

التراضي الالكتروني دراسة مقارنة

الأستاذ : زياد طارق جاسم الراوي
مدرس القانون المدني المساعد
جامعة الانبار / كلية القانون / الفلوجة

المقدمة:

أن ما تشهده الإنسانية في يومنا الحاضر من تقدم هائل لوسائل الاتصال وتقنية المعلومات، والتي يمكن من خلالها التقاء أكثر من شخص واتفاقهم عبر الأثير على أهم شروط وعناصر إبرم عقد أيا كان وصفه، جعل من العقد الالكتروني واحداً من أهم أدوات إبرام العديد من العقود المعروفة في العالم الواقعي خارج الشبكة الرقمية، الدراسة قد تطول في حال ما تحدثنا عن مراحل إبرام العقد وظهوره إلى حيز الوجود، إذ لا غرابة أن نجد التعاقد عبر الإنترنت لا يثير إشكالا في خضوع أغلب جوانبه للقواعد العامة و لذلك ما ينبغي أن نتناوله بشيء من التفصيل وقوفاً عند أوجه الخصوصية للتعبير عن الإرادة ما لم تؤدي خصوصية هذا النوع من التصرفات القانونية إلى الحاجة لبعض القواعد الخاصة، ولا يبدو عندها أن الفقه قد ركز في تلك الخصوصية على ركن السبب أو محله إذ لا جديد بشأنهما في نطاق التعاقد عبر الانترنت، فما تتضمنه القواعد العامة للعقد من أحكام كفيلة لحل ما ينشأ من مشاكل للمحل والسبب في هذا النمط الجديد من التعاقد، فليس ثمة حاجة لإيجاد قواعد خاصة بهما، بالقدر الذي ركز فيه على الإشكالات التي تطرحها البيئة الالكترونية سيما منها وجود الإرادة وشكل التعبير عنها بمعنى أدق التراضي واقتتران الإيجاب بالقبول، سيما وأن التعبير عنهما يتم من خلال تبادل عدد من الرسائل الالكترونية عبر شبكة الاتصال الدولية، والتي تؤدي فعلاً عند التقائها إلى إحداث أثر قانوني معين، أي يجب وفي حدود هذا الإطار أن يكون هناك إيجاباً وهذا ما نبهت عليه في المبحث الأول، وإذا ما اقترن بقبول من الطرف آخر وهذا ما نتوقف عنده في المبحث الثاني، فمتى استجمعنا هذين العنصرين انعقد العقد.

المبحث الأول: الإيجاب الالكتروني.

المطلب الأول: معنى الإيجاب عموماً.

يعرف الفقه الإيجاب بأنه: "تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة" ١، وهو كلام صادر عن أحد المتعاقدين لإثبات التصرف القانوني، وحسب التشريعات العربية فإن الإيجاب كل ما يصدر عن أحد المتعاقدين للتعبير عن إرادته أولاً، ونفس القول أخذ بأن الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين لإنشاء العقد أي أن اللفظ الذي يصدر أولاً عد إيجاباً والثاني قبولاً ٢.

أولاً: شروط الإيجاب:

وللإيجاب شروط هي:

أ - يجب أن يكون الإيجاب واضحاً وموجهاً لشخص معين.

يصدر الإيجاب بطرق التعبير المعتادة الصريحة أو الضمنية ولا يصح في ذلك السكوت فهو الكلام الأول، ويشترط في عقد البيع أن يكون الإيجاب متضمناً للمقدار والنوع والثلث أما إذا كان العقد إيجاباً فالإيجاب فيه تحديد الشيء المأجور ومدة عقد الإيجاب وبداية تنفيذه، ولما كان القصد من الإيجاب هو توجيه البحث عن الطرف القابل فيشترط تحديده وتعيينه حتى يحصل التطابق، والراجح فقهاً وقانوناً أن توجيه الإيجاب إلى الجمهور دون تحديد الشخص عد إيجاباً، أما إذا تعلق الأمر بالنشر والإعلان فالأمر لا يخلو أن يكون دعوة للتفاوض ٣، والعلة في ذلك أن غياب الشك في الملابس يجعل من الراجح إن التصرف الذي صدر من الطرف يحمل على كونه إيجاباً ٤.

ب - يجب أن يكون الإيجاب باتاً.

إذا تجاوز الإيجاب مرحلة التفاوض أصبح باتاً ونهائياً مما يفترض وجود إرادة عازمة مصممة على التعاقد، ويبقى للقاضي تقدير ما إذا وصل الإيجاب إلى مرحلته النهائية فهو مسألة واقعية لا مسألة قانونية وبيت فيه بدراسة كل قضية على حدة ٥، ولا يخرج عن نطاق هذه الدائرة على حسب القواعد العامة في التعاقد المدني، الإيجاب المعلق فلا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه كالذي يحتفظ بحقه بتعديل الثمن لظروف السوق وعدم استقرار الأسعار.

١- د. السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ط ٢، القاهرة ١٩٦٧، ص ٢٤٤.

٢- المادة ٩١ ف ١٠ والمادة ١٥١ مدني يمني.

٣- د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج ١، ط ١، بغداد، ١٩٦٩، ص ٦٩.

٤- المادة ١٤ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي للبضائع.

٥- د. السنهوري، المصدر السابق - ص ٢٢٢.

ثانياً: سقوط الإيجاب.

كما هو معلوم أن تطابق الإيجاب والقبول يكون سبباً في نشأة العقد، وقبل ذلك نجد أن المشرع المدني أعفى الموجب الذي يرتبط إيجابه بقبول يصدر من الطرف الآخر خلال ميعاد محدد ويسقط هذا الالتزام من الإيجاب بانتهاء هذا الأجل، كما أن صدور قول أو فعل من أحد أطراف العقد أو إعراض الطرف الثاني أو إحجامه عن الرد خلال المدة الممنوحة لذلك يؤدي إلى سقوط الإيجاب، ونفس المصير يلقيه الإيجاب إذا عدل قبل وصول القبول إلى الموجب^٦، و يسقط الإيجاب في حالتين:

١- سقوط الإيجاب بعدول الموجب عنه ما لم يرتبط بقبول أو علقه على أجل أو شرط.

٢- سقوط الإيجاب لسبب خارج عن إرادة الموجب و يكون ذلك إذا:

رفض الإيجاب من الطرف الثاني.

إذا تكرر الإيجاب خلال المجلس سقط الإيجاب الأول ويعتد بالإيجاب الثاني.

إذا مات من صدر منه الإيجاب.

إذا انتهت مدة الإيجاب دون أن تقترن بقبول.

إذا انفض مجلس العقد دون صدور قبول من الطرف الآخر^٧.

المطلب الثاني: تحديد معنى الإيجاب الالكتروني

أتاحت تقنية الحاسب الآلي التعبير عن الإرادة من خلال الشبكات الالكترونية المغلقة والمفتوحة و أتاحت الفرصة أكثر للتعبير عن الإرادة عبر البريد و المواقع الالكترونية، فما المقصود به؟ وما شكله وكيف يتم؟ وما هي طرق التعبير عنه؟ ولما كان التكييف القانوني للعقود الالكترونية بأنها العقود التي تبرم عن بعد اخذين بنظر الاعتبار خصوصية الوسيلة التي يتم من خلالها ابرام العقد^٨ فلزاماً أن نحدد الإيجاب في حدود هذه البيئة الالكترونية

أولاً: الخصوصية في الإيجاب الالكتروني.

نشير بداية إلى أن الإيجاب على الانترنت تتجاذبه و تحكمه العديد من القوانين، بالإضافة إلى خضوعه لأحكام القواعد العامة نجد قوانين أخرى خاصة بالمعاملات الالكترونية و لما يكون الشخص الموجه إليه الإيجاب مستهلكاً ومما يستتبع ذلك تحكيم نصوص قانون حماية المستهلك خصوصاً في شقها المتعلق بالحقوق في العدول و الشرط التعسفي و الإشهار الكاذب فهذه كلها قواعد استثناء من القواعد العامة^٩، و يعطي التوجيه الأوربي المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد تعريفاً للإيجاب بما يلي: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"^{١٠}، ومثل هذا التعريف وان كان يتلاءم وطبيعة التجارة الالكترونية التي تقوم أساساً على التبادل الالكتروني للبيانات و المعلومات و خصوصاً ما ارتبط بالشئ المبيع يستعين بها المنتج لتوجيه الإيجاب إلى الجمهور في صورة مغربية و جذابة^{١١}، الا انه لا ينسجم مع الواقع القانوني للإيجاب، الذي يعبر به الشخص على نحو حازم ونهائي عن ارادته في الدخول في عقد معين، وكل ما يقال بشأن الرسائل الالكترونية المصحوبة بالاعلان من خلال مجموعة من البيانات تحدد نوع المبيع وسعره وصفاته، وتعرض نماذج منه على شكل صور على صفحات مواقع الشبكة الالكترونية انما هي بمثابة اعلان ودعوة لحث المستخدمين لهذه الشبكة في الدخول لابرار عقد مع منشئ هذه البيانات^{١٢}، ولكي يكون هذا الاعلان بمثابة ايجاب بالمعنى القانوني، لابد ان يقترن بنية المعلن الصريحة والحازمة للارتباط بالعقد على وجه يفيد ابرام العقد الالكتروني متى اقترن بقبول المستفيد، او ان يعطي الاعلان الالكتروني الحرية للمستفيد في ارسال رد واستفسار عبر ذات الموقع على عناصر العقد تحمل موافقته الصريحة على ابرام العقد المعلن عنه^{١٣}.

ثانياً: النطاق المكاني للإيجاب.

اثر التعامل الالكتروني في ابرام العقود والمعاملات التجارية منها والمدنية بشكل كبير على مفهوم حدود الدول وأزاحت مبدأ الإقليمية السائد في القانون الكلاسيكي، فتقلصت بذلك الحدود والعقبات امام ابرام العقد بين أكثر من شخص لا ينتمون الى بلد واحد، فالعقود يمكن ان يتم من أية نقطة في هذه المعمورة في الحين و اللحظة اللذين يرغب فيهما المتعاقدان، فكيف يتحدد نطاق السريان المكاني للإيجاب الالكتروني الذي ينادي به الفقهاء؟ يتصل بفائدة النطاق المحلي الذي يكون الإيجاب صالحاً فيه إشكالا لاحقاً يتعلق بتنفيذ العقد كما لو كان الأمر يتعلق بتسليم البضاعة فقد يحول هذا الشرط المكاني دون قبول العرض، وان شرط تحديد المكان: "يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافي معين، فان العقد لن ينعقد أصلاً إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق

٦- المادة ٨٢ مدني عراقي.

٧- انظر المواد ٨٣ و ٨٤ مدني عراقي والمواد ٦٢ و ٦٤ مدني جزائري.

٨- العقد عن بعد (كل عقد يتعلق بالسلع او الخدمات، انعقد بين مورد ومستهلك، في نظام لبيع او تقديم خدمات عن بعد، نظمه المورد الذي يستخدم تقنيتين او اكثر للاتصال عن بعد لابرار العقد وتنفيذه) للتفصيل راجع استاذنا د. جليل الساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، مكتبة السنهوري، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢٩-٣٢.

٩- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٩.

١٠- انظر د. جليل الساعدي، المصدر السابق، ص ٤٤.

١١- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، ص ٧٠، و د. عادل ابو هاشمية محمود حوتة، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٧١-١٧٣.

١٢- انظر المادة ٨٠ مدني عراقي.

١٣- انظر د. جليل الساعدي المصدر السابق، ص ٤٥.

الجغرافي إذ لن يصادف القبول إيجاباً صالحاً... فرغم أنه يضيق بالتأكيد من نطاق عمل التاجر من الناحية الاقتصادية إلا أنه يحقق له من الناحية القانونية نوعاً من الأمان إذ لن يلتزم بإبرام عقود في نطاق جغرافي و مكاني لا يسيطر عليه" ١٤. و تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في عقود التجارة الدولية أن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب وأن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه، و لتفصيل هذا المكان فقد أوردت المادة ١٠ ف٣، استثناء يتعلق بتحديد مكان الإيجاب و ذلك بتطبيق المادة ٦، من نفس الاتفاقية التي تنص على ما يلي: (١ - لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس لديه مقر عمل فيه).

٢- إذا لم يعين الطرف مكان عمل و كان له أكثر من مكان عمل واحد، يكون مكان العمل لأغراض هذه الاتفاقية، هو المكان الأوثق صلة بالعقد المعني و بتنفيذه، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كان يعلمها الطرفان أو يتوقعانها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

٣- إذا لم يكن للشخص مكان عمل، يؤخذ بمحل إقامته المعتاد.

٤- أن مكان وجود المعدات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف لدى تكوين العقد، أو المكان الذي يمكن لأشخاص آخرين الوصول منه إلى ذلك النظام، لا يمثل بحد ذاته مكان عمل، إلا إذا كان ذلك الطرف كيانه اعتبارياً ليس له مكان عمل.

٥- أن مجرد استخدام الطرف اسم حقل ما أو عنوان بريد إلكتروني ما ذا صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يوجد في ذلك البلد (١٥. و يمكن للشخص الموجب أن يستعين بالعديد من الأنظمة والأساليب لإثبات إرساله للإيجاب و وصوله إلى الشخص الثاني كاستعمال إشعار العلم بالوصول الإلكتروني وهو عبارة عن نظام يسمح للمرسل بالتأكد من استلام رسالته من طرف المرسل إليه، و عندئذ يطرح هذا الأمر إشكالا جديداً مفاده ما هو الحل لو اقترن الإيجاب بقبول عن طريق الخطأ؟ كالبائع الذي يعرض مبيعاً بقيمة معينة و يخطئ في كتابة الثمن ١٦. يصعب في هذه الحالة أو الحالات المشابهة إثبات الخطأ إذ يبدو شاق جداً أما إذا تحقق العكس و تطابق الإيجاب مع القبول فلا يمكن التراجع عنه احتراماً لقاعدة عدم التراجع عن العقد المبرم، وتطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة وأثره في إلزام الطرفين في تحمل ما ترتب عن العقد من آثار والتزامات.

المطلب الثالث: أنماط للإيجاب الإلكتروني.

إذا ما صدر الإيجاب فإنه يوجه إلى شخص أو مجموعة أشخاص عبر منظومات شبكة المعلومات والاتصالات بمختلف أساليبها وخدماتها، لذا فإن الإيجاب يختلف ويتنوع بحسب تلك الآليات والوسائل بل الأنماط التي يصدر بها، ومن هذا المبدأ فإن الإيجاب ينقسم على:

أولاً: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني.

الإيجاب عبر الإنترنت لا يعدو أن يكون نفسه الإيجاب التقليدي ولكن تختلف الأدوات ويبقى الجوهر والمضمون نفسه، لذا نجد أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يتم بوسيلة فورية من خلال شبكة عالمية تنقل الصوت والصورة في الحال والساعة، ناهيك أنها تعتبر أكثر ملائمة وسرعة في نقل البيانات والكتابة الإلكترونية وهذا ما يتفق وشروط الإيجاب التقليدية التي تقتضيها أغلبية التشريعات الوطنية خصوصاً ما يتعلق بالتعاقد عن بعد لكي لا يعد إيجاباً مضللاً أو مبالغاً فيه، وبالتالي يلتزم كل بائع بتزويد المستهلك أو الشخص القابل بالمعلومات اللازمة قبل إبرام العقد وإحاطته بمقدار الشيء ونوعه والثمن إذا أمكن ذلك، وفيما يلحق بالخصوصية المرتبطة بالإيجاب في العقود التجارية الإلكترونية، يمكن قراءته من خلال الإيجاب الموجه عبر البريد الإلكتروني والمواقع الإلكترونية والمحادثة على ألفت عن طريق الرسائل الإلكترونية عرف تشريع إمارة دبي رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية الرسالة الإلكترونية بأنها: "معلومات إلكترونية ترسل أو تستلم بوسائل إلكترونية، أي كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه"، ثم يأتي بتعريف آخر ويعتبر المنشئ هو "الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أو يتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الإلكترونية أي كانت الحالة" ١٧. يفهم من التعريفين السابقين أن الشخص الموجب قد يتخذ إحدى الصفتين، ففي التعريف الأول الذي جاء عاماً وشاملاً قد يكون الموجب أو القابل مراسلاً إلكترونياً، بكلمة أخرى، أن الرسالة الإلكترونية قد تصدر من الموجب كما يمكن أن تصدر عن القابل، أما إذا تعلق الأمر بالإيجاب محل الدراسة فإن الوضع مختلف ويعتبر الموجب منشئاً على ضوء أحكام المادة ٢ فقرة ٧ والمادة ٢ فقرة ١٠ من قانون إمارة دبي. ثم إن البريد الإلكتروني يشبه إلى حد كبير التعاقد عن طريق البريد العادي، إذا حررت الرسالة (الإيجاب) بما تتضمنه من شروط تستوجب توفرها لانعقادها، وتأتي مرحلة أخرى بإرسالها واستهداف الشخص المطلوب أو الفئة المحددة دون القول بالجمهور العريض وبمفهومه الواسع (الإعلان والإشهار)، مؤدى هذا أن الشخص الموجب يخص أشخاص معينة للتعاقد معها على ألا تتسع هذه الدائرة لعدة أشخاص في أن واحد كما لو تحصل على عناوينهم الإلكترونية من دليل إلكتروني على الإنترنت إذ يختلف ويصبح الإيجاب عبارة عن دعوة للتعاقد، وهكذا تسمح هذه التقنية بإرسال الإيجاب إلى المرسل إليه والذي يستلمها بفتح الصندوق والبريد الإلكتروني بهذا الشكل والمرفق بتوقيع إلكتروني في حال الاتصال المباشر يقترب لأن يكون مجلساً للتعاقد، ومن ثم نحكم القواعد العامة التي تتيح

١٤- انظر في تفاصيل ذلك د. عادل أبو هشيمة محمود حوتة، ص ١٧٤.

١٥- المادة ٦ من مشروع اتفاقية التعاقد الإلكتروني، لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي الوثيقة (A/CN.9/WG.IV/WP.110) في ٢٠٠٤.

١٦- نقلاً عن أ. قارة مولود، شكل التعبير عن الإرادة في عقود الإنترنت، بحث مقدم للملتقى الدولي حول التوجه التعاقدية للتصرفات القانونية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، الجزائر، من الفترة ٢٣- ٢٤ إبريل ٢٠٠٦، ص ١٥.

١٧- مقابلة للمادة ٢ ف٤ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.

للمتعاقدين العدول في الفترة ما بين الإيجاب والقبول أو الإعراض عنه سواء صراحة بالرد الإلكتروني أو ضمناً بحذف الرسالة أو إغلاق جهاز الكمبيوتر أو قطع الإتصال^{١٨}.

ثانياً: الإيجاب عبر مواقع الويب.

تقترب مواقع الانترنت في تقديم عروضها على واجهات الكترونية إلى حد كبير من واجهات المحلات التجارية العادية، و يتيسر لها بإقامة خاصة تسمى البروتوكول تتيح التعامل من الكمبيوتر الشخصي والموقع المطلوب كمواقع البيوع، التأجير، الوظائف، الدفع الإلكتروني ... الخ، ما يميز الإيجاب من خلال هذه البوابة أنه يكون موجهاً للجمهور فلا يكون مقصوراً على أشخاص محددين أو فئة معينة ويعرف عندئذ بالإيجاب العام، وقد يصدر الإيجاب على صفحات الانترنت ولكن يكون محدد بأشخاص معينين وفئات محددة يقصد صاحب الإيجاب التعاقد معهم دون غيرهم من المستخدمين لهذه المواقع هذا يعرف بالإيجاب الخاص، وقد نجد الإيجاب يتحدد في أضيق الحدود ببعض الحالات كما لو كان مقيد بنفاذ الكمية أو معلق على أجل معقول يصدر القبول خلاله^{١٩}، هذا الوضع أفرز مشكلتين أساسيتين تتعلقان بمدى يسار الشخص القابل أو المستهلك، فما مدى استجابة الإيجاب إذا قبله الجمهور؟ ظهرت في البيئة الالكترونية وسائل دفع جديدة تؤثر إيجاباً أو سلباً على انعقاد العقد تمكن مسبقاً من المعرفة المسبقة للمركز المالي للمشتري وفي نفس الوقت تقوم كأداة لإثبات الالتزام بدفع الثمن، كما أن أغلبية العارضين يلجئون للاحتفاظ بحقهم في العدول عن الإيجاب متى نفذ المخزون أو الإشارة أن العرض عبارة عن دعوة للتعاقد معبرين عن ذلك بأن "المخزون محدود أو الاستجابة في حدوده" أو "أن الإيجاب بلا التزام" وفي هذا الفرض يصدر الإيجاب إما صريحاً أو ضمناً أو يفهم من الإيجاب أنه معلق على الإرادة المفترضة للموجب من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال، لذا فاستجابة مرتاد الانترنت على شرط أن يصبح هو بمثابة الشخص الموجب، والرسالة الالكترونية التي يوجهها تعد قبول، ما قيل هنا، يقال إذا عدل القابل في عرض صاحب الموقع الإلكتروني إذ يحقق معها مضمون المادة ٦٦ مدني جزائري التي تنص على أنه: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجاباً جديداً" كما أن تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الاول يعتبر بالإيجاب الجديد لإبرام العقد متى اقترن الأخير بقبول^{٢٠}.

ثالثاً: الإيجاب بواسطة المحادثة (الجات).

لا مانع من عرض الإيجاب على مواقع المحادثة الفورية والمباشرة و يُرد عليه في نفس اللحظة التي يكون فيها الطرفان على الكمبيوتر، و لو رجع إلى مرحلة قبل انتشار الانترنت لوجدنا أن فرنسا قد عرفت في مرحلة الثمانينات التعامل الفوري عبر جهاز ألميني تال MINTEL، فإذا ما قورن هذا الجهاز بشبكات المحادثة والمباشرة من حيث توجيه الإيجاب و رد القبول لوجدنا أن الأمر يحدث في الوقت ذاته وكأنه في مجلس تعاقد واحد لكن في شكله الافتراضي حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول إما كتابة أو بالصوت والصورة^{٢١}، فهل يعني ذلك تعاقد بين حاضرين؟ لعلنا نجد الإجابة عند الرجوع إلى نص المادة ٨٨ من القانون المدني العراقي والتي تشير إلى أن التعاقد بالتلفون أو بأية وسيلة أخرى مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان، بتحليل هذا النص نجد أن مشرنا العراقي إشارة إلى التلفون على سبيل المثال لا الحصر، ثم اتبع ذلك بعبارة أي وسيلة أخرى مماثلة لها من حيث الاستعمال والتقنية أخذاً بذلك ما يمكن أن يستجد من تطورات تقنية وعلمية.

المبحث الثاني: القبول الإلكتروني.

لا يكفي الإيجاب وحده لانعقاد العقد^{٢٢}، بل لابد أن يتبعه قبول مطابق له، والقبول بهذا الشكل تعبير عن الإرادة يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، وعلى هذا النحو إذا عدل الإيجاب أو اختلف فيه عد القبول إيجاباً جديداً، وإذا كان تبادل الإرادتين بين شخصين في مجلس واحد بحضور مادي للطرفين، فما مصير تبادل إيجاب وقبول بين شخصين متباعدين؟ إن القبول هو التعبير عن رضا من وجه إليه الإيجاب لإبرام العقد بالشروط المحددة سلفاً من طرف الموجب، ولما كان القبول بهذا الشكل فلا يكفي وحده وإنما يجب أن يصدر والإيجاب لا يزال قائماً لمحدودية أجل سريانه، فإذا صدر الإيجاب على الخط، استلزم الأمر أن يصدر القبول فوراً قبل فض المحادثة^{٢٣}، ولما كان تعديل الإيجاب يعد إيجاباً جديداً^{٢٤}، فإن للموجب على الإنترنت أن يقيد العميل في ما يسمى بالعقد الإلكتروني النموذجية ولا يملك القابل عندئذ إلا الموافقة أو الرفض فعادة ما يخصص لهذا القيد إيقونات خاصة يتم النقر عليها أو يترك مجال لطبع كلمة أرفض أو أوافق في المكان المخصص، وتشكل هذه الوسيلة حيلة مستمدة من عقود فض العبوة^{٢٥}، يتضح أن اتجاه الإرادة هو اقتران الإيجاب بالقبول فما المقصود بهذا التطابق؟ وهل هو التطابق على المسائل الجوهرية والذي يغني عن التطابق الجزئي والتفصيلي؟ ثم متى وأين يتم العقد الإلكتروني؟

١٨- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، ص ٧٢، والاستاذ قارة مولود، ص ١٨.

١٩- د. عادل ابو هشيمة محمود حوتة، ص ١٧٧.

٢٠- نقلا عم أ. قارة مولود، ص ١٦. وقارن مع المادة ٨٣ مدني عراقي.

٢١- أ. قارة مولود، ص ٢٠.

٢٢- قد يحدث الإيجاب اثرأ قانونياً دون اقترانه بقبول من الطرف الاخر، وذلك في حالة الإيجاب الملزم والوعد بجائزة، انظر د.

عبد المجيد الحكيم، ص ٧٢ و ٤٥٨.

٢٣- استاذنا د. جليل الساعدي، ص ٥٨.

٢٤- انظر المادة ٨٣ مدني عراقي.

٢٥- هي الرخصة التي تكون مع مجموعة البرامج المعروضة للبيع في مكاتب بيع البرامجيات وتقنيات الحاسوب، وغالبا ما تظهر هذه الرخصة تحت الغلاف البلاستيكي للمجموعة المعروضة وتبدأ بعبارة (بمجرد فض العبوة فانك توافق على الشروط الواردة في الرخصة) ومن هنا شاع تعبير رخصة فتح العبوة نقلا عن أ. قارة مولود، ص ١٨.

المطلب الأول: تطابق الإيجاب والقبول.

يشتمل تطابق الإيجاب والقبول على المسائل الجوهرية وقد توجّل في ذلك المسائل الجزئية لمرحلة لاحقة، وهذه العلاقة تحكمها المادة ٨٦ ف ٢ من القانون المدني التي نصت بقولها: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد يكون غير منعقد عند عدم الاتفاق على هذه المسائل فيعتبر العقد قد تم، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة الموضوع ولأحكام القانون والعرف والعدالة".^{٢٦} يتبين أن المتعاقدين إذا ما اتفقا على جميع المسائل الجوهرية من مبيع وثمان انعقد العقد دون الخوض في تفاصيل المسائل التفصيلية من زمان ومكان التسليم ومصاريف اتمام العقد، حيث تترك هذا المسائل لسلطة المحكمة إذا ما حصل بشأنها خلاف، ويترتب على نص المادة السابقة حالتين هما:

أ - اعتبار الأطراف أن المسائل التفصيلية ليست ذات أهمية ينعقد العقد بتخلفها وتترك للقاضي السلطة التقديرية إذا اتصل بتراض المتعاقدين بشأنها عند الاختلاف.

ب- حالة اعتبار أن المسائل التفصيلية مسائل أساسية وجوهرية في العقد فلا أثر للعقد إذا تخلفت مسألة من تلك المسائل^{٢٧}.

أولاً: وقت انعقاد العقد.

تعددت النظريات التي حاولت أن تبين وقت انعقاد العقد بين غائبين وسنعرض باختصار لمختلف هذه النظريات مع بيان ميل التشريع والفقه إلى أي منها، وسنتناول لاحقاً مدى استجابة كل نظرية على حدة للتعاقد الإلكتروني وهي كما يلي:

نظرية اعلان القبول: مفاد هذه النظرية هو أن العقد ينعقد بمجرد صدور القبول، وخروجه من حيز القابل دون انتظار علم الموجب به^{٢٨}، ويتحقق ذلك بلحظة تحرير الموجب رسالة الكترونية للقابل دون انتظار جواب القابل، ومثل هذا القول يثير اشكالا في اثبات انعقاد العقد إذ لا وجود للقبول إلا في جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل دون سواه^{٢٩}. نظرية تصدير القبول: يذهب انصار هذه النظرية إلى أن القبول يجب أن يخرج من حوزة القابل كما لو وضعه القابل في صندوق البريد، ويشترط اصحاب هذه النظرية أن يكون هذا القبول باتاً ونهائياً لا رجعة فيه، وهذا التصدير التقليدي يثير اشكالا بالنسبة لما هو عليه على شبكة الانترنت، فالتصدير التقليدي يسمح بوجود فاصل زمني بين التصدر وبين تسلمه في حين أن الفاصل الزمني يكاد يكون معدوم وغير محسوس في تقنية الانترنت^{٣٠}. نظرية العلم بالقبول: تقوم هذه النظرية على فكرة علم الموجب بالقبول بشكل حقيقي، فلا بد أن يقترن القبول بعلم الموجب حقيقة ليتم اقتران الارادتين وينتج العقد تبعاً لذلك، فمتى دخلت الرسالة الالكترونية التي أرسلها القابل في البريد الإلكتروني للموجب انعقد العقد بتلك اللحظة، وهذا القول يجعل من العقد رهناً براءة الموجب إذا لا وجود للقبول إلا على جهازه الخاص^{٣١}.

نظرية تسلم القبول: جاءت هذا النظرية بفكرة أن يتسلم الموجب القبول من دائرة البريد لكي يتم الاقتران وهذا النظرية تعني أن القابل يستطيع أن يسترد قبوله من البريد قبل علم الموجب به، فإذا ما تسلم الموجب الرسالة الالكترونية بعد فتحه خاتمة بريده الالكتروني يعد قد تسلم الرسالة واطلع على فحواها، فمن هذه اللحظة يكون العقد قد انعقد واقتصر الإيجاب بالقبول^{٣٢}. فيما يخص التعاقد التقليدي فينظرية العلم بالقبول أخذ المشرع العراقي في المادة ٨٧:

"١ - يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك.

٢ - ويكون مفروضاً أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما".

ولا بد من ملاحظة هامة هي أن التعاقد عبر الانترنت يتم في الغالب عبر نطاق دولي خارج الحدود القطرية أو الوطنية كما سبق القول، فيتداخل في الحكم على أكثر من قانون واحد وعندئذ لا يخضع لنظام معين، من هنا تنبأت صعوبة تحديد لحظة انعقاد العقد المبرم عبر الانترنت فالقوانين النموذجية للتجارة الالكترونية أغلبها جاءت خالية من تحديد مكان وزمان انعقاد العقد، كما أن الفقه هو الآخر يجد صعوبة في تحديد مثل هذه اللحظة^{٣٣}. بالمقارنة بين نص المادة ٨٧ المشار إليها أعلاه والمادة ٨٨ التي تشير إلى أن: "يعتبر التعاقد (بالتلفون) أو بآية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان" فالتعاقد يتم بالرسالة الالكترونية سواء أكانت صوتاً أو صورة أو ملتي ميديا أو أي برنامج آخر من البرامج المستخدمة في أنظمة الانترنت أو تقنية الاتصال عن بعد يعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، كون كلا الطرفين يلتقيان وجهاً لوجه على موقع الويب من خلال شاشة الحاسب كما لو كانا في مجلس واحد، وعندئذ يتحدد الزمان والمكان في لحظة واحدة هي لحظة التقاء الإيجاب بالقبول - أن صح منا هذا القول - ويصبح الأمر بالنسبة لطرفي العقد كما لو التقيا في مجلس واحد .

٢٦- مطابقة للمادة ٦٥ من القانون المدني الجزائري.

٢٧- انظر معنى المادة ٨٦ ف ١ من القانون المدني العراقي والمادة ٩١ مصري.

٢٨- انظر في تفصيل ذلك د. عبد المجيد الحكيم، ص ٩٢- ٩٣.

٢٩- اسنادنا د. جليل الساعدي المصدر السابق، ص ٥٩.

٣٠- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، ص ٩١.

٣١- اسنادنا د. جليل الساعدي المصدر السابق، ص ٦٠.

٣٢- د. اسامة ابو الحسن مجاهد، ص ٩٢.

٣٣- انظر الاراء التي يشير إليها اسنادنا د. جليل الساعدي، ص ٦٢ - ٦٣.

ثانياً: حالة السكوت.

أشارت أغلب التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية على أن موافقة المشتري يجب أن تتضمن العناصر الأساسية للمبيع أو الخدمة وسواء طريقة الدفع أو التسليم و حتى الخدمات ما بعد البيع، والظاهر من هذا التحديد هو السعي لإحداث تطابق القبول للإيجاب بشكل تام. الأصل أن السكوت هو مجرد وضع سلبي لا يتصور أن يتضمن إيجاباً، فلا يمكن للسكوت أن يفيد شيئاً أو ينتج أثراً لأنه عدم وعدم لا ينتج إلا عدم،^{٣٤} ويعتبر السكوت عن الرد قبولاً إذا كان هناك تعامل سابق بين الأطراف واتصل الإيجاب بهذا التعامل، أو تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، أو إذا تسلم المتعاقد الآخر المبيع وسكت عن الرد،^{٣٥} ويلاحظ أن القانون الأمريكي يضيف ثلاثة حالات استثنائية ينتج فيها القبول أثره رغم سكوت الطرف الثاني هي: إذا كان ممكننا استخلاص ذلك من تصرفات الأفراد أو سلوكياتهم أو إذا جرى العرف على اعتبار السكوت قبولاً أو إذا كان للأطراف ارتباطاً بسبق التعامل، أما المشرع لجرائي فنجده قد تطرق في المادة ٦٨ إلى العرف التجاري و سبق التعامل، فكيف إذن يمكننا الأخذ بهذه المادة في العقود الإلكترونية؟، بمعنى هل يمكن إسقاط العرف التجاري على التعامل الإلكتروني؟^{٣٦}. في الوقت الراهن من الصعوبة بمكان إن لم نقل من غير الممكن أن يلعب العرف دوراً في التجارة الإلكترونية لحدثة هذه البيئة الجديدة، كون القبول الإلكتروني في مثل هذه الأحوال يجب أن يكون صريحاً وواضحاً ومحدد بنفس الوقت من خلال الضغط على إيقونة نعم الموجودة على الحاسوب، أما ما يتصل بمصلحة من وجه إليه الإيجاب فلا يصدر ذلك إلا أن يكون عملاً من أعمال التبرع، ما في الفرض الخاص بالتعامل المعتاد بين المتعاقدين هو الفرض الأكثر تصوراً عملياً كاعتقاد عميل على شراء بعض السلع عن طريق الإنترنت مثل: الطلبات والتوريد فعدم الرد خلال فترة معينة قد قبولاً منه لأن واقع التعامل المسبق بينهما يؤكد هذا الأمر.

ثالثاً: إجراء تأكيد القبول.

أن التثبت من هوية الأطراف في التعاقد الإلكتروني تتم بالتوقيع الإلكتروني^{٣٧} كدليل كتابي، ويدق الإشكال عند غياب هذا الدليل، فهل الضغط على أيقونة القبول مرة واحدة كاف عنه؟ من الناحية العملية يصعب إقناع القاضي بهذا الغرض ما لم يكن القبول الإلكتروني حاسماً كما لو تم اللجوء إلى رسالة القبول النهائي أو الاستعانة بأجرائين متتاليين، فيكون بالضغط بما يفيد القبول أولاً، وبما يفيد التأكيد ثانياً، ويذهب جانباً من الفقه إلى العودة إلى المبادئ العامة التي تحكم قانون الإثبات - مبدأ الإثبات الحر والمقيد - والقول فيما إذا كان الضغط على الأيقونة (اللمسة) عبارة عن تصرف قانوني أو واقعة مادية، وعندها نميز بين اللمسة العفوية أو اللمسة الجدية، وإن اشترط تأكيد لاحق للقبول يثير مسألة قانونية هامة تتعلق بقيمة التأكيد القانونية، فهل القبول لا ينتج أثره إلا بواسطته؟^{٣٨}. للإجابة عن هذا السؤال نجد الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد قد وضع ثلاثة فروض بقوله: "و في رأينا أن الإجابة عن هذا السؤال يجب أن تستخلص من البرنامج المعلوماتي الذي يتم من خلاله التعاقد، و لن يخرج هذا البرنامج عن فروض ثلاثة:

الأول: إذا كان البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد بحيث لن يترتب على صدور القبول مجرداً عن التأكيد أي أثر و في هذه الحالة نستطيع الجزم بأن القبول لا يتم إلا بصور التأكيد.

أما الفرض الثاني: وفيه يسمح البرنامج بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق و هنا لا مفر من القول بأن القبول قد صدر بمجرد لمسة أيقونة القبول.

وثالث الفروض: هو فرض وسط بينهما وهو أن يتضمن البرنامج ضرورة التأكيد ولكن لا يمنع في ذات الوقت من انعقاد العقد بدونه، و هنا يمكن القول بأن اللمسة هي قرينة على الانعقاد ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس، بمعنى أنه يجوز للعميل أن يثبت أن هذه اللمسة قد صدرت منه عفواً على سبيل المثال دون قصد منه على إبرام العقد^{٣٩}.

رابعاً: حيز اشتراط التأكيد بالقبول:

لقد أضاف المشرع الفرنسي في قانون العقود النموذجية للتجارة الإلكترونية شرطاً أوجب به على التاجر الموجب أن يوجه إلى الشخص القابل بريداً إلكترونياً يؤكد له الاستلام الإيجابي لقبوله متضمناً للعناصر الأساسية التي يتكون منها العقد و يتم الإرسال عند تنفيذ العقد أو عند التسليم كحد أقصى^{٤٠}، فهل المقصود من هذا إضافة عنصراً جديداً للإيجاب والقبول؟. إن القول باعتبار هذا الشرط الذي يلزم التاجر الموجب أن يوجه خطاباً الكترونياً إلى الطرف القابل كونه عنصراً جديداً للإيجاب والقبول، يؤدي بنا إلى عد هذا البريد الإلكتروني الذي يحمل بين طياته عنصراً مضافاً إلى الإيجاب أو القبول الذي انعقد بهما العقد ركناً في العقد يؤدي ومما لا شك فيه إلى بطلان العقد لتخلف ركن من أركانه وعنصر من عناصر انعقاده الجوهرية، وهذا لا يستقيم مع أهمية هذا الشرط إذا لا يعدو بأي حال من الأحوال أن يكون مجرد إعلام للقابل بتسلم الإيجاب بالعناصر التي اتفق عليها الطرفان، ثم إن العقد قد

٣٤- السنهوري، الوسيط، ص ٢٢٠.

٣٥- د. عبد المجيد الحكيم، ص ٨٠.

٣٦- نقلاً عن أ. قارة مولود، ص ٢١.

٣٧- وهو ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها ويكون لها طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره المادة ١ ف ج من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤. مقارنة مع المواد ٢ ف ٩ من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١، والمادة ١ ف ١٠ من قانون المعاملات الإلكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢.

٣٨- استاذنا د. جليل الساعدي، ص ٥٥ - ٥٦.

٣٩- انظر تفصيل ذلك د. أسامة أبو الحسن مجاهد، ص ٨٦.

٤٠- انظر في ذلك أ. قارة مولود، ص ٢٣.

انعقد منذ اللحظة التي صدر فيها قبول الطرف الآخر وان إثارة مثل هذا الشرط لا تكون الا بعد اتخاذ إجراءات تنفيذ العقد وليس عند التفاوض على انعقاده، لذا فان مثل هذا الخطاب لا يكون ألا شرطاً من شروط العقد وتنفيذه وليس ركناً من أركانه، والعبرة من وجوده هي لإثبات العقد وليس ركناً فيه، لذا فان اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية لم تلزم أي طرف من أطراف البيع الالكتروني استخدام مثل هذا النوع من الخطابات، وأعطت للإطراف الجواز بالاستدلال على موافقة الأطراف من سلوك الطرف الآخر ٤١.

المطلب الثاني: لحظة انعقاد العقود الإلكترونية.

ان القول بانعقاد العقد يستوجب منا اعتبار هذه اللحظة هي أساس نشوء الالتزامات والآثار بين العاقدین من خلال الاعتراف بالرسائل الالكترونية التي يتم تبادلها بين طرفي العقد كوسيلة للتعبير عن الإرادة، ومثل هذا الاعتراف أشارت إليه بعض القوانين والتشريعات بشأن التعامل الالكتروني منها على سبيل المثال: المادة ١٣ من قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ بقولها: (تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانوناً لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي) وكذا الأمر بالنسبة لقانون الانوسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في المادة ١١ منه والتي تنص على: (في سياق تكوين العقود، وما لم يفتقر الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن الإيجاب وقبوله، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض). و يختلف الوضع في إنشاء العقد وتحقق النتيجة القانونية المبتغاة منه بحسب أداة أو وسيلة التعاقد إذا كانت بريد الكتروني أو محادثة مباشرة على الشبكات أو كان موقعاً الكترونياً وكما يلي:-

أولاً : البريد الإلكتروني.

يعد البريد الإلكتروني الأكثر شيوعاً واستخداماً من طرف المنتجين و زبائنهم، و يكاد يكون بريداً عادياً غير أن الأول يوفر سرعة عالية و كفاءة أكبر و دقة متناهية في التواصل على الانترنت، يشبه البريد الإلكتروني البريد العادي أن كليهما يتضمن عنوان محدداً وأن كليهما يمكن أن يضيع قبل أن يصل إلى العنوان المطلوب، و كليهما يستعين بخدمات طرف ثالث يكون وسيطاً لإيصال الرسالة، ففي الرسالة التقليدية يعهد بذلك إلى دائرة البريد أما في البريد الإلكتروني فيعهد بذلك لمقدم الخدمة أو صاحب الخدمة الوسيطة وتظهر أهم نقطة اختلاف بينهما هي الخصوصية التي يتميز بها البريد الإلكتروني كونه يستغرق دقائق معدودة إن لم نقل ثوان فقط، هذا الوضع غير متاح بالنسبة للبريد العادي الذي قد يأخذ أياماً أو شهوراً للوصول إلى المرسل إليه مما قد يقضي معه الإيجاب أو يسقط ٤٢، فالسؤال الذي يطرح هنا، متى يمكن القول أن البريد الإلكتروني يصبح منشئاً للعقد؟، وهل يتحقق ذلك عند إرسال الرسالة من جهاز القابل أو عند وصولها؟ أو لما يتسلم الموجب رسالة القابل و يعلم بمضمونها؟. قبل الإجابة عن الأسئلة السابقة، نورد بأن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر البريد الإلكتروني بمثابة محرر عرقي، أما المشرع الجزائري فقد عادل و ساوى بين حجية الكتابة الالكترونية و الكتابة العادية، وهذا الأمر هو ما أخذت به العديد من التشريعات القانونية المقارنة عندما ساوت بالاثبات بين الدليل الكتابي والدليل الإلكتروني وهذا ما أكدته المشرع المصري في المادة ١٥ من قانون تنظيم التوقيع الالكتروني بالقول: (للكتابة الالكترونية وللمحررات الالكترونية، في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في احكام قانون الاثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون....) ٤٣ هذا الأمر يدفعنا للقول أن حجية البريد الإلكتروني لا تختلف عن حجية البريد العادي من حيث الاثبات المدني والتجاري ولبيان لحظة توافق الإرادتين تختلف الإجابة بحسب النظرية المتبعة، فإذا أخذنا بنظرية صدور القبول أو إعلانه، فإن العقد الإلكتروني ينشأ بإعلان القابل لإرادته حتى قبل الضغط على زر أو أيقونة الإرسال، وسوف يواجه هذا الموقف مسألة أن وجود القبول لا يخرج من حيز جهاز الشخص القابل فيضعف إثباته والعكس من ذلك، لو سلمنا بنظرية تصدير القبول والتي تنادي بانعقاد العقد عبر شبكة الانترنت بمجرد الضغط على أيقونة الإرسال ومن ثم ترسل الرسالة فلا يمتلك القابل السيطرة عليها أو التحكم فيها بعد إرسالها ولا يمكن له بعد هذا اللحظة ان يسترد قبوله، ويثير هذا الاتجاه نوعاً من اللبس فتصور تصدير قبول دون استلامه غير متاح على الإنترنت، إذ الفاصل الزمني بين التصدير والتسلم ليس محسوساً ولا يشكل فاصلاً زمنياً كبيراً هذا ما دفع بأحد الفقهاء ان يعلق على ذلك بما يلي: " كل ما يقال بهذا الشأن في القانون التقليدي عن وجود فاصل زمني بين التصدير والوصول هو على وشك الاندثار لأنه لا يوجد على الإنترنت هذا التفاوت في الزمن بين الإيجاب والقبول، فالتصرفات الإلكترونية هي تصرفات تبرم عن بعد لكنها فورية و معاصرة من حيث الآثار والالتزامات" ٤٤. أما النظرية الثالثة نظرية تسلم القبول فالعقد بموجبها ينعقد في اللحظة التي تصل فيها الرسالة إلى الشخص الموجب دون البحث فيما إذا أطلع على الرسالة أم لا، أما النظرية الرابعة والأخيرة فينشأ العقد بعد القراءة والإطلاع على البريد الإلكتروني المتضمن للقبول أي

٤١- انظر م ٨ من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية رقم (21\60\A\RES) في 9\12\2005 .

٤٢- استاذنا د. جليل الساعدي، ص ٥٢

٤٣- وشروط تمتع التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية بالحجية القانونية هي: (١- ارتباط التوقيع بالموقع وحده دون غيره. ٢- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكتروني. ٣- امكانية كشف أي او تعديل تبديل في بيانات المحرر الالكتروني او التوقيع الالكتروني) و مادة ١٢ ف ١ من قانون الامارات الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢ والتي جاء فيها (لا يحول دون قبول الرسالة الالكترونية أو التوقيع الالكتروني كدليل اثبات : أ- لمجرد ان الرسالة أو التوقيع قد جاء في شكل الكتروني ، ب - لمجرد ان الرسالة أو التوقيع ليس أصلياً أو في شكله الاصلي، وذلك اذا كانت هذه الرسالة أو التوقيع الالكتروني أفضل دليل يتوقع بدرجة معقولة ان يحصل عليه الشخص الذي يستشهد به).

٤٤- نظر د. اسامة ابو الحسن، عندما يشير الى الفقيه Xavier، ص ٨٧.

العلم الحقيقي والفعلية بالإيجاب وهذا هو رأي نظرية العلم بالقبول، والراجح فقها وقانونا، أن نظرية القبول الثالثة (تسلم القبول) الأكثر واقعية وتعبيراً عن انعقاد العقد عبر البريد الإلكتروني، وهذا الرأي فيه من الصواب ما حدا بلجنة CNUNDCI للنص عليه وبشكل صريح من خلال مادة ٢ فقرة ٣، من اتفاقية الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية، ونفس الشيء تبنته اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية والتي دخلت حيز النفاذ في ١٦ / ١ / ٢٠٠٦. وذلك بنص المادة ١٠ ف ٢ والتي جاء فيها " وقت تلقي الخطاب الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه ذلك الخطاب قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على عنوان إلكتروني يعينه المرسل إليه، و وقت تلقي الخطاب الإلكتروني على عنوان إلكتروني آخر للمرسل إليه هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه على ذلك العنوان ويصبح المرسل إليه علم بأن الخطاب الإلكتروني قد أرسل إلى ذلك لعنوان، ويفترض أن يكون الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من جانب المرسل إليه عندما يصل ذلك الخطاب إلى العنوان الإلكتروني للمرسل إليه ٤٥". فتمت تلقي المرسل إليه الخطاب الإلكتروني بشأن القبول وتم استخراج ذلك الخطاب من البريد الإلكتروني الخاص بالقابل انعقد العقد من تلك اللحظة أنتج كل الآثار القانونية المترتبة عليه.

ثانياً: عقود الويب.

قد يبدو لمستخدم الإنترنت أن يبحث عن سلعة معينة من خلال الاستعانة بمحركات البحث على ألتا Vista أو Search أو Yahoo أو Google و يصل في نهاية الأمر إلى السلعة المطلوبة على موقع الإنترنت و يضغط على الأيقونة ليجد نفسه أمام عقد الكتروني نموذجي متضمنا الشروط والبنود العقدية ٤٦. والعقد النموذجي الذي يظهر على الشاشة يشبه إلى حد بعيد الاستثمارات المرفقة مع السلعة والتي يكون القصد منها الإعلان والإشهار لتلك السلعة على صفحات الجرائد، حيث تبين مراحل العقد فيدل على العرض بضمنه ونوعه ومقداره ووسيلة الدفع وأجل استعمال حق العدول، والكيفية التي يتم بها تسليم المبيع أو تقديم الخدمة، وتبقى في الأخير مرحلة إبرام العقد بتخصيص مكان أو حيز للضغط أو كتابة الكلمات التي تدل على القبول أو الرفض، فإذا تم القبول، فبأي لحظة ينعقد فيها العقد؟ إن ضبط وقت انعقاد العقد على المواقع الإلكترونية أسهل بكثير مقارنة بالبريد الإلكتروني، إذ عادة ما نجد اتصالاً فورياً بين الموجب والقابل، لذا يرجح في هذا الحال أن عقود المواقع الإلكترونية تنعقد في اللحظة التي يوافق فيها القابل على العقد، وتبعاً لذلك لا يمكن للقابل أن يدعي خطأ للرجوع في قبوله لأن إجراءات التعاقد بطيئة وتأخذ من البساطة والوقت والوضوح والتفحص ما يلفت انتباه القابل إلى أدق التفاصيل، بكلمة أخرى يحظر على القابل في العقود عن بعد التراجع عن قبوله بسبب الخطأ و يبقى له الحق في العدول قائماً في حالات أخرى لا تخرج عن نطاق حماية المستهلك حيث لا يكون له إمكانية لمعاينة السلعة ومعرفة خصائصها قبل إجراء العقد زيادة على ذلك إجراءات الدعاية والإعلانات الذي قد تغريه وتجذبه للتعاقد وتشير في هذا المقام إلى أن قانون المستهلك الفرنسي والتوجيه الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد قد منحا المستهلك حق أو رخصة للعدول دون إبداء مبررات الرجوع أو العدول خلال ٧ أيام و تمتد هذه المدة إلى غاية ٣ أشهر بالنسبة للخدمات ولكن هذا الأمر يسري في حالة عدم التزام المهني بإعلام المستهلك ٤٧. وبشأن البعض تساؤلاً أكثر شمولية حول عقود التجارة الإلكترونية العابرة للدول؟ تعددت النصوص المطبقة في هذا الحال فأول الأمر كان باتفاقية الأمم المتحدة بتاريخ : ١١ أبريل ١٩٨٠ الخاصة بالبيع الدولي للبضائع و تتبنى هذه الاتفاقية نظرية التسلم (العقد ينعقد بتسلم الموجب للقبول) و من ثم فإن العقود الدولية التي تتم عبر الشبكات المفتوحة تنعقد في اللحظة التي يستلم فيها الموجب للقبول، أما اتفاقية الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونية فقط نصت أنها تحكم العلاقات التعاقدية الإلكترونية التي تتصف بأنها دولية، أما فيما يخص لحظة انعقاد العقد فتأخذ بنظرية التسلم في الحالات الإلكترونية العامة كما تم الإشارة إليه في عقود المواقع الإلكترونية و بنظرية علم الموجب بالقبول إذا تعلق الأمر برسالة إلكترونية التي يستخرجها الموجب و يطلع عليها، لقد استبعدت الاتفاقية السابقة نظرية إعلان القبول و نظرية تصدير القبول لكون الموجب لا يعلم برد القابل إذ لم يضغط على زر إرسال القبول ٤٨. خلاصة الأمر أن إبرام العقد عبر شبكة الإنترنت من خلال استعمال الرسائل والخطابات الإلكترونية يمكن أن يكون صحيحاً وتسري عليه أحكام العقد كما الأمر في العقود التقليدية، مع ملاحظة الخصوصية في هذا النمط من العقود كونها تيرم عن بعد بين أطراف لا تجمع بينها الروابط القطرية، بتعبير آخر روابط المكان ووحدة المجلس، انما يجمع بينهما البث عبر الأثير من خلال الاستعانة بأجهزة مادية تساعد على تواجدهما في عين الوقت معاً بالصوت والصورة من خلال مجموعة من البرامج التقنية المعدة لهذا الغرض، فتمت اتفاقاً على جميع المسائل المتعلقة بالعقد وتسلم كل منها رغبة الطرف الآخر الجدية والجازمة في إتمام العقد بالإطلاع على ما يتم تبادلته من رسائل الكترونية في هذا الشأن أنتج العقد آثاره القانونية، وتجسد واقعا ملموساً يلتزم به كلا الطرفين على حد سواء.

الخاتمة

تطرقنا في هذه القراءة المتواضعة إلى أثر وسائل الاتصال الحديثة في التعبير عن الإرادة ودور الرسائل والخطابات الإلكترونية في اقتران الإيجاب بالقبول كأساس لإبرام العقد، واستوضحنا أن الإرادة تدخلت قبل التشريع في الاعتراف بالعقد الإلكتروني، مؤدى ذلك أن حجية العقد الإلكتروني هي حجية اتفاقية أو شكلية تعاقدية أي أنه يجد مصدره في الاتفاقات المنشأة له والمبرمة بين

٤٥ - مقارنة لنص المادة ١٤ من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الدولية المعتمد من لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالقرار رقم (A/51/62)

والمادة ١٦ من قانون المعاملات الإلكترونية الاردني.

٤٦ - استاذنا د. حليل الساعدي، ص ٥٣.

٤٧ - أ. قارة مولود، ص ٢٦.

٤٨ - المادة ١ من اتفاقية استخدام الخطابات الإلكترونية والتي تنص على: (تنطبق هذه الاتفاقية على استخدام الخطابات الإلكترونية في سياق تكوين العقد أو تنفيذ عقد بين اطراف تقع مقر عملهما في دول مختلفة) وكذلك المادة ١٠ ف ٢ السابقة الذكر.

أطرافه والتي نظمها التشريع في قواعد وإحكام لا تخرج بأي حال عن تلك الإرادة المعبرة عنه. تطرقنا كذلك إلى إمكانية التعبير عن الإرادة من خلال الانترنت و تبادل الإيجاب و القبول بالأدوات المتاحة في هذا العالم الافتراضي من مواقع ويب وبريد الكتروني والتي تخضع للأحكام العامة لانعقاد العقد المعروفة في القواعد التقليدية، كما أوعزنا أن أهم الإشكالات و الصعوبات المطروحة مردها إلى أن هذا الوضع الجديد جاء قلباً لوضع قانوني كان سائداً، تحكمه مبادئ جديدة أول ما يميزه غياب الحضور المادي لأطراف التعاقد إذا لم يثيروا إشكالا آخر يتعلق بعدم تحكمهم في هذه التقنية. لقد مرت العقود عموماً والالكترونية خصوصاً بعدة مراحل كان من أهمها بل وأخطرها المرحلة التي واكبت الطفرة التكنولوجية النوعية التي حققتها الشبكة العنكبوتية للمعلومات مما ساعد على بيان مدى ارتباط هذه التقنية مع الطابع التعاقدية للعلاقات القانونية وأقلمة العقد ليكون مخرجاً من مخرجات تقنية المعرفة الرقمية، إلا أن هذه الثورة الرقمية وإن شكلت إشكالا بوجه النصوص القانونية أول الأمر لا أنها أضحت في يومنا الحالي تجسيدا للطابع التعاقدية ولمبدأ سلطان الإرادة وختاماً لهذا العرض نوجز ما توصلنا إليه بالاتي:

تبين لنا أن الإرادة تدخلت قبل التشريع في الاعتراف بالعقد الالكتروني وقيمتها العملية والقانونية، من خلال انسجام هذه الوسيلة (التعبير الالكتروني عن الإرادة) مع ما يتطلبه العصر من سرعة وائتمان بين أطرافه.

أن الإيجاب والقبول عبر الانترنت لا يختلف كثيراً عن الإيجاب والقبول التقليدي اللهم إلا في وسيلة التعبير عنه ونطاق هذا التعبير كونه يصدر من شخصين لا تربط بينهما رابطة الإقليم الواحد والوطن الواحد.

أن التقاء الإيجاب بالقبول عن بعد أزاح وبشكل ملموس نظرية الدولة القطرية، بحيث أصبح العالم مع هذه التقنية كأنه في مكان واحد لا تفصل بين أطراف العلاقة إلا بعض المسافات على أجهزة الحاسوب ليتم التواصل والتفاوض والاتفاق على إبرام أكبر العقود والصفقات التجارية عن طريق ما يعرف بالتعاقد عن بعد.

أن اعتماد التعبير الالكتروني على الرسائل الالكترونية أو المخاطبات البريدية لا يعني عدم الاعتراف بهذه الرسائل وعدم الأخذ بحجيتها كدليل في الإثبات المدني والتجاري بل على العكس حيث هذه الرسائل تتمتع بذات الحجية القانونية كأدلة في الإثبات وبمختلف مبادئ القانون.

لا بد لنا في هذا المقام أن نوجه دعوة إلى تشريعاتنا العربية ومشرعنا العراقي على وجه التحديد أن يأخذ بنظر الاعتبار ما يحدث من تطورات في أساليب التعبير عن الإرادة وأن يصدر تشريعاً يعالج فيه أحكام المعاملات الالكترونية أسوة بالمشرعين الآخرين في الدول الغربية والعربية، والاعتماد بشكل جدي على ما يتم استخراجه من مخرجات ومستندات الكترونية والاعتراف بها كأدلة قانونية فيما يخص هذا النمط من العقود.

المصادر:

أولاً:- الكتب القانونية:

- ١- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، ٢٠٠٢، ص ٦٩.
- ٢- د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، ط ٢، القاهرة ١٩٦٧.
- ٣- د. جليل أساعدي، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، مكتبة السنهاوري، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٢٩-٣٢.
- ٤- د. عادل أبو هشيمه محمود حوته، عقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٥، ص ١٧١-١٧٣.
- ٥- د. عبد المجيد الحكيم، الوجيز في شرح القانون المدني العراقي، نظرية الالتزام، ج ١، ط ١، بغداد، ١٩٦٩، ص ٦٩.
- ٦- أ. قارة مولود، شكل التعبير عن الإرادة في عقود الانترنت، بحث مقدم للملتقى الدولي حول التوجه التعاقدية للتصرفات القانونية، كلية الحقوق جامعة تلمسان، الجزائر، من الفترة ٢٣-٢٤ إبريل ٢٠٠٦، ص ١٥.

ثانياً:- المتون القانونية:

- ٧- القانون المدني العراقي رقم ٤١ لسنة ١٩٥١.
- ٨- القانون المدني المصري رقم ١٤٩ لسنة ١٩٤٩.
- ٩- القانون المدني الجزائري.
- ١٠- قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.
- ١١- قانون الامارات الخاص بالمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢.
- ١٢- قانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١.
- ١٣- قانون المعاملات الالكترونية البحريني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٢.
- ١٤- قانون التوقيع الالكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤.

ثالثاً:- الاتفاقيات الدولية:

- ١٥- مشروع اتفاقية التعاقد الالكتروني، لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي الوثيقة (A/CN.9/WG.IV/ WP.110) في ٢٠٠٤.
- ١٦- اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية رقم (A/RES/60/21) في 9/12/2005.
- ١٧- قانون الاونسيفال النموذجي بشأن التجارة الدولية المعتمد من لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري الدولي بالقرار رقم (A/51/62).