

شعبة القانون الخاص  
مسلك القانون الخاص  
وحدة: "المدخل لنظرية الالتزامات"  
السداسية الثانية - فوج: "أ" - ذ. محمد بخنيف

الاشغال التوجيهية

الجزء الأول المتعلق بأسئلة مراقبة الفهم والاستيعاب  
تابع (الحصّة الثانية)

تطبيق منهجية العرض على موضوع:  
"توافق الإرادتين في العقد المبرم وفق ظهير الالتزامات والعقود  
والعقد المبرم بشكل إلكتروني"

الموسم الجامعي

2015-2016

يعرف العقد بأنه توافق إرادتين على إنشاء حق تترتب عنه آثار قانونية. وبهذا يسئلنزم أن تكون إرادة الأطراف حرة تتصرف أثارها إلى كلى طرفي العقد، ويتم التعبير عن هذه الإرادة بمخلف الوسائل حسب طبيعة العقد ونوعيته، وكذا بين اللحظة والوقت الذي يقترن فيه الإيجاب بالقبول. فقد يتم العقد في لحظة واحدة في مجلس واحد للعقد، وقد لا يقترن في لحظة واحدة كما هو الشأن بالنسبة للتعاقد بين غائبين.

والتعاقد بين غائبين إما أن يكون بواسطة الوسائل التقليدية مثل الرسالة أو ما يدخل في حكمها من قبيل الرسول والبرقية والتلغراف تبعاً لما هو منصوص عليه في قانون الالتزامات والعقود المغربي في الفصل 30، أو أن يتم بالوسائل الحديثة أو ما يصطلح عليه بالعقد المبرم بشكل الكتروني والمنظم في قانون 53.05 الصادر في 30 نونبر 2007.

وإذا كان النمط الأول من صيغ التعاقد قديماً قدم القوانين المنظمة للمعاملات المدنية، فإن النوع الثاني من صيغ التعاقد هو الأخر قديم في الغرب حديث في المغرب، إذ بدأ التعامل بالوسائل الالكترونية في ميدان التجارة في بداية مطلع سنة 1980. وهذا ما تثبتته الكثير من الكتابات في هذا المجال بمختلف اللغات.

وعليه فإن القانون رقم 53.03 لم يعرف العقد الالكتروني لكن بعض الفقه ذهب إلى القول بأنه كل توافق إرادتين غائبين عن مجلس العقد، تتمان بواسطة إما دعوات إلكترونية أو بواسطة البريد الالكتروني أو بواسطة العرض على الموقع الالكتروني الأصلي لصاحب المنتج.

وبناء عليه، فمتى ينعقد العقد المبرم وفق القواعد العامة لظهير الالتزامات والعقود والعقد المبرم بشكل الكتروني؟

من أجل الجواب عن هذا السؤال فإن الأمر يقتضي منا تخصيص ال (محور الأول) للحديث عن كيفية توافق الإرادتين في العقد المبرم وفق قانون الالتزامات والعقود، على أن نخصص ال (محور الثاني) لطرق إبرام العقد بشكل إلكتروني.

### المحور الأول: كيفية توافق الإرادتين بين غائبين في العقد المبرم وفق ق. ل. ع. م.

نشير بداية إلى للتعاقد بين غائبين أكثر من مظهر، وأبرزها التعاقد بواسطة المراسلة أو عن طريق رسول أو بواسطة السمسار.

فالمراسلة هي أن يقوم الموجب بمكاتبة الشخص الموجه إليه الإيجاب يدعوه فيها إلى القبول.

وإذا كانت مهمة الرسول في غالبية الأحوال هي نقل الخطاب الخطي للطرف الآخر إلا أن ذلك لا يحول دون نقل الرسول الإيجاب شفاهية وفي ظل هذا الوضع فإن الرسول يكون بمثابة وسيط اسندت إليه مهمة نقل الإرادة من الموجب إلى القابل ويتحتم عليه تبليغ

العرض بكيفية واضحة لا غموض فيها. وهكذا يتبين أن الرسول عبارة عن واسطة لتبليغ الإيجاب لمن عرض عليه، غير ان وضعه في الإيجاب المكتوب أقل فعالية منه في الإيجاب الشفوي، وفي كل الأحوال ليس بوكيل قانوني عن الموجب.

ومثل الرسول السمسار الذي يمكن ان يتخذ وضعيتين في الإنابة عن الموجب : فالوضعية الأولى، وهي الحالة التي يكتفي فيها الرسول بنقل إرادة الموجب للطرف الآخر، والوضعية الثانية هي تلك التي ينوب فيها الرسول عن الموجب في إطار مبادئ أحكام الوكالة سواء كانت خاصة أو عامة، وهنا تكون شخصية الوسيط ذات اعتبار في العقد كونه نائبا قانونيا عن الموجب وليس مجرد رسول موفد من قبله، ولهذا الاختلاف في المنظور خصوصا في الحالات التي يكون فيها الإيجاب ملزما لصاحبه.

بعد هذا البيان للصور التقليدية في ميدان التعاقد بين غائبين، جاز لنا أن نثير سؤالا هنا يتعلق بالزمان الذي ينشأ فيه العقد.

من أجل الجواب عن ذلك، برزت أربع نظريات هي على الشكل التالي:

1- نظرية إعلان القبول: ومضمون هذه النظرية هو أن العقد الحاصل بالمراسلة أو بواسطة الرسول يتم بمجرد صدور القبول من الشخص الذي وجه عليه الإيجاب على اعتبار أن تقابل الإرادتين يحصل في هذا الوقت بالذات.

2- نظرية إرسال القبول: برزت هذه النظرية في ضوء معطى مؤداه إمكانية تراجع القابل عن قبوله للإيجاب الذي وجه إليه، فأنصار هذه النظرية أن العقد لا يقوم إلا إذا قام القابل بوضع الرسالة الجوابية في صندوق البريد.

3- نظرية تسلم القبول: ويرى اصحابها ضرورة استلام الموجب للخطاب أو الرسالة التي تتضمن جواب القابل.

4- نظرية العلم بالقبول: إن أنصار هذه النظرية يشترطون لانعقاد العقد ضرورة توصل الموجب بالقبول، وذلك كدليل على توافق الإرادتين بصورة فعلية.

وفي ظل تباين وجهات نظر أصحاب النظريات الأربع، فإن موقف قانون الالتزامات والعقود، هو الآخر حاول المزاوجة بين النظرية التي تأخذ بإعلان القبول مع ترك فرصة زمنية للموجب حتى يتوصل بالقبول داخل الأجل المناسب لوصل الرسالة في الأحوال العادية، وفق ما هو منصوص عليه في الفصلين 24 و30 من ق.ل.ع.م.

### ثانياً: توافق الإرادتين في العقد المبرم بشكل الكتروني .

يعتبر العقد المبرم بشكل إلكتروني من النماذج العقدية التي يتم فيها تسخير التكنولوجيا الحديثة لإبرام الصفقات والعقود على نحو أسرع وأضمن لمصالح الأطراف المستعملة لهذه التقنية الجديدة لتبادل المعطيات بشكل الكتروني، وهو صورة من صور التعاقد بين غائبين وفق الطرق الحديثة التي لم تكن معروفة في المغرب قبل سنة 2007.

ومن مظاهر التعاقد بين غائبين أن يتم إبرام العقد بين شخصين بواسطة البريد الإلكتروني أو أية دعامة إلكترونية أخرى، وإن كان البريد الإلكتروني هو الوسيلة المستعملة بكثرة في العرض الموجه للغير قصد إبراد الغربة في التعاقد مع صاحب العرض، هذا الأخير الذي يجب أن يتضمن جملة من البيانات الأساسية تحت طائلة بطلان العقد، وهذه البيانات حسب قانون 53.03 هي على الشكل التالي:

- 1- بيان الخصائص الأساسية للسلع والبضائع والخدمات المعروضة للتفاوض والتعاقد عليها.
  - 2- تحديد شروط التعاقد وإبراز التحفظات التي يتعين أخذها بعين الاعتبار عند إبرام العقد.
  - 3- بيان مختلف المراحل التي يتوجب اتباعها لإبرام العقد بشكل إلكتروني.
  - 4- تحديد الوسائل التقنية التي تمكن الأطراف من اكتشاف الأخطاء قبل إبرام العقد وتصحيحها.
  - 5- بيان اللغة المقترحة لتحرير العقد.
  - 6- تحديد الطريقة التي يتعين حفظ العقد الإلكتروني بها في الأرشيف.
  - 7- الإشارة إلى وسائل الاطلاع على القواعد المهنية والتجارية التي يعتزم صاحب العرض الخضوع لها عند الاقتضاء.
- فإذا توصل الموجه إليه العرض المتضمن لهذه البيانات ووافق عليها، فإن الموافقة وحدها لا تكفي للقول بأن العقد قد نشأ صحيحاً ورت جميع آثاره القانونية، بل لا بد من أن يتوصل العارض بالرد من القابل، وأن يقوم بإعلام وإشعار هذا الأخير بأنه توصل فعلاً بالرد.