

فسخ عقد البيع الإلكتروني

Annulment of Electronic Contract of Sale

إعداد

أسال محمد جبريل

إشراف

الأستاذ الدكتور محمد أبو الهيجاء

قدمت هذه الرسالة إستكمالاً لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في

القانون الخاص

قسم القانون الخاص

كلية الحقوق

جامعة الشرق الأوسط


آيار، 2018

تفويض

أنا الطالبة أسال محمد جبريل، أفوض جامعة الشرق الأوسط بتزويد نسخة من رسالتي ورقياً
والكترونياً للمكتبات، أو المنظمات، أو الهيئات والمؤسسات المعنية بالأبحاث والدراسات العلمية
عند طلبها.

الأسم: أسال محمد جبريل

التاريخ: 2018/5/12

التوقيع:


قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة وعنوانها: (فسخ عقد البيع الالكتروني)، وأجيزت بتاريخ:

2018/5/12.

أعضاء لجنة المناقشة:

1. أ. د. محمد أبو الهيجاء رئيساً ومشرفاً جامعة الشرق الأوسط

2. د. تمارا ناصر الدين عضواً داخلياً جامعة الشرق الأوسط

3. د. علي خالد قطيشات عضواً خارجياً جامعة العلوم الإسلامية

شكر وتقدير

يسرني أن أتقدم بالشكر والعرفان إلى أستاذي الأستاذ الدكتور محمد أبو الهيجاء؛ الذي تفضل مشكوراً بقبول الإشراف على رسالتي، فتلقيت منه كل الدعم والمساعدة، فأكرمني بعلمه الواسع وأوصلني بتوجيهاته وارشاداته إلى جادة الصواب فكان خير معلم ومرشد، له مني كل الاحترام والتقدير.

كما وأتقدم بالشكر الجزيل إلى أعضاء لجنة المناقشة الكرام على تفضلهم بقبول المشاركة في مناقشة هذه الرسالة والحكم عليها، على حساب جهودهم ووقتهم، فلهم مني كل الاحترام.

الإهداء

إلى والدي العزيز،،،، عنوان الوفاء والتضحية

إلى والدتي العزيزة،،،، رمز الحب والحنان

إلى زوجي الغالي،،،، رفيق درب والمشوار

إلى ابني الغالي "درويش"،،،، نور حياتي ومملكة فؤادي

فهرس المحتويات

الصفحة	الموضوع
أ	العنوان
ب	التفويض
ج	قرار لجنة المناقشة
د	شكر وتقدير
هـ	الإهداء
و	فهرس المحتويات
ي	الملخص باللغة العربية
ك	الملخص باللغة الإنجليزية.....

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

2	أولاً: تمهيد
3	ثانياً: مشكلة الدراسة
3	ثالثاً: أسئلة الدراسة
4	رابعاً: أهمية الدراسة
4	خامساً: أهداف الدراسة
5	سادساً: حدود الدراسة
5	سابعاً: المصطلحات الإجرائية للدراسة
6	ثامناً: الإطار النظري للدراسة

الصفحة	الموضوع
6	تاسعاً: الدراسات السابقة
7	عاشراً: منهج الدراسة
الفصل الثاني	
انعقاد العقد الإلكتروني	
12	المبحث الأول: الرضا في العقد الإلكتروني.....
12	المطلب الأول: الإيجاب في العقد الإلكتروني.....
13	الفرع الأول: الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني.....
14	الفرع الثاني: الإيجاب عبر صفحات الشبكات الإلكترونية.....
14	الفرع الثالث: الإيجاب بالمحادثة أو المشاهدة.....
16	المطلب الثاني: القبول في العقد الإلكتروني.....
19	المطلب الثالث: الأهلية في العقد الإلكتروني.....
22	المبحث الثاني: الإرادة في العقد الإلكتروني.....
22	المطلب الأول: طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.....
29	المطلب الثاني: عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني.....
29	الفرع الأول: الغلط في العقد الإلكتروني.....
31	الفرع الثاني: التغرير في العقد الإلكتروني.....
33	الفرع الثالث: الإكراه في العقد الإلكتروني.....
35	الفرع الرابع: الغبن في العقد الإلكتروني.....

الفصل الثالث

ماهية فسخ العقد الإلكتروني وأحكامه

38المبحث الأول: مفهوم فسخ العقد الإلكتروني.....
39المطلب الأول: تعريف فسخ العقد الإلكتروني.....
39الفرع الأول: معنى فسخ العقد الإلكتروني.....
42الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لفسخ العقد الإلكتروني.....
43المطلب الثاني: الأساس القانوني لخيار فسخ العقد.....
46المبحث الثاني: أحكام فسخ العقد الإلكتروني.....
47المطلب الأول: مكنة فسخ العقد الإلكتروني.....
47الفرع الأول: تحديد مدة لإعمال مكنة الفسخ.....
49الفرع الثاني: كيفية إعمال مكنة الفسخ.....
50المطلب الثاني: قيود إعمال مكنة الفسخ.....
50الفرع الأول: مبررات منح مكنة فسخ العقد الإلكتروني.....
53الفرع الثاني: القيود الواردة على إعمال مكنة الفسخ.....

الفصل الرابع

حالات فسخ العقد الإلكتروني وآثاره

60المبحث الأول: حالات فسخ العقد الإلكتروني.....
61المطلب الأول: الفسخ القضائي للعقد الإلكتروني.....
67المطلب الثاني: الفسخ الاتفاقي للعقد الإلكتروني.....

الصفحة	الموضوع
72	المبحث الثاني: آثار فسخ العقد الإلكتروني.....
73	المطلب الاول: آثار فسخ العقد الإلكتروني بحق المستهلك.....
73	الفرع الأول: الإلتزام برد السلع للمحترف.....
74	الفرع الثاني: التزام المستهلك بدفع مصاريف رد السلعة.....
75	المطلب الثاني: آثار فسخ العقد الإلكتروني بحق المحترف (البائع).....
75	الفرع الأول: رد الثمن إلى المستهلك.....
76	الفرع الثاني: فسخ العقد التابع بسبب فسخ العقد الاساسي.....

الفصل الخامس

الخاتمة (النتائج والتوصيات)

79	أولاً: الخاتمة.....
79	ثانياً: النتائج.....
81	ثالثاً: التوصيات.....
83	قائمة المراجع.....

فسخ عقد البيع الإلكتروني

إعداد

أسال محمد جبريل

إشراف

الأستاذ الدكتور محمد أبو الهيجاء

الملخص

هدفت هذه الدراسة إلى بيان أحكام فسخ العقد الإلكتروني من خلال بيان مدى كفاية القواعد العامة في القانون الأردني لبيان الحالات التي يسمح للمتعاقدين عبر شبكة الإنترنت من فسخ العقد من خلال قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015، وبيان أوجه القصور التشريعي، ومدى إنسجام الحالات المذكورة بخصوص الفسخ مع طبيعة شبكة الإنترنت المتطورة وبيان نطاق الحماية للمتعاقدين عبر هذه الشبكة.

فجاءت أهم نتائج الدراسة تتمثل في أن مفهوم فسخ العقد الإلكتروني ينصرف إلى امكانية فسخ العقد باللجوء إلى القضاء أو الاتفاق، وربما لوجود شرط فاسخ في نصوص العقد الإلكتروني أو لوجود مكنة قانونية بموجب التشريع تسمح بفسخ العقد دون اللجوء الى القضاء وبمجرد رغبة أحد المتعاقدين المنفردة، وهذا هو الأساس القانوني لحالات فسخ العقد الإلكتروني. كما تنصرف آثار فسخ العقد الإلكتروني لكلا المتعاقدين، بحيث تلتقي الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد الإلكتروني، فتلزم المتعاقد الذي يفسخ العقد باعادة السلعة للمحترف وتلزم المحترف بإعادة الثمن.

وتمثلت أهم توصيات هذه الدراسة في أنه يجب تضمين قانون المعاملات الإلكترونية مكنة الفسخ القانونية بموجب التشريع كبنء أو شرط خاص يسمح بفسخ العقد دون اللجوء الى القضاء، وبمجرد رغبة أحد المتعاقدين المنفردة، كتطبيق قانوني لمكنة فسخ العقد الإلكتروني.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، فسخ العقد الإلكتروني، الفسخ القضائي، الفسخ الاتفاقي.

Annulment of Electronic Contract of Sale

Preparation

Asaal M. Jbreal

Supervision

PROF. Mohamd Abo AL-Haiga

ABSTRACT

This study aimed at clarifying the provisions of the electronic contract termination by stating the adequacy of general rules in Jordanian law to indicate the cases that allow online contractors to cancel the contract through the Jordanian Electronic Transactions Law No. (15) of 2015, The aforementioned cases of termination with the nature of the Internet and the development of the scope of protection for contractors through this network.

The most important results of the study was that the concept of the termination of the electronic contract goes to the possibility of the termination of the contract by resorting to the judiciary or agreement, and perhaps the existence of a condition in the provisions of the contract or the existence of a special legal mechanism under the legislation allows the dissolution of the contract without recourse to the judiciary and the desire of one of the individual contractors, Legal basis for cases of termination of electronic contract. The effects of the termination of the electronic contract for both contractors will be eliminated, so that the mutual obligations between the parties to the electronic contract will be met. The contractor who breaks the contract will have to return the goods to the professional and oblige the professional to return the price.

The most important recommendations of this study were that the Electronic Transactions Act should include the legal annulment mechanism under the legislation as a special clause or clause allowing the dissolution of the contract without recourse to the courts, and once a single contractor wished, as a legal application for the termination of the electronic contract.

Keywords: e-contract, termination of electronic contract, judicial annulment, termination of agreement.

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

الفصل الأول

مقدمة الدراسة

أولاً: تمهيد

العقد في القانون هو أحد أهم مصادر الالتزام، وتنسب أهمية العقد لدوره الأساسي في دنيا المال بين الناس، حيث أن الفرد منا يبرم مع غيره العديد من العقود في اليوم الواحد، ولذلك أوجده القانون ليكون أداة تبادل الالتزامات بغض النظر عن طبيعة الحق، وقد نظم القانون قواعد لمراعاة مصلحة الفرد والجماعة ووضع لها ضوابط لا يمكن ان تتحقق الغاية منه دون توافرها.

ومع تطور وسائل الإتصال لا بد من الإشارة لعقود التجارة الإلكترونية ذات الأهمية الاقتصادية الصارخة في الوقت الحاضر، وتأتي هذه الأهمية لتمكين الأفراد من التماشي مع وسائل السرعة في الوقت الحاضر، ولما كان للعقود المبرمة عبر القارات من انتشار واسع في الآونة الأخيرة دونما إشتراط الالتقاء المادي للأطراف في مجلس واحد، كما لا تشترط إرتكازها على مستندات ورقية حيث تم الإستعاضة عنها بالعقود الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني ليصبح عليها الصفة القانونية مع إختلاف زمان ومكان إبرام العقد، وهذا ما جعلها محط أنظار المشرعين ومنهم المشرع الأردني؛ حيث ظهر ما يسمى بالمعاملات الإلكترونية كمنقوض للمعاملات التقليدية، حيث تم تنظيمها في قانون خاص يسمى قانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015 .

إذ جاءت هذه الدراسة باحثة في هذا النسق الجديد للحفاظ على حقوق الأطراف لما يترتب من آثار والتزامات على الأطراف المتعاقدة، وخاصة فيما يتعلق بحالات الفسخ وأثاره فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية.

ثانياً: مشكلة الدراسة

تكمن مشكلة الدراسة في بيان مدى كفاية القواعد العامة في القانون الأردني لموضوع فسخ العقد الإلكتروني، وأوجه القصور التشريعي في تنظيم ذلك، لبيان الحالات التي يسمح فيها للمتعاقدين عبر شبكة الإنترنت من فسخ العقد من خلال قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015، وبحث مدى إنسجام وكفاية الحالات المذكورة بخصوص الفسخ مع طبيعة شبكة الإنترنت المتطورة وبيان نطاق الحماية للمتعاقدين عبر هذه الشبكة، وتكون أكثر قدرة على حماية المستهلك الذي عادة ما يكون الطرف الأضعف في العقود الإلكترونية.

وتتجلى هذه المشكلة في إحالة المشرع للحالات المعروفة فيما يتعلق بفسخ العقد بين البائع والمشتري في العقود الإلكترونية إلى ما هو وارد في القانون المدني، غافلاً عن التطور الملحوظ للتجارة عبر شبكة الإنترنت وخاصة العقود الإلكترونية، وحاجتها بالنتيجة إلى تنظيم قانوني خاص.

ثالثاً: أسئلة الدراسة

1. ما مفهوم العقد الإلكتروني؟ وما هي آلية انعقاده؟
2. ما مفهوم الفسخ في العقود الإلكترونية؟
3. ما هي الطبيعة القانونية لفسخ العقد الإلكتروني؟
4. ما هو الأساس القانوني لفسخ العقد الإلكتروني؟

5. ما هي ضوابط ومسوغات أعمال مكنة فسخ العقود الإلكترونية ؟

6. ما هي حالات فسخ العقود الالكترونية ؟

7. ما آثار فسخ العقد الإلكتروني؟

8. ما هي النصوص القانونية المتعلقة بالفسخ في العقود الإلكترونية ؟

رابعاً: أهمية الدراسة

تتبع أهمية هذه الدراسة من التطور الملحوظ في ثورة الإتصالات والتقنيات الحديثة بالإضافة للتطور التكنولوجي الملحوظ بصفة عامة، الذي أدى لظهور التجارة الإلكترونية وإنتشارها بشكل واسع من خلال العقود الإلكترونية، وبالتالي الفئة المعنية بهذه الدراسة من متعاقدين عبر شبكة الإنترنت والإتصالات الحديثة وحاجة المستهلك الأقل خبرة ودراية وقوة في هذه المعادلة الإقتصادية، وستبين هذه الدراسة حالات الفسخ في العقود الإلكترونية وكيفية تطبيق النصوص القانونية على هذه الحالات.

خامساً: أهداف الدراسة

تسعى هذه الدراسة بدايةً إلى بيان مفهوم العقد الإلكتروني المبرم عبر شبكة الإنترنت والطبيعته القانونية لهذا النوع من العقود وأبرز إلتزاماته، ومن ثم مفهوم الفسخ وأسبابه وحالاته وأثاره، وكذلك شروط تطبيقه على العقود الإلكترونية المبرمة عبر الأنترنت والمحاولة للوصول إلى النتيجة المرجوه لتحقيق العدالة، وبيان مدى كفاية القواعد العامة وأوجه القصور في التشريع فيما يتعلق بحماية الأطراف المتعاقدة وخاصة المستهلك في العقد الإلكتروني في حالة الفسخ، لأن خيار الفسخ يعد شكل من أشكال الحماية الممنوحة لأطراف العقد، كما ستهتم هذه الدراسة بتسليط الضوء

حول النصوص المتعلقة بهذا الصدد ومدى إستيعابها لحالات الفسخ التي قد يتعرض لها الأطراف المتعاقدة عبر شبكة الإنترنت.

سادساً: حدود الدراسة

يتحدد نطاق ومضمون الدراسة بالحدود الآتية :

- **الحدود الموضوعية:** تقتصر هذه الدراسة على بيان مفهوم العقد الإلكتروني وأطرافه ومفهوم فسخ العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية وأسبابه وحالاته وآثار الفسخ ومسقطات فسخ العقد الإلكتروني والنصوص المتعلقة بهذا الصدد.
- **الحدود الزمانية :**
 - القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 .
 - قانون المعاملات الإلكترونية رقم (15) لسنة 2015 .
- **الحدود المكانية:** سيتم بحث موضوع الدراسة في التشريع الأردني، وبعض التشريعات المقارنة المتعلقة بهذا الصدد وبعض الأحكام العربية والإنجليزية.

سابعاً: المصطلحات الإجرائية للدراسة

- **مفهوم العقد الإلكتروني:** "الإتفاق الذي يرتبط فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" (مجاهد، 2000، ص39).
- **مفهوم المستهلك:** الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل، إشباعاً لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين، ولا يشمل ذلك من

يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها (المادة 2 من مشروع قانون حماية المستهلك لعام 2013).

- **مفهوم الفسخ** : هو زوال العقد بجميع آثاره في الماضي والمستقبل، وهو ما يعبر عنه بالأثر الرجعي للفسخ مع التعويض إن كان له مقتضى (عرب، 2001، ص399).

ثامناً: الإطار النظري للدراسة

تشتمل هذه الدراسة على خمسة فصول: الفصل الأول خلفية الدراسة وأهميتها ويشتمل مقدمة عامة للدراسة وتتضمن مشكلة الدراسة وأهداف الدراسة وأهميتها وأسئلة الدراسة وحدود الدراسة ومصطلحاتها والإطار النظري للدراسة وكذلك الدراسات السابقة ومنهجية الدراسة، والفصل الثاني عن انعقاد العقد الإلكتروني والتعريف بالعقد والرضا وتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني، أما الفصل الثالث فيتناول ماهية فسخ العقد الإلكتروني وأحكام الفسخ، والفصل الرابع فيتناول حالات فسخ العقد الإلكتروني وآثاره، وأخيراً الفصل الخامس ليشتمل الخاتمة والنتائج والتوصيات التي توصلت إليها الباحثة في نهاية الدراسة.

تاسعاً: الدراسات السابقة

بعد البحث والإطلاع لم تجد الباحثة حتى وقت البدء بإعداد هذه الدراسة، أية دراسات سابقة متخصصة فيما يتعلق بفسخ العقد الإلكتروني. ولذلك تم إدراج هذه الدراسات السابقة كنموذج يهتدى به في هذه الدراسة.

1- مسعود سليمان بالخضر، 2006 ، الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني

(دراسة مقارنة): تناولت هذه الدراسة الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، وكذلك

الجانب المدني لحماية المستهلك في العقود الإلكترونية، كما وقد عرفت المستهلك

وحاجته للحماية في العقد الإلكتروني أثناء إبرام العقد وبعد إبرام العقد. وهنا ستقوم

الباحثة بدراسة حق فسخ العقد كحماية للمستهلك في العقود الإلكترونية طبقاً لقواعد قانون المعاملات الإلكترونية والقانون المدني الأردني.

2- فلاح فهد العجمي، 2011 (الحماية المدنية للمستهلك في العقد الإلكتروني): تناول

الباحث ماهية العقد الإلكتروني وتعريفه وطبيعته وخصائصه، ومفهوم حماية المستهلك ما قبل إبرام العقد الإلكتروني وفي مرحلة إبرام العقد الإلكتروني ومرحلة تنفيذه، دونما البحث فيما يتعلق بمسألة فسخ العقد الإلكتروني. وهذا ما سوف تتناوله الباحثة طبقاً لقواعد القانون المدني الأردني، وكذلك ما ينطبق على هذه الحالة في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني.

عاشراً: منهج الدراسة

ستتبع الباحثة في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي من خلال جمع المعلومات والحقائق عن موضوع الدراسة ووضعها في قالب محكم ومكتمل، وكذلك العمل على تحليل النصوص القانونية فيما يتعلق بالقانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976 وقانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015 .

الفصل الثاني

انعقاد العقد الإلكتروني

الفصل الثاني

انعقاد العقد الإلكتروني

لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد العادي من حيث أركان انعقاده وشروط صحته والآثار المترتبة عليه من حيث المسؤولية العقدية، بل يختلف من حيث طريقة أو وسيلة إبرامه، ويكتسب الطابع الإلكتروني تبعاً للطريقة التي ينعقد بها. وتنعقد العقود الإلكترونية بتلقي الإيجاب والقبول عبر شبكات التواصل الإلكتروني بين المتعاقدين بطرق قد تكون مرئية أو مسموعة من خلال الشبكة الدولية المفتوحة للاتصال والتواصل عن بعد، والعقد الإلكتروني يعتبر عقداً عادياً من الناحية القانونية ومختلفاً من حيث طريقة الإنعقاد عبر وسائل الاتصال الحديثة مثل الإنترنت.

وعليه؛ فمن الواجب الخوض في الأحكام الخاصة لتنظيمه والتي وضعها المشرع للتطبيق على العقد العادي، حيث أن القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976 والذي نص في المادة (87) منه على إن العقد هو: (ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر)، ونص في المادة (90) منه على أنه: (ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول مع مراعاة ما يقره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد).

أما العقد الإلكتروني فقد تم تعريفه فقهيّاً بأنه: (اتفاق يتلقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل) (مجاهد، 2000، ص39). وعرفه التوجيه الأوروبي (الاونسترال) الصادر في عام 1997

لحماية حقوق المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد وفي المادة الثانية منه بأنه: (كل عقد يتعلق بسلع وخدمات ينشأ بين مورد وبين مستهلك في إطار نظام بيع أو تقديم خدمات عن بعد، موضوع من قبل المورد الذي يستعمل حصرياً تقنية اتصال عن بعد أو أكثر لغاية إبرام العقد بما في ذلك إنشاء العقد بحد ذاته) (عيسى، 2001، ص254).

كما عرف قانون المعاملات الالكترونية الأردني لعام 2001 العقد الالكتروني بأنه: (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، كلياً أو جزئياً). إلا أن المشرع الأردني في قانون المعاملات الالكترونية الصادر عام 2015 اعتبره من ضمن المعاملات الالكترونية بشكل عام وأشار في المادة الثانية (المعاملات التي تنفذ بوسائل الالكترونية)⁽¹⁾.

إلا أن التعريف الأول (التعريف الفقهي) هو الأوضح والأشمل لتناوله كيفية تلاقي الايجاب بالقبول وحدد الوسيلة التي يتم بواسطتها الاتفاق، وهي وسيلة مسموعة مرئية شاملاً بذلك جميع أنواع العقود الالكترونية متفوقاً على التوجه الاوربي لعام 1997 الذي حصر العقد الالكتروني في اطار العقود التي تتعلق ببيع سلع وخدمات.

وأما تعريف قانون المعاملات الالكترونية الأردني للعقد الالكتروني في قانون عام 2001 فقد تناول جميع العقود التي يمكن انعقادها من خلال شبكة الانترنت سواء عقود البيع أو الإيجار في المادة الثانية من القانون المذكور بقولها (الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية)⁽²⁾.

(1) المادة (2) من قانون المعاملات الالكترونية الاردني لعام 2001، والمادة 2 من قانون المعاملات الالكترونية الاردني لعام 2015 .

(2) المادة (2) من قانون المعاملات الالكترونية الاردني لعام 2001 .

والعقد الإلكتروني كبقية العقود التقليدية قد يرد على السلع والخدمات ما لم تخرج عن نطاق التعامل القانوني، كما أن أطراف العقد الإلكتروني هم أطراف العقود التقليدية سواء أكانوا بائعين أو مستهلكين، ويستخدم العقد الإلكتروني في جميع التصرفات الاتفاقية على شبكة الانترنت والدخول إلى المواقع التي تتطلب اشتراكاً للحصول على الخدمات (المحادثات أو الإعلانات وغيرها) أو لتسجيل الالتزامات العقدية بإبرام التصرفات القانونية كالبيع والشراء ودفع الثمن وغيرها (عرب، 2001، ص402).

وعلى أساس من ذلك؛ سيتم تناول هذا الفصل من خلال المبحثين التاليين:-

المبحث الأول: الرضا في العقد الإلكتروني

المبحث الثاني: الإرادة في العقد الإلكتروني

المبحث الأول

الرضا في العقد الإلكتروني

التراضي في العقود من الأركان الأساسية للعقد، وينعقد العقد بتوافق الإرادات لإحداث أثر قانوني يترتب على ذلك التوافق، ويتحقق ركن التراضي بتطابق الإرادتين للمتعاقدين نحو إحداث أثر قانوني محدد مع توافر شروط صحة التراضي (عمران، 2003، ص15).

وللوقوف على حقيقة ذلك؛ لا بد من دراسة توافر الرضا وصحته من خلال عدة مطالب، بحيث نبين في المطلب الأول الإيجاب في العقد الإلكتروني، ونخصص الثاني للقبول في العقد الإلكتروني، وأما الثالث فسنبين فيه الأهلية في العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

الإيجاب في العقد الإلكتروني

الإيجاب في حقيقته هو تعبير أو افصاح عن نية المتعاقد، ويدل بصورة نهائية على قبول التعاقد، وبما يتفق مع الشروط المحددة بموجب العقد، وهذا ما عرّفته المادة 91 من القانون المدني الأردني بقولها: (الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لأنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول)، ويعتبر إيجاباً العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على إبرام العقد بمجرد أن يقبله الموجه إليه، ويتضمن على الأقل طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية (أبو الهيجاء، 2017، ص87).

لم يذكر المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015 وقانون

حماية المستهلك رقم 7 لسنة 2017 تعريفاً للإيجاب في العقود الإلكترونية.

مع ذلك عرف التوجه الأوروبي الصادر بتاريخ 1997/5/20م الإيجاب الإلكتروني بأنه: (كل اتصال عن بعد يتضمن العناصر اللازمة مجتمعة لتمكين الموجه إليه من قبول التعاقد بشكل مباشر ويستثنى من ذلك الإعلان المجرد). ولفظ الإلكتروني في حالة إضافته للإيجاب لا يؤثر في المعنى المذكور وفقاً للنظرية العامة للالتزامات، باعتباره وصفاً للتعبير عن وسيلة الإرادة. فالتعبير في العقد الإلكتروني يتمثل بوسائل الإتصال الحديثة (الحاسب الآلي وشبكة الإنترنت)، ويظهر على شاشة الحاسب الآلي، كما يتم التعبير عن الإرادة إلكترونياً بالبريد الإلكتروني بطريق مواقع الإنترنت⁽³⁾ (إبراهيم، 2005، ص131).

وسنبين ذلك من خلال بيان صور الإيجاب الإلكتروني بالفروع التالية :

الفرع الأول: الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني

يهدف الإيجاب الذي يتم بهذه الطريقة بأن يكون موجهاً لأشخاص محددين، وذلك في حالة إذا ما رغب مصدر الإيجاب كالتاجر بتخصيص الإيجاب للأشخاص المهتمين بمنتجه دون غيرهم. وعليه يمكن ملاحظة أن الإيجاب الإلكتروني؛ إما أن يكون موجه لشخص واحد أو لعدة أشخاص، وأن الإيجاب الموجه لشخص واحد غير ملزم، إلا إذا كان خلال مدة معينة يلتزم من خلاله مصدره بالبقاء على إيجابه طوال تلك المدة، والإيجاب غير الملزم يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني إذا قام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي أو انتقل إلى موقع آخر غير موقع الموجب الذي أصدر الإيجاب (أبو الهيجاء، 2017، ص89؛ الرفاعي، 1994، ص104).

⁽³⁾ ورد في المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية رقم 15 لسنة 2015 عدة تعريفات ومنها المعاملات الالكترونية والمعلومات الالكترونية ورسالة المعلومات وغيرها من التعريفات الخاصة بالمعاملات الالكترونية.

وأما الإيجاب الموجه للعامّة؛ فهو مجرد دعوة للتفاوض أو التعاقد، ولا يعتبر إيجاباً استناداً للنشر أو الإعلان أو عرض بيان الأسعار أو الطلبات الموجهة للجمهور، ولا تعتبر تلك الاعلانات عند الشك إيجاباً وإنما دعوة للتعاقد⁽⁴⁾.

الفرع الثاني: الإيجاب عبر صفحات الشبكات الإلكترونية

لا يختلف هذا النوع عن الإيجاب الصادر على صفحات الصحف أو التلفاز بإعتباره إيجاباً مستمراً على مدار الساعة، ويكون الإيجاب في الأغلب موجه إلى الجمهور وليس لشخص محدد، لأن الإيجاب الصادر عبر صفحات الويب لا يكون محدداً بزمن أو مكان وإن تم تحديده بنفاذ الكمية أو مدة محددة، وفي هذه الحالة يكون الإيجاب كاملاً إذا استجمع كافة شروطه العامة (ابو الهيجاء، 2017، ص92؛ العجلوني، 2002، ص73).

الفرع الثالث: الإيجاب بالمحادثة أو المشاهدة

بهذه الطريقة فإن المتعامل يرى المتصل معه على شبكة الإنترنت على شاشة حاسبه الآلي الخاص، ويتحدث معه عن طريق الكاميرا لدى كل من المتعاقدين، بحيث يصدر أحد الطرفين إيجاباً ويصدر قبولاً من الطرف الآخر، وبذلك ينعقد العقد بناء على التقاء الإيجاب بالقبول وتعاقد بين حاضرين لمجلس العقد حكماً (الرفاعي، 1994، ص106).

وفي الواقع العملي؛ فإن صدور الإيجاب إلكترونياً يجب أن تسبقه عدة مراحل تفاوض تنتهي بإتمام انعقاد التعاقد، فالإيجاب الإلكتروني إيجاباً عن بعد والعقد الذي ينتهي بتلك الطريقة يعتبر عقداً مبرماً عن بعد وغالباً ما يتم توجيهه لتاجر مهني ينتمي لفئة المستهلكين، ويجب أن يخضع

(4) ورد تعريف الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية رقم 15 لسنة 2015 في المادة الثانية منه.

للقواعد الخاصة بحماية المستهلك التي تفرض على المتعاقد العديد من الالتزامات والواجبات في مواجهة المستهلك، وفي مقدمتها معرفة البائع وعنوانه والشئ المبيع وأوصافه وسعره وطريقة الدفع وخيار المستهلك بالرجوع على البائع خلال المدة المحددة قانوناً وإخطار المستهلك بالمعلومات السابقة خلال مدة لا تتجاوز إعادة التسليم ومدة الضمان وخدمة ما بعد البيع (أبو الهيجاء، 2017، ص89؛ بدر، 2005، ص15).

وغالباً ما يتميز الإيجاب بهذه الطريقة بوجود وسيط يعرض الإيجاب ويتولى نشره بالنيابة، وعليه فالإيجاب الصادر بذلك الوصف لا يكون فاعلاً بمجرد صدوره، وإنما بمجرد عرضه على الموقع داخل الشبكة الإلكترونية ليتحقق الوجود القانوني والفعلي المؤثر للإيجاب والمرتب لآثاره (بدر، 2005، ص16). ويختفي الإيجاب الإلكتروني بمجرد سحبه من الموقع الذي تم عرضه عليه، وينعدم أثره القانوني ولا يعتد به لعدم إتاحتها للجمهور بعد ذلك (أبو الليل، 2003، ص91).

وغالباً ما يتم الإعلان عن البضائع والخدمات عن طريق الشبكة المعلوماتية الإنترنت، وعليه يمكن للباحثة القول بأن الإعلان هو كل شكل من أشكال الإتصال لعرض البضائع والخدمات من قبل المنتج في إطار النشاطات التجارية أو الصناعية أو الفنية بهدف الحصول عليها من المستهلك، وذلك وفقاً لما جاء في نص المادة الثانية من قانون حماية المستهلك الأردني رقم 7 لسنة 2017.

وقد اختلفت الآراء الفقهية حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان، فيرى البعض بأن الإعلان لا يعتبر إيجاباً وإنما دعوة للتعاقد، بسبب عدم تعيين أي شخص يقصد بالإيجاب، فضلاً

عما يحمله هذا النوع من ضغط معنوي على المستهلك لشراء السلع غير الأساسية، وأما الرأي الآخر فيرى الإعلان الموجه للجمهور عبر الإنترنت إيجاباً (الجمال، 2006، ص106).

وعليه ترى الباحثة أن الحد الفاصل بين الاعلان والايجاب هو أن يتضمن الإعلان كافة العناصر الأساسية للعقد، كأن يشتمل على تحديد للسلع والخدمات والتمن ليكون ايجاباً، وإذا لم يشتمل الإعلان على كافة هذه التفاصيل فيبقى مجرد دعوة للتعاقد ولا يرتقي لمرحلة الايجاب.

المطلب الثاني

القبول في العقد الإلكتروني

يقصد به التعبير ممن وجه إليه الإيجاب عن إرادته بالموافقة على الإيجاب الموجه اليه وقبول إتمام العقد بوصول العلم للموجب، والإيجاب قائماً لم يسقط لسبب من الأسباب كموت الموجب أو الموجب إليه أو فقد أهلية أحدهما وقبل صدور القبول من المتعاقد الآخر، وهذا ما أكدته المادة (1/151) من القانون المدني الأردني بقولها: (يبقى الإيجاب بالقبول خاضعاً للأحكام الخاصة به)، وأشار في المادة (96) منه إلى أن: (المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب الى آخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من احد المتعاقدين قول أو فعل يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذلك).

والقبول الإلكتروني بمضمونه متوائماً مع هذا المعنى، ومختلف بأن يتم الإيجاب من خلال وسيط إلكتروني⁽⁵⁾، ويصدر القبول من المستهلك عن بعد، ومختلف كذلك بأن القبول العادي يكون صريحاً أو ضمناً، في حين القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً باللفظ الصريح المباشر للدلالة عليه أو بطريق الإتصال التلفوني المباشر أو بطريقة المحادثة الكتابية أو بواسطة البريد الإلكتروني، وقد يصدر المستهلك قبوله بشكل رسالة بريدية بكتابة مضمون القبول في خانة الموضوع، وبمجرد الضغط على زر الإرسال للرسالة يصل العلم بها للمحترف الصناعي أو المهني (بدر، 2005، ص206).

وأما السكوت والموقف السلبي فلا يدل على إرادة تشكل قبولاً ما لم ينتظر الموجب رداً على إيجابه بالقبول (ابو الهيجاء، 2017، ص93؛ عبد الرضا والنكاس، بلا سنة نشر، ص44). وهو ما نصت عليه المادة 95 من القانون المدني الأردني بقولها : (ولا ينسب الى ساكت قول السكوت والسكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً)، ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه فهو قبول.

وعليه فهل يصبح اعتبار السكوت الملايس للتعبير المعبر عن القبول الإلكتروني قبولاً؛ فيرى جانب من الفقه بأن سكوت أحد المتعاقدين بحكم التعامل السابق والمتكرر بينهما عبر الإنترنت هو قبولاً شأنه في ذلك شأن القبول التقليدي (أبو الهيجاء، 2017، ص93-94)، وأما الجانب الآخر فيرى أن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول الإلكتروني بأي حال من الأحوال.

(⁵) الوسيط الإلكتروني كما عرفه مشروع قانون التجارة الإلكتروني الكويتي في مادته الأولى فقرة (8) على أنه " برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسليم مستند إلكتروني دون تدخل شخصي".

ولذلك فإن من يتسلم رسالة إلكترونية تتضمن إيجاباً مع وجود نص فيها على قبول العرض خلال مدة معينة ولم يرد اعتبر ذلك قبولاً منه للعرض المقدم اليه (الجمال، 2006، ص125).

ومع ذلك كله؛ فإنه من الصعوبة اعتبار السكوت الملابس تعبيراً عن القبول في التعاقد الإلكتروني تطبيقاً لنص المادة 144 من القانون المدني الأردني، ورتب على ذلك عقوبة الفسخ في المادة 480 والمادة 928 من ذات القانون. وأما في العقود الإلكترونية ولسهولة إرسال الإيجاب عبر شبكات الإنترنت بواسطة صفحات الويب أو البريد الإلكتروني مما يؤدي لفرض التعاقد على معتاد التعامل مع المحلات عبر الشبكة الإلكترونية من خلال إرسال رسالة إلكترونية وعدم الرد عليها خلال مدة معينة بمثابة قبول للتعاقد (بدر، 2005، ص94).

ويرى جانب من الفقه بأن طبيعة العقود الإلكترونية ترفض الاعتراف بالعرف السابق للتعامل أو اعتبار السكوت إيجاباً لسهولة إرسال الإيجاب الإلكتروني خصوصاً في غياب النص الصريح على ذلك في معظم التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية (أبو الهيجاء، 2017، ص96).

فارتباط الإيجاب بالقبول له أهمية بالغة في تحديد زمان ومكان انعقاد وفقاً للنظرية العامة للعقود، وما توجده من تفرقة في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين وفقاً للعامل الزمني الفاصل بين الإيجاب والقبول (أبو الهيجاء، 2017، ص105).

وترى الباحثة بأنه وبموجب قاعدة توافق الإرادات لا بد أن يقترن الإيجاب بقبول صريح مطابق له بحيث يصدر من أحد أطراف العقد إيجاب ويصدر قبولاً من الطرف الآخر لتحقيق التوافق بين الإرادتين وانعقاد العقد.

المطلب الثالث

الأهلية في العقد الإلكتروني

تنص المادة 116 من القانون المدني الأردني على أن: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون)، وقد أكد نص المادة 109 من القانون المدني المصري ذات المعنى بأن: (كل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون). ويعرف الفقهاء الأهلية بأنها: (صلاحية الشخص لأن تتعلق بذمته حقوق له أو عليه، ولأن يباشر بنفسه الأعمال القانونية والقضائية المتعلقة بهذه الحقوق) (الجمال، 2006، ص127).

ومما سبق يتضح أن الأهلية نوعان :

- **أهلية الوجوب:** وهي صلاحية الشخص لأن تثبت له كافة الحقوق والإلتزامات وهي ما تعرف بالشخصية القانونية، وتثبت هذه الأهلية للشخص بمجرد ولادته حياً، والأصل أن جميع الأشخاص متساوون في أهلية الحقوق والواجبات، ولكن القانون يقيد هذه الأهلية استثناءً في بعض الحالات من الحقوق (المادة 30 من القانون المدني الأردني)، ولا يسأل الشخص بموجب أهلية الوجوب إلا عن الأفعال الضارة وفقاً لما يعرف بضمان الفعل الضار أو ضمان العقد أو ما يعرف بالمسؤولية التقصيرية (الحلالشة، 2005، ص110)، وترى الباحثة عدم أهمية البحث في أهلية الوجوب في عقود التجارة الإلكترونية.

- **أهلية الأداء:** وهي صلاحية الشخص لمباشرة التصرفات القانونية، وترتبط هذه الأهلية كقاعدة عامة بسن الإنسان ودرجة تمييزه وإدراكه وتدور معها وجوداً وعدمياً ونقصاناً، فإذا أكتمل التمييز أكتملت الأهلية وتنعدم الأهلية بإنعدام التمييز وتنقص تبعاً لنقصانه وتنقسم

العقود تبعاً لهذه الأهلية الى ثلاثة أقسام، نصت عليها المادة 118 من القانون المدني الأردني بقولها: (1- تصرفات الصغير المميز صحيحة متى كانت نافعة نفعاً محضاً وباطلة متى كانت ضارة ضرراً محضاً. 2- أما التصرفات الدائرة بين النفع والضرر فتعقد موقوفة على اجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها له التصرف ابتداءً أو اجازة القاصر بعد بلوغه سن الرشد. 3- وسن التمييز سبع سنوات كاملة).

واشترط أهلية التعاقد في العقد التقليدي من السهل التحقق منه بإعتبار التعاقد قد تم بين حاضرين لمجلس العقد، ويستطيع كل طرف التأكد من شخصية وأهلية الطرف الآخر بواسطة الإطلاع على إثبات شخصيته والإطلاع على السجل التجاري للشخص المعنوي إذا كان شركة أو مؤسسة تجارية. وأما أهلية التعاقد في العقود الإلكترونية فمن الصعب التحقق منها لأن التعاقد يتم عن بعد ويصعب أو يستحيل على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية المتعاقد الآخر نظراً للانفصال المكاني بين أطراف التعاقدات الإلكترونية، وبالتالي عدم معرفة كافة المعلومات الأساسية لكلا المتعاقدين عن بعضهما (محمود، 2009، ص 51-53).

لذلك ترى الباحثة أن إبرام العقود الإلكترونية يتطلب ابتداءً لانعقاده صحيحاً أن تصدر تصرفاته القانونية عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد الأمر الذي دفع المختصين لتقديم بعض الحلول والاقتراحات لتلافي هذا العيب.

ومن هذه الإقتراحات والحلول اللجوء لسلطة الإشهار، وهي عبارة عن إدخال طرف ثالث محايد وموثوق فيه من طرفي العقد (إبراهيم، 2005، ص 135)، في حين يرى جانب آخر من الفقه أن الحل يكمن بإعتماد نظام قانوني ثابت وموحد للتحقق من شخصية أطراف العقد

الإلكتروني بوسيلة تؤدي للتحقق والتأكد من شخصية أطراف العقد بحيث يستطيع كل طرف من خلال هذه الوسيلة التأكد من شخصية الطرف الآخر (أبو الهيجاء، 2017، ص88).

ويلاحظ أن التوجه الأوروبي الصادر في 20 مايو 1997 قرر أن كل عرض لبيع منتج أو خدمة عن بعد فعلى المورد أن يبين بعرضه بيانات تحدد شخصية اسم المنشأة وعنوانها وبريدها الإلكتروني وألزم المستهلك بتقديم بيانات التعريف بشخصيته. وهو ما أكد عليه التوجه الأوروبي الصادر في حزيران من عام 2000 بخصوص حماية المستهلك والتي ألزم بموجبها الموجب بضرورة بيان اسمه وعنوانه وكافة خصائص السلعة وتحديد سعرها والتكاليف الإضافية والنقل مع بيان مدة العرض، وقد منح هذا التوجه المستهلك الحق بإعادة المبيع خلال سبعة أيام عما دون بيان السبب كما وفر نظاماً خاصاً للشكاوي والملاحظات من المستهلكين⁽⁶⁾ (أبو الهيجاء، 2017، ص87-89).

ويبقى العقد الإلكتروني كأبي عقد يجب لانعقاده صحيحاً أن يكون صادراً عن متعاقدين تتوافر فيهما أهلية التعاقد، وليتم توقيعه صحيحاً يتعين التحقق من مسألة الأهلية عبر شبكة الإنترنت لتكون العقود المبرمة بهذه الطريقة صحيحة، ولا يمكن للمتعاقد في هذه الحالة التحقق من بيانات التعريف بالمتعاقدين الآخر إذا تبين بالفعل عدم توافر أهلية التعاقد لكلا الطرفين أو أحدهما (محمود، 2009، ص53).

كما وتوصي الباحثة للتحقق من اهلية المتعاقد بأن يقوم مثلاً بأخذ صورة للوجه و الهوية أو أي وثيقة إثبات شخصية للتحقق من أهليته و إرسالها للمتعاقد الآخر للحد من حالات التعاقد ممن لا يمتلك الأهلية او ناقص الأهلية.

(6) المادة الخامسة من التوجيه الأوروبي الصادر في حزيران عام 2000.

المبحث الثاني

الإرادة في العقد الإلكتروني

إن العقد الذي يتم إبرامه عن طريق شبكة الانترنت يخضع للقواعد العامة في التعاقد، والتي تقضي بأن الأصل الرضائية في العقود، وأن الشكلية هي إستثناء على الأصل العام، فيكفي استناداً الى ما تقدم لإنعقاد العقد وجود إيجاب وقبول واقتران هذا الإيجاب بذاك القبول، بشرط أن لا يمس الإرادة أي عيب يخل بصحة ذلك التعاقد.

لذلك فقد قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، وقد خصصنا المطلب الأول لطرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني، والمطلب الثاني جاء لبيان عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني.

المطلب الاول

طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

لقيام العقد يجب أن توجد إرادة لدى كل من طرفي العقد، وإذا ما وجدت الإرادة فلا يعتد بها ما لم تتجه لإحداث أثر قانوني معين، فلا عبء بالإرادة ما لم تتجه لإحداث هذا الأثر (الحكيم والبكري والبشير، 1980، ص32). ومن المسلم به أن الإرادة الأولى في العقد تسمى إيجاباً والثانية قبولاً، والإيجاب والقبول لا يخضعان لشكل محدد، ويتم التعبير عن الإرادة باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو باتخاذ أي موقف معين لشخصاً تدع ظروف الحال مجالاً للشك في دلالته على الإرادة (إبراهيم، 2005، ص126).

والتعبير الصريح يكون باتخاذ الكتابة مظهراً لها، فقيام المتجر الافتراضي بعرض السلع والخدمات مع بيان أسعارها على الموقع الخاص به، يعتبر من أوجه الايجاب الصريح وكذلك قيام المستهلك بإختيار عبارة موافق والضغط عليها بعد اختيار السلع التي يحتاجها من المتجر الافتراضي الذي تم الدخول اليه عبر الشبكة هو في حقيقة الأمر تعبيراً ضمناً عن الإرادة (بدر، 2005، ص105).

وفي ضوء هذا البيان الموجز حول طرق التعبير عن الإرادة، فلا بد من بيان خصوصية التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت، باعتبار شبكة الانترنت مفتوحة لأكثر من شخص في وقت واحد وفي أكثر من دولة، وقد يتم التعبير لشخص محدد في حالة البريد الإلكتروني، وتبدو أوجه الخصوصية من خلال بيان طرق التعبير عن الإرادة في العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت (الجمال، 2006، ص174).

ويندرج التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت تحت عنوان التعبير بالكتابة، وهي ليست كتابة على الورق ولكنها كتابة من نوع خاص، تأتي من خلال تسجيل التعبير في ذاكرة الحاسوب بطريقة الكترونية، وإرسال تلك المعلومات المكتوبة عن طريق مورد الخدمة الذي يتولى نقل المعلومات على الشبكة بطريقة الترانزيت الى مورد خدمة الإتصال للمرسل إليه، فيقوم الأخير بإيصال المعلومات الى المرسل إليه. ليم بعد ذلك قراءة الكتابة من الطرف الثاني بعد تحويلها من لغة الآلة الى لغة الانسان، ولا تكون مستوفية لشكل الكتابة ما لم يكن من الممكن الرجوع للإطلاع عليها لاحقاً، وذلك بخزنها في ذاكرة الحاسوب على شكل رسائل بيانات (عيسى، 2001، ص57).

فالتريقة الوحيدة للتعبير عن الارادة على شبكة الانترنت هي الكتابة، والتي لها شكلها وطبيعتها الخاصة التي تميزها عن الكتابة التقليدية، فهي نبضات كهربائية الكترونية تترك أثراً مادياً على شاشة الحاسب الآلي، وتسمى المعلومات والبيانات، والتي يشترط فيها استيفاء شرط الكتابة أن يتيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها على نحو يتيح استخدامها والرجوع إليها لاحقاً⁽⁷⁾.

وقد ورد في المادة (2) من القانون النموذجي (الاونسترال) في معرض تعريف المصطلحات حول تبادل البيانات الالكترونية ونظام المعلومات إذ أتيح من الناحية العملية حفظ المعلومات الواردة في رسائل البيانات وامكانية الرجوع اليها من أي طرف مما يوفر شرط الكتابة، وجاء في المادة (11) فقرة (2) من ذات القانون في بيان تكوين العقود بأنه: (ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض...). وهو ما نصت عليه كذلك المادة (13) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني لعام 2001 والتي منحت رسالة المعلومات والبيانات القوة القانونية في التعبير عن الإرادة بقولها: (تعد رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الارادة المقبولة قانوناً لإبداء الايجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي).

وترى الباحثة؛ أن ذلك تأكيد ضمني بأن أهم طرق التعبير عن الارادة عبر شبكة الانترنت هي الكتابة، لإمكانية إطلاع كل طرف من طرفي العقد على إرادة الآخر من خلالها، وتختلف صيغة الكتابة من موقع لآخر، فقد تكون من تصميم الموقع بصيغه مكتوبة تتضمن معلومات السلع والخدمات، أو قيام مصمم الموقع بوضع اختيارات عديدة للمستهلك، وفي هذه الحالة لا

(7) المادة (6) فقرة (1) من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية والذي اعتمده لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري عام 1996 .

يصبح له خيار إلا بوضع المؤشر على الخيار المعبر عن إرادته، وعليه يكون المستهلك قد عبر عن إرادته ضمناً باختياره لأحد الصيغ المكتوبة أو خيار الكتابه بنفسه.

أما فيما يتعلق بالتعبير عن الإرادة عبر خدمة البريد الإلكتروني، فيتم عبر خدمة البريد الإلكتروني بالكتابة وتوجيه الرسائل الإلكترونية من داخل العلبه الالكترونية واليهما لكل من المرسل والمرسل اليه عبر شبكة الانترنت، ويسمح البريد الالكتروني بتبادل الرسائل بين مستخدم محدد لشبكة الانترنت أو لعدد غير محدد من المشتركين، وتسمى هذه الخدمة بخدمة اللوائح أو القوائم البريدية (عيسى، 2001، ص56).

وعليه فما هو مدى إعتبار صلاحية السكوت في التعبير عن القبول في العقد الإلكتروني؟
وللاجابة عن هذا التساؤل يجب أن نميز بين حالتين: الأولى؛ وهي الأصل بأنه لا يمكن اعتبار السكوت وسيلة للتعبير عن القبول، فإذا سكت من وجه اليه إيجاب الكتروني فلا يمكن أن يعد سكوته مجرد قبولاً منه على هذا الإيجاب. والثانية؛ هي الاستثناء والتي يعد فيها السكوت قبولاً وهو ما يعرف بالسكوت الملايس لظروف العقد، ومن أمثلتها: 1- حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين وإرتباط الإيجاب بهذا التعامل. 2- إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه الإيجاب. 3- سكوت المشتري بعد أن تسلمه للسلع التي اشتراها هو بمثابة قبول لما ورد من شروط⁽⁸⁾.

(8) تنص المادة (81) ف (2) من القانون المدني العراقي بأنه (ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين متعاقدين واتصال الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه . وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط) .

وهذه الحالات الثلاثة التي جاء بها التشريع الاردني⁽⁹⁾، لا بد من أن تواجه بمنتهى الحذر في معرض القبول الالكتروني.

لأن حالة وجود تعامل سابق بين المتعاقدين كثيرة الحدوث في مجال التعاقد عن طريق شبكة الانترنت، ومثال ذلك اعتياد المستهلك شراء بعض السلع من أحد المتاجر الافتراضية مع الإشارة لحقيقة سهولة إرسال الايجاب عبر البريد الالكتروني عن طريق شبكة الانترنت، يؤدي لفرض التعاقد على المستهلك الذي اعتاد التعامل مع المتجر الافتراضي عن طريقة الشبكة، لوجود تعامل سابق بينه وبين المتجر الافتراضي ما لم يقترن بظروف تدل على أن السكوت يعتبر قبولاً من العميل (مجاهد، 2000، ص83-84).

ولأن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الانترنت هي عقود تجارية، والغاية منها تحقيق الأرباح بأقصر وقت وأقل تكاليف، فلا يمكن تصور حالة تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه وتعد عملاً من أعمال التبرع ، وكذلك الحال عليه في الحالة الثالثة وهي حالة سكوت المشتري بعد تسلّم البضائع التي اشتراها .

وقد تميز التشريع المدني المصري في الفقرة الأولى من المادة (98) في حالة خاصة وهي: (إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري وغير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول، فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب)، وقد أقر

⁽⁹⁾ وقد كان المشرع المصري اكثر دقة من المشرع الاردني في المادة 97، بإيراده الفقرة (2) (ب) من المادة (98) من القانون المدني المصري بقولها (يعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص اذا (ا) كانت طبيعة المعاملة او العرف التجاري وغير ذلك من الظروف تدل على ان الموجب لم يكن لينتظر تصريحاً بالقبول فان العقد يعتبر قد تم ، اذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب) .

جانب من الفقه الفرنسي بأنه لا يمكن الركون إلى هذا الاحتمال، باعتبار أن التعاقد عبر الأنترنت حديث النشأة ويخالف مفهوم العرف لحدثه⁽¹⁰⁾.

وقد صدرت توجيهات الاتحاد الأوروبي لدول الاتحاد من قبل المفوضية، القانون رقم 31 لسنة 2000 والمتعلق (ببعض النواحي القانونية المتعلقة بخدمات شبكة المعلومات ولاسيما في موضوع التجارة الالكترونية)⁽¹¹⁾، وقد كانت المملكة الاردنية الهاشمية السباقة في هذا المجال على مستوى الوطن العربي باصدار قانون قانون المعاملات الالكترونية الاردني لعام 2001.

وعليه؛ فيجب أن يتم التعبير عن القبول في العقد الالكتروني بالكتابة، وأن السكوت لا يصلح للتعبير عن القبول كأصل، واستثنى المشرع من هذه القاعدة حالات معينة نصت عليها المادة (95) من القانون المدني الأردني التي نصت على: (1). لا ينسب إلى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة بيان ويعتبر قبولاً . 2. ويعتبر السكوت قبولاً بوجه خاص إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه).

ولكن هل يعتد بالإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة في التعاقد عبر الإنترنت، إذ قد يقوم متجر افتراضي بعرض سلع وخدمات مع بيان أسعارها، ثم يتبين فيما بعد بأنه قد وقع بغلط خلال عرضها بأسعار أقل أو أكثر من قيمتها الحقيقية، أو قد يقوم المستهلك أثناء تصفح المواقع الإلكترونية بالضغط على خيار موافق دون قصد أو رغبة في التعاقد، وفي هذه الحالات هل نأخذ بالإرادة الظاهرة أم الباطنة في التعاقد ؟

(10) Anne Cousinet Alain Bersoussaor : De la Tradition , dela coutume sur Internet ,

Gazette du palais –vendredi , 14 , samedi 15 Janvier 2000 , P. 13 etc.

Droit & Patrim one – Javer , 2001 , P. 72 .

(11)

وبتطبيق النظريتين التقليديتين للإرادة الظاهرة والباطنة على التعاقد عبر شبكة الانترنت، تجد الباحثة أن نظرية الإرادة الظاهرة تغلب الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة والتي أخذ بها القانون المدني الأردني في المادة 1/94 بالقول: (يعتبر عرض البضائع مع بيان ثمنها ايجاباً). ونظرية الإرادة الباطنة التي تغلب الإرادة الباطنة والحقيقية على الإرادة الظاهرة، والتي أخذ بها القانون المدني الأردني أيضاً في المادة 214 بالقول: (1- العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني. 2- والأصل في الكلام الحقيقة فلا يجوز حمل اللفظ على المجاز إلا إذا تعذر حمله على معناه الحقيقي).

فالإرادة الظاهرة هي الإستثناء من الأصل وهو الإرادة الباطنة، فإذا أخذنا بنظرية الإرادة الباطنة في العقد الالكتروني تطبيقاً للقواعد العامة، فإن العقد لا ينعقد لإنعدام الرضاء وعدم تطابق إرادتي الطرفين المتعاقدين، أما إذا أخذنا بنظرية الإرادة الظاهرة، فإن التعاقد ينعقد، ولكن في هذه الحالة يعطى المتعاقد الذي أصابه الضرر الحق بالرجوع على المتسبب بالضرر (السنهوري، 1981، ص218).

ومن الواقع العملي لشبكة الانترنت وخصوصاً التعاقد عبر الشبكة؛ تلاحظ الباحثة بأن الإرادة الظاهرة هي التي يعتد بها في هذا النوع من التعاقد عملاً بحسن النية، وتجنباً لمخاطر هذا النوع من التعاقد؛ فقد اتجهت بعض الشركات الفرنسية الى إعداد نماذج جاهزة من العقود التي يتوجب على المستهلك تعبئتها إذا أراد التعاقد تجنباً للأخطاء التي قد يقع بها المستهلك من خلال الضغط على زر القبول وانعقاد العقد الالكتروني، وهذا ما تميل الباحثة إلى تأييده.

المطلب الثاني

عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني

يشترط القانون المدني لصحة العقد توافر الأهلية من حيث سلامة الإرادة وخلوها من عيوب الأهلية وعوارضها، وعيوب الإرادة هي ما يشوب إرادة الشخص بحيث تصبح إرادته معيبة وغير حرة وعيوب الإرادة نظمها القانون بأربعة حالات وهي (الغلط، التدليس، الإكراه، الغبن)، وهو ما سنوضحه في الفروع الآتية:-

الفرع الأول: الغلط في العقد الإلكتروني

يتجسد الغلط بالوهم القائم في ذهن الشخص، بحيث يصور له ذلك الأمر على خلاف الحقيقة، بعدم توافق بين الإرادة الداخلية ونية الشخص المتعاقد والإرادة الظاهرة والخارجية، وقد عالج المشرع الأردني الغلط في المواد (151-155) من القانون المدني وأشار للشروط الواجب توافرها في الغلط ليعيب الرضا⁽¹²⁾.

وقد نصت المادة 121 من القانون المدني المصري على ذلك أيضاً بقولها (يكون الغلط جوهرياً إذا بلغ حداً من جسامته بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع في هذا الغلط،

(12) نصت مواد القانون المدني الاردني بقولها: (151- لا يعتبر الغلط الا فيما تضمنته صيغة العقد او دلت عليه الملابسات وظروف الحال او طبائع الاشياء او العر. - المادة 152 - اذا وقع الغلط في ماهية العقد او في شرط من شروط الانعقاد او في المحل بطل العقد. - المادة 153- للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط في امر مرغوب كصفة في المحل او ذات المتعاقد الاخر او صفة فيه. - المادة 154- للعاقد فسخ العقد اذا وقع منه غلط في القانون وتوافرت شروط الغلط في الواقع طبقاً للمادتين 151 و153 ما لم يقض القانون بغيره. - المادة 155- لا يؤثر في العقد مجرد الغلط في الحساب او الكتابة وانما يجب تصحيحه.

على أن الغلط يعتبر جوهرياً على الأخص إذا وقع صفة في شيء يكون جوهرياً في اعتبار المتعاقدين أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل وكانت تلك الذات وهذه الصفة هي السبب الرئيسي في التعاقد).

ولا يكفي أن يكون الغلط ثانوياً أو جوهرياً وإنما يجب أن يتصل شخص المتعاقد الآخر بهذا الغلط ، وقد نصت المادة 156 من القانون المدني الأردني على ذلك بقولها: (1 - ليس لمن وقع في غلط ان يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية.2- ويبقى ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه اذا اظهر الطرف الاخر استعداده لتنفيذ هذا العقد).

وعليه ومن خلال استعراضنا للنص القانوني السابق يتضح للباحثة أن الغلط الذي يعيب الإرادة، ويؤثر فيها يجب أن يحقق شرطان يتمثل الأول بأن يكون الغلط جوهرياً والثاني أن يتصل بشخص المتعاقد الآخر ليعتد قانوناً بهذا الغلط مع الإشارة الى أن ما ينطبق على العقود التقليدية يطبق على العقد الإلكتروني.

ولا يوجد أية اختلافات في هذا العيب بالغلط فيما بين العقد التقليدي كعيب من عيوب الإرادة عن غلط عيب الإرادة في العقد الإلكتروني فهذا العيب يمكن حدوثه في كلا العقدين (حجازي، 2006، ص64-70).

وغالباً ما نجد أن العقود عبر شبكة الإنترنت تقع في الغلط بسبب البعد المكاني بين أطراف العقد لإبرام العقود عن بعد بحيث لا يمكن حصر صور الغلط، لأن مجال التعامل الإلكتروني عبر شبكات الإنترنت يوضح لنا إمكانية حدوث الخطأ في العقود المبرمة على شبكة الإنترنت حيث يقع المستخدم بخطأ في الخانة التي يضغط عليها ويجد نفسه متعاقداً مع آخر رغم

عدم اتجاه إرادته لذلك التعاقد مما يتيح المجال للمطالبة بإبطال العقد وفسخه بسبب الوقوع في الغلط لذات المتعاقد أو صفته، ومثال ذلك الغلط بإسم الموقع أو الشخص المنوي التعاقد معه في ذهن المتعاقد مع شخص أو موقع آخر (عبد الرحمن، 2005، ص138).

الفرع الثاني: التغير في العقد الإلكتروني

التغير هو استعمال الطرق الاحتمالية لإيقاع المتعاقد الآخر بغلط يدفعه للتعاقد مع ذلك الشخص، وقد نصت المادة 143 من القانون المدني الأردني على أنه : (التغير هو أن يخدع احد العاقدين الآخر بوسائل احتمالية قوليه أو فعلية تحمله على الرضا بما لم يكن ليرضى به بغيرها)⁽¹³⁾. كما نصت المادة 152 من القانون المدني الكويتي على أنه: (يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس الكذب في الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته، أو السكوت عن ذكرها، إذا كان ذلك إخلالاً بواجب في الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التي يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق في أن يضعها فيمن غرر به).

وباستعراض النصوص القانونية السابقة يتبين لنا أن للتغير عدة عناصر تتلخص بالآتي :

أولاً: استعمال طرق احتمالية: يشتمل هذا العنصر على جانبان أحدهما مادي يتمثل بالحيلة المستخدمة المؤدية لإيقاع الطرف الآخر بالوهم والتي تأخذ صوراً متعددة، ولما كان الأصل أن مجرد الكذب لا يكفي لتوافر العنصر المادي في التدليس إلا أنه يعتبر كافياً إذا تعلق الأمر بواقعة لها أهميتها، الأمر الذي يمكننا من القول بأن المتعاقد ما كان متعاقداً بغير البيانات الكاذبة التي

⁽¹³⁾ كما نصت المادة 125 من القانون المدني المصري على ذات المعني.

أدلى بها المتعاقد الآخر كما أن كتمان بعض المعلومات أو السكوت عن بعضها يعتبر من الطرق الاحتيالية إذا تعلق بواقعة هامة يجب الإفشاء عنها ولم يكن بوسع المتعاقد الآخر معرفتها بطرق أخرى (عبد الرضا والنكاس، بلا تاريخ نشر، ص88). وأما الجانب المعنوي فيتمثل بإتجاه نية ذلك الشخص للتضليل بهدف الوصول إلى غرض غير مشروع، وبخلاف ذلك فلا يمكن القول بوجود التدليس، وهذا الأمر كثير الحدوث في العقود الإلكترونية عموماً (سليمان، 2009، ص75).

ثانياً: التغيير في العقود الإلكترونية: يمكن القول بتوافر هذا العنصر إذا كانت الحيل المستخدمة من قبل ذلك الشخص قد بلغت حداً من الجسامة لأبرم العقد من شخص المدلس عليه عند إبرام العقد الإلكتروني، والعبرة هنا تكمن بشخص المتعاقد الآخر وليس بمدى تأثير هذه الحيلة بالشخص العادي، أي أن معيار تقدير جسامة الحيلة المستخدمة ومدى تأثيرها هو المعيار الشخصي ولا يختلف الأمر فيما بين العقد الإلكتروني والتقليدي (سليمان، 2009، ص75).

ثالثاً: اتصال التغيير بشخص المتعاقد الآخر: تجدر الإشارة هنا إلى أنه لا يكفي فقط استعمال الطرق الاحتيالية لدفع المتعاقد الآخر لإبرام العقد، وإنما يجب أن يتصل التدليس بشخص المتعاقد الآخر، فإذا كانت الطرق الاحتيالية قد صدرت من المتعاقد الآخر أو من طرف شخص آخر غير المتعاقدين وأثبت المتعاقد أن المتعاقد معه يعلم أو من المفروض أن يعلم بذلك التدليس (رياح، 2011، ص112-113).

والتدليس في العقد العادي التقليدي لا يختلف عنه في العقود الإلكترونية، ويحدث بكثرة في الأخيرة بسبب الكذب والخداع المتواصل في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات والخدمات إلى جانب عدم تمكن المستهلك من معاينة الشيء المبيع في العقود الإلكترونية، وتتم المعاينة من خلال شاشات الحاسب الآلي ففي حالة عقود البيع الإلكترونية يقوم البائع بخداع المشتري باستخدام

الحيل التكنولوجية بعرض المنتج أو الخدمة، وبإستخدامه لتلك الخدع والحيل يمكن للمتعاقد إبطال العقد استناداً للغش الذي تم ممارسته بحقه. لذلك فإن الكذب والغش الذي يتم ممارسته من خلال الحيل الإلكترونية في الإعلانات التجارية والدعاية الإلكترونية للمنتجات والخدمات لا يخرج من إطار التدليس لتجاوزه الحد المألوف للكذب المجرد وتأثيره في إرادة المتعاقد، وعليه فهو الدافع لإبطال العقد تبعاً للعييب الذي شاب إرادة المتعاقد (بدر، 2005، ص93).

وتكثر طرق الغش والتغريب بإستخدام الحيل الإلكترونية في العقود الإلكترونية، ومنها على سبيل المثال؛ إستعمال علامة تجارية لمنتج آخر أو نشر بيانات ومعلومات حول المنتج غير صحيحة بقصد ترويجها أو إنشاء المواقع الوهمية على شبكة الانترنت، ومثال على ذلك أن المؤسسات والشركات التجارية الإلكترونية الوهمية التي تعمل بنظام المضاربة بالأموال من خلال شبكات الإنترنت وتقديم العروض المغرية لأرباحها الوهمية في موقعها الوهمي لتدفع العملاء بإيداع أموالهم لديها (بدر، 2005، ص105).

الفرع الثالث: الإكراه في العقود الإلكترونية

يتمثل الإكراه بمجموعة الضغوط المؤثرة بإرادة المتعاقد وتدفعه للتعاقد تبعاً للرهبة والخوف الذي تولده هذه الضغوط في نفس المتعاقد (الجمال، 2006، ص172)، وقد عرف نص المادة 135 من القانون المدني الأردني الإكراه بأنه: (إجبار الشخص بغير حق على ان يعمل عملاً دون رضاه ويكون مادياً او معنوياً). وقد نصت المادة 141 من القانون المدني الأردني على أنه: (من اكراه بأحد نوعي الإكراه على ابرام عقد لا ينفذ عقده ولكن لو اجازه المكروه او ورثته بعد زوال الإكراه صراحة او دلالة ينقلب صحيحاً).

وأما في القانون المدني المصري فقد نصت المادة 127 منه على أنه: (1- يجوز إبطال العقد للإكراه إذا تعاقد شخص تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر في نفسه دون وجه حق وكانت قائمة على أساس. 2- وتكون الرهبة قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذي يدعيها أن خطراً جسيماً محققاً يهدده هو أو غيره في النفس أو الجسم أو الشرف أو المال. 3- ويراعى في تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر في جسامته الإكراه)، كما نصت المادة 128 من القانون المدني المصري على أنه: (إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد، ما لم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض أن يعلم حتماً بهذا الإكراه).

وأما الإكراه الحاصل في مجال إبرام العقود الإلكترونية؛ فمن الصعب حدوثه لأن التعاقد لا يتم بين حاضرين لمجلس العقد، كما هو الحال العقود العادية، وإنما يتم التعاقد بين غائبين عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، مما يصعب معه تحقق وجود شروط الإكراه ما لم يحدث بسبب التبعية الاقتصادية، فيضطر المتعاقد لإبرام تلك العقود تحت الضغط والإكراه كمجالات توريد المنتجات من قبل محتكرها بسبب تهديد مصالحه الشخصية التجارية في حالة عدم إبرامه لذلك العقد وخصوصاً في ظل عدم وجود خيار آخر (بدر، 2005، ص 99-100).

الفرع الرابع: الغبن في العقد الإلكتروني

يتمثل الغبن واقعياً بعدم التوازن بين طرفي العقد في الالتزامات المفروضة على كلاً منهما، ويصبح الخلل واضحاً بين ما يلتزم به أحد طرفي العقد وبين المقابل الذي يحصل عليه، وقد أشارت المادة (146) من القانون المدني الأردني إلى أن: (الغبن الفاحش في العقار وغيره هو ما لا يدخل تحت تقويم المقومين)، ولذلك فإن الغبن ليس سبباً بذاته لإبطال العقد إلا إذا وجد نتيجة لعيب آخر من عيوب الرضا.

وعليه يمكن للباحثة القول بأن الغبن لا يؤثر في العقود الإلكترونية.

ومن التشريعات السبّاقة في مجال النص الصريح على ذلك في مجال العقود الإلكترونية، والتي اهتمت بحماية المستهلك حتى في إبرام العقود الإلكترونية القانون التونسي للمعاملات الإلكترونية حيث جاء نص المادة (50) منه بأنه: (يعاقب كل من استغل ضعف أو جهل شخص في إطار عمليات البيع الإلكتروني حاضراً أو آجلاً بأي شكل من الأشكال بغرامة تتراوح بين 1000 و 20000 دينار).

الفصل الثالث

ماهية فسخ العقد الإلكتروني وأحكامه

الفصل الثالث

ماهية فسخ العقد الإلكتروني وأحكامه

يعتبر عقد الاستهلاك عبر الانترنت من أهم العقود التي أقر فيها خيار الفسخ لصالح المستهلك، كما ويعد من أخطر الموضوعات المتعلقة بالعقود، نظراً لتزايد إبرام العقود بغير الطرق والوسائل المعروفة والتي أصبحت أمراً ظاهراً في الكثير من العقود، مما يتطلب البحث عن وسائل تناسب هذه العقود، لذلك وجب أن يتعرض القانون لحماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية لإعادة التوازن في العلاقات الاستهلاكية بما يرفع الضرر والخطر عن المستهلك والمحترف، على المستوى الوطني والدولي (رشدي، 2008، ص80).

ولا جدوى من إحاطة المستهلك علماً ببيانات السلع والخدمات دون إعطائه وقتاً للتفكير قبل الإقدام على التعاقد، ومن هنا منحت التشريعات للمستهلك الإلكتروني حقاً لإمضاء العقد، أو فسخه حماية له من أي تلاعب أو تغيير أو تدليس من المحترف في إطار التجارة الإلكترونية.

ويرجع السبب في ذلك إلى عدة اعتبارات منها أنه يشتري السلعة محل التعاقد الإلكتروني

عن طريق الانترنت ولم يرها، وإنما رأى صورتها على شاشة الحاسب الآلي.

وفي ضوء ما ذكر سنبحث الموضوع من خلال المبحثين التاليين:

المبحث الأول: مفهوم فسخ العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: أحكام فسخ العقد الإلكتروني

المبحث الأول

مفهوم فسخ العقد الإلكتروني

يعد فسخ العقد أحد أهم الوسائل القانونية في المرحلة اللاحقة للتعاقد، وتزداد أهمية هذا الخيار للمستهلك في العقد الإلكتروني، فعادة ما يدفع المستهلك لإبرام العقد في ظروف يحرصه فيها المحترف على الشراء تحت تأثير وسائل الدعاية والإعلان، لأنّ القدرات التسويقية التي يتمتع بها المحترف تمكنه من التحكم في نفسية المستهلك مما يدفعه إلى التعاقد بسبب حاجته إلى السلعة أو الخدمة دون معابقتها ودون دراسة متأنية، إضافة لضعفه من الناحية القانونية والتقنية المعرفية وعدم توفر الوقت اللازم والكافي للتفكير في ما يبرمه من عقود تبعاً لعدم توازن العلاقة العقدية بين المستهلك والمحترف (حسين، 2001-2002، ص60؛ الدباغ، 1998، ص150).

وتبعاً لذلك تظهر الحاجة إلى حماية من نوع خاص للمستهلك في هذا الشأن بتخفيف غلو تطبيق مبدأ القوة الملزمة للعقد بوصفه أول العقوبات التي تواجه المستهلك في هذه الحالة، لذلك رخص القانون للمتعاقد في مثل هذه الظروف فسخ العقد الذي يبرمه في حالة الاستعجال، ويعطى له الحق في فسخ العقد الذي سبق وأن أبرمه ودون أن يلحقه ضرر من ذلك العقد. حيث تنص المادة 241 من القانون المدني الأردني على انه: (إذا كان العقد لازماً فلا يجوز لأحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضى نص القانون).

وعليه فإننا سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نبين في المطلب الأول تعريف الفسخ، وفي

المطلب الثاني نوضح الأساس القانوني لفسخ العقد.

المطلب الأول

تعريف فسخ العقد الالكتروني

يعتبر إعطاء أحد المتعاقدين مكنة لفسخ العقد أمراً ينطوي على خطورة كبيرة لما يشكله من انتهاك لمبدأ القوة الملزمة للعقد، لذا يقتضي البحث في خيار فسخ التعاقد، تحديد المقصود بالفسخ تحديداً دقيقاً لضمان إعماله في النطاق الذي رسمه المشرع، ومن ثم بيان الطبيعة القانونية للعقد المتضمن خيار الفسخ، وهو ما سيكون موضوع الفرعين القادمين:

الفرع الأول: معنى فسخ العقد الالكتروني

على نطاق التشريع الفرنسي فقد أرتبط وجود الحق بالفسخ ببداية التشريعات التي كانت تهدف إلى حماية المستهلك في كافة مراحل العقد الالكتروني (رشدي، 2008، ص82)، وقد نصت المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم (88/21) الصادر في 6 كانون الثاني / يناير 1988 على أنه: (في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر المسافات فإن للمشتري خلال سبعة أيام من تاريخ تسليم المبيع الحق في إعادته إلى البائع لاستبداله بآخر أو رده واسترداد الثمن من أية نفقات من جانبه سوى مصاريف الرد).

ويتضح من خلال هذا النص أن خيار المستهلك بفسخ التعاقد ينطبق على عقود البيع الالكترونية والتي لا يتمكن فيها المتعاقد من رؤية المبيع في عقد الاستهلاك الالكتروني، حيث يتعاقد فيها المستهلك على شراء خدمة أو سلعة دون المناقشة ودون رؤيتها، فمثلا الخدمة التي يتم التعاقد عليها مسبقاً ثم يتبين للمستهلك عدم إمكانية استفادته منها بسبب تقديمها السيئ للمستهلك، ويرغب في فسخ العقد، ولذلك تظهر الحاجة إلى هذا الإتجاه في نطاق عقد الإستهلاك الالكتروني.

وأما بالنسبة لموقف الفقه والتشريع، عرف جانب من الفقه خيار فسخ التعاقد الإلكتروني بأنه: (أحدى الطرق القانونية الحديثة التي أوجدها المشرع لتوفير الحماية اللازمة والفعالة للمستهلك في مرحلة تنفيذ العقد الإلكتروني) (قاسم، 2005، ص55). كما عرف بعض الفقه خيار الفسخ بأنه: (قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إمضائه أو الرجوع فيه) (الباقي، 2004، ص 767). كما عرف بأنه (ميزه قانونية أعطاه المشرع للمستهلك في الرجوع عن التعاقد بعد أن ابرم العقد صحيحاً أو قبل إبرامه، ودون أن تترتب على ذلك مسؤولية المستهلك بتعويض المتعاقد الآخر عما يصيبه من أضرار بسبب الرجوع عن اتمام العقد. (الجميل، 2005، ص770).

أما قانون حماية المستهلك الأردني فتري الباحثة أنه لم يقرر مثل هذا الخيار للمستهلك، وإنما نص على حق المستهلك في استبدال السلعة الغير مطابقة للمواصفات أو تعديل العيب دون إلحاق الضرر به، إذا شابها عيب أو كانت غير مطابقة للمواصفات ولا يمثل ذلك حقاً لفسخ العقد على النحو المقرر في القانون الفرنسي، وإن ما قرره المشرع الأردني هو تطبيق للقواعد العامة لإخلال البائع بضمان عيوب المبيع وفقاً لنص المادة 266 من القانون المدني الأردني.

وأما على صعيد التشريعات العربية الحديثة والخاصة بحماية المستهلك فقد تعرض المشرع اللبناني في الفصل العاشر من قانون حماية المستهلك إلى العقود التي يبرمها المستهلك عن بعد وفي محل إقامته، وقرر فيها للمستهلك خيار الفسخ، فقد نصت المادة (55) من قانون حماية المستهلك اللبناني على أنه: (يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفق أحكام هذا الفصل العدول عن قراره بشراء السلعة او استئجارها والاستفادة من الخدمة ...).

وعليه يمكن للباحثة القول؛ أن خيار الفسخ هو ميزة أعطاه المشرع للمستهلك لغايات التخفيف من الميزات التي يمتلكها المحترف في مواجهة المستهلك والتي تدفعه للتعاقد.

وترى الباحثة أن معظم التشريعات العربية لم تقرر الخطوة التشريعية ذاتها التي أفردتها المشرع الفرنسي في تقريره لخيار المستهلك في فسخ العقد باستثناء التشريع اللبناني، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن التشريعات العربية لا تزال تقف عند حدود القواعد العامة في القانون المدني، وفي مقدمتها العقد شريعة المتعاقدين؛ فلا يجوز نقض العقد أو فسخه أو تعديله بمحض إرادة أحد المتعاقدين دون الآخر، وقد يكون سبب ذلك هو اعتماد تلك التشريعات على الخيارات التي أقرتها قوانينها المدنية المستمدة من الفقه الإسلامي وهي خيار الشرط والرؤية والتعيين وخيار العيب. كما أن تلك التشريعات لا تزال تعتمد على مبدأ أنه يقع على عاتق كل متعاقد السهر على حماية حقوقه ومصالحه الخاصة، وليس لديه الحق بأن يدعي بأنه خدع بوسيلة أو أخرى بعيداً عن إطار النظرية التقليدية المتعلقة بعيوب الرضا متى توافرت شروطها، وبالنتيجة تكون العلاقة العقدية بين المستهلك والمحترف علاقة غير متوازنة (المادة 241 من القانون المدني الأردني).

ويعتبر تقرير حق المستهلك في فسخ العقد الإلكتروني على غرار ما فعله المشرع الفرنسي واللبناني في نطاق العقد الإلكتروني، هو إحدى أساسيات حماية المستهلك الأساسية، لأن المبررات التي دفعت المشرع لإقرار هذا الخيار في جميع البلدان بوصفها مكنه تمكن المستهلك من تلافى ما يلحق به من ضرر نتيجة قبوله المتسرع للتعاقد الإلكتروني فضلاً عن عدم علمه في كافة النواحي الفنية أو الاقتصادية مما يؤدي لصدور الرضا منه على شكل لا يطابق الحقيقية والقبول بالتعاقد على نحو لا يحقق مصالحه (قاسم، 2005، ص58).

وعليه يمكن للباحثة تعريف فسخ العقد الإلكتروني بأنه : (رخصه قانونية أو مكنة تسمح للمستهلك فسخ العقد الإلكتروني بإرادته المنفردة خلال المهلة القانونية المحددة بموجب القانون أو الاتفاق، وإن لم يخل المحترف أو المنتج بالتزاماته، وتتم ممارسة هذا الخيار من المستهلك دون مقابل مادي باستثناء مصاريف رد السلع أو الخدمات).

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية لفسخ العقد الإلكتروني

اختلف الفقه حول بيان الطبيعة القانونية لخيار الفسخ، فقد ذهب رأي في الفقه إلى القول بأن فسخ من تقرر له الحق تعاقدته بالإرادة المنفردة للمستهلك، إلا أنه لا يعتبر حقاً بمعناه الدقيق، لأن الحق في إطار المعاملات المدنية أما أن يكون حقاً شخصياً أو عينياً (ابو الليل، 1994، ص111؛ رشدي، 2008، ص131). وهذا الخيار لا يعتبر حقاً شخصياً يتمثل في العلاقة بين الدائن والمدين، فالدائن لا يستطيع الحصول على حقه دون تدخل المدين، كما لا يعد حقاً عينياً يمنح صاحبه السلطة على شيء لأن العلاقة في الحق العيني هي علاقة تمنح صاحب الحق على الشيء محل ذلك الحق، فالعلاقة مباشرة وواضحة في مثل تلك الحالة، بينما في إطار الفسخ عبر العقود الإلكترونية فهو مختلف ولا مكان لهذه العلاقة، لأن للمستهلك بإرادته المنفردة إنهاء العقد دون تدخل طرف آخر (حسين، 2001-2002، ص60؛ الباقي، 2004، ص770).

ولأن هذا الخيار للمستهلك لا يخوله سلطة مباشرة على شيء بل يمنحه إمكانية إتمام إبرام العقد الذي أبرمه، ومن جهة أخرى فإذا لم يكن خيار المستهلك حقاً فهو ليس رخصة، كما قيد استعمال الخيار بمدة معينة تقضي إمكانية استعماله خلال تلك المدة (كيره، 1974، ص60).

وعليه فإن خيار المستهلك في الفسخ يحتل منزلة وسط بين الحق والحرية، فهو أعلى مرتبة من الحرية ولكنه لا يصل إلى حد الحق، وإنما يعتبر مكنة قانونية، يعتبر خيار الفسخ أهم تطبيقاتها، وهو حق إرادي يختلف مضمونه عن مضمون الحقوق العادية لما تتميز به هذه المكنة بقدرة صاحبها على إحداث أثر قانوني خاص بإرادته المنفردة ودون توقف ذلك على أرادة شخص آخر، وهذه المكنة في جوهرها تمنح المستهلك سلطة التحكم في مصير العقد، كما أن هذا الخيار لا يقابله واجب أو التزام على من يستعمل هذا الحق في مواجهته (الباقي، 2004، ص771).

المطلب الثاني

الأساس القانوني لخيار فسخ العقد

يكمن المصدر الأساسي للحق في فسخ العقد القانوني في اتفاق المتعاقدين أو نصوص القانون، لذلك ميز الفقه بين نوعين من حق الفسخ، ولكل منهما أساسه القانوني الذي يختلف عن الآخر. وهذان النوعان هما الفسخ الاتفاقي والفسخ التشريعي، فالأول وبما أنّ الفسخ يعتبر استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد، وهذا الحق يمكن المتعاقدين مخالفة هذه القاعدة بالاتفاق على إعطاء خيار فسخ العقد لكليهما أو لأحدهما بإرادته المنفردة دون أن يتوقف ذلك على إرادة الطرف الآخر للعقد وفي هذه الحالة يصبح العقد غير ملزم وقابلًا للرجوع عنه وهو ما يطلق عليه خيار الفسخ الاتفاقي أو البيع بشرط الخيار وفق خطة المشرع الأردني، ويعدّ اتفاق المتعاقدين الأساس القانوني لهذا الخيار وهو امتداد لمبدأ سلطان الإرادة ومبدأ العقد شريعة المتعاقدين، ويشترط في هذه الحالة أن يكون الخيار مقيداً بفترة زمنية محددة يتم خلالها ويصبح العقد بانتهاء تلك المدة باتاً ونهائياً (انظر المواد 178-182 من القانون المدني الأردني).

أما فيما يتعلق بالفسخ التشريعي المترتب عن نص خاص في القانون؛ فقد اختلف الفقه في بيان أساسه القانوني إلى عدة آراء، وقد ذهب جانب من الفقه إلى القول بفكرة التكوين المتدرج للعقد، على أساس أنّ عقود الاستهلاك لا تبرم في لحظة ارتباط الإيجاب بالقبول فقط (الباقي، 2004، ص775)، وإنما لا بد من مرور مدة زمنية محددة يقوم المستهلك بتأكيد رضاه الذي أصدره مسبقاً، وله الرجوع عن هذا الرضا خلال هذه المدة، ويمنع بذلك إبرام العقد، وينسحب من رابطة عقدية غير مكتملة وغير ملزمة (الجمال، 2002، ص222-ص223).

ومهما كان العقد الذي ينطوي على خيار الفسخ التشريعي، فإنه لا يبرم بصفة نهائية وهو لا يزال في طور التكوين، وأن المهلة القانونية التي منحها المشرع للمستهلك، هي فترة للتفكير والتروي لإتمام العقد ولا يظهر العقد فعلياً إلا بعد انتهاء المدة التي تتيح للمستهلك الوقت للتفكير في العقد، ومن ثم يكون رضاه قد اكتمل، وعليه فإن رضا المستهلك يتكون من مرحلتين، أحدهما تسبق العقد والأخرى لاحقة للعقد (حسين، 2001-2002، ص 61).

ويبرر أصحاب هذا الرأي رأيهم بأن هذا الرضا لا يناقض مبدأ القوة الملزمة للعقد مادام الفسخ يحدث في وقت لم يكن فيه العقد مبرماً، كما أن الرضا السريع يمكن التشكيك في صحته لإندفاع المستهلك في قبول الإيجاب المعروض عليه دون أن يأخذ الوقت الكافي للتأكد من ملائمة العقد لإشباع رغباته. ويبدو أن فكرة التكوين المتدرج للعقد تقدم تفسيراً منطقياً لمهلة التفكير، التي لا ينعقد العقد قبل مضيها وأن أصدر المستهلك رضاه بالعقد، وتتفق مع طبيعة المدة والغاية التي قررت من اجلها، ويمكن اعتمادها أساساً قانونياً لفسخ العقد (الزقرد، 2005، ص 227-228).

وذهب رأي آخر من الفقه إلى القول أن فكرة الفسخ الممنوحة للمستهلك من قبل المشرع لا تؤثر في العلاقة العقدية، ويكتمل وجود العقد بمجرد توافر شروطه وأركانه القانونية، ويكون المستهلك صاحب الخيار في فسخ العقد الذي ابرمه فعلاً وأصبح تاماً ونافاً، ومع ذلك يبقى له وإرادته المنفردة فسخ العقد خلال المهلة المحددة قانوناً (رشدي، 2008، ص 107).

حيث أن العقد الذي يبرمه المستهلك ويقرر المشرع خيار الفسخ له يكتمل وجوده القانوني تماماً وينقل الملكية بموجبه للمستهلك، كما أن المشرع منح المستهلك خيار الفسخ خلال مدة معينة للعدول عن العقد بإرادة المستهلك المنفردة، لحماية المستهلك من التسرع في التعاقد، وقد تدخل المشرع لمنح هذه الميزة لحماية المستهلك في مواجهة المحترف، كما أن المشرع في القوانين التي

قررت الخيار والمكنة يمنع الاتفاق على النزول عن هذا الخيار مسبقاً أو تقييدها بغير ما أقره المشرع (مثلاً قانون المعاملات الالكترونية الأردني).

ومهما كانت الآراء التي بينت الأساس القانوني لخيار فسخ العقد فلم تسلم من النقد، والأساس الذي تراه الباحثة للفسخ التشريعي هو وجود النص القانوني الصريح في القوانين التي نصت عليه والتي منحت المستهلك هذا الخيار وخصوصاً في عقود التجارة الالكترونية، وهذا الخيار هو أداة رئيسية تلعب دوراً أساسياً في حماية الذين يتعاقدون دون تمهل في مناقشة شروط تعاقداتهم ويخضعون لتأثير الإعلانات المضللة، وما يحمله العقد بين طياته من ضغط على المستهلك لإتمام التعاقد.

وحيث أن القوة الملزمة للعقد تثبت للعقود الصحيحة النافذة ، ما لم يقرر المشرع أو الاتفاق خلاف ذلك، وفي عقود الاستهلاك الالكترونية قرر المشرع خلاف هذا المبدأ الذي يثبت القوة الملزمة للعقد بأن أعطى للمستهلك مكنة الفسخ استثناءً من المبدأ العام، وهو ما يمثل ضمانه للمتعاقد الضعيف إذ ما استطاع التراجع عما التزم به خلال المهلة المحددة قانوناً أو اتفاقاً (الباقى، 2004، ص776).

وعليه فإن هذه جميع هذه الاعتبارات مجتمعة دفعت المشرع للخروج عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، لأن المستهلك في مركز تعاقدى ضعيف مقارنة بالمحترف، ولم يجد المشرع بُدأً من الخروج على القواعد العامة لمبدأ الإلزامية لتقرير الحماية للمستهلك، لذا فإن الأساس القانوني للفسخ التشريعي للتعاقد هو استثناءً من مبدأ القوة الملزمة للعقد، وفي غياب النص التشريعي، فعلى المتعاقد أن ينفذ العقد وفقاً لما يقتضيه مبدأ حسن النية (انظر المادة 202 من القانون المدني الأردني).

المبحث الثاني

أحكام فسخ العقد الإلكتروني

يعدّ خيار المستهلك في الفسخ من الركائز الأساسية التي يقوم عليها النظام القانوني لحماية المستهلك بصفة عامة خاصة في عقود التجارة الإلكترونية، وقد تم تقرير هذا الالتزام لمحاولة إعادة التوازن إلى العلاقة العقدية لظروف إبرام هذه العقود وانعدام القدرة على رؤية محل العقد بشكل حقيقي ومناقشة شروط انعقاد العقد بصراحة وبشكل مباشر، وللمستهلك ممارسة هذه المكنة بإرادته المنفردة دون اللجوء إلى القضاء ودون اشتراط موافقة المحترف أو البائع وحتى دون إخلال البائع بالتزاماته (الزقرد، 1995، ص214).

كما أنّ هذا الخيار من الخيارات المؤقتة المنقضية بالاستعمال أو بسريان المدد المحددة لممارسته، كما أنّ معظم التشريعات التي أقرت هذا الخيار قد ربطت الأحكام المنظمة لهذا الخيار بالنظام العام، وبالتالي لا تسمح للمستهلك النزول عنها ويقع باطلاً أي شرط يقضي بغير ذلك (عبد الباقي، 2004، ص769).

وعليه وانطلاقاً من هذه المبررات وغيرها من القواعد التي نظمت القوانين الخاصة بحماية المستهلك في عقود التجارة الإلكترونية أقرت هذا الخيار بوصفه خياراً تشريعياً، وسنبحث في مكنة حق فسخ العقد الإلكتروني في المطلب الأول، بينما نخصص الثاني لقيود أعمال مكنة الفسخ.

المطلب الأول

مكنة فسخ العقد الالكتروني

ذهبت بعض قوانين حماية المستهلكين إلى أن للمستهلك فسخ العقد بعد إبرامه وإعادة السلعة دون أن يكون ملزماً بأداء تعويض معين كونه يستخدم مكنة منحها إياها القانون، إلا أن فسخ المستهلك للعقد وردّ السلعة يجب أن يكون مقيداً بضوابط وقيود تحفظ للعقد توازنه. ولعل من أهم القيود هي القاعدة المتعلقة بتحديد مدة معينة لفسخ العقد، ومن ثم فالاستثناء لحالات معينة من خيار الفسخ المقر على حساب المحترف أو المهني وخصوصاً في ظل انعدام أي مسوغ للعدول لأن الغاية من حماية المستهلك وإقرار هذه المكنة جاءت لإعادة التوازن إلى العلاقة بين المتعاقدين (النعمي، 2005، ص96)، وخاصة المستهلك.

وهو ما سنبينه في الفروع التالية:-

الفرع الأول: تحديد مدة لإعمال مكنة الفسخ

عندما منح المشرع مكنة الفسخ فمن الطبيعي أن يحدد فتره زمنية لمزاولة هذه المكنة وبمروورها يسقط حق الفسخ حفاظاً على استقرار التعامل، لأنه من غير العدالة أن يبقى المركز القانوني للمحترف أو المهني مضطرباً لمدة طويلة ويتفاجى بطلب فسخ عقد مضى على إبرامه مدة زمنية طويلة (النعمي، 2005، ص96).

وبالرغم من إقرار معظم التشريعات لهذه المكنة، إلا أنها لم تتفق على تحديد مدة الفسخ هذه حيث حددتها بعض القوانين بثلاثة أشهر من تاريخ بدء التنفيذ كما في المادة (9) الخاصة بالتعليم عن طريق المراسلة وذلك في القانون الفرنسي. وأما في المادة (6121) من تقنين الاستهلاك

الفرنسي لعام 1993، فقد حددته بسبعة أيام (14)، في حين تحددها بعض القوانين بـ (14) يوماً والبعض الآخر يحددها بـ (15) يوم كما في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري، والآخر بـ (30) يوماً.

وأما من حيث بدء سريان مهلة الفسخ فإن التوجهات الأوروبية توجب وجود تفرقة لمهلة أو مكنة الفسخ بين السلع والخدمات، فالنسبة للسلع فتبدأ المدة من أول يوم لاستلام المستهلك لها وأما بالنسبة للخدمات فتبدأ المهلة من لحظة إبرام العقد (15)، وتمتد تلك المهلة لأسبوع في الحالتين وبشرط أن يؤكد المورد على وفائه بالالتزام بالإعلام، وأما إذا لم يوف المورد بهذا الالتزام إلا بعد إبرام العقد فإن المهلة تبدأ منذ تلك اللحظة بشرط ألا تتجاوز الثلاثة أشهر من تاريخ التسليم أو الإبرام للعقد (منصور، 2006، ص155).

ولا تتفق معظم القوانين حول كيفية احتساب تلك المدة فمن القوانين تقرر احتسابها على أساس الأيام المقررة للعمل (16)، في حين تطلق بعض القوانين تلك المدة ولا تقيدها بأيام العمل وتشمل في حسابها أيام العمل وأيام العطل وهذا نصت عليه المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي .

ومما لا شك فيه بأن التوجيه الأوربي هو الأكثر رعاية لمصلحة المستهلك من المشرع الفرنسي لأنّ الأيام التي حددها تقنين الاستهلاك الفرنسي وتشمل أيام العطل وغيرها، تجعل

(14). وقد اخذ التوجيه الاوربي رقم (7/97) لسنة 1997 بنص مقارب لهذا النص في المادة السادسة منه .
(15) انظر المادة (2/11) من تعليمات الاتحاد الاوربي الخاصة بحماية المستهلكين في التعاقد عن بعد رقم(2334) لسنة 2000.

(16) انظر المادة لهذا النص في المادة السادسة من التوجيه الأوربي ، والمادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

المستهلك لا يستفيد من المدة كاملة. لذلك فقد حاولت التوجهات الأوروبية تدارك الأمر فنصت في الفقرة الأخيرة من المادة (121-20) على إنه إذا صادف اليوم الأخير من الأيام السبع يوم سبت أو يوم احد أو يوم عيد أو عطلة فإن هذه المدة تمتد إلى أول يوم عمل لاحق لتلك العطلة ومن ثم فإنه ووفق هذا النص ولحساب المدة اللازمة لممارسة مكنة الفسخ هو انه إذا صادف يوم عطلة وكان هذا اليوم في نهاية المدة المقررة قانوناً فيمتد العمل بتلك المكنة إلى أول يوم عمل ليبقى هذا الفرق واضحاً بين التوجيه الأوربي والمشرع الفرنسي بهذا الخصوص (النعيمي، 2005، ص95).

الفرع الثاني: كيفية إعمال مكنة الفسخ

بموجب قوانين حماية المستهلك المقررة لمكنة الفسخ فيمكن للمستهلك فسخ العقد خلال المدة المحددة وتخضع هذه المكنة بحسب الأصل لتقدير المستهلك وحده، وترتبط بإرادته المنفردة دون موافقة الطرف الآخر ودون اللجوء إلى القضاء، بل ودون الحاجة لبيان الأسباب أو العوامل التي دفعته إلى ذلك الفسخ. إلا أنّ بعض القوانين والتشريعات تلزم المستهلك حين الفسخ بأن يدفع مبلغاً معيناً يتمثل بنسبة معينة من قيمة المبيع وبشرط أن تصل قيمة محل العقد إلى حد معين (منصور، 2006، ص154).

كما أنّ القوانين التي أقرت هذه المكنة لم تخضع ممارستها من حيث الأصل العام لأي شكل أو إجراءات خاصة، وإنما أبتت الشرط الوحيد لاستعمال مكنة الحق في الفسخ هو ضرورة استعمالها خلال الفترة المحددة لها. ويكتفي بأن يعبر المستهلك عن إرادته في الفسخ وهذا التعبير عن إرادة الفسخ قد يكون ضمناً برد المستهلك المبيع الذي سبق أن تسلمه خلال المدة المحددة لممارسة هذا الخيار. وإذا كانت التشريعات لم تحدد شكلاً معيناً لممارسة مكنة الفسخ الا أنه من

الناحية العملية يكون من مصلحة المستهلك أن يعبر عنه من خلال وسيله تمكنه من إثبات الفسخ عند منازعة المحترف له في حالة وقوعه (النعيمي، 2005، ص95-96).

ويبقى من الأهم أن يتم ممارسة حق الفسخ خلال المدة المحددة له والتي تتميز بقصرها في الغالب الأعم لدى معظم التشريعات، ويعود السبب في ذلك لرغبة المشرع بأن يجعل العقد مستقر في أقصر مده ممكنة ولا يمتد لمدة طويلة، لمراعاة مصلحة المتعاقد الآخر، ولكي لا يبقى ملتزماً بعقد لا يعرف مصيره مدة طويلة من الزمن (الجميل، 2005، ص178).

المطلب الثاني

قيود أعمال مكنة الفسخ

هناك عدة مبررات لكي يمارس المستهلك مكنة فسخ العقد، كما أن هناك عدة قيود تقف أمام المستهلك عند ممارسته لهذا الخيار، الأمر الذي يستدعي أن نتعرض لتلك المبررات والقيود والعقبات التي تحد من حرية المستهلك في فسخ العقد وهو ما سنبينه فيما يأتي.

الفرع الأول: مبررات منح مكنة فسخ العقد الالكتروني

يستلزم منح المستهلك الحق بفسخ العقد أن نكون أمام مسوغات ومبررات قوية ومقنعة لممارسة هذا الحق وما ينطوي عليه من إضرار بالمتعاقد الآخر، ومن أهم هذه المسوغات قصور القواعد العامة الواردة في القانون المدني بحيث يجب يمنح المستهلك خيار الفسخ للعقود عموماً، وخاصة في إطار عقود الاستهلاك التي يبرمها المستهلك عبر الانترنت والتي تنقل إلى المعرفة المعلوماتية الكافية (الزقرد، 1995، ص208).

ولأن تلك العقود تبرم من خلال طريقة غير تقليدية وعبر الشبكات الالكترونية فإن مواجهة مشاكلها يجب أن تتم بوسائل غير تقليدية أيضاً، ومن أهم هذه الوسائل هو منح مستهلك الحق بالفسخ للعقد الذي سبق وأبرمه، والذي تيررها اعتبارات عديدة من أهمها : أن ما يميز عقد الاستهلاك الالكتروني هو انعقاده بين طرفين دون حضور مادي ومتعاصر بينهم في لحظة تبادل التعبير عن الإرادة، بحيث يضطر المستهلك لأن يكتفي بوصف السلعة أو الخدمة محل العقد والتي تتم من خلال الخدمات المتوفرة على الشبكة الالكترونية والتي يتمكن البائع أو المهني من خلالها عرض منتجاته وخدماته على المستهلكين من خلال الصور الفوتوغرافية والأفلام المتحركة أو غيرها من الطرق المعتمدة بالعرض، وقد تقترن تلك العروض بشهادة المختصين حول كفاءتها (منصور، 2006، ص155). وهذه الظروف والملابسات والطرق التي تعرض فيها السلع والخدمات على الشبكات الالكترونية تمنع المستهلك من معاينة السلعة معاينة نافية للجهالة وبالتالي يكون من الصعب تقدير مزاياها وعيوبها بشكل دقيق وصحيح ومدى تلبيتها لمتطلبات المستهلك(17).

وخصوصاً إذا كان محل العقد من المنتجات التي لا يمكن رؤيتها من خلال الشاشة بشكل صحيح الى جانب أن معظم المنتجات الحديثة تحتوي على تكنولوجيات وتركيبات معقدة ولا يكون بإمكان المستهلك معرفتها ومطابقتها للمواصفات إلا باستعمالها لمدة مناسبة ولعل ما يزيد من أهمية ثبوت خيار المستهلك في الفسخ هو إخلال البائع أو المحترف المهني بالإعلام الأول حول

¹⁷(). تنظر الحثية رقم (14) من حيثيات التوجه الاوربي رقم (97/7/EC) بشأن حماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد , حيث جاء فيها :

(Whereas the consumer is not able actually to see the product or ascertain the nature of the service provided before concluding the contract, whereas provision should be right of withdrawal from the قَوْف made, unless otherwise specified this directive,for a contract...)

المعلومات والبيانات الجوهرية التي تخص السلعة أو الخدمة والتي يكون لها تأثير كبير في قرار المستهلك لإقدامه على التعاقد عبر الانترنت من عدمه، لأنه ومن خلال هذا الإعلام يتمكن المستهلك من تقدير ملائمة السلعة لحاجياته (منصور، 2006، ص156).

ونجد في اغلب الأحيان أن تعاقدات المستهلك عبر الانترنت خالية من التفكير والتمهل وربما يعود ذلك لعدة أسباب كالسرعة الفائقة التي ينعقد بها العقد الالكتروني عبر شبكات الانترنت وكذلك سرعة تنفيذ الالتزامات المترتبة على إبرام العقد أحيانا (الجميلي، 2005، ص180).

بحيث لا يستغرق انعقاد تلك العقود لعدة ثوانٍ، مما أدى إلى تكييف التعاقد الالكتروني عبر الانترنت في الأغلب بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان إضافة إلى ذلك أن دور المفاوضات السابقة على التعاقد تقلص في إطار هذا النمط من التعاقد، حيث أن أغلبية هذه العقود تتم عادة من خلال عقود نموذجية تظهر على الموقع الالكتروني للمحترف على شكل استمارة نموذجية الكترونية تتضمن كافة تفاصيل التعاقد وتتوجه بشروط مماثلة إلى المستهلكين كافة على وجه الدوام ولا تقبل المناقشة أو المفاوضة (18).

ومما سبق تجد الباحثة أن المستهلك عندما يتعاقد في ظل هذه الظروف الالكترونية ويكتشف بعد فوات الأوان أنه لم يعبر عن أرائته الحقيقية وأنه ليس بحاجة إلى تلك السلعة أو

¹⁸(من الاتجاهات التشريعية المنظمة للتجارة الالكترونية التي عدت بعض العقود الالكترونية من تطبيقات عقود الاذعان ، مشروع القانون المصري للتجارة الالكترونية حيث نص في المادة (18) على انه (تعتبر العقود النمطية المبرمة الكترونيا من عقود الاذعان في مفهوم القانون من حيث تفسيرها لمصلحة الطرف المذعن وجواز ابطال ما يرد فيها من شروط تعسفية ، ويعد شرطا تعسفيا كل شرط من شأنه الاخلال بالتوازن المالي للعقد وكل شرط تضمن حكما لم يجر به العرف)- أنظر :

الخدمة ولا يقدر على دفع ثمنها وأن شروط العقد الذي أبرمه لا تتناسبه وجميع هذه الاحتمالات لا يمكن مواجهة ما ينتج عنها من أضرار بالنسبة للمستهلك إلا بمنحه المكنة الخاصة بالفسخ.

الفرع الثاني: القيود الواردة على أعمال مكنة الفسخ

قيدت التشريعات التي أقرت خيار المستهلك بالفسخ بعدة قيود تحفظ للعقد المبرم توازنه واستقراره والذي اختل بسبب تلك الظروف والاعتبارات التي سبق بيانها وبناء على ذلك فإننا سنتناول أهم القيود التشريعية التي وردت على ممارسة المستهلك لحقه في الفسخ وذلك من ناحيتين تتمثل الأولى بالقيود المتعلقة بالطرف المستفيد من الخيار وهو المستهلك . والناحية الثانية تتعلق بالقيود المتعلقة باستثناء بعض العقود من إعطاء المستهلك خيار الفسخ وذلك من خلال ما يلي:-

أولاً : القيود المتعلقة بالمستهلك : باعتبار أن احد طرفي عقد الاستهلاك يجب أن يكون مستهلكا لنتمكن من تطبيق قواعد الحماية الخاصة بالمستهلك ومنها القاعدة التي تقرر حقه في الفسخ بوصفه طرفا ضعيفا في مواجهة الطرف القوي وهو المحترف، وبذلك يخرج من نطاق هذه الحماية العقد الذي يكون كلا طرفيه من المحترفين (منصور، 2006، ص158) .

ومما يلاحظ على نص المادة الأولى من القانون الفرنسي رقم 88/21 الصادر في 6 كانون الثاني 1988 أنه جاء بصيغة مطلقة بحيث يعطي الخيار لكل شخص طبيعي أو إعتباري مستهلكاً كان أم من المهنيين خيار فسخ العقد خلال سبعة أيام، ولم يفرق النص في ممارسة هذا الخيار بين المستهلك المهني والمستهلك العادي على خلاف ما رأيناه في إطار التشريع الفرنسي رقم 88 /21 الصادر في 10 كانون الثاني 1978 المتعلق بالشروط التعسفية والذي فرق بين المستهلك وغيره من حيث مدى شمولهم بأحكام القانون (الزقرد، 1995، ص211).

وترى الباحثة ضرورة عدم التساوي في الحماية التي يوفرها النص القانوني الخاص بإقرار خيار الفسخ بين المستهلك المهني والمستهلك العادي، حيث لا يوجد ما يبرر استفاضة المحترف من هذه الحماية التي وجدت لمواجهة عدم الخبرة لدى المستهلك العادي مما يؤدي لإبرام العقد تحت تأثير ضغوط المحترف دون العلم والمعرفة الكافية لمواجهة تلك الضغوط.

في حين نرى أن المشرع اللبناني كان موقفاً أكثر عندما حصر خيار ممارسة فسخ العقد بعد إبرامه بالمستهلك، بعد أن عرفه بأنه الشخص الذي يشتري سلعة أو يستأجرها أو يشتري خدمة أو يستعملها أو يستفيد منها، وكذلك نصت المادة (55) من قانون حماية المستهلك اللبناني على أنه (يجوز للمستهلك الذي يتعاقد وفقاً لأحكام هذا الفصل، العدول عن قراره بشراء السلعة أو استئجارها أو الاستفاضة من الخدمة..) وأما بالنسبة للتوجيه الأوربي رقم (97/7/EC) بشأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد حيث كانت التسمية واضحة في حمايته للمستهلك بوصفه الطرف الضعيف في العقد(19).

ثانياً :- **القيود المتعلقة باستثناء بعض العقود:** استتنت بعض قوانين حماية المستهلك في عقود التجارة الالكترونية حالات معينة لا يجوز فيها فسخ العقد بعد إبرامه حفاظاً على توازن العقد ولعدم الإضرار بالمحترف المهني وعليه فلا بد أن نبين أهم الاعتبارات التي بينت عليها هذه الاستثناءات والتي نجلها بالآتي:-

ولا بد من القول أولاً بأنه إذا استعمل أو استغل المستهلك تلك السلعة أو الخدمة التي تعاقد عليها خلال مدة ممارسة خياره بالفسخ مع أنه في الغالب يصعب على المستهلك التأكد من

¹⁹()انظر الفقرة الاولى من المادة (6) من التوجيه الاوربي رقم (97/7/EC).

صلاحية السلعة للغرض أو الهدف المراد منها والمواصفات المتفق عليها إلا بعد استعمالها لمدة مناسبة ومعقولة وهنا نجد أنّ المحترف يحاول دفع المستهلك للبدء بالحصول على منافع السلع أو الخدمات قبل انتهاء المدة المحددة لممارسة خيار الفسخ لكي يحرمه من الاستفادة من تلك الحماية التي وفرها المشرع من إقرار هذا الخيار (أخريف، 2006، ص22).

وأما عندما يكون محل العقد من المنتجات القابلة لأخذ نسخ من محتوياتها أو تسجيلها أو نقلها بأية طريقة أخرى بعد نزع أختامها وتمزيق أغلفتها كأشرطة الفيديو والأقراص المدمجة أو برامج الأجهزة الالكترونية أو المنتجات الالكترونية عموماً حيث أتاحت الشبكات الالكترونية شراء تلك الخدمات من خلال تحميلها من المواقع الالكترونية المختلفة، والتي تعرض هذه المنتجات على الشبكة الالكترونية وخصوصاً الصحف والمجلات والكتب والأفلام والصور والبرامج الرقمية... الخ. وخصوصاً إذا كان ثمن السلع أو الخدمات من الأشياء الخاضعة لتقلبات الأسعار في السوق والتي ليس بوسع المورد السيطرة على أسعارها كالبيع في المزاد العلني وعقود خدمات الرهان واليانصيب(منصور، 2006، ص158). ولأن جوهر هذه العقود وطبيعتها تتنافى وخيار الفسخ إذ أنّ هذا النوع من العقود يقوم على المجازفة والمقامرة على نحو يتناقض معه إقرار خيار الفسخ بعد إبرامه وإلا تناقض مع جوهر العقد ذاته (أخريف، 2006، ص23).

فإذا طلب المستهلك توفير الخدمة له قبل انتهاء أجل الفسخ عن الشراء (20)، وفي هذه الحالة لا تدخل الاستثناءات المقيدة لمكنة الفسخ وأن كانت القوانين المقارنة قد ذكرتها ضمنها فليس في هذه الحالة ما يعد استثناءً من مكنة الفسخ بعد ثبوتها ويعد طلب تجهيزه وإمداده بالخدمة قبل انتهاء مدة الفسخ نزولاً ضمناً عن مكنة الفسخ (النعيمي، 2006، ص96).

²⁰ () انظر المادة (2/32) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي.

كذلك عقود توريد التسجيلات السمعية والبصرية أو برامج الحاسب الإلكتروني عندما يتم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك للحفاظ على حقوق الملكية الفكرية لأن التسجيلات السمعية والبصرية أو البرامج التي يمكن نسخها والاستفادة منها ثم إعادتها دون النظر لاستعمال المستهلك أو عدم استعماله لها تخرج على الأصل العام لخيار الفسخ (منصور، 2005، ص160).

ومن هذه الاستثناءات أن يتم تصنيع السلعة أو إعدادها وفقاً لمواصفات شخصية حددها المستهلك بناء على طلبه أو كانت السلع والمنتجات من السلع السريعة التلف كبعض المنتجات والأدوية بعد انتهاء تاريخ صلاحيتها لتعذر بيع السلعة مرة أخرى وفي ذلك ضرر أكيد للتاجر المنتج فإذا كان محل عقد الاستهلاك من المنتجات التي لا يمكن إعادة إرسالها بعد تسلمها من المستهلك كعقد توريد المعلومات التي تقدم للمستهلك والاستشارات التي يمكن الحصول عليها من خلال المواقع الإلكترونية عبر الشبكات الإلكترونية من خلال المكاتب والشركات الاستشارية عبر الانترنت والشبكات الإلكترونية. وبخلاف هذه الحالات يكون للمستهلك الحق بفسخ العقد خلال المدة المحددة قانوناً فإذا كان قد تسلم السلعة فإنه يلتزم بعد الفسخ بإعادتها إلى المحترف المهني الذي يلتزم بإعادة الثمن للمستهلك خلال مدة معينة ويتحمل المستهلك في حالة فسخ العقد أية نفقات تترتب على إعادة السلعة⁽²¹⁾، لأن المحترف لا ينسب إليه الخطأ أو الإخلال بالالتزامات، وعليه فمن التعسف تحميله نفقات إعادة السلعة، وعلى المستهلك الذي مارس خيار الفسخ للعقد أن يتحمل نتيجة ممارسة ذلك الحق .

²¹() انظر المادة 30 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

الفصل الرابع

حالات فسخ العقد الالكتروني وآثاره

الفصل الرابع

حالات فسخ العقد الإلكتروني وآثاره

أصبحت شبكة الانترنت من الوسائل الهامة في التعامل في ميدان التجارة، وأداة يوجهها الانسان لتنفيذ العديد من متطلبات الحياة، كما تقدم العديد من الخدمات السياحية والتجارية⁽²²⁾، وتبادل الرسائل والمعاملات المالية والمصرفية عن طريق خدمة البريد الإلكتروني وعمليات بيع السلع والخدمات من خلال المواقع الخاصة ببيع السلع والخدمات وشرائها، والتي تعرف (بالماتجر والمخازن الافتراضية) من خلال التعاقد عن طريق الشبكة مع الطرف الآخر، فيتم العقد بايجاب المستهلك وقبول من صاحب الموقع الافتراضي أو العكس، وينعقد العقد الإلكتروني صحيحاً. كما تسهم الشبكة بشكل مباشر في أعمال البيع وإيجار العقارات والمحلات وغيرها من الخدمات التي تقدمها الشبكة في مجال التعاقد⁽²³⁾ (النعيمي، 2005، ص94).

وقد فرضت شبكة الانترنت نفسها في الواقع العملي لما تمتاز به من مزايا خدماتيه وتدخلها في ميدان التعاقد بوصفها وسيلة لابرار العقود والتعبير عن الارادة، وهذا الدور أثار جملة من التساؤلات تتعلق بمشروعية التعاقد عبر شبكة الانترنت، باعتبار أن القانون المدني الأردني جاء خالياً من أية اشارة لهذه الشبكة بوصفها وسيلة من وسائل التعاقد عن بعد.

ويجدر بنا هنا التساؤل حول حالات فسخ العقد الإلكتروني ؟ والآثار المترتبة على عملية

الفسخ ؟ .

(22) على سبيل المثال موقع شركة (MEA) اللبنانية للطيران (<http://www.mea.com.lb>) .

[http : www : dubaiinternetcity . com](http://www.dubaiinternetcity.com) //

وللاجابة على هذين التساؤلين فقد قسمنا هذا الفصل إلى المبحثين التاليين:

المبحث الأول: حالات فسخ العقد الإلكتروني

المبحث الثاني: آثار فسخ العقد الإلكتروني

المبحث الأول

حالات فسخ العقد الإلكتروني

نتناول في هذا المبحث الفسخ القضائي والفسخ الاتفاقي للعقود المبرمة من خلال أنظمة

الإتصال الحديثة، وذلك في نطاق القانون المدني والتشريعات الإلكترونية.

وبما أن الفسخ القضائي جزء يوقعه القاضي استناداً لنصوص القانون المدني، إذا توافرت

الشروط الموجبة للفسخ وللقاضي مطلق السلطة التقديرية في فسخ العقد أو تنفيذه، وهذه السلطة

التقديرية ليست من النظام العام، ويجوز الاتفاق بين البائع والمشتري على حرمان القاضي منها.

وإذا كان من حق المشتري فسخ العقد فإنه يتوجب عليه اعداد البائع ومن ثم رفع دعوى

الفسخ أمام القضاء طالباً فسخ العقد التقليدي والإلكتروني ، ومن ثم يصدر القاضي حكماً بالفسخ .

وعليه فسيتم تقسيم هذا المبحث الى مطالبين وعلى النحو التالي:

المطلب الأول: الفسخ القضائي للعقد الإلكتروني

المطلب الثاني: الفسخ الاتفاقي للعقد الإلكتروني

المطلب الاول

الفسخ القضائي للعقد الالكتروني

يعرف الفسخ القضائي للعقد بأنه الحكم الصادر بفسخ العقد من قبل القاضي بسبب وجود عيب بالمبيع أو هلاكه، أو اخلال البائع بالتزاماته، أو لوجود خلاف بين المتعاقدين، فإذا أحل أحد المتعاقدين بالتزاماته في العقود الملزمة للجانبين، وهي ما يعرف بعقود المعاوضة، فإن المتعاقد الآخر لا يطالب بفسخ العقد فقط، وإنما له أن يجبر المتعاقد الآخر عن طريق القضاء على تنفيذ التزاماته إذا كان التنفيذ العيني ممكناً (الخويلدي، 2006، ص253)

وأما إذا كان الالتزام الذي لم يوف به المتعاقد الآخر هو التزام البائع بتسليم العين المباعة، فإذا هلكت العين المباعة في هذه الحالة قبل تسليمها يسقط حق المشتري المقابل لالتزام البائع، وهو الالتزام بدفع الثمن عند بعض الفقهاء.

وعليه فإذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين للمتعاقدين، سواء أكانت هذه الاستحالة ناشئة عن فعل الملتزم أم غيره، فإن هذه الاستحالة تؤدي إلى فسخ العقد (جان، 1994، ص258)

وأما إذا كان الالتزام الذي لم يوف به أحد المتعاقدين قد تم النص عليه صراحة في العقد كشرط من شروط العقد، فإن عدم الوفاء به يؤدي إلى فسخ العقد أيضاً، كما يشترط المشتري على البائع أن يسلمه هذا المبيع ويمكنه من الانتفاع به، فإن عقد البيع يفسخ حكماً في حالة عدم التسليم. وفي هذه الاحوال كلها لا يشترط أن يحكم القاضي بفسخ العقد بل يستطيع المتعاقد وهو المشتري في هذه الحالة أن يفسخ العقد دون اللجوء للقاضي (المصري وعابدين، 1997، ص203).

وأما إذا كان الالتزام الذي لم يوف به البائع ناتجاً عن عيب بالمبيع من شأنه الحط من قيمة الشيء أو تفويت غرض من أغراضه والإنتفاع به، أو تغيير شكله قبل التسليم، أو وجد المشتري نقصاً في المقادير، ففي هذه الاحوال يحق للمشتري فسخ العقد ويتم الفسخ برد المبيع من قبل المشتري دون الحاجة الى رضا البائع، ودون الحاجة لإصدار حكم من القاضي بالفسخ، وذلك لا خلاف عليه بين الفقهاء (الخويلدي، 2006، ص254-255).

ولكن قد اختلفوا في هذه الحالة بكيفية الرد بالعيب بعد اطلاع المشتري عليه، وهل هو واجب على الفور بعد إطلاعه عليه مباشرة أم هو جائز على التراخي ؟

وللفقه رأيين في ذلك:

ذهب الرأي الأول: إلى أن الرد واجب على الفور، لأن الأصل في عقود البيع اللزوم، فإذا تأخر المشتري في الرد بدون عذر فقد ثبت أنه إطلع على العيب ورضى به، واختلفوا في مقدار التأخير بعد العلم بالعيب ومدة الرد بسبب العيب. وقالوا بأن هذا الخيار شرع اصلاً لدفع الضرر المحقق فلا يبطل بالتأخير غير الدال على الرضا (المصري وعابدين، 1997، ص196).

وأما الرأي الثاني فقالوا: بأن الفسخ ورد المعيب بعد القبض لا يتم إلا بالتراضي أو من خلال القضاء، لأن العقد تم بموافقة العاقدين، فلا يفسخ إلا باتفاقهما. كما أن العقد لا ينعقد بإرادة أحد المتعاقدين دون الآخر فلا يفسخ بإرادة احدهما من غير رضا الآخر (الخويلدي، 2006، ص260).

واختلفوا أيضاً في الرد بالعيب بعد القبض، هل يتم بإرادة منفردة كما هو الحال قبل القبض أم لا بد من رضا البائع أو ما يقوم مقامه؛ فذهب الرأي الراجح إلى أن الفسخ ورد المبيع المعيب

يتم من خلال إرادة المشتري برد المبيع أو فسخ العقد، ودون الحاجة الى رضا البائع أو حكم القاضي بذلك (جان، 1994، ج1، ص261).

والأعدار ليس شرطاً لقبول دعوى الفسخ، وإنما هو شرط لقبول الحكم بالفسخ، ويجوز توجيهه قبل صدور الحكم في دعوى الفسخ. وقد اتفق الفقه واستقرت أحكام المحاكم على أن إعلان لائحة الدعوى تقوم مقام الإعدار بشرط أن تتضمن التكليف بالوفاء (الخويلدي، 2006، ص260).

وتكمن أهمية الإعدار في عقود البيع من خلال أنظمة الإتصال الحديثة للقاضي بأنها (الشرقاوي، 1975، ص292):-

1- تجعل القاضي أكثر استجابة لطلب الفسخ اذ يضع البائع في صورة الممتنع عن التنفيذ.

2- تجعل القاضي أقرب الى الحكم على البائع بالتعويض فوق الحكم بالفسخ.

كما أن دعوى الفسخ هي الدعوى التي يتقدم بها المتعاقد المتضرر من العقد الى القضاء طالبا الحكم بفسخ العقد لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه، ويجب لإيقاع الفسخ عن طريق القضاء من خلال أنظمة الإتصال الحديثة أن يرفع المشتري دعوى الفسخ أمام القضاء مبيناً فيها إخلال البائع بالتزاماته أو إثبات وجود العيب بالمبيع أو غير ذلك من الأسباب والمسوغات لرفع دعوى الفسخ (الخويلدي، 2006، ص254).

فإذا ما تم رفع دعوى الفسخ من أحد المتعاقدين، فإن الحكم بالفسخ لا يكون ضمناً، بل يجب أن يكون هناك خيار في العقد بين الفسخ والتنفيذ للعقد، وهذا الخيار يكون للمشتري والبائع على السواء (عبد الباقي، 1984، ص630).

فإذا أقيمت دعوى الفسخ من أحد المتعاقدين بمواجهة المتعاقد الآخر، فإن الخيارات أمام القضاء تكون إما بشطب الدعوى، إذا تخلف المشتري عن الحضور، أو الحكم للمدعي بطلباته أو رد الدعوى أو الحكم بعدم قبولها، ولكن هل للقاضي سلطة تقديرية في مثل هذه الدعاوي أم أنه مقيد بقيود محددة (الشواربي، 1997، ص36)

ولا خلاف بين الشراح على أن للقاضي سلطة تقديرية في إيقاع الفسخ، أو رفض دعوى الفسخ في حالة الإخلال الجزئي، أو التنفيذ المعيب، وتكمن سلطته بتقدير كفاية أسباب الفسخ أو عدم كفايتها، كما أن نفي التقصير عن طالب الفسخ أو اثباته هو من شأن محكمة الموضوع، ولا رقابة لمحكمة التمييز عليها في ذلك إذا أسست حكمها على أسباب قانونية مقبولة ومعقولة (دسوقي، 1981، ص24).

وقد يصدر القاضي الحكم بفسخ العقد بعد أن تتوافر شروط الفسخ، ويصدر القاضي الحكم بفسخ العقد، لأن الحكم بالفسخ لا يكون ضمناً، بل يكون هناك خيار يسمح بالفسخ أو التنفيذ، وهذا الخيار يكون للبائع والمشتري والقاضي (الخويلدي، 2006، ص349).

وبتطبيق ما سبق بيانه على العقد الإلكتروني المنشئ عن طريق أنظمة الإتصال الحديثة؛ يتبين للباحثة أنه إذا أخل البائع بالتزامه بالتسليم في المكان والزمان المتفق عليهما بموجب العقد أو إذا زاد المعقود عليه أو نقص، أو وجد عيباً بالمبيع بعد تسلمه من البائع، أو هلك المبيع؛ فمن حق المشتري إعدار البائع، بالبريد أو عن طريق وسائل الإتصال الحديثة قبل رفع الدعوى، ومن ثم رفع دعوى الفسخ أمام القضاء، وعلى القاضي بعد أن يتحقق من شروط الفسخ أن يحكم بفسخ العقد (الخويلدي، 2006، ص351).

وبمقارنة الفسخ القضائي التقليدي مع الفسخ للعقود الالكترونية في القانون المدني، نجدهما

يختلفان في (جان، 1994، ج2، ص278) :

1- إن الفقه التقليدي لا يعطي للمشتري الحق في فسخ العقد، إذا تخلف البائع عن الوفاء بالتزامه، وله أن يطالبه بالتنفيذ العيني إذا كان ذلك ممكناً، للحفاظ على استقرار المعاملات التجارية بين الناس، على عكس الفقه المعاصر في المعاملات الالكترونية والتي تسمح للمتعاقد فسخ العقد خلال مدة محددة.

2- كما أن القانون المدني في العقود التقليدية يعطي للمشتري الحق في فسخ العقد إذا تخلف البائع عن الوفاء بالتزامه، لاختلاف مصالح المتعاقدين، فقد تضيع مصلحة المشتري في التنفيذ العيني المتأخر بسبب تخلف المتعاقد الآخر، أو عدم وفائه في التنفيذ في حينه، وللحفاظ على مصلحته سمح له القانون الحق بطلب فسخ العقد.

ومع هذا الاختلاف الفقهي؛ إلا أن سلامة المبيع من العيوب شرط ضمنى في العقود الصحيحة، فإذا وجد المشتري عيباً بالمبيع فله أن يفسخ العقد، ورد المبيع بسبب العيب في القانون المدني يوجب التعويض عن العيب، إلا إذا كان العيب جسيماً، فإن كان العيب جسيماً يخير المشتري بين الفسخ والإبقاء مع التعويض عن العيب طبقاً لما تقضي به القواعد العامة (الخويلدي، 2006، ص351).

كما أن الفسخ القضائي يصدر بحكم من القاضي عند عدم وفاء البائع بالتزامه أو تأخره في الوفاء بها في مواجهة المشتري، وأما الفسخ في العقود الالكترونية فيصدر بحكم ممارسة المشتري لهذا الخيار بموجب القانون إذا وجد في المعقود عليه عيباً لسبب آخر، وإذا لم يتفق المتعاقدان على فسخ العقد بالتراضي اضطررا إلى اللجوء إلى القضاء (جان، 1994، ج2، ص288).

وبعد أن بحثنا في الفسخ القضائي في القانون المدني ومقارنته بقانون المعاملات الإلكترونية والعقود المبرمة من خلال أنظمة الإتصال الحديثة، تجد الباحثة أن ممارسة المشتري حقه في فسخ العقد المبرم من خلال أنظمة الإتصال الحديثة عن طريق القضاء بعد اذار البائع، يجب أن تتوافر فيه الشروط الآتية حتى يقع الحكم بالفسخ، وهذه الشروط هي:

1-إذار البائع بأي وسيلة من وسائل الإتصال الحديثة.

2-أن يرفع المشتري دعوى الفسخ أمام القضاء.

3-صدور حكم بالفسخ.

فإذا توافرت هذه الشروط أصبح من حق المشتري فسخ العقد المبرم من خلال أنظمة الإتصال الحديثة، على أن يعود الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، ويرد المشتري الثمن من البائع ويرد إليه المبيع.

المطلب الثاني

الفسخ الاتفاقي للعقود الالكترونية

إذا كانت القاعدة العامة أن فسخ العقد لا يتم إلا بحكم من المحكمة، فإنه استثناء من هذه القاعدة يجوز للمشتري المتعاقد من خلال أنظمة الإتصال الحديثة أن يتفق على فسخ العقد مع البائع دون حاجة الى حكم قضائي عند إخلاله بتنفيذ التزاماته، لأن القاعدة التي توجب صدور حكم من القضاء ليست من النظام العام، ويجوز للمتعاقدين أن يتفقا مقدماً عند إبرام العقد وقبل حصول الإخلال، وفي حالة عدم تنفيذ البائع لالتزاماته في العقد المبرم من خلال أنظمة الإتصال الحديثة، فإن العقد يعتبر مفسوخاً دون حاجة الى حكم من القضاء، ووجود مثل هذا الاتفاق يعفى من ضرورة رفع دعوى الفسخ (لطفي، 2000، ص 227).

وقد يتفق المتعاقدين على الفسخ بعد أن يلجأ أحدهما الى القضاء، ويبيدي المتعاقد الآخر موافقة على الفسخ، وقد يحدث ذلك أثناء نظر الدعوى، وهذا الفسخ في أي من هذه الصور فسحاً اتفاقياً، لأنه ترتب على شرط فاسخ ويقع الفسخ بإرادة الطرفين بمجرد تحقق الشرط دون تدخل القاضي في تقرير الفسخ. فإذا تم الفسخ أثناء نظر الدعوى، فإما أن يتفقا على ترك الدعوى مقابل الاتفاق فيما بينهما على الفسخ وترتيب آثاره فيما بينهما، يقدمانه للقاضي لإحاقه بمحضر الجلسة وإثبات محتواه ويحمل قوة السند التنفيذي، وهذا الفسخ يعرف بالشرط الفاسخ (فوده، 1993، ص 328).

والفسخ الاتفاقي يقع على درجات، وليس على درجة واحدة، فقد يتفق المتعاقدان على ان يكون العقد مفسوخاً اذ لم يتم احد المتعاقدين بتنفيذ التزاماته بمواجهة المتعاقد الآخر، أو يتفقا على

أن يكون العقد مفسوخاً دون حاجة الى حكم أو مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم أو إنذار (السنهوري، 1981، ص476؛ لطفي، 2000، ص227).

وعليه فلا بد لنا أن نبحث في حكم كل شرط من الشروط السابقة على العقود المبرمة من خلال أنظمة الإتصال الحديثة (الشرقاوي، 1984، ص407).

- **الشرط الأول:** أن يكون العقد مفسوخاً عند عدم التنفيذ للعقد، حيث تنص مواد القانون المدني على أنه يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفى من الإعذار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه، والشرط على هذا النحو ليس إلا تأكيداً للقاعدة العامة المتعلقة بالفسخ، ولا يغني عن الإعذار ولا عن رفع دعوى الحصول على حكم بالفسخ، ولا يسلب القاضي سلطته التقديرية، ولا يحرم البائع من خلال أنظمة الإتصال الحديثة من حقه في توقي الفسخ بتنفيذ التزامه قبل صدور الحكم النهائي للفسخ (لطفي، 2000، ص228).

وتضيف الباحثة أنه لا توجد صيغة محددة للشرط الفاسخ، وإنما يجوز أن تكون بأي عبارة تمنح الحق للمشتري المتعاقد من خلال أنظمة الإتصال الحديثة في إيقاع الفسخ إذا حدث إخلال من البائع بالتزامه التعاقدية، فأية عبارة تصلح لأن تحقق الشرط الفاسخ للعقد بقوة القانون طالما تدل على حقيقته ومضمونه على نحو يبين الاتفاق على ذات الحكم من شأن هذا الشرط ويكفي لاعتبار العقد متضمناً للشرط ولو لم يذكر بذات ألفاظه.

- **الشرط الثاني:** أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه، فغالباً لا يكتفي المتعاقدان بصيغة (أن العقد يعتبر مفسوخاً) فيضيفان إليها عبارة (من تلقاء نفسه)، وهذه الصيغة تقيد قاضي الموضوع، وتنزع سلطته التقديرية بشأن جسامة الإخلال بالتنفيذ المبرر للفسخ، كما لا

يسمح له بأن يعطي المدين نظرة الميسرة، وبالتالي ليس أمام القاضي إلا أن يحكم بالفسخ، وهذه الصيغة لا تعفي طالب الفسخ من ضرورة الإعذار ورفع دعوى الفسخ للحصول على حكم بذلك (فوده، 1993، ص340؛ الشراوي، 1984، ص307).

لذلك ترى الباحثة أنه لا يكفي لفسخ العقد أن يتضمن شرطاً صريحاً بفسخه بقوة القانون عند الإخلال بالالتزام، وإنما يتطلب الأمر الإعذار السابق لرفع دعوى الفسخ، وتتحقق فائدة هذا الشرط في تقييد القاضي وإلزامه بالفسخ عند الإخلال بالالتزامات، ولا يمنع ذلك قاضي الموضوع من التأكد من توافر شروط الفسخ الاتفاقي، ذلك أنه له حق الرقابة التامة بالثبوت من تطابق الشرط مع عبارات العقد.

كما أن للقاضي عند التحقق من مراقبة الظروف الخارجية التي تحول دون إعماله، فإذا تبين له أن الدائن قد أسقط خياره في طلب الفسخ، بقبول الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فاسخ العقد الذي تسبب بخطئه بعدم تنفيذ المدين لالتزاماته أو امتناع المدين عن الوفاء في حالة توافر شروطه، وتجاوز القاضي عن شرط الفسخ الاتفاقي، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائي (الخويلدي، 2006، ص335).

- **الشرط الثالث:** أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم، وحكم الشرط الفاسخ بهذه الصيغة بأن لا يكتفي المتعاقدان بالصيغتين السابقتين ويوردان بالعقد شرطاً صريحاً أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم، وفي هذه الحالة ليست هناك حاجة إلى صدور حكم من القضاء إلا إذا نازع البائع المشتري في ذلك، فإن القاضي يجب أن يحكم بالفسخ، إذا ثبت له أن البائع قد أخل بالتزامه التعاقد المبرم من خلال أنظمة الإتصال الحديثة والحكم الصادر يكون كاشفاً عنه، ولكن هذا الشرط لا يغني عن الإعذار، فيجب الإعذار إعمالاً لهذا الشرط (فوده، 1993، ص349)

- **الشرط الرابع:** ذلك بان يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون الحاجة إلى حكم أو إعدار، وحكم هذا الشرط الصريح الفاسخ الذي يرد في العقد بهذه الصيغة هو أعلى الدرجات التي يمكن أن يصل إليها الشرط الفاسخ للعقد، وبمقتضاه يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعدار، فإذا حدث منازعة حول تطبيق الشرط، فالدعوى التي تقام بهذا الصدد للكشف عن الشرط الفاسخ وتوافر موجبات إيقاعه والحكم بالفسخ عندئذ لا يكون منشأ، بل كاشفاً عن الجزاء الذي وقع في تاريخ استحقاق الالتزام (الشرقاوي، 1984، ص 407).

وعليه، وبتطبيق هذه الشروط على العقد المبرم من خلال أنظمة الإتصال الحديثة، نلاحظ عدم ممانعة تطبيق هذه الشروط على تلك العقود، وللمشتري أن يمارس حقه في فسخ العقد بأن يتفق مع البائع على أن يكون العقد مفسوخاً إذا أخل البائع بالتزاماته، أو إذا كان العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه أو دون حاجة إلى حكم أو أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه أو دون حاجة إلى حكم أو إنذار بذلك (الخويلدي، 2006، ص 337-338).

لأننا نعلم أن المشتري يرى السلعة على شاشات الكمبيوتر أو الانترنت أو ما شابه ذلك من وسائل الإتصال الحديثة، فيقدم على شرائها من خلال الرؤية الحركية غير الحقيقية، وبعد الرؤية الحقيقية للسلعة يتبين له أن البائع لم يقم بالوفاء بالتزاماته، فطبقاً لهذا الشرط الفاسخ يطلب فسخ العقد دون اللجوء إلى القضاء وفي حال المنازعة يحق له اللجوء إلى القضاء والحكم الذي يصدر من القضاء يكون كاشفاً للشرط الفاسخ، وأما في حال الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه فإن الحكم هنا يكون منشأ للفسخ، لأنه لا بد من الإعدار ورفع دعوى الفسخ (جان، ج1، 1994، ص 279).

وبالمقارنة بين الفسخ الاتفاقي للعقود الالكترونية وأحكام الفسخ في القانون المدني؛ نرى أنه لا يوجد خلاف كبير حول هذا الفسخ، لأن كل جميع التعاقدات التجارية تعطي الحق للمتعاقدين ان يشترط ما يريدون من الشروط، كما أن القانون المدني يجيز كافة الشروط الاتفاقية ما لم تخالف النظام العام والآداب العامة، وكما هو معروف فإن النظام العام والآداب يختلفان من بلد إلى بلد ومن وقت إلى آخر، فقد يكون الشرط مخالفاً للنظام العام والآداب في بلد معين، ولا يكون كذلك في بلد آخر (الخويلدي، 2006، ص340).

وعليه وبالإشارة الى ما سبق بيانه، فإن الباحثة تلاحظ أنه لا مانع مما يأتي قانوناً:

أولاً: أن يتفق المشتري والبائع في العقود المبرمة من خلال أنظمة الإتصال الحديثة على أن يكون العقد مفسوخا عند عدم التنفيذ للالتزامات من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي أو إعدار. **ثانياً:** في حالة المنازعة يحق للمشتري اللجوء إلى القضاء والحكم الذي يصدر في حالة النزاع من القضاء يكون كاشفاً للشرط الفسخ لا منشئاً له.

ثالثاً: لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على اعتبار العقد الالكتروني مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة الى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعدار، إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء من الإعدار في العقد.

المبحث الثاني

آثار فسخ العقد الالكتروني

تعتبر رخصة الفسخ حقاً تقديرياً خاضعاً لتقدير المستهلك، فإذا لم يزول المستهلك خياره خلال المهلة التشريعية المحددة له يصبح العقد الذي أبرمه لازماً وباتاً وواجب التنفيذ من طرفي العقد، وتنتهي بذلك حالة الشك التي كانت تدفع بالمتعاقد الآخر إلى الانتظار لمصير التعاقد، وأما في حالة إعمال المستهلك لخيار الفسخ فيترتب على هذا الفسخ مجموعة من الآثار (24).

وعليه، فلا بد لنا في هذا المبحث من بيان أهم الآثار التي تترتب على ممارسة المستهلك لخيار فسخ التعاقد الذي سبق أن أبرمه، في ضوء أحكام التشريعات التي أقرت هذا الخيار وذلك من خلال مطلبين، نخصص الأول لآثار فسخ العقد بحق المستهلك، والمطلب الثاني لآثار الفسخ بحق المحترف، وكما يلي:-

المطلب الأول: آثار فسخ العقد الالكتروني بحق المستهلك

المطلب الثاني: آثار فسخ العقد الالكتروني بحق المحترف

²⁴() تنظر الفقرة الثالثة من المادة السادسة من التوجه الاوربي رقم (97/7/EC)؛ كما نصت بعض تشريعات حماية المستهلك صراحة على ان ممارسة العدول ارادة ومشيئة للمستهلك ,ومن ثم فلا تخضع لأي رقابة او تقدير .

المطلب الأول

آثار فسخ العقد الإلكتروني بحق المستهلك

رتبت القوانين على فسخ المستهلك للعقد جملة من الآثار التي تتعلق بالمستهلك، وأهمها الالتزام بردّ السلعة للمحترف إلى جانب التزامه بدفع مصاريف ردّ السلع للمحترف أو التنازل عن الخدمة، وعليه فلا بد من بيان ذلك الأمر من خلال ما يلي:-

الفرع الأول: الإلتزام برد السلع للمحترف

يترتب على اختيار المستهلك حق الفسخ للعقد الإلكتروني الذي أبرمه إنقضاء العقد وزوال آثاره واعتباره كأن لم يكن أصلاً، ويلتزم بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد فإذا تسلم شيئاً التزم بإعادته بالحالة التي تسلمه عليها ويلتزم المستهلك بإعادة السلع للمحترف خلال مدة معينة جديدة وبالهئية التي تسلمها بها، وخلال المدة المحددة لممارسة حق الفسخ (محمود، 2009، ص157). وقد أكدت بنود العقد النموذجي التي وضعتها مراكز التجارة الفرنسي، وجاء به أن للمستهلك الخيار في إرجاع السلعة لاستبدالها بغيرها أو إعادتها واسترداد ثمنها دون أن يقطع جزء من الثمن بإستثناء نفقات النقل، بشرط أن تتم إعادة السلعة جديدة كما تسلمها عند تنفيذ العقد الذي فسخته وفي غلافها الأصلي (رياح، 2011، ص69).

وتقع مسألة تبعة هلاك السلع على المحترف، لأنّ المستهلك تسلم المبيع دون أن يكون مالكاً له، لذلك فإن المشتري قبل إعلان خياره بين اتمام العقد أو فسحه يكون مجرد حائز للسلعة وتبقى مملوكة للبائع المحترف، وإعمالاً للقواعد العامة فإن البائع يتحمل تبعة هلاك المبيع، إذا

حدث هلاك السلع خلال مدة الفسخ، رغم أنّ المستهلك حائز لها باعتبار أنّ المبيع مازال مملوكاً للبايع (محمود، 2009، ص158).

وأما فيما يتعلق بموقف المشرع الأردني وأنّ خلا من نص خاص بصدد حق الفسخ إلاّ إنه جاء بأحكام ضمنية فيما يتعلق بحق المستهلك في ردّ السلع للمحترف.

وعليه فإنّ التشريعات التي نصت على حق المستهلك في الفسخ جعلت أحكامه متعلقة بالنظام العام، وبالتالي لا يجوز الاتفاق على خلافها، وبذلك كفلت تحقيق حماية حقيقية للمستهلك، وخففت من إمكانية أدراج شروط تعسفية في العقود التي يبرمها المستهلك مع المحترف والتي قد يستبعد بموجبها الأخير تطبيق هذه الأحكام التي أقرت للمستهلك حقاً يحميه في مواجهته⁽²⁵⁾.

الفرع الثاني: التزام المستهلك بدفع مصاريف ردّ السلعة

عندما يفسخ المستهلك العقد الذي أبرمه لا يتحمل مقابل ذلك الحق أي تعويض أو مصاريف باستثناء المصاريف التي تبدو نتيجة طبيعية لاستعمال خيار الفسخ، وهي المبالغ التي يصرّفها المستهلك بغية إرجاع السلع إلى المحترف وإعادتها وتشمل مصاريف الشحن والنقل والتأمين... الخ (عيسى، 2001، ص291).

وهذه المصاريف لا تكون بسيطة إذا كان العقد الذي فسّخه المستهلك قد أبرم من خلال الإنترنت مع محترف أجنبي ينتمي لدولة أخرى (عبد، 2009، ص244). كذلك تقنين الاستهلاك

²⁵(المادة (6) من التوجيه رقم 577 الصادر من الجماعات الاقتصادية الأوروبية في 20 ديسمبر 1985 نصت بأنه: (يقع باطلاً أي شرط يقضي بحرمان المتعاقد من ممارسة حق الرجوع كما لا يجوز لمن تقرر له التنازل عنه للغير) .

الفرنسي⁽²⁶⁾ تضمن أحكاماً متشابهة تقضي بأن المستهلك لا يتحمل أي مبلغ مقابل ممارسته لحق الفسخ إلا مصاريف إعادة السلعة إلى مصدرها قبل التعاقد .

وهو ما دفع الفقه للقول؛ بأن خيار الفسخ إضافة لكونه حقاً تقديرياً للمستهلك فهو حق مجاني يمارسه بإرادته المنفردة ، وهذا الأثر جاء لحماية للمستهلك لكي لا يتحمل مصاريف إضافية تؤدي إلى عزوفه عن استعمال هذا الخيار تقادياً لما قد يلحق به، وليس في هذا الحكم إجحاف إذ لا ينسب للمحترف خطأ أو إخلال بتنفيذ التزاماته، وليس من العدل إلزامه بنفقات إعادة السلعة، لأن المستهلك هو من اختار حق الفسخ، وعليه أن يتحمل تلك النفقات (عبد، 2009، ص 247)

المطلب الثاني

آثار فسخ العقد الالكتروني بحق المحترف (البائع)

يترتب على ممارسة المستهلك حق الفسخ بعض الآثار بالنسبة للمحترف تتمثل بصفة أساسية في التزامه بردّ الثمن الذي دفعه المستهلك، كما أقرت التشريعات بأن رجوع الأخير عن التعاقد سيتبعه فسخ أي عقد آخر أرتبط بالعقد الأصلي الذي جرى تم فسخه، لذا سنبين تلك الآثار في الفرعين التاليين:-

الفرع الأول: ردّ الثمن إلى المستهلك

تنص المادة السادسة (الفقرة الثانية) من التوجيه التشريعي الأوروبي رقم (97\7\EC)، بأن المستهلك عندما يمارس خياره في الفسخ، فإن المورد يكون ملزماً برد ما دفعه المستهلك دون أي

⁽²⁶⁾ انظر المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي.

مقابل، على أن يتم ذلك بأسرع وقت ممكن وبشرط أن لا يتجاوز في كل الأحوال الثلاثين يوماً التالية لتاريخ استعمال المستهلك خياره هذا.

وقد ذهب المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 741 الصادر عام 2001 والذي جاء به التوجيه بصدد التزام المحترف بردّ ما تقاضاه إلى المستهلك. وأما بالنسبة للتشريعات العربية التي أقرت هذا الخيار فقد جاء في المادة (7) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم 7 لسنة 2017 والتي نصت على أنه على المحترف اعادة الثمن للمستهلك في حال كانت السلعة معيبة .

ويتضح للباحثة من أحكام هذه النصوص بأنها اتفقت من حيث إلزام المحترف بردّ المبالغ التي دفعها المستهلك خلال مدة معينة، ودون أن يكون المستهلك ملزماً بدفع أي تعويض إلى المحترف كونه يستخدم حقاً تشريعياً، ولكنها تباينت بشأن طول المدة التي يجب على المحترف تنفيذ التزامه خلالها، والتي حددها التوجيه الأوروبي رقم(97/7/EC)، وتقنين الاستهلاك الفرنسي المعدل بثلاثين يوماً من أيام العمل.

الفرع الثاني: فسخ العقد التابع بسبب فسخ العقد الاساسي

نصت المادة (311- 25 1\) من قانون الاستهلاك الفرنسي⁽²⁷⁾، والتي صدرت إعمالاً لنص الفقرة الرابعة من المادة السادسة من التوجيه التشريعي الأوروبي رقم (97/7/EC)، لسنة 1997⁽²⁸⁾، على أنه (إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تمويله كلياً أو جزئياً بائتمان من قبل المورد أو من قبل شخص من الغير على أساس اتفاق مبرم بين الأخير والمورد ، فإن ممارسة

⁽²⁷⁾ اضيفت هذه المادة الى قانون الاستهلاك الفرنسي بموجب المرسوم (2001-741) بتاريخ 2001/8/23.

⁽²⁸⁾ الفقرة الرابعة من المادة (6) من التوجيه الاوربي.

المستهلك لخيار العدول يؤدي إلى فسخ عقد الائتمان بقوة القانون دون تعويض أو مصروفات باستثناء المصروفات المحتملة لفتح ملف الائتمان) .

وقد جاء المشرع الفرنسي على غرار ما جاء به التوجيه الاوربي بأحكاماً مماثلة في نقض عقد الائتمان الذي يبرمه المستهلك لتمويل العقد الذي عدل عنه، وينظر المشرع للعقدين المبرمين عن بعد الأساسي والمبرم تمويلاً له فقرر أن زوال العقد الأصلي يتبعه زوال العقد الثاني التابع له وذلك يمثل ضماناً للمستهلكين لأن زوال العقد الأصلي بسبب فسخ المستهلك له يوجب إنهاء العقد المرتبط به والذي لم يعد مسوغ لبقائه كعقد الائتمان لزوال العلة من وجوده وأن الارتباط العقدي يعدّ من الوسائل التي لجأ إليها المشرع الفرنسي في مجال عقود الاستهلاك لحماية المستهلك (سعد، 2008، ص26).

الفصل الخامس

الخاتمة

النتائج والتوصيات

الفصل الخامس

الخاتمة

النتائج والتوصيات

أولاً : الخاتمة

تبين معنا في هذه الدراسة، أنّ العقد الإلكتروني ينتمي الى طائفة العقود التي تبرم عن بعد، والتي ظهرت الى حيز الوجود في بداية العقد التاسع من القرن العشرين، وقد وجد هذا العقد نتيجة لدخول شبكة المعلومات العالمية الانترنت في الحياة المدنية والتجارية.

الأمر الذي استدعى المختصين بهذا الشأن لإعتماد التقنيات التكنولوجية من خلال تدخل شركات وسيطة تمارس دور المراقبة والدعاية فيما بين المتعاقدين، وقد كان لنظرية عيوب الإرادة دورها الفعال في هذا النوع من التعاقدات، ويضاف الى ما تقدم من خصوصية لتلك العقود حق الفسخ في العقد الإلكتروني والذي اقرته معظم التشريعات الإلكترونية، فضلاً عن تطبيق بعض القواعد الخاصة بحماية المستهلكين في العقد الإلكتروني من حيث الالتزام باعلام العميل.

وقد توصلت الدراسة في نهايتها إلى جملة من النتائج والتوصيات.

ثانياً: النتائج

1- العقود الإلكترونية هي العقود التي تتم عبر الوسائل والآلات التي تعمل عن طريق الوسائل

الإلكترونية، ومن أهمها التعاقد بطريق الإنترنت عبر شبكة المواقع الإلكترونية، والتعاقد

عبر البريد الإلكتروني، والتعاقد عبر المحادثة والمشاهدة .

2- يختلف العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له (كالتعاقد عن طريق التلفون، التلفزيون، الفاكس، التلكس، عقد الاشتراك في الانترنت وعقد الإيجار المعلوماتي) من حيث أن تلك العقود تتعقد بوسائل سمعية فقط، في حين ان العقد الإلكتروني يتعقد بوسائل سمعية وبصرية، ويتعقد العقد الإلكتروني بكل ما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة من كلا العاقدين أو من أحدهما.

3- ينصرف مفهوم فسخ العقد الإلكتروني إلى امكانية فسخ العقد باللجوء إلى القضاء أو الاتفاق، وربما لوجود شرط فاسخ في نصوص العقد الإلكتروني أو لوجود مكنة قانونية خاصة بموجب التشريع تسمح بفسخ العقد دون اللجوء الى القضاء وبمجرد رغبة أحد المتعاقدين المنفردة، وهذا هو الأساس القانوني لحالات فسخ العقد الإلكتروني.

4- الإيجاب الإلكتروني هو ما يصدر من قول احد المتعاقدين أولاً، والقبول ما صدر من المتعاقد الآخر ثانياً، فالإعلان عن السلعة أو الخدمة في شبكة المواقع يعتبر إيجاباً من العارض، إلا في بعض الحالات التي تكون فيها شخصية المتعاقد الآخر محل اعتبار عند من صدر منه العرض، فالإعلان في هذه الحالة وأمثالها يعتبر دعوة للتعاقد وليس إيجاباً.

5- يبدأ مجلس العقد في التعاقد بطريقة الإنترنت من بداية دخول الراغب في التعاقد إلى موقع الشركة العارضة عبر شبكة المواقع والتواصل ويستمر حتى خروجه من الموقع، وفي التعاقد عبر البريد الإلكتروني المباشر يبتدئ المجلس من صدور الإيجاب ويستمر حتى خروجه من الموقع. وكذا في التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة.

6- تتصرف آثار فسخ العقد الإلكتروني لكلا المتعاقدين، بحيث تلتقي الالتزامات المتبادلة بين طرفي العقد الإلكتروني، فتلزم المتعاقد الذي يفسخ العقد بإعادة السلعة للمحترف وتلزم المحترف بإعادة الثمن.

ثالثاً : التوصيات

- 1- لأن العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصة لا تتحقق لغيره من العقود الأخرى، فإنه يجب تضمين قوانين الإثبات مبادئ وطرق حجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني بشكل صريح، لأن الكتابة الإلكترونية تتمتع بذات الحجية التي تتمتع فيها الكتابة العادية.
- 2- نظراً لإختلاف العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له ولطبيعته الخاصة، نتمنى على المشرع الأردني إضافة العقد الإلكتروني الى طائفة العقود المسماة، وأن يحيطه بالتنظيم والأحكام الخاصة بما لا يدع مجالاً للرجوع الى القواعد العامة.
- 3- نتمنى على المشرع الأردني أن يضمن قانون المعاملات الإلكترونية القواعد المنظمة للعقود الإلكترونية ولهذا النوع من النشاط التجاري الخاص وأن يكفل الحماية المدنية اللازمة للحفاظ عليها وعلى بياناتها.
- 4- يجب تضمين قانون المعاملات الإلكترونية مكنة الفسخ القانونية بموجب التشريع كبنود أو شرط خاص يسمح بفسخ العقد دون اللجوء الى القضاء وبمجرد رغبة أحد المتعاقدين المنفردة، كتطبيق قانوني لمكنة فسخ العقد الإلكتروني.
- 5- إنشاء دائرة قضائية تختص بنظر المنازعات الإلكترونية بحيث تشمل في تشكيلها خبيراً متخصصاً في مجال تقنيات الإتصال، وعقد ندوات ودورات تدريبية لرجال القضاء بهدف

إعداد كوادر قضائية تساير المستجدات الحديثة، لغايات تفسير بنود العقد الإلكتروني ومعالجة كافة الخلافات حول الايجاب والقبول وكافة شروط العقد الإلكتروني.

6- إنشاء مكاتب توثيق إلكتروني يتولى توثيق المعاملات الإلكترونية، وهو الأمر الذي من شأنه أن يضيف مزيداً من الثقة والأمان للمتعاملين في مجال التجارة الإلكترونية.

7- إيجاد مؤسسات تحكيم عالمية خاصة بالعقد الإلكتروني لها مواقع الكترونية ثابتة تتميز بنظام واضح ورقابة عالية ودقيقة تسمح بتطبيق النصوص القانونية الخاصة بفسخ العقد الإلكتروني بشكل صحيح ومتناسق يرتضيه طرفي العقد.

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ. الكتب القانونية.

1. إبراهيم، خالد ممدوح (2005). إبرام العقد الإلكتروني، الإسكندرية: دار الفكر العربي.
2. أبو الليل، إبراهيم الدسوقي (2003). الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، الكويت: مجلس النشر العلمي.
3. أبو الهيجاء، محمد (2017). عقود التجارة الإلكترونية، ط3، عمان: دار الثقافة للنشر والتوزيع.
4. بدر، اسامه أحمد (2005). حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
5. جان، حمدالله سيدي (1994). فسخ عقود المعاملات في الفقه الاسلامي والقانون المدني، القاهرة: جامعة الأزهر.
6. الجمال، سمير حامد (2006). التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، ط1، القاهرة: دار النهضة العربية.
7. حجازي، عبد الفتاح بيومي (2006). حماية المستهلك عبر شبكة الإنترنت، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
8. الحكيم، عبد المجيد والبكري، عبد الباقي والبشير، محمد (1980). الوجيز في نظرية الالتزام، الجزء الاول (مصادر الالتزام)، الموصل: دار الكتب للطباعة والنشر.
9. الحلالشة، عبد الرحمن (2005). الوجيز في شرح القانون المدني، عقد البيع، عمان: دار وائل للنشر والتوزيع.
10. الخويلدي، أبو الخير عبد الونيس (2006). حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة.
11. رباح، غسان (2011). قانون حماية المستهلك الجديد، ط2، بيروت: مكتبة زين الحقوقية والأدبية.

12. رشدي، محمد السعيد (1988). التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون، الكويت: مطبوعات جامعة الكويت.
13. الرفاعي، أحمد محمد (1994). الحماية المدنية للمستهلك إزاء المضمون العقدي، القاهرة: دار النهضة العربية.
14. سعد، نبيل ابراهيم (2008). ملامح حماية المستهلك في مجال الائتمان (في القانون الفرنسي) دراسة للقواعد الموضوعية والإجرائية، الإسكندرية: دار الجامعة الجديدة للنشر.
15. سلطان، انور (1983). الموجز في النظرية العامة للالتزام (مصادر الالتزام)، بيروت: دار النهضة العربية.
16. سليمان، أحمد عبد القادر (2009). حماية المستهلك في المعاملات الإلكترونية، ط1، عمان: بلا دار نشر.
17. السنهوري، عبد الرزاق (1952). الوسيط (نظرية الالتزام، مصادر الالتزام)، ج1، القاهرة: دار النشر للجامعات المصرية.
18. السنهوري، عبد الرزاق (1981). الوسيط في شرح القانون المدني (العقد)، ط3، القاهرة: دار الفكر العربي.
19. الشراوي، عبد الحميد (1981). النظرية العامة للالتزامات، مصادر الالتزام، ج1، القاهرة: دار النهضة العربية.
20. الشهاوي، قدرى عبد الفتاح (2012). قانون التوقيع الإلكتروني ولائحته التنفيذية والتجارة الإلكترونية في التشريع المصري والعربي والأجنبي، القاهرة: دار النهضة العربية.
21. الشواربي، عبد الحميد (1997). فسخ العقد في ضوء القضاء والفقهاء، الإسكندرية: منشأة المعارف.
22. عبد، موفق حماد (2009). الحماية المدنية للمستهلك في التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، بيروت: مكتبة السنهوري ومنشورات زين الحقوقية.
23. عبد الباقي، عمر محمد (2004). الحماية العقدية للمستهلك، دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، الإسكندرية: منشأة المعارف.

24. عبد الرحمن، خالد حمدي (2005). **التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني**، القاهرة: دار النهضة العربية، القاهرة.
25. عبد الرضا، عبد الرسول والنكاس، جمال فاخر (بلا سنة نشر). **الوجيز في النظرية العامة للالتزامات**، دون مكان نشر: دون دار نشر.
26. عرب، يونس (2001). **قانون الكومبيوتر**، بيروت: إصدارات اتحاد المصارف العربية.
27. عمران، السيد محمد (2003). **حماية المستهلك أثناء تكوين العقد**، دراسة مقارنة، الإسكندرية: منشأة المعارف.
28. عيسى، طوني ميشال (2001). **التنظيم القانوني لشبكة الانترنت**، ط1، بيروت: دار صادر.
29. فوده، عبد الحكيم (1993). **انهاء القوة الملزمة للعقد**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
30. المصري وعابدين، محمد محمود ومحمد احمد (1997). **الفسخ والانفساخ والتفاسخ في ضوء الفقه والقضاء**، الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية.
31. منصور، محمد حسين (2006). **احكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك**، الإسكندرية: دار الفكر الجامعي.
- ب. الرسائل الجامعية
1. العجلوني، أحمد خالد (2002). **التعاقد عن طريق الإنترنت**، رسالة ماجستير، الجامعة الأردنية، عمان، الأردن.
2. محمود، عبد الله ذيب (2009). **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني**، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين.

ج. الأبحاث والمقالات

1. الجميلي، سليمان براك (2005). الرجوع التشريعي عن التعاقد في عقود الاستهلاك , بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة النهريين، المجلد(8)، العدد(4).
2. الزقرد، أحمد السعيد (1995). حق المشتري في اعادة النظر في عقود البيع بواسطة التلفزيون، بحث منشور في مجلة الحقوق، السنة التاسعة عشر، العدد الثالث، 1995.
3. مجاهد، أسامة ابو الحسن (2000). خصوصية التعاقد عبر الانترنت، بحث مقدم الى مؤتمر القانون والكومبيوتر والانترنت، المنعقد في الامارات العربية المتحدة، 2000 .
4. النعيمي، الآء يعقوب (2005). الحماية القانونية للمستهلك في عقود التجارة الالكترونية، بحث منشور في مجلة كلية الحقوق، جامعة النهريين ، مجلد 18، عدد 14.

د. القوانين الوطنية والدولية

- القانون المدني الأردني رقم (43) لسنة 1976.
- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم (15) لسنة 2015.
- قانون المعاملات الالكترونية الأردني الملغي لعام 2001.
- مشروع قانون حماية المستهلك الأردني لعام 2013.
- التوجه الأوروبي الصادر بتاريخ 1997/5/20م بشأن العقود الإلكترونية.
- التوجيه الأوروبي الصادر في حزيران عام 2000 بخصوص حماية المستهلك.
- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 وتعديلاته.
- قانون حماية المستهلك اللبناني رقم 659 الصادر في 4 فبراير 2005 والمعدل بالقانون رقم 265 تاريخ 15 إبريل 2014.
- قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية والذي اعتمده لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري عام 1996 .

هـ. مواقع الكترونية

(<http://www.mea.com.lb>)

[http : www : dubaiinternetcity.com](http://www.dubaiinternetcity.com)///

ثانياً: المراجع باللغة الإنجليزية.

- a) Anne Cousinet Alain Bersoussaor : De la Tradition , dela coutume sur Internet , Gazette du palais –vendredi , 14 , samedi 15 Janvier 2000.
- b) David i.bainbridage, Introuduction to information technology ,Sixth edition, 2008.