبحث الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني وخصائصه.**

**المبحث الثاني: وسائل وأنماط العقد الإلكتروني.**

### الفصل الثاني: « التعاقد الإلكتروني »

وينقسم إلى مبحثين:

**المبحث الأول: أثر الطبيعة التقنية للعقد الإلكتروني في تطويع بعض القواعد**

**العامّة لنظرية العقد.**

**المبحث الثاني: كيفية انعقاد العقد الإلكتروني.**





## الفصل الأول

### مفهوم العقد الإلكتروني

وينقسم هذا الفصل إلى مبحثين :-

المبحث الأول : المقصود بالعقد الإلكتروني وخصائصه.

المبحث الثاني : وسائل وأنماط العقد الإلكتروني.

### المبحث الأول

#### المقصود بالعقد الإلكتروني وخصائصه

##### تعريف العقد الإلكتروني:

باسنقراء تعريف العقد بالمعنى العادي السائد لدى فقهاء القانون المدني، حتى يمكن في ضوءه بيان مدى اختلاف تعريف العقد الإلكتروني، يتبين أن التعريف الجامع المشترك للعقد لدى فقهاء نظرية الالتزامات لا يخرج عن تعريفه بأنه: « تبادل طرفين أو أكثر التعبير عن إرادتين متطابقتين قانوناً على إحداث أثر قانوني، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء التزام أو تعديله أو إنهاؤه.»<sup>(١)</sup>

(١) انظر في هذا التعريف شبه المجمع عليه للعقد لدى شراح القانون المدني د. السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - ج ١ - نظرية الالتزام بوجه عام - العقد - طبعة منشأة المعارف - س ٢٠٠٤ - تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي - ص ١١٨. وقرب منه سائر تعريفات الفقه: د. محمد لبيب شنب - نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - ١٩٩١ - ص ٤٢٢، د. حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - دار النهضة العربية - ص ٧٦، مع رده على محاولة المقارنة بين العقد والاتفاق ورفضها - ص ٧٧، د. عبد الرشيد مأمون - الوجيز في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - ١٩٩٧ - بند ١٧ ص ٢٥، ٢٦، د. عبد الخالق حسن - الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة - مصادر الالتزام - ج ١ - ١٩٨٨. ويضيف البعض أنه إذا كان هذا التبادل في التعبير الإرادي المتطابق بين شخصين يجمعهما مجلس عقد



## أ.د. نزيه الصادق المهدي

فإذا طبقنا ذلك المبدأ بصفة عامة مجردة على العقد الإلكتروني نجد أنه لا يختلف في جوهره عن هذا المعنى، ولا يخرج عن كونه تبادل التعبير الإرادي بين شخصين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد حسب طبيعته، ولكن بالنظر لكون العقد الإلكتروني يتم «عن بعد» فإن الطابع المميز له والذي يعطيه ذاتيته المختلفة عن العقد العادي، يكمن في الطريقة المستخدمة في انعقاده أي الوسيلة القانونية التقنية التي يتم عن طريقها إبرام هذا العقد الإلكتروني وإتمام اقتران الإيجاب والقبول بين شخصين لا يجمعهما مجلس عقد واحد بل يتعاقدان " عن بعد " على اختلاف هذه الطريقة من فقيه إلى آخر من شراح العقود الإلكترونية.<sup>(٢)</sup>

واحد فإنه يسمى " تعاقداً بين حاضرين " وإلا فإنه يسمى " تعاقداً بين غائبين " وتكون له خصائص وطرق معينة سنرى أن لها أهمية معينة على وجه الخصوص في العقد الإلكتروني. انظر في ذلك: د. نزيه محمد الصادق المهدي - النظرية العامة للالتزام - الجزء الأول - مصادر الالتزام، مع التطبيقات المعاصرة لمشكلات المسؤولية المدنية، وأهم صور الالتزامات الحديثة - طبعة ٢٠٠٩، ص ٢٢، ٢٣، و ص ٧٨ وبعدها.

(٢) فيذهب البعض إلى أن " العقد الإلكتروني لا يخرج سواء في بنائه أو طبيعته أو أركانه عن العقد بصفة عامة، ويخضع للنظرية العامة للعقود في تنظيمه، ولكنه يتميز بكونه يتم (عن بعد) فيختلف من ثم من حيث الطريقة المستخدمة في إبرامه ويعتمد على الوسائل الإلكترونية". د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - ٢٠٠٨ - ص ٤٢. ويستطرد " أن العقد الإلكتروني بذلك ينتمي إلى تلك الطائفة من العقود التي تستند في إبرامها - وأحكامها - لقواعد خاصة يقصد بها حماية المستهلك عندما يتعاقد مع شخص محترف مهني". ص ٤٣ ويرى البعض الآخر أن أساس الاختلاف في تعريف العقد الإلكتروني يستند إلى نظرية "العمل عن بعد" في القانون المدني، وتطبيقه على العقد الإلكتروني تلك النظرية التي تستند إلى استخدام وسائل تقنية استلزمها طبيعة العقد الإلكتروني وأنه يبرم بين شخصين (عن بعد) وليس بالواجهة، وأن هذه الوسائل التقنية تتحكم في طبيعة وجوهر الطرق القانونية المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني، ابتداء من مرحلة المفاوضات إلى تبادل التعبير الإرادي إيجاباً وقبولاً إلى اقترانهما معا في تعبير متطابق في تفصيلاته، ولذلك فالمشكلة تكمن ليس في البحث عن تعريف قانوني للعقد الإلكتروني بقدر ما هي تحديد لهذه الوسائل والطرق التقنية بطريقة محكمة تضمن إبرام العقد. د. ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي - العمل عن بعد في القانون المدني - العمل الإلكتروني من المنزل - دراسة مقارنة - طبعة ٢٠٠٤ - دار النهضة العربية - ص ٩٣ وبعدها. وفي ضوء ذلك يذهب هذا الرأي إلى تعريف عقد البيع الإلكتروني بأنه: "عقد يلتزم فيه البائع أن ينقل إلى المشتري، عن بعد، ملكية شيء أو حقا مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي عن طريق الإنترنت"، ممدوح هاشم المسلمي - مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت في القانون المدني طبعة ٢٠٠٠، دار النهضة العربية - ص ١٣. وقرب في نفس الاتجاه تعريف عقد البيع الإلكتروني لدى البعض الآخر بأن: " عقد البيع الإلكتروني عقد





## انعقاد العقد الإلكتروني

ويكاد يجمع أفراد هذا الفريق من شراح العقد الإلكتروني، على أن خصوصية تعريف العقد الإلكتروني تتركز حول العامل أو العنصر الإلكتروني في هذا العقد، أي في عبارة أخرى حول الطريقة أو الوسيلة التقنية التي ينعقد بها العقد فتضفي عليه طبيعة مميزة.<sup>(٣)</sup>

بينما استند بعض آخر إلى تعريف العقد الإلكتروني اعتماداً على الصفة الدولية التي ينتم بها بأنه « العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصاً شبكة المعلومات الدولية - الإنترنت - من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة.»<sup>(٤)</sup>

في حين يرى بعض ثالث الاستناد في تعريف العقد الإلكتروني إلى صفة أطراف العلاقة القانونية، فيعرفه بأنه: « تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك، وذلك

يتعلق بتقديم منتج أو خدمة و ينعقد بمبادرة من المتعاقد المهني المحترف دون حضور مادي متعاصر للمتعاقد الآخر أو المستهلك ويكون باستخدام تقنية معينة للاتصال عن بعد." محمد حسن رفاعي العطار - البيع عبر شبكة الإنترنت - ٢٠٠٧ - ص ٤٦.

(٣) ويستلزم البعض هذه الوسيلة التقنية بأن تتميز بوجهين أساسيين للخصوصية وهما من ناحية أولى كونها شبكة دولية واسعة ومن ناحية ثانية كونها تعمل بفضل البنية التحتية للاتصالات عن بعد، وينتهون في ظل ذلك أنها شبكة الإنترنت والتي تعتبر شبكة دولية للاتصالات عن بعد، ويعرفون العقد الإلكتروني في ظل ذلك بأنه: " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بواسطة التفاعل عن بعد." د. أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصية التعاقد عبر الإنترنت - بحث مقدم إلى مؤتمر " دور القانون والكمبيوتر والإنترنت" نظمتها كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - العين - بتاريخ ١ - ٣ مايو سنة ٢٠٠٠ م ص ٣٩. وانظر في نفس المعنى -:

- Beure D'augeres, Bresse et Thuiber, Paiment numerique sur internet, Thomson Pub., 1997, p. 76.

(٤) د. أحمد عبد الكريم سلامة: الإنترنت والقانون الدولي الخاص - فراق أم تلاق - بحث مقدم إلى مؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - المنعقد في الفترة من ١ - ٣ مايو - ٢٠٠٠ - المجلد الأول - الطبعة الثالثة - ٢٠٠٤ - ص ٥٧.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات.»<sup>(٥)</sup>

وأخيراً يرى البعض أن مسألة تعريف العقد الإلكتروني ليست من السهولة بمكان حسبما يظهر لأول مرة، بل إنها تثير كثيراً من الجدل والاختلاف حسب وجهة النظر التي سيعتد بها في هذا التعريف، وأن مرد هذه الصعوبة أيضاً يكمن في تنوع العقود التي تبرم من خلال الشبكة وتشعب مجالاتها، مما يؤدي إلى اختلاف التعريفات ولا يمكن أيضاً تجاهل التطور السريع الحادث في مجال تقنيات المعلومات والاتصال وتزايد استخدام شبكة الإنترنت، ولذلك ينتهي إلى صعوبة وضع معيار جامع مانع لتعريف محدد للعقد الإلكتروني، ويرى استحسان تغيير

التعريف حسب طبيعة العلاقة القانونية ونوع العقد الإلكتروني محل الاعتبار.<sup>(٦)</sup>

ونحن نرى أن تعريف العقد الإلكتروني لا يعتمد على جانب واحد فقط مما سبق ذكره من تركيز البعض عليه، ولا يمكن الاعتداد في تعريفه بوسيلة إيرامه، لأن ذلك لا يدخل في طبيعة العقد ذاته، بل هو مسألة إجرائية، ولا يمكن إطلاقاً تجاهل الجوانب القانونية والخصائص الموضوعية التي يتميز العقد الإلكتروني بها، ولذلك فإننا نرى أن العملية مركبة من ثلاثة عوامل يجب الاعتداد بها جميعاً للوصول إلى تحديد تعريف ومفهوم العقد الإلكتروني:-

فمن ناحية أولى، يأتي العامل الأول في هذا الصدد، والذي لا يمكن تجاهله،

(٥) د. محمد شكري سرور - التجارة الإلكترونية ومقتضيات حماية المستهلك - بحث مقدم لمؤتمر الجوانب العلمية والأمنية للعمليات الإلكترونية - المنعقد بأكاديمية شرطة دبي - الإمارات العربية المتحدة - ٢٦ - ٢٨ أبريل - ٢٠٠٣ - المجلد الثاني - ص ٢١٤.

(٦) د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - الطبعة الأولى - ٢٠٠٩ - ص ٣٦ - ٣٧. وانظر بالتفصيل في كافة هذه الجوانب:

د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - الجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة " التراسل الإلكتروني " مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص ٣٥ وبعدها.





## انعقاد العقد الإلكتروني

لأنه هو أساس الطبيعة المتميزة للعقد الإلكتروني عن العقد العادي، وهو الوسيلة أو الطريقة التقنية المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني والتي لا غنى عنها في الجمع بين إرادتي المتعاقدين اللذين يتعاقدان عن بُعد.

ومن ناحية ثانية، يأتي عامل ثاني قانوني بحت، لا يمكن تجاهله أيضاً عند بيان المقصود بالعقد الإلكتروني وطبيعته، وهو من الناحية القانونية، فإنه مهما تغيرت الطبيعة التقنية للعقد الإلكتروني، فإنه لا يخرج عن كونه تعاقداً " بين غائبين " أو ما أطلق عليه القانون المدني أيضاً " تعاقداً بالمراسلة " (٧) ولذلك يجب النظر بعين الاعتبار للتنظيم القانوني الذي وضعه القانون المدني لهذا التعاقد، وكيفية تبادل الإرادات المختلفة بين ذوي الشأن - إيجاباً وقبولاً - لحين الوصول إلى التطابق بينهما (٨) وهو أمر لا تختلف أهميته أو تقل إطلاقاً حسب تقنيات ووسائل إبرام العقد الإلكتروني، بل تبقى الهيمنة للعامل القانوني.

ومن ناحية ثالثة، فإنه يجب في العقد الإلكتروني من أجل مبدأ استقرار التعامل (القوة الملزمة للعقد) إيجاد الوسيلة القانونية التي تحدد لحظة تطابق هذه الإرادات المتبادلة قانوناً في ضوء الطرق التقنية المستخدمة لنقل الإرادات بين المتعاقدين حتى يمكن تحديد لحظة انعقاد العقد التي يبدأ منها سريان كافة آثار العقد من حقوق والتزامات وغيرها.

(٧) كتابنا - النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام - مع التطبيقات المعاصرة لمشاكل المسؤولية المدنية - طبعة ٢٠٠٩ - ص ٧٨.

(٨) وفي ذلك تنص المادة ٩٧ من التقنين المدني المصري على أنه:-  
" ١- يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل فيهما هذا القبول."



### أ.د. نزيه الصادق المهدي

وفي ضوء هذه الاعتبارات الثلاثة يمكننا تعريف العقد الإلكتروني بأنه «تعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد يتبادلان التعبير الإرادي فيه بواسطة وسيلة تقنية حديثة للاتصالات مخصصة لنقل الإيرادات المتبادلة، مع استعمال طرق قانونية محددة تضمن التأكد من إحداث تبادل التعبير الإرادي وأثره في إبرام العقد وتحديد وقت انعقاد العقد قانوناً وبدء سريان آثاره القانونية من حقوق والتزامات وغيرها.».

#### خصائص العقد الإلكتروني:-

سنحاول في هذا الصدد التركيز على خصائص العقد الإلكتروني التي يتميز بها بطبيعته الإلكترونية الخاصة والتي تمثل أوجه اختلاف جوهرية بينه وبين العقد العادي.

أولاً: من الخصائص الأساسية للعقد الإلكتروني أنه ينتمي لطائفة العقود المبرمة (عن بعد)<sup>(٩)</sup>. بمعنى أن العقد الإلكتروني يبرم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي، فيكون التعاقد عن بُعد بوسائل اتصال تكنولوجية حيث يتبادل الطرفان الإيجاب والقبول إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت، ويسمى البعض ذلك "مجلس عقد حكومي افتراضي" ويندرج ضمن العقود التي تتم بين حاضرين في

(٩) من التنظيمات القانونية التي اهتمت ببيان المقصود من التعاقد (عن بعد) التوجيه الأوروبي رقم ٩٧-٧ الصادر في ٢٠ مايو ١٩٩٧ بشأن حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد، حين ذكر في المادة الثانية منه ببيان المقصود من التعاقد عن بعد بأنه:- " أي عقد يتعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحد، أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد." وانظر في النظرية العامة للتعاقد الإلكتروني (عن بعد) بالتفصيل وتطبيقه على بعض أنواع العقود وخاصة عقد العمل:- ممنوح محمد خيرى هاشم المسلمي: العمل عن بعد في القانون المدني - العمل الإلكتروني ، العمل من المنزل - دراسة مقارنة - طبعة ٢٠٠٤ - دار النهضة العربية.





## انعقاد العقد الإلكتروني

الزمن، وغائبين في المكان.<sup>(١٠)</sup> ويرى البعض أن العقد الإلكتروني وإن كان يدخل في طائفة العقود المبرمة عن بُعد، إلا أن استخدامه لوسائل إلكترونية متميزة في تطبيق أحكامه العقدية من تعبير إرادي .. وخلافه وكل ذلك عبر الإنترنت، قد أضاف على التعاقد عن بُعد أبعاداً جديدة جعلته يخضع لبعض الأحكام المغايرة تتمشى مع خصوصيته المتمثلة في إبرامه عبر شبكة تفاعلية للاتصالات عن بُعد<sup>(١١)</sup>.

ثانياً: ويتميز العقد الإلكتروني من ناحية أخرى باستخدام وسائل إلكترونية في إبرام التعاقد عبر شبكة الإنترنت، إذ أن العقد الإلكتروني - كما سبق أن ذكرنا - لا يخرج في موضوعه عن سائر الأحكام العامة الموضوعية التي تمثل أحكام العقود العادية من ناحية محل الالتزام والأثر القانوني للعقد، ولكنه يزيد على ذلك في طبيعته الخاصة التي تستلزم اتخاذ وسائل إلكترونية للتخاطب والمفاوضة وتبادل التعبير الإرادي عن طريق شبكات تقنية إلكترونية لا غنى عنها للتقريب بين المتعاقدين في العقد الإلكتروني اللذين لا يجتمعهما مجلس عقد واحد بل يتعاقدا عن بعد.<sup>(١٢)</sup> ولذلك يعتبر اعتماد العقد الإلكتروني في مراحل إبرامه المختلفة على وسائل تقنية إلكترونية، من الخصائص الجوهرية له، وسيأتي ذكر هذه الوسائل

(١٠) د. خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ٥٣. وكذلك: د. محمد أمين الرومي - التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية - طبعة ٢٠٠٤ - ص ٥٩.

(١١) د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - دراسة مقارنة - رسالة الدكتوراه السابق ذكرها - ٢٠٠٩ - ص ٤٣.

(١٢) د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - ٢٠٠٨ - ص ٥٠.

وانظر بالتفصيل دور الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد الإلكتروني:-

د. مراد محمود يوسف مطلق - التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه - كلية حقوق عين شمس - ٢٠٠٧ - ص ٨٥.



### أ.د. نزيه الصادق المهدي

بالتفصيل. (١٣)

**ثالثاً:** ومن ناحية ثالثة يتميز العقد الإلكتروني بخاصية مزدوجة ذات وجهين يؤدي كل منهما إلى الآخر، ويعتبر في نفس الوقت نتيجة له، فمن ناحية أولى، رأينا أن العقد الإلكتروني من عقود التعاقد (عن بُعد) وقد أدى ذلك إلى الجانب الأول من هذه الخاصية الثالثة، وهو كونه غالباً ما يكون من « عقود التجارة والمعاملات الدولية الإلكترونية » وهي خصيصة نتجت عن السمة الغالبة في هذا العقد، حيث تستحوذ صفة الاحتراف والمهنية وكونه بيعاً تجارياً على الجانب الأعظم من إجمالي العقود الإلكترونية المبرمة عن بُعد بواسطة شبكة الإنترنت، فهو بذلك يبرم غالباً بين متعاقد مهني محترف ومتعاقد آخر عادي مستهلك ليس على سبيل المساواة بما فيه العلم والمعرفة والاحتراف مع المتعاقد الآخر، ولذلك سنرى أنه سنتطرق في مجال العقود الإلكترونية كثير من القواعد المتعلقة بالمتعاقد المهني المحترف من قرينة العلم وافتراس عدم حسن نية وما يؤدي ذلك إليه من بطلان شروط الإعفاء أو التعديل بالتخفيف أو الإلغاء من مسؤوليته العقدية إلى تطبيق كافة الالتزامات المتعلقة بالمتعاقد المحترف عليه مثل الالتزام بالإعلام والتبصير

(١٣) ويرى الفقه أن خاصية استخدام وسائل تقنية في العقد الإلكتروني من الخصائص الناتجة وفي نفس الوقت الكاملة لخاصية اعتباره من " الاتفاقات المبرمة عن بعد" لأنه مهما قيل عنه في شأن " معاصرة الإيجاب والقبول من الناحية الزمنية"، فإنه يظل " البعد المكاني" بين الموجب والقابل أمراً واقعياً لا يجوز تجاهله في العقد الإلكتروني ويجب معالجته والتغلب عليه بالوسائل التقنية - التي سيجيء تفصيلها - والتي تمكن من التحقق من هوية أطراف العقد وأهليتهم والتيقن من حصول التراضي بينهما. د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات العقد الإلكتروني عبر الإنترنت - الرسالة السابق ذكرها - ص ٤٤. وسنرى مدى أهمية تحديد " الوسائل التقنية" التي لا غنى عنها لتحديد " الآثار القانونية" الناشئة عن العقد الإلكتروني ووقتها ووسائل إثباتها على النحو البيئي اللازم قانوناً.

وانظر بالتفصيل في الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، وأثر الوسائل التقنية في هذا المجال :-  
د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية - دراسة للجوانب القانونية للتعامل عبر أجهزة الاتصال الحديثة " التراسل الإلكتروني" مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت - طبعة ٢٠٠٦.



## انعقاد العقد الإلكتروني

والإفصاح واتباع مبادئ منتهى حسن النية الشديد وخاصة في المرحلة السابقة على التعاقد<sup>(١٤)</sup>، كما سنرى بالتفصيل، وأما الطابع الثاني المزدوج للعقد الإلكتروني في هذا الصدد أنه غالباً ما يتميز « بالطابع الدولي » حيث أن أغلب المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت غالباً ما يلحقها وصف الدولية بالنظر لكونها مبرمة بين أشخاص ينتمون إلى دول مختلفة الأمر الذي يثير مسائل قانونية متنوعة وعلى رأسها القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني والمحكمة المختصة بنظر المنازعات الناشئة عنه، وإن كان الأمر لا يمنع من أن يكون العقد الإلكتروني عقداً داخلياً إذا لم يتوافر فيه أي معيار من المعايير الدولية للعقود.<sup>(١٥)</sup>

رابعاً: ومن ناحية رابعة يثور البحث في مدى اعتبار العقد الإلكتروني عقداً من عقود الإذعان<sup>(١٦)</sup>، حيث إن المفهوم الحديث لعقد الإذعان لا يقتصر على معناه

- (١٤) انظر في تفصيل ذلك بالتفصيل :-  
كتابنا: الالتزام " قبل التعاقد " بالإدلاء بالبيانات وتطبيقه على بعض أنواع العقود - طبعة ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - ص ٨٥ وبعدها.
- (١٥) د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - المرجع السابق - طبعة ٢٠٠٨ - ص ٥١، ٥٢.
- (١٦) وكذلك: د. تامر الدماطي - الرسالة السابق ذكرها - ص ٤٥ .  
عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يستقل أحد أطرافه ويسمى (الطرف القوي) بفرض شروطه ووضع بنود العقد، ولا يكون للمتعاقد الآخر، ويسمى (الطرف المذعن) إلا أن يسلم بهذه الشروط دون حق مناقشتها أو المساومة فيها، أو تعديلها، وتحقق عدم المساواة هذه في المراكز العقدية لأسباب مختلفة، إما لأن المتعاقد الأول (القوي) محتكر لسلمة من الضروريات لا يمكن الاستغناء عنها، وإما لعدم المساواة في العلم والمعرفة بين الطرفين، لكون أحدهما متعاقد محترف يتعاقد في مجال احترافه، بينما المتعاقد الآخر متعاقد عادي مستهلك إلى آخر ذلك من أسباب عقود الإذعان:- انظر في طبيعة عقد الإذعان وأحكامه والتنظيم التشريعي له ومعالجة القانون المدني لعدم المساواة هذه بكثير من القواعد والنصوص يضيق المقام عن تفصيلها، وانظر بالتفصيل في ذلك :-  
د. عبد المنعم فرج الصدة - عقود الإذعان في التشريع المصري - دراسة فقهية وقضائية مقارنة - رسالة دكتوراه - القاهرة - ١٩٤٦ .  
د. السنهوري - الوسيط - الطبعة الحديثة تنقيح المستشار أحمد مدحت المراغي - ٢٠٠٤ - ج ١ - منشأة المعارف بالإسكندرية - المرجع السابق - ص ٥٢ .  
د. حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية - المرجع السابق - ١٩٩٩ - ص ١٢٤ .



### أ.د. نزيه الصادق المهدي

التقليدي المستند لوجود متعاقد (قوي) بسبب احتكاره لسلعة معينة، ويفرض شروطه 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 المتعاقدين متعاقداً محترفاً مهنيًا يتعاقد في مجال احترافه مع متعاقد آخر عادي مستهلك تتقصه الخبرة والعلم والدراية، ولذلك يلقي على المتعاقد الأول بالالتزام بإعلام المتعاقد الآخر بكافة المعلومات والبيانات اللازمة لتتوير إرادته بالعقد المراد إتمامه وإيجاد رضاء مستتير واعي عنده ملم بكافة تفاصيل العقد، وغالباً ما يكون ذلك في طائفة من العقود يختل فيها المركز العقدي بين الطرفين بسبب هذه الاعتبارات الخاصة بالاحتراف والعلم والثقة وغير ذلك من أسباب عدم المساواة<sup>(١٧)</sup>، فيثور التساؤل هل يدخل العقد الإلكتروني في خصائصه بين طائفة عقود الإذعان؟ وما مدى المفاوضات والهدف منها بل وكيفيةها في إطار العقد الإلكتروني، وهل يسهل على الطرف الآخر معرفة كافة التفاصيل الخاصة بالعقد المراد إتمامه عن طريق الوسائل التقنية والاتصالات الإلكترونية أم أنها غير كافية، ومن ثم يوافق المتعاقد بدون رضاء واعي مستتير كافي بتفاصيل العقد، ومن ثم يدخل العقد الإلكتروني بهذه الخاصية في طائفة عقود الإذعان؟ وهو الأمر الذي

د. محمد علي عمران - مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٧٦.  
 كتابنا: النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام - طبعة ٢٠٠٩ - المرجع السابق - ص ٧٣ إلى ص ٧٧ مع بيان طبيعته القانونية وتمييز عنصر الإذعان فيه عن بعض عناصر العقود الأخرى المقاربة التي قد يختفي فيها مبدأ حرية الإرادة الفردية، مثل العقد الجامع والنموذجي - ص ٧٧ وبعدها.  
 انظر بالتفصيل في تطبيقات عقود الإذعان الحديثة : (١٧)  
 كتابنا: الالتزام " قبل التعاقد " بالإدلاء بالبيانات العقدية وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - طبعة ١٩٩٠ - دار النهضة العربية - ص ٢١٠ وبعدها، وتطبيق ذلك على عقود الفنيين والخبراء والاستشاريين والمقولة والبيع الإلكتروني بصفة خاصة وعقود المحترفين والمهنيين والمعاملات التجارية والمنتجين والصناع والموزعين والتي تمثل عدم مساواة في المراكز العقدية، وبالتالي تعتبر صور حديثة من عقود الإذعان - كتابنا المشار إليه ص ٢٢٥ وما بعدها.



## انعقاد العقد الإلكتروني

كان محل خلاف وتساؤل في الفقه في ضوء مدى كفاية الوسائل التقنية في السماح للمتعاقد بالإلمام بنفاصيل العقد ومدى إمكانه في مناقشتها وإبداء رأيه والنفاوض فيها وليس مجرد الإذعان والموافقة دون مناقشة؟

حيث يمكن إيجاز الخلاف في الإجابة على هذا التساؤل في ثلاثة آراء:-

١- الرأي الأول: ويذهب إلى أن العقد الإلكتروني هو حتماً عقد إذعان، لأنه في معظم حالاته متعلق بمتعاقد مهني محترف يستخدم تقنية الوسائل الإلكترونية للإعلان عن سلعته - أو الخدمة العقدية المراد التعامل عليها أيًا كانت - ويكون ذلك في صورة معلومات وبنود وشروط تتعلق بها من كافة الجوانب، ولا يستطيع الطرف الآخر العادي المستهلك، بسبب ظروف التعاقد الإلكتروني، التفاوض أو المناقشة أو طلب تعديل بعض الشروط التي يراها تعسفية في إيجاب الطرف الأول المحترف، ولذلك يرى أنصار هذا الاتجاه الأول أن اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان هو ضرورة لازمة لتطبيق الحماية المقررة للطرف الضعيف في عقد الإذعان وتعديل الشروط التعسفية وتدخل القاضي لرفع الغبن والتعسف وعدم التوازن بين الحقوق والالتزامات العقدية المتبادلة.<sup>(١٨)</sup>

(١٨) انظر في عرض هذا الرأي بالتفصيل :

- د. عاطف عبد الحميد حسن - حماية المستهلك - المرجع السابق - ص ٥٦.
  - د. أسامة أحمد بدر - حماية المستهلك في العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - ٢٠٠٥ - ص ١٩٠ وبعدها.
  - د. أحمد محمد الرفاعي - الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي - دار النهضة العربية - ١٩٩٤ ص ٢١٢.
  - د. السيد محمد السيد عمران - حماية المستهلك أثناء تكوين العقد - دراسة مقارنة - ١٩٨٦ - ص ٣٣.
  - د. تامر الدمياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه السالف ذكرها ٢٠٠٩ ص ٤٦، ٤٧.
- ويوافق على هذه الخاصية باعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان بشرط عدم التقيد بالطبيعة التقليدية والشروط النمطية التي أسبغت على عقد الإذعان سلفاً، والتي تقصره على عقد أداء خدمات أو بيع سلع معينة



### أ.د. نزيه الصادق المهدي

ولكننا نلاحظ على هذا الاتجاه أنه أضفى خاصية الإذعان على العقد الإلكتروني لاعتبارات وأسباب ليس لها أي علاقة بطبيعته الإلكترونية، بل استند في هذا إلى أن العقد المبرم بين متعاقد محترف محتكر قوي يملئ شروطه على المتعاقد الآخر الضعيف هو عقد إذعان ويستحق تعديل شروطه التعسفية، ولم يقل أحد بعكس ذلك، ولكن يعيب هذا الرأي أنه لم يستند في تكيف العقد الإلكتروني إلى طبيعته الخاصة وظروف تعاقدته عن طريق وسائل تقنية، بل إلى عامل آخر لا علاقة له بذلك، وهو وجود احتكار ومتعاقد قوي يفرض شروطه على متعاقد ضعيف، وهو أمر يؤدي حتماً إلى اعتبار هذا العقد عقد إذعان بسبب هذه العوامل، ولا علاقة لذلك بالعقد الإلكتروني، وأنه إذا لم يستطع أحد المتعاقدين الإلمام جيداً بتفاصيل التعبير الإرادي للطرف الآخر بسبب اعتبارات فنية في وسائل نقل الإرادة إلكترونياً، فلا يوجد أي مانع قانوني يمنعه من الاستعلام والتفاوض ومناقشة شروط الإيجاب المرسل إليه وطلب إيضاحه بحيث لا يصدر قبوله إلا في ظل إرادة واعية مستنيرة على علم بكافة تفاصيل العقد، ومن ثم لا إذعان في العقد الإلكتروني لمجرد انعقاده بوسائل إلكترونية.

٢- الرأي الثاني: ويذهب إلى أن العقد الإلكتروني لا يمكن اعتباره عقد إذعان بصفة مطلقة، بل يلزم لاعتباره عقد إذعان توافر معيار واحد جوهرى فيه

يحتكرها طرف واحد هو الطرف القوي ويفرض شروطه على الطرف الآخر الضعيف، بل يرى التوسع في مفهوم عقد إذعان بحيث يميزه - وفقاً لهذا المفهوم الواسع - أن الطرف المدعى يقبل العقد دون أن يتأكد من شروطه أو يكون ملماً بها لظروف تبادل التعبير وخاصة الإيجاب عن طريق شبكة الإنترنت، فلا يتمكن من أن يناقش مناقشة جدية مشروع العقد النموذجي الذي أرسله له الطرف الآخر سلفاً، دون استئذان وجود أي توافر لاحتكار قانوني أو فعلي لسلمة معينة حتى نضفي صفة الإذعان على العقد الإلكتروني. وفي نفس المعنى حرفياً :

د. محمد إبراهيم بنداري - حماية المستهلك في عقد الإذعان - بحث مقدم لنقود (حماية المستهلك في الشريعة والقانون) - جامعة الإمارات العربية المتحدة من ٦ - ٧ ديسمبر ١٩٩٨ ص ١٤ ، ١٥.



## انعقاد العقد الإلكتروني

هو أن يرد على سلعة ضرورية للمستهلك وتكون محتكرة من جانب المنتج أو البائع ويفرض شروطه دون أي مفاوضة أو تعديل أو مناقشة من الطرف الثاني الضعيف، بحيث أنه يجب توافر « جميع » هذه الشروط لاعتبار العقد عقد إذعان، فإذا تخلف مثلاً شرط أو شرطان منها وتوافرت بعض الشروط الأخرى، فلا نكون بصدد عقد إذعان<sup>(١٩)</sup>، وبتطبيق ذلك على العقد الإلكتروني انتهوا إلى عدم اعتبار خاصية الإذعان خاصية أساسية فيه.

ويلاحظ على هذا الرأي أنه قصر صفة الإذعان على المعنى التقليدي الذي تأخذ به الاتجاهات التشريعية والفقهية والقضائية بالمفهوم الضيق والذي قصرته على وجوب توافر شروط مجتمعة معينة في العقد حتى يمكن اعتباره عقد إذعان، وهي شروط الاحتكار وتحكم المتعاقد القوي في وضع شروط - قد يكون بعضها تعسفية - وعدم إمكان المتعاقد الآخر مناقشتها فإما أن يقبل العقد وبنوده برمته وإما أن يرفضه، وهو ذلك المفهوم الضيق لعقد الإذعان الذي تعدل وتطور إلى مفهوم آخر حديث واسع كما سيجيء.

(١٩) انظر في ذلك:

- د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - ٢٠٠٨ ص ٥٨.
- د. خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني - المرجع السابق ص ٦٣.
- د. عبد الفتاح بيومي حجازي - النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية - الكتاب الأول : نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنياً - دار الفكر العربي - الإسكندرية ص ٣٨ وبعدها.
- د. مراد محمود يوسف مطلق - التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني - رسالة دكتوراة - كلية الحقوق جامعة عين شمس ٢٠٠٧ ص ٩٥ وبعدها.



## أ.د. نزيه الصادق المهدي

### رأينا الخاص:

ونحن نرى أن تكييف العقد الإلكتروني في هذا الصدد لا يستند إلى معيار وجود احتكار من متعاقد لسلعة أو خدمة معينة يفرض شروط التعاقد بشأنها، فهذا يسري على جميع عقود المحترفين والمهنيين والمحتكرين أيًا كانت وسيلة إبرامها سواء كانت عادية أم إلكترونية، وهو أمر لا يستأثر به العقد الإلكتروني على وجه الخصوص، بل قد يكون هذا العقد خالياً من أي احتكار أو فرض شروط أو منع تفاوض ومناقشة، وقد يشتمل غالباً على التفاوض والمناقشة والاستعلام وتبادل التعبير الإرادي في المفاوضات العقدية بحرية كاملة مع حق العدول أو التعديل في أي تعبير إرادي طالما لم ينعقد العقد بصفة نهائية - حاسمة وقاطعة كما سنرى في الفصل الثاني - ولذلك فإن المشكلة والخاصية الجديرة بالبحث - في نظرنا - في هذا المقام بالنسبة للعقد الإلكتروني تكمن في كيفية تحديد الوسائل التقنية لتبادل التعبير الإرادي تعبيراً واضحاً مبيناً لمدى الأثر القانوني لكل تعبير حتى يتم التطابق والاقتران النهائي بين إرادتين متطابقتين قانوناً بطريقة ثابتة على وجه الجزم واليقين ودالة على انعقاد العقد الإلكتروني بصفة نهائية ووقت هذا الانعقاد قانوناً والذي يبدأ في سريان آثار العقد من حقوق والتزامات في عاتق كلا الطرفين، ولذلك فالأجدر بذل الجهد في تحديد الوسائل الفنية والاتصالات الإلكترونية وأثر كل منها بصفة واضحة حاسمة في المراحل العقدية، وهو الأمر الذي سنخصص له بنداً مستقلاً مفصلاً.







## انعقاد العقد الإلكتروني

خامساً: مدى خصوصية العقد الإلكتروني في مجال الإثبات والقوة الملزمة لرسائل البيانات وحجية التوقيع الإلكتروني، وهي مسألة من أهم المسائل المتعلقة بالعقد الإلكتروني بالنظر لإبرامه بين متعاقدين غائبين، وهي في نفس الوقت من أكثر المسائل التي حظيت بالبحوث والمقالات القانونية الغزيرة، ولذلك سنتناولها بأكثر قدر ممكن من الإيجاز اللازم والمكمل لموضوع انعقاد العقد الإلكتروني، ولعل مسألة الإثبات من أهم مسائل تمييز العقد الإلكتروني عن العقد العادي الذي يتركز الإثبات فيه في المحررات المكتوبة والموقعة بين الطرفين توقيعاً مادياً عادياً<sup>(٢٠)</sup>، بعكس العقد الإلكتروني الذي يتم إثباته عن طريق « المحرر الإلكتروني الموقع توقيعاً إلكترونياً » وهو الذي يضيف حجية إثبات المستند الإلكتروني وتنبولور فيه حقوق طرفي التعاقد باعتباره دليل الإثبات الرئيسي للوقوف على ما انفق عليه الطرفان وتحديد التزامهما القانوني.

وقد اقتضى الأمر في مجال العقود الإلكترونية إلى تطويع مبدأ الكتابة - بمعناها المادي التقليدي - كوسيلة إثبات إلى صيغ وقوالب فنية إلكترونية أخرى تعادل الكتابة في حجيتها في الإثبات وتتلاءم في نفس الوقت مع طبيعة العقد الإلكتروني وعلى رأسها ما يسمى «رسالة البيانات». وكذلك التوسع في مفهوم الكتابة -كدليل للإثبات - في مجال العقد الإلكتروني ليشمل أي وسيلة، بما فيها الوسائل الإلكترونية والرقمية لكتابة المعلومات أو تخزينها في أي واسطة إلكترونية

(٢٠) وهذا هو الأصل في الإثبات حيث تعتبر الكتابة هي الدليل الأول الكامل لإثبات التصرف القانوني وقد وضع لها قانون الإثبات قواعد عامة في تحديد خصائصها وأحكامها والشروط اللازمة لمنحها القوة والحجية في الإثبات.  
انظر في ذلك مع تطبيقات لأحكام محكمة النقض المصرية، بالتفصيل :  
كتابنا: الإثبات في المواد المدنية مع أحدث التطبيقات المعاصرة لمحكمة النقض المصرية - دار النهضة العربية - ١٩٩٨ - ص ٣٤ وبعدها..





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

يمكن استردادها في أي وقت كنوع من التوثيق والثبوت، وهي الأمور التي كانت محل اتفاقيات دولية وقوانين خاصة لتحديدتها.<sup>(٢١)</sup>

ويأتي أيضاً من ضمن هذه القوانين المنظمة للكتابة والتوقيع الإلكتروني، القانون الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية بصفة عامة والذي أصدره المشرع المصري وهو القانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤. ويهمننا في هذا الصدد ما أورده هذا القانون في المادة الأولى/أ منه تعريفاً للكتابة الإلكترونية والتي تنص على أن الكتابة الإلكترونية هي : «كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى على دعائم إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أية وسيلة أخرى مشابهة وتعطي دلالة للإدراك» كما عرفت الفقرة (ب) من ذات المادة المحرر الإلكتروني المتخذ وسيلة إثبات في العقد الإلكتروني بأنه: «رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج، أو تخزن، أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة» وقد ساوى المشرع المصري في المادة ١٥ من قانون التوقيع الإلكتروني «بين المحررات الإلكترونية « والكتابة الخطية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والمدنية والإدارية، فيكون لها ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في

(٢١) ويأتي على رأس ذلك المادة السادسة من قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري المسمى: UNCITRAL ، والتي تنص على أنه : "عندما يتطلب القانون بأن تكون المعلومات مكتوبة فإن ذلك يتحقق - في مجال العقد الإلكتروني - " برسالة بيانات " إذا كانت المعلومات العقدية التي تحتويها تلك الرسالة مقبولة ومنظمة بحيث تستخدم كمرجع إثبات لاحق".  
وسياتي بالتفصيل بيان دور " رسالة البيانات " كوسيلة أساسية في نقل التعبير الإرادي وإثباته وبيان مدى العدول عنه ومدى اتصاله بعلم من وجه إليه.  
وكذلك جاء في قانون ماساشوتس للسجلات الإلكترونية والتوقيعات (M.E.R.S.) في المادة ٧ من الفصل الرابع من القواعد العامة فيه، تعديل الفقرة ٣٢ وإدخال الفقرة التالية مكانها لتشمل الإثبات في العقود الإلكترونية حيث تنص على أنه: "يجب أن تشمل كلمة (الكتابة) أي وسيلة، بما فيها الوسائل الإلكترونية والرقمية، بكتابة معلومات على وسط ملموس أو تخزين بيانات في واسطة إلكترونية يمكن استردادها إذا اقتضت ذلك مسألة قانونية...".

وراجع في عرض قوانين الإثبات في العقد الإلكتروني قوانين :-

NCCUSL, Mersa: Greenwood, Ray: op. cit. p. 322 et s.





## انعقاد العقد الإلكتروني

المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون.» م ١٥ السابق ذكرها، ونحن نرى أنه يتضح من هذا النص أن المشرع اعترف للكتابة وللمحركات الإلكترونية بحجية مساوية لحجية الكتابة الخطية والمحركات الورقية المنصوص عليهما في قانون الإثبات. (٢٢)

- (٢٢) وقد نصت المادة الثامنة من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني على أنه: مع عدم الإخلال بالشروط المنصوص عليها في القانون تتحقق حجية الإثبات المقررة للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية إذا توافرت فيها الضوابط الفنية والتقنية التالية:
- أن يكون متاحاً فنياً تحديد وقت وتاريخ إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية وأن تتم هذه الإتاحة من خلال نظام حفظ إلكتروني مستقل وغير خاضع لسيطرة منشئ هذه الكتابة أو تلك المحركات.
- أن يكون متاحاً فنياً تحديد مصدر إنشاء الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية ودرجة سيطرة منشئها على هذا الوسط وعلى الوسائط المستخدمة في إنشائها.
- في حالة إنشاء وصدور الكتابة الإلكترونية أو المحركات الإلكترونية الرسمية أو العرفية بدون تدخل بشري، جزئي أو كلي، فإن حجبتها تكون متحققة متى أمكن التحقق من وقت وتاريخ إنشائها ومن عدم العبث بهذه الكتابة أو تلك المحركات.
- وانظر بالتفصيل : خاصية الإثبات في المحركات الإلكترونية:
- د. عاطف عبد الحميد حسن - مبدأ الثبوت بالكتابة في ضوء التطور التكنولوجي الحديث ص ٨ وبعدها. وكذلك كتابه : التوقيع الإلكتروني وفقاً للقانون رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني ٢٠٠٨ ص ١٢١ وبعدها.
- د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه السابق ذكرها ٢٠٠٩ ص ٤٧ وبعدها.
- د. ممدوح هاشم المسلمي - مشكلات البيع الإلكتروني عبر طريق الإنترنت - المرجع السابق طبعة ٢٠٠٠ ص ١٥٠ وبعدها.
- د. حسن عبد الباسط جميعي - إثبات التصرفات التي يتم إبرامها عن طريق الإنترنت - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٠ ص ٩٧ وبعدها.
- د. عايض راشد عايض المري - مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية - رسالة دكتوراه - كلية الحقوق جامعة القاهرة ١٩٩٨ ص ٦٨ وبعدها.





أ.د. نزيه الصادق المهدي

## المبحث الثاني

### وسائل وأنماط العقد الإلكتروني

ونعالج ذلك في مسألتين:-

الأولى:- الوسائل التقنية اللازمة للتعاقد الإلكتروني.

الثانية:- توصيف البيئة التقنية لأنماط العقد الإلكتروني.

#### المسألة الأولى: الوسائل التقنية اللازمة للتعاقد الإلكتروني

استلزمت طبيعة العقد الإلكتروني وكونه تعاقدًا بين شخصين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، اعتماده بصفة أساسية على وسائل تقنية مختلفة لتحقيق التقارب بينهما قانوناً والقيام بتبادل التعبير الإرادي أياً كانت طبيعته سواء مفاوضات عقدية، أم إيجاب، أو قبول وذلك لحين تمام الارتباط بين إرادتين متطابقتين قانوناً تهدفان لإحداث أثر قانوني فيعقد العقد الإلكتروني بذلك. ومن أهم هذه الوسائل التقنية بالإيجاز الذي يقتضيه المقام:-

أولاً: التعاقد من خلال مواقع الويب:

ويقصد بها « شبكة المعلومات العالمية »<sup>(٢٣)</sup> التي يمكن من خلالها زيارة

(٢٣) انظر بالتفصيل في " مواقع الويب " كأولى الخطوات التقنية في إبرام العقد الإلكتروني :  
«World Wide Web»

آلان سيمبسون : الإنترنت وخصائصه - ترجمة الدار العربية للعلوم - ١٩٩٩ - ص ١٣ وما بعدها.  
استيفين كاليهان - إنشاء موقع الويب في أسبوع - ترجمة دار الفاروق للنشر والتوزيع - ١٩٩٩ - ص ١٧.

مصطفى رضا عبد الوهاب وجمال عبد المعطي وعلا عز الدين فهمي: الإنترنت - طريق المعلومات السريع - مجموعة كتب دلنا - ١٩٩٦ - ص ١٧.  
أحمد سامي ربحان وخالد العامري: الإنترنت - أسرار من الشبكة للمبتدئين والمحترفين - دار الفاروق - الطبعة الثانية - ١٩٩٩ - ص ١٠ وبعدها.





## انعقاد العقد الإلكتروني

مختلف المواقع على شبكة الإنترنت وتصفح ما بها حتى يتم الوصول إلى معلومات تتعلق بالعقد المراد إبرامه مع الطرف المعن وغالباً ما يكون متعاقداً مهنيّاً محترفاً، كتاجر يعرض منتجاته ومبيعاته على الشبكة مثلاً، وما يتعلق بها من معلومات وبيانات وغالباً ما يعرض إيجاباً معيناً لمن يريد التعاقد على منتج أو سلعة، فيقوم هذا الطرف الآخر - راغب الشراء - بالموافقة على محتوى أو مضمون « رسالة البيانات » المتعلقة بهذه السلعة، وسيجيء بالتفصيل بيان المقصود برسالة البيانات كوسيلة إلكترونية تقوم بوظيفة هامة في العملية التعاقدية، ولا يعتبر هذا قبولاً ينعقد به العقد بل يعتبر أولى خطوات المفاوضات، والتعديل - إذا شاء المتعاقد - في بعض بيانات وبنود البرنامج المعلوماتي المنشور في موقع الويب، ثم تتلوه مراحل أخرى - كما سنرى - حتى نصل إلى التوقيع الإلكتروني الحاسم في التعاقد. (٢٤)

### ثانياً: التبادل الإلكتروني للبيانات:

عرفته الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون النموذجي الخاص بالتعريف - والسابق الإشارة إليه- بأن: «التبادل الإلكتروني للبيانات يعني نقل المعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتشكيل المعلومات وبيانات المعاملات.» وسيجيء فيما يلي -ثالثاً- دور رسالة البيانات في

محمد السعيد رشدي - الإنترنت والجوانب القانونية لنظم المعلومات - مقال في مؤتمر الإعلام والقانون - كلية حقوق حلوان - ١٤ - ١٥ مارس ١٩٩٩ - ص ١١ وبعدها.

وانظر تفاصيل " الويب " ودورها الهام كأحد أهم الوسائل الفنية في التعاقدات الإلكترونية :-

Oliver Hance et Dionne - BALZ S.: Business et internet, 1997, p. 3.

(٢٤) وانظر أهمية مواقع الويب ودورها في التعاقد الإلكتروني:

د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني من خلال الإنترنت - رسالة الدكتوراه السابق ذكرها، ٢٠٠٩ - ص ٤٩، ٥٠.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصية التعاقد عبر الإنترنت - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت - كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية - ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ - ص ٧ وبعدها.





أ.د. نزيه الصادق المهدي

هذا التبادل الإلكتروني.

### ثالثاً: دور " رسالة البيانات " في التعاقد الإلكتروني:

ومن الوسائل الإلكترونية ذات الطبيعة الشاملة والمفهوم الواسع الاستخدام في هذا الصدد تأتي الوسيلة المسماة " برسالة البيانات " (٢٥). وقد جاء تعريفها في المادة الثانية من قانون لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأن : " رسالة البيانات تعني معلومات تنشأ وترسل وتستقبل أو تخزن بوسائل إلكترونية أو بصرية أو وسائل مماثلة ليست محددة فقط على التبادل الإلكتروني للبيانات والنقل الإلكتروني للمعلومات وإنما أي وسيلة للتبادل الإرادي أو استخدام معيار متفق عليه لصياغة المعلومات ...".

ويتضح من هذا التعريف مدى أهمية وسيلة " رسالة البيانات " في المعاملات الإلكترونية ومدى لزومها كأداة أساسية في عملية التعاقد الإلكتروني كما سنرى بالتفصيل في الفصل الثاني.

### رابعاً: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني:

تتم عملية التعاقد وتبادل الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني بأن يقوم الشخص الراغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني وإرسال رسالة إلكترونية إلى من يرغب في التعاقد معه (المرسل إليه) على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط أو بنود التعاقد وكافة البيانات المتعلقة به وذلك بالوسائل

Data Message (٢٥)

وانظر بالتفصيل في دورها في نقل التعبير التعاقدية والبيانات الخاصة بالتفاوض الإلكتروني وما يتلوه من مراحل التعاقد عن بعد:- د. ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي - العمل عن بعد في القانون المدني - العمل الإلكتروني - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ ص ٩٣ وبعدها.





## انعقاد العقد الإلكتروني

التقنية المخصصة لإرسال الرسائل الإلكترونية، فتدخل وتخزن في صندوق بريد المرسل إليه والذي يستطيع عند اطلاعه عليها الرد بالموافقة أو الرفض أو التعديل وسنرى في الفصل الثاني أنه عند إرسال المرسل إليه لقبوله المطابق للإيجاب يمكن أن يقرن ذلك برسالة البريد الإلكتروني - المتضمنة بنود وتفصيل العقد - توقيعاً إلكترونياً لإضفاء مزيداً من الثقة والجدية على عملية التعاقد وضمان دور رسالة البيانات من أي تعديل أو تحريف حتى تصل إلى علم من وجه إليه وينعقد العقد كما سنرى.

ورغم اختلاف تعريف البريد الإلكتروني في بعض التعريفات الفقهية، أو التشريعية، فإن هذه التعريفات جميعاً تشترك في التركيز على وصف البريد الإلكتروني باعتباره وسيلة اتصال إلكترونية تعتمد على تقنية الحاسوب وتقوم على نقل الرسائل والبيانات والمعلومات أو تخزينها لاستعادتها واستخدامها في مجال التعاقد الإلكتروني. (٢٦)

(٢٦) حيث يعرف البعض وسيلة البريد الإلكتروني بأنها: " مكنة التبادل غير المترامن للرسائل بين أجهزة " الحاسب الآلي" بينما يعرفه البعض الآخر بأنه " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة معلومات" وفي بعض التعريفات التشريعية له، يعرف القانون الفرنسي الصادر في ٢١ يونيو ٢٠٠٤ بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي في مادته الأولى البريد الإلكتروني بأنه: " كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها طرف المرسل إليه حتى يتمكن من استعادتها".

وهو يقترح من تعريف التشريع الأمريكي بشأن خصوصية الاتصالات الإلكترونية، الصادر في ١٩٨٦ والذي عرف البريد الإلكتروني بأنه "وسيلة اتصال يتم بواسطتها نقل المراسلات الخاصة عبر شبكة اتصالات وإرسالها إلكترونياً للمرسل إليه لتخزينها واستعادتها واستخدامها في عملية التعاقد الإلكتروني". وانظر بالتفصيل دراسة انتقادية نظرية تطبيقية لهذه التعريفات ولدور ووظيفة نظام البريد الإلكتروني في عملية التعاقد الإلكتروني :-

د. عبد الهادي فوزي العوضي - الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني - القاهرة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥ - ص ١٢ وبعدها.

وانظر في الحماية القانونية لبيانات ومعلومات البريد الإلكتروني

Colantonio, La protection du secret des courriers électroniques en Belgique: Aspects techniques des criminologie, 2001-2002, p. 9 et s.





أ.د. نزيه الصادق المهدي

### خامساً: التعاقد عن طريق منتديات الحوار والمناقشة:

ويتم ذلك عن طريق استخدام الشخص الراغب في التعاقد - عن طريق شبكة الإنترنت - لبعض البرامج المخصصة للمحادثة عبر المنتديات المنتشرة على الشبكة فيخاطب أشخاصاً آخرين لديهم نفس الرغبة أو السلعة أو الخدمة العقدية المطلوبة، فيتحقق بذلك التواصل والتفاعلية بين مستخدمي الشبكة، ويمكن من خلال هذه التقنية أن يتم تبادل التفاوض والتعبير المتعلق بهذه القيم سواء سلع كانت أم خدمات وتحدث المناقشة والمفاوضة العقدية على التعاقد وإيرامه. (٢٧)

### المسألة الثانية

#### توصيف البيئة التقنية لأنماط العقد الإلكتروني

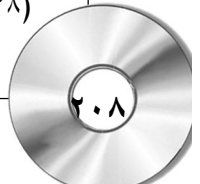
**فمن ناحية أولى:** - فقد ثبت حقيقة قاطعة وهي الأهمية الأساسية التي لا غنى عنها لهذه البيئة التقنية المكونة من وسائل إلكترونية كركن أساسي لا يوجد تعاقد إلكتروني بدونه، وأن المعبر عن وسائل التكنولوجيا الحديثة سألقة الذكر هو نظام الحاسب الإلكتروني ولكن يؤخذ في هذا الصدد بالمعنى الواسع الذي يشمل الاستعانة والربط بينه وبين غيره من الأنظمة التقنية لضمان تبادل المعلومات وانتقالها وتحقيق عمليات الدخول إلى النظام ومنه إلى الأنظمة الأخرى، بحيث لا يمكن إنجاز أي تعاقد إلكتروني بدون هذه البيئة التقنية والوسائل الإلكترونية الداخلية فيها. (٢٨).

(٢٧) وتسمى هذه الوسيلة Liste et groupe de discussion ، وانظر بالتفصيل :

Bochurberg L.: Internet et commerce électronique, op. cit. p. 103 et s.

وإن كان البعض يتحفظ على استخدام هذه الوسيلة في التعاقد نظراً لافتقادهما لوجود أي دليل إثبات على إبرام التعاقد بين الطرفين ولعدم استخدام الطرق الحاسمة ذات الحجية في اقتران الإيرادات وفي التوقيع الإلكتروني التي سنراها في التعاقد الإلكتروني. د. تامر المياطي - الرسالة السابقة ص ٥٣.

(٢٨) د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه المشار إليها







## انعقاد العقد الإلكتروني

بحيث أن شبكة الإنترنت وما يشترك معها في المنظومة التقنية المكونة من الوسائل الإلكترونية « لم تعد - على حد قول البعض<sup>(٢٩)</sup> - مجرد وسيلة تبادل معلومات وبيانات، بل إنها أصبحت أيضاً وسيلة يتم من خلالها إبرام العقود بمختلف أنواعها وهو ما يسمى بصفة عامة بالتجارة الإلكترونية.»

**ومن ناحية ثانية:-** يرى الفقه أن توصيف هذه البيئة التقنية اللازمة للتعاقد الإلكتروني يستلزم مزيداً من المتطلبات والعناصر الرئيسية التي يمكن حصرها في عناصر ثلاثة تتحد مع بعضها البعض وتحقق الهدف المقصود منها، ويتعلق العنصر الأول منها بالمستلزمات المادية والآلية المختلفة في الأجهزة والوحدات الإلكترونية الملموسة المستخدمة في نقل البيانات والمعلومات وأي مفاوضات عقدية أو تعبيرات إرادية خاصة بالمعلومات التجارية، ويتعلق العنصر الثاني بالمستلزمات الفكرية وهي البرامج والقوالب المعنوية التي تقوم بتشغيل المستلزمات الآلية، ويأتي العنصر الثالث المتمثل في العنصر البشري لهذه الشبكة التقنية والمتمثل سواء من الإداريين والفنيين المختصين بتشغيلها أم بالأطراف مستخدميها في تحقيق أهدافهم في إبرام العقود وتبادل الخدمات.<sup>(٣٠)</sup>

سابقاً - طبعة ٢٠٠٩ - ص ٢١ وبعدها.

(٢٩) د. أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصية التعاقد عبر الإنترنت - بحث مقدم إلى مؤتمر " القانون والكمبيوتر والإنترنت " كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ ص ٩ .

ألان سيمبسون - المرجع السابق - ص ١٣١ وبعدها.

(٣٠) انظر تفصيل هذه العناصر الثلاثة :-

د. عبد القادر عبد الله: الإنترنت للمستخدم العربي - ص ١٥ .

د. عبد البديع محمد سالم - مقدمة في الحاسبات الآلية الإلكترونية - التعليم المفتوح - القاهرة - ١٩٩٩ ص ١٦ .

د. بهاء شاهين - الإنترنت والعولمة - عالم الكتب - ١٩٩٩ - ص ٩٦ وبعدها.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

**ومن ناحية ثالثة:-** يذهب الفقه إلى أن تسخير هذه الوسائل التقنية وتوصيفها في إتمام عملية التعاقد الإلكتروني، يستلزم أيضاً قدراً من (التفاعلية) مع البيئة التي تسمح بحوار مباشر ومفتوح على الشبكة التقنية لإبرام العقد، وتنفيذه في بعض الأحيان، عبر هذه الشبكة<sup>(٣١)</sup>، بحيث يرى الفقه المعاصر أن المعيار الأساسي المميز بين التعاقد الإلكتروني وبين طرق التعاقد الحديثة المستندة لصور أخرى حديثة، هو استناد التعاقد الإلكتروني إلى الوسائل الإلكترونية والبيئة التقنية التي تحدث هذا (التفاعل) والاتصال المباشر والمفاوضة المتبادلة بين الطرفين عن طريق المحررات وطرق تبادل التعبير الإلكترونية السابق ذكرها.<sup>(٣٢)</sup> وينتهي الفقه

(٣١) بحيث يرى الفقه أن التعاقد الإلكتروني يمثل أنماطاً تتميز بخاصية إبرامه عن طريق الوسائل التقنية وشبكة الإنترنت فهو يختلف تماماً عن التعاقد عبر رسائل أخرى يكون الاتصال - والبث - فيها من جانب واحد، مثل الإعلان في التلفزيون، أو إرسال فاكس أو تليكس، بل يجب توافر صفة (التفاعلية) السابق ذكرها والتي تسمح عن طريق الوسائل الإلكترونية بالتفاوض المباشر وتبادل التعبير الإرادي من كلا الطرفين:-  
د. فاروق الأباصيري - عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية - دار الجامعة الجديدة للنشر - ٢٠٠٢ - ص ٤٤ .  
بحيث أنه إذا تخلفت صفة التفاعلية في المفاوضة المباشرة والحوار وتبادل التعبير والبيانات بين الطرفين، لا نكون بصدد "تعاقدي إلكتروني" بل يطبق الفقه هذا المعيار على حالة التليفون المرئي (المزود بكاميرا تنقل الصوت والصورة بين المتكلمين) وكذلك في حالة الحوار والتعاقد من خلال أجهزة كمبيوتر أو تلفزيون خاصة مزودة بكاميرا، فإن التفاوض والتعبير والتعاقد يكون في هذه الحالة أيضاً تعاقدًا شفويًا، يفقد ما يوجد في التعاقد الإلكتروني من تفاعلية واتصال مباشر عن طريق الوسائل التقنية الإلكترونية السابق ذكرها والتي تجسد الاتفاق على مرور إلكتروني، متبوع بعد لك بتوقيع إلكتروني ثابت له حجية، فهي ليست أنماطاً إلكترونية للتعاقد.

انظر في ذلك:

د.محمود السيد عبدالمعطي خيال - التعاقد عن طريق التليفزيون - دار النشر الذهبي للطباعة ٢٠٠٠ ص ٣٤ وبعدها.

وانظر في التمييز بين التعاقد الإلكتروني عبر الشاشات الإلكترونية والإنترنت وبين غيره من التعاقدات المبرمة بوسائل الاتصال الحديثة : د. سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دراسة مقارنة - دار الكتب القانونية - ٢٠٠٨ - ص ٣٧ وبعدها.

د. خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني - المرجع السابق - ص ٦٦ وبعدها.  
وفي القانون الفرنسي:

Bizeul (Bruno): Le Télé-achat et le droit des contrats, Thèse, Paris, 1996.

(٣٢) د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه السابق ذكرها - ٢٠٠٩ - ص ٤٠ ، ٤١ .





## انعقاد العقد الإلكتروني

من ذلك إلى أن هذه الوسائل الإلكترونية وما تقتضيه من توافر بيئة تقنية كاملة بعناصرها - كما سلف نكره- وبنية أساسية، تعتبر الدعامة الأولى الأساسية والركن الجوهري المتطلب، ليس فقط لتحقيق الاتصال المباشر الذي يحقق مفاوضات ومناقشات عقدية تؤدي إلى تسهيل تبادل التعبير الإرادي وإبرام العقد، بل إن له وظيفة أخرى - قانونية- جوهريّة وهي توفر عنصر الأمان وضمان إبرام تعاقد قانوني سليم مستند إلى إرادات متبادلة قائمة على علم ووعي مستتير بالعقد المراد إبرامه، وخالية بالتالي من أي عيب من عيوب الإرادة المبطلّة للعقد، وبذلك يتمتع العقد الإلكتروني بما يتمتع به العقد العادي من تعبير صحيح وسلامة الإرادة من العيوب. (٣٣)

### الفصل الثاني

#### التعاقد الإلكتروني

تمهيد: اقتضت الطبيعة الإلكترونية للعقد الإلكتروني تطويماً وتحويراً في النظام القانوني للقواعد العامة المستقرة في انعقاد العقود، وذلك لمراعاة خصوصية هذه الطبيعة المتميزة للعقد الإلكتروني، وذلك باستلزام بعض أسس ومبادئ معينة لملاءمة هذه الطبيعة، وتشديد بعض القواعد المستقرة أو تطويعها أو استحداث أسس جديدة تستلزمها طبيعة هذا العقد، وستعرض لهذا التطويع وتلك الأسس في مبحث أول، ثم نستعرض - في مبحث ثاني - كيفية انعقاد العقد الإلكتروني قانوناً في ظل ذلك كله.

(٣٣) د. عبد الحميد الشوري و د. محمد حافظ الرهوان - العلاقات الاقتصادية الدولية - الطبعة الأولى - ٢٠٠٨ - ٢٠٠٩ - ص ٦٨ وبعدها.  
د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل - الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الاتصال الحديثة - بحث مقدم إلى مؤتمر " القانون والكمبيوتر والإنترنت " كلية الشريعة والقانون - جامعة الإمارات العربية المتحدة - في الفترة من ١ - ٣ مايو ٢٠٠٠ - ص ٤ وبعدها.





أ.د. نزيه الصادق المهدي

## المبحث الأول

### أثر الطبيعة التقنية للعقد الإلكتروني في تطوير

#### بعض القواعد العامة لنظرية العقد

أولاً : تفعيل الالتزام بمراعاة مبدأ " منتهى حسن النية الشديد" في التعاقد

الإلكتروني:

يعتبر وجوب مراعاة مبدأ حسن النية في العقود، مبدأ عاماً، يطبق على جميع أنواع العقود، وتتص عليه معظم التقنيات المدنية، وعلى رأسها التقنين المدني المصري<sup>(٣٤)</sup>، ولكن أحياناً يقصد بهذا المبدأ معنى أكثر تشدداً في وجوب اتباع حسن النية "الشديد" أي الذي لا يقف عند حدود المبدأ العادية المنصوص عليها عامة بالنسبة لكافة العقود، بل يقصد به أن هناك بعض العقود، بالنظر لطبيعتها الخاصة أو لوجود اعتبار معين يتعلق ببعض التزاماتها أو أحد أطرافها، فإنه يجب التشدد في مراعاة حسن النية - ليس فقط أثناء تنفيذها كما ينص المشرع - بل أيضاً عند إبرامها، بل وفي مرحلة المفاوضات " قبل التعاقدية " بحيث لا يكتفى بالتزام المتعاقد بمراعاة حسن النية العادي، بل يلقي على عاتقه بالتزام مشدد - بتحقيق نتيجة وليس بمجرد بذل عناية - بمراعاة أقصى درجات حسن النية الشديد بحرص بالغ وعناية شديدة، تتجاوز حدود حسن النية المطلوبة وفقاً لمعيار الرجل المعتاد، ويدخل في هذه الطائفة من العقود - حسبما استقر الفقه - عقد التأمين<sup>(٣٥)</sup>، والعقد الوارد على

(٣٤) حيث تقضي المادة ١/١٤٨ من التقنين المدني المصري بإلزام المتعاقد " بتنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تنفق مع ما يوجبه حسن النية".

(٣٥) لا يقصد بمبدأ حسن النية هنا مجرد ما نصت عليه المادة ١/١٤٨ من تنفيذ العقود بحسن نية كمبدأ عام يحكم كافة العقود ويتعلق بتنفيذ التزاماتها التعاقدية، بل يقصد به أن عقد التأمين بالنظر لطبيعته واعتماد





## انعقاد العقد الإلكتروني

أشياء خطيرة.<sup>(٣٦)</sup>، أو على الثقة المفترضة في أحد المتعاقدين فيقوم بالإخلال بهذه الثقة مخالفاً لاعتبارات حسن النية والثقة المفترضة.<sup>(٣٧)</sup>

وقد استقر الفقه المعاصر على إدخال العقد الإلكتروني ضمن هذه الطائفة من العقود التي تقوم على اعتبارات وجوب مراعاة أقصى درجات حسن النية والثقة المفترضة في طرفيها، حيث يستند ذلك إلى عدم المساواة في المراكز العقدية والعلم ببيانات العقد بين الطرفين، وأنه بسبب طبيعة العقد الإلكتروني الذي ينعقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، وغالباً ما يكون من عقود التجارة والمعاملات التجارية التي يعتمد فيها أحد الطرفين على المعلومات والبيانات المرسلة إليه من الطرف الآخر، عن طريق وسائل ومحركات إلكترونية وليس مستندات تحت يد المتعاقد، ولذلك يفترض العقد الإلكتروني في المتعاقد المرسل اتباع أقصى درجات حسن النية ومراعاة الثقة والصدق المفترض في بياناته بحيث إن أي إخلال أو عدم صدق فيها يثير مسؤوليته العقدية.

المؤمن اعتماداً كاملاً عند إبرامه العقد على البيانات والمعلومات والأوصاف التي يبلي بها المؤمن له والمتعلقة بالخطر المراد التأمين عليه، فإنه يلقي على المؤمن له بالتزام مراعاة أقصى درجات حسن النية عند إدلائه ببيانات هذا الخطر إلى المؤمن، بحيث أنه لمجرد تقصيره في الأداء الكافي أو اللزم لتوفير إرادة الطرف الآخر بحقيقة الخطر المؤمن منه، بمنتهى حسن النية الشديد، فإنه يتعرض لسقوط حقه في قبض تعويض التأمين بعد ذلك جزاء لإخلاله بالالتزام بمراعاة اعتبارات حسن النية الشديد. انظر في هذا الالتزام بالتفصيل وحدوده، وأنه أثر لما كان يسمى في القانون الروماني "عقود القانون الضيق" أي التي يجب اتباع أقصى درجات التفسير الضيق لإرادة طرفيها وعدم التوسع في هذا التفسير بإضافة أي شرط أو ظرف مخفف ومناقض لحسن النية الشديد، وكذلك تطبيقات محكمة النقض في ذلك:- كتابنا: الوسيط في الأحكام العامة لأحكام عقد التأمين - دار النهضة العربية طبعة ٢٠٠٩ ص ٢٣٩ إلى ص ٢٤٣.

(٣٦) انظر في ذلك بالتفصيل:

كتابنا: الالتزام " قبل التعاقد" بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد - وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - دار النهضة العربية - الطبعة الثانية - ١٩٩٠ - ص ١٩١ وبعدها.

(٣٧) انظر تطبيقات مبدأ حسن النية الشديد على عقود المنتج والصانع والمقاول والاستشاري والطبيب وكذلك عقود الثقة والأمانة مثل عقد الوكالة - المرجع السابق ص ٢٠٧ وبعدها، ص ٢٣١ وبعدها.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

ثانياً : تفعيل دور الالتزام " قبل التعاقدى " بالإدلاء بالبيانات العقدية وكذلك الالتزام بالتبصير والإفصاح على عاتق طرفي العقد الإلكتروني في كافة مراحل إبرام العقد، ابتداءً من المفاوضات العقدية وحتى إتمام التعاقد.

يرى الشراح المعاصرون أن من أهم شروط إبرام العقد الإلكتروني التي يتميز بها عن العقد العادي، وجوب تطبيق الالتزام قبل التعاقدى بالإعلام المتعلق بالإعلام كأحد الخصائص الجوهرية التي يستلزمها "الإطار العام" للعقد الإلكتروني، ويرون أن تطبيق الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني يتطلب أمرين:-

**الأمر الأول:** وجوب اشتراط كون التعبير الإرادي في العقد الإلكتروني، والصادر من المتعاقد المحترف - تفاوضاً كان أو إيجاباً أو قبولاً، باللغة الوطنية للمتعاقد الآخر العادي (المستهلك) وهو ما أوجبه فعلاً القانون الفرنسي رقم ٩٤-٣٤٥ الصادر في ٤ أغسطس ١٩٩٤ الخاص باستعمال اللغة الفرنسية بضرورة استعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب للسلع والخدمات الموجهة للمستهلكين، بحيث تطبق هذه القاعدة على الإيجاب المعروض على الإنترنت متى كان موجهاً إلى متعاقدين فرنسيين وأن تشمل هذه القاعدة كافة المستندات الإلكترونية المستخدمة في المعاملات التجارية<sup>(٣٨)</sup>، ويرى الفقه تطبيق هذه القاعدة على المعاملات الإلكترونية المبرمة في مصر، وأن استلزام مثل هذا الشرط لا يعد، من ناحية، قيداً على المعاملات، كما أنه، من ناحية أخرى، لا توجد أي صعوبة في استخدام الإيجاب - وأي صورة أخرى للتعبير الإرادي الإلكتروني - باللغة

(38) Mistretta, l'obligation d'information dans la théorie contractuelle 1998 N° 67 p. 4-8.  
Montero, Les obligations d'information de renseignement de mise en garde et de conseil des fabricants, 2006, p. 345 et s.



## انعقاد العقد الإلكتروني

العربية<sup>(٣٩)</sup>، وإن كان البعض يفضل أن يكون هذا التعبير المرسل باللغة العربية، مصحوباً بترجمة باللغة الإنجليزية أو لغة أجنبية أخرى منعاً من أي خلاف لاحق على الترجمة.<sup>(٤٠)</sup>

**الأمر الثاني:** ويرى الفقه أيضاً ضرورة أن يكون التعبير الإرادي في العقد الإلكتروني - وخاصةً الإيجاب - متضمناً للعناصر المؤدية لتحديد هوية الموجب وذلك حتى يحقق عنصر الأمان في التعاقد الإلكتروني ويخلق بيئة آمنة محل ثقة في المعاملات بحيث تسهم في تنظيم العملية التعاقدية الإلكترونية من كافة الجوانب مثل تحديد القانون واجب التطبيق ولمزيد من الشفافية والاطمئنان التي تشجع هذا التعاقد الذي يتم عن بعد.<sup>(٤١)</sup>

**ثالثاً :** تشديد التزامات المتعاقد المحترف في العقد الإلكتروني سواء تلك المتعلقة بإبرامه أم بتحديد مضمون العقد وبياناته وما يتعلق به من معلومات.

رأينا في خصائص العقد الإلكتروني، أنه غالباً ما يكون أحد الطرفين متعاقدًا

(٣٩) د. محسن عبد الحميد البيه - النظرية العامة للالتزامات - ٢٠٠٤ ص ٢٩٣.

د. أسامة أبو الحسن مجاهد - المقال السابق ص ١٧٤ ، ١٧٥.

د. محمد سعد خليفة - المرجع السابق - ص ٥٦.

(٤٠) د. تامر محمد سليمان الدمياطي - الرسالة السابقة - ٢٠٠٩ ص ٦٨.

د. محمد حسن قاسم - التعاقد عن بعد - المرجع السابق ص ٤٣ وبعدها.

وهو ما يشترطه أيضاً القانون الفرنسي السابق ذكره - قانون Toubon - بعدم الاقتصار على اللغة الفرنسية بصورة منفردة، وإنما يجيز أن تقترن بترجمة بلغات أخرى؛ ولكن يشترط القانون في جميع الحالات أن التعبير الإرادي المعلن باللغة الفرنسية يجب أن يكون واضحاً ومحدداً ومفهوماً. مادة ٤ فقرة ٢ من القانون المذكور.

(٤١) وهو الأمر الذي اشترطه القانون الفرنسي رقم ٥٧٥ - ٢٠٠٤ الصادر في ٢١ يونيو ٢٠٠٤ بخصوص

الثقة في الاقتصاد الرقمي، عندما نص في المادة ١٩ منه، على كل من يتعامل في المعاملات والعقود والتجارة الإلكترونية، الالتزام بتزويد من يوجه إليه التعبير بالمعلومات المتعلقة بهويته واسمه ولقبه وإذا كان شخصياً اعتبارياً أن يذكر عنوان الشركة وجنسيته.

وهو أيضاً ما يشترطه القانون المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ الخاص بحماية المستهلك في المادة الرابعة منه.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

محترفاً<sup>(٤٢)</sup>، يعلن عن إيجاب بعرض وبيع سلعة معينة أو إبرام عقود تقديم خدمات معينة، وهو ما فرضته طبيعة هذا العقد الذي يبرم عن بعد من أن أغلبية حالاته تكون معاملات تجارية تتميز بطابع مهني احترافي لأحد طرفيه، سواء كانت معاملات دولية أم داخلية، وقد أدى ذلك إلى ضرورة تحميل المتعاقد المحترف ببعض الالتزامات المشددة المتلائمة مع طبيعته الاحترافية، والمؤدية لحماية المتعاقد الآخر غير المحترف، وهو الأمر الذي اقتضى التطويع والتشديد في بعض قواعد نظرية العقد لتلائم ذلك، ويأتي على رأس ذلك، مبدأ معاملة المتعاقد المحترف في إبرام العقد وتحديد بنوده على أساس « قرينة اعتباره متعاقد سيئ النية » ومن ثم لا يتمتع بأي إعفاء أو تعديل أو تخفيف في التزاماته ومسئوليته في هذا الصدد.<sup>(٤٣)</sup> كما يلتزم المتعاقد المحترف بالالتزام « بالنزاهة أو الشفافية أو الصدق وحسن النية التعاقدية » لما تملي عليه صفة الاحتراف من خبرة وعلم ومن ثم من التزام بالإعلام والصدق وحسن النية في مواجهة الطرف الآخر، مراعاة للثقة والعلم والدراية وحسن النية التعاقدية المفترض فيه.<sup>(٤٤)</sup>

(٤٢) انظر بالتفصيل المتعاقد المحترف وفي الالتزامات الخاصة المشددة التي يلقيها القانون على عاتقه في العقد:-

د. معتر نزيه محمد الصادق المهدي - المتعاقد المحترف - مفهومه - التزاماته - مسؤولياته - دراسة مقارنة - دار النهضة العربية - ٢٠٠٩ - ص ٩٨ وبعدها.

(٤٣) وهي قرينة « افتراض المتعاقد المحترف كمتعاقد سيئ النية »

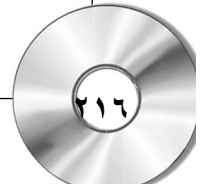
“L’assimilation de contractant professionnel comme un contractant de mauvais fois”.

وما تؤدي إليه من تطبيق أحكام المتعاقد سيئ النية عليه من حيث تشديد مسؤوليته وبطلان شروط الإعفاء أو التخفيف التي يضمنها عقوده، فيصبح في مركز قانوني مماثل للمتعاقد سيئ النية.

انظر في ذلك: كتابنا: الالتزام « قبل التعاقد » بالإدلاء بالبيانات العقدية - المرجع السابق - ص ٢٨٩ وبعدها.

وبحثنا: المشكلات المعاصرة للمسؤولية المدنية للمتعاقد المحترف - الطبيب - بحث مقدم في مؤتمر المسؤولية القانون للمهنيين - كلية القانون - جامعة الشارقة - أبريل ٢٠٠٤ من ٣ - ٥.

(٤٤) ويسمى هذا الالتزام: «L’obligation de loyauté contractuelle» انظر: د. معتر نزيه المهدي - المرجع السابق - ص ١٠٢.







## انعقاد العقد الإلكتروني

ومن ناحية ثالثة يأتي التزام ثالث فرضته طبيعة العقد الإلكتروني على المتعاقد المحترف، وهو الالتزام بضرورة مراعاة « الحذر واليقظة »<sup>(٤٥)</sup> حيث تقتضي صفة الاحتراف من المتعاقد المحترف قدراً كبيراً من الحذر واليقظة عند إبرام العقد الإلكتروني، يفوق بكثير الطرف الآخر، ويأتي ذلك من أن المحترف بما يملك من خبرة ودراية في تخصصه ونشاطه محل التعاقد ينبغي عليه أن يكون دائماً في حالة تأهب وحذر واستعداد لاتخاذ التدابير التي يفرضها الوضع وتؤدي إلى تفادي أي أخطاء أو مخاطر ناشئة عن التعاقد الإلكتروني والتقليل على قدر الإمكان من الأضرار التي يحتمل أن تصيب المتعاقد الآخر العادي المستهلك.<sup>(٤٦)</sup>

ومن ناحية رابعة يلقي على المتعاقد الآخر عند بدء المناقشة الخاصة بالعقد الإلكتروني وتبادل التعبير الإرادي والمفاوضات المؤدية لإبرامه، الالتزام، (بالفاعلية والتعاون)<sup>(٤٧)</sup> ويقصد بالفاعلية أن يسعى المحترف إلى اتخاذ دور إيجابي في التعاقد يحقق أفضل النتائج الممكنة في العقد، حتى ولو كان التزامه لمجرد بذل عناية<sup>(٤٨)</sup> حيث أن الطرف الآخر يقبل على التعاقد معه، وخاصة إلكترونياً عن بعد،

د. عدنان إبراهيم سرحان - فكرة المهني - المفهوم والانعكاسات القانونية - بحث مقدم إلى مؤتمر المهنيين - كلية القانون - جامعة الشارقة - أبريل ٢٠٠٤ - ص ٢٥.  
د. جابر محجوب علي - قواعد أخلاقيات المهنة - مفهومها - أساس إلزامها ونطاقه - دراسة مقارنة - الطبعة الثانية - ٢٠٠١ - ص ٣٤.

(٤٥) ويسمى هذا الالتزام:-

L'obligation de vigilance Likillimba (A.) La fidealté en droit privé, 2003, p. 54 et s.

وأحكام النقص الفرنسية الكثيرة التي عرضها كتطبيقات لهذا الالتزام.

د. معتز نزيه المهدي - المتعاقد المحترف - المرجع السابق - ص ١٠٣. (٤٦)

ويسمى هذا الالتزام: «L'obligation de l'efficacité et cooperation» (٤٧)

وانظر بالتفصيل في مضمونه وتطبيقاته والأحكام القضائية التي استلزمته:-

د. معتز نزيه صادق المهدي - المتعاقد المحترف - المرجع السابق - ٢٠٠٩ - ص ١٠٥ وبعدها.

(48) Tourneau (P.) Les obligations professionnelles, mélanges dédiés a Louis Boyer, 1996, p. 105.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

رغم أنه قد يكون غير ملم بكل تفاصيل العقد بسبب هذه الاعتبارات، ولكنه يعتمد على المتعاقد المحترف الذي يتعاقد معه لثقتته في خبرته ودرأيته وفاعلية دوره الإيجابي في التعاقد وتحقيق المقاصد المرجوة من هذا التعاقد وهو ما أقره القضاء وتواترت أحكامه العديدة - وخاصة في فرنسا - على ذلك.<sup>(٤٩)</sup>

أما الالتزام بالتعاون فإن مجاله الخصب يكون في نطاق التعاقد الإلكتروني، حيث يلتزم المتعاقد المحترف في كافة مراحل المفاوضات وتبادل التعبير الإرادي إلكترونياً بأن يراعى دائماً صفة الاحترافية وتمتعه بالدراية والخبرة ولذلك، لا يتخذ موقفاً سلبياً عادياً بل يلتزم التزاماً مشدداً باستخدام صفته الاحترافية وتقديم العون والنصح والمشورة للمتعاقد الآخر العادي غير المحترف وبذل كل ما يمكنه من تحقيق علمه ودرأيته بتفاصيل العقد وبالوسائل الإلكترونية المتعلقة بإبرامه وذلك بطريقة تتميز بمراعاة اعتبارات حسن النية والعمل على إبرام عقد صحيح غير مشوب بأي عيب من عيوب الشكل أو الموضوع أو سبب للبطلان، وأن يتعاون تعاوناً صادقاً مع الطرف الآخر في سبيل ذلك، وهو في هذا المسلك القائم على التعاون الصادق وحسن النية مع الطرف الآخر لا يكون مجرد متفضلاً عن طواعية واختيار بل يكون مجبراً على ذلك بسبب التزاماته المشددة كمتعاقد محترف.<sup>(٥٠)</sup>

(٤٩) انظر التطبيقات القضائية الفرنسية في هذا الصدد: د. معتر المهدي - المرجع السابق - ص ١٠٦، هوامش ١-٦.  
(٥٠) د. جلال العدوي - الإيجار القانوني على المعاونة - رسالة دكتوراه - الإسكندرية - ١٩٦٠ - ص ٤٤٣.  
د. معتر نزيه صادق المهدي - المتعاقد المحترف - المرجع السابق - ٢٠٠٩ - ص ١٠٤ إلى ١٠٧.



## المبحث الثاني

### كيفية انعقاد العقد الإلكتروني

**تمهيد:** تقضي القواعد العامة في القانون المدني أن العقد ينعقد بمجرد أن يتبادل شخصان التعبير عن إرادتين متطابقتين قانوناً، ومثال ذلك ما تنص عليه المادة ٨٩ من التقنين المدني المصري تطبيقاً لذلك على أنه "يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد." والمقصود بتبادل التعبير الإرادي المتطابق هو أن يصدر من شخص إيجاب بإبرام عقد معين فيصدر من الشخص الآخر تعبير متطابق مع هذا الإيجاب في كافة جزئياته، ويسمى القبول، فيتم العقد بمجرد أن يتصل القبول بعلم الموجب.<sup>(٥١)</sup> ويتضح من ذلك أن شروط انعقاد العقد قانوناً هي أولاً: وجود إيجاب يتجه لإحداث أثر قانوني، وثانياً: صدور قبول متطابق معه ووصول هذا القبول إلى علم من وجه إليه (الموجب) فيتم انعقاد العقد بمجرد اقتران الإيجاب بالقبول، وسنقوم ببحث هذه الأركان الثلاثة لانعقاد العقد بالنسبة للعقد الإلكتروني، وهي الإيجاب الإلكتروني، والقبول الإلكتروني، وكيفية ارتباطهما قانوناً بالعقد الإلكتروني.

### أولاً: الإيجاب الإلكتروني

**تعريفه:** يعرف الإيجاب في ذاته، وبغض النظر عن الوسيلة التي يتم بها بأنه: «عرض كامل وجازم للتعاقد وفقاً لشروط معينة يوجهه شخص إلى شخص معين

(٥١) انظر بالتفصيل في صور التعبير الإرادي وكيفية تطابق الإيجاب مع القبول قانوناً وأثر ذلك في انعقاد العقد قانوناً: - د. حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - ص ١٧٧.  
كتابنا: النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام - ٢٠٠٩ - ص ٤٥ وبعدها.





## أ.د. نزيه الصادق المهدي

أو أشخاص معينين بذواتهم أو للكافة.»<sup>(٥٢)</sup>

ويعرف الإيجاب في عبارة موجزة حاسمة: « بأنه التعريف البات عن إرادة

شخص يعرض على آخر التعاقد معه.»<sup>(٥٣)</sup>

وعرفته محكمة النقض بأنه: « العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على

وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد

العقد.»<sup>(٥٤)</sup>

فالإيجاب هو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ويجب أن يكون دالاً على

إرادة نهائية قاطعة للتعاقد، ومشملاً على كافة عناصر العقد الأساسية.

فإذا تعرضنا لتعريف الإيجاب الإلكتروني، لوجدنا أن صفة الإلكتروني إذا ما

أضيفت إلى الإيجاب، فإنها لا تتال من المعنى المقصود به موضوعياً طبقاً للقواعد

العقدية التقليدية السابق ذكرها، بل هو مجرد إضافة وسيلة شكلية للإيجاب وهي

كونه مستنداً إلى وسيلة تقنية للتعبير عن الإرادة، فهو مجرد وصف يلحق بالإيجاب

بسبب وسيلة التعبير عنه.<sup>(٥٥)</sup>

(٥٢) د. محمد لبيب شنب - دروس في نظرية الالتزام - مصادر الالتزام - ص ١٠٤.  
وفي نفس المعنى: د. محمد علي عمران - مصادر الالتزام - المصادر الإرادية وغير الإرادية - ص ٦٥.

(٥٣) كتابنا: مصادر الالتزام - طبعة ٢٠٠٩ - المرجع السابق - ص ٦٧.

(٥٤) نقض مدني ١٩٦٩/١/١٩ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢٠ ق - ص ١٠١٧ رقم ٥٩، نقض مدني جلسة ١٩٨٥/١٢/٤ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٣٦ ق - ص ١٠٨٤ رقم ٢٢٣.

(٥٥) د. أسامة بدر - حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني - المرجع السابق - ص ١٨٢. ولم يتضمن مشروع قانون التجارة الإلكتروني تعريفاً للإيجاب الإلكتروني، وإنما اكتفى بالنص على جواز التعبير عن الإرادة عن طريق وسيط إلكتروني، ونظراً لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم (عن بُعد) فإن تعريف الإيجاب الإلكتروني يكون في ظل هذه العقود، ولذلك عرفه « التوجيه الأوروبي » بشأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بُعد، بأن الإيجاب في هذه العقود هو: « كل اتصال عن بُعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع من وجه إليه الإيجاب أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان.»

« Tout communication à distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire





### خصوصية الإيجاب الإلكتروني:

تتمثل خصوصية الإيجاب الإلكتروني في كونه مستنداً في التعبير عنه إلى وسيلة تقنية مستمدة من بيئة تقنية مخصصة للتعبير الإرادي الإلكتروني، مثال ذلك التعبير عن الإيجاب على موقع الويب أو من خلال رسائل الإيجاب الإلكترونية، وهو يتجسد دائماً في نموذج تقني يعطيه هذه الخصوصية المميزة، ويمكن القول أن التعبير الإرادي عن الإيجاب الإلكتروني من خلال هذه الخصوصية التقنية يتميز عن التعبير بالطرق التقليدية من نواحي ثلاث: - (٥٦)

\* **فمن ناحية أولى:** - يتم التعبير عن الإيجاب الإلكتروني بوسيلة مسموعة ومرئية وهي شبكة الإنترنت والتي تسمح بالاستعانة بوسائل ثابتة أو متحركة أو صوتية كافية للإيضاح البياني للسلع والخدمات، بحيث يتميز الإيجاب الإلكتروني بواسطة هذه الوسائل التقنية باحترام مقتضيات الشفافية والوضوح وأنه تعبير أمين عن السلعة أو الخدمة محل التعاقد يمكن من العلم بها علماً كافياً نافياً للجهالة. (٥٧)

\* **ومن ناحية ثانية:** يتميز التعبير عن الإيجاب الإلكتروني أنه يتم في إطار خدمات ذات طبيعة معلوماتية تتم عبر شبكة للاتصالات عن بُعد، تتصف بالفورية

puisse souscrire directement un engagement contractuel, la simple publicité étant exclue.»

J.A.C.E., 4 juin 1997, N° I. 144, p. 19.

(٥٦) انظر في ذلك بالتفصيل:

- د. أحمد شرف الدين - قواعد تكوين العقود الإلكترونية - المرجع السابق - ص ٥٨.
- د. محمد حسين منصور - المسؤولية الإلكترونية - المرجع السابق - ص ٦٧.
- د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - المرجع السابق - ص ٩٣.

- (٥٧) د. محمد سعد خليفة - مشكلات البيع عبر الإنترنت - دار النهضة العربية - ٢٠٠٤ - ص ٥٥.
- د. تامر المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه سالفة الذكر - ٢٠٠٩ - ص ٦٠.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

والنفاعلية بين المتعاقدين، وإن كان البعض يتحفظ على ذلك بأن الخاصية العابرة للإيجاب الإلكتروني الذي ترتبط بالطبيعة التقنية والفنية للإنترنت تؤدي إلى عدم تلقي المستهلك أو المتعاقد للمعلومات بثبات بل تأتي على شبكة حاسوب عابرة مؤقتة لا تعطي فكرة يقينية عن الإيجاب، فضلاً عن أن مدة بقاء الإيجاب على موقع الإنترنت قد تبدو احتمالية ويمكن أن تقتضي في أية لحظة بسبب التقنيات.<sup>(٥٨)</sup>

\* **ومن ناحية ثالثة:** فإن الإيجاب الإلكتروني عبر الإنترنت يتصف بخاصية الاتصال العام، أي إمكانية مخاطبة قطاع عريض من الجمهور بحيث يكون الإيجاب موجهاً إلى الجميع حيث أن شبكة الإنترنت مفتوحة أمام كافة دون تمييز، بحيث يستطيع الموجب أن يحدد «نطاق التغطية» على نحو واسع شامل راجع لإرادته.<sup>(٥٩)</sup>

### شروط صحة الإيجاب الإلكتروني:

يشترط لصحة الإيجاب الإلكتروني وصلاحيته لإنتاج أثره القانوني في انعقاد العقد أن يتوافر فيه نوعان من الشروط، أولها شروط عامة قابلة للتطبيق على كل أنواع الإيجاب، وثانيها شروط خاصة بالإيجاب الموجه عن بُعد للمستهلكين، وذلك على التفصيل التالي:-

(٥٨) د. أسامة بدر - حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني - المرجع السابق - ص ١٩٦.

(٥٩) د. خالد ممنوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني - المرجع السابق - ص ٢٥٣.

د. مراد محمود يوسف مطلق - التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني - المرجع السابق - ص ١٣٢.

د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - المرجع السابق - ٢٠٠٨ - ص ١٠٠.





### أولاً: الشروط العامة القابلة للتطبيق على كل إيجاب إلكتروني:

(١) فمن ناحية أولى، يجب أن يكون الإيجاب كاملاً ومحددًا، بمعنى أن كل عرض لا يعتبر إيجاباً إلا إذا تضمن كافة العناصر الرئيسية الضرورية لإبرام العقد، بحيث أن أي تخلف لأحد تلك العناصر يؤدي إلى عدم اعتبار هذا التعبير الإرادي إيجاباً بالمعنى القانوني المؤدي لإبرام العقد، بل قد يكون من قبيل الدعوة للدخول في مفاوضات عقديّة، أو مجرد إعلان لا يؤدي للتعاقد، بل يجب أن يشتمل على البيانات العقديّة والمعلومات المتعلقة بمحل العقد بطريقة واضحة لا يكتنفها أي غموض أو لبس بشكل يسمح للقابل بأن يحيط علماً بكافة أوصاف وتفصيلات العقد عن بُعد بوضوح محدد.<sup>(٦٠)</sup>

(٢) ومن ناحية ثانية: يجب أن يكون الإيجاب جازماً ويعني ذلك أن يكون معبراً عن إرادة مصممه بصفة نهائية على إنتاج الأثر القانوني المقصود منه وإبرام العقد، وذلك أيّاً كانت صورة التعبير الإرادي الصادر من الموجب أو وسيلته، وهو ما أكدته المادة ٩٠ من التقنين المدني المصري.<sup>(٦١)</sup> بل وأحياناً يكون الإيجاب ملزماً للموجب لمدة معينة بحيث لا يجوز له خلالها العدول عنها، وذلك إذا صدر من الموجب إيجاب بات يشتمل على كافة عناصر العقد الأساسية فيثور تساؤل هام حول الفترة التي يظل الموجب ملتزماً فيها بهذا الإيجاب حتى يصادف قبولاً له،

(٦٠) وهو ما أكدته القانون الفرنسي رقم ٢٠٠٤ - ٥٧٥ الصادر في ٢١ يوليو ٢٠٠٤ بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي في المادة ٢٠ منه والتي تقرر أن: « أي إعلان في أي شكل كان، متاح بواسطة خدمة الاتصال الإلكتروني عن بُعد، يجب أن يكون محددًا بوضوح كامل على النحو الذي تعبر عنه... »

(٦١) حيث تنص المادة ٩٠ من التقنين المدني المصري على أن «١- التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود. ٢- ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمناً إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً.»





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

وحول حق الموجب في العدول عن إيجابه طالما لم يقترن به قبول، وهو ما تكفلت المادة ٩٣ مدني مصري بتحديدته.(٦٢)

والمهم أن يكون عرض الإيجاب بدون لبس وأن يكون لدى الشخص الموجه إليه الإيجاب دراية بأن الإيجاب الإلكتروني هو عرض حقيقي للتعاقد وأن أي ارتباط جدي يقترن به ويتطابق معه في كل جزئياته يعتبر قبولاً.

(٣) ومن ناحية ثالثة: يثير شرط الإيجاب اللازم الوضع في حالة وجود تحفظ في الإيجاب، حيث اختلف الفقه في ذلك، فذهب رأي أول إلى أنه إذا تضمن الإيجاب أي تحفظ صريح أو ضمني فإنه يفقد صفته باعتباره إيجاباً، ويصبح مجرد وعد للتفاوض أو طلب تقديم عروض، إذ أن التحفظ يتعارض مع فكرة الإيجاب ويؤكد أنصار هذا الرأي الأول ذلك الاتجاه على وجه الخصوص في العقد الإلكتروني للظروف المحيطة به كنوع من أنواع التعاقد عن بعد والتي تستلزم الجزم والتعيين والوضوح والبعد عن أي شرط أو تحفظ يثير الشك في جدية الإيجاب وتأكيده على التعاقد.(٦٣)

(٦٢) تنص المادة ٩٣ من التقنين المدني المصري على أنه: « ١- إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضي هذا الميعاد. ٢- وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة التعاقد.»

وانظر في الإيجاب الجازم والفرق بينه وبين الدعوة إلى التعاقد والمفاوضات السابقة على التعاقد:- كتابنا: مصادر الالتزام - ٢٠٠٩ - المرجع السابق - ص ٦٧ وبعدها.

(٦٣) د. محمد السعيد رشدي - التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات - المرجع السابق - ص ٧٢، وكذلك كتابه: التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التليفزيون - ص ٧٤.

د. عبد الحي حجازي - النظرية العامة للالتزام وفقاً للقانون الكويتي - ج١ - العقد والإرادة المنفردة - جامعة الكويت - ١٩٨٢ - ص ٦٠٢.





بينما يذهب رأي ثاني إلى التفرقة بين نوعين من التحفظات:-(٦٤)

**النوع الأول:** تحفظات عامة لم يحدد فيها صاحب العرض ماهية التحفظ ودوافعه، بحيث يسمح له التحفظ مثلاً بالتعاقد مع شخص ورفض التعاقد مع شخص آخر دون إيداء الأسباب، ويتعارض هذا التحفظ مع فكرة الإيجاب الذي يستلزم الجزم والتحديد، ويكون مجرد دعوة إلى التعاقد لا إيجاباً، والنوع الثاني: تحفظات محددة، تجعل الإيجاب معلقاً على شرط، بحيث ينتج أثره في الحال بمجرد تحقق الشرط المقترن به، مثل الإيجاب القائم حتى نفاذ كمية السلع، فإن هذا التحفظ لا يسلب الإيجاب صفته لأن كل قبول يؤدي إلى إبرام العقد حتى نفاذ المخزون.(٦٥)

**ثانياً: الشروط الخاصة بالإيجاب الإلكتروني الموجه لأشخاص معينة:**

قد يكون الإيجاب الإلكتروني موجهاً لأشخاص معينة - غالباً المستهلكين راغبي التعاقد عن بعد - ولذلك فإنه يجب التحرز والتشدد في هذه الحالة في شروط الإيجاب الإلكتروني لحماية الطرف الآخر من أي بيانات غير صحيحة ولضمان إيجاد علم كاف وإرادة مستنيرة بالعقد المراد إبرامه من خلال هذا الإيجاب الموجه إليه بحيث ينعقد العقد في ضوء رضا حر سليم خالي من العيوب.

ويمكن إجمال الشروط الجوهرية الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني في

هذه الحالة فيما يأتي:

(٦٤) د. حسام الدين الأهواني - المصادر الإرادية للالتزام - ص ١١٠ وبعدها.

د. السنهوري - الوسيط - مصادر الالتزام - ص ١٧٣.

(٦٥) د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني - المرجع السابق - ٢٠٠٨ - ص ١٠٦.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

(أ) فمن ناحية أولى هناك شرط شامل حرص المشرع الفرنسي على اشتراطه بصفة عامة في الإيجاب الإلكتروني الموجه للمستهلك، حماية له في العقود المبرمة عن بُعد<sup>(٦٦)</sup>، حين اشترط في المادة ١٨-١٢١ ال جديدة من تقنين الاستهلاك الفرنسي ضرورة أن يتضمن الإيجاب الصادر من المتعاقد المهني المعلومات المتعلقة بنفاصيل العقد والتي تدور في مجملها حول تحديد طبيعة العقد ومحله والتمن ونفقات التسليم وطرق الوفاء والتسليم والتنفيذ ومدة صلاحية استمرار الإيجاب ملزماً للموجب.<sup>(٦٧)</sup>

(ب) ومن ناحية ثانية يجب أن يتصف الإيجاب الإلكتروني الموجه عبر الوسائل التقنية (الشبكة) بمنتهى الشفافية والصدق والأمانة سواء المتعلقة بشخص الموجب وهويته بطريقة قاطعة لا غموض فيها ولا تغرير أو شك مصحوباً بكافة البيانات والمعلومات اللازمة لتبصير إرادة الطرف الآخر الموجه إليه الإيجاب (القابل) بشخصية الموجب الذي سيتعاقد معه وبياناته.<sup>(٦٨)</sup>

(٦٦) وانظر على وجه الخصوص في تشدد الفقه الفرنسي في تنفيذ هذه الشروط:-

- GRALL (J): Présentation et analyse de la loi renforçant la protection des consommateurs, 1992 N° 97 p. 14 et s.
- JAZE-DEKEUWER (F); Commentaire de la loi du 18 janvier renforçant la protection des consommateurs, N° 13, p. 11 et s.

(٦٧) ويعتبر هذا الشرط تطبيقاً للالتزام بالإعلام ببيانات العقد عند إبرامه: انظر بالتفصيل:- كتابنا: الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات المتعلقة بالعقد وتطبيقاته على بعض أنواع العقود - المرجع السابق - الطبعة الثانية ١٩٩٠ - ص ٤٣ وبعدها.

د. خالد جمال أحمد حسن - الالتزام بالإعلام قبل التعاقد - ١٩٩٦ - ص ٣٥.

(٦٨) وقد أسندت المادة ( ١-١٨-١٢١-ل) الجديدة من تقنين الاستهلاك الفرنسي هذا الشرط إلى اعتبارات حسن النية والثقة المفروضة المستلزمة في التعاقد الإلكتروني كتعاقد عن بُعد، حيث نصت على أن « الإيجاب المتعلق بالعقد ينبغي أن يشتمل على المعلومات الخاصة باسم البائع والمنتج أو مقدم الخدمة وإذا كان شخصاً اعتبارياً وجب تحديد المقر الرئيسي للشركة وعنوان المنشأة أو الفرع أو الوكيل التجاري المسئول عن الإيجاب .... ».

وهو أيضاً ما يتطلبه قانون حماية المستهلك الجديد في مصر، وهو القانون رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ حين استلزم ضرورة تحديد شخصية المهني - المورد - صاحب الإيجاب وذلك في المادة الرابعة من القانون



## انعقاد العقد الإلكتروني

(ج) ومن ناحية ثالثة: يجب أن يشتمل الإيجاب على كافة الخصائص الأساسية للسلعة والخدمة التي تمثل محل العقد المراد إبرامه، ويقصد من ذلك تحديد المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة محل العقد والتي ينبغي أن يعلم بها الشخص الموجه له الإيجاب حتى يلم بالعلم التفصيلي الكافي بمحل العقد قبل إعلان قبوله لإبرام العقد الإلكتروني، وهو الأمر الذي يستلزم وصف العين أو المنتج أو الخدمة محل العقد وصفاً دقيقاً يتحقق بموجبه علم المستهلك (القابل) بمحل العقد علماً كافياً نافياً للجهالة.<sup>(٦٩)</sup>

(د) ومن ناحية رابعة يجب على الموجب أن يحدد أخيراً كافة المعلومات والتفصيلات والبيانات المتعلقة بالعقد الإلكتروني المراد إبرامه، مثال ذلك ثمن المنتج أو مقابل الخدمة العقدية - موعد تسليم السلعة أو الخدمة محل العقد - في حالة إبرامه. ونفقات التسليم ومن الذي سيتحملها، وطرق الوفاء - معجلة أو مؤجلة أو مقسطة - والوسائل المتاحة للتسليم أو التنفيذ، باستثناء حالة تنفيذ الخدمة بطريقة فورية، مثال ذلك الخدمات المعلوماتية المتاحة على الإنترنت<sup>(٧٠)</sup>، كما يلتزم الموجب بإعلام الطرف الآخر (القابل) بالمعلومات الخاصة بحقه في العدول ووقت وشروط ذلك، ما لم يكن هذا الحق مستبعداً وفقاً لنص القانون.<sup>(٧١)</sup>

المذكور والتي تنص على أن « على المورد أن يضع على جميع المراسلات والمستندات والمحركات التي تصدر عنه البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت. »

(٦٩) انظر في ضرورة التشديد في استلزام اشتمال الإيجاب الإلكتروني على وجه الخصوص على كافة بيانات ومعلومات محل العقد الإلكتروني المراد إبرامه عن بُعد بسبب طبيعة هذا العقد التي تجعل الطرف الآخر والقابل، معتمداً كلياً في العلم الكافي بمحل العقد على البيانات المرسله إليه بواسطة الإيجاب:-  
د. تامر محمد سليمان الدمياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه السابق الرجوع عليها - طبعة ٢٠٠٩ - ص ٧٠، ٧١.

(٧٠) د. محمد سامي عبد الصادق - عقد خدمة المعلومات الصوتية الإلكتروني - ٢٠٠٧ - ص ٣٤ وبعدها.

(٧١) على وجه المثال المادة (١٨٤-١٢١ ل) الجديدة من تقنين الاستهلاك الفرنسي الجديد.





## أ.د. نزيه الصادق المهدي

كما يجب أن يشتمل الإيجاب الإلكتروني على كافة البيانات والمعلومات المتعلقة بما يتضمنه العقد من شروط خاصة، ومن أهم النصوص التشريعية المستلزمة لذلك نص المادة ١٣٦٩-٤ فقرة أولى من القانون المدني الفرنسي، التي تنص على أنه ينبغي على كل مهني يعرض سلعة أو خدمة بوسيلة إلكترونية أن يضع تحت تصرف المتعاقد معه الشروط التعاقدية التي تطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها ونسخها.<sup>(٧٢)</sup>

### ثانياً: القبول الإلكتروني

#### مفهوم القبول الإلكتروني:

تقضي القواعد العامة في نظرية الالتزامات أن القبول « هو تعبير إرادي يتضمن الموافقة على إبرام العقد بناء على الإيجاب ». <sup>(٧٣)</sup> وأن أثر القبول إذا وصل إلى علم الموجب وكان الإيجاب لا يزال قائماً لم يسقط فإن العقد ينعقد <sup>(٧٤)</sup>، بشرط أن يصدر القبول مطابقاً للإيجاب مطابقة كاملة متفقاً معه في جميع المسائل التي يتناولها، أما إذا تضمن تعديلاً له بالزيادة أو النقصان فإنه لا يعتبر قبولاً مطابقاً بل من الممكن أن يعتبر في ذاته إيجاباً يحتاج لقبول مطابق له من الموجب الأول. <sup>(٧٥)</sup>

(٧٢) وقد حددت المادة (٥١٩-١٢١-ل) الجديدة من قانون الاستهلاك الفرنسي، أن من بين هذه الشروط التفصيلية التي يجب أن يتضمن عليها الإيجاب الإلكتروني، طرق الوفاء وشروط فسخ العقد وشروط تحديد المسؤولية العقدية، أو خدمات ما بعد البيع وشروط الضمان.

(٧٣) كتابنا: النظرية العامة للالتزام - ج١ - مصادر الالتزام - طبعة ٢٠٠٩ - ص ٧٠.

(٧٤) حيث يشترط القانون لاقتراح القبول بالإيجاب وانعقاد العقد أن يكون الإيجاب لا يزال قائماً ولم يتحلل منه الموجب، وفي ذلك تنص المادة ٩٤ من التقنين المدني المصري على أنه « ١- إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريقة التليفون أو بأي طريقة مماثلة، ٢- ومع ذلك يتم العقد، ولو لم يصدر القبول فوراً، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفذ مجلس العقد.»

(٧٥) وفي ذلك تنص المادة ٩٦ مدني مصري على أنه: « إذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو



## انعقاد العقد الإلكتروني

وعلى هذا فالقبول هو التعبير الإرادي الصادر من الشخص الذي وجه إليه الإيجاب والذي يلتقي بهذا الإيجاب مطابقاً له دون أي تحفظ بالزيادة أو النقصان أو التعديل فينعقد العقد باقترانهما.<sup>(٧٦)</sup> ولا يختلف القبول الإلكتروني عن مفهوم القبول التقليدي سوى أنه يتم من خلال وسائل تقنية ووسائط إلكترونية عبر شبكة الإنترنت، وهو الأمر الذي تقتضيه طبيعة التعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بُعد، بحيث يخضع للقواعد العامة للقبول التقليدي من ناحية، ولكنه يتميز ببعض الخصائص التي تستلزم وسائل اتصال تقنية في التعبير عن القبول وترجع إلى طبيعته الإلكترونية، بحيث يستلزم تحليل مفهوم القبول الإلكتروني بيان هذه الطرق التقنية للتعبير عن القبول الإلكتروني. وسنقوم أولاً ببيان طرق التعبير عن القبول الإلكتروني ثم نحاول تحديد شروط القبول الإلكتروني ثانياً.

### أولاً: طرق التعبير عن القبول الإلكتروني:

طبقاً لمبدأ الرضائية في العقود، فالمبدأ العام أن القبول باعتباره تعبيراً عن الإرادة يخضع لهذه الرضائية ولا يشترط شكلاً معيناً للإفصاح عن الإرادة أو وسيلة تقنية للقبول طالما أنها تعبر عن الإرادة تعبيراً صحيحاً، ذلك فإن صدور القبول الإلكتروني عبر وسائل إلكترونية معينة ليس من شأنه المساس بهذه الرضائية، ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يكون القبول عن طريق وسيلة شكلية معينة مثل البريد الإلكتروني أو عن طريق ملاء استمارة إلكترونية موجودة على موقع البائع ومعبرة سلفاً لذلك، فيجب على القابل عندئذ اتباع هذه الوسيلة للتعبير

يعدل فيه، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً. «  
 (٧٦) د. حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - المصادر الإرادية للالتزام - العقد والإرادة المنفردة - الطبعة الأولى - ١٩٩٩ - دار النهضة العربية - ص ١٩٤.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

عن إرادته، بحيث أن التعبير خلال أي وسيلة أخرى لا يكون قبولاً يتم به التعاقد.<sup>(٧٧)</sup> وسنقوم ببيان طرق التعبير عن القبول الإلكتروني مبينين حالة القبول السلبي (السكوت) وهل يعتبر قبولاً ضمناً في العقد الإلكتروني أحياناً وذلك كما تقضي القواعد العامة أم أن الوضع يختلف بالنسبة للتعاقد الإلكتروني.

(١) القبول عن طريق البريد الإلكتروني: يحق للموجه إليه الإيجاب أن يستخدم البريد الإلكتروني في إرسال موافقته على الإيجاب الذي وصله بنفس الطريقة أو يجيب برسالة بريد إلكتروني على عرض متاح على موقع يزوره على شبكة الويب، وليس هناك أي شك في أن إرسال مثل هذه الرسالة يعد قبولاً صريحاً للإيجاب<sup>(٧٨)</sup> بل أن هذه الرسالة يمكن أن تعد دليلاً على القبول وإبرام العقد بشرط أن يكون في الإمكان بالضرورة تحديد الشخص الذي صدرت عنه وأن تعد وتحفظ في ظروف من شأنها أن تضمن سلامتها، وإن كان البعض في الفقه يفرق في حجية القبول عن طريق البريد الإلكتروني كدليل إثبات كامل يختلف حسب مدى ما إذا كان هذا البريد الإلكتروني عادياً أم كان مهوراً بتوقيع إلكتروني.<sup>(٧٩)</sup>

(٧٧) د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - المرجع السابق - ٢٠٠٨ - ص ١١٠.

وقد حكمت محكمة النقض المصرية - بصفة عامة - أن اشتراط أحد المتعاقدين اتباع شكل معين كالكتابة لاتعاقد العقد وليس لمجرد إثباته ليس فيه ثمة أي مخالفة للنظام العام، فقضت بأنه: « وإن كان الأصل أن اشتراط الكتابة في العقود الرضائية إنما يكون لمجرد إثباتها إلا أنه ليس ثمة ما يمنع المتعاقدين من اشتراط تعليق انعقاد العقد على التوقيع على المحرر المثبت له، إذ ليس في هذا الاتفاق ما يخالف النظام العام، واستخلاص قصد المتعاقدين من هذا الشرط هو مما يستقل به قاضي الموضوع. » نقض مني - جلسة ٢٩ مارس سنة ١٩٥١ - مجموعة أحكام النقض - السنة ٢ ق - ص ٤٩١ - قاعدة ٨٨.

(٧٨) د. تامر الدمياطي - الرسالة سابقة الذكر - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - ٢٠٠٩ - ص ٧٧.

(٧٩) د. عبد الهادي فوزي العوضي - الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥ - ص ٥٤ وبعدها، و ص ٦٠ وبعدها. حيث يرى أن البريد الإلكتروني العادي - غير الممهور بالتوقيع الإلكتروني - يخضع للقواعد العامة في الإثبات، وهي تطبيق القواعد العامة في الإثبات عليه في كل حالة حسب طبيعتها وما تستلزمه من قوة معينة في الإثبات تختلف قوته في الإثبات مثلاً في المواد التجارية عن المواد المدنية، وفي حالة استحالة الحصول على دليل كتابي قد يعتبر من مبدأ ثبوت الكتابة، أما رسالة





## (٢) القبول عن طريق إرسال رسالة بيانات رقمية من حاسوب القابل إلى

موقع الإنترنت الخاص بالموجب على الحاسوب، فتعد هذه الطريقة تعبيراً ممن وجه إليه الإيجاب يدل على قبول هذا الإيجاب، مادام أن القابل قد أكد أنه قرأ محتويات العرض وقبله كما ورد منه، وإن كان الفقه في مجال البحث عن طبيعة القبول في هذه الحالة وهل هو قبول صريح أم ضمني، يؤكد على طبيعة كون القبول هنا قبولاً صريحاً للإيجاب المعروض على موقع الويب.<sup>(٨٠)</sup>

## (٣) مدى الاعتداد بالقبول الضمني أو دور السكوت في التعاقد الإلكتروني:

وهو نفس الخلاف الذي يقوم في التعاقد العادي حول قوة السكوت كنوع من التعبير الإرادي عن القبول، حيث تقضي القاعدة العامة بأنه « لا ينسب لساكت قول » ومن ثم لا يصلح السكوت قبولاً، بينما توجد حالات أخرى تسمى « السكوت الملبس » وهو السكوت في معرض الحاجة إلى بيان يعتبر بياناً، وقد اعتنقه المشرع المصري في التقنين المدني في حالات كثيرة أهمها إذا وجد تعامل سابق بذلك أو جرى العرف التجاري على اعتبار السكوت قبولاً أحياناً، أو مبدأً إذا تمحض الإيجاب عن منفعة خالصة لمن وجه إليه فإن سكوته يعتبر قبولاً<sup>(٨١)</sup> ولكن يرى الشراح أن تطبيق مثل هذه الحالات الاستثنائية على السكوت في التعاقد الإلكتروني والذي يحتاج إلى الحذر لخصوصية أنماط التعاقد فيه، فيرى أن الأصل في القبول الإلكتروني أن يكون صريحاً ولا يصلح فيه السكوت لأن الإيجاب يوجه

(٨٠) البريد الإلكتروني الممهورة بالتوقيع الإلكتروني فتأخذ دائماً «حجية المحرر العرفي في الإثبات» ص ٦٧. د. تامر محمد سليمان الدمياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - الرسالة السابق ذكرها - ٢٠٠٩ - ص ٧٧ و ٧٨ وإن كان يرى أن هذه الوسيلة تتطوي على الكثير من المخاطر يتمثل أهمها في أن مجرد ملامسة أيقونة الإيجاب المعروض على الشبكة وإعطاءه دلالة قاطعة على القبول قد يخالف الحقيقة ويكون على سبيل اللهو أو الخطأ الذي لا يمثل تعاقداً حقيقياً.  
(٨١) انظر بالتفصيل في ذلك: كتابنا: مصادر الالتزام - المرجع السابق - ص ٤٨ وبعدها.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

في التعاقد الإلكتروني غالباً للكافة دون تمييز، ومن ثم لا يتصور فيه قبول عن طريق السكوت، ومع ذلك بالنسبة للعقود والمعاملات التجارية بين المهنيين والمحترفين وبين بعضهم فإنه من الممكن أن يوجد عرف تجاري أو معاملات تعاقدية سابقة ترجح دلالة السكوت على أنه قبول للتعاقد، ومن ثم يمكن اعتبار السكوت في هذه الحالات قبولاً كافياً لانعقاد العقد الإلكتروني.<sup>(٨٢)</sup>

(٤) **القبول باستخدام توقيع إلكتروني:** يعتمد التوقيع الإلكتروني على تشفير المحرر أو رسالة البيانات الحاملة للتعبير الإلكتروني باستخدام المفتاح الخاص للموقع وتكوين التوقيع الإلكتروني من سلسلة من الأرقام الحسابية ومن مجموعها يتكون التوقيع الإلكتروني الرقمي، فهو ليس له وجود مستقل عن التصرف القانوني، وهو يختلف في كل مرة يستخدم فيها المفتاح الخاص لتشفير الرسالة، أي أنه حتى بدون هذا التوقيع الإلكتروني يظل القبول قائماً ويمكن أن يقوم التوقيع الإلكتروني دليلاً على تبادل الرضاء، بمعنى أن التوقيع الإلكتروني يلعب دوراً مهماً في مجال تحديد شخصية الأطراف وارتباطهم بمضمون التصرف ودليلاً على تبادل التعبير عن الإرادة، فهو يمنح الحجية في إثبات التصرفات القانونية التي يرتبط بها، ومن ثم يمكن أن يعتبر طريقة لإرسال القبول الإلكتروني باستخدام وسيلة التوقيع الإلكتروني دون أن يعتبر في ذاته قبولاً، والتوقيع الإلكتروني وسيلة

(٨٢) د. عاطف عبد الحميد حسن - المرجع السابق - وجود الرضاء في العقد الإلكتروني - ص ١١١. وكذلك كتابه: دور السكوت في تكوين الرضاء في عقد البيع - ٢٠٠٢ - ص ٤٨.  
د. أحمد شرف الدين - قواعد تكوين العقود الإلكترونية - المرجع السابق - ص ٧٣.  
د. خالد ممسوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني - المرجع السابق - ص ٢٦٨.  
د. مراد يوسف مطلق - التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني - المرجع السابق - ص ١٤٩ وبعدها.







## انعقاد العقد الإلكتروني

للتعبير عن القبول وليس قبولاً في ذاته. (٨٣)

### ثانياً: شروط القبول الإلكتروني:

يمكن القول أن شروط القبول الإلكتروني لا تختلف كثيراً عن شروط القبول العادي التي رأيناها في القواعد العامة، ويمكن إيجازها فيما يلي:-

**الشرط الأول:** أن يصدر القبول الإلكتروني في لحظة يكون الإيجاب الإلكتروني مازال قائماً فيها، وقد سبق أن رأينا أنه طبقاً للمادة ٩٤ من التقنين المدني المصري أنه يشترط لاقتران القبول بالإيجاب أن يصدر القبول في وقت لا زال الإيجاب قائماً فيه، أما إذا كان الإيجاب قد سقط فإنه لا يكون صالحاً لأن يقترن به القبول.

**الشرط الثاني:** أن يكون القبول الإلكتروني مطابقاً للإيجاب المعروض على شبكة الإنترنت بحيث لا يتضمن القبول أي زيادة عن الإيجاب أو تعديلاً أو تقييداً في الإيجاب، وإلا اعتبر القبول في هذه الحالة إيجاباً جديداً في ذاته يحتاج لقبول، وهو ما رأينا أن المادة ٩٦ من التقنين المدني المصري الجديد تنص عليه، وإن كان التعاقد الإلكتروني يحتاج إلى مزيد من الحيطة والحذر في التأكد من مطابقة القبول للإيجاب في كل تفصيلاته وجزئياته بحسب طبيعة العقود الإلكترونية التي تبرم (عن بُعد).

**الشرط الثالث: نهائية القبول:** والأصل أيضاً هو كفاية القبول بمجرد انعقاد العقد دون استلزام شكلية معينة، استناداً لمبدأ رضائية العقود الذي رأيناه في

(٨٣) د. تامر الدمياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - الرسالة السابقة - ص ٨١ ، ٨٢.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

الإيجاب، كل ما هنالك أنه يجب في القبول أن يصدر حاسماً جازماً دون أن يتضمن أي تحفظ أو يكون معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل، ولا يختلف ذلك كله عما رأيناه في القواعد العامة في التعبير الإرادي عن القبول في نظرية الالتزام.

ومع ذلك فإن خصوصية القبول بوصفه صادراً من المتعاقد الضعيف أو المذعن أو المستهلك في عقود مبرمة عن بُعد بوسائل إلكترونية معينة، اقتضت تخويل المستهلك الموجه إليه الإيجاب (القابل) حق العدول عن قبوله الصادر في هذه العقود المبرمة عن بُعد، أي تخويل القابل حق نقض العقد بعد انعقاده، ولهذا فإن قواعد إبرام العقد الإلكتروني تسمح بوسائل معينة تقدم صيغة للرجوع تخالف مبدأ القوة الملزمة للعقد.<sup>(٨٤)</sup> بحيث يرى الفقه أن ممارسة المستهلك لحقه في العدول يعتبر الخصوصية الثانية بالتعبير الإلكتروني المقررة لضمان حماية فعالة للمستهلك المتعاقد عن بُعد وذلك بالإضافة للخصوصية الأولى التي رأيناها وهي تشديد أو تفصيل الالتزام بالإعلام في العقد الإلكتروني<sup>(٨٥)</sup>، وهو أيضاً الحق الذي قرره تقنين الاستهلاك الفرنسي وقانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٠٧ لسنة ٢٠٠٦<sup>(٨٦)</sup>، وإن كنا نرى أن هذا الالتزام بالعدول محل شك كبير ويثير الجدل في

(٨٤) انظر في حق القابل في العدول في العقود الإلكترونية: محمد حسن قاسم - التعاقد عن بُعد - المرجع السابق ص ٥٤.

د. تامر المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - الرسالة السابقة - ص ٨٤ ، ٨٥.

(٨٥) د. محمد حسن قاسم ، د. تامر المياطي - الإشارة السابقة.

(٨٦) حيث تنص المادة (٢٠-١٢١ل) من تقنين الاستهلاك الفرنسي أن للمستهلك ممارسة حقه في العدول خلال مهلة معينة من وقت تسلم السلعة، كما تنص المادة الثامنة من قانون حماية المستهلك المصري رقم ٦٧ لسنة ٢٠٠٦ على حق المستهلك في العدول « مع عدم الإخلال بأية ضمانات أو شروط قانونية » ونرى أن هذه الفقرة أكبر دليل على ما ذكرناه في المتن من أن ذلك يتعلق بحماية المستهلك وليس بالمساس بمبدأ قدسية العقود أو أن العقد شريعة المتعاقدين، ونرى أن العقد لحين انتهاء مدة العدول الممنوحة للمستهلك، لا يعتبر قد تم قانوناً في نظرنا، بل هو معلق على شرط عدم عدول المستهلك خلال المدة المذكورة في القانون.





## انعقاد العقد الإلكتروني

القوة الملزمة للعقد الإلكتروني المبرم عن بُعد، ولذلك يجب أن توضع له ضوابط قانونية محددة تحول دون التعسف فيه أو المساس بالمبادئ المستقرة في القوة الملزمة للعقد وأثرها، ونرى حمل هذا العدول وما يحمله من تأثير على نهائية القبول، بأنه لا يعطي لمتعاقد واحد حق التحلل من العقد بل هو أقرب إلى تحديد لحظة إبرام العقد بعد التأكد من كافة تفاصيله بحيث متى اقترنت الإرادتان بأثر قانوني متطابق بينهما فلا عدول بعد ذلك، فهي مسألة تنظيمية وليست قانونية تمس المبادئ المستقرة في إلزام العقود.

### ثالثاً: حكم القواعد العامة في اقتران الإيجاب والقبول وانعقاد العقد،

#### وقصورها بالنسبة للتعاقد الإلكتروني:

تقضي القواعد العامة بأن التعبير الإرادي ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك، ولهذا فإنه بالنسبة لإبرام العقد فإنه يتم عند اقتران القبول بالإيجاب، ويحدث ذلك بمجرد أن يصل القبول إلى علم الموجب فإنه يحدث أثره القانوني وهو انعقاد العقد، ولما كان إثبات العلم من المسائل الصعبة لأنها مسألة شخصية نفسية يصعب إقامة الدليل عليها، فإن مبادئ نظرية الالتزامات تقضي بأن مجرد وصول القبول إلى موطن الموجب يعتبر قرينة على العلم به وانعقاد العقد، هذا ما لم يقدّم الموجب بإثبات أنه رغم وصول القبول إلى موطنه فإنه لم يعلم به، لغيابه مثلاً أو سفره أو عدم تواجده بهذا الموطن لأي سبب وقت وصول القبول، هذا بالنسبة للتعاقد بين حاضرين، يجمعهما مجلس عقد حقيقي واحد ويعتبر العقد قد أبرم في





## أ.د. نزيه الصادق المهدي

زمان ومكان هذا المجلس.<sup>(٨٧)</sup> أما بالنسبة للتعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد حقيقي، فقد كان الأمر على خلاف في الفقه الذي انقسم إلى أربعة مذاهب بخصوص ذلك، وسنعرض لهذه النظريات الفقهية العامة<sup>(٨٨)</sup>، ثم موقف بعض التشريعات الوضعية في هذا الصدد.<sup>(٨٩)</sup> مع بيان مدى قصور هذه القواعد والأحكام في مجال التعاقد الإلكتروني.

**(أ) المذهب الأول: نظرية إعلان القبول:** وتذهب إلى أنه لما كان من المجمع عليه - تشريعاً وفقهاً - أن العقد ينعقد باقتران إرادتين متطابقتين، فإن معنى ذلك

(٨٧) وفي ذلك تنص المادة ٩١ مدني مصري على أنه: « ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم موجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. » وانظر في شرح ذلك بالتفصيل:

د. حمدي عبد الرحمن - الوسيط في النظرية العامة للالتزامات - ج١ - طبعة ١٩٩٩ - المرجع السابق - ص ١٥٨ وبعدها، و ص ٢٠٤ وبعدها.  
وكتابتنا: النظرية العامة للالتزام - ج١ - مصادر الالتزام - المرجع السابق - طبعة ٢٠٠٩ - ص ٥٤ وبعدها.

(٨٨) انظر بالتفصيل في حكم هذه المذاهب الفقهية وتقييمها وبيان ما ترجمه القواعد العامة - ثم التشريعات الوضعية منها، بالنسبة للعقود العادية:

د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - الطبعة الحديثة - منشأة المعارف - الإسكندرية - ٢٠٠٧ - تنقيح المستشار أحمد محنت المراعي - ج١ - نظرية الالتزام بوجه عام - مصادر الالتزام ص ٨٥ وبعدها.

د. حمدي عبد الرحمن - الوسيط - طبعة ١٩٩٩ - المرجع السابق - ص ٢٠٤ وبعدها.  
د. حسام الدين الأهواني - المصادر الإرادية للالتزام - المرجع السابق - ص ١٥١ - بند ١٤٣.  
د. عبد الحي حجازي - المصادر الإرادية - المجلد الثاني - ج١ - مطبوعات جامعة الكويت - ١٩٨٢ - ص ٦٦٠ - بند ٤٨٩.

د. عبد الرشيد مأمون - النظرية العامة للالتزامات - الكتاب الأول - مصادر الالتزام - دار النهضة العربية - بدون تاريخ - ص ٦٢ بند ٣٨ - حتى ص ٦٥ بند ٤٢.  
وانظر دراسة جامعة انتقادية للمذاهب الخاصة بالتعاقد بين غائبين وتقييم كل منهما وبيان الرأي المختار.  
كتابتنا: النظرية العامة للالتزام - ج١ - مصادر الالتزام - طبعة ٢٠٠٩ - المرجع السابق - ص ٧٨ وبعدها.

(٨٩) على وجه المثال: ينص التقنين المدني المصري الجديد بالنسبة لزمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين، وذلك في المادة ٩٧ منه على أنه: « ١- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصله إليه فيهما هذا القبول. »





## انعقاد العقد الإلكتروني

أنه بمجرد صدور قبول مطابق للإيجاب، فإن العقد ينعقد دون حاجة لأي إجراء آخر ودون إرساله القبول للموجب أو علمه به، إذ أن القابل قد تعلق حقه بالعقد بمجرد إعلانه للقبول المتطابق مع الإيجاب، فيمتنع على الموجب العدول عن إيجابه ويعتبر العقد قد انعقد في الزمان والمكان الذي صدر فيهما القبول.

ويميز هذه النظرية أنها تتلاءم مع المعاملات التجارية والعقود الإلكترونية الحديثة وما تستلزمه من سرعة في التعامل، وبتطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني يعتبر منعقداً في اللحظة التي يحدد فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول دون حاجة إلى تصديرها أو إعلانها للموجب، بمعنى أنه على حد تعبير جانب من الفقه « أن هذه النظرية تفترض انعقاد العقد الإلكتروني دون أن يخرج القبول عن سلطة القابل ومع بقاءه في مرحلة مجرد إعلان القابل للقبول.»<sup>(٩٠)</sup>

ولكن يعيب هذه النظرية أنها تجعل المعيار الأساسي والسلطة الأولى في انعقاد العقد في يد القابل بحيث يستطيع أن يعدل في القبول أو حتى ينكر صدوره أصلاً لأن الموجب - طبقاً لهذه النظرية - لم يتصل بالقبول ولم يصله أي شيء يستطيع استخدامه كدليل إثبات في هذا الصدد، لأن القبول يظل موجوداً على الحاسوب الخاص بالقابل يستخدمه كيفما يشاء دون وجود أي دليل إثبات يقيد<sup>(٩١)</sup>، وكذلك يرى البعض أنه - في ظل هذه النظرية - حتى لو قام القابل بالنقر على أيقونة القبول بموقع الويب بما يفيد القبول، فإنه يستطيع أن يسارع باستعمال أيقونة

(٩٠) د. خالد ممدوح إبراهيم - إیرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة - دار الفكر الجامعي - الإسكندرية - ٢٠٠٦ - ص ٢٩٦.

(٩١) د. تامر الدمياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - الرسالة السابق ذكرها - ٢٠٠٩ - ص ٨٨.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

التوقف الموجودة بالبرنامج فيوقف عملية الإرسال وبذلك لن يخرج القبول من حوزته وسيظل هو المهيمن على الأمر دون أي إثبات.<sup>(٩٢)</sup> ونحن نرى أن هذه النظرية لا تصلح إطلاقاً لانعقاد العقد - سواء في ظل القواعد العامة أم في مجال التعاقد الإلكتروني - لأنها تخالف المبدأ القانوني الأساسي في التعاقد وهو أن التعبير ينتج أثره عند اتصاله بعلم من وجه إليه.<sup>(٩٣)</sup>

**(ب) المذهب الثاني: نظرية تصدير القبول:** وترى هذه النظرية أن العقد (عن بُعد) لا ينعقد بمجرد إعلان القبول من القابل كسابقتها، وإنما بتصدير القبول أي بخروجه فعلاً نهائياً من حوزة القابل فلا يستطيع استرداده، وقد حاولت هذه النظرية بذلك تجنب الانتقاد الموجه لسابقتها بأنها تجعل القابل هو المهيمن على القبول وبقائه لديه دون أي دليل على صدوره حتى منه.

وتطبيقاً لهذه النظرية الثانية، يعتبر العقد الإلكتروني منعقداً بمجرد خروج الرسالة الإلكترونية المتضمنة على القبول من حوزته، وذلك باستخدامه أيقونة الإرسال والضغط عليها وتصدير القبول بصرف النظر عن وصول هذه الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب الموجود على موقعه على شبكة الإنترنت.

وتنتقد هذه النظرية أيضاً أنها لا تزيد على سابقتها (إعلان القبول) إلا بواقعة مادية وهي تصدير القبول، ولكنها واقعة لا أثر لها قانوناً في تبادل التعبير الإرادي ولا تزيد أي مفعول قانوني جديد للقبول في العقد الإلكتروني طالما أن القابل ما

(٩٢) د. محمد إبراهيم أو الهيجاء - القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية - رسالة دكتوراه - كلية حقوق القاهرة - ٢٠٠٤ - ص ٥٦ وبعدها.  
(٩٣) وهنا لم يوجه القبول أصلاً إلى الموجب ولم يتصل بعلمه ولذلك لن يحدث أثره القانوني وهو اقترانه بالإيجاب وإبرام العقد، انظر المادة (٩١) من التقنين المدني المصري: كتابنا: مصادر الالتزام - ٢٠٠٩ - المرجع السابق - ص ٧٩.



## انعقاد العقد الإلكتروني

زالت له سلطة في استرداده قبل علم الموجب. (٩٤) فضلاً عن أن فقهاء القانون المدني (٩٥) يرون أن مذهب تصدير القبول يعيبه قانوناً أنه مازال يعاني من الانتقاد الأساسي وهو أن إرسال القبول طبقاً لهذا المذهب لا يحول دون استرداده وذلك بإرسال رسالة أسرع منه تصل إلى الموجب قبله وتتضمن العدول عن القبول الذي لا يكون قد وصل بعد. وكذلك من ناحية ثانية فإنه لا يضيف جديداً سوى واقعة الإرسال ولا يتحقق معه شرط توافق الإرادتين قانوناً.

**(ج) المذهب الثالث: نظرية تسليم القبول:** وتقضي بأنه لا يكفي مجرد إعلان القبول أو تصديره، بل يجب وصول القبول إلى موطن الموجب وتسليمه في هذا الموطن، وبذلك ينعقد العقد في الزمان والمكان الذين تم فيهما هذا التسليم بغض النظر عن العلم الحقيقي للموجب بالقبول أم عدم علمه.

وبتطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني فإنه ينعقد في اللحظة التي تصل فيها الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب، ولو لم يكن هذا الأخير قد فتح صندوقه أو علم علماً حقيقياً بالقبول،

- (٩٤) د. أسامة أبو الحسن - التعاقد عبر الإنترنت - المرجع السابق ص ٩٢.  
د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت، المرجع السابق ٢٠٠٨ ص ١٤١.  
د. تامر الدمياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - الرسالة السابقة - ٢٠٠٩ ص ٨٩.
- (٩٥) د. انظر في ذلك على وجه الخصوص:  
د. السنهوري - ج ١ - المرجع السابق - ص ٢-١ .  
د. محمد علي عمران - المرجع السابق ص ٧٣.  
د. سليمان مرقس - الالتزامات - ج ٢ - المرجع السابق ص ٧٧.  
كتابنا : النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام ٢٠٠٩ - المرجع السابق - ص ٨٠.  
حيث نرى أن المعيار الذي استلزمه القانون لإنتاج أي تعبير إرادي لأثره القانوني، وهو وصوله إلى علم من وجه إليه لا يتحقق مع هذه النظرية.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

فالعبارة لدى هذه النظرية بتسليم القبول في موقع الموجب وليس العلم به.<sup>(٩٦)</sup>

ومع ذلك تعرضت هذه النظرية لانتقادات الشراح، لأنها لا تمثل معياراً حاسماً على علم الموجب بمضمون القبول الإلكتروني ولا تحول دون الغش والتحايل من جانب الموجب لتفادي وجود دليل إثبات على علمه بالقبول الإلكتروني، برغم وصوله إلى موقعه.<sup>(٩٧)</sup>

(د) **المذهب الرابع: نظرية العلم بالقبول:** وهو المذهب الراجح الذي يتفق مع القواعد العامة في نظرية العقود في القانون المدني والتي تقضي بأن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، ولذلك فإن العقد لا ينعقد وفقاً لهذه النظرية إلا في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى علم الموجب، ولما كان هذا العلم الحقيقي مسألة نفسية لدى الموجب يصعب إثباتها، فقد ذهب الفقه - والقانون - إلى وضع قرينة مؤداها أن وصول القبول وتسليمه في مكان الموجب يعتبر قرينة على علم الموجب به، ولكنها ليست قرينة قاطعة بل يستطيع الموجب إثبات عكسها وبأنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله.<sup>(٩٨)</sup> ولعل هذا المذهب هو أرجح

(٩٦) د. أسامه أبو الحسن مجاهد - المرجع السابق ص ٩٤؛ د. محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد - المرجع السابق ص ٨١.

(٩٧) د. عباس العبودي - التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري - المرجع السابق ص ١٦. د. محمد السعيد رشدي - التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة ومدى حجيتها في الإثبات - المرجع السابق ص ٣٥.

د. عبد الهادي فوزي العوضي - الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥ ص ٥٣ وبعدها.

(٩٨) وهو المذهب الذي اعتنقه المشرع المصري في المادة ٩١ من التقنين المدني، والتي تنص على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقدّم الدليل على عكس ذلك". انظر في شرح ذلك بالتفصيل: كتابنا: النظرية العامة للالتزام - ج ١ - مصادر الالتزام - طبعة ٢٠٠٩ - المرجع السابق ص ٨١ وبعدها. وانظر أيضاً تعلقنا على المادة ٩٧ - من نفس القانون وفي تحديدها لزمان ومكان انعقاد العقد طبقاً لهذا







## انعقاد العقد الإلكتروني

المذاهب والذي يتجنب كافة الانتقادات الموجهة إليها، وفي نفس الوقت يتضمن قرائن عملية تسهل إثبات علم الموجب بالقبول.

وبتطبيق هذا المذهب على انعقاد العقد الإلكتروني يفترض القول بأن هذا العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يصل فيهما القبول إلى علم الموجب، أي في اللحظة التي يصل فيها القبول إلى علم الموجب، أي في اللحظة التي يقرأ فيها الموجب الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول والموجودة على جهاز الحاسب الآلي الخاص به ويعلم بها فيتحقق اقتران الإيجاب بالقبول.<sup>(٩٩)</sup>

ولكن يرى الفقهاء أن هذه النظرية الراجحة في القواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني، والتي تبنها المشرع المصري لا تصلح كمعيار لتحديد لحظة اقتران الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني وبالتالي زمان ومكان انعقاده، وذلك لأن القابل لا يملك دليلاً لإثبات علم الموجب بالقبول، ولا يوجد معيار حاسم يمنع تحايل الموجب إزاء ذلك وادعائه بعدم العلم بالقبول الإلكتروني، فهي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال التعاقد الإلكتروني، ولا سيما أن القرينة التي أخذ بها البعض، ومنهم نص المادة ٩١ مدني مصري - بأن وصول القبول يعتبر قرينة على العلم به، لا يمكن تطبيقها على التعاقد الإلكتروني لوجود مانع قانوني، وهو نص مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري ذاته على أنه: «يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول» وهو

المعيار في التعاقد بين غائبين وهو الذي يقابل التعاقد (عن بعد).

(٩٩) د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - المرجع السابق - ٢٠٠٨ ص ١٤٣.

د. رشيدة محمد الإبريسي - إبرام العقد الإلكتروني وإثباته ص ٧٦.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

ما يعني بأنه تبنى نظرية جديدة مختلفة عن نظرية العلم بما تشمله من قرينة، والتي تبنها القانون المدني.<sup>(١٠٠)</sup>

وهو الأمر الذي يدل على قصور القواعد العامة في التعاقد العادي، حتى بالنسبة للنظرية الراجحة، عن التطبيق على التعاقد الإلكتروني وهو السبب الذي يرجع إلى تميز العقد الإلكتروني بطبيعة وخصائص متميزة مختلفة عن العقود العادية، ومن ثم يحتاج إلى تنظيم قانوني تقني مزدوج لتنظيمها، أي نصوص قانونية ووسائل تقنية خاصة مقصورة على العقد الإلكتروني وتراعى طبيعته بوصفه نوعاً من أنواع التعاقد (عن بُعد) وهو هذا التنظيم الخاص الذي سنحاول بيانه فيما يلي مختتمين به هذه الدراسة الموجزة عن التعاقد الإلكتروني.

#### رابعاً: التنظيم القانوني والتقني الخاص بعلاج قصور تطبيق بعض القواعد العامة على التعاقد الإلكتروني:

أسفر الاستعراض السابق للقواعد العامة ومحاولة تطبيقها على التعاقد الإلكتروني عن قصور يحتاج إلى تنظيم قانوني تقني خاص بها يتكون من نصوص وأحكام قانونية من جهة، ووسائل تقنية معينة تلائم طبيعة العقد الإلكتروني من جهة أخرى، وذلك على التفصيل التالي:-

(١٠٠) د. خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني - المرجع السابق - ص ٢٩٨ وبعدها.  
د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - ص ١٤٣ ، ١٤٤.  
د. تامر المياطي - الرسالة السابقة - ص ٨٧ وبعدها.





## ١- التنظيم القانوني التشريعي بشأن التعاقد الإلكتروني

يمكن أن نشير في هذا الصدد إشارة موجزة إلى بعض التشريعات التي صدرت متضمنة تنظيماً قانونياً لبعض القواعد المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني كتعويض قصور القواعد العامة التقليدية، واستجابة للتوجيه الأوروبي رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ٨ يونيو بشأن التجارة الإلكترونية، للتشريعات التالي:-

(أ) قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع، والذي اعتمده لجنة الأمم المتحدة في ١٢ يونيو ١٩٩٦ وصدر بقرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ١٦٢/٥١ المؤرخ ١٦ ديسمبر ١٩٩٦ مع المادة الإضافية ٥ مقرر بصيغتها المعتمدة لعام ١٩٩٨، والذي أكد في نصوصه قواعد قانونية مستحدثة خاصة بإبرام العقد الإلكتروني، يمكن أن نختار منها ما يأتي:-

- **فمن ناحية أولى تؤدي المادة ١١ منه المتعلقة «بتكوين العقود وصحتها» إلى الاعتراف صراحة بالالتجاء لوسائل إلكترونية خاصة بإبرام العقد الإلكتروني، حيث تنص المادة المذكورة في فقرتها الأولى على أنه: «في سياق تكوين العقود، وما لم ينفق الأطراف على غير ذلك، يجوز استخدام «رسالة البيانات» للتعبير عن الإيجاب وقبول هذا الإيجاب، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات إلكترونية لهذا الغرض.» ثم يؤكد في المادة ١٢ منه هذا الاعتداد بالعقود المبرمة بوسيلة إلكترونية بنصه في هذه المادة 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**



### أ.د. نزيه الصادق المهدي

قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات» وهو أمر نرى معه - مع جانب من الفقه - أنه يقطع بإجازة القانون النموذجي لتبادل التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية. ومن بينها شبكة الإنترنت، حتى يأتي التعاقد محكماً مؤكداً بوسائل حاسمة تتفق مع الطبيعة الإلكترونية للعقد.<sup>(١٠١)</sup>

- ومن ناحية ثانية تنص المادة ١٥ منه على أن الرسائل الإلكترونية تحقق نفس درجة الدقة القانونية التي تحققها رسائل الإبلاغ الورقية وأنها تهدف إلى تبييد أي شك بشأن زمان ومكان تكوين العقود في الحالات التي يتم فيها تبادل الإيجاب أو القبول إلكترونياً:

(ب) ويأتي من ناحية ثانية في الصرح التشريعي المنظم للعقد الإلكتروني، القانون الفرنسي رقم ٥٧٥ - ٢٠٠٤ الصادر في ٢١ يونيو سنة ٢٠٠٤ بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، والذي تعرض لمسألة التعاقد الإلكتروني صراحة وتحديد زمان ومكان انعقاده صراحة، كما سيجيء ذكره تفصيلاً.

(ج) وكذلك يساهم في هذا التنظيم القانوني للتعاقد الإلكتروني بشكل إيجابي صريح، التقنين المدني الفرنسي في تعديله الحديث للمادة ١٣٦٩-٥ منه والمضاف إليه بمقتضى المادة ٢/٢٥ من القانون الفرنسي رقم ٥٧٥-٢-٤ الصادر في ٨ يونيو ٢٠٠٤ بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، والذي صدر إعمالاً للتوجيه الأوروبي رقم ٣١/٢٠٠٠ بشأن التجارة الإلكترونية وكانت تحمل رقم ١٣٦٩-٢ مدني فرنسي. حيث نصت المادة الجديدة المضافة للتقنين المدني الفرنسي، المادة

(١٠١) د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - دراسة مقارنة - الرسالة السابقة - ٢٠٠٩ - ص ١٨.





## انعقاد العقد الإلكتروني

١٣٦٩-٥ سابقة الذكر، على أن العقد المقترح من خلال الطريق الإلكتروني لا ينعقد صحيحاً إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب وذلك بعد تمكنه من مراجعة طلبه والتمن كاملاً وتصحيح الأخطاء المحتملة كما أن الموجب ملزم بالإقرار باستلام الطلب الذي وجه إليه دون تأخير. وسيأتي شرح ذلك.

(د) وكذلك يدخل في هذا التنظيم التشريعي الجديد للتعاقد الإلكتروني، نصوص القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني والذي يتضمن اعتراف المشرع المصري بجواز إبرام التعاقدات بوسيلة إلكترونية، وعلى الرغم من أن هذا القانون لم يتعرض لتنظيم الأحكام الخاصة بالمعاملات أو العقود الإلكترونية بوجه عام، إلا أن نصوصه المتعلقة بمنح الكتابة الإلكترونية (المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للكتابة والمحركات والتوقيع في قانون الإثبات) تدل على هذا الاعتراف. وإن كنا نرى ضرورة إصدار المشرع المدني لقانون متكامل يغطي كافة جوانب وخصوصيات التعاقد الإلكتروني بنصوص صريحة تفصيلية.

٢- دور الوسائل التقنية الحديثة في تحديد زمان ومكان إبرام العقد

### الإلكتروني

سنقوم ببيان الوسائل التقنية الحديثة التي حددها التنظيم القانوني التشريعي الحديث السابق ذكرها كوسائل للتعبير الإرادي الإلكتروني ولضمان إبرام العقد الإلكتروني وتحديد زمان ومكان هذا الإبرام في ضوءها.





أ.د. نزيه الصادق المهدي

### (أ) رسالة البيانات : Data Message

تكفلت المادة ٢- (أ) من قانون الأونسترال النموذجي سابق الذكر، بتعريف رسالة البيانات بأنها : " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو أي رسائل تقنية مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو النقل الإلكتروني للمعلومات باستخدام معيار متفق عليه لصياغة المعلومات ونقلها."

ويتبين من ذلك أن رسالة البيانات - في نظر الفقه (١٠٢) - والتشريع (١٠٣) - هي الوسيلة الإلكترونية الأساسية لنقل التعبير الإرادي، من إيجاب وقبول لازم إبرام العقد الإلكتروني بين الطرفين.

(ب) التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات عن طريق المحررات الإلكترونية. وقد نصت المادة الثانية في فقرتها الثالثة من القانون النموذجي سالف الذكر على تعريف التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات بأنه: "نقل البيانات والمعلومات إلكترونياً من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتشكيل بيانات للمعاملات أو الرسائل". ويعبر عن هذه الوسيلة بمعنى واسع لتشمل ما سماه المشرع " المحرر الإلكتروني " وقد أخذ المشرع

(١٠٢) د. تامر محمد سليمان المياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه المشار إليها - ٢٠٠٩ - ص ١٨.

د. ممدوح خيرى هاشم المسلمي - مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت - المرجع السابق - ٢٠٠٠ - ص ٦٣.

(١٠٣) حيث قضى قانون الأونسترال النموذجي ١٩٩٦ سالف الذكر بحجية اللجوء لوسيلة إلكترونية لإبرام العقد الإلكتروني، فتنص المادة ١١ منه المتعلقة " بتكوين العقود وصحتها " في فقرتها الأولى على أنه " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على عكسه، فإن رسائل البيانات تعتبر من الوسائل الإلكترونية الرئيسية التي يجوز استخدامها للتعبير عن الإيجاب والقبول الخاص به". وهو ما عادت المادة ١٢ من ذات القانون لتأكيد بالاعتراف بالعقد المبرمة باستخدام رسالة البيانات في تبادل التعبير الإرادي.





## انعقاد العقد الإلكتروني

الفرنسي زمام المبادرة في تطوير الوسائل القانونية العادية - مثل المحررات العرفية المعدة للإثبات - لتتلاءم مع الواقع التقني اللازم لإبرام العقد الإلكتروني، وذلك بنصه في القانون رقم ٢٣٠ - ٢٠٠٠ الصادر في ١٣ مارس ٢٠٠٠ بشأن تطوير قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات، والذي يؤدي إلى الاعتراف بالكتابة المتخذة شكلاً إلكترونياً ومنحها حجية في الإثبات مساوية لحجية الكتابة على محرر ورقي، والاعتداد بالمحرر الإلكتروني متى توافرت شروط معينة، واعترف القانون بذلك بالعقود المبرمة بوسيلة إلكترونية. (١٠٤)

وكذلك تعتبر اتفاقية فيينا ١٩٨٠ من المصادر القانونية التي اعترفت بالمحركات الإلكترونية ووسائل الاتصال الحديثة دون اشتراط شكل خاص ولاسيما الكتابة، كدليل تقني على الإيجاب والقبول.

وكذلك يستفاد الاعتراف بالمحركات الإلكترونية كوسيلة تعاهد هامة في العقود الإلكترونية من القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني، والذي اعترف بجواز إبرام العقود بوسائل إلكترونية، حيث منح الكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني ذات الحجية المقررة للمحركات المكتوبة المعدة للإثبات. (١٠٥)

(١٠٤) وكذلك، الأمر الذي يعتبر أكثر اعترافاً من المشرع الفرنسي بدور المحركات الإلكترونية ووسائل الاتصال التقنية الحديثة في التعاقد الإلكتروني، ما سبق أن أشرنا إليه من نص القانون الفرنسي رقم ٥٧٥ لسنة ٢٠٠٤ الذي يعد خطوة جوهرية ليس فقط في الإقرار بالعقود الإلكترونية ووسائل إبرامها، بل أيضاً بتنظيم وافي لكافة المسائل المتعلقة بهذا التعاقد الإلكتروني وذلك بإضافة فصل سابع إلى الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي بعنوان: "العقود في الشكل الإلكتروني" تتضمن المواد ١٣٦٩-١، ١٣٦٩-٢، ١٣٦٩-٣ مضافة بمقتضى المادة ٢٥ من القانون.

(١٠٥) الجريدة الرسمية - العدد ١٧ تابع (د) في ٢٢ أبريل سنة ٢٠٠٤.





أ.د. نزيه الصادق المهدي

### (جـ) دور البريد الإلكتروني.

رغم تعدد تعريفات البريد الإلكتروني إلا أن المفهوم المجمع عليه في كافة هذه التعريفات أن البريد الإلكتروني وسيلة اتصال تعتمد على تقنية الحاسوب بوصفه عملية نقل الرسائل والوثائق والمعلومات بما فيها التعبير الإرادي من حاسب إلى حاسب آخر عبر شبكة الإنترنت.<sup>(١٠٦)</sup>

وهو بهذا المفهوم والمعنى يعتبر من الوسائل الإلكترونية الأساسية التي تحقق الاتصال في العقود والمعاملات المبرمة عن بعد، ولذلك فإنه يلعب دوراً قانونياً هاماً في نقل التعبير الإرادي - إيجاباً وقبولاً - بين طرفي العقد الإلكتروني ومن ثم يساهم في إتمام عملية التعاقد الإلكتروني.

**تفعيل التنظيم القانوني والتشريعي والتقني الحديث الخاص بالتعاقد الإلكتروني وتطبيقه على إبرام العقد الإلكتروني وتحديد زمان ومكان انعقاده.**

بعد أن رأينا قصور القواعد العامة التقليدية للعقود لمواجهة بعض المشكلات القانونية الخاصة بإبرام العقد الإلكتروني بالنظر لطبيعته الخاصة

(١٠٦) حيث يعرفه البعض بأنه " مكنة التبادل غير المترامن للرسائل بين أجهزة الحاسب الآلي ".  
بينما يعرفه البعض الآخر بأنه: " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة المعلومات ".  
وتعرفه اللجنة العامة للمصطلحات في فرنسا بأنه " وثيقة معلوماتية يحررها أو يرسلها أو يطلع عليها المستخدم عن طريق الاتصال بشبكة المعلومات ".  
بينما يعرفها التشريع الفرنسي الصادر في ٢٢ يونيو ٢٠٠٢ بشأن الثقة الرقمية في الاقتصاد الرقمي بأنه " كل رسالة، أيا كان شكلها، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات، ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن من استعادتها ".  
انظر في هذه التعريفات والتعليق عليها، وفي دراسة نظرية عملية انتقادية للبريد الإلكتروني ودوره في التعاقد الإلكتروني:-  
د. عبد الهادي فوزي العوضي - الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني - دار النهضة العربية - ٢٠٠٥ ص ١٢ وبعدها.





## انعقاد العقد الإلكتروني

كنوع من التعامل (عن بعد) والحاجة لتحديد دقيق لتفاصيل التعبير الإرادي وإتمام اقتران الإيجاب والقبول اللازم لإبرام العقد الإلكتروني في ظل هذا التباعد، وتلك الطبيعة الخاصة، ومسارعة العديد من التشريعات الحديثة لوضع تنظيم قانوني خاص يوصف تحديد وكيفية استخدام الوسائل الإلكترونية اللازمة لذلك، وعلى رأسها القانون النموذجي للمعاملات التجارية (الإلكترونية) والتشريع الفرنسي، والتشريع المصري، على التفصيل السابق، يمكن القول بأن عملية انعقاد العقد الإلكتروني قانوناً وتحديداً زمان ومكان هذا الانعقاد قانوناً، أصبحت، كما يرى الفقهاء المعاصرون<sup>(١٠٧)</sup> تنحصر في الآتي :-

\* أن وسيلة التعبير الإرادي بين الموجب والقابل وتبادل الإرادات بينهما سواء بالنسبة للمفاوضات العقدية الإلكترونية أم لإصدار الإيجاب واتصاله بعلم

- (١٠٧) د. تامر محمد سليمان الدماطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - رسالة الدكتوراه السابق ذكرها - ٢٠٠٩ من ص ٨٧ إلى ص ٩٨.
- د. عاطف عبد الحميد حسن - وجود الرضا في العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت - المرجع السابق - ٢٠٠٨ - ص ١٤٤ وبعدها.
- وكتابه : التوقيع الإلكتروني - ٢٠٠٨ - المرجع السابق ص ٦٠ وبعدها.
- د. رشيدة محمد الإدريسي - إبرام العقد الإلكتروني وإثباته - المرجع السابق ص ٧٨.
- د. ممدوح خيرى هاشم المسلمي - مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت - المرجع السابق ص ٦٣.
- وكتابه: العمل عن بعد في القانون المدني - العمل الإلكتروني - المرجع السابق ٢٠٠٤ ص ٩٢ وبعدها.
- د. أحمد محمود سعد - نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية - الطبعة الأولى - ١٩٩٤ - المرجع السابق - ص ٨٠ وبعدها.
- د. أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصيات التعاقد عبر الإنترنت - البحث السابق الإشارة إليه - مؤتمر كلية الشريعة والقانون بجامعة الإمارات - القانون والكمبيوتر والإنترنت - ٢٠٠٠ - ص ٩٢ وبعدها.
- د. عبد الهادي فوزي العوضي - الجوانب القانونية للبريد الإلكتروني - دارا لنهضة العربية - المرجع السابق - ٢٠٠٥ - ص ٥٣ وبعدها.
- د. محمد حسن رفاعي العطار - البيع عبر شبكة الإنترنت - دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الإلكتروني - ٢٠٠٤ - طبعة ٢٠٠٧ ص ١٨٨ وبعدها.
- د. إبراهيم النسوقي أبو الليل - الجوانب القانونية للتعامل عبر وسائل الإنترنت - بحث مقدم لمؤتمر القانون والكمبيوتر والإنترنت ٢٠٠٥ - المرجع السابق ص ٤ وبعدها.



### أ.د. نزيه الصادق المهدي

من وجه إليه، وهو القابل، أصبحت تتم عن طريق وسائل إلكترونية، وعلى رأسها ما يسمى " برسالة البيانات " والمحركات الإلكترونية ووسائل الاتصال التقنية المجردة، والبريد الإلكتروني، على النحو السالف تفصيله في بيان المقصود من كل منها، بحيث تتحدد لحظة خروج الإيجاب من الموجب باتخاذها إحدى الوسائل الإلكترونية السابقة، وغالباً ما تكون "رسالة البيانات" لأنها الأكثر سهولة وتفصيلاً وشمولاً لبيانات الإيجاب، ويقوم الموجب بإرسالها فتتحدد لحظة إعلان الإيجاب بلحظة خروج رسالة البيانات المتضمنة لهذا الإيجاب عن سيطرة الموجب المرسل وتدخل في نظام معلومات لا يخضع لسيطرة هذا المرسل ويصبح ليس بإمكانه استرجاعها أو تعديلها، وإذا تعلق الأمر بإرساله رسالته ببريد إلكتروني، بوصفها رسالة بيانات، تخرج عن سيطرته وتصبح نهائية بدخولها نظام المعلومات الخاص بالبريد الإلكتروني حيث لا يمكن له استرجاعها أو تعديلها أو العدول عنها،<sup>(١٠٨)</sup> ويجيء دور تلقي رسالة البيانات هذه من الطرف الآخر الموجه إليه الإيجاب (القابل) حيث يفرق - وفقاً لما حدده القانون النموذجي السابق ذكره بالتفصيل ف مادته ١٥/٢(١٠٩) - بين فرضين "الأول: إذا كان المرسل إليه قد قام بتحديد نظام معلومات محدد لتلقي رسالة بيانات، ففي هذا الفرض تعتبر رسالة البيانات قد تم استلامها من قبل المرسل إليه

(١٠٨) محمود عبد الرحيم الشريقات - التراضي في التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - المرجع السابق - ص ١٦٨.

(١٠٩) تنص الفقرة الثانية من المادة ١٥ من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة ١٩٩٦، السابق ذكره على أنه: " ما لم يتفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي: (أ) إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام (١) وقت دخول رسالة البيانات هذا النظام المعين،، (٢) وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت إلى نظام معلومات تابع له ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه. (ب) أما إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه. "





## انعقاد العقد الإلكتروني

وقت دخولها إلى نظام المعلومات المخصص لذلك، حتى لو لم يطلع عليها، أما إذا أرسلت الرسالة إلى نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه ولكنه غير مخصص لذلك، فإن لحظة الاستلام تتحدد بالنسبة للمرسل إليه بالوقت الذي يعلم فيه علماً فعلياً بهذه الرسالة، أما الفرض الثاني - وهو عدم قيام المرسل إليه بتحديد نظام معلومات محدد لاستقبال رسائل البيانات، فعندئذ تكون لحظة استلام الرسالة هي اللحظة التي تدخل فيها الرسالة لأي نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

\* ونحن نرى أن هذه القواعد التفصيلية المحددة التي وضعها التشريع بالنسبة لوصول التعبير الإرادي إلى مكان من وجه إليه ثم إلى علمه الحقيقي، هي من الدقة، المتلائمة مع الطبيعة الإلكترونية للتبادل الإرادي عن بعد، بحيث لا تدع أي مجال لأحد الطرفين لمحاولة المراوغة أو التهرب سواء من إرسال تعبير محدد أو من استقبال والعلم بتعبير موجه إليه، وهو الأمر الذي يتفادى كثيراً من الانتقادات التي رأيناها موجهة إلى القواعد العامة الخاصة بتبادل التعبير الإرادي بين غائبين، أي بين متعاقدين عن بعد.

\* ثم تأتي المرحلة الثانية وهي المتعلقة بمسألة تأكيد وصول القبول المرسل من القابل (المرسل إليه) إلى علم الموجب (المرسل) حتى ينعقد العقد، وهي تلك المسألة التي عني بالنص عليها وتحديدها القانون المدني الفرنسي في تعديل بعض قواعده حديثاً لهذا الغرض<sup>(١١٠)</sup> حيث تنص المادة ١٣٦٩ - ٥ من

(١١٠) وهو التعديل الذي أدخله القانون الفرنسي رقم ٥٧٥-٢٠٠٤ الصادر في ٢١ يونيو ٢٠٠٤ بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي، لتنظيم مسألة تحديد زمان ومكان القبول الإلكتروني بشكل صريح، وهو ذلك التعديل الذي أضافه القانون المذكور على الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي بمقتضى المادة ١٣٦٩ - ٥ المضافة.





### أ.د. نزيه الصادق المهدي

التفتين المدني الفرنسي - المضافة بالتعديل المكور - بأن العقد المقترح من خلال الطريق الإلكتروني لا ينعقد صحيحاً إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب، القابل، وذلك بعد تمكنه من مراجعة طلبه والتمن كاملاً، وتصحيح الأخطاء المحتملة، ويرسل بذلك القبول برسالة إلكترونية وتسمى طلب، إلى الموجب يتضمن قبوله للإيجاب ولإبرام العقد، وليس هذا فقط، بل يجب على الموجب حينئذ وكالتزام عليه لانعقاد العقد، بالإقرار باستلام طلب تأكيد القبول المرسل إليه من القابل و (الإقرار بالاستلام) وتعتبر هذه الخطوة الأخيرة (الإقرار بالاستلام) وسيلة إلكترونية أخيرة تؤكد انعقاد العقد<sup>(١١١)</sup>. وبذلك فإنه - في إيجاز- ينعقد العقد الإلكتروني طبقاً لكل ما سبق: " باستلام القابل للإيجاب - المرسل من الموجب وقبوله وإرساله طلب القبول إلى الموجب الذي يصدر الإقرار بالاستلام بمجرد الاطلاع عليه، وحينئذ يتم انعقاد العقد الإلكتروني."

\* ويذهب البعض إلى أن نص القانون الفرنسي سالف الذكر، بهذا يكون قد أضاف **شكلية جديدة** وذلك استثناءً على مبدأ رضائية العقود، وتتمثل هذه الشكلية - في نظره - في التزيد باشتراط إصدار الموجب (الإقرار بالاستلام) سالف الذكر، بحيث أنه يترتب على ذلك أن القابل لن يرتبط تعاقدياً إلا عقب " تأكيد قبوله"، بمعنى أن " قبوله الأول" الذي يسبق " إقرار الموجب بالاستلام

(١١١) انظر بالتفصيل مفهوم الإقرار بالاستلام " وتعليق العقد على اقرار بالاستلام " كوسيلة إلكترونية حديثة تحكم إبرام العقد الإلكتروني، وشكل الإقرار بالاستلام، والمدة المحددة له، وجزاء عدم تلقي الإقرار بالاستلام:-  
د. ممدوح محمد خيرى هاشم المسلمي - مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الإنترنت - دار النهضة العربية - طبعة ٢٠٠٠، من ص ٨٢ حتى ص ٨٥.



## انعقاد العقد الإلكتروني

" لن تكون له أية آثار قانونية إلا بعد صدور هذا الإقرار بالاستلام الصادر من الموجب وبعد تأكيد علم الموجه إليه هذا الإقرار (القابل) به ولذلك يطلق عليه " القبول الثاني " وينتهي هذا الرأي إلى أن هذه الشكلية الجديدة، " تبدو متناقضة مع الميزة التي توفرها المعلوماتية، وهي سرعة إبرام العقود الإلكترونية والتي تتطلب التخفيف من الشكلية وليس تكبير العقود بالمزيد منها." (١١٢)

\* **ولكننا نرى** أن ما استلزمته هذه القواعد القانونية الحديثة في انعقاد العقد الإلكتروني، وعلى رأسها النص الفرنسي المذكور، التي أضافت بعض قواعد جديدة، وهي " تأكيد القبول " ممن وجه إليه الإيجاب، وإرساله رسالة بتأكيد القبول هذا للطرف الآخر الموجب وإلزام هذا الموجب "بالإقرار باستلام الطلب بدون تأخير". ذلك لا يعتبر شكلية بل هو تأكيد لوصول كل تعبير لعلم من وجه إليه، ونرى أن إبرام العقد الإلكتروني طبقاً لهذه القواعد هو أقرب ما يكون أخذاً بالنظرية الراجحة التي تقضي بها القواعد العامة في التعاقد بين غائبين وهي نظرية العلم بالقبول والتي تعتبر وصوله إلى مكان الموجب قرينة على العلم به، أما هنا في التعاقد الإلكتروني فإنها لا تعلق العلم على قرينة ولكنها تضع له شرطاً مؤكداً له يؤكد العلم الحقيقي وهو إقرار الموجب باستلام القبول (تأكيد) ويساعد على ذلك في التعاقد الإلكتروني الوسائل التقنية التي تسمح بضممان علم فعلي من الموجب بتأكيد القبول، ثم علم فعلي من القابل بعلم الموجب بالقبول وذلك عن طريق إقرار الموجب باستلام القبول، ومن ثم يقوم انعقاد العقد الإلكتروني على أسس مؤكدة وليست قرائن افتراضية.

(١١٢) د. تامر محمد سليمان الدمياطي - إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت - الرسالة السابق ذكرها - ٢٠٠٥ - ص ٩٥.





أ.د. نزيه الصادق المهدي

### تعقيب:

يتضح مما سبق أن النصوص التشريعية للقوانين الحديثة التي صدرت لتنظيم المعاملات والعقود الإلكترونية ومعالجة قصور تطبيق القواعد العامة في نظرية العقود عليها، وعلى رأسها الباب الثالث من الكتاب الثالث من التقنين المدني الفرنسي (الفصل السابع) والمضاف سنة ٢٠٠٤، وكذلك القانون الفرنسي رقم ٢٣٠ لسنة ٢٠٠٠ بشأن تطويع قانون الإثبات لتكنولوجيا المعلومات والمتعلق بالتوقيع الإلكتروني والذي قرر الاعتراف بالمحركات الإلكترونية أي التي تتخذ إحدى الوسائل الإلكترونية، وبحجبتها في الإثبات مساوية بذلك لحجية المحررات الورقية المكتوبة العادية، وكذلك القانون المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني، والقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر سنة ١٩٩٦ (قانون الأونسترال)، فيتضح أن التنظيم التقني الذي وضعته هذه النصوص جميعاً، لتنظيم التعاقد الإلكتروني، لم يعتمد في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني وزمانه ومكانه على قرينة افتراضية بالعلم قابلة لإثبات العكس بطرق الإثبات المختلفة على نحو ما تقضي به القواعد العامة التقليدية للعقود، بل وضعت قاعدة قانونية موضوعية قائمة على الإرادة الحقيقية والعلم الفعلي وتستند إلى معيار "تأكيد القبول" من قبل من وجه

إليه الإيجاب (القابل) وإرساله إلى الموجب الذي يلزم دون تأخير بإصدار ما يسمى " إقرار باستلام تأكيد القبول " ويرسله للقابل فينعقد حينئذ العقد





## انعقاد العقد الإلكتروني

الإلكتروني، ويتم ذلك بوسائل إلكترونية منظمة ثابتة الصدور والاستلام على النحو السابق تفصيله، ومحقة للجزم والتعيين والحسم القانوني في انعقاد العقد الإلكتروني.

والله ولي التوفيق.

