

العنوان:	التراضي في العقد الإلكتروني
المصدر:	مجلة الأملاك
الناشر:	محمد بن أحمد بونبات
المؤلف الرئيسي:	بن حفو، حليلة
المجلد/العدد:	ع 6
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2009
الصفحات:	139 - 164
رقم MD:	513904
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo
مواضيع:	العقود الإلكترونية ، القوانين و التشريعات ، المغرب
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/513904

التراضي في العقد الإلكتروني

دة . حليلة بن حفو

دكتورة في الحقوق

مفتشة إقليمية بوزارة الاقتصاد والمالية

مقدمة:

ساهم التطور المذهل الذي عرفته تقنية الاتصالات عن بعد في توسيع دائرة المعاملات، إذ أصبح العالم عبارة عن قرية صغيرة من خلال استخدام مجموعة من الوسائل في إبرام العقود مثل الهاتف والفاكس.

وقد أدى هذا التطور إلى ظهور نوع جديد من العقود، يرم عبر شبكة المعلومات العالمية الإنترنت، يطلق عليها إسم العقود الإلكترونية.

وقد عرفت بعض القوانين العقد الإلكتروني مثل القانون المصري في المادة الأولى من قانون التوقيع الإلكتروني بما يلي: "المحرر الإلكتروني هو كل رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة إلكترونية أو فنية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى".

وكذلك عرف القانون التونسي الوثيقة الإلكترونية في الفقرة الأولى من الفصل ٤٥٣ مكرر من مجلة الالتزامات والعقود بأنها؛ "الوثيقة المتكونة من مجموعة أحرف أو أي إشارات رقمية أخرى بما في ذلك تلك المتبادلة عبر وسائل الاتصال تكون ذات محتوى يمكن فهمه ومحفوظة على حامل إلكتروني يؤمن قراءتها والرجوع إليها عند الحاجة".

وأيضاً حاول بعض الفقه تعريف العقد الإلكتروني؛ بأنه عقد مبرم بين غائبين، من حيث المكان، يتطابق فيه الإيجاب بالقبول عن طريق استخدام وسائل تقنية حديثة تعمل آلياً وتلقائياً بمجرد إصدار أوامر التشغيل إليها^(١).

ورغبة من المشرع المغربي في مواكبة هذا التطور، ووعياً منه بأهمية التعاقد الإلكتروني، وتزايد الإقبال عليه، وأمام عجز القواعد القانونية التقليدية عن مواجهة المشاكل التي ستطرحها المعاملات الإلكترونية، تدخل بموجب القانون رقم ٥٣-٠٥ المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية ونظم أحكام العقد الإلكتروني، إلا أنه لم يعط أي تعريف لهذا العقد، رغم أن ذلك يدخل في اختصاصه.

ويتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد يبرم بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، أي دون تواجد مادي للأطراف، إذ لا يجمعهما مجلس حقيقي، فهو يشبه العقد المبرم عن طريق الهاتف، إلا أنه يزيد عليه من خلال أن جهاز الحاسوب هو الذي يتولى نقل التعبير عن إرادة المتعاقد. ويتم توثيقه

(١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، الكويت، ص: ٢.

بكتابة إلكترونية تحمل توقيعاً إلكترونياً، ويعتمد في الوفاء بالمبالغ المضمنة به على مجموعة من الوسائل من ضمنها البطاقات البلاستيكية الممغنطة^(٢) والشيكات الإلكترونية^(٣).

ويلزم في العقد الإلكتروني توفر الشروط اللازمة لإنشاء عقد صحيح وهي الأهلية والتراضي ومحل وسبب مشروعين.

وسنقف عند ركن أساسي يشكل جوهر العقد وقوامه وهو التراضي؛ أي توافق إرادتي المتعاقدين على إحداث أثر قانوني. وذلك لما يطرحه إشكاليات حول كيفية التعبير عن الإرادة، والضوابط التي تحكم الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، ومدى حمايتها للطرف الضعيف أي المستهلك أو المتعاقد إلكترونياً.

وعليه سنقسم هذا الموضوع إلى مبحثين، نتناول الإيجاب الإلكتروني في (مبحث أول)، ثم القبول الإلكتروني في (مبحث ثان).

(٢) نشير إلى أن البطاقات البلاستيكية: "هي بطاقات مدفوعة سلفاً تكون القيمة المالية مخزونة فيها، ويمكن استخدام هذه البطاقات للدفع

عبر الإنترنت وغيرها من الشبكات كما يمكن استخدامها للدفع في نقاط البيع التقليدي". نادر جمال: أساسيات ومفاهيم التجارة

الإلكترونية، ط ١، الأردن، دار الإسراء للنشر والتوزيع، ٢٠٠٥، ص: ٣٩

(٣) ويقصد بالشيكات الإلكترونية: "المكافئ الإلكتروني للشيكات الورقية التقليدية التي اعتدنا التعامل بها. والشيك الإلكتروني هو رسالة

إلكترونية موثقة ومؤمنة يصدرها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك (حامله) ليعتمده ويقدمه للبنك الذي يصل عبر الإنترنت ليقوم البنك

أولاً بتحويل قيمة الشيك المالية إلى حساب حمل الشيك وبعد ذلك يقوم بإلغاء الشيك وإعادته إلكترونياً إلى مستلم الشيك ليكون دليلاً

على أنه تم صرف الشيك فعلاً". نادر جمال: م. س. ص: ٣٩.

المبحث الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني

يعرف الإيجاب التقليدي بأنه "التعبير عن الإرادة البات والمقترن بقصد الارتباط بالتعاقد الذي ينصب عليه إذا طابق قبولا متطابقا خلال مدة معقولة".^(٤)

أما الإيجاب الإلكتروني فيقصد به "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"^(٥)

ويعتبر الإيجاب الحد الفاصل بين التفاوض وإبرام العقد، وينبغي أن يتوفر على مجموعة من الشروط تميزا له عن المرحلة التمهيديّة السابقة للتعاقد، وهي:

- أن يكون قاطعا؛ أي معبرا عن إرادة عازمة نهائيا على إبرام العقد، إذا صادف قبولا، ولذلك فمجرد الدعوة إلى التعاقد لا تعتبر إيجابا.

- أن يكون محددًا وكاملا، وذلك بأن يتضمن جميع العناصر الأساسية اللازمة للعقد المراد إبرامه.

- أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه.

(٤) أستاذنا الدكتور المختار ابن احمد عطار: الوسيط في القانون المدني، ج. ١، مصادر الالتزامات، ط. ١٠، ٢٠٠٢، مطبعة النجاح

الجديدة، الدار البيضاء، ص: ٨٤.

(٥) فيصل سعيد الغريب: التوقيع الإلكتروني وحجته في الإثبات، ٢٠٠٥، دار الكتب المصرية، ص: ١٧٤.

وينفرد الإيجاب الإلكتروني ببعض الأحكام الخاصة به، والتي ترجع إلى طبيعة العقد الإلكتروني وإلى الوسائل المستخدمة في إبرامه (المطلب الأول). ويبقى ملزما للموجب في حالات معينة، ومعرضا للسقوط في صور محددة (المطلب الثاني).

المطلب الأول: خصائص الإيجاب وطرقه

يخضع الإيجاب الإلكتروني إلى القواعد المنظمة لإبرام العقد الإلكتروني، ويتميز بمجموعة من الخصائص (الفقرة الأولى)، نابعة من استخدام وسائل إلكترونية للتعبير عن إرادة الموجب (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: خصائص الإيجاب

أ- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

يعتبر الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، لذلك فإن العقد الذي ينتهي إليه، يدخل في إطار العقود المبرمة عن بعد^(٦) وتسري عليه القواعد المتعلقة بالعقود الإلكترونية.

(٦) خالد إبراهيم ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني: دراسة مقارنة، ص ١٠، ٢٠٠٦، الإسكندرية، مطبعة دار الفكر الجامعي، ص: ٢٤٨.

نشير إلى أن هناك خلاف حول تحديد طبيعة العقد المبرم بطريق إلكتروني، فرأي أول يذهب إلى أن العقد الإلكتروني يبرم بين حاضرين افتراضا أو تخيلا وليس بين غائبين.

- Maurelle Isabelle CAHEN : La formation des contrats de commerce, Septembre, Juris com. Net, Revue du droit des technologies de l' information, 1999, P.28.

ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني بوجود وسيط يقوم بعرض الإيجاب ونشره نيابة عن الموجب، وهو مقدم الخدمة الإلكترونية. وبالتالي فالإيجاب لا يقوم بمجرد صدوره عن الموجب، وإنما يجب عرضه علي الموقع لكي ينتج آثاره القانونية ويتحقق وجوده المادي (٧).

ج- الإيجاب الإلكتروني إيجابا دوليا

يتسم الإيجاب الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي، ذلك أنه يتم باستخدام شبكة المعلومات الدولية "الإنترنت"، فهو لا يتقيد بالحدود الجغرافية. ومع ذلك لا يوجد ما يمنع الموجب من حصر نطاق الإيجاب

ورأي ثان يذهب إلى أن العقد الإلكتروني يعتبر نظاما مختلطا إذ يشمل التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين. منذر الفضل: النظرية العامة

للاتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج: ١، مصادر الالتزام، ط. ٢، ١٩٩٢، عمان، ص: ١٣٦

و١٣٧.

وهناك رأي ثالث يرى أن العقد الإلكتروني يعد تعاقدًا بين غائبين في مجلس عقد حكمي، تسري عليه أحكام هذا الأخير، جابر عبد الهادي

سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ٢٠٠١، الاسكندرية، مطبعة دار الجامعي الجديدة للنشر، ص: ٢٩٧

و٢٩٨.

(٧) محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط. ١، ٢٠٠٦، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ص: ٩١.

داخل منطقة جغرافية محددة حسب ما تسمح به إمكانياته. أو أن يقصر تسليم الشيء المبيع مثلا في حدود مسافة معينة^(٨).

وتجدر الإشارة إلى أنه لا يجوز للموجب اعتبار عرضه ساريا إلى حين نفاذ المخزون، لأن العرض في مثل هذه الحالة لا يقوم على دعائم مادية دائمة، ولا يستجيب للشروط القانونية وبالتالي سيصعب تحديد تاريخ بداية ونهاية مدة العرض على نحو دقيق^(٩). ونعتقد أن العرض في هذه الفرضية يبقى مجرد دعوة إلى التفاوض.

ولكي يعتد بالإيجاب قانونا يجب أن يشمل على العناصر الأساسية للعقد، وأن يكون واضحا بكيفية لا يشوبها غموض ولا إهمام، ودقيقا وجازما، بحيث يكفي قبوله لانعقاد العقد. وأن يتضمن جميع البيانات المنصوص عليها في الفصل ٤-٦٥ من القانون المنظم للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وهي:

- الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة المقترحة أو الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره.

- شروط بيع السلعة أو الخدمة أو شروط تفويت الأصل التجاري المعني أو أحد عناصره.

(٨) Michel Vivant : Commerce électronique: un premier contrat type, Cahier Lamy, droit

de l' informatique, 1988, p.13.

(٩) Iteau: Internet et le droit: aspect juridique du commerce électronique, Ed

Eyrolles, 1998, p. 4.

- مختلف المراحل الواجب اتباعها لإبرام العقد بطريقة إلكترونية ولا سيما الكيفية التي يفني طبقها الأطراف بالتزاماتهم المتبادلة.

- الوسائل التقنية التي تمكن المستعمل المحتمل، قبل إبرام العقد من كشف الأخطاء المرتكبة أثناء تحصيل المعطيات وتصحيحها.

- اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد، ويذهب البعض إلى أن استخدام اللغة الرسمية للمستهلك وسيلة مناسبة من شأنها توفير الحماية للمتعاقد إلكترونيا^(١٠).

- وسائل الاطلاع بطريقة إلكترونية على القواعد المهنية التجارية التي يعتمز صاحب العرض الخضوع لها، عند الاقتضاء.

- طريقة حفظ العقد في الأرشيف من لدن صاحب العرض وشروط الاطلاع على العقد المحفوظ إذا كان من شأن طبيعة العقد أو الغرض منه تبرير ذلك.

- أن يشتمل العرض على نظام يتيح ظهور بيان يدعو المتعاقد إلى تأكيد اختياره مرة أخرى، أو إبداء موافقته مرة ثانية، وذلك حسب الفقرة ١ من الفصل ٥-٦٥ من قانون ٥٣-٠٥.

(10)C. Bernault: Directive: Commerce électronique, les communications commerciales

sur Internet, juin, 2001, p. 220 et suite.

وتجدر الإشارة إلى أن مشروع القانون رقم ٠٨-٣١ المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلكين تضمن تقريبا نفس الشروط ولكنه أضاف إليها النص على حق القابل في العدول عن قبوله وذلك حسب المادة ٢٦ التي جاء فيها:

"دون الإخلال بالمعلومات المنصوص عليها في المادة ٣ أعلاه أو في أي نص تشريعي أو تنظيمي آخر جاري به العمل، يجب أن يتضمن العرض المتعلق بعقد البيع عن بعد المعلومات التالية:

(١) التعريف بالمنتج أو السلعة أو الخدمة محل العرض.

(٢) اسم المورد أو تسميته التجارية أو رقم هاتفه أو عنوانه أو إذا تعلق الأمر بشخص معنوي مقره الاجتماعي وإن تعلق الأمر بغيره عنوان المؤسسة المسؤولة عن العرض.

(٣) مصاريف التسليم إن اقتضى الحال.

(٤) وجود حق التراجع المنصوص عليه في المادة 30 أدناه ما عدا في الحالات التي تستثني فيها أحكام هذا الباب ممارسة الحق المذكور.

(٥) كيفية الأداء أو التسليم أو التنفيذ.

(٦) مدة صلاحية العرض وسعره أو تعريفته".

وقد حددت المادة 30 من نفس القانون أجل ممارسة حق التراجع ونصت على ما يلي:

"استثناء من أحكام الفصلين ٢٥٩ و ٢٦٠ من الظهير الشريف الصادر في ٩ رمضان ١٣٣١ (١٢) أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، للمستهلك أجل سبعة أيام كاملة لممارسة حقه في التراجع دون الحاجة إلى تبرير ذلك أو دفع غرامة باستثناء مصاريف الإرجاع إن اقتضى الحال ذلك.

يسري الأجل المشار إليه في الفقرة السابقة ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض فيما يتعلق بتقديم الخدمات.

إذا انتهى أجل السبعة أيام في يوم السبت أو الأحد أو يوم عيد عطلة، وجب تمديده إلى اليوم الأول الموالي من أيام العمل.

تطبق أحكام هذه المادة مع مراعاة أحكام المادتين ٣٢ و ٣٦ أدناه".

غير أن القابل وطبقا لمقتضيات المادة ٣٢ من مشروع القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلكين لا يمكنه أن يمارس حق التراجع إلا إذا اتفق مع الموجب على خلاف ذلك في العقود المتعلقة بما يلي:

(١) الخدمات التي شرع في تنفيذها، بموافقة المستهلك، قبل انتهاء أجل السبعة أيام كاملة.

(٢) التزويد بالمنتجات أو السلع أو الخدمات التي يكون ثمنها رهينا بتقلبات أسعار السوق المالية.

٣) التزويد بالسلع المصنوعة حسب مواصفات المستهلك أو المعدة له خصيصاً أو التي لا يمكن بحكم طبيعتها إعادة إرسالها أو تكون معرضة للفساد أو سريعة التلف.

٤) التزويد بتسجيلات سمعية أو بصرية أو برامج معلوماتية عندما يطلع عليها المستهلك.

٥) التزويد بالجرائد أو الدوريات أو المجلات.

ويترتب على تخلف إحدى البيانات المذكورة عدم اعتبار الدعوة إلى التعاقد عرضاً بل مجرد إشهار غير ملزم لصاحبه.

غير أن العرض قد يتوفر على الشروط الجوهرية للتعاقد ومع ذلك لا يشكل إيجاباً بل فقط دعوة للتفاوض، وذلك إذا كانت شخصية المتعاقد محل اعتبار عند الموجب، كما هو الشأن في الإعلان عن طلب مستخدمين، إذ يحتفظ الموجب بحق الموافقة بناء على الدعوة التي وجهها^(١١).

الفقرة الثانية: طرق الإيجاب الإلكتروني

يتخذ الإيجاب الإلكتروني شكلاً مميزاً، وهو يتم باستخدام مجموعة من الوسائل الإلكترونية، وذلك حسب الفصل ٣ من قانون ٥٣-٠٥ الذي جاء فيه:

(١١) أحمد خالد العجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت: دراسة مقارنة، ط. ١، ٢٠٠٤، عمان، مطبعة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع

ودار الثقافة للنشر والتوزيع، ص: ٧٣.

" يمكن استخدام الوسائل الإلكترونية لوضع عروض تعاقدية أو معلومات متعلقة بسلع أو خدمات رهن إشارة العموم من أجل إبرام عقد من العقود.

يمكن توجيه المعلومات المطلوبة من أجل إبرام عقد أو المعلومات الموجهة أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا وافق المرسل إليه صراحة على استخدام الوسيلة المذكورة.

يمكن إرسال المعلومات إلى المهنيين عن طريق البريد الإلكتروني ابتداء من الوقت الذي يدلون فيه بعنوانهم الإلكتروني.

إذا كان من الواجب إدراج المعلومات في استمارة تعين وضع هذه الأخيرة بطريقة إلكترونية رهن إشارة الشخص الواجب عليه تعبئتها".

وتشمل طرق الإيجاب الإلكتروني:

أ- الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني^(١٢)

يمكن إرسال الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني إلى شخص محدد، وهو في هذه الحالة يشبه الإيجاب الصادر عن طريق التلكس أو الفاكس أو البريد.

(١٢) يقصد بالبريد الإلكتروني: تبادل الرسائل بطريقة إلكترونية عبر البريد الإلكتروني. خالد إبراهيم ممدوح: م س، ص: ١٢٩.

وقد يكون الإيجاب موجهاً عبر البريد الإلكتروني إلى أشخاص معينين، يرى الموجب أن يخصهم، دون غيرهم من أفراد الجمهور بمنتجاته، إذ يشبه في هذه الصورة الإيجاب التقليدي الصادر بواسطة البريد العادي. وهو يصل إلى علم المرسل إليهم بمجرد فتحهم لصندوق بريدهم، ويبقى لهم الخيار في قبول العرض برسالة إلكترونية (١٣).

ب- الإيجاب عن طريق شبكة المواقع " الويب " (١٤)

يعتبر الإيجاب في هذه الحالة موجهاً إلى أشخاص غير محددين، وموجوداً على الموقع الخاص بمالك المنتج أو الخدمة أي الموجب، وشاملاً جميع المعلومات والتفاصيل الدقيقة عن السلعة المعروضة، وذلك من خلال وضع صور ثلاثية الأبعاد تعبر بكيفية واضحة عن المنتج، يستطيع من خلالها المتعاقد الآخر اتخاذ قرار بإبرام العقد من عدمه، ومتضمناً تحديد نوع هذا المنتج وسعره.

وقد يصدر العرض من الفرد وليس عن الموقع، كما لو قام هذا الأخير بالإعلان عن دعوة للتفاوض قصد شراء سلع أو خدمات، فيقوم المتصفح للموقع بإصدار إيجاب منه، يتوفر على كافة الشروط، ويبقى للموقع الخيار في قبول العرض أو في رفضه.

(١٣) أسامة مجاهد أبو الحسن: التعاقد عبر الإنترنت، ط. ١، ٢٠٠٢، مصر، دار الكتب القانونية، ص: ٧٠.

(١٤) بشار المومني طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، ط. ١، ٢٠٠٤، الأردن، مطبعة عالم الكتب الحديث للنشر

ج-الإيجاب بواسطة المحادثة المباشرة والمشاهدة عبر الإنترنت (١٥)

يستطيع الموجب توجيه عرضه إلى الموجب له عن طريق المحادثة المباشرة والمشاهدة إذ يبرم العقد في هذه الفرضية بمجرد تعبير الموجب له عن قبوله.

وقد يقتصر التعاقد عبر الإنترنت على استخدام الكلام فقط دون المشاهدة، وفي هذه الحالة فإنه يقترب من التعاقد عن طريق الهاتف.

المطلب الثاني: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وحالات سقوطه

يقتضي تحديد القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني (الفقرة الأولى) وبيان حالات سقوطه (الفقرة الثانية) ضرورة الرجوع إلى القانون المنظم للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية، وتطبيق أحكامه على الإيجاب الإلكتروني.

الفقرة الأولى: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني

عالج المشرع المغربي القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني في الفقرة ٢ من الفصل ٤-65 من قانون ٥٣-٠٥ التي جاء فيها:

(١٥) شحاتة شلقامي: التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية. القاهرة. الناشر دار النهضة العربية. ص: ١٠٣.

"دون الإخلال بشروط الصحة المنصوص عليها في العرض، فإن صاحب العرض يظل ملزما به سواء طيلة المدة المحددة في العرض المذكور أو إن تعذر ذلك، طالما ظل ولوج العرض متيسرا بطريقة إلكترونية نتيجة فعله".

يتضح من خلال هذا النص أن المشرع المغربي اعتبر الإيجاب الإلكتروني ملزما في حالتين:

الحالة الأولى: اقتران الإيجاب بأجل للقبول:

يتعين على الموجب الالتزام بعرضه إلى غاية المدة المحددة لمعرفة إرادة الموجه إليه الإيجاب بالقبول أو الرفض.

الحالة الثانية: بقاء الإيجاب متاحا بوسيلة إلكترونية.

يظل الموجب ملتزما بالبقاء على إيجابه طالما ظل الولوج إلى العرض متاحا بوسيلة إلكترونية.

الفقرة الثانية: حالات سقوط الإيجاب الإلكتروني

يسقط الإيجاب طبقا للقواعد العامة في الحالات الآتية:

- انتهاء المدة المحددة للقبول؛ وذلك طبقا لمقتضيات الفصل ٢٩ من قانون الالتزامات والعقود الذي

جاء فيه:

"من تقدم بإيجاب مع تحديد أجل للقبول، بقي ملتزماً تجاه الطرف الآخر إلى انصرام هذا الأجل. ويتحلل من إيجابه إذا لم يصله رد بالقبول خلال الأجل المحدد "

- موت الموجب أو فقدان أهليته أو نقصانها واتصال ذلك بعلم من وجه إليه الإيجاب قبل قبوله، وذلك حسب الفصل ٣١ من ق.ل.ع، الذي ينص على ما يلي:

"موت الموجب أو نقص أهليته، إذا طرأ بعد إرسال إيجابه، لا يحول دون إتمام العقد إن كان من وجه إليه الإيجاب قد قبله قبل علمه بموت الموجب أو بفقد أهليته".

- الرفض الصريح أو الضمني ممن وجه إليه الإيجاب ولو لم تنته المدة التي يكون فيها ملزماً، كما لو كان القبول إيجاباً جديداً أو رفضاً مجرداً، وذلك حسب الفصل ٢٧ من ق.ل.ع الذي ينص على ما يلي:

"الرد المعلق على شرط أو المتضمن لقيود يعتبر بمثابة رفض للإيجاب يتضمن إيجاباً جديداً".

ولكن هل هذه الحالات المذكورة تؤدي إلى سقوط الإيجاب الإلكتروني؟

نعتقد أنه بالنسبة لحالة سقوط الإيجاب بانتهاء أجل القبول ليس هناك فرق بين الإيجاب التقليدي والإيجاب الإلكتروني، فكلاهما يسقط بانتهاء المدة المحددة للقبول. أما بالنسبة لحالة وفاة الموجب أو فقدان أهليته أو نقصانها وخبر بذلك الموجب له قبل التعبير عن قبوله، فإنها تؤدي كذلك إلى سقوط الإيجاب الإلكتروني، لأن المشرع المغربي عند تنظيمه أحكام العقد الإلكتروني لم يستبعد تطبيق مقتضيات الفصل 31

من ق.ل.ع على الإيجاب الإلكتروني، وذلك حسب ما يتضح من خلال الفصل ٢-٦٥ من قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

وأما بالنسبة لحالة رفض الموجب له عرض الموجب فإن القانون رقم ٥٣-٠٥ استثنى تطبيق الفصل 27 من ق.ل.ع على الإيجاب الإلكتروني وذلك حسب الفصل ٢-٦٥ من قانون التبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية.

غير أن التساؤل يطرح في حالة اختفاء الإيجاب لأسباب ناتجة عن خلل في شبكة الإنترنت أو في جهاز حاسب المستخدم، فهل يؤدي ذلك إلى سقوط الإيجاب؟

يعتبر اختفاء الإيجاب في هذه الحالة ناتجا عن خلل في وسائل معالجة البيانات التي يتم من خلالها إرسال الإيجاب فلا علاقة للموجب بها، ولا تمنع من بقاء الإيجاب وترتيب أثره القانوني^(١٦).

المبحث الثاني: القبول في العقد الإلكتروني

لا يكفي الإيجاب الإلكتروني لإتمام العقد، بل يجب أن يعقبه قبول إلكتروني مطابقا له من الموجب.

ويقصد بالقبول عموما "التعبير عن إرادة من وجه الإيجاب إليه وبتوافقه مع الإيجاب يقوم العقد"^(١٧).

(١٦) محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص: ٦٣.

(١٧) المختار ابن أحمد عطار، مرجع سابق، ص: ٩٥.

وينطبق هذا التعريف على القبول في العقد الإلكتروني، وإن كان هذا الأخير له مميزات تابعة من كونه يتم عن بعد بوسائل إلكترونية.

ونظرا لهذه الاعتبارات فإن القبول الإلكتروني يتم صراحة بواسطة أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، فلا يمكنها إطلاقا استنتاج إرادة المتعاقدين^(١٨).

وقد نظم المشرع المغربي أحكام القبول الإلكتروني في الفصل ٥-65 من القانون المنظم للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانوني الذي نص على ما يلي:

" يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه قد تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

يجب على صاحب العرض الإشعار بطريقة إلكترونية، ودون تأخير غير مبرر، بتسلمه قبول العرض الموجه إليه.

يصبح المرسل إليه فور تسلم العرض ملزما به بشكل لا رجعة فيه.

(١٨) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص: ٢٣.

يعتبر قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسلم متوصلا بها إذا كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها".

ويحق للموجب له بعد اطلاعه علي الإيجاب، التعبير عن إرادته بقبول العرض (المطلب الأول). ويترتب علي القبول قيام العقد الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: شروط القبول وطرقه

يجوز للموجه إليه الإيجاب التعبير عن إرادته بالقبول، ولكن ينبغي أن يتوفر هذا الأخير علي شروط معينة (الفقرة الأولى) وأن يتم بوسائل لا تدع مجالاً للشك في دلالتها على التراضي (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: شروط القبول

يلزم في القبول، أن يصدر في وقت يكون فيه الإيجاب قائماً^(١٩)، فلو قام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو بإعطاء إشارة على مغادرته موقع الموجب الذي تجري من خلاله المحادثة مثلاً أثناء تبادل الإيجاب فإن مجلس العقد ينفذ، ويعتبر الإيجاب كأن لم يكن. وينطبق نفس الحكم في حالة صدور القبول بعد انتهاء مدة الإيجاب.

(١٩) المختار ابن أحمد عطار: مرجع سابق، ص: ٩٨.

ولذلك ينبغي تطابق القبول للإيجاب، أي أن يصدر القبول بالموافقة على المسائل الجوهرية المضمنة في الإيجاب، إذ لا يلزم أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في كافة عناصره، وذلك طبقا لمقتضيات القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود، وخاصة الفقرة ١ من الفصل ١٩ منه والتي جاء فيها:

" لا يتم الاتفاق إلا بتراضي الطرفين على العناصر الأساسية للالتزام وعلى باقي الشروط الأخرى التي يعتبرها الطرفان أساسية".

أما إذا تضمن القبول زيادة أو نقصانا أو تعديلا للإيجاب فإن العقد لا يقوم، وهكذا فلو وجه الموجب له عبر البريد الإلكتروني رسالة تتضمن إنقاص ثمن السلعة فإن ذلك يعتبر رفضا، يتطلب إيجابا جديدا.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالات لا يمكن تصورها في التعاقد عبر شبكة المواقع " الويب " لأن التعبير عن إرادة الموجب له لا يخرج عن فرضيتين إما أن يقبل الإيجاب عن طريق الضغط على الجهة المختصة للموافقة أو الرفض بعدم الضغط وبالتالي الخروج من الموقع.

وأما إرجاء الاتفاق على العناصر التفصيلية، فإنه لا يؤثر على التعاقد، وتبقى هذه المسألة في حالة وقوع نزاع خاضعة للسلطة التقديرية للمحكمة (٢٠).

وإذا كان السكوت يصلح للتعبير عن القبول التقليدي في بعض الحالات طبقا للقواعد العامة، فهل يعتد به في القبول الإلكتروني؟

(٢٠) المختار ابن أحمد عطار: مرجع سابق، ص: ٩٩.

يقتضي الجواب على هذا التساؤل ضرورة الرجوع إلى الأحكام المنظمة لإبرام العقد الإلكتروني وخاصة

الفصل ٢-٦٥ الذي جاء فيه:

" لا تسري أحكام الفصول من 23 إلى 30 والفصل 32 أعلاه على هذا الباب "

يتضح من خلال هذا الفصل أن المشرع المغربي استبعد صراحة تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في

الفصول المذكورة ومن ضمنها الفصل 25 من ق. ل. ع الذي يعتبر فيه السكوت عن الرد بمثابة قبول في

حالات محددة (٢١).

وبالتالي لا يصلح السكوت للدلالة على الرضا والقبول في العقد الإلكتروني.

الفقرة الثانية: طرق القبول الإلكتروني

تتميز طرق القبول الإلكتروني بتعددتها فقد يتم بالكتابة الدالة على الموافقة أو باستخدام التوقيع الإلكتروني

أو عن طريق اللفظ عبر غرف المحادثة المباشرة بين الأشخاص (٢٢)، أو مباشرة من خلال الضغط في الخانة

المخصصة للقبول على جهاز الحاسب الآلي.

(٢١) نشير إلى أنه حسب الفصل ٢٥ من ق.ل.ع: يعتبر السكوت بمثابة رد في حالة تعلق الإيجاب بمعاملات سابقة بين الطرفين، أو إذا

تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه، أو إذا جرى العرف التجاري على اعتبار السكوت قبولا.

(٢٢) خالد إبراهيم ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط. ١، ٢٠٠٨، الإسكندرية، مطبعة دار الفكر الجامعي، ص:

غير أن المشرع المغربي فرض ضرورة تأكيد القبول في الفقرة الأولى من الفصل ٥-٥٦ من قانون ٥٣-٠٥ وحسنا فعل لأن تأكيد القبول من شأنه حماية المستهلك أو المتعاقد إلكترونيا من احتمال الضغط بالقبول سهواً أو خطأً أو دون إدراك منه.

كما أن اشتراط تأكيد القبول ينم عن رغبة المشرع في منح القابل فرصة التروي أثناء التعبير عن إرادته والتيقن من تصميمه علي القبول ورغبته في إبرام العقد الإلكتروني.

المطلب الثاني: خصائص القبول وأثره

يتميز القبول الإلكتروني باقترابه من الإذعان، ذلك أن العقد الإلكتروني، وبصفة خاصة العقد المبرم عن طريق الإنترنت، أو ما يسمى التعاقد عل الخط، غالبا ما يكون عقدا نمطيا، إذ توضع شروطه مسبقا من قبل الموجب. فلا يخول للموجب له أو المستهلك مجالا لمناقشة هذه الشروط والتفاوض بشأنها. أما العقد المبرم عن طريق البريد الإلكتروني فهو من عقود المساومة بحسب الأصل^(٢٣).

ويترتب علي القبول انعقاد العقد الإلكتروني بمجرد توصل الموجب بتأكيد قبول العرض وإشعاره القابل بتسلم القبول.

(٢٣) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: مرجع سابق، ص: ٢٤-٢٥.

وكما سبقت الإشارة فإن للقابل الحق في العدول عن قبوله ودون مبرر داخل أجل سبعة أيام ابتداء من تاريخ تسلم السلعة أو قبول العرض، وذلك استنادا إلى مقتضيات المادة ٣٠ من مشروع القانون رقم ٠٨ - ٣١ المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلكين.

غير أن ترتيب القبول لأثره أي إبرام عقد إلكتروني صحيح، يقتضي أن تكون إرادة القابل سليمة، وبعبارة أخرى أن تصدر من شخص أهل لمباشرة التصرفات القانونية، وخالية من عيوب الرضى (٢٤).

إلا أن التساؤل يطرح حول كيفية التأكد من أهلية المتعاقد وسلامة رضاه في ظل العقد الإلكتروني.

بالنسب للتأكد من أهلية المتعاقد، يمكن التحقق من توفرها اعتمادا على بطاقات الائتمان، وإلزام القابل بتسجيل بيانات معينة تكشف عن هويته مثل اسم المستخدم وكلمة الدخول.

أما بالنسبة للتحقق من خلو إرادة المتعاقد من عيوب الرضى، فإن الإشكال لا يطرح إلا في حالة وقوع غلط في شخصية المتعاقد متى كانت هذه الأخيرة محل اعتبار، أي عندما يشكل شخص المتعاقد عنصرا جوهريا في إبرام العقد. إذ يمكن في هذه الحالة التحقق من شخصية المتعاقد عن طريق الإنترنت استنادا على البيانات التي يقدمها، وكذلك الشهادات الإلكترونية المسلمة من طرف الأشخاص المؤهلين لتقديم خدمات المصادقة الإلكترونية.

(٢٤) المختار ابن أحمد عطار: مرجع سابق، ص: ١١٠ وما بعدها.

وأيضاً لا يثار الإشكال حول سلامة إرادة المتعاقد إلا إذا انصب الغلط على صفة جوهرية في الشيء محل التعاقد، ورغم ذلك يمكن التغلب على هذا النوع من الغلط نسبياً عن طريق بعض التقنيات مثل التصوير بأجهزة ثلاثية الأبعاد، أو عرض الملابس بمقاسات مختلفة من خلال عارضي الأزياء.

ونظراً لأن القابل يستطيع العدول عن قبوله طبقاً لمقتضيات مشروع القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلكين، فإن ذلك يجعله في غنى عن الدفع بالغلط للتخلص من العقد.

إلا أن ممارسة القابل لحق العدول يبقى معلقاً إلى حين صدور القانون رقم ٠٨-٣١ المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلكين، ودخوله حيز التنفيذ.

الخاتمة:

يشكل التعاقد الإلكتروني ثورة في مجال التعاقد عن بعد، ورغم التسهيلات التي يقدمها لأطراف العقد، فإنه ينطوي على مجموعة من المخاطر. تتجلى في مدى نسبة الإيجاب والقبول لأصحابها الحقيقيين، وكذلك إمكانية استغلال أحد طرفي العلاقة العقدية لمركزه القوي. لذلك ندعو المشرع المغربي إلى التدخل لحماية الطرف الضعيف في العقد الإلكتروني، أي المستهلك، وذلك بالمصادقة على مشروع القانون المتعلق بتحديد تدابير لحماية المستهلكين مع وضع قواعد خاصة بالتجارة الإلكترونية لمواجهة الإشكالات والنزاعات التي سيفرزها التعاقد الإلكتروني مستقبلاً.

لائحة المراجع:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل: إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، الكويت.
- أحمد خالد العجلوني: التعاقد عن طريق الإنترنت: دراسة مقارنة، ط. ١، ٢٠٠٤، عمان، مطبعة الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع ودار الثقافة للنشر والتوزيع.
- أسامة مجاهد أبو الحسن: التعاقد عبر الإنترنت، ط 1، 2002، مصر، دار الكتب القانونية.
- المختار ابن أحمد عطار: الوسيط في القانون المدني، ج.١، مصادر الالتزامات، ط.١، ٢٠٠٢، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء.
- بشار المومني طلال: مشكلات التعاقد عبر الإنترنت: دراسة مقارنة، ط.١، ٢٠٠٤، الأردن، مطبعة عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع.
- شحاتة شلقامي: التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية. القاهرة. الناشر دار النهضة العربية.
- جابر عبد الهادي سالم الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، ٢٠٠١، الإسكندرية، مطبعة دار الجامعي الجديدة للنشر.
- خالد إبراهيم ممدوح: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط.١، ٢٠٠٦، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي.
- خالد إبراهيم ممدوح: التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط. ١، 2008، الإسكندرية، مطبعة دار الفكر الجامعي.

- فيصل سعيد الغريب: التوقيع الإلكتروني وحججه في الإثبات، ٢٠٠٥، دار الكتب المصرية.
- محمد فواز المطالقة: الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، ط.١، ٢٠٠٦، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع.
- منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات، دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقوانين المدنية الوضعية، ج: ١، مصادر الالتزام، ط.٢، ١٩٩٢، عمان.
- نادر جمال: أساسيات ومفاهيم التجارة الإلكترونية، ط.١، ٢٠٠٥، الأردن، دار الإسراء للنشر والتوزيع.
- C. Bernault: Directive: Commerce électrique, les communications commerciales sur Internet, juin, 2001.
- Iteau : Internet et le droit: aspect juridique du commerce électronique, Ed. Eyrolles, 1998.
- Maurelle Isabelle CAHEN: LA formation des contrats de commerce, Septembre, Juris com. Net, Revue du droit des technologies de l'information, 1999.
- Mechel Vivant: Commerce électronique: un premier contrat type, Cahier Lamy, droit de l'informatique, 1988.