كليــة الحقـــوق
قسم القانون المدني

التراضي في العقد الإلكتروني

" رسالة للحصول على درجة الدكتوراة في الحقوق "

مقدمة من الباحثة
عنادل عبد الحميد المطر

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة

أستاذ ورئيس قسم القانون المدني كلية الحقوق – جامعة عين شمس (**رئيســـــــاً**)

الأستاذ الدكتور/ فيصل زكي عبد الواحد

أستاذ القانون المدني ورئيس قسم العلوم القانونية والاقتصادية والإدارة البيئية بمعهد البيئة ـ جامعة عين شمس (**مشرفا وعضـــواً**)

الأستاذ الدكتور/ محمد محي الدين إبراهيم سليم

وكيل كلية الحقوق ـ جامعة المنوفية (**عضـــــــواً**)

٢٠٠٩

كلية الحقوق
قسم القانون المدني

رسالة دكتوراه

اسم الطالـــــب : عنادل عبد الحميد المطر

عنوان الرسالة : التراضي في العقد الإلكتروني.

اسم الدرجـــة : دكتوراه.

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

- الأستاذ الدكتور / محمد المرسي زهرة
  أستاذ ورئيس قسم القانون المدني كلية الحقوق – جامعة عين شمس
- الأستاذ الدكتور/ فيصل زكي عبد الواحد
  أستاذ القانون المدني ورئيس قسم العلوم القانونية والاقتصادية والإدارة البيئية بمعهد البيئة - جامعة عين شمس
- الأستاذ الدكتور/ محمد محي الدين إبراهيم سليم
  وكيل كلية الحقوق - جامعة المنوفية

تاريخ البحث : / / ٢٠٠٩

الدراسات العليا

ختم الإجازة **أجيزت الرسالة**

بتاريخ / / ٢٠٠

موافقة مجلس الكلية **موافقة مجلس الجامعة**

٢٠٠٩

كلية الحقوق
قسم القانون المدني

صفحة العنوان

اسم الطالـــــب : عنادل عبد الحميد المطر .

اسم الدرجـــة : دكتـــوراه.

القسم التابع له : القانون المدني .

اسم الكليـة : الحقـــوق.

الجامعـــــة : عين شمـس.

سنة التخـرج :

سنة المنـــح :

(يَـا أَيُّهَـا الَّـذِينَ آمَنُـوا أَوْفُـوا بِـالْعُقُودِ
أُحِلَّتْ لَكُمْ بَهِيمَةُ الأَنْعَـامِ إِلا مَـا يُتْلَـى
عَلَيْكُمْ غَيْرَ مُحِلِّي الصَّيْدِ وَأَنْتُمْ حُـرُمٌ إِنَّ
اللَّهَ يَحْكُمُ مَا يُرِيد)

سورة المائدة
الآية (١)

إهـــداء

إلـى كـل مـن قاسـمني عنـاء هـذا العمـل ، وشـاركني مصاعبه وهمومه ، إلى والداي وزوجـي /خالـد الراشـد ، وولدي (مشاري ، عنادل) الذين أتى هذا العمل على حساب جانـب كبيـر مـن وقـتهم وحقهـم علـيَّ ، أهـدي إلـيكم ثمـرة هـذا المؤلـف ، لعلـي بـذلك أرد بعـضاً مـن جميلكم يا أحبـائـــي .

كلمة شكر

أتقـدم بالـشكر الجزيـل والامتنـان إلـى الأسـتاذ الـدكتور الفاضـل فيـصل زكـي عبـد الواحـد ـ مـشرف الرسـالة على ما قدمه من نصح وإرشاد وتعاون وإخلاص في سبيل إنجاح

الرسالة، ولا تسعفني الكلمات في التعبير عن الثناء والشكر وإنما أذكره بقول الله عز وجل " وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ وَسَتُرَدُّونَ إِلَى عَالِمِ الْغَيْبِ وَالشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُمْ بِمَا كُنْتُمْ تَعْمَلُونَ " سورة التوبة (١٠٥)

كما أخص بالشكر والامتنان والتقدير إلى الأساتذة الأفاضل

رئيس وعضو اللجنة المشرفة على الرسالة الأستاذ الدكتور/محمد المرسي زهرة - و الأستاذ الدكتور/محمد محي الدين إبراهيم سليم

مقدمة

خلق الله تعالى الإنسان كائناً اجتماعيا بفطرته لا تستقم له حياة إلا في جماعة، فالإنسان الذي يعيش منفردا لا يعد وأن يكون فرضاً نظرياً ليس له وجود من حيث الواقع[١]. فالإنسان يسعي منذ خلق البشرية إلى إشباع حاجاته من سلع وخدمات عن طريق التعامل مع أفراد الجماعة.

ومن هنا تنشأ بين الناس في المجتمع علاقات اجتماعية واقتصادية متشابكة.

ومن العلاقات المهمة التي تقوم بين بني الإنسان علاقة تبادل الأموال وتداولها وانتقالها من ذمة إلى أخرى. وهي ما يطلق عليها في فقه القانون الأحوال المالية[٢].

ويعتمد الناس في تداول الثروات فيما بينهم على أعمال قانونية كثيرة[٣] ، ويأتي العقد في مقدمة هذه الأعمال بل إنه أكثرها شيوعاً في العمل.

ومن أبرز الأدلة على أهمية العقد على النحو المتقدم ما ورد في القرآن الكريم من حث الناس على احترام عقودهم وتعهداتهم، وذلك في قول الله تعالى ، بسم الله الرحمن الرحيم "يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود"[٤].

١- راجع في ذلك د.فيصل ذكي عبد الواحد ، المدخل لدراسة القانون سنه ٢٠٠٧،ص ٥

٢- وهي تقابل ما يسمى بالأحوال الشخصية، والتي يندرج تحتها العلاقات الاجتماعية المتعلقة بشئون الأسرة كالزواج والطلاق وما يرتبط بذلك من أمور عديدة.

٣- قد تنتقل الثروة من ذمة إلى أخرى بناء عمل مادي ومثال ذلك التخلي عن المال بنية تركه، والتي يترتب عليها خروج المال من ذمة التارك إلى ذمة من يلتقطه ولا شك أن مثل هذه الأعمال تمثل قلة نادرة في هذا الصدد.

٤-القرآن الكريم – سورة المائدة – الآية رقم ١

وتأتي أهمية العقد من أنه أكثر الأعمال القانونية شيوعاً بين الناس في معاملاتهم . فمعظم المعاملات المالية بين أفراد المجتمع تتم من خلال العقد، شعروا بذلك أم لم يشعروا.

ومن هذا المنطلق فقد وصف بعض الفقهاء – بحق – العقد بأنه نظام فذ وعملاق من أنظمة القانون، بل أن العقد يعتبر هو أهم أنظمة القانون المدني على الإطلاق. لأنه يلعب الدور الأساسي بين الناس في دنيا المال، فالفرد يبرم العقد مع غيره – وإن لم يشعر بذلك – مرات ومرات في اليوم الواحد، بل أن العقد لا يقف عند حد تنظيم الأمور المالية بين الأفراد، وإنما يتعدى ذلك إلى الكثير من المجالات الأخرى كالزواج مثلاً باعتباره رباطا مقدسا يجمع بين الرجل والمرأة.

كما أن دور العقد لا يتوقف عند معاملات الأفراد الذين يتواجدون في مجتمع واحد ، بل يتجاوز ذلك إلى الصعيد الدولي، إذ كثيراً ما تلجأ الشركات متعددة الجنسيات إلى تنظيم علاقاتها المالية بعضها ببعض من خلال العقد[١].

ونتيجة لهذه الأهمية الفائقة للعقد في حياة الفرد والجماعة، فقد أهتم المشرعون الوضعيون بتنظيمه عن طريق وضع نظرية عامة تتضمن أحكام تنظم مرحلة التكوين ، ومرحلة إنتاج الآثار ، ومرحلة الانقضاء ولم يقتصر التنظيم على وضع أحكام عامة فقط ، بل يشمل التنظيم أحكام خاصة بالنسبة لبعض العقود ، كالبيع[٢] والتأمين [٣]، والمقايضة[٤] ، والإيجار[٥].

١– أ.د عبد الفتاح عبد الباقي – نظرية العقد – دار النهضة العربية – سنة ١٩٨٤ ص ٥٢.

٢– راجع نصوص المواد من ٤٥٤–٥١٩ من القانون المدني الكويتي .

٣– راجع نصوص المواد من ٧٧٣–٨٠٨ من القانون المدني الكويتي .

٤– راجع نصوص المواد من ٥٢٠–٥٢٣ من القانون المدني الكويتي .

٥– راجع نصوص المواد ٥٦١–٩٤٩ من القانون المدني الكويتي .

وهذه الأحكام تكون واجبة التطبيق وتستبعد الأحكام العامة . إعمالا لمبدأ الحكم الخاص يقيد الحكم العام. وقد وضع المشرع هذه الأحكام مراعاة منه لاعتبارات معينة ، محورها عدم كفاية حكم القواعد العامة بشأن بعض المسائل . وقد أطلق على هذه العقود طائفة العقود المسماة .

ونظراً لأن العقد لا يعد وأن يكون سوي نظام اجتماعي يضبط حياة الناس في المجتمع، فإنه من الطبيعي أن يتأثر العقد بما يلحق بالمجتمع من تقدم ومدنية في جميع المجالات.

ولقد خطت البشرية خطوات عملاقة على طريق التقدم العلمي والتقني في جميع المجالات، وخاصة في مجال وسائل الاتصال، وذلك بفضل تلك القفزات الهائلة في مجال المعلوماتية، والتي أفرزت لنا وسائل للاتصال بين الناس بالغة الحداثة.

ومن أبرز وسائل الاتصال التي أفرزتها تكنولوجيا المعلومات شبكة الإنترنت والتي كان لها كبير الأثر على معظم فروع القانون[1] بصفة عامه، وعلى نظرية العقد في القانون المدني والقانون التجاري بصفة خاصة[2].

فلقد تأثرت نظرية العقد تأثراً كبيراً بتلك الطفرات الهائلة في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات[3]، فقد كان العقد ينعقد – في شكله التقليدي –

١- أنظر في هذا الصدد طوني ميشال عيسي ، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ، دارسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقات الدولية ، دار صابر للنشر ، الطبعة الأولي ، سنة ٢٠٠١ ، من ص ٥٣ إلى ص٥٥ .

٢- أنظر د.محمد أمين الرومي ، التعاقد الالكتروني ، عبر الانترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ص١٤ وما بعدها .

٣- د.أسامة أبو الحسن ، التعاقد عن طريق شبكة الانترنت ، دار الكتب القانونية ، المحلة الكبرى، سنة ٢٠٠٢ ، أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الانترنت ، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع،ص١٤ .

بإيجاب يصادفه قبول يصدران من شخصين – أو أكثر – يجمعهما مكان واحد هو مجلس العقد، أو على أكثر تقدير أن يتلاقى الإيجاب والقبول من خلال رسول يحمل إلى أحدهما تعبير الآخر إذا لم يتحد مجلس العقد .

ولكن نتيجة للتقدم التقني آنف الذكر، ظهر لنا في العمل أنماط أخرى لإبرام العقود، ومن هذه الأنماط التعاقد عن طريق التليفون والتعاقد عن طريق أجهزة الفاكس وأجهزة الميناتيل[1] وأخيراً ظهر التعاقد عبر شبكة الإنترنت [2]، وهذا النمط الأخير من التعاقد بالذات، ونعنى به التعاقد عن طريق الإنترنت – نظراً لعمومية هذه الشبكة واتساعها المذهل – أفرز لنا نوعاً جديداً من التجارة عرفت اصطلاحا باسم التجارة عبر الوسائل الإلكترونية[3] Electronic commorce، وهذه بدورها قد أفرزت لنا ما يسمى حالياً بالعقد عبر الوسائل الإلكترونية Electronic contract .

ولأن التجارة عامة – والتجارة الدولية خاصة – تعد من أهم الأنشطة الإنسانية ، فإنه من الطبيعي أن تبذل الجهود الكبيرة من أجل تنظيم هذا النمط الحديث من التجارة، ونعنى به التجارة الإلكترونية، وذلك من أجل وضع الأحكام العامة التي تنتظم فيها هذا النوع من التجارة .التي تتعرض لعديد من المخاطر ، من قبل قرصنة المعلومات .

١– د.محمد أمين الرومي ، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ،ص١٤ .

٢– طوني ميشال عيسي ، التنظيم القانوني لشبكة الانترنت ، دارسة مقارنة في ضوء القوانين الوضعية والاتفاقيات الدولية ، مؤسسة صابر اللبنانية للنشر ،سنة ٢٠٠١،ص٥٣,٥٤,٥٥

٣– د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ،سنة٢٠٠٢،د.عبد الفتاح مراد ، التجارة الالكترونية والبيع والشراء على شبكة الانترنت، سنة٢٠٠٦،ص١٠٧,١٠٨ .

ولعل هذا ما يدفع الكثير من الباحثين والمهتمين بحقل القانون إلى بذل كل جهدهم من أجل المساهمة في بناء صرح قانوني يستوعب الإشكاليات الخاصة بهذا النوع الحديث من التجارة.

فالتعاقد عبر شبكة الانترنت ، يعتبر أحد صور التعاقد والتي كان لها تأثير بالغ في نظرية العقد ، الأمر الذي آثار التساؤل حول مدي قدرة القواعد العامة التي تنظم العقد في مراحله الثلاث[1] ، على استيعاب هذه الصورة الجديدة ، أم أنه الأمر يحتاج إلى تدخل من المشرع في الدول المختلفة لوضع قواعد جديدة تنظم هذه الصورة من التعاقد .

وإذا كانت نظرية ، العقد بصفة عامة ، فيها من الاتساع والشمول ما يجعل من الصعب أن يشملها بحث واحد، فإن نظرية العقد عبر الوسائل الإلكترونية – إن صح هذا التعبير – تزيد في تلك صعوبة ، حيث أن هذا النوع من التعاقد ، مازال يعاني من العديد من الإشكاليات ، التي تحتاج إلى غطاء قانوني. ومن ذلك الإشكاليات الخاصة بركن التراضي و والذي يطلق عليه الفقه الإرادة المشتركة للمتعاقد والتي تعتبر العمود الفقري للعقد . ومن ثم فإن هذه الدراسة سوف تقتصر على ركن التراضي في ضوء النصوص القانونية التي وردت في التشريعات الوضعية المختلفة وبيان أوجه القصور في هذه النصوص .

وسوف تكون دراستنا لركن التراضي ، في ضوء نصوص القوانين ، وخاصة القانونين المصري ، والكويتي ، وأراء الفقه وأحكام القضاء .

١- التكوين وإنتاج الآثار والانقضاء.

وسوف نقسم هذه الدراسة إلى ثلاثة فصول .وسوف تناول من خلال الأول منهم العقد الالكتروني وتمييزه عن غيره من العقود .

ونوضح من خلال التإلى تكوين الإرادة المشتركة للمتعاقدين في العقد الإلكتروني. وأما الفصل الثالث فسوف نعالج من خلاله صحة التراضي في العقد عبر الوسائل الإلكترونية.

الفصل الأول

العقد الإلكتروني وتميزه عن غيره من العقود

تمهيد وتقسيم:-

لا شك أن الحديث عن التراضي كأحد أركان العقد عبر الوسائل الإلكترونية لا يستقيم بغير الوقوف على مفهوم العقد من خلال الوسائط الالكترونية وتمييزه عن غيره من العقود .

وترتيباً على ذلك فسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول منهما مفهوم و خصائص العقد الإلكتروني. ثم نتناول في الثاني تمييز العقد عبر الوسائل الإلكترونية عن غيره من العقود.

المبحث الأول

مفهوم وخصائص العقد الإلكتروني

تقسيم:-

التعاقد عبر الوسائل الحديثة ، وخاصة شبكة الانترنت له مفهوم وخصائص معينة .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المبحث إلى مطلبين نتكلم في أولهما عن مفهوم العقد الإلكتروني . ونوضح من خلال الثاني خصائص العقد الإلكتروني.

المطلب الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

تقسيم :

المفهوم الفني للتعاقد عبر شبكة الانترنت له معني محدد ، أيا– كانت صورة هذا التعاقد – يجب الوقوف عليه ، من خلال الصور المختلفة التي يتم التعامل من خلال إحداها .

وعلى ذلك سوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين نتكلم في أولهما عن تعريف العقد الإلكتروني ونعرض من خلال الثاني لصور العقد عبر الوسائل الإلكترونية.