



مجلس العقد الإلكتروني

إعداد

الدكتور/ طارق كاظم عجيل

رئيس قسم القانون الخاص بكلية القانون - جامعة ذي قار - العراق

مقدمة:

يشهد العالم في الوقت الحاضر نموا متصاعدا في حجم التجارة الإلكترونية التي تتم عن طريق شبكة الاتصالات الدولية (الانترنت)، بحيث أصبحت تشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الدولية والداخلية، وذلك بسبب سهولة وسرعة إبرام العقود الإلكترونية وتنفيذها، حيث يمكن للأشخاص الوصول إلى ما يرغبون من خلال العروض المتسعة الخيار، بالضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بجهاز الكمبيوتر المتصل بالانترنت دون حاجة إلى الانتقال من مكان إلى آخر.

أن عصب التجارة الإلكترونية هو العقد، والعقد الإلكتروني مثله مثل العقد العادي، يتم عن طريق توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني. ولكنه يتميز عن العقد العادي بأنه يتم بوسيلة الكترونية.

إن الوسيلة الإلكترونية ونقصد بها الانترنت تتميز بمجموعة من الخصائص انعكست أثارها على العقود التي تبرم عن طريقها، حيث تتميز





د. طارق كاظم عجيل

العقود المبرمة عن طريق الانترنت وهي العقود الالكترونية بصفتها الدولية، لان الشبكة تغطي كل دول العالم ولا تقتصر على دول دون غيرها، كما تتميز بصفتها الانفتاحية، فالشبكة الدولية متاح الدخول إليها لكل من يرغب الاشتراك فيها.

ولا شك إن لهذه الخصائص والسمات التي تتميز بها الشبكة الدولية تأثيرها الواضح على النظام القانوني للعقد الالكتروني، حيث جعلت له بعض القواعد التي تخرج به عن القواعد العامة في نظرية العقد التي وضعت أساساً للتعاقد العادي في صورته التقليدية.

أن العقد الالكتروني يتم - في الغالب - بين طرفين احدهما مورد يتخذ صورة شركة تجارية ضخمة والأخر مستهلك لا يجمع بينهما مجلس عقد واحد، لا من حيث المكان ولا من حيث الزمان في بعض الأحيان. مما أثار خلافا في الفقه حول تحديد طبيعة التعاقد الالكتروني وهل هو تعاقد بين حاضرين أم غائبين من حيث الزمان والمكان.

أن الإجابة على هذا التساؤل هي التي دفعت الباحث إلى اختيار موضوع مجلس العقد الالكتروني، فعن طريق تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني نستطيع تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني ومكانه، وتحديد ما يترتب على ذلك من نتائج يأتي في مقدمتها: تحديد وقت بدء تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد. وتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات التي تثور بصدد إبرام العقد الالكتروني وتنفيذه وتحديد القانون الواجب التطبيق.



كما نستطيع عن طريق هذا التحديد حماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الإلكترونية الذي هو المستهلك.

وبعد التوكل على الله وزعنا الموضوع على مبحثين عالجتنا في المبحث الأول ماهية مجلس العقد الإلكتروني، وأوردنا المبحث الثاني لبيان أثار طبيعة مجلس العقد الإلكتروني.

المبحث الأول

ماهية مجلس العقد الإلكتروني

لبيان ماهية مجلس العقد الإلكتروني. سوف نقسم هذا المبحث على مطلبين، نعالج في المطلب الأول مفهوم مجلس العقد الإلكتروني، ونتناول في المطلب الثاني طبيعة مجلس العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

تعد نظرية مجلس العقد نظرية إسلامية المنبت، من صنع الفقه الإسلامي، فهي نظرية لم تعالج علاجاً خاصاً في الفقه الفرنسي، إما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيراً^(١).

(١) انظر في موقف مذاهب الفقه الإسلامي من نظرية مجلس العقد:

- السر خسي (أبي بكر محمد بن احمد الملقب بشمس الأئمة)، المبسوط، ج ١٣، دار إحياء التراث، ط ١، بيروت، ٢٠٠٢، ص ١٤٩-١٥٠.





د. طارق كاظم عجيل

ويعرف مجلس العقد بأنه الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد فيلغو الإيجاب إذا انقض المجلس قبل القبول، ولا عبرة لوجود القبول بعد ذلك (٢).

ونظرية مجلس العقد هذه تحدد أجلا للقبول يكون لمن وجه اليه الإيجاب حق التروي، فيقبل في خلاله دون اضطرار إلى القبول فور الإيجاب، وتعليل ذلك إن القبول في الأصل، من الوجهة النظرية، يجب إن يتبع الإيجاب مباشرة وفورا لينعقد العقد، ولكن لصعوبة ذلك جعل فقهاء الشريعة للعقد مجلسا تعتبر ساعاته وحدة زمانية. ويحدد مجلس العقد بفترة تبدأ منذ الإيجاب، وتنتهي إما بالاتفاق وانعقاد العقد، وإما بافتراق الطرفين، أو بإعراض أحدهما، كما لو قام معرضا أو اشتغل بشان آخر (٣).

- الشيرازي (أبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروز ابادي)، المهذب في فقه الإمام الشافعي، ج٢، دار المعرفة، ط١، بيروت، ٢٠٠٣، ص٥.
- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج٢، مكتبة الثقافة الدينية، ط٢، القاهرة، ٢٠٠٥، ص١٣٢-١٣٤.
- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٢، منشورات محمد الدينة، بيروت، ١٩٥٤، ص٥٠.

(٢) انظر في تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي والفقه الوضعي كلا من:

- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، ج١، مطبعة الجامعة السورية، ط١، بلا مكان طبع، ١٩٥٢، ص٢٤٣.
- د. احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ك١، مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة مصر، ١٩٥٤، ص١٠٧.
- (٣) مصطفى احمد الزرقا، مصدر سابق، ص٢٤٣-٢٤٤.





مجلس العقد الإلكتروني

والمبدأ العام في القوانين المدنية الحديثة إن الموجب له، إذا اتحد مجلس العقد حقيقة أو حكماً، يجب عليه إن يصدر قبوله فوراً بمجرد صدور الإيجاب، فلا يفصل وقت ما بين الإيجاب والقبول.

وهذا الوضع يقتضي إن الإيجاب لا يكاد يقوم حتى يسقط، وفي هذا من الضيق والحرص ما لا يخفى^(٤). فلفظ المشرع الإماراتي من حدت هذا الوضع بالالتجاء إلى الشريعة الإسلامية، وجعل الإيجاب يبقى قائماً مادام مجلس العقد لم ينفذ حيث نصت المادة (١٣٦) من قانون المعاملات المدنية على أنه (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس....)^(٥).

هذا ويلاحظ إن الذي يميز بين صورة التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين ليس هو إن يجمع المتعاقدين مجلس العقد أو لا يجتمعا في مجلس واحد، بل إن المميز هو إن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به. ففي التعاقد ما بين حاضرين تتمحي هذه الفترة من الزمن، ويعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه.

(٤) د. أحمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ١٠٧.

(٥) تقابل وتطابق المادة ٨٢ من القانون المدني العراقي، انظر: منير القاضي، ملتقى البحرين الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مج ١، الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢-٩٥١، ص ١٤٢-١٤٣، د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك ١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١، ص ١٠٩-١١٠.





د. طارق كاظم عجيل

أما في التعاقد مابين غائبين فان القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به^(٦).

ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين: حقيقي وحكمي، والنوع الأول يقصد به مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد فيكونان على اتصال مباشر بحيث يسمع احدهما كلام الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولاً أو رفضاً، وإما بانفضاضه دون رد.

أما مجلس العقد الحكمي فهو المجلس الذي يكون احد المتعاقدين غير حاضر فيه، كما هو الحال في التعاقد بالهاتف.

وإذا كان الذي يفرق بين نوعي مجلس العقد الحقيقي والحكمي هما عنصر الزمان والمكان، إلا إن عنصر الزمن يبقى هو العنصر الأساسي في التفرقة بينهما، ولذلك يذهب أغلبية الفقه^(٧) إلى إن معيار التمييز في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين هو في وجود فاصل زمني بين صدور القبول

(٦) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط٢، القاهرة، ١٩٦٤، ص٢٥٣، د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني ومصادر الالتزام، ج١، بغداد، ١٩٨٠، ص٤٧.

(٧) د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، ك١، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣، ص١٠٥، د. عبد الرزاق السنهوري، مصدر سابق، الوسيط، ص ٢٥٣-٢٥٤، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٣.





مجلس العقد الإلكتروني

وعلم الموجب به، فمعيار التزامن هو ضابط التمييز بين حالتي التعاقد، ففي التعاقد بين حاضرين يختفي هذا الفاصل الزمني و يعلم الموجب بالقبول فور صدوره.

ويقوم مجلس العقد على ركنين هما: الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمان، أي الفترة الزمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به^(٨).

وبتطبيق ما تقدم على العقد الإلكتروني نجد إن مجلس العقد الإلكتروني يقوم على شرطين أولهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضوراً افتراضياً وثانيهما بدء الانشغال بالتعاقد.

فالمكان في نطاق مجلس العقد الإلكتروني هو عبارة عن مكان افتراضي لأنه يتم في فضاء الكبروني cyber space، إما بالنسبة للزمان فقد تطول الفترة أو تقصر حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد الإلكتروني، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: طريقة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني:

وفي هذه الصورة من صور التعاقد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة مباشرة بين الطرفين أي يكون الاتصال بينهما لحظياً، فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج احد الطرفين أو كليهما من الموقع.

(٨) انظر: د. احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ١٠٨، د. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، شركة الجلال للطباعة، ط١، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٨٥.





د. طارق كاظم عجيل

إما إذا كان التعاقد غير مباشر أي غير لحظي، فإن مجلس العقد يبتدئ من لحظة اطلاع القابل على المعروض عليه، سواء كان منتج أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف، ولكن يلاحظ نظراً لحدائثة التعاقد الإلكتروني لا توجد حتى الآن أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن.

ثانياً: طريقة التعاقد عن طريق الموقع الإلكتروني (web):

ويتم التعاقد في هذه الصورة عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود ok-box، أو عن طريق التنزيل عن بعد download، فإن مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع ويستمر حتى خروج القابل من الموقع.

ثالثاً: طريقة التعاقد عن طريق المحادثة و المشاهدة:

يتم تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني في هذه الطريقة من طرق التعاقد الإلكتروني من وقت صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة^(٩).

وبالنسبة لانقضاء مجلس العقد الإلكتروني فإن القاعدة تقضي بان لكل واحد من المتعاقدين الحق في قبول أو رفض التعاقد طالما كان متواصلاً مع جهاز الكمبيوتر وعبر شبكة الانترنت، فإن قام عن الجهاز أو أغلقه طواعية واختياراً، أو انتقل إلى معاملات أخرى أو مواقع أخرى عبر صفحات الويب

(٩) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، المصدر نفسه، ص ٢٨٦.





مجلس العقد الإلكتروني

انفض المجلس. لأنه في الحالة الأولى قد افترق الطرفان وفي الحالة الثانية فقد انصرفا عن موضوع التعاقد إلى غيره.

المطلب الثاني

طبيعة مجلس العقد الإلكتروني

لقد اختلف الفقه حول طبيعة مجلس العقد الإلكتروني وبذلك ظهر أكثر من اتجاه في تحديدها كالآتي:

- ١- اتجاه ذهب إلى انه تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا.
 - ٢- اتجاه ذهب إلى انه تعاقد بين حاضرين.
 - ٣- اتجاه ثالث ذهب إلى انه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.
 - ٤- اتجاه رابع ذهب إلى انه تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة.
 - ٥- اتجاه خامس ذهب إلى انه تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين.
- أذا نحن أراء طبيعة لمجلس العقد الإلكتروني اختلف حولها الفقه وهذا ما سنحاول أن نطرحه أولا ثم نبين موقف القانون الإماراتي ثانيا.

الفرع الأول

الآراء التي قيلت في طبيعة مجلس العقد الإلكتروني





د. طارق كاظم عجيل

سبق منا القول أن الفقه قد اختلف في بيان عما إذا كان التعاقد عبر شبكات الاتصال كالانترنت بين حاضرين أم بين غائبين، ونعرض لأهم هذه الاتجاهات وتقويمها على النحو الآتي:

١- الاتجاه الأول:

ذهب جانب من الفقه^(١٠) إلى تكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطريق المراسلة أو التعاقد بطريق الهاتف أو التليماتك، ولا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها حيث أصبحت وسيلة التعاقد الكترونية. ويحتج أصحاب هذا الاتجاه في تدعيم وجهة نظرهم بجملة من الحجج أهمها:

١- أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين من حيث الزمان نظرا لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره^(١١).

٢- أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان نظرا لعدم وجود المتعاقدين في مجلس عقد حقيقي، إذ أن مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني يعتبر مجلس عقد حكمي وتطبق عليه أحكامه، وهو مجلس وصول

(١٠) انظر في هذا الاتجاه: د. بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣، ص ٨٣، د. مدحت عبد الرحيم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١، ص ٢٠.

(١١) د. أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع، ص ٢٢٥.





وعلم الموجه إليه الإيجاب وقبوله له وعلم الموجب بهذا القبول، وان نقل شبكة الإنترنت للإيجاب ما هو إلا نقل عن طريق وسيلة كالرسول. كل ما هنالك أن النقل هنا يتم عن طريق وسيط الإلكتروني^(١٢).

٣- أن تكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا يؤدي إلى استفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحه أياه المشرع في حالة التعاقد عن بعد، كما هو الحال في قانون ٦ أيناير ١٩٨٨ الفرنسي بشأن حماية المستهلك، والقانون التونسي للمبادلات الإلكترونية رقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠^(١٣).

ويترتب على الأخذ بهذا الرأي في نطاق القانون الإماراتي أخضاع التعاقد الإلكتروني لإحكام المادة (١٤٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.

ولكن تكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا لا يخلو من نقد مفاده، أن العقد الإلكتروني قد يتم فوراً، أي يكون هناك تعاصر بين صدور القبول وعلم الموجب به، حيث يكون كل من المتعاقدين على اتصال مباشر بالأخر سواء بالكتابة أو الصوت أو الصورة كما هو الشأن في حال التعاقد عبر البريد الإلكتروني وباستخدام ميكروفون وكاميرا فيديو، ففي هذه الحالة فإن عنصر الزمن يتلاشى إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة

(١٢) د. إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥، ص ١١٢.

(١٣) د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٢، ص ٤٩.





د. طارق كاظم عجيل

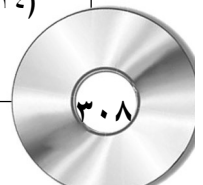
الإلكترونية جزء من الثانية مما يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين.

٢- الاتجاه الثاني:

يذهب أصحاب هذا الاتجاه وعلى خلاف ما ذهب إليه أصحاب الاتجاه الأول إلى القول أن التعاقد الإلكتروني لا يعدو ألا أن يكون تعاقدا بين حاضرين حيث يكون الموجب ومن وجه إليه الإيجاب على اتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبان فإنه لا يفصل ما بين صدور القبول والعلم به زمن في التعاقد، ويكون مجلس العقد حكما لا حقيقيا، فتطبق بالنسبة لهم - كما هو الحال في التعاقد في التلفزيون على رأي البعض - قواعد التعاقد ما بين الحاضرين^(١٤).

ويحتج أصحاب هذا الاتجاه لنفي كون التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين ولتأكيد كونه تعاقدا بين حاضرين بحجة مفادها: أن أطراف التعاقد الإلكتروني يكونون على اتصال دائم على شبكة الإنترنت، فقد يتم التعاقد بينهما عن طريق الكتابة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج "فري تيل" (free tell)، أو برنامج الحوار (chat)، وقد يكون بالصوت كما هو الحال بالنسبة لبرنامج "فوكس وير" (fox wire)، وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة وذلك إذا كان الكمبيوتر مزودا بكاميرا وميكروفون، كما هو الحال في برنامج "مالتي ميديا

(١٤) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٨٨.





مجلس العقد الإلكتروني

"(multi media)، الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني، ويكون تبعاً لذلك تعاقداً بين حاضرين حتى لو كان الحضور اعتبارياً^(١٥).

ونرى أن هذا الاتجاه من الفقه قد تجاهل حقيقة هامة، مفادها أن التعاقد الإلكتروني قد لا يتم لحظياً، أي يكون هناك عدم تعاصر بين الإيجاب والقبول، كما هو الشأن في حال القبول عن طريق البريد الإلكتروني فقد لا يتحقق الاتصال اللحظي نظراً لأن جهاز كمبيوتر الموجه قد يكون مغلقاً وقت بث رسالة القابل مثلاً، أو يكون هناك عطل فني في الشبكة يعرقل وصول القبول فيحول دون الاتصال اللحظي.

٣- الاتجاه الثالث:

وتفادياً للنقد الذي وجهه للاتجاهين السابقين، ذهب جانب من الفقه^(١٦) إلى تكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، وساق أصحاب هذا الاتجاه لتدليل على صحة رأيهم مجموعة من الحجج أهمها:

(١٥) انظر: د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨، ص ٢٩.

(١٦) د. محمد حسين منصور، أحكام البيع، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بلا سنة طبع، ص ٨٦-٨٧، د. احمد عبد الكريم، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، بحث منشور على الموقع ArabLawInfo، ص ٣ و ١٣، د. ممدوح محمد خيرى هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص ١٩-٢٠.





د. طارق كاظم عجيل

١- أن التعاقد الإلكتروني يتم بوسيلة سمعية بصرية عبر شبكة الإنترنت (Audiovisual)، كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكومي افتراضي. ومن ثم يعتبر العقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين في الزمان، ولكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الالتزامات الكترونياً، كما في الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية، أو بطريق التسليم المادي، فإن العقد الإلكتروني يكون بين غائبين من حيث المكان^(١٧).

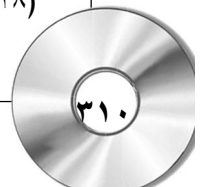
٢- التعاقد الإلكتروني يشبه التعاقد في التلفون من ناحية العلم الفوري - فورية السماع - لكل طرف بأن قبوله أو إيجابه قد وصل إلى الطرف الآخر، ففي الوقت الذي يرسل طرف رسالته يتم وصولها على جهاز كمبيوتر الطرف الآخر، وعلى هذا الأساس تأخذ حكم التعاقد بالتلفون، أي تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان.

ولما كان التعاقد الإلكتروني تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان، فإن الأمر يستدعي التوسع في مفهوم مجلس العقد واعتباره مجلساً حكماً يمتد إلى الزمن المعقول والمناسب الذي يستطيع به الموجب إليه - المستهلك غالباً - الرد^(١٨).

٣- أن التعاقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد أو العقود المسافات، ومن ثم يتميز بطابع خاص هو الطابع المكاني، وهو أنه يتم خارج

(١٧) انظر: د. خالد ممدوح أبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

(١٨) انظر: د. خالد ممدوح أبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٠.





مجلس العقد الإلكتروني

الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء، إذ أن تعبير أو مصطلح المسافة distance يفهم على مسارين، مسار المكان ومسار الزمان، فمن ناحية المسافة المكانية يوجد فاصل بين أماكن تواجد المتعاقدين لأن كليهما بعيد عن الآخر، أما المسافة الزمنية فان عنصر الزمن يتلاشى، لأن طرفي التعاقد لا تفصل بينهما فترة زمنية^(١٩).

وقد انتقد جانب من الفقه اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، وذلك على أساس أن تجزئة مجلس العقد أمر يتعذر الأخذ به، لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان وكذلك يتطلب استمرارية زمنية متصلة، وهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هذه الوحدة الزمانية والمكانية، فضلا عن أن هذا الاتجاه القائل بتكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي وبين مجلس العقد الحكمي، كما انه ليس هناك مجلس عقد مختلط (حقيقي وحكمي)، فالمجلس أما أن يكون حقيقيا أو حكما، وفكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة أركانه (الركن المكاني والركن الزماني)، حيث يطبق على زمان المجلس أحكام العقد الحقيقي، في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي^(٢٠).

٤ - الاتجاه الرابع:

(١٩) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٠.

(٢٠) انظر: د. جابر عبد الهادي سالم، مجلس العقد، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ٢٠٠١،

ص ٢٩٧، مشار إليها عند: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٠.





د. طارق كاظم عجيل

ويذهب جانب آخر من الفقه^(٢١) إلى وصف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة وذلك للأسباب الآتية:

١- أن التعاقد الإلكتروني لا يمكن إن يوصف بأنه تعاقد بين غائبين وفقا للقواعد التقليدية، ذلك لأن أطراف التعاقد لا يتبادلون عملية الإيجاب والقبول من خلال الوسائل المادية التقليدية كالخطابات، التي تستغرق فترة زمنية قد تطول وقد تقصر بين إرسال القبول ووصوله إلى من وجه إليه (الموجب)، أما يكون من خلال تبادل الرسائل الكترونيا عبر شبكة الإنترنت، حيث يتحقق لهم الاتصال المباشر، فان غياب الالتقاء المادي للمتعاقدين إلا إن هناك نوعا من الالتقاء الافتراضي المتزامن.

٢- أن التعاقد الإلكتروني لا يمكن أن يوصف بأنه تعاقد بين غائبين، لأن التعاقد بين غائبين وفقا للقواعد التقليدية يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معا، في حين هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني حيث يكون طرفا العقد على اتصال في وقت واحد، وعن طريق نفي وصف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين وفقا للقواعد التقليدية يصل أصحاب هذا الاتجاه إلى تكييف التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة.

(٢١) انظر: د. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣، ص ٦١.





والحقيقة أن أعطاء وصف الطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني باعتباره تعاقدًا بين غائبين لا يضع حلاً للمشكلة التي نحن بصدد حلها وإنما يعد محاولة للهروب من وضع تكييف قانوني سليم لطبيعة التعاقد الإلكتروني.

٥- الاتجاه الخامس:

ويرى أنصار هذا الاتجاه^(٢٢) بأن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد وسط بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، ذلك لأن فكرة أو معيار التفاوت الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين، غير متوافرة بالنسبة للتعاقد الإلكتروني، ولكن هذا لا يعني أن من وجهه إليه الرسالة قد علم بها لحظة وصولها، فقد يكون الكمبيوتر الخاص بالمرسل إليه مغلقاً في هذا الوقت، وقد لا يكون من وجهه إليه القبول هو مستلم الرسالة الإلكترونية، فقد يستلمها أحد مقدمي خدمة الإنترنت التي يبلغها له فيما بعد، وفي كلتا الحالتين يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول وعلم من وجهت إليه بمحتواها^(٢٣).

كما لا يمكن اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين حاضرين أو تعاقدًا بين غائبين في جميع الأحوال، إذ أن تحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني يعتمد على المعيار المختار في تحديد لحظة النفاذ القبول بالإيجاب، وهل هذا المعيار هو

(٢٢) انظر: د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص ١٧٧، د. احمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، بدون مكان نشر، ٢٠٠١، ص ١٥٥.
(٢٣) انظر: د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٥٥.

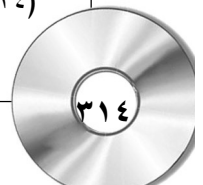




د. طارق كاظم عجيل

مجرد وصول التعبير عن القبول إلى موقع الموجب على الشبكة؟ أي وصولها إلى بريده الإلكتروني مثلا، أم أن المعيار هو العلم الفعلي بمحتوى تلك الرسالة؟ وينتهي أصحاب هذا الاتجاه إلى نتيجة مفادها أن مسألة طبيعة التعاقد الإلكتروني يجب بحثها من زاوية القانون الواجب التطبيق على العقد، وبالتالي فإن تحديد زمان ومكان أبرام العقد الإلكتروني يخضع لقانون العقد، على أساس أن هذا القانون المختار لا يحكم آثار العقد فقط بل يحكم أيضا الشروط الأساسية لتحديد-بصفة خاصة- اللحظة التي يرتبط فيها الأطراف بصفة نهائية، فإذا لم يتضمن الاتفاق بين طرفي التعاقد تحديدا للقانون الواجب التطبيق عليه، فلا مفر من الرجوع إلى قواعد تنازع القوانين في قانون المحكمة المعروض عليها النزاع^(٢٤).

(٢٤) د. عادل أبو هشيمه حوته، مصدر سابق، ص ١٧٧، د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٥٥.





الفرع الثاني

موقف القانون الإماراتي

سنقتصر في بيان هذا الموقف على تحليل التشريع أذ لم نجد في إطار التطبيقات القضائية لحدائثة الموضوع ما يعبر عن موقف ما أو اجتهاد في ظل الفقه.

فقد نصت المادة (١٤٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على انه (يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة مماثلة بالنسبة للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد وأما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس).

يتضح من هذا النص^(٢٥) إن المشرع أعطى للتعاقد الذي يتم بطريق الهاتف أو بأية طريقة مماثلة له حكم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، لأن الفارق الزمني بين إعلان القبول وبين علم الموجب به معدوم أو هو في حكم المعدوم. فليس للفرقة بين وقت إعلان القبول ووقت العلم به أية أهمية، لأنهما شيء واحد.

أما فيما يتعلق بالمكان فيعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية وسيلة مماثلة تعاقدًا بين غائبين لعدم اجتماع المتعاقدان في مكان واحد.

(٢٥) تقابل المادة ٨٨ من القانون المدني العراقي، نظر في شرح هذه المادة: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٨.





د. طارق كاظم عجيل

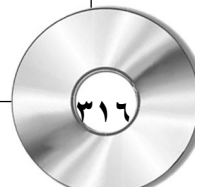
وبالتالي فإن أول تكييف يقفز إلى الذهن: أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقدًا بين غائبين من حيث المكان وهذا ما تؤكدُه المادة (١٤٣) بنصها (أو بأية طريقة مماثلة) ولا يخفى على أن هناك كثير من التماثل بين الانترنت والهاتف من حيث كونهما وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة.

ولكن الانترنت وعلى خلاف الهاتف التعاقد عن طريقه يتم بوسائط وطرق مختلفة، فقد يتم القبول عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق الضغط على زر الموافقة أو عن طريق المحادثة أو المشاهدة.

وبتطبيق المعيار الخاص بالترقية بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين وهو معيار الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، يتبين لنا أن تكييف التعاقد الإلكتروني يختلف باختلاف الطريقة التي يتم بها القبول وعلى النحو الآتي:

١- القبول عن طريق الموقع الإلكتروني (Web):

وفي هذه الطريقة من طرق التعاقد الإلكتروني يتم القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة (ok-box)، أو عن طريق التنزيل عن بعد Download حيث يكون الاتصال بين مقدم العرض (الموجب) و الموجب إليه لحظياً، أي أن الموجب يعلم بالقبول بمجرد صدوره ممن وجه إليه الإيجاب، لأن المتعاقدان يضمهما مجلس واحد، فيكون التعاقد في هذه الصورة من صور التعاقد





الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان لوجود شقة المكان.

٢- القبول عن طريق غرف المحادثة أو المشاهدة:

وهذه الصورة كسابقتها من حيث عدم وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، الأمر الذي يترتب عليه اعتبار التعاقد الإلكتروني الذي يتم عن طريق غرف المحادثة (chat) أو المشاهدة تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان.

٣- القبول عن طريق البريد الإلكتروني:

وفي هذه الصورة من صور التعاقد الإلكتروني يجب التمييز بين حالتين: **الحالة الأولى:** وفيها يتم التعاقد بالكتابة مباشرة بين الطرفين لحظيا فلا يفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به فاصل زمني. الأمر الذي يترتب عليه تكييف التعاقد الذي يتم بهذه الطريقة بأنه تعاقدا بين حاضرين زمانا وبين غائبين مكانا.

الحالة الثانية: وفيها لا يتم الاتصال لحظيا بين المتعاقدين نظرا لان جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب قد يكون مغلقا وقت بث رسالة القابل مثلا، أو يكون هناك عطل فني في الشبكة يعوق وصول رسالة القبول فيحول دون الاتصال اللحظي، الأمر الذي يترتب عليه مرور فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به، فيكون التعاقد الإلكتروني في هذه الصورة تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان ومن حيث المكان أيضا.





د. طارق كاظم عجيل

خلاصة القول أن الأصل في التعاقد الإلكتروني انه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان شأنه شأن التعاقد بالهاتف يخضع لإحكام المادة (١٤٣) من قانون المعاملات المدنية، ألا في حالة واحدة هي حالة التعاقد غير اللحظي حيث يكون التعاقد الإلكتروني فيها تعاقدًا بين غائبين زمانًا ومكانًا يمكن إخضاعه لإحكام المادة (١٤٢) من قانون المعاملات المدنية.

المبحث الثاني

أثار طبيعة مجلس العقد الإلكتروني

يترتب على تحديد طبيعة التعاقد الإلكتروني بأنه في الأصل تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان - ويستثنى من ذلك فقط حالة التعاقد غير اللحظي والذي يتم عن طريق البريد الإلكتروني حيث يكون التعاقد الإلكتروني فيه تعاقدًا بين غائبين زمانًا ومكانًا- أن نشور لدينا مسألة تحديد وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني والذي يثير بتحديد العديد من المسائل القانونية، يأتي في مقدمتها: تحديد وقت بدء تنفيذ الالتزامات التي يفرضها العقد، وتحديد المحكمة المختصة بنظر المنازعات التي نشور بصدد إبرام العقد وتنفيذه، وتحديد القانون الواجب التطبيق.

والعقد الإلكتروني وان كان يخضع للقواعد والإحكام العامة التي تنظم هذه المسائل، فإنه ينفرد ببعض الأحكام الخاصة والتي ترجع إلى خصائصه الذاتية،





وبصفة خاصة، طبيعته الإلكترونية، وكونه عقدا يبرم عن بعد على اتساع الكرة الأرضية.

لذلك سوف نوزع دراستنا في هذا المبحث على مطلبين، نخصص الأول منها لمعالجة زمان انعقاد العقد الإلكتروني ونفرد الثاني لمكان انعقاد العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

زمان انعقاد العقد الإلكتروني

يثير التعاقد الإلكتروني غير اللحظي باعتباره تعاقدًا بين غائبين زمانًا ومكانًا صعوبة تتجسد في تحديد الوقت الذي تصل فيه الإرادة (قبولًا أو إيجابًا) إلى من وجهة إليه، ذلك أنه عندما يتم نقل التعبير عن الإرادة الكترونياً عن طريق الضغط على أزرار لوحة مفاتيح جهاز الكمبيوتر فإن هذه الإرادة تنتقل عن طريق ترددات كهربائية يتم تشفيرها إلى ومضات إلكترونية تصل إلى جهاز الكمبيوتر لدى المرسل إليه، ويصعب تحديد تاريخ وصول الومضات الإلكترونية إلى الطرف الآخر^(٢٦).

الأمر الذي يترتب عليه أن يثور التساؤل في الفقه عن الوقت الذي يتم فيه انعقاد العقد الإلكتروني، فهل يعتبر قد أبرم عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب أم عندما يصل القبول نظام

(٢٦) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٥.





د. طارق كاظم عجيل

الكمبيوتر الخاص بالموجب ويسجلها الكمبيوتر أو عندما يصل القبول لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالاطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها. للإجابة على هذا التساؤل سوف نقسم هذا المطلب على فرعين نتناول في الأول النظريات التي قيلت في الإجابة على هذا التساؤل، ونعالج في الثاني موقف القانون الإماراتي.

الفرع الأول

النظريات التي قيلت في تحديد زمان انعقاد العقد

لقد أثار عدم النص على الوقت الذي ينعقد فيه العقد العادي في القانون المدني الفرنسي اختلاف الفقه والقضاء في هذا الشأن اختلافا كبيرا، وظهرت في سبيل ذلك عدد من النظريات يمكن أجمالها في خمس نظريات فقهية، أخذت القوانين المدنية التي جاءت بعد صدور القانون المدني الفرنسي بالنظرية التي رأت أنها أفضل لها من غيرها وأكثر ملائمة لنظامها الاقتصادي^(٢٧).

وبعد انتشار التجارة الإلكترونية واستعمال شبكة الإنترنت والتعاقد الإلكتروني ظهر الخلاف من جديد حول الوقت الذي يتم فيه التعاقد الإلكتروني، وسنعرض في هذا الفرع لهذه النظريات وموقف التشريع والقضاء منها.

(٢٧) انظر: د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦، ص ١٣٢، د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٨، ص ٣٥.





أولاً: نظرية إعلان القبول (Système de Declaration):

نعرض النظرية أولاً، ثم نعرض على تقييمها ثانياً، وأخيراً نبين حظها من التطبيق وذلك على النحو الآتي:

١- عرض النظرية:

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن العقد (Contrat) يتم بإيجاب وقبول متطابقين، فمتى صدر القبول المطابق للإيجاب توافر توافق الإرادتين وتم العقد، دون توقف على علم الموجب بالقبول أو عدم علمه، لأن الطرف القابل للعقد تعلق حقه به بمجرد إعلان قبوله، فيمتنع على الموجب من ذلك الوقت العدول عن الإيجاب^(٢٨).

ومزية هذه النظرية عند القائلين والآخذين بها أنها تحقق ما تقتضيه التجارة من تبسيط التعامل وسرعة التداول، فتسمح للتاجر الذي يعرض عليه شراء سلعة معينة أن يتصرف في هذه السلعة المعروضة عليه بمجرد إعلان قبوله^(٢٩).

(٢٨) انظر: د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٦٢، ص١٥٦،

د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص١٣٢، د. حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص١٠٦، د.

غني حسون طه، مصدر سابق، ص١٢٥.

(٢٩) انظر: د. إسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة،

مصر، ١٩٦٦، ص١٢٣.





د. طارق كاظم عجيل

ووفقا لهذه النظرية فان اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة الالكترونية تتضمن القبول هي لحظة أبرام العقد الإلكتروني دون ضرورة تصديرها إلى الموجب^(٣٠).

يضيف البعض، انه يمكن اعلان القبول الإلكتروني، وفقا لهذه النظرية عن طريق قيام القابل بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة (Accept/ok)، وعدم تصديره وذلك بالنقر على مفتاح التوقف (Stop) الموجود في أعلى البريد الإلكتروني، حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل، سيبقى بذلك في مرحلة اعلان القبول^(٣١).

٢- تقييم النظرية:

ويمكن أن يوجه إلى نظرية إعلان القبول اعتراضان من الناحيتين العملية والفقهية:

الاعتراض الأول، فمن الناحية العملية لوحظ أن اعلان القبول عمل يصدر من القابل وحده ويتم دون تدخل الموجب ودون علمه به، فلا يستطيع اثباته إلا من صدر منه، ويكون في وسع الأخير أن ينكر صدوره أو أن يعدل عنه دون أن يستطيع من وجه الإيجاب اثباته طالما انه لم يصل اليه شيء مثبت إياه.

(٣٠) انظر: د. عبد الله الخشروم، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت وفقا لإحكام الشريعة الأردنية، بحث منشور على الموقع ArabLawInfo، ص ٣٦.
(٣١) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٦-٢٩٧.





ويترتب على ذلك أن هذه النظرية تضع الموجب تحت رحمة القابل، أن شاء هذا أن يتمسك بقبوله فعل، وان رغب عن ذلك تمكن^(٣٢).

الاعتراض الثاني، من الناحية الفقهية، إذ من غير الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره. فالقبول أرادة، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها^(٣٣).

٣- حظ النظرية من التطبيق:

لقد أخذت بعض التشريعات المدنية الحديثة بهذه النظرية كالقانون السوري في المادة (٩٨ منه) والقانون التونسي في المادة (٢٨ منه) والقانون المراكشي في المادة (٢٤ منه) وقانون الالتزامات اللبناني في المادة (٨٤ منه)^(٣٤).

ولكن القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية والتعاقد الإلكتروني والاتفاقيات الدولية لم تأخذ بهذه النظرية ولم تشر إليها، وذلك لما بهذه النظرية من عيوب واضحة تجعلها غير صالحة لتعالج مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

(٣٢) انظر: د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٦٣، د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢٣، د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٣٢-١٣٣.

(٣٣) انظر: د. السنهوري، مصدر سابق، الوسيط، ص ٢٥٧، د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٥٦، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٣٤) د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٣٢.





د. طارق كاظم عجيل

ثانيا: نظرية تصدير القبول (Système de expedition):

نعرض النظرية أولا، ثم نعرض على تقييمها ثانيا، وأخيرا نبين حظها من التطبيق وذلك على النحو الآتي:

١- عرض النظرية:

وازاء النقد الذي وجه لنظرية إعلان القبول، حاول جانب من الفقه تحويلها لدرء الاعتراض العملي عنها فظهرت نظرية تصدير القبول.

وبموجب هذه النظرية فإن لحظة إبرام العقد هي لحظة ارسال الرسالة الإلكترونية بصفة قاطعة بحيث لا يستطيع القابل الرجوع فيها.

فتكون مزية نظرية تصدير القبول هي نفس مزية نظرية إعلان القبول مع تحاشي عيبها الرئيسي^(٣٥). وبتطبيق هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني يتبين لنا أن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي اللحظة التي يرسل فيها القابل رسالة الكترونية تتضمن القبول ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني، مقدم خدمة الانترنت، ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع الموجب على شبكة الانترنت، أو اللحظة التي يضغط فيها القابل على الأيقونة أو الزر المخصص لإرسال قبوله للموجب^(٣٦).

(٣٥) انظر في عرض هذه النظرية: د. حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص ١٠٦-١٠٧، د. السنهوري، مصدر سابق، الوسيط، ص ٢٥٧، د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢٣، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٥.

(٣٦) انظر: د. عبد الله الخشروم، مصدر سابق، ص ٣٦. د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٧.





٢ - تقييم النظرية:

ويمكن أن يوجه إلى نظرية تصدير القبول اعتراضان هما:

(أ) من الناحية العملية، أن ارسال الرسالة الإلكترونية تتضمن القبول بالبريد الإلكتروني قد لا تصل إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب لوجود عطل في الجهاز أو قد يكون جهاز الموجب مقفلاً، ومادام الإرسال أو التصدير لا ينفي احتمال عدم وصول القبول، فلا يمكن الوقوف عنده والتعويل عليه في اعتبار العقد منعقدا بصفة نهائية منذ تصدير القبول.

(ب) ومن الناحية الفقهية، فأن من المسلم به أن اعلان القبول لا يكفي لإحداث أثره مادام لم يصل إلى علم الموجب، فان تصدير القبول وعدم اشتراط علم الموجب به لا يضيف إلى القبول شيئاً فيما يتعلق بإعلام الموجب به، فهو إذن يقصر عن جعل القبول ينتج أثره، ولا يصلح بالتالي للتعويل عليه في تحقق اقتران الإرادتين ونشوء العقد الإلكتروني^(٣٧).

٣ - حظ النظرية من التطبيق:

بهذه النظرية اخذ قانون الالتزامات السويسري في مادته العاشرة، كما اخذ بها القانون الانكليزي والكندي وهي ما يطلق عليه في القانونين الأخيرين بقاعدة صندوق البريد (Mail box rule)، أو قاعدة البريد (Postal rule)^(٣٨).

(٣٧) انظر: د. أنور سلطان، مصدر سابق، ص ١٥٦، د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٣٤-١٣٥، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٣٨) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٠١، انظر كذلك: - Drew & Napier, A guide to e-commerce law in Singapore, 2000, P. 76.





د. طارق كاظم عجيل

ولم يتضمن القانون المدني الفرنسي - وكما سبق القول - نصا يتعلق بتحديد وقت انعقاد العقد، لذلك تردد الفقه والقضاء بين عدة نظريات، يمكن ردها جميعا إلى نظريتين هما استلام القبول ونظرية تصدير القبول.

ولكن محكمة النقض الفرنسية قد أخذت في حكم لها صدر بتاريخ ١٧/يناير/١٩٨١ عن الدائرة التجارية بنظرية تصدير القبول، فقضت بان العقد المبرم بالمراسلة ينعقد ليس باستلام الموجب لقبول الطرف الآخر ولكن بإرسال القابل لقبوله عدا الاتفاق على خلاف ذلك^(٣٩).

ثالثا: نظرية وصول القبول (Système de Reception):

نعرض النظرية أولا، ثم نعرض على تقييمها ثانيا، وأخيرا نبين حظها من التطبيق وذلك على النحو الآتي:

١- عرض النظرية:

وبموجب هذه النظرية فإن لحظة إبرام العقد هي لحظة وصول القبول إلى الموجب، والمقصود بالوصول وفق هذه النظرية السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول بحيث تكون تحت تصرفه، فالقبول بوصوله إلى الموجب أو إلى موطنه، يصبح نهائيا لا يستطيع القابل استرداده، فيمكن التعويل عليه واعتبار العقد منعقدا من وقت وصول القبول إلى الموجب ولو لم يطلع

(39) Cass.COM.1/1/1980,R.T.D.civ.1980,P.840.F.Chabs;R.T.D

- مشار إليه لدى: د.خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ١٢٦.





مجلس العقد الإلكتروني

الأخير عليه في حينه لان العبرة وفق هذه النظرية ليست بعلم الموجب بالقبول بل بوجود القبول المطابق وصيرورته نهائيا غير قابل للسحب^(٤٠).

ومزية هذه النظرية عند القائلين بها، أنها تؤدي إلى توزيع المخاطر بين الموجب والقابل بصورة عادلة فيتحمل القابل مخاطر عدم انعقاد العقد بسبب تأخر القبول بالرغم من وصوله للموجه اليه، فهذه النظرية لا تستند إلى الخطأ بل إلى الخطر^(٤١).

وبتطبيق هذه النظرية على التعاقد الإلكتروني نجد أن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي ليست لحظة دخول رسالة المعلومات التي تتضمن القبول إلى النظام الإلكتروني الذي يتعامل معه الموجب، بل لحظة وصولها إلى الموجب^(٤٢).

ولكن ماذا لو وصلت رسالة القبول إلى مقدم خدمة الانترنت ولم تصل إلى الموجب في الوقت المحدد؟ ولتوضيح ذلك نضرب المثال الأتي، أرسل شخص إلى آخر إجابا عن طريق البريد الإلكتروني وحدد لإيجابه فترة زمنية تنتهي في تمام التاسعة مساء، قام من وجه اليه الإيجاب باستلامه والرد عليه

(٤٠) انظر في عرض هذه النظرية: د. إسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢٣، د. علي علي سليمان، مصدر سابق، ص ٣٥، د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٣٨، د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٤١) انظر: د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٧، ص ١٦٠، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٦٣.

(٤٢) انظر: د. عبد الله الخشروم، مصدر سابق، ص ٣٦.





د. طارق كاظم عجيل

بالقبول قبل الموعد المحدد، ولكن لوجود عيب تقني في شبكة الانترنت، والتي تكون غالبا شبكة القيمة المضافة، قام مقدم خدمة الانترنت بتوصيل الرسالة ولكن بعد الميعاد المحدد أي بعد الساعة التاسعة مساء، فهل ينعقد العقد أم يسقط الإيجاب لانقضاء مدته ويعتبر القبول ايجابا جديدا يحتاج إلى قبول من وجه اليه؟

يذهب البعض إلى أن الموجب، في هذه الحالة، ملزم بإبرام العقد، ولا يكون أمامه إلا الرجوع على مقدم خدمة الانترنت طبقا لقواعد المسؤولية^(٤٣).

٢- تقييم النظرية:

ويفضل جانب من الفقه أعمال نظرية وصول القبول بالنسبة للتعاقد الالكتروني، وذلك من اجل حماية المستهلك، ولا سيما في مجال الإثبات. لأنه من الأفضل في مجال العقود الالكترونية معرفة وقت ابرام العقد الإلكتروني، حيث أن وصول الرسالة يفيد العلم بها، وهو ما يستلزم أن تكون رسالة القبول قد استلمت حتى تكون سارية المفعول ويتم التعاقد^(٤٤).

ولكن هذه النظرية لو وضعت في بوتقة النقد لظهر ازاءها عدة معوقات أهمها من الناحية الفقهية، أن تصدير القبول كإعلانه لا يكفي لإحداث القبول

(٤٣) Benjamin Wright & Jane K. Winn, The Law of Electronic Commerce, A division Of Aspen Publishing- INC, New York, USA, third edition, 2000, P. 13/15.

(44) Andrew D. Murray, Entering Into Contracts Electronically, USA, 2002, P.25





أثره في انشاء العقد، فوصول القبول إلى الموجب لا يزيد على ذلك شيئاً مادام الموجب لم يعلم بعد بالقبول^(٤٥).

ويلاحظ في نطاق التعاقد الإلكتروني عدم وجود أي فرق بين لحظة تصدير القبول ووصوله إلى الموجب، إذ لا يوجد أي فاصل زمني يذكر بينهما، فعملية تصدير القبول ووصوله عبر شبكة الإنترنت تتم في جزء من الثانية يكاد لا يذكر، كما أن الرسالة الإلكترونية حين تصل إلى صندوق البريد الإلكتروني للموجب لا يمكن استردادها بأي حال من الأحوال، ولحظة تصدير القبول في العقد الإلكتروني هي تلك اللحظة التي يضغط فيها القابل على زر إرسال (send) في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، لغرض ارسال قبوله للموجب.

ولكن العيب الذي يمكن أن يوجه إلى كلا النظريتين في نطاق التعاقد الإلكتروني أن القبول سواء تم تصديره أو استلامه قد لا يصل إلى علم الموجب فور تصديره أو استلامه لوجود عيب تقني في شبكة الاتصالات أو لوجود عطل في جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب، الأمر الذي يترتب عليه عدم إمكانية الموجب العلم بالقبول وبقائه في سيطرة مقدم خدمة الانترنت.

٣- حظ النظرية من التطبيق:

رغم العيب الموجه إلى نظرية تصدير القبول، فإنها تعد من أكثر النظريات حظاً في التطبيق وأكثرها ملائمة للتعاقد الإلكتروني، فقد اخذ الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات بها حيث نص على انه (يعتبر

(٤٥) انظر: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٣٥-١٣٦.





د. طارق كاظم عجيل

العقد الذي تم باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الالكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض).

كما نصت المادة (٢/٣) من اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا على انه (يعتبر العقد المنشئ باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات قد ابرم متى استلمت الرسالة المرسله كقبول لعرض وفقا للمادة ١/٣ من الاتفاق).

كما اخذ بها أيضا العقد النموذجي الأوربي للتبادل الالكتروني للبيانات (TEDIS) حيث نص في المادة (٣/٣) منه على انه (تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الالكتروني للبيانات هي اللحظة والمكان الذين تستقبل فيهما الرسالة الالكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب)^(٤٦).

كما أخذت اتفاقية فينا للبيع الدولية لسنة ١٩٨٦ بنظرية وصول القبول في مادتها (٢/١٨)^(٤٧) وأخذت بها أيضا مبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (UNIDROIT) لسنة ١٩٩٤ في مادتها (٢/٦).

(٤٦) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٠٠.

(٤٧) انظر: د. محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص ٨٧ هامش (١).





مجلس العقد الإلكتروني

وقد أوضحت اتفاقية أيديك لسنة ١٩٩٠ التي أعدها مجلس التبادل الإلكتروني للبيانات في كندا أن المقصود بالاستلام الصحيح هو دخول الرسالة الإلكترونية في جهاز الكمبيوتر الخاص بالمرسل إليه.

كما نص القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الإلكترونية (UETA) في المادة (١٥) منه على أن وقت إبرام العقد هو وقت دخول الرسالة الإلكترونية في نظام المعلومات الذي اعتاد فيه الطرف المستقبل استلام مثل هذا النوع من الرسائل، وبشرط أن تكون قد خرجت من السيطرة الفعلية للمرسل ولا يشترط أن يعلم الموجب بها أو لا يعلم^(٤٨).

كما اخذ القانون الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ بنظرية استلام القبول في المادة (١٧ منه)، كذلك اخذ بها قانون أمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ في المادة (١٧ منه)، وقانون مملكة البحرين بشأن المعاملات الإلكترونية لسنة ٢٠٠٢ في المادة (١٤) منه).

وقد تأثرت جميع القوانين السابقة التي عالجت المعاملات والتجارة الإلكترونية بقانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي في الأمم المتحدة (CNUDCI) سنة ١٩٩٦ والذي اخذ بنظرية استلام القبول في مادته الخامسة عشر التي جاء فيها (١- ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على خلاف ذلك، يقع ارسال رسالة البيانات عندما

(٤٨) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٠١.





د. طارق كاظم عجيل

تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ.

٢- ما لم يتفق المنشئ والمرسل اليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

أ) إذا كان المرسل اليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات، يقع الاستلام:

(١) وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات الذي تم تعيينه.

(٢) وقت استرجاع المرسل اليه لرسالة البيانات إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه.

ب) اذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل اليه....).

رابعا: نظرية العلم بالقبول (Système de Information):

نعرض النظرية أولا، ثم نعرض على تقييمها ثانيا، وأخيرا نبين حظها من التطبيق وذلك على النحو الآتي:





١- عرض النظرية:

وبموجب هذه النظرية فإن وقت إبرام العقد هو الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، ويتخذ أنصار هذه النظرية من واقعة تسلم القبول قرينة على علم الموجب به ولكنها قرينة يجوز أثبات ما يخالفها^(٤٩).

فأنصار هذه النظرية لا يكتفون بإعلان القبول، بل يشترطون علم الموجب به نزولاً على حكم القاعدة العامة القاضية بان الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها من وجهت اليه. فإذا كان العقد توافقاً بين أردنتين، فإنه يجب أن يعلم كل من طرفيه بقيام هذا التوافق^(٥٠).

٢- تقييم النظرية:

ذهب جانب من الفقه إلى القول بصعوبة الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني، لان القابل لا يملك دليلاً لإثبات علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد، مما قد يعطي للموجب بان يدعي عدم علمه بالقبول، اذا دعتاه الظروف لذلك^(٥١).

(٤٩) انظر في عرض هذه النظرية: د. حلمي بهجت بدوي، مصدر سابق، ص ١٠٧، د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٣٦، د. اسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢٤-١٢٥، د. عبد الله الخشروم، مصدر سابق، ص ٣٧.

(٥٠) انظر: د. غني حسون طه، مصدر سابق، ص ١٢٦.

(٥١) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٨-٢٩٩، د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، مصدر سابق، ص ٦٤.





د. طارق كاظم عجيل

والحقيقة أن هذا الاعتراض كان يمكن قبوله إذا كانت نظرية العلم بالقبول تشترط علم الموجب الحقيقي بالقبول وتلقي عبء أثبات هذا العلم على القابل، ولكن الأمر على خلاف ذلك فأنصار نظرية العلم بالقبول يتخذون من وصول القبول إلى الموجب قرينة على العلم به ويلقون عبء الإثبات على الموجب في حالة ادعائه عدم العلم بالقبول رغم وصوله.

وتطبيقاً لذلك فإن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب، ويعتبر وصول رسالة القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب قرينة على علمه بالقبول، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق، فيجوز للموجب نقضها بإثبات وجود ظرف خاص حال دون علمه بالقبول أصلاً أو حال على الأقل دون علمه به وقت وصوله، كما لو اثبت انه كان معتقلاً أو مصاباً بمرض يمنعه من الاطلاع على بريده الإلكتروني^(٥٢).

٣- حظ النظرية من التطبيق:

نظرية العلم بالقبول هي النظرية التي اخذ بها القانون المدني الألماني (BGB) في المادة (١/١١٠) والتي تنص على انه (العقد ينشأ في لحظة علم الموجب الفعلي بالقبول أو عندما تصبح الرسالة المحتوية على القبول في

(٥٢) انظر: د. سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ١٣٦.





متناول يده وبإمكانه الاطلاع عليها)^(٥٣). والقانون المدني المصري في المادة (٩٧)، والقانون المدني الليبي في المادة (٩٧) منه أيضا^(٥٤).

كما اخذ نموذج جمعية المحامين الأمريكية في المادة (١/٢)، والمشرع الانكليزي والفقهاء والقضاء الألماني والسويسري بنظرية العلم بالقبول، ولكن مع اشتراط علم الموجب الحقيقي بالقبول^(٥٥).

ويذهب الأستاذ (مالوري) إلى انه " بدراسة إحكام القضاء الفرنسي تبين انه فيما يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد، يأخذ القضاء الفرنسي بنظرية العلم بالقبول " ^(٥٦).

خامسا: نظرية تأكيد وصول القبول (Système conformation de L)

(acceptation):

نعرض النظرية أولا، ثم نعرض على تقييمها ثانيا، وأخيرا نبين حظها من التطبيق وذلك على النحو الآتي:

١ - عرض النظرية:

ظهرت هذه النظرية في بيئة التجارة الإلكترونية لتنظيم مسألة التعاقد الإلكتروني، وبمقتضى هذه النظرية فان لحظة ابرام العقد الإلكتروني هي لحظة

(٥٣) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٠٣ هامش (٣).

(٥٤) د. السنهوري، مصدر سابق، ص ٢٦٣.

(٥٥) د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

(٥٦) د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ١٦٤ وما بعدها.





د. طارق كاظم عجيل

تأكيد القبول (conformation de L acceptance) من قبل من وجه اليه الإيجاب بعد تمكينه من مراجعة قبوله وعرض الموجب وتصحيح الأخطاء المحتملة^(٥٧). وبموجب هذه النظرية فان القبول مجرد عن التأكيد لا يرتب أثرا بشأن انعقاد العقد، فالقبول مجرد عن التأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض يصبح وفق هذه النظرية عديم الأثر^(٥٨).

٢- تقويم النظرية:

أن بيئة التعاقد الالكتروني تفرض في بعض الأحيان أن يخرج المشرع على القواعد والاصول العامة في التعاقد، خاصة إذا عرفنا أن العقود التي تتم عن طريق الانترنت تتميز في اغلب صورها بأنها عقود ذات صفة تجارية تحتاج إلى السرعة في ابرامها.

لذلك نجد أن نظرية تأكيد وصول القبول هي نظرية فرضها واقع التعاقد الالكتروني، لأنها تجنبنا الكثير من الإشكاليات الفنية والقانونية، فقد يخطئ من وجه اليه الإيجاب في قراءة ثمن المبيع أو أوصافه أو في التعبير عن أرادته سلبا أو إيجابا هذا من جهه ومن جهة أخرى، فان تأكيد وصول القبول يجنبنا مشكلة ما قد يحدث من خلل أو عطل في نظام المعلومات الخاص بالموجب، ويجنبنا كذلك البحث في اهمال الموجب في حالة عدم علمه بالقبول لعدم فتحه بريده الالكتروني.

(٥٧) Christane Feral, Cyber Droit –Le Droit a L épreuve de L internât, Dalloz, Dunod, 2 édition, 2001, P.160.

(٥٨) انظر: د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٣.





والحقيقة أن نظرية تأكيد وصول القبول، ونظرية العلم بالقبول تتفقان في عدم اشتراطهما ضرورة علم الموجب الحقيقي بالقبول، ولكنهما يختلفان في نقطة جوهرية مفادها، أن نظرية علم الموجب بالقبول لا تسمح للقابل بعد تصديره لقبوله أن يراجع القبول وبالتالي فإن القبول ينتج أثره بمجرد وصوله إلى الموجب حتى ولو لم يعلم الموجب بهذا القبول.

بينما في نطاق نظرية تأكيد وصول القبول فإن القبول لا ينتج أثره علم الموجب به أو لم يعلم إلا بعد أن يبعث القابل برسالة الكترونية تؤكد هذا القبول ومن تاريخ ارسال الرسالة الأخيرة ينعقد العقد الإلكتروني.

٣- حظ النظرية من التطبيق:

أخذ التوجه الأوروبي رقم ٣١/٢٠٠٠ بشأن التجارة الإلكترونية بنظرية تأكيد القبول في مادته الخامسة والتي جاء فيها (يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا الكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله).

وبهذا النص يكون هذا التوجيه قد حدد وقت إبرام العقد بأنه وقت استلام الموجب تأكيد من مقدم خدمة الانترنت مرسل من القابل بصحة القبول.

كما أخذ القانون التجاري الأمريكي الموحد (Uniform Commercial Code) بهذه النظرية، حيث فرض بموجب نص المادة (١/٢٠١، ٢) التزاما على البائع





د. طارق كاظم عجيل

بان يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد، وذلك في خلال مدة عشرة أيام على الأكثر من تاريخ ارسال القابل لقبوله^(٥٩).

كما اعد المشرع الفرنسي مشروع قانون - مسترشداً بنص المادة (٥) من التوجيه الأوربي رقم (٢٠٠٠/٣١) - يتضمن اقتراحاً بإضافة مادة جديدة إلى التقنين المدني الفرنسي برقم (٢/١٣٦٩) تقضي بان العقد الإلكتروني لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه اليه الإيجاب، وذلك بعد تمكينه من مراجعة طلبه والتمن كاملاً وتصحيح الأخطاء المحتملة^(٦٠).

الفرع الثاني

موقف القانون الإماراتي

نصت المادة ١٥ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ على انه (ما لم ينفق المنشئ والمرسل اليه على غير ذلك:

١- يكون ارسال الرسالة الإلكترونية قد تم عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل نيابة عن المنشئ.

٢- يتحدد وقت استلام الرسالة الإلكترونية على النحو الآتي:

أ- اذا كان المرسل اليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونية يكون الاستلام قد تم وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين أو وقت استخراج المرسل اليه الرسالة الإلكترونية اذا كانت

(٥٩) انظر: د. احمد شرف الدين، مصدر سابق، ص ١٤٣.

(٦٠) Christane Feral, op. cit. P.160.





مجلس العقد الإلكتروني

قد أرسلت الى نظام معلومات تابع له غير نظام المعلومات المعين لاستقبال الرسالة.

ب- اذا لم يعين المرسل اليه نظام معلومات يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونية نظام معلومات تابع للمرسل اليه).

وبتطبيق الأحكام التي قررتها هذه المادة والخاصة بتحديد وقت استلام الرسالة الإلكترونية والذي يحدد بدوره وقت اقتران القبول بالإيجاب ومن ثم وقت ابرام العقد، يتعين علينا التمييز بين فرضين لتحديد ذلك الوقت، وفقا لما اذا كان المرسل إليه عين نظام معلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية، أو لم يعين مثل هذا النظام.

أولاً: إذا عين المرسل إليه (الموجب) نظام معلومات يتم بمقتضاه استلام الرسائل الإلكترونية. فان العقد يبرم في هذا الفرض في الوقت الذي يتلقى فيه الموجب رسالة الكترونية ممن وجه إليه الإيجاب تفيد قبوله لعرض الموجب، أي قبول العقد موضوع الرسالة، وحددت الفقرة (١/٢) من المادة المذكورة وقت الاستلام بأنه وقت دخول الرسالة الإلكترونية نظام المعلومات المعين.

وإعمالاً لما تقدم، فإذا أرسل من وجه إليه الإيجاب قبوله إلى الموجب عن طريق البريد الإلكتروني فان العقد ينعقد منذ اللحظة التي يصل فيه القبول صندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، والذي تم الاتفاق عليه مسبقاً بين الموجب والموجب له باعتباره نظاماً لتلقي القبول، ويبرم العقد في هذه الحالة،



د. طارق كاظم عجيل

حتى ولو لم يكن الموجب قد قام بالإطلاع على صندوق بريده الإلكتروني، وهذا يعني أن المشرع اخذ في هذا الفرض بنظرية وصول القبول.

إما إذا صدر القابل الرسالة الإلكترونية التي تحمل قبوله إلى الموجب عن طريق نظام معلومات آخر تابع للموجب، ولكنه ليس نظام المعلومات المعين لاستقبال رسالة القبول، فإن العقد يبرم في هذه الحالة في الوقت الذي يستخرج أو يسترجع فيه الموجب رسالة القبول، وهذا يعني أن المشرع اخذ في هذا الفرض بنظرية علم الموجب بالقبول.

وايضاحا لما تقدم نضرب المثال الآتي، اذا قام الموجب بتحديد عنوان بريد الكتروني معين لاستقبال رسالة القبول، وكان يملك في ذات الوقت بريد الكتروني آخر، فقام من وجه اليه الإيجاب، بإرسال رسالة بيانات تحمل قبوله، ولكن ليس على عنوان البريد الإلكتروني المنفق عليه، وأما على عنوان البريد الإلكتروني الأخر، فإن وقت إبرام العقد في هذه الحالة يكون هو وقت استرجاع المرسل إليه (الموجب) لرسالة البيانات التي تحمل القبول وليس وقت دخول رسالة البيانات التي تحمل القبول نظام المعلومات، رغم انه مملوك للموجب مادام انه ليس ذات النظام الذي تم الاتفاق عليه بين الطرفين كنظام معلومات لغرض استلام رسالة القبول.

ثانيا: إذا لم يعين الموجب (المرسل اليه) نظام معلومات معين لاستلام الرسائل الإلكترونية، فإن العقد ينعقد في الوقت الذي تدخل فيه رسالة البيانات التي تحمل القبول نظام معلومات تابع للموجب (المرسل اليه)، باعتبار أن ذلك الوقت يمثل وقت استلام الرسالة وفقا لما قررته الفقرة (٢/ب) من المادة (١٥).





وتطبيقاً لذلك فإن وقت وصول رسالة البيانات التي تحمل أرادة من وجه إليه الإيجاب بالقبول عن طريق البريد الإلكتروني الذي يحدد وقت وصولها باليوم والساعة والثانية، يكون هو وقت إبرام العقد، ولما كان هذا ذاته - تقريباً - وقت ارسال رسالة البريد الإلكتروني، فيتحد الوقتان عملاً - في اغلب الأحيان - وقت إرسال البريد الإلكتروني، ووقت استلامه، على أن يكون المقصود بالاستلام هو وقت دخول رسالة البيانات لصندوق البريد الإلكتروني، بصرف النظر عن تاريخ علم الموجب بها^(٦١).

وأخيراً فإن الأحكام السابقة التي قررتها المادة (١٥) من قانون المعاملات و التجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦، هي أحكام مكملة لإرادة المتعاقدين، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافها.

المطلب الثاني

النظريات التي قبلت في تحديد مكان انعقاد العقد

يثير تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني صعوبة خاصة أيا كانت الصورة التي يتم عن طريقها التعاقد، سواء تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو الويب أو نظام المشاهدة والمحادثة، ويرجع ذلك إلى صعوبة تحديد المكان الذي ترسل منه الرسائل الإلكترونية وكذلك مكان استلامها، فكلاهما يتم في فضاء خارجي صعب التحديد.

(٦١) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث منشور على الموقع ArabLawInfo، ص ٤٥ وما بعدها.



د. طارق كاظم عجيل

ولبيان أهم النظريات أو الحلول الفقهية التي قيلت في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني وموقف القانون الإماراتي منها، سوف نقسم هذا المطلب على فرعين وعلى النحو الآتي.

الفرع الأول

النظريات التي قيلت في تحديد مكان انعقاد العقد

قيلت في تحديد انعقاد العقد الإلكتروني نظريتان، الأولى تعند بمكان إقامة الموجب، والثانية تعند بمكان إقامة القابل، ولكل من الفريقين مجموعة من الحجج يستند إليها في تبرير وجهة نظره، نعرضها ثم نقومها، ونرى أخيراً حظها من التطبيق وذلك في الفقرتين الآتيتين:

أولاً: نظرية محل إقامة الموجب:

نعرض النظرية أولاً، ثم نقومها ثانياً، ونبين حظها من التطبيق ثالثاً.

١- عرض النظرية:

يذهب أنصار نظرية العلم بالقبول إلى أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول، لأنه هو المكان الذي ينعقد فيه العقد^(٦٢).

ولما كان مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس افتراضي يتم تبادل الإيجاب والقبول فيه في فضاء خارجي بحيث لا يمكن تحديد مكانه المادي تحديداً دقيقاً،

(٦٢) أن الاتجاه الغالب في الفقه التقليدي يربط في هذا الصدد بين زمان انعقاد العقد ومكانه، انظر في ذلك: د. أسماعيل غانم، مصدر سابق، ص ١٢٨، د. احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ١١٠-١١١.





فقد واجه أصحاب هذه النظرية عقبة تتمثل في تحديد المكان المادي الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، هل هو مكان تسجيل موقع الويب، أم مكان تواجد مقدم خدمة الانترنت، أم مكان إقامة الموجب.

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مكان أبرام العقد الإلكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه، ما لم يتفق طرفا التعاقد الإلكتروني على خلاف ذلك، حيث يجوز لهما أن يحددا مكانا آخر بالاتفاق فيما بينهما على انه مكان أبرام العقد الإلكتروني^(٦٣).

٢ - تقييم النظرية:

تقدم نظرية علم الموجب للقبول حلا واحدا لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، فبموجب هذه النظرية فان لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة أبرام العقد الإلكتروني، وان مكان إقامة الموجب هو مكان أبرام العقد الإلكتروني.

وإذا كانت هذه النظرية تقدم حلا مرضيا لمشكلة التعاقد التقليدي بين غائبين، فإنها لا تقدم حلا ملائما لمشكلة التعاقد الإلكتروني، إذ أن الغالب في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت أنها تتم بين طرفين، احدهما تاجر مهني يتخذ في اغلب الصور شركات تجارية كبرى والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى حماية.

لذلك فان اعتبار مكان إقامة الموجب وهو في الغالب - كما ذكرنا- شركات تجارية ضخمة هو مكان انعقاد العقد يؤدي إلى حرمان المستهلك وهو

(٦٣) انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ١٣.





د. طارق كاظم عجيل

الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الحصول على حقوقه، لأنه إذا أراد أن يرفع الدعوى على الموجب فيجب أن يرفعها في محل أقامته الذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم فيها.

كما أن رفع الدعوى من قبل المستهلك في غير بلد أقامته يؤدي إلى حرمانه من الحماية الاستثنائية التي توفرها له القوانين الوطنية الخاصة بحماية المستهلك في بلده.

كما يصعب على القابل (المستهلك) أن يتعرف في بعض الأحيان على محل إقامة الموجب الحقيقية، إذ أن مجرد استخدام الموجب اسم النطاق (Domain-name)، أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين، أو تسجيله للموقع الإلكتروني لدى بلد معين، لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد، فمثلا في حالة العناوين المرتبطة بأسماء نطاق ترتبط في بلد معين، مثل العنوان المنتهي بـ(uk) شارة إلى المملكة المتحدة، أو بـ(au) إشارة إلى استراليا، أو (eg) تشير إلى مصر، فهذه ليست قرينة على أن مقر العمل في هذه البلد، ذلك أن اسم عنوان البريد الإلكتروني لا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان المادي لمقر عمل الموجب، فقد نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات تعرض بعض المنتجات والخدمات من خلال مواقع أقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها مقر عمل





بالمعنى المعروف، كما أنه يمكن الاحتفاظ بسلعة ما بغرض التوزيع لمنطقة معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق (٦٤).

٣- حظ النظرية من التطبيق:

تعتبر جميع القوانين المدنية كالقانون المدني الألماني والقانون المدني المصري والليبي التي أخذت بنظرية علم الموجب بالقبول مكان إقامة الموجب مكان انعقاد العقد (٦٥).

كما نص الاتفاق الأوربي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات على انه (يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض).

كما نص العقد النموذجي الأوربي للتبادل الإلكتروني للبيانات (TEDIS) في مادته (٣/٣) على انه (تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات هي اللحظة والمكان الذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب).

كما اخذ بهذا الاتجاه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ في المادة (١٨) منه، وقانون دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم

(٦٤) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٠٩.

(٦٥) انظر في موقف القانون المصري: د. احمد حشمت أبو ستيت، مصدر سابق، ص ١١٠-١١١.





د. طارق كاظم عجيل

٢ لسنة ٢٠٠٢ في المادة (٤/١٧) منه، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية في المادة (٤/١٤)^(٦٦).

كما اخذ قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية بهذا الاتجاه أيضا حيث نصت المادة (٣/١٥) على انه (تتطبق الفقرة ٢ ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفة عن المكان الذي يعتبر إن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة ٤).

كما نصت الفقرة (٤) من ذات المادة على انه (ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على ذلك، يعتبر إن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.....).

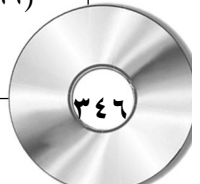
ثانيا: نظرية محل إقامة القابل:

وهنا كاهناك نعرض النظرية أولا، ثم نقومها ثانيا، ونبين حظها من التطبيق ثالثا.

١- عرض النظرية:

ذهب أصحاب نظرية إعلان الإرادة ونظرية تصدير القبول ونظرية تأكيد القبول إلى أن مكان إبرام العقد هو مكان إقامة القابل.

(٦٦) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٣٠٨-٣٠٩.





بل أن جانب من الفقه حاول الاستفادة من مزايا نظرية علم الموجب بالقبول مع توفير الحماية اللازمة للقابل (المستهلك) باعتباره طرفاً ضعيفاً، فظهرت ما تسمى بالفقه بالنظريات الثنائية، فقد انتهى الأستاذ (شيفاليه) إلى أنه " بشأن زمان انعقاد العقد وهو الوقت الذي لا يستطيع الموجب أن يرجع عن إيجابه تطبق نظرية العلم بالقبول، أما بخصوص مكان انعقاد العقد فهو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب أي مكان القابل " (٦٧).

فليس حتماً وفق منطق النظرية الحديثة (النظرية الثنائية) أن تنشأ التزامات كل من المتعاقدين في وقت واحد، فالفكرة الجوهرية في هذه النظرية هي الفصل بين مسالة زمان انعقاد العقد ومسالة مكان انعقاده، ويرى الأستاذ (مالوري) انه " بدراسة أحكام القضاء الفرنسي تبين انه فيما يتعلق بتحديد زمان انعقاد العقد، يأخذ القضاء الفرنسي بنظرية العلم بالقبول، وأما فيما يتعلق بتحديد مكان انعقاد العقد فيطبق نظرية تصدير القبول " (٦٨).

٢- تقييم النظرية:

تتفق هذه النظرية مع متطلبات التجارة الإلكترونية، إذ أن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الانترنت تتم بين طرفين احدهما تاجر يتخذ في الغالب صورة شركات تجارية ضخمة والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى حماية، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها

(٦٧) انظر: د. عباس العبودي، مصدر سابق، ص ١٦٤ وما بعدها.

(٦٨) نفس المصدر والمكان.





د. طارق كاظم عجيل

له قوانين الدولة التي يقيم فيها باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني الذي يعد مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية.

٣- حظ النظرية من التطبيق:

سيطرت على القوانين المدنية النظريات الأحادية في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، فبموجب هذه النظريات فإن اللحظة التي يلتقي فيها الإيجاب بالقبول هي لحظة أبرام العقد، وإن المكان الذي يتوافق فيه هذا الإيجاب مع القبول هو مكان انعقاد العقد.

وبموجب هذا المنطق فإن القوانين المدنية التي أخذت بنظرية إعلان القبول كالقانون المدني السوري و التونسي و المراكشي وقانون الالتزامات اللبناني تعتبر مكان إقامة القابل مكان انعقاد العقد، كما أخذ بهذه النظرية قانون الالتزامات السويسري والقانون الانكليزي و الكندي.

وتتفق نظرية محل إقامة القابل باعتباره محل أبرام العقد الإلكتروني مع نظرية تأكيد القبول التي أخذ بها المشروع الفرنسي الذي تضمن اقتراحاً بإضافة مادة جديدة إلى التقنين المدني برقم (٣٦٩/٢) تقضي بأن العقد الإلكتروني لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب^(٦٩).

(٦٩) Christane Feral, op. cit. P.160.





كما اخذ مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري بذات الاتجاه حيث نص على انه (يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول)^(٧٠).

الفرع الثاني

موقف القانون الإماراتي

نصت المادة ١٥ من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ١ لسنة ٢٠٠٦ على انه (يسري البند (٢) من (اولا) من هذه المادة رغم اختلاف المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات عن المكان الذي يعتبر أن الرسالة الإلكترونية استلمت فيه بموجب الفقرة (ثالثا) من هذه المادة. ثالثا: ما لم يتفق المنشئ والمرسل اليه على غير ذلك، تعتبر الرسالة الإلكترونية قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه).

وتطبيقا لمل تقدم فان العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموجب بصرف النظر عن المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الذي تلقى الرسالة، فقد اعتبر أن هذا المكان هو الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب، وذلك ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك^(٧١).

(٧٠) انظر: د. خالد ممدوح إبراهيم، مصدر سابق، ص ٢٩٩.

(٧١) انظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مصدر سابق، ص ٤٩.





د. طارق كاظم عجيل

وواجهت الفقرة (٤/أ) من المادة (١٥) الفرض الذي يكون لمرسل الرسالة الالكترونية، أو المرسل اليه أكثر من مقر عمل واحد فحددت مقر العمل الذي يعتد به في هذه الحالة بأحد المقرين الآتيين:

(١) مقر العمل الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أي المعاملة المرتبطة بالرسالة الالكترونية.

(٢) مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

أما إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل اليه مقر عمل، فيعتد عندئذ بموجب أحكام الفقرة (٤/ب) من المادة (١٥) بمحل الإقامة المعتاد بديلاً عن مقر العمل، ما إذا كان المنشئ أو المرسل اليه شخصاً اعتبارياً كأن يكون شركة تجارية مثلاً، فإن مقر الإقامة المعتاد له يعني وفقاً لأحكام الفقرة (رابعاً/ج) من المادة (١٥) مقره الرئيسي الذي تأسس فيه.

ومن نافلة القول الإشارة إلى أن الأحكام السابقة المتعلقة بتحديد مكان إبرام العقد الالكتروني وزمانه تفترض أن الرسالة الإلكترونية، سواء كانت إيجاباً أو قبولاً تمت وفقاً لنظام معلومات لا يخضع لسيطرة منشئ الرسالة أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه، وهذا ما قرره المادة (١٥/١).

أن قانون المعاملات المدنية الإماراتي مثله مثل القوانين المدنية التقليدية، اخذ بالنظرية الأحادية في تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، حيث نصت المادة (١٤٢) منه على انه (١) - يعتبر التعاقد ما بين غائبين تم في المكان والزمان





مجلس العقد الإلكتروني

الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك).

وبموجب هذا النص يرجع في تعيين مكان العقد أو لا إلى قصد المتعاقدين ثم إلى النصوص الخاصة، فإن لم يوجد شيء من ذلك اعتبر العقد مبرما في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول أو في المكان الذي وصل إليه فيه القبول ما لم يثبت هو انه لم يعلم به في مكان وصوله إلى شخصه أو إلى موطنه بل مكان آخر لظروف تبرر ذلك، فحينئذ يعتبر ذلك المكان الآخر هو الذي تم فيه العقد.

وقد سبق منا القول إن نظرية علم الموجب بالقبول وهي النظرية التي اخذ بها المشرع الإماراتي في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد، لا تصلح لحكم مسألة التعاقد الإلكتروني، إذ إن أغلب التعاملات التي تتم عن طريق شبكة الانترنت تكون بين طائفة المستهلكين وهم، عادة، الطرف الضعيف وشركات الإنتاج والخدمات العملاقة، و الملاحظ أن رضاء المستهلك يكون منقوصا في عقودها معها، حيث انه يتم تحت ضغط أغراءات الدعاية والإعلانات الخادعة و المبهرة بحيث لا تكون هناك فرصة أمامه للتفكير الحر أمتأن في قبول العرض وفحص محل العقد.

أن نظرية تأكيد القبول التي أخذنا بها هناك في تحديد لحظة أبرام العقد الإلكتروني هي التي توفر الحماية اللازمة للمستهلك هنا، حيث يعد مكان أبرام العقد الإلكتروني هو مكان اقامة القابل (المستهلك) بحيث أن قانون الدولة التي يقيم فيها عادة أو يتوطن بها المستهلك، يكون هو الواجب التطبيق.





د. طارق كاظم عجيل

ويعد مكان أبرام العقد من أهم ظروف الإسناد في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد حيث نصت المادة (١٩) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي على انه (١- يسري على الالتزامات التعاقدية شكلا وموضوعا قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إن اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف إن قانونا آخر هو المراد تطبيقه)^(٧٢).

وإذا كانت للإرادة حرية في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد، فإن بعض القوانين المقارنة قد قطعت صراحة في عدم أعمال قاعدة خضوع عقود الاستهلاك لقانون الإرادة، إذ يجب أن تخضع في كل الأحوال لقانون الموطن أو محل الإقامة العادية للمستهلك (القابل)، كالقانون الدولي الخاص السويسري لعام ١٩٨٧ حيث نصت المادة (١/١٢٠) منه على انه (يسري على عقود الاستهلاك.... قانون محل الإقامة العادية للمستهلك:

(أ) إذا كان المورد قد تلقى الطلب في هذه الدولة.

(ب) إذا كان أبرام العقد في تلك الدولة قد سبقه عرض أو دعاية وقام فيها المستهلك بالإعمال الضرورية لإبرام العقد.

(٧٢) انظر في شرح هذه المادة: الأستاذ منير القاضي، مصدر سابق، ص ٥٧.





(ج) أو كان المستهلك قد استحثه المورد على الذهاب إلى دولة أجنبية ليتم فيها الطلب^(٧٣).

غير أن التضحية بقانون الإرادة خاصة في حالة الاختيار الصريح حماية لمصلحة المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، يعد أمر مغالى فيه، لذلك أخضعت اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ والخاصة بالعقود الدولية في مادتها الثالثة، جميع العقود لقانون الإرادة، بما فيها عقود الاستهلاك. غير أن المادة (٢/٥) من الاتفاقية أوردت قيوداً تقتضاه أن قانون الإرادة لا يمكن استبعاده إذا كان من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي يوفرها قانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته العادية: إذا كان أبرام العقد قد سبقه في دولة محل الإقامة تقديم عرض خاص أو إعلان، وكان المستهلك قد قام في تلك الدولة بالإعمال الضرورية لإبرام العقد، أو كان المتعاقد الآخر أو ممثله قد تلقى طلب المستهلك في الدولة المذكورة، أو كان الأمر يتعلق بعقد بيع بضائع وذهب المستهلك إلى دولة أجنبية وتم فيها الطلب طالما كانت الرحلة قد نظمها البائع من أجل أغراض المستهلك بإبرام العقد^(٧٤).

وأخيراً فإن اعتبارات الحماية للطرف الضعيف عموماً في العقود الدولية الإلكترونية، تدعونا إلى أن نقترح على المشرع الإماراتي تبني موقف اتفاقية

(٧٣) انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٢٦، د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، ط ١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٧٥.
(٧٤) انظر: د. احمد عبد الكريم سلامة، مصدر سابق، ص ٢٦-٢٧.





د. طارق كاظم عجيل

روما وايراد نص في قانون حماية المستهلك رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ يكون على غرار نص المادتان (٣/٥ و ٢) من ألتفاقية.

خلاصة القول:

أن السمات والخصائص التي تتميز بها الوسيلة الالكترونية (الانترنت) التي يتم عن طريقها إبرام العقد الالكتروني انعكست على الطبيعة القانونية لهذا العقد فميزته عن العقد العادي الذي يتم ابرامه بوسائل تقليدية.

فقد تبين لنا من خلال البحث الصفة الدولية للعقد الالكتروني كونه يبرم بين أشخاص - في الغالب - لا يوجدون في دولة واحدة وانما في دول مختلفة، وانه يتم بين طرفين غير متكافئين احدهما قوي وهو المورد والأخر ضعيف يحتاج إلى حماية وهو المستهلك.

ولما كان العقد الالكتروني يبرم بين أشخاص لا يجمعهم مجلس عقد حقيقي، فقد اختلف الفقه حول تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني وهل هو تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين من حيث الزمان والمكان؟

لقد تم تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني من خلال دراسة طرق التعاقد الإلكتروني، حيث توصل البحث إلى أن التعاقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام الموقع الإلكتروني ((Web، يعتبر تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لانتفاء الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به وبين غائبين من حيث المكان لوجود شقة المكان، أما التعاقد الذي يتم باستخدام غرف المحادثة





مجلس العقد الإلكتروني

والمشاهدة (Chat)، فهو أيضا تعاقداً بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان لذات السبب.

بالكتابة بين الطرفين مباشرة فإن التعاقد يعتبر في هذه الصورة قد تم بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، أما إذا لم يكن الاتصال بين الطرفين لحظياً لوجود عطل في جهاز أحدهما أو كان هناك عطل فني في الشبكة بحيث لم تصل الرسالة الإلكترونية التي تحمل الإرادة فوراً، فإن التعاقد في هذه الصورة يعتبر قد تم بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

وأخيراً ندعو المشرع الاتحادي في دولة الإمارات العربية المتحدة إلى الأخذ بالمقترحات الآتية:

١- أيراد نص في قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم (١) لسنة ٢٠٠٦ يحدد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، وتكون صياغته على النحو الآتي (مجلس العقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زماناً وغائبين مكاناً، إلا في حالة التعاقد غير اللحظي، يكون بين غائبين زماناً ومكاناً).

٢- تبني نظرية تأكيد وصول القبول في تحديد زمان ومكان أبرام العقد الإلكتروني، وبالتالي تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بنظر الدعوى وذلك بإيراد مادة في قانون حماية المستهلك رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ يكون نصها الآتي (ما لم ينفق على خلاف ذلك، يعتبر العقد الإلكتروني قد تم في الزمان والمكان الذي يرسل فيه القابل رسالة تؤكد قبوله)، مع الأخذ بنظر الاعتبار بقاء حكم المادة (١٥) من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية رقم





د. طارق كاظم عجيل

(١) لسنة ٢٠٠٦ ساريا يحكم العقود التي تبرم عن طريق الإنترنت مع غير المستهلكين.

٣- تعديل قانون حماية المستهلك رقم ٢٤ لسنة ٢٠٠٦ لمنح الطرف الضعيف (المستهلك) في عقود التجارة الإلكترونية حق الرجوع (Right withdrawal)، بشروط وقيود معينة، بحيث يكون العقد غير لازم بالنسبة له.

٤- أيراد مادة يكون نصها على غرار نص المادتان (٣، ٢/٥) من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالعقود الدولية.

المصادر:

أولاً: باللغة العربية:

(أ) كتب الفقه الإسلامي:

١- السرخسي (أبي بكر محمد بن احمد الملقب بشمس الأئمة)، المبسوط، ج ١٣، دار إحياء التراث، ط ١، بيروت، ٢٠٠٢.

٢- الشيرازي (أبي اسحق إبراهيم بن علي بن يوسف الفيروزبادي)، المذهب في فقه الإمام الشافعي، ج ٢، دار المعرفة، ط ١، بيروت، ٢٠٠٣.

٣- عبد الرحمن الجزيري، الفقه على المذاهب الأربعة، ج ٢، مكتبة الثقافة الدينية، ط ٢، القاهرة، ٢٠٠٥.

٤- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج ٢، منشورات محمد الدية، بيروت، ١٩٥٤.





٥- مصطفى احمد الزرقا، المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية في البلاد السورية، ج ١، مطبعة الجامعة السورية، ط١، بلا مكان طبع، ١٩٥٢.

(ب) كتب القانون:

- ١- د. ابراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٥.
- ٢- د. ابراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث منشور على الموقع ArabLawInfo.
- ٣- د. احمد حشمت أبو ستيت، نظرية الالتزام في القانون المدني الجديد، ك١، مصادر الالتزام، ط٢، مطبعة مصر، ١٩٥٤.
- ٤- د. احمد عبد الكريم، حماية المستهلك في العقود الدولية الإلكترونية وفق مناهج القانون الدولي الخاص، بحث منشور على الموقع، ArabLawInfo.
- ٥- د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، الدراسات البحثية في نظرية العقد في الفقه المصري والفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٦- د. احمد شرف الدين، عقود التجارة الإلكترونية، تكوين العقد وإثباته، بدون مكان نشر، ٢٠٠١.
- ٧- د. أسماعيل غانم، في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، مكتبة عبد الله وهبة، مصر، ١٩٦٦.
- ٨- د. أسامة احمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، بلا سنة طبع.





د. طارق كاظم عجيل

- ٩- د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ١، مصادر الالتزام، القاهرة، ١٩٦٢.
- ١٠- د. بشار طلال مومني، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة رسالة دكتوراه، جامعة المنصورة، ٢٠٠٣.
- ١١- د. حلمي بهجت بدوي، أصول الالتزامات، ك ١، نظرية العقد، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٤٣.
- ١٢- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، شركة الجلال للطباعة، ط ١، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ١٣- د. سليمان مرقس، نظرية العقد، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة، ١٩٥٦.
- ١٤- د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- ١٥- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج ١، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ط ٢، القاهرة، ١٩٦٤.
- ١٦- د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني ومصادر الالتزام، ج ١، بغداد، ١٩٨٠.
- ١٧- د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، ١٩٩٧.





- ١٨- د. عبد الله الخشروم، عقود التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت وفقا لإحكام الشريعة الأردنية، بحث منشور على الموقع ArabLawInfo.
- ١٩- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، دار الفكر العربي، ٢٠٠٢.
- ٢٠- د. عبد الفتاح بيومي حجازي، حماية المستهلك عبر شبكة الانترنت، ط١، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٢١- د. علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ١٩٨٨.
- ٢٢- د. غني حسون طه، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، ك١، مصادر الالتزام، مطبعة المعارف، بغداد، ١٩٧١.
- ٢٣- د. فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- ٢٤- د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٩٨.
- ٢٥- د. محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والإلكترونية والدولية وحماية المستهلك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، بلا سنة طبع.
- ٢٦- د. مدحت عبد الرحيم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠١.
- ٢٧- د. ممدوح محمد خيرى هاشم، مشكلات البيع الإلكتروني عن طريق الانترنت في القانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠.



د. طارق كاظم عجيل

٢٨- الأستاذ منير القاضي، ملتقى البحرين الشرح الموجز للقانون المدني العراقي، مج ١، الباب التمهيدي ونظرية الالتزام العامة، مطبعة العاني، بغداد، ١٩٥٢-٩٥١.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

- 1- Andrew D. Murray, Entering Into Contracts Electronically, USA, ٢٠٠٢.
- 2- Benjamin Wright & Jane K. Winn, The Law of Electronic Commerce, A division Of Aspen Publishing- INC, New York, USA, third edition, 2000.
- 3- Christane Feral, Cyber Droit –Le Droit a L épreuve de L internât, Dalloz, Dunod, ٢ édition, ٢٠٠١.
- 4 - Drew & Napier, Aguide to e- commerce law in Singapore, 2000.

ثالثاً: مواقع الإنترنت:

- ١- الدليل الإلكتروني للقانون العربي [ArabLawInfo].

