This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني

د. عقيل فاضل محمد الدهان

كلية القانون/ جامعة البصرة

الخلاصة:

اثار ظهور العقد الالكتروني العديد من التساؤلات حول مدى ملائمة هذا العقد مع الاحكام الراسخة لنظرية العقد في القانون المدني.

وقد عملنا من خلال هذا البحث بالاجابة على التساؤل عن الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني عن طريق الانترنيت.

ان سبب مثل هذا التساؤل هو ان مجلس العقد فكرة اسلامية وله شروطاً واحكاماً وانواعاً معينة والامر يستلزم تحديد الموضع الذي يمكن ان يحتله مجلس العقد

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

وبيان شروطه في مبحث اول ثم عملنا في المبحث الثاني على عرض ومناقشة اراء الفقه القانوني بشأن تلك الطبيعة مع بيان نوعي مجلس العقد لتتضح الفكرة اكثر، وفي المبحث الثالث والاخير عملنا على تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني اخذين بنظر الاعتبار الواسطة الالكترونية المستخدمة لابرام العقد الالكتروني.

فهذا المجلس هو مجلس عقد حكمي بين غائبين عند استخدام البريد الالكتروني (e-mial) مع عدم التواصل الاني بين الطرفين، وهو مجلس عقد مختلط بين حاضرين بالنسبة للزمان وبين غابين بالنسبة للمكان عند التعاقد عبر الموقع الالكتروني (web-site) او عبر المحادثة (chat) بالكتابة او بالصوت عبر برنامج (Fax-wire) او بالصوت والكتابة والصورة عبر برنامج (multimedia) فالطبيعة ليست واحدة لكل انواع العقود الالكترونية.

Abstract:

The Legal Nature of Electronic Contract Council

Electronic Contracts has focused upon many questions about the extent of suitability of such this contract to stable provisions of the contract theort in the civil law.

We have dealt with these questions about the natural of the council of electronic contract through internet.

The cause for such question is that the council of the contract is an Islamic idea which has conditions, provisions and contains types. This requires Limitations of the positions occupied by the

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

We tried to make an answer for that through giving an understanding to the electronic contract council indicating its conditions in the first part.

Then, we dealt with demonstrating and discussing the views of the legal theology as to that nature in addition to both types of the contract council for more understanding.

In The Third; the last part, we dealt with the legal nature considering the electronic media used top draw any electronic contract.

The council is a making- decision board of contract between two absents when using the electronic mail without continuing timely and simultaneously between two parties, it is a mixed contracting council between two presents timely and absents in regards to the place through contracting via electronic sites (websites) or chatting by writing or voice using Fax-Wire Program or by voice, writing and Video picture using Multimedia software. Thus, the nature it is not only one for all electronic contracts

المقدمة:

ان ابرام العقود بوسائل الاتصال الحديثة يثير اهتمام رجل القانون ومن اهم تلك العقود واحدثها العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت، حيث ظهر الكثير من النقاش بشأن العديد من المباديء التقليدية الراسخة في القانون المدني والتي اصبحت غير قادرة على تغطية مقتضيات التطور التكنولوجي، لذا احتاج الامر الى اصدار تشريعات جديدة تتلائم مع مرحلة التجارة الالكترونية.

فطرق التعبير عن الارادة اصبحت مختلفة، وكذلك الامر بشأن اقتران الايجاب بالقبول وزمان ومكان انعقاد العقد والوفاء الالكتروني واثار العقد وكيفية تنفيذ

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

مشكلة البحث:

تتمثل المشكلة في ان فكرة مجلس العقد هي فكرة اسلامية ترجع الى الفقه الاسلامي وتبنتها عدد من التشريعات العربية كالقانون المصري والعراقي والاردني وغيرها. وان لمجلس العقد في الفقه الاسلامي شروطا واحكاما من الصعوبة ان تتلاءم مع حداثة نشأة العقد الالكتروني، ومن هنا تثار التساؤلات حول وجود او عدم وجود مجلس للعقد في العقد الالكتروني، ثم ما هو مفهوم هذا المجلس للعقد الالكتروني وما شروطه ؟ والاهم من ذلك كله ماهي طبيعته القانونية هل هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين او مجلس عقد حكمي بين غائبين ؟ حيث يترتب على ذلك كله احكاما هامة في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد ومايتبعه من آثار.

ثم ان هناك وسائط متعددة في التعاقد الالكتروني ذاته، فقد يتم عن طريق البريد الابكتروني (e-mial) او المحادثة (chat) بالكتابة او بالصوت عن طريق برنامج (Fax-wire) او بالصوت والصورة عن طريق برنامج (Multimedia) والتعاقد كذلك عن طريق الموقع الالكتروني (web-site) فهل ان الحكم واحد في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني في كل وسائط التعاقد الالكتروني ؟

منهج البحث:

سنقتصر في هذا البحث على بحث الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني، دون التوسع في آثار هذا المجلس، أي زمان ومكان انعقاد العقد ومايرتبط بذلك من احكام حيث انها تحتاج الى دراسة مستقلة، وبهدف تحديد تلك الطبيعة فانه لابد من البدء بتحديد مفهوم مجلس العقد الا لكتروني وشروطه ومن ثم تبحث طبيعة مجلس العقد الالكتروني مستعينين برأي الفقه في ذلك عن طريق عرض وتحليل اراء الفقه، وقبل ان نحدد طبيعة مجلس العقد الالكتروني فانه لابد من عرض وسائط التعبير عن الارادة في العقد الالكتروني. لذا سنبحث الموضوع في ثلاثة مباحث نخصص الاول منها لمفهوم مجلس العقد الالكتروني. والمبحث الثاني للاراء الفقهية بشأن تحديد

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

طبيعة مجلس العقد الالكتروني. والمبحث الثالث والاخير لتحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني من خلال وسائل التعاقد الالكتروني.

المبحث الاول: مفهوم مجلس العقد الالكتروني:

سنعمل على تحديد مفهوم مجلس العقد الالكتروني من خلال تعريفه اولا ثم نحدد شروط مجلس العقد الالكتروني، مستعينين في كل ذلك بما ورد من تعاريف وشروط لمجلس العقد العادي للتوصل الى تحديد تعريف وشروط مجلس العقد الالكتروني.

المطلب الاول: تعريف مجلس العقد الالكتروني:

ان نظرية مجلس العقد لم تعالج في القوانين الغربية فهي فكرة ترجع في اساسها للفقه الاسلامي، (فلا يطلب من المتعاقد الاخر القبول فورا بل له ان يتدبر بعض الوقت ولكن لايسمح له ان يمعن في تراخيه الى حد الاضرار بالموجب بابقائه معلقا مدة طويلة دون الرد على ايجابه فلابد من الوسط بين الامرين وعلى هذا الاساس قامت فكرة مجلس العقد)[١].

اختلفت اراء الفقهاء المسلمين في تحديد معنى مجلس العقد، فمنهم من يرى ان مجلس العقد هو عبارة عن وحدة مكانية، أي لابد من صدور الايجاب والقبول في مكان واحد[٢].

ومنهم من ذهب الى ان مجلس العقد هو وحدة زمنية، أي الزمن الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالعقد وهو ما اتجه اليه بعض الفقهاء المحدثين اضافة الى القدامى[٣].

اما د. محمد وحيد الدين سوار فيقول في مجلس العقد: ((اختلفت الانظار الفقهية في تصوير مجلس العقد في الفقه الاسلامي ففي حين ان المذهب الحنفي ينظر الى مجلس العقد على انه وحدة مكانية مادية يتجه المذهب المالكي والحنبلي والاباضي الى النظر الى مجلس العقد على انه وحدة معنوية يظل مجلس العقد فيها مادام

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤، ص ٢٧٧.

[٢] د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، نشر معهد البحوث والدراسات، جامعة الدول العربية، ١٩٦٧، ص ٧ ومابعدها.

[٣] السنهوري، المصدر السابق، ص١٣؛ د. شفيق شحاتة، النظرية العامة للالتزامات في الشريعة الاسلامية، ج١، مطبعة الاعتماد، مصر، ص ٢٣٨.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

الطرفان لم ينشغلا بما يقطعه عرفاً هذا وقد بلغ من آمر بعض القائلين بهذا الـ
الاتجاه بانهم جعلوا المجلس قائماً على الغرض من تفرق الابدان عرفاً ولا
الخوض في تفاصيل هذه الاتجاهات الواسعة والمتشعبة في الفقه الاسلامي، ولكن

نقول ان مجلس العقد لايمكن ان يكون المكان فقط فهو الركن المادي لمجلس العقد ولايمكن ان يكون الزمان فقط فهو الركن المعنوي لمجلس العقد وان اهمال احدهما وعدم الاعتراف به يؤدي الى عدم وجود مجلس العقد اصلا)).

اما ماقال بد د. سوار، فهو وان حاول الابتعاد عن الانتقادات الموجهة للاتجاه الاول والثاني، فحاول تعريف مجلس العقد بصيغة اخرى وهو انه وحدة معنوية دون الاشارة الى الزمان والمكان الا ان هذا خلاف ما استقر عليه الفقه الاسلامي والفقه القانوني بشأن، مجلس مجلس العقد[٥]، ثم انه لابد من تحديد وقت بدأ مجلس العقد ووقت انتهائه سواء ادى ذلك الى ابرام العقد او عدم ابرامه[٦].

ويمكن ان نعرف مجلس العقد بانه: ((المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد والذي يبدأ بالايجاب البات وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد)) اما ما يميز العقد الالكتروني فهو ان وسائط التعبير عن الارادة تتمثل بشكل اخر وبصورة الكترونية، سواء كان عن طريق البريد الالكتروني (e-mial) او عن طريق المحادثة (chaat) بصورها المختلفة، او عن طريق المواقع الالكترونية (Website) وهو ماسنفصله لاحقا. ومثل هذه الوسائل الحديثة تختلف بالتأكيد عن الوسائل التقليدية ويختلف تبعاً لذلك طريقة انعقاد العقد وزمان ومكان الانعقاد ومفهوم مجلس العقد اضافة الى آثار العقد.

لذلك يمكن ان نعرف مجلس العقد الالكتروني بانه: ((المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد الكترونيا عبر شبكة الانترنيت والذي يبدأ بالايجاب الالكتروني البات، ايا كانت صورته، وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد)).

---

[٤] د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، مكتبة النهضة المصرية، ص ١٩٦٠، ص ١٣٩.

[٥] د. جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ص ١٢٨؛ وكذلك د. حسن علي الذنون؛ د. محمد سعيد الرحو، النظرية العامة للالتزام، ج١ (مصادر الالتزام)، دار وائل، عمان، ٢٠٠١، ص ٦٦.

[٦] المصدر السابق نفسه، ص ٦٦.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

المطلب الثاني: شروط مجلس العقد الالكتروني:

يمكن من خلال التعريف السابق ان نحدد شروط مجلس العقد الالكتروني وهي هما:

١. اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي.

٢. الانشغال بصيغة التعاقد وعدم الاعراض عنها.

ويقترب مجلس العقد الالكتروني من مجلس العقد العادي وان كان مفهوم المكان يختلف في كلا الحالتين وكذلك الامر بشأن الانشغال بالصيغة وعدم الاعراض عنها:

١. اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي:

من الشروط اللازم توافرها لتكوين مجلس العقد تكوينا فعليا حضور المتعاقدين او احدهما او من ينوب عنهما، مثل الولي والوصي والقيم او من يقوم مقامهما في مكان مجلس العقد، وهذا يرتبط بالركن المكاني لمجلس العقد، وهذا الشرط يجب توافره سواء اكنا بصدد تعاقد يجري بين حاضرين في مجلس عقد حقيقي ام يتم بين غائبين في مجلس حكمي، فالحضور يمكن ان يكون حقيقيا او يكون حكميا بحضور الارادة المتمثلة بالكتابة او الرسول لان حضور هذه الارادة هو بمثابة حضور بالنفس[٧].

اما مجلس العقد الالكتروني فانه، وان كان له طبيعته الخاصة، الا انه لايختلف بشأن هذا الشرط، حيث يشترط اجتماع المتعاقدين في مكان معين او احدهما على الاقل. فعندما. يتم التعاقد عن طريق المحادثة (chat) فان الحضور الافتراضي متحقق في مجلس العقد الالكتروني وهو على شبكة الانترنيت.

ان التعاقد الالكتروني عن طريق الانترنيت بالضرورة يوضح ان المتعاقدين لايجمعهما مكان حقيقي واحد، فهو من حيث التواجد المكاني الحقيقي تعاقد بين غائبين، لكن المشكلة تثور في تحديد طبيعة التعاقد من حيث الزمان واختلاف المعالجات القانونية والفقهية بهذا الشأن عند الكلام عن التعاقد بوسائل الاتصال

---

[٧] د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ١٥٧.

الحديثة كالهاتف وماشابهة فهل ان مثل هذا التعاقد هو بين حاضرين او بين
This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message
هذا ماسنعمل على بحثه في المبحثين الثاني والثالث. المهم انه في حالة اعتبرنا

مجلس العقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين او بين غائبين فانه لابد من حضور احد المتعاقدين، على الاقل، في كل معين للقول بوجود مجلس العقد الالكتروني ومن ثم نفترض ان الاجتماع حاصل مادام التواصل قائم بصيغة معينة بين المتعاقدين سواء اكان العقد تم عن طريق المحادثة او البريد الالكتروني او الموقع الالكتروني.

٢. الانشغال بصيغة التعاقد وعدم الاعراض عنها:

ان بدأ الانشغال بالصيغة هو الذي يبين لنا بداية زمن مجلس العقد، وبذلك فأن هذا الشرط يتعلق بالركن المعنوي لمجلس العقد وهو ركن الزمان وهو لازم كذلك في التعاقد بين حاضرين او في التعاقد بين غائبين.

هناك من يرى من الفقهاء ان مجلس العقد الحقيقي، وهو مجلس التعاقد بين حاضرين يبدأ بصدور الايجاب[٨] في حين يرى البعض الاخر ان مجلس العقد في التعاقد بين حاضرين يبدأ بالعلم بالايجاب وليس بصدور الايجاب[٩].

اما اذا كان التعاقد يجري عن طريق مجلس العقد الحكمي في حال التعاقد بين غائبين فان البعض يرى ان مجلس العقد يبدأ بالعلم بالايجاب[١٠]. والراجح ان مجلس العقد الحقيقي في التعاقد بين حاضرين يبدأ من تاريخ صدور الايجاب البات من احد الطرفين الفى الطرف الاخر، وهذا ما اشرنا اليه صراحة عند تعريفنا لمجلس العقد ومجلس العقد الالكتروني، فما دام الطرف الاخر يسمع الكلام من الاول فلا حاجة الى اشتراط علمه ليبدأ مجلس العقد فهو يعلم بصدور الايجاب من الطرف الاول بالتأكيد فصدور الايجاب يكفي للقول ببدأ الانشغال بالتعاقد وبداية مجلس العقد.

---

[٨] د. السنهوري، الوسيط، ج٢، مصدر سابق، ص ٥٠.

[٩] د. صلاح الدين زكي، تكوين الروابط العقدية فيما بين الغائبين، دار النهضة العربية، ص ٢٤، نقلا عن د. جابر الشافعي، مصدر سابق، ص ١٥٩.

[١٠] د. السنهوري، مصادر الحق، ط٢، مصدر سابق، ص ٥٠؛ د. صلاح الدين زكي، مصدر سابق، نقلا عن الشافعي، مصدر سابق، ص ١٥٩.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

اما في مجلس العقد الحكمي في التعاقد بين غائبين فان بدأ الانشغال بالصيغ [illegible] من تاريخ علم الطرف بالايجاب والاصل لانه تعاقد عن [illegible] مكان واحد، ولكي يصدق وجود مجلس عقد فانه لابد من مشاركة الطرف الاخر في ذلك ويكون ذلك بعلم الطرف الثاني بالايجاب الصادر من الطرف الاول.

ومجلس العقد يستمر مادام الطرفان منشغلين بالتعاقد ولم يعرضا عنه ولو نظرنا الى صيغ التعاقد والتعبير عن الارادة في العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت فانه يمكن تحديد بداية الانشغال بالتعاقد واستمراره على النحو التالي:

١. اذا كان العقد الالكتروني عبر البريد (e-mial) فان كان الاتصال اللحظي متحقق، أي ان الطرف الاخر موجود على النت وقد فتح بريده وينتظر الرسالة، فان الانشغال بالتعاقد يبدأ من وقت صدور الايجاب لان العلم يكون لحظي من الطرف الاخر.

اما اذا كان الامر خلاف ذلك فان الانشغال بالتعاقد يبدأ من وقت علم الطرف الاخر بما وجه اليه من ايجاب وقراءته للرسالة المرسلة اليه.

ويستمر المجلس مادام المتعاقدان منشغلين بالتعاقد ولم يعرض اياً منهما عنه كأن يرسل رسالة يعرب فيها عن عدم رغبته باتمام العقد او ينتهي الانشغال بالتعاقد بسقوط الايجاب بمضي المدة ان كان الموجب حدد مدة للقبول[١١].

اما اذا كان العقد الالكتروني يتم عبر الموقع الالكتروني (website) سواء كان التعاقد يتم عن طريق الضغط على زر الموافقة (ok-box) او عن طريق التنزيل (Download) بحسب طبيعة المنتج المعروض[١٢].

ففان مجلس العقد يبدأ من وقت دخول الراغب في التعاقد الى الموقع الالكتروني حيث ان الايجاب مستمر في العرض وبالشروط نفسها من قبل الموقع الالكتروني ويستمر حتى خروج الموجب له من الموقع.

---

(١١) انظر: (المادة:٨٤) من القانون المدني العراقي.

(١٢) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص ٢٨٦.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

الايجاب حيث ان الطرف الاخر على تواصل ويعلم باللحظة ذاتها بذلك الايجاب.

ويستمر المجلس مادام الانشغال مستمرا الا اذا تم الاعراض عن التعاقد عن طريق قطع الاتصال او التعبير عن الارادة صراحة بعد الرغبة في اتمام العقد او الانشغال بامور اخرى تدل على الاعراض عن العقد.

المبحث الثاني: نوعا مجلس العقد والخلاف حو طبيعة مجلس العقد الالكتروني:

قبل البحث في الاراء الفقهية المختلفة حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني فانه لابد من ان نعرض اولاً نوعي مجلس العقد وموقف القانون المدني العراقي من ذلك لكي نتمكن بعد ذلك من فهم المشكلة وتحديد سبب وطبيعة الاختلاف بين الفقه حول تحديد تلك الطبيعة.

المطلب الاول: مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي وموقف القانون المدني العراقي:

اولاً: مجلس العقد الحقيقي:

الاصل ان يكون مجلس العقد مجلساً حقيقياً، لان الاصل في التعاقد ان يكون بين حاضرين، ومجلس العقد الحقيقي هو الذي يكون فيه المتعاقدان حاضرين معاً وجهاً لوجه.

وان اهم شروط مجلس العقد الحقيقي هي[١٣]:

١. حضور المتعاقدين مجلس العقد حضوراً حقيقياً.
٢. ان يكون صدور الايجاب والعلم به في وقت واحد هو وقت مجلس اتلعقد.
٣. ان يكون صدور الايجاب والعلم به في مكان واحد حيث ان المتعاقدين حاضران معاً.

---

[١٣] انظر للتفصيل: د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٣٨.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

٤. يتم التعبير عن الارادة في مجلس العقد الحقيقي بوسائل تعبير متعددة ظ
بالاشارة والكتابة

ثانياً: مجلس العقد الحكمي:

ويقصد به المجلس الذي يكون فيه احد المتعاقدين غير حاضر وهو ما اصطلح على تسميته بالتعاقد بين غائبين وعادة مايركز على العنصر المكاني لمجلس العقد فكلب عقد لايجتمع فيه المتعاقدين في مكان واحد يكون تعاقداً بين غائبين سواء كان التعاقد يتم بالكتابة او الرسول او ما يشبهها[١٤].

ويشترط في مجلس العقد الحكمي:

١. ان لايجتمع المتعاقدان في مكان واحد.
٢. ان يتم نقل الايجاب الى مجلس العقد الحكمي بوسيلة من الوسائل كالكتاب والرسالة وما شابه ذلك.
٣. يبدأ مجلس العقد لامن حين صدور الايجاب وانما عند علم الموجب له بذلك الايجاب.
٤. ان يوجد هناك فاصل زمني بين صدور الايجاب والعلم به الى حين نقله من الرسول.

ثالثاً: موقف القانون المدني العراقي:

اخذ المشرع العراقي فكرة مجلس العقد عن الفقه الاسلامي، ولكن ما مدى التزام القانون المدني العراقي باحكام مجلس العقد الواردة في ذلك الفقه ؟

نصت المادة (٨٧) من القانون المدني على: ((١. يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول مالم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك. ٢. ويكون مفروضاً ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما)).

---

[١٤] انظر: د. محمود جمال الدين زكي، قانون عقد البيع في القانون المدني، جامعة الكويت، ١٩٧٤-١٩٧٥، ص ٢٤١؛ د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

في حين نصت المادة (٨٨) من القانون المدني على: ((يعتبر التعاقد بالتلفون وما في حكمه بطريقة مماثلة كالتعاقد بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان ويعتبر التعاقد فيما يتعلق بالمكان)).

واضح بان المادة (٨٧) تكلمت عن احكام التعاقد بين غائبين في تحديد ومان ومكان انعقاد العقد الا انها لم تحدد معنى التعاقد بين غائبين وماهو المعيار الذي يمكن اعتماده للقول باننا امام تعاقد بين حاضرين او بين غائبين ؟

اما المادة (٨٨) مدني فقد جعلت من التعاقد عن طريق الهاتف او اية وسيلة مماثلة بمثابة التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وتعاقد بين غائبين من حيث المكان.

ان ظهور وسائل الاتصال الحديثة، والتي لم تكن موجودة في عصر الفقهاء المسلمين، ادت الى صعوبة في تحديد طبيعة العقد الذي يتم فيه التعاقد عن طريق تلك الوسائل. وامام مثل هذا التطور اتجه الفقه القانوني الى الاخذ بمعيار (الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به) كاساس بين ما اذا كان التعاقد بين حاضرين او غائبين.

فيقول العلامة السنهوري: ((وليس الذي يميز مابين الفرضين (أي التعاقد بين حاضرين او بين غائبين) هو ان يجمع المتعاقدين مجلس العقد او لا يجتمعا في مجلس واحد، بل ان المميز هو ان تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، ففي التعاقد بين حاضرين تنمحي هذه الفترة من الزمن ويعلم الموجب بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه، اما في التعاقد بين غائبين فان القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول الى علم الموجب ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به والذي يؤكد ماتقدم اننا نتصور تعاقدا ما بين غائبين لايفصل زمن فيه ما بين صدور القبول والعلم به كالتعاقد بالتليفون وعندئذ تنطبق قواعد التعاقد مابين الحاضرين))[١٥].

فالتعاقد هو اصلا مابين غائبين لايجمعهما مكان واحد ولكن بسبب انتفاء الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به نعتبره تعاقدا مابين حاضرين ومثل هذا التوجه

---

[١٥] د. السنهوري، الوسيط، ج١، مصدر سابق، ص ٢٥٣؛ وانظر في نفس المعنى: د. محمد سعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٢٨.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

المكان[١٦].

ان هذا التوجه يجعل للعقد مجلسين، مجلس من حيث الزمان واخر من حيث المكان، ومن المعروف في الفقه الاسلامي ان للعقد مجلس واحد يقوم على الركنين الزماني والمكاني معاً[١٧].

ومهما كانت الانتقادات التي توجه لموقف القانون المدني العراقي الا انه جعل التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة كالهاتف تعاقداً بين حاضرين الا ما تعلق منها بتحديد الاختصاص المكاني والقانون الواجب التطبيق ومايرتبط بذلك من احكام فانه تعاقد ما بين غائبين أي يتم تحديد مكان انعقاد العقد وفقاً لاحكام المادة (٨٧) من القانون.

المطلب الثاني: الخلاف الفقهي حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني:

اختلفت اتجاهات الفقه القانوني في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني، فهل هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين او مجلس عقد حكمي بين غائبين، او هو خليط بين هذا وذاك ؟ وبالطبع فان تعدد الراء الفقهية في هذا الاطار انما يعكس اهمية الموضوع من ناحية وصعوبة اعطاء الرأي الحاسم بشأنه مع غياب التنظيم التشريعي الواضح من ناحية اخرى وسنعمل على عرض ومناقشة تلك الاتجاهات الفقهية وذلك، تمهيداً لاعطاء الرأي الفصل في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني وذلك في المبحث الثالث والاخير.

اولاً: مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حقيقي بين حاضرين:

ذهب هذا الاتجاه الفقهي الى التركيز في تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني الى الفاصل الزمني بين صدور الارادة والعلم بها دون الاخذ بنظر الاعتبار اختلاف المكان بالنسبة للنتعاقدين وهو متأثر بالطبع بما سبق عرضه من اراء فقهية بهذا

---

[١٦] المادة (٨٨) عراقي تطابق المادة (١٤٠) من المشروع التمهيدي للقانون المدني المصري والتي تم حذفها لوضوح حكمها كما ورد في الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري؛ انظر: مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، مطبعة الكاتب، ص ٥٣.

[١٧] د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٨٤.

الشأن وخاصة العلامة السنهوري والذي اعتبر التعاقد عن طريق الهاتف هو
This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message
وهذا مايحصل في التعاقد الالكتروني عن طريق الانترنيت حيث يكون التعاقد بين

غائبين مكاناً لكنهم حاضرين من حيث الزمان وهو المهم فالعبرة ليس باتحاد مجلس العقد واختلافه بل بتحلل فترة زمنية بين القبول والعلم به[١٨].

بل ان من اصحاب هذا الاتجاه من ذهب الى ابعد من ذلك فجعل المخاطبة الهاتفية المرئية عند (chat) هي تعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً (حيث ان الصورة التي تظهر للمتعاقدين تعد بمثابة التعاقد بين حاضرين زماناً ومكاناً ذلك ان الشخص الذي طلب التعاقد يكون قد انتقل حكماً الى المكان الذي يقيم فيه المتعاقد الاخر لاجراء التصرف القانوني المطلوب)[١٩].

وبالتالي فان أي واسطة الكترونية تحقق الاتصال المباشر يجعل من المتعاقد تعاقداً بين حاضرين ونطبق عليه احكام التعاقد بين حاضرين.

ان هذا الاتجاه وان كان يساير مقتضيات العصر ويعمل على تحديد طبيعة مجلس العقد على اساس الزمان وليس المكان ويسهل ابرام العقود الالكترونية كما لو كان التعاقد بين شخصين في المكان ذاته. الا انه يبقى غير ملائم لاحكام مجلس العقد المعروفة في الفقه الاسلامي والتي تجعل من حالة عدم اجتماع طرفي العقد في مكان واحد تعاقداً بين غائبين. ومن جانب اخر لايمكن اهمال الفاصل المكاني بين المتعاقدين والاكتفاء بالعنصر الزماني والا فكيف يتم تحديد مكان العقد دون اللجوء الى احكام مجلس العقد الحكمي خاصة وان تحديد مكان انعقاد العقد يثير العديد من الاشكالات والاحكام التي لابد من بيانها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد من حيث الشكل والموضوع وغيرها.

ثانياً: مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حكمي بين غائبين:

---

[١٨] سمير عبد السميع لاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٦٣؛ د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، مصدر سابق، ص ٢٩١.

[١٩] د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني، دار الثقافة للنشر، الاردن، ١٩٩٧، نقلاً عن د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ٢٨١، ؛ د. محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دار الثقافة، عمان، ١٩٩٩، ص ٥٦.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

او الرسول او التليفون او الفاكس وما شابه كل ذلك، ومن ثم فان مجلس العقد في حالة التعاقد عن طريق شبكة الانترنيت يعد مجلس عقد حكمي تسري عليه احكام مجلس العقد الحكمي بين غائبين وان نقل الشبكة الالكترونية للايجاب باي طريق من الطرق السالفة الذكر ما هو الا نقل عن طريق وسيلة كالرسول او الكتاب كل ماهنالك ان النقل هنا يتم عن طريق آلة الكترونية[٢٠].

ان سبب القول بهذا الرأي هو التمسك بالمفهوم التقليدي لمجلس العقد في الفقه الاسلامي وان المتعاقدين ماداما في مكانين مختلفين فان التعاقد يتم بين غائبين حتى ولو كان هناك كتابة او سماع اتو مشاهدة انية بين الطرفين وهذا الاتجاه لايقر بفكرة مجلس العقد المختلط حقيقي من حيث الزمان وحكمي من حيث المكان لان هذه الفكرة غريبة عن الفقه الاسلامي.

ان هذا الاتجاه وان كان يتمسك بالمفهوم التقليدي لمجلس العقد في الفقه الاسلامي الا انه لايساير التطور الحاصل في وسائل الاتصال وطرق التعغبير عن الارادة في العقود والتي تبرم عن بعد عن طريق تلك الوسائل ومايرتبط مع ذلك من سرعة انجاز العقود والمعاملات. ثم انه لايمكن الاخذ بهذا الاتجاه بموجب احكام القانون المدني العراقي والذي جعل التعاقد عن طريق التليفون ووسائل الاتصال الحديثة الاخرى تعاقداً مختلطاً بين حاضرين وغائبين.

ثم ان وسائل الاتصال الحديثة كالانترنيت بالتأكيد ليست كالرسول في الفقه الاسلامي الذي كان يحتاج الى وقت طويل لنقل الرسالة اما في وسائل الا تصال الحديثة فان الاتصال لحظي وليس للزمن أي دور في مثل هذه العقود فالفارق واضح بين الاثنين.

ثالثاً: مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد مختلط:

---

[٢٠] محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنيت، الدار العلمية، عمان، ٢٠٠٢، ص ٥٣؛ د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٩٨.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

تبنتها بعض التشريعات العربية كالقانون المدني الاردني في المادة (١٠٢) والقانون المدني العراقي في الماد (٨٨)[٢١].

ان سبب تبني مثل هذه الفكرة الغريبة عن قواعد مجلس العقد في الفقه الاسلامي، هو صعوبة التوفيق بين الاتصال الزمني المباشر والتباعد المكاني فلا يمكن وضع هذا النوع من العقد ضمن العقد بين حاضرين، فالمكان متباعد بين المتعاقدين، ولاضمن التعاقد بين غائبين حيث ان التواصل الزمني اني ومباشر فاتخذ مثل هذا الحل الوسط.

وقد انتقد بعض الفقه هذا التوجه لانه يؤدي الى الخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، كما انه لايوجد في الفقه الاسلامي مايعرف (بمجلس العقد المحتلط) أي مختلط من مجلس عقد حقيقي ومجلس عقد حكمي فالمجلس اما ان يكون حقيقياً واما ان يكون حكمياً والذي يحدث عندما يكون احد المتعاقدين غير موجود بالمجلس، وان هذا الكلام يؤدي الى تجزئة مجلس العقد عبر طريق تجزئة اركانه[٢٢]. أي يكون مجلس العقد يخضع في شق الزمان لاحكام مجلس العقد الحقيقي ولتحديد المكان يخضع لمجلس العقد الحكمي مع صعوبة التوفيق بين احكام المجلسين حسبما هو وارد في الفقه الاسلامي من شروط سبق بيانها.

رابعاً: مجلس العقد الالكتروني مجلس عقد حكمي ذو طبيعة خاصة:

ذهب البعض الى القول بان مجلس العقد الالكتروني الذي يتم عبر الانترنيت هو تعاقد بين غائبين، شأنه في ذلك شأن التعاقد عن طريق التليفون ولكن يكون له طبيعة خاصة[٢٣].

---

(21) نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، عمان، ٢٠٠٥، ص٦٢.
(22) د. جابر الشافعي، مجلس العقد، مصدر سابق، ص ٢٩٦- ٢٩٧.
(٢٣) د. فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية (دراسة تطبيقية لعقود الانترنيت)، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٣، ص ٦٥.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن فلايمكن وصف العقد بالتعاقد بين غائبين والذي يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معاً في حين ان هذا التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الالكتروني فهو إذاً تعاقد بين غائبين ذو طبيعة خاصة[٢٤].

في الحقيقة من المعروف ان اعطاء عبارة (الطبيعة الخاصة) لكل حالة يتم التهرب فيها من اعطاء الوصف القانوني الدقيق للمسألة المعروضة للنقاش، فا كان مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حكمي بين غائبين ذو طبيعة خاصة، فهو ليس مجلس عقد بين غائبين فما هو إذاً ؟ لابد من اعطاء الوصف الدقيق لكل حالة وبحسب وسيلة التعبير عن الارادة الالكترونية دون ترك الامر والتهرب منه باعطاء وصف ذو الطبيعة الخاصة.

خامساً: نفي وجود مجلس العقد الالكتروني:

ان كان وجود مجلس العقد من الامور المسلم بها قبل انتشار الوسائط الالكترونية الحديثة فانه محل شك في الوقت الحاضر، فبعد انتشار تلك الوسائط وتنوعها ايضا بات من الطبيعي ان يتم انعقاد العقد من دون وجود ما كان يسمى بمجلس انعقاد العقد[٢٥].

حيث ان التعاقد الالكتروني الحديث الذي يتم عبر شبكة الانترنيت لايوجد له مايسمى بمجلس انعقاد العقد على اعتبار ان التعاقد بالطريقة القديمة له اركان لابد من توافرها على العكس من التعاقد الالكتروني الذي ليس من ضمن شروطه توافر تلك الاركان ومن ضمنها انعقاد مجلس العقد[٢٦].

---

[٢٤] د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ٢٩١.

[٢٥] منير محمد الجنبيهي؛ ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ص ١٥٥.

[٢٦] منير الجنبيهي؛ ممدوح الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ١٥٦.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

فالحل بالطبع لايكمن في نفي وجود مجلس العقد، حيث ان فكرة مجلس العقد موجودة وراسخة في العديد من التشريعات العربية كالقوانين المدنية (المصري والعراقي والاردني) فلا يمكن نفي وجود مجلس العقد والا فاي قانون يمكن ان نطبقه على مثل تلك العقود خاصة مع عدم صدور تشريعات خاصة بالتجارة الالكترونية في العديد من الدول كالعراق مثلا ؟

ان الحل بالتأكيد يكمن في الابقاء على فكرة مجلس العقد واعطاء مجلس العقد الالكتروني الوصف القانوني الصحيح وبما يتلائم مع القانون المدني من جهة ووسائط الاتصال الالكترونية الحديثة من جهة اخرى وهذا ماسنعمل على بحثه في المبحث الاخير.

المبحث الثالث: تحديد طبيعة مجلس العقد الالكتروني بحسب وسائط التعاقد الالكتروني:

لم يضع المشرع العراقي قانوناً خاصاً بالتجارة الا لكترونية لحد الان على الرغم من انتشار الانترنيت في العراق وبشكلٍ واسع، الا ان العقود الالكترونية تحتاج الى وسائل معينة غير متوفرة في العراق او محدودة كالسداد الالكتروني عن طريق بطاقات الائتمان وهي محدودة الانتشار في العراق في الوقت الحاضر وامام عدم وجود تشريع خاص بالتجارة الالكترونية، كما هو الحال في العديد من الدول العربية[٢٧]، فان مرجعنا الوحيد في تنظيم مثل تلك العقود هو القانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ وبالذات نص المادة (٨٨) منه السالفة الذكر. فنشير اولاً الى ان التليفون الذي جاء في المادة اعلاه انما جاء على سبيل المثال لذلك اردف المشرع

---

[٢٧] كقانون المبادلات الالكترونية التونسي رقم (٨٣) لسنة ٢٠٠٠، وقانون المعاملات الالكترونية الاردني رقم (٨٥) لسنة ٢٠٠١، وقانون امارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم (٢) لسنة ٢٠٠٢، وقانون مملكة البحرين للمعاملات الالكترونية لسنة ٢٠٠٢، وقانون التوقيع الالكتروني المصري رقم (١٥) لسنة ٢٠٠٤.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

القول بعبارة (او بأية طريقة مماثلة) وبالطبع فانه عند تشريع القانون المدني
ان مثل هذا النص حدى بالفقه الى القول بان التعاقد عن طريق الانترنيت لايختلف

عن التعاقد بالتليفون فهو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان[٢٨].

وعلى الرغم من الانتقادات التي عرضناها سابقاً لهذا النوع من التوجه في انه يخلط بين نوعي مجلس العقد، الحقيقي والكمي، وان هذا يتعارض مع فكرة مجلس العقد في الفقه الاسلامي. الا ان هذا الحكم في تحديد طبيعة مجلس العقد الا لكتروني هو الاقرب الى الصحة مع التطور الحاصل في الاتصالات الالكترونية ومع امكانية التواصل المباشر بالصوت والصورة بين الاطراف الراغبة في التعاقد.

فمثل هذا التحديد انما ظهر منذ الاربعينيات لمعالجة الاتصال المباشر بالهاتف وامكانية موائمته مع فكرة مجلس العقد لذا خلصت لجنة التشريع للقانون المدني العراقي الى هذا الرأي والذي ينطبق بالتأكيد على التعاقد الالكتروني مع بعض الخصوصية التي سنلاحظها لاحقاً بحسب الواسطة المستخدمة في التعبير عن الارادة الكترونياً فالامر ليس على اطلاقه حيث يمكن ان يكون مجلس العقد الالكتروني مجلساً حكمياً للتعاقد بين غائبين ويمكن ان يكون في حالات اخرى هو الغالب، مجلس عقد مختلط حقيقي وحكمي وحسب الآتي:

١. التعاقد عن طريق البريد الالكتروني (e-mial):

يمثل البريد الالكتروني جانباً مهماً في ارسال الرسائل المتبادلة على الانترنيت فهو غالباً مايستخدم لنقل الملفات والنقل الآلي لمختلف انتواع العمليات ومن ثم فان الايجاب والقبول يمكن ان يكون الكترونياً عن طريق ارسال الرسائل عبر البريد الالكتروني[٢٩]

---

[٢٨] نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، مصدر سابق، ص ٦٢؛ د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ٢٨٩.

[٢٩] د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٦٧ ومابعدها.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

للمرسل او للمستهلك وفي هذه الحالة قد تتحقق فروض معينة تجعل مجلس العقد الالكتروني مجلساً للتعاقد بين غائبين.

فعند ارسال الرسالة الالكترونية من القابل الى الموجب مثلاً فانه لايشترط ان يكون الموجب موجوداً عند جهاز الكومبيوتر وانه قام بفتح بريده الالكتروني وينتظر الجواب، حيث قد تصل الرسالة الى الموجب دون ان يطلع عليها لعدة ساعات او ايام وفي هذه الحالة بالتاكيد نحن امام تعاقد بين غائبين حيث ان المكان متباعد بين الموجب والقابل والزمان غير لحظي، حيث فصلت فترة زمنية بين صدور الارادة والعلم بها، وبالتالي فشبكة الانترنيت قامت بدور البريد العادي في نقل الرسالة وبدور الرسول في الفقه الاسلامي ومع اختلاف المكان وعدم لحظية الزمان لانكون امام تعاقد بين غائبين ومجلس عقد حكمي.

ثم ان الوسيط، وهي شبكة الانترنيت، قد لايتمكن من نقل الارادة بسبب عطل آلي ومن ثم فلا يستقبل احد الطرفين ارادة الطرف الاخر، فلا يمكن الحديث هنا عن تواصل زماني في مجلس العقد فصيغة مجلس العقد الحكمي واردة في مثل هذه الصور.

٢. التعاقد عن طريق المحادثة (Chat):

يستطيع مستخدم الانترنيت عبر برنامج (Internet Relat Chat) التحدث مع شخص اخر في وقت واحد عن طريق الكتابة حيث تنقسم الشاشة الى جزأين، جزء للارسال واخر للاستقبال وتحقق هذه الوسيلة التعاصر الزمني لتبادل الافكار بين الطرفين[٣٠].

وقد تتحقق المحادثة عن طريق الصوت عن طريق برنامج (Fax-wire) ان كان المتعاقدين قد وفرا وسيلة الاتصال وهي الميكروفون مع جهاز الكومبيوتر حيث تقوم المحادثة الصوتية بنفس دور الهاتف الاعتيادي، او قد تكون المحادثة

---

[٣٠] د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ١٣٢.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

ويشاهد صورته بصورة مباشرة[٣١].

ان مجلس العقد في مثل هذه الحالة هو مجلس عقد مختلط فهو حقيقي من حيث الزمان، اذ لايوجد فارق زمني بين صدور الارادة والعلم بها، وهو مجلس عقد حكمي بالنسبة للمكان فالمتعاقدين لايجمعهما مكان واحد وهذا التباعد المكاني لايمكن انكاره. ومن ثم فاذا اردنا تحديد زمان انعقاد العقد فاننا نكون امام تعاقد بين حاضرين واذا اردنا تحديد مكان انعقاد العقد كنا امام تعاقد بين غائبين وذلك حسب نص المادة (٨٨) من القانون المدني العراقي التي تحدثت عن التعاقد بالتليفون واية وسيلة مماثلة والتعاقد عن طريق المحادثة لاتختلف عن الهاتف الا من حيث تطور طريقة الاتصال الالكترونية.

٣. التعاقد عن طريق الموقع الالكتروني (web-site):

شبكة المواقع الالكترونية خليط من المعلومات والصور والبيانات الاخرى والذي يمكن من خلالها ان تجري عقداً مباشراً من صاحب العرض لبيع سلعة معينة او تقديم خدمة معينة كأن يعرض الموجب على الموجب له بيع كتاب مثلا يقوم الموجب له باعطاء رقم بطاقة الائتمان العائدة له فيتم خصم قيمة الكتاب من رصيده فورا[٣٢].

والتعبير الالكتروني عن الارادة عبر مواقع الويب قد يكون عن طريق الكتابة او النقر على زر الموافقة وتسمى هذه الطريقة (Ok.box)[٣٣]، ويكون ذلك بشأن التاقد على المنتجات او الخدمات الموجودة على صفحة الويب حيث يختار المستهلك سلعة ويضغط على ايقونة الموافقة فتظهر امامه صفحة اخرى تتضمن

---

(٣١) د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، مصدر سابق، ص ٦٩.

(٣٢) د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، مصدر سابق، ص ١٣١؛ محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنيت، مصدر سابق، ص ٥٣.

(٣٣) المحامي يونس عرب، التعاقد والدفع الالكتروني وتحديات النظامين الضريبي والكمركي، بحث مقدم الى الندوة المتخصصة حول التجارة الالكترونية معهد التدريب والاصلاح القانوني، الخرطوم، كانون الاول ٢٠٠٢، منشور في الموقع الالكتروني: www.arablaw.org

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

المخصص لها.

ولهذا يميل اتجاه فقهي الى ان هذا الاعداد الساتبق للعقد في الموقع يجعل مثل هذا التعاقد عبر شبكة الانترنيت تعاقداً بين غائبين[٣٤].

والراجح عندنا حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني في هذه الصورة من التعاقد هو انه لايختلف عن سابقه اذ ان التواصل المباشر قائم بين المستهلك والبائع او مقدم الخدمة والذي يمثله الموقع الالكتروني والايجاب هنا قائم لكل من يدخل الموقع الالكتروني وفق الشروط المحددة سلفاً، فالتزامن حاصل على الرغم من اختلاف مكان المنتج والمستهلك فنكون امام مجلس عقد مختلط، فهو حقيقي من حيث الزمان لانتفاء اية فترة زمنية بين صدور الارادة والعلم بها من الطرف الاخر. فالتعاقد هنا بين حاضرين وهو مجلس عقد حكمي أي بين غائبين لان المكان مختلف بالتاكيد بين الطرفين وهذه صورة من صور التعاقد عن بعد.

الخاتمة:

عملنا من خلال هذا البحث على تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الالكتروني.

وابتدأنا بوضع تعريف لمجلس العقد الالكتروني حيث عرفناه بأنه: ((المكان والزمان الذي ينصرف فيه المتعاقدان للتعاقد الكترونياً عبر شبكة الانترنيت والذي يبدأ بالايجاب الالكتروني البات، اياً كانت صورته، وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد)).

ثم انتقلنا الى بيان شروط هذا المجلس من ضرورة اجتماع المتعاقدين في مكان افتراضي، يتمثل في شبكة الانترنيت، وضرورة الانشغال بالصيغة الخاصة بالتعاقد الالكتروني وعدم الاعراض عنها.

وبينا في المبحث الثاني نوعي مجلس العقد، الحقيقي والحكمي، وشروط كل منهما تمهيداً لعرض ومناقشة اراء الفقه القانوني حول طبيعة مجلس العقد الالكتروني.

---

[٣٤] محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنيت، مصدر سابق، ص ٢٢-٢٣.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

وكان الهدف من هذا العرض والمناقشة الخروج بحصيلة تمكننا من اعطاء
الفصل بشأن تحديد الطبيعة
واختتمنا البحث بالمبحث الثالث والذي عملنا على تحديد طبيعة مجلس العقد

الالكتروني فيه بحسب الواسطة الالكترونية المستخدمة في التعبير عن الارادة وابرام العقد الالكتروني.

وان تلك الطبيعة لمجلس العقد الالكتروني قد تكون مجلس عقد حكمي أي ان التعاقد يتم بين غائبين اذا كانت الواسطة المستخدمة للتعاقد هي البريد الالكتروني (e-mial) مع عدم التواصل الآني بين الطرفين فيقوم الانترنيت في هذه الحالة بنفس دور البريد العادي او الرسول في الفقه الاسلامي.

وان هذه الطبيعة تكون مختلفة ان كان العقد يتم بواسطة الموقع الالكتروني (web-site) او المحادثة باشكالها المختلفة، بالكتابة او بالصوت عند وجود مايكروفون عن طريق برنامج (Fax-wire) او بالصوت والصورة عند وجود كاميرا رقمية مرتبطة بالكومبيوتر عن طريق برنامج (multimedia) فان التعاقد بهذه الوسائط يكون بين غائبين بالنسبة للمكان، لاختلاف مكان المتعاقدين وهو بين حاضرين بالنسبة للزمان لان التواصل آني ومباشر بين الطرفين فمجلس العقد في مثل هذه الصور هو مجلس عقد مختلط حقيقي وحكمي.

قائمة المصادر:

١. د. اسامة ابو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٢. د. جابر عبد الهادي الشافعي، مجلس العقد في الفقه الاسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، ٢٠٠١.
٣. د. حسن علي ذنون؛ د. محمد سعيد الرحو، النظرية العامة للالتزام، ج١، مصادر الالتزام، دائر وائل، عمان، ٢٠٠١.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

٤. د. خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٦.

٥. سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

٦. د. شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزام في الشريعة الاسلامية، ط١، مطبعة الاعتماد، مصر، بلا سنة.

٧. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج١، مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٦٤.

٨. د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الاسلامي، ج١، نشر معهد البحوث والدراسات في جامعة الدول العربية، ١٩٦٧.

٩. د. فاروق الاباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنيت)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.

١٠. مجموعة الاعمال التحضيرية للقانون المدني المصري، ج٢، مطبعة دار الكتب، مصر.

١١. د. محمد ابراهيم ابو الهيجا، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنيت، الدار العلمية، عمّان، ٢٠٠٢.

١٢. د. محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٥.

١٣. د. محمد شريف احمد، مصادر الالتزام في القانون المدني الاردني، دار الثقافة، عمّان، ١٩٩٩.

١٤. د. محمد وحيد الدين سوار، التعبير عن الارادة في الفقه الاسلامي، مكتبة النهضة المصرية، ١٩٦٠.

١٥. د. محمود جمال الدين زكي، قانون البيع في القانون المدني، جامعة الكويت، ١٩٧٤- ١٩٧٥.

١٦. منير محمد الجنبيهي؛ ممدوح محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، بلا سنة.

This file was edited using the trial version of Nitro Pro 7
Buy now at www.nitropdf.com to remove this message

١٧. نضال اسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة، ٢٠٠٥

١٨. المحامي يونس عرب، التعاقد والدفع الالكتروني وتحديات النظامين الضريبي والكمركي، بحث مقدم الى الندوة المتخصصة حول التجارة الالكترونية، الخرطوم، كانون الاول ٢٠٠٢، منشور على الموقع الالكتروني:
www.arablaw.org