جامعة أكلي محند أولحاج – البويرة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون الخاص

خصوصية ركن التراضي في عقود التجارة الالكترونية

مذكرة ماستر في القانون
تخصص: قانون أعمال

إعداد الطالبتين:
- زوقاغ نسيمة
- زوقاغ حياة

تحت إشراف الدكتورة:
د/ شيهاني سمير

لجنة المناقشة

أ/بلعزوز رابح.....رَئيسًا
د/ شيهاني سمير.....مُشرفًا ومقررًا
د/ قتال حمزة.....مُمتحنًا

تاريخ المناقشة

2021/07/07

شكر وعرفان

الحمد الله ربي العالمين حمد يليق بجلال وجهه وعظيم سلطانه، والشكر له على توفيقه وامتنانه شكرا يكافئ المزيد من إحسانه و الصلاة والسلام على رسول الهدى محمد بن عبد الله خير خلق الله وصفوة رسله ومن ولاه واتبع هداه إلى يوم الدين وبعد، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

"لا يشكر الله من لا يشكر الناس"

نتقدم بجزيل الشكر وخالص الامتنان والتقدير وكل الاحترام إلى الأستاذ المشرف على هذه المذكرة "شيهاني سمير" عرفانا بجميله وفضله وتعهده بالتصويب في جميع مراحل إنجازها، والذي زودتنا بكل النصائح والمعلومات القيمة حتى اكتمل هذا العمل كما أحي فيه روح التواضع والمعاملة الجيدة، جزاه الله عني كل خير.

كما نتقدم بالشكر والعرفان إلى الأساتذة أعضاء اللجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذا العمل وتقييمه.

ولا يفوتنا أن نشكر كل أساتذتنا طوال المشوار الجامعي وكل أساتذة كلية الحقوق والعلوم السياسية ولكل من ساعدنا في إتمام هذا العمل من قريب أو بعيد.

إهداء

إلى أول من تلفظ لساني باسمها فنبض قلبي إلى التي أعطتني الأمل والحنان الذي أعيش له.

إلى التي وهبت حياتها لي وأمرت أن تكمل رسالتها في الحياة فأنارت لي السبيل وكانت لي المثلالأعلى إلى التي لو أهديتها حياتي لن تكفي في حقها أمي ثم" أمي الحبيبة" حفظها الله لي.

إلى الذي لا مثيل له كان أو سيكون من سيعيش في أعماقي وكان وراء كل خطوة خطوتها في طريق العلم إلى من علمني مبادئ الحياة ورباني على الصدق والإخلاص" أبي العزيز" حفظه الله لي.

إلى من هم أنس عمري ومخزن ذكرياتي ومصدر سعادتي أخي الوحيد كريم، وأختي نادية ولامية وأزواجهم

إلى من شاركوني الآمال والأحلام والأيام .....من نشأت في وسطهم وأسعد دوما برفقتهم زميلاتي سهام وخديجة وشهرة

إلى أختي الصغيرة مريم، إلى أبناء أختي محمد أمين وياسين والكتكوتة ابتسام

إلى من رافقتني في إنجاز هذا العمل الصديقة والأخت "حياة" وكل أصدقائي

إلى كل من سعتهم ذاكرتي ولم تسعهم مذكرتي.

_ "تسيمة"_

إهداء

إلى معنى الحب والتفاني، إلى من كان دعائها سر نجاحي
إلى من وضع "المولى عز وجل" الجنة تحت أقدامها
أمي العزيزة
إلى من أحمل اسمه كل افتخار، إلى من علمني العطاء دون انتظار
وستبقى كلماته نجوما اهتدي بها اليوم وفي الغد وإلى الأبد
أبي العزيز
إلى إخوتي ورفقاء دربي في هذه الحياة بدونهم لا شيء
إلى من تطلع لنجاحاتي بنظرات الأمل
محمد أمين، إسماعيل، علي
إلى من زادني حبهم أملا في الحياة...
إلى اخوة لم تلدهم أمي... وإنما ولدتهم المواقف والظروف...
بنات خالتي، بنات عمي، بنات عمتي
إلى من كانو ملاذي وملجئي... إلى من تذوقت معهم أجمل اللحظات
إلى من سهرنا سويا ونحن نشق الطريق نحو النجاح
إلى صديقاتي العزيزات خاصة "نسيمة"
إلى كل عائلة زوقاغ كبيرهم وصغيرهم
إلى عائلة أمي زكري وخاصة جدتي أطال الله في عمرها
إلى كل من ذكرهم قلب وسقطو سهوا من قلمي إلى كل من يعرفني من بعيد أو من قريب

-حياة-

مقدمـــــــــة

إن التطور الكبير الذي شهدته أنظمة المعلومات والاتصالات كان من نتائج إفرازات عصر المعلومات في وقتنا الحالي، الذي أدى إلى ظهور ما يسمى بشبكات الاتصال والمعلومات، أهمها شبكة الانترنت، حيث بنت هذه الأخيرة نسيجا من العلاقات التي تتم بين الأفراد من خلال نقل المعلومات وتبادلها إلكترونيا، كتبادل السلع والخدمات عن بعد، وهو ما أدى بالضرورة إلى ظهور التجارة الالكترونية.

ليظهر بذلك نوع جديد من العقود، وهي العقود الالكترونية، التي تتم عن بعد بين طرفين، قد ينتميان إلى دولة واحدة، وقد ينتمي كل واحد منهما إلى دولة مختلفة عن دولة الآخر، ويكون ذلك باستخدام الوسائل الالكترونية، بحيث تمنح هذه الوسائل لهذا النوع من العقود خصوصية غير تلك التي تتميز بها العقود الالكترونية.

وبما أن العقد الالكتروني يعتبر القلب النابض للتجارة الالكترونية، نظرا لما يوفره من جهد ومال ربح للوقت، كان من الضروري تدخل المشرعين لتنظيمه.

وهنا تدخل المشرعين لتنظيمه، وسن قوانين خاصة به، كانت منظمة الأمم المتحدة سباقة في تنظيم التجارة الإلكترونية، وتجسد ذلك من خلال القانون التجاري الدولي المسمى الأونيسترال بتاريخ 16-12-1996، أما في العالم العربي فكانت تونس هي الأولى في هذا المجال، وذلك من خلال إصدارها لقانون التجارة الالكترونية في 09 أوت 2000. والمشرع الإماراتي والأردني، أما المشرع الجزائري فقد تأخر كثيرا في إصدار قانون لتنظيم هذا النوع من العقود؛ حيث لم يصدر قانون بهذا الشأن إلا سنة 2018 بموجب القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق ل 10 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

والجدير بالذكر أن التجارة الالكترونية في شكلها الحديث أثبتت نجاعتها على النمط التجاري القديم، خاصة في ظل الوضع الصحي الذي نعيشه اليوم بسبب انتشار وباء "كوفيد 19".

وبنا أن العقد الإلكتروني يتم باستخدام وسائل مسموعة ومرئية تخلق تفاعلا بين الموجب والقابل، ولا تقتصر على الانترنت وخدماتها فقط، بل تشمل كافة وسائل الاتصالات

الأخرى كالفاكس والتلكس والفاكس والإيمايل والهاتف...الخ، فإن هذا ما يجعله يتميز عن العقد التقليدي، باعتباره ينتمي لفئة العقود المبرمة عن بعد أي دون التواجد المادي للأطراف، والذي يعني عدم وجود طرفي العقد في مكان واحد، وأحيانا في زمان واحد.

لذلك أثيرت العديد من الإشكاليات القانونية على المستويين الوطني والدولي، أهمها تلك المتعلقة بالتراضي في التعاقد الالكتروني، وبيان كيفية وصور التعبير الالكتروني عن الإرادة في الإيجاب والقبول، وكذلك وقت ومكان إبرام العقد، كونها تبرم عن بعد وعبر بيئة افتراضية لا مادية.

وقد عالجت هذا الموضوع عدة دراسات تنوعت بين التفصيل والإيجاز، وبين كونها أطروحات ومذكرات ومقالات أهمها:

- أطروحة دكتوراه بعنوان: النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري للأستاذ عجالي بخالد، جامعة تيزي وزو، 2014.
- ومذكرة ماجستير بعنوان: الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني للباحث عبد الحميد بادي، جامعة الجزائر01، 2012/2011.
- وكذلك مذكرة الماجستير بعنوان: التراضي في العقود الإلكتروني لمرزوق نور الهدى، جامعة تيزي وزو،2012.
- ومقال بعنوان: الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية، لدناي نور الدين، تندوف، 2017.

إن خصوصية هذا الموضوع وأهميته، يفرض الاعتماد على عدة مناهج علمية من بينها المنهج التحليلي الذي يهدف إلى التعرف على ظاهرة ما بطريقة مفصلة وتحليلها تحليلا دقيقا، بالإضافة إلى جمع الحقائق وتحليلها وتفسيرها، كما اعتمدنا على المنهج الوصفي وذلك بدراسة الأحداث من أجل التعرف عليها؛ سواء من حيث المحتوى أو المضمون الذي يوصل إلى النتائج وتعليمات لكي تساعد على فهم الواقع وتطويره، باعتبار موضوع دراستنا هو التراضي في العقد الإلكتروني، فإن هذه الظاهرة تتطلب الوصف، خاصة أنها من

الموضوعات الحديثة التي تطرح العديد من الإشكالات، بالإضافة إلى المنهج المقارن؛ لأن النظام القانوني لا يمكن اكتشاف ما يتضمنه من نقص أو فراغ إلا بمقارنته بنظم أخرى.

ومما سبق تظهر أهمية هذه الدراسة والتي تتمثل في:

من الناحية العملية تظهر أهمية هذا الموضوع بالنظر لتطور الكبير الذي وصلت إليه الثورة التكنولوجية، حيث ظهر نوع جديد من التجارة، وهي التجارة الإلكترونية، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ظهر نوع جديد من العقود، وهو العقد الإلكترونيالذي فرض نفسه بقوة في المجتمع؛ نظرا لما يحققه من فوائد عديدة، إضافة إلى المزايا العديدة التي تمنحها شبكة الانترنت خاصة في مجال إبرام العقود بسهولة ويسر، دون الالتقاء المادي للمتعاقدين في مجلس العقد الذي يقتضي الجهد والمال والوقت، أو أيضا الاستفادة من عنصر الزمان، وذلك من خلال سرعة الاتصال.

أما أهميته من الناحية العلمية: تأتي من حداثة الموضوع، وهذا مادعنا للاهتمام به، من أجل تغطية جوانبه وإزالة ما يتضمنه من غموض، خاصة في ظل ما تعرفه القوانين المنظمة للمعاملات الالكترونية من حداثة، وأبرز مثال على ذلك التشريع الجزائري، مساهمة في توجيه ومساعدة الباحثين في بحوثهم التي لها علاقة بموضوعنا، وكذلك مساعدة المتعاملين في مجال المعاملات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت، من خلال عرض العديد من الحلول المناسبة لتنظيم ركن التراضيفي العقود الالكترونية.

أهداف الدراسة:

لهذه الدراسة جملة من الأهداف أبرزها أنها تلبي حاجة ضرورية؛ وهذا لوجود بحث متخصص نحاول من خلاله تقديم حلول للإشكالات التي انبثقت عن التعامل الالكتروني فهذه الدراسة تعطي تحليلا لمختلف النواحي التي يثيرهاركن التراضي في العقود الإلكترونية، وإزالة الغموض عنه، بكيفية تسمح للمتعاملين في هذا المجال تجنب المخاطر والعيوب التي قد تشوب الرضا.

وتبعا لذلك ارتأينا أن تكون إشكالية هذه الدراسة كالآتي: ما هي مظاهر خصوصية التراضي في عقود التجارة الإلكترونية القانونية والعملية؟

وفي سبيل إعداد البحث والوصول إلى حل للإشكالية المطروحة ارتأينا تقسيم البحث إلى فصلين: الأول نعرض فيه خصوصية التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، وقد قسمناه إلى مبحثين: خصصنا الأول منه للإيجاب الإلكتروني، والمبحث الثاني للقبول الإلكتروني.أما الفصل الثاني فتناولنا فيه خصوصية مجلس العقد الإلكتروني والذي قسمناه إلى مبحثين: تطرقنا في الأول إلى مفهوم مجلس العقد الإلكتروني، وفي المبحث الثاني إلى زمان ومكان تلاقي الإيجاب والقبول.

وانتهينا بخاتمة ضمناها نتائج البحث والاقتراحات التي رأيناها أنها تخدم الموضوع.

الفصل الأول

خصوصية التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية

إن العقد لا ينعقد أيا كان، وأيا كانت الوسيلة المستعملة في إنشائه إلا بإيجاب صادر من أحد الأطراف يقترن بقبول مطابق من الطرف الآخر. والإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني لا يختلفان عنه في العقد التقليدي؛كل ما في الأمر أنهما في العقد الإلكتروني يتحققان ويقترنان بوسائل إلكترونية[1].

والتشريعات المنظمة للتجارة الإلكترونية، ومنها التشريعات العربية، لم تتناول أحكاما تفصيلية بخصوص الإيجاب والقبول بل اكتفت بالإشارة إلى جواز التعبير عنهما بوسائل إلكترونية؛ فحسب نص المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2015[2] تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي.ونص المادة 1/11 من القانون الاتحادي رقم01 لسنة 2006 جاء فيه: "لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكترونية"[3].

والإيجاب والقبول، رغم أنهما يتشابهان في الكثير من المسائل في كل من العقد التقليدي أو العقد الإلكتروني، إلا أنه في هذا الأخير له بعض الخصوصية سواء بالنسبة لوسائل التعبير، أو مكان وزمان تلاقي الإرادتين إلى غيرها من الأمور. ومنه سنسلط الضوء على هذا الموضوع لإبراز الجوانب الخاصة بالإيجاب (المبحث الأول)، والقبول (المبحث الثاني).

(1) هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص191.

(2) القانون رقم 15 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2015، مؤرخ في 15 أبريل 2015، ج.ر عدد 5341، صادر في 17 مايو 2015.

(3) القانون الاتحادي رقم01 لسنة 2006 المتعلق بمعاملات التجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 442، السنة 36 بتاريخ 31 جانفي 2006، الإمارات.

المبحث الأول

الإيجاب الإلكتروني

يعد الإيجاب أول خطوة في إبرام كافة العقود، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم العقد ينبغي أن يكون هناك عرض من طرف أحد الأشخاص إلى شخص آخر أو آخرين، بقصد إبرام عقد ما للحصول على قبول لهذا الغرض[1].

ولكي يكون التعبير عن الإرادة إيجابا يجب أن يكون قد استقر عليه من طرفالموجب نهائيا، أي يحب أن يكون جازما وباتا وكاملا، وأن يتكون من كل الشروط الجوهرية للعقد الذي سيبرم، كذلك يجب أن تتوفر نية إبرام العقد[2].ومن خلال هذا المبحث سنقوم بدراسة مفهوم الإيجاب لإلكتروني(**المطلب الأول**)، وكيفية التعبير عنه(**المطلب الثاني**).

المطلب الأول

مفهوم الإيجاب الإلكتروني

إن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقة، وهذا وفقا لنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري[3]، التي تلزم على وجوب صدور التعبير عن الإرادة من الشخص وهو الإيجاب، الذي يقابله تعبير من الطرف الآخر وهو القبول، الذي يكون مطابقا للإيجاب.

فبالرجوع للفقه نجد تعريفات كثيرة وعديدة للإيجاب منها: "الإيجاب تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط

(1) محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004، ص108.

(2) العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001، ص69.

(3) الأمر رقم 75-58 المؤرخ في20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، بتاريخ 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

معينة".**وعرف كذلك أنه:** "التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني"[1].

وعرف كذلك بأنه: "تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد حيث يتم من خلال شبكة دولية الاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن التعاقد مباشرة"[2].

أما بالنسبة للقضاء فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه: "العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا أقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"[3].

وعرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه: "عرض يعبر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قبوله من المتعاقد الآخر"[4].

وعرفته مجلة الأحكام العدلية بأنه: "أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف"[5].

وعليه يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي بإضافة لفظ إلكتروني إليه، الذي لا ينال منه في مجال القواعد التقليدية. فالأمر ليس بمجرد وصف يلحق بالإيجاب وإنما هو ناشئ عن اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة، مما يتضح لنا أن الفرق بين الإيجاب التقليدي والإيجاب الإلكتروني ليس في جوهر الإيجاب، وإنما يتعلق ببعض الخصوصية التي يتميز بها الإيجاب الإلكتروني.

---

(1) انظر في ذلك: مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص94.

(2) انظرفي ذلك: أسامة عبد الحليم الشيخ، مجلس العقد وأثاره في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة في فقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة للنشر، مصر، ص336.

(3) انظر في ذلك: سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص101.

(4) انظر في ذلك: محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004، ص97.

(5) أخذت مجلة الأحكام العدلية بما ذهب إليه المذهب الحنفي، إذ يرون أن الإيجاب هو كلام أو فعل أول من يتكلم حال إنشاء العقد، فالمتقدم من كلام العاقدين هو إيجاب سواء أكان من المالك أم من المتملك، والمتأخر منهما هو القبول.

ولفهم الإيجاب كعنصر أساسي من عناصر الرضا في التعاقد الإلكتروني، ومنه سنتناول التعريفات المختلفة المقدمة للإيجاب الإلكتروني(**الفرع الأول**)، وخصائصه(**الفرع الثاني**).

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني

يتم التعبير عن الإيجاب عبر تقنيات الاتصال الإلكترونيةكالأنترنت باستخدام البريد الإلكتروني أو الموقع التجاري، ولما كان العقد الإلكتروني يندرج من الناحية التشريعية في طائفة العقود التي تبرم عن بعد، ومنه خلال هذا الفرع سنقوم بعرض تعريفات الإيجاب الإلكتروني وفق التفصيل الآتي:

عرفه التوجيه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد، الصادر تحت الرقم 08-98 بأنه[1]:"كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".

يستنتج من هذا التعريف أنه عبر عن الإيجاب بأنه كل اتصال عن بعد، وهذا يعني وجود وسيلة اتصال، ثم ذكر عبارة الارسال، وهذا يقتضي أن الاتصال يكون عن طريق الرسائل فقط (وهذا دقيق ومنتقد)، والأمر الثالث أنه ذكر بأن الإيجاب يتضمن كل العناصر اللازمة(وهنا هذه العبارة ناقصة) مما يجعلها غامضة، ثم إن عبارة "يقبل العقد مباشرة" تحصر العقد الإلكتروني في العقد الذي يقبل التمام مباشرة بعد صدور القبول، في حين أن هناك صيغا أخرى لا يستوعبها التعريف.

وعرفه قانون الأونيسترال النموذجي في المادة 01/11 بأنه[2]: "**وفي سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته بمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض**". من خلال هذا التعريف

(1) التوجيه الأوروبي رقم 08-98 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد.

(2) قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996. الصادر لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التابعة للأمم المتحدة، في الجلسة 85 المنعقدة في 16 ديسمبر 1996. موجود على موقع هيئة الأمم المتحدة على الصفحة الآتية:

https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce

تم زيارة الموقع بتاريخ: 29 جوان 2021 على الساعة 15:16

نستنتج أنه يجوز استعمال رسائل البيانات في إبرام العقود من أجل التعبير عن الإيجاب وقبوله؛ ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين يخالف ذلك، والأمر الآخر أن العقد لا يفقد صحته وقابليته عند استخدام تلك الرسائل.

اعتبرت الأمم المتحدة في مشروع العقد النموذجي الخاص بالمعاملات الإلكترونية والملحق بقانونها أن الرسالة تمثل إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معروفين على نحو كاف،وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك[1]. وهذا التعريف فيه أمر جديد يتمثل في وجوب معرفة المرسل إليه، ووجوب وجود نية الالتزام، كما فرق بين الرسالة التي تعد إيجابا والتي لا تعد إيجابا.

وقد عرف جانب من الفقه الإيجاب الإلكتروني بأنه: "تعبير جازم عن الإرادة، يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال– سواء أكانت مسموعة، أم مرئية، أم كلتيهما– ويتضمن الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه كافة، بحيث ينعقد العقد إذا ما تلاقى معه القبول"[2].نلاحظ أن هذا التعريف هو الأقرب توصيفا للإيجاب الإلكتروني، لكنه لا يقتصر فقط على استعمال تقنيات اتصال مسموعة أو مرئية، بل يوجد وسائل اتصال حديثة عديدة للتعبير عن الإيجاب الإلكتروني.

الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني

يخضع الإيجاب الإلكتروني لنفس القواعد العامة التي يخضع لها الإيجاب التقليدي، إلا أنه يحوز البعض من الخصوصيات التي تتعلق بطبيعته؛ كونه يتم من خلال شبكة عالمية للاتصالات، بحيث تسمح هذه الوسيلة للموجب استخدام وسائل الإيضاح البياني الأكثر ملاءمة بالنسبة لأنواع معينة من العقود (أو التصرفات أو المعاملات)، التي تخرج عما هو

(1) انظر في ذلك: سمير حامد عبد العزيز جمال، المرجع السابق، ص104.

(2) علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص126.

مستقر عليه في القواعد العامة[1]. وعليه سنتناول في هذا الفرع أهم خصائص الإيجاب الإلكتروني وفق التفصيل الآتي:

أولا: الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

بما أن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد فإن الإيجاب الإلكتروني كذلك ينتمي إلى تلك الطائفة[2]، ولما كان الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، فإنه يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد[3]، والتي تفرض على المورد أو المتدخل مجموعة منالواجبات والقيود التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني، كتزويده بمعلومات حول التاجر وشخصيته وعنوانه، وعنوان البريد الإلكتروني، والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة(أوصافها، أثمانها...)، ووسائل الدفع أو السداد، وكذلك طريقة التسليم، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد، وخيار رد السلعة واسترداد الأموال، وإعادة إخطار المستهلك، وخدمة ما بعد البيع ومدة الضمان[4].

ثانيا: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

إذا كان الإيجاب في العقد التقليدي يتم بين الموجب والموجب له مباشرة –غالبا– فإن الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني وهو مقدم خدمة الانترنت، والذي بدونه لا يمكن عرض الإيجاب، بحيث يتم العرض الذي يتضمن الإيجاب عبر الانترنت باستخدام عدة برامج، تقوم بعرض المنتجات والخدمات عبر الشبكة بكل دقة[5].

---

(1) بوشنافة جمال، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، **مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية**، المجلد الأول، العدد العاشر، جامعة يحي فارس، المدية، جوان 2018، ص130.

(2) مفيدة العوادي، التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الانترنت، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016، 2015، ص25.

(3) عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق– بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011، 2012، ص11.

(4) بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2015، 2014، ص69.

(5) بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص139.

فالإيجاب يتم من خلال الشبكة باستعمال وسيلة مرئية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة، أو الصوت أو أي وسيلة للإيضاح البياني للسلع والخدمات، يكفي هنا أن يحترم الإيجاب مقتضيات الوضوح والشفافية، من ناحية أخرى ينبغي أن تعبر الوسائل التقنية المستخدمة في معالجة صور المنتجات تعبيرا أمينا واضحا عن المنتج أو الخدمة، بحيث بهذه الصور يُمَكِنُ العِلْمُ بالسلعة أو الخدمة محل التعاقد علما كافيا[1].

ثالثا: الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب دوليا

يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من العالمية والانفتاح؛ وهذا بخلاف الإيجاب التقليدي الذي يتسم بالمحلية، وقليلا ما يتصف بالصفة الدولية[2].

لكن رغم ذلك هناك من يرى أنه لا يوجد ما يحول من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، بحيث يكون له نطاق جغرافي ومكاني معين، فقد يقصر الموجب عرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة، مثلا ما نلاحظه في بعض مواقع الويب الفرنسية المنتشرة على الانترنت والتي تقصر الإيجاب فقط على الدول الفرانكفونية الناطقة بالفرنسية، ومن بين هذه المواقع نجد: (MIRASPRIME، ADSIIA، 123WEB، SALHA، YOUTHMOOD) وأيضا ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من حظر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوبا وكوريا الشمالية[3]. أما بالنسبة للجزائر فهي الأخرى سخرت العديد من مواقع الويب في مجال التجارة الإلكترونية، وأبسط مثال على ذلك: موقع واد كنيس (OuedKniss.com)، وموقع باطوليس(Batolis.com)، وموقعجوميا(Jumia.dz)، وموقع (FoorShop.com).

(1) محمد سعد خديجة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة، 2004، ص55.

(2) بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص69.

(3)Michaels. Baum et Henry. H. permit, electronic contracting public hing And EDI law, wiley law publications john wiley et sans, 1991, p274 .

معنى أن الإيجاب الإلكتروني قد يكون إقليميا أو دوليا، ومنه فإن الموجب لن يلتزم بإبرام عقود أو تسليم منتجات خارج النطاق الإقليمي الذي حدده سالفا[1]. وأجاز العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب أو التي يغطيها تنفيذ العقد[2].واتسامه بصفة الدولية تجعله يخضع للقانون الدولي الخاص؛ وذلك نظرا لغياب الحدود وسهولة الاتصال بالأشخاص رغم اختلاف جنسياتهم، مما يجعل العديد من الأنظمة القانونية تتنازع حول حكمه[3].

رابعا: استمرارية الإيجاب الإلكتروني

كان البريد الإلكتروني محل الكلام الذي يعبر عن إرادة أطراف العقد، فتقوم عملية إرسال الإيجاب من خلال المواقع الإلكترونية (web site) مباشرة، سواء تم من خلال العرض المباشر، أو من خلال الاستعانة بالكاميرات الخاصة الموصلة بالحاسوب أو أي جهاز إلكتروني آخر، والتي تعمل على نقل الصورة مباشرة إلى الطرف الآخر؛فهي إذن تختلف عن الإيجاب التقليدي أو حتى الموجه من خلال التلفاز أو الصحف أو أية وسيلة تقليدية، من حيث الاستمرارية، إذ يقتصر الإيجاب بالطرق التقليدية على مدة زمنية محددة، في حين يستمر الإيجاب عبر شبكات الانترنت على مدار الأربع والعشرين ساعة (24 ساعة)، وموجها إلى كافة بقاع الأرض دون تحديد غالبا، ومنه فالإيجاب الإلكتروني له ميزة أساسية وهي الاستمرارية، بحيث يستطيع الموجه له الإيجاب في كل وقت أن يعود ليقرأ مرة أخرى البيان المصور أو اللائحة أو الإعلان الموجه على الموقع الإلكتروني أو الصندوق الإلكتروني[4].

(1) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص323.

(2) أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص77.

(3) حميشي هنية، الإدارة الإلكترونية، مذكرة لماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، 2015، ص48.

(4) مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص99.

خامسا: الطابع الجازم للإيجاب الإلكتروني

إن استعمال الانترنت وفر للبشرية الوقت والجهد، وذلك من خلال العلم بالمستجدات في العالمدون الاهتمام بعوائق الحدود التي كانت في السابق تحول دون تطور التجارة، فيختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي بكونه لا يأتي ضمن تصور واحد؛ وهذا انسجاما مع تعدد أشكال تبادل البيانات عبر الشبكة؛ فهناك العرض العام والعرض الخاص[1].

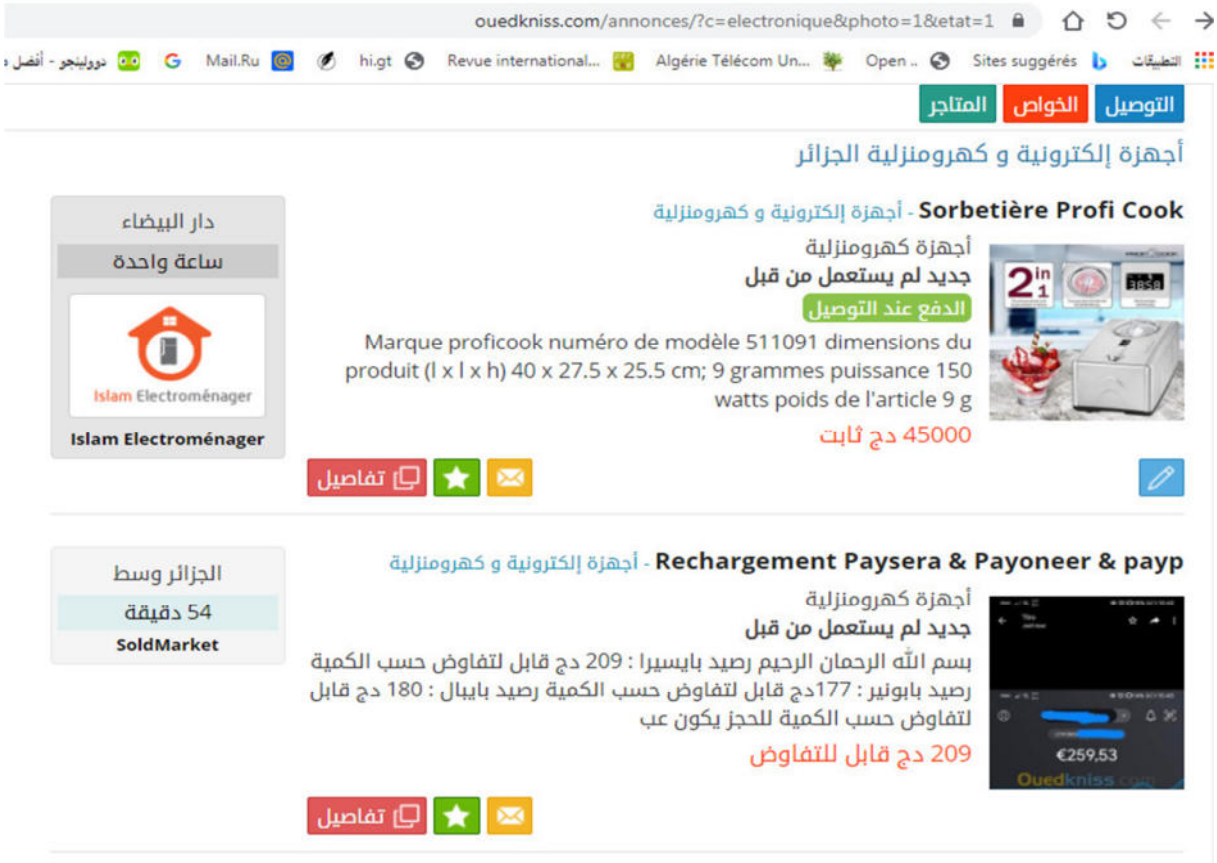
ومنه فالإيجاب الإلكتروني له ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين، وهذا ما أطلق عليه تسمية الإيجاب الخاص، ويتم غالبا في عروض التعاقد التي تكون عن طريق البريد الإلكتروني أو برنامج المحادثة (chatting)، وهذا عند رغبة التاجر في تخصيص الإيجاب للأشخاص الذين يهتمون بمنتوجه، ففي هذه الحالة يقوم الموجب بإرسال رسالته الإلكترونية إلى صناديق البريد الإلكتروني الخاصة بهم، وبمجرد وصول هذه الرسالة لعلم المرسل إليه بفتحه لصندوق خطاباته تبدأ فعالية الإيجاب، وتسمح للمرسل إليه بالرد على الرسالة بالقبول أو الرفض أو السكوت[2].

المسلم به أن العقد يبرم بتلاقي الإيجاب والقبول، مما يترتب عنه آثار قانونية كأي تصرف آخر من الحقوق والالتزامات، ومن يخالف ذلك يكون أمام المساءلة القانونية، نظرا لإخلاله بالعلاقة التعاقدية؛ فيبتعد أغلب المعلنين عن الإيجاب، ويحاولون الالتفاف حول الجزم فيه عن طريق دعوة الطرف الآخر للتفاوض، خوفا من حدوث أي تقصير في المستقبل من جانبهم، الذي يؤدي إلى مساءلتهم قانونا عنه، ويتم هذا الالتفاف من خلال ذكرهم لبعض العبارات سواء أثناء الإعلان أو إرسال الإيجاب مثل: العرض لفترة محدودة، دون التزام إذا لم يتم القبول، أو إرسال رسالة تأكيد بعد القبول تؤكد إتمام العقد...الخ، وهذه العبارات تفيد تحول الإيجاب إلى دعوة للتعاقد[3].

(1) عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان، ص119.

(2) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص100.

(3) محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ص62.



الشكل رقم 01: يوضح الايجاب الالكتروني (Sorbetiere profi cook)

المطلب الثاني

كيفية التعبير عن الإيجاب الإلكتروني

إن الإيجاب الإلكتروني يتميز بعض الخصوصيات في مجال التعبير عنه، تتأتى من طبيعته كونه يتم عبر شبكة عالمية للاتصالات والمعلومات[1]، ونظرا لتميز الإيجاب الإلكتروني بخاصية الدولية المذكورة سابقا، أدى ذلك إلى اعتبار اللغة المستعملة للتعبير عنه ذات أهمية بالغة في مجال عقود البيع الإلكترونية، بحيث يجب أن لا تكون عائقا في إبرام تلك العقود[2].

ومنه سنقسم الدراسة في هذا المطلب إلى فرعين، وسائل التعبير عن الإيجاب الإلكترونية (الفرع الأول)، واللغة المستعملة للتعبير عنه (الفرع الثاني).

(1) دناي نور الدين، الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، العدد الثاني، ديسمبر 2017، ص93.

(2) بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص133.

الفرع الأول: وسائل التعبير في الإيجاب الإلكتروني

يتجسد مبدأ التراضي بصفة فعلية كركن مهم في عقود التجارة الالكترونية عندما يتم تبادل رسائل البيانات أو الخطابات الالكترونية؛ حيث يتم التعبير الصريح عن الإرادة بواسطة الإيجاب في العقد إذا تم عبر خدمة البريد الإلكتروني أو أية وسيلة أخرى تحقق الغرض المطلوب[1]. منه إذا نظرنا إلى صور الإيجاب الإلكتروني، نجد أنه إما أن يكون إيجابا عبر البريد الإلكتروني (أولا)، أو إيجابا عبر الموقع الإلكتروني (ثانيا)، أو إيجابا عبر المشاهدة أو المحادثة.

أولا: الإيجاب عبر بريد إلكتروني

من أهم ما يميز الإيجاب المعبر عنه عبر تقنية البريد الإلكتروني أن يستهدف فئة معينة[2]، ويتم بطريقة فورية من خلال شبكة دولية تنقل البيانات والكتابةوالصوت والصورة في آن واحد، وهي أكثر ملاءمة وسرعة، خاصة إذا تعلق الأمر بالتعاقد عن بعد، ولكن في هذه الحالة لا يعتبر إيجابا مضللا أو مبالغا فيه، وبالتالي يجب على كل بائع أن يمد المستهلك أو الشخص لقابل بالمعطيات الهامة ويكون ذلك قل التعاقد، وكذلك تحديد مقدار الشيء ونوعه والثمن[3].

فالبريد الإلكتروني يشبه إلى حد بعيد التعاقد عن طريق البريد العادي، فإذا حررت الرسالة (الإيجاب) بما تتضمنه من شروط تستوجب توفرها لانعقاده، فتأتي مرحلة أخرى بإرسالهاواستهداف الشخص المطلوب أو الفئة المحددة دون القول بالجمهور العريض[4].

فعندما يرغب التاجر أن يخص بمنتجاته بعض الأشخاص الذين يهتمون بها دون غيرهم، فالمرسل إليهم يعلمون بالعرض عندما يفتحون صندوق بريدهم الإلكتروني، فتبدأ

(1) كركوري مباركة حنان، خصوصية التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 10، جوان 2020، ص224.

(2) أمداح أحمد، التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2006، 2005، ص59.

(3) رواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2019، 2018، ص41.

(4) مناني فراح، العقد الإلكتروني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص87.

فعالية الإيجاب ويكون للمرسل إليه حرية قبول العرض برسالة إلكترونية. ويعتبر الإيجاب الموجه لشخص واحد غير ملزم، إلا إذا كان خلال مدة معينة يلتزم من خلاله الموجب بالبقاء على إيجابه طوال تلك الفترة، أما إذا كان الإيجاب غير ملزم يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني في حالة قيام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسب الآلي، أو انتقل إلى موقع آخر غير موقع الموجب[1].

فإذا كان العرض للسلعة أو الخدمة قد تم عبر البريد الإلكتروني في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة، فإن الإيجاب ما صدر أولا من العارض، وعلى الراغب في التعاقد القبول أو الرفض. أما في حالة الاتصال بصفة غير مباشرة أي عند وجود فترة زمنية تفصل ما بين الإيجاب والقبول، فإن الإيجاب هو ما صدر أولا وعلى الموجب أن يبقى على إيجابه إذا كانت المدة محددة، وليس له الرجوع عنه، أما إذا كانت المدة غير محددة فهنا يمكن استخلاص المدة بحسب طبيعة الإيجاب وموضوعه والأعراف المتداولة لهذا الإيجاب[2].

وبذلك تسمح تقنية البريدج الإلكتروني بالعلم بكافة العروض التعاقدية بمختلف بقاع العالم، وبالشروط الموضوعة للإيجاب لكي يراعي خصوصية الإيجاب في العقد الإلكترونية، أهمها أن التعبير يكون من خلال شبكات اتصال عالمية عن بعد، وبوسائل مسموعة ومرئية تمكن من يصدر عنه الإيجاب أن يستخدم وسائل الإيضاح البياني الأكثر ملاءمة لأنواع معينة من التصرفات والمعاملات[3].

(1) بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص132.

(2) عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله ناصر، العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، كلية التربية، جامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية، ص06.

(3) بركات كريمة، حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني، محاضرات لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/2014، ص18.

ثانيا: الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية

يشبه الإيجاب هنا الإيجاب الموجه للجمهور في المجلات والصحف والقنوات التلفزيونية أو أي وسيلة من الوسائل التقليدية[1]، بحيث تحتوي شبكة الانترنت على الملايين من المواقع الإلكترونية، فلكل موقع عنوان خاص به غير متكرر، فهو يقوم مقام العنوان المادي أو رقم الهاتف، ومن خلال معرفة العنوان يتمكن المستخدم من أن يتصفح الموقع الذي يريده على مدار الساعة[2].

لكن الاختلاف يكمن في خاصية الاستمرارية، ففي الوسائل التقليدية الإيجاب يكون خلال فترة زمنية محدّدة وموحدة بالنسبة للطرفين، في حين أن شبكة الانترنت يكون الإيجاب فيها مستمرا طول الأربع والعشرين ساعة (24 سا)[3]، فكل شخص له حق التعاقد عند دخول الشبكة بحيث يصبح الإيجاب موجها إليه، بشرط أن يكون ذلك الشخص لا يتوفر على أي مانع من التعاقد[4]،ولا يهم الفارق الزمني الموجود بين المتعاقدين عند صدور الإيجاب والقبول، فمثلا: الجزائر والصين الفارق الزمني بينهما قدره 07 ساعات، مع ذلك يتم التعاقد بين شخصين من هذين البلدين بشكل عادي.

ويرى جانب من الفقه أن هذا الإيجاب لا يعد في حقيقة الأمر سوى دعوة للتعاقد وليس إيجابا، أما الجانب الآخر فيرى أن الإعلان عن السلع والخدمات عبر الانترنت هي إيجاب غير ملزم، إلا في حال نص العقد على خلاف ذلك وهذا ما ذهب إليه قانون الأونسيترال، حيث نص في حديثه على الإيجاب على أنه: "تمثل رسالة البيانات إيجابا إذا تضمن إيجابا مرسلا إلى شخص آخر أو أشخاص محددين ماداموا معروفين على نحو كاف وكانت تشير

(1) عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، مصر، ص220.

(2) علاء محمد الفواعير، مدى انطباق قواعد التراضي على العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، 2012، ص29.

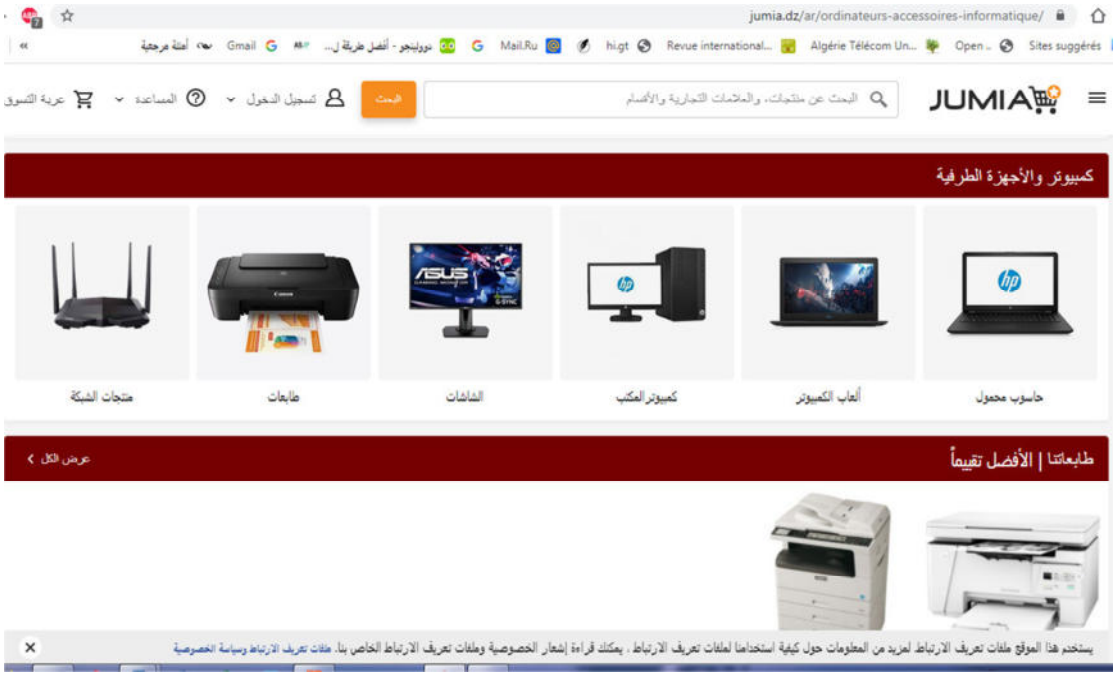
(3) حكيم يامنة، النظام القانوني للعقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق واللوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019/2018، ص36.

(4) رواقي سميحة، المرجع السابق، ص41.

إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك"[1].

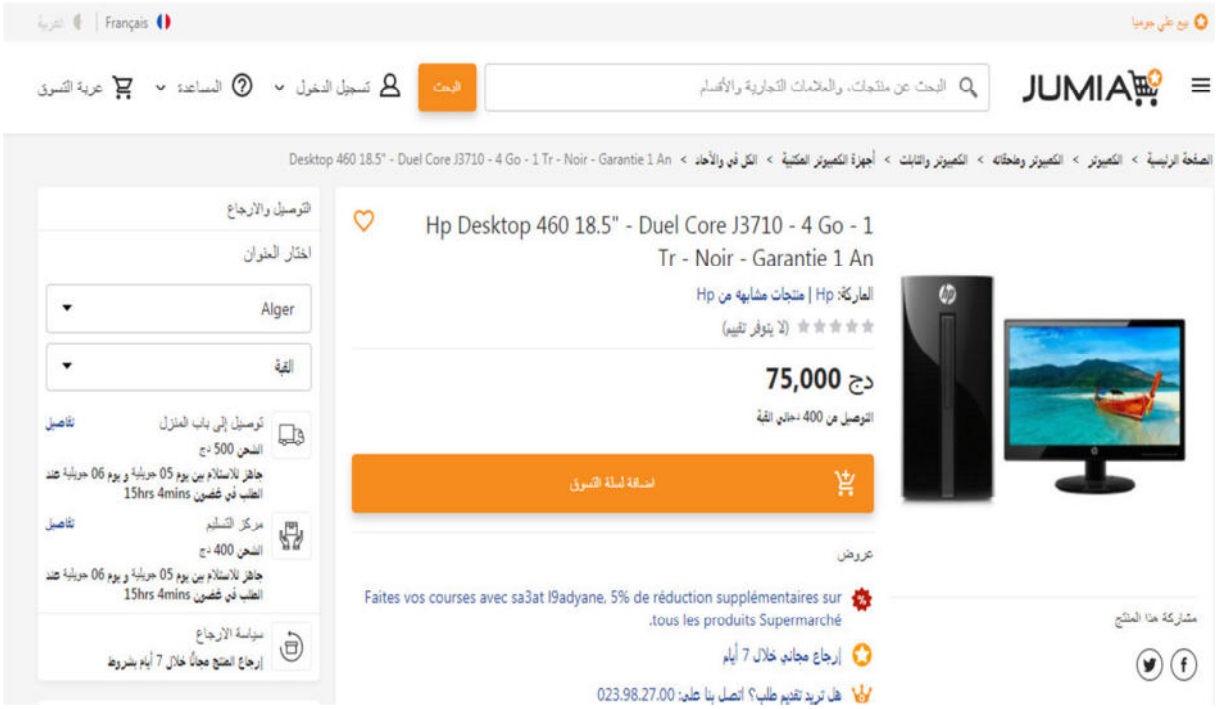
حيث تعتمد أغلب الشركات التجارية على عرض سلعها وخدماتها في موقع خاص بها، ويكون مفتوحا للجمهور عن طريق تصويرها مع تحديد الأسعار والمواصفات الخاصة بكل سلعة، وهذا من أجل أن يقوم الراغب في التعاقد باختيار السلعة المرادة من اللائحة النهائية التي تظهر على شاشة الحاسوب أو الجهاز الإلكتروني، لكي يثبت رغبته في شراء تلك السلعة يضغط على مفتاح الموافقة أو بكتابة أي كلمة تفيد القبول[2].

الشكل رقم 02: يوضح وسائل التعبير عن الايجاب الالكتروني(JUMIA)



(1) بوعيس يوسف المرجع السابق، ص155.

(2) مفيدة العوادي، المرجع السابق، ص21.



الشكل رقم03: يوضح أسعار السلع (JUMIA)

إلا أن الضغط على زر الموافقة لا يعني دائما الموافقة؛ لأنه قد يحدث نتيجة خطأ غير مقصود من القابل؛لذلك تم تزويد صفحات الويب ببرنامج معلوماتي من طرف الشركات التجارية للتعبير عن الرغبة الجادة في التعاقد، كالضغط مرتين على زر الموافقة أو عن طريق إرسال رسالة إلكترونية تعبر عن القبول أو الرغبة في التعاقد، كما يمكن كذلك الاستعانة ببعض الأشكال التي تعبر عن القبول أو الرفض كأن يختار الوجه المبتسم للتعبير على القبول، أو يختار الوجه الغاضب للتعبير عن الرفض، بل أصبح القبول يتم عن طريق مراحل (ملء المعلومات الخاصة، اختيار طريقة الدفع، إجراء الموافقة المبدئية، تأكيد الموافقة عن طريق رقم سري يصل إلى المتعاقد...الخ)[1].

ثالثا: الإيجاب عبر المحادثة والشاهدة

يقصد بالمشاهدة والمحادثة عبر شبكة الانترنت الاتصال المسموع المرئي، بحيث يستطيع كل من طرفي الاتصال رؤية الطرف الآخر بشكل واضح، ويتم ذلك بمجرد دخول الطرفان إلى الشبكة في توقيت واحد ويلتقيان في موقع واحد، بحيث تؤدي هذه التقنية إلى

(1) بوشنافة جمال، لمرجع السابق، ص133.

جعل أطراف هذه المشاهدة يمثلون مجلسا افتراضيا في العقد[1]، ويتصور أثناء هذه المحادثة أن يصدر من أحد الطرفين إيجاب يصادفه قبول من الطرف الآخر، فينعقد العقد بناء على تلاقي الإرادتين ويكون التعاقد بين حاضرين حكما[2].

ويمكن أن يكون الموجب شخص يعبر عن رأي عدة أشخاص يتواجدون في نفس المكان، فيصدر الإيجاب هنا مباشرة سواء بالكلام أو الكتابة أو المشاهدة أو كلهم في وقت واحد؛ ويطبق على هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين زمانا ومكانا، بالإضافة إلى إمكانية تطبيق القواعد العامة التقليدية للتعاقد بواسطة الهاتف الذي يستخدم الكلام دون المشاهدة[3].

الفرع الثاني: لغة التعبير عن الإيجاب الإلكتروني

من أهم إشكالات التعاقد الإلكتروني هي اللغة التي يتم بها التفاوض ثم الاتفاق ثم التعاقد، حيث جاء القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية خاليا من أي إشارة إلى وجوب استخدام لغة معينة في العقد من عدمه، ويعني هذا أنه يجوز التعبير عن الإرادة بأية لغة كانت[4].

فيما اشترطت مختلف التشريعات الأجنبية والعربية ومن بينها المشرع الجزائريأن إعلام المستهلك يكون باللغة العربية، حيث نص على هذا من خلال المادة 18 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش[5]، أي تشغيل اللغة العربية أساسا أو عدة لغات أخرى من المستهلكين التي تكون سهلة الفهم وبطريقة مرئية ومقروءة ويتعذر محوها؛

(1) هشام نظمي حسن إبراهيم الشيمي، التراضي في العقود الإلكترونية، بحث دكتوراه، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، ص468.

(2) نوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني، معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص250.

(3) بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص133.

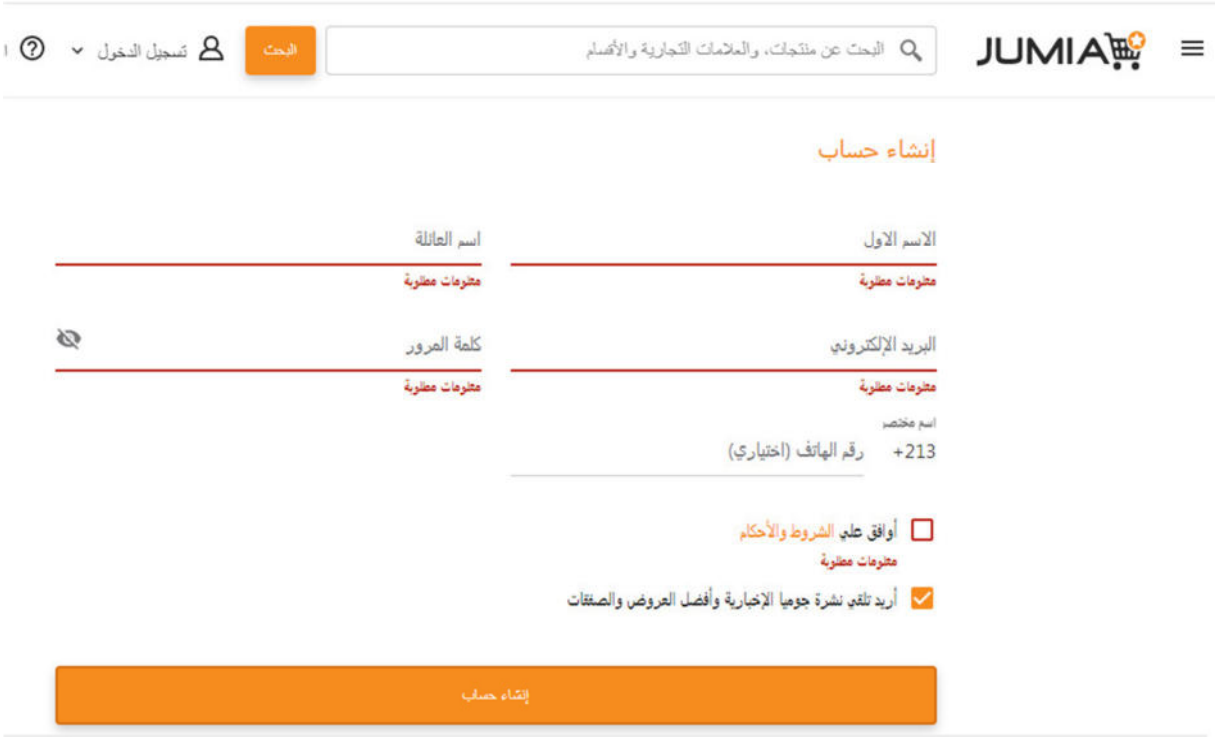
(4) عبان عميروش، التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون المدني الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2015، ص60.

(5) القانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية، العدد 15، المؤرخ في 08 مارس 2009.

لأن الإيجاب الالكتروني يعد إيجابا دوليا عابرا للحدود، ومنه فإن اللغة المستعملة فيه لها أهمية بالغة في مجال البيع الإلكتروني ويجب أن لا تكون عائقا لإبرام هذا النوع من العقود[1].

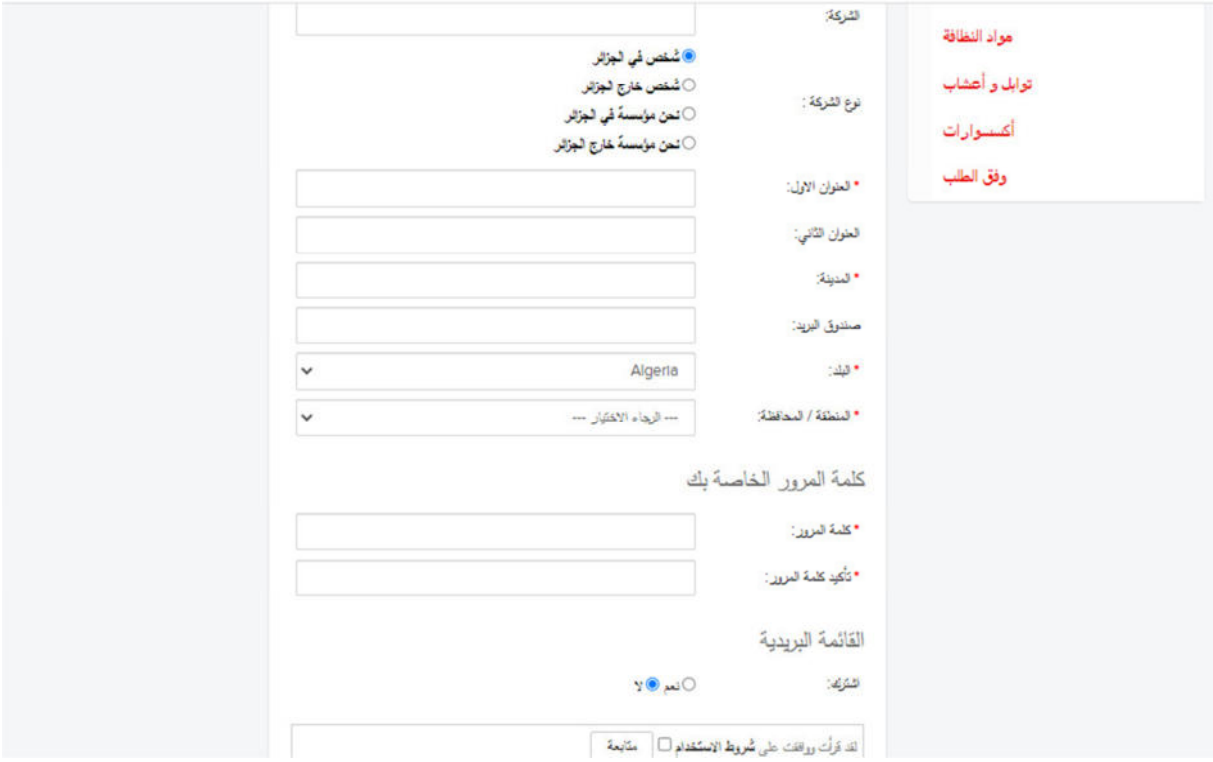
ونستنتج أنه ما ذكر سابقا لم يصبح ذا أهمية بسبب أن المواقع الإلكترونية تتطلب التسجيل واختيار اللغة (فرنسية، انجليزية، عربية أحيانا، لغات أخرى)، بالإضافة إلى أن المتصفحات الإلكترونية أصبحت تحتوي على تطبيقات تقوم بترجمة محتوى الصفحة إلى اللغة التي يريدها المستخدم، وقد تكون بعض الترجمة غير دقيقة لكنها تفي بمعرفة المضمون عموما، وهذا ما يحل إشكالية اللغة للتعبير عن الإيجاب في العقد الإلكتروني التي تعتبر من خصوصياته على غرار العقد التقليدي.

الشكل رقم04: يوضح تسجيل بيانات التعبير عن اللغة في الايجاب الالكتروني (JUMIA)



(1) بوشنافة جمال، المرجع السابق، ص133.

الشكل رقم 05: يوضح تسجيل بيانات في الايجاب الالكتروني



الشكل رقم 06: يوضح كيفية انشاء حساب الكتروني (echrily. Com)

المبحث الثاني: القبول الإلكتروني

يعد القبول تعبيرا عن إرادة الطرف الآخر، وهو الرد عن إيجاب الموجب. وطبقا للقواعد العامة فإن قبول المتعاقد يجب أن يصدر في مدة الإيجاب، وأن يكون مطابقا له حتى ينعقد العقد ويرتب جميع آثاره، وفي حال صدر قبول من المتعاقد يزيد أو يعدل من الإيجاب أو ينقص منه، فإنه حسب المادة 66 من القانون المدني الجزائري إيجابا جديدا. وعليه، سنتناول مفهوم القبول (المطلب الأول)، وخصائصه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم القبول الإلكتروني

يفترض التعاقد اجتماع إرادتين باعتباره ثنائي الأطراف، ويجعل تكاملها أمرا مهما، ويعد الإيجاب هو الخطوة الأولى نحو العقد، والقبول هو الإرادة الثانية في العقد، ويصدر ممن وجه إليه الإيجاب، والذي يجب أن يكون مطابقا تماما مع الإيجاب لكي يبرم العقد، وينتج أثاره، فبتطابق القبول مع الإيجاب يتكون الرضا[1].

(1) لزعر وسيلة، االتراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019/2018، ص155.

– فيعرف القبول لغة: "بأنه الرضا بالشيء وميل النفس إليه"[1].

– ويعرف كذلك: "بأنه تعبير بات عن الإرادة صريح أو ضمني يصدر ممن وجه إليه الإيجاب ويسمى المستهلك أو الموجب له بإبرام العقد بالشروط الواردة التي عينها الموجب بالإيجاب"[2].

فإذا كان هذا هو القبول في أوضاعه التقليدية، فمن خلال هذا المطلب سنقوم بتوضيح خصوصية القبول الإلكتروني كالآتي: تعريف القبول الإلكتروني (الفرع الأول)، وشروطه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني

يوجد للقبول الإلكتروني عدة تعريفات ونذكر منها:

***عرف القبول الإلكتروني:**"أنه ذلك التعبير الذي يصدر عن شخصالذي يتم من خلال وسائط إلكترونية عبر شبكة الانترنت، فهو قبول عن بعد"[3]. نلاحظ من هذا التعريف أنه ركز بشكل كبير على الوسيلة التي يتم التعبير بها عن القبول الإلكتروني، ألا وهي الوسائط الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الأنترنت.

***ويعرف كذلك** على أنه يتم عادة عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة والقبول بجهاز الكمبيوتر، ويتم كذلك بطرق أخرى عديدة منها القبول عن طريق هاتف الانترنت أو البريد الإلكتروني، أو غرف المحادثة، فباعتباره في الأصل العام أنه تعبيرا عن الإرادة يمكن أن يتم بأية وسيلة وبأية طريقة طالما كانت كافية للإفصاح عن هذا

(1) إ بن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، الجزء الأول، دار صادر –بيروت –لبنان،1990، ص 65.

(2) عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد عن طريق استعمال وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني(دراسة مقارنة)، المرجع السابق، ص107 وما بعدها ذكره: عمر فارس الشنطاوي، مجلس العقد في التعاقد الالكتروني، رسالة ماجستير في القانون في كلية الدراسات الفقهية والقانونية، جامعة آل البيت، الأردن، 2010، ص26.

(3) العيشي عبد الرحمان، الرضا في العقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017، 2016، ص163.

القبول، كالإشارة الشائعة الاستعمال[1].نستنتج من خلال هذا التعريف بأنه ركز بكثرة على كيفية التعبير عن القبول الإلكتروني، والتي تكون بأية وسيلة أو طريقة بشرط أن تكون كافية للإفصاح عنه، كما ركز كذلك على الأدوات المستخدمة للتعبير عن القبول الإلكتروني[2].

فيما نصت المادة 11 من **قانون الأونسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية** على أنه[3]: "يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن القبول، وإن العقد لا يفقد صحته، أو قابليته للتنفيذ بمجرد استخدام وسائل بيانات لهذا الغرض". نستنتج من نص هذه المادة أنه يجوز استعمال رسائل البيانات للتعبير عن القبول في العقد الإلكتروني، فالعقد هنا لايفقد صحته ولا قابليته للتنفيذ عند استخدامها في هذه المسألة.

فيما نظم **المشرع المغربي** أحكام القبول الإلكتروني في الفصل 05-53 من القانون المنظم للتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية التي تنص على[4]: "يشترط لصحة إبرام العقد أن يكون من أرسل العرض إليه تمكن من التحقق من تفاصيل الإذن الصادر عنه ومن السعر الإجمالي، ومن تصحيح الأخطاء المحتملة، وذلك قبل تأكيد الإذن المذكور لأجل التعبير عن قبوله.

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

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

يعتبر قبول العرض وتأكيده والإشعار بالتسلم متواصلا بها كان بإمكان الأطراف المرسلة إليهم الولوج إليها.

---

(1) قسنطيني حدة صبرينة، العقد الالكتروني (الانعقاد والإثبات)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون السوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2011، 2012، ص40.

(2) لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص85.

(3) انظر المادة 11 من قانون الأونيسترال النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

(4) ظهير شريف رقم 129-07 الصادر في 19 ذو القعدة 1428، الموافق 30 نوفمبر 2007، بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، الجريدة الرسمية، العدد5584، الصادر بتاريخ 25 ذو القعدة 1428، الموافق6 ديسمبر 2007، المعدل.

ومن الناحية العملية: يتم القبول العقد الالكتروني بمجرد الضغط على الزر المبين على شاشة الكمبيوتر تحت بند "قبلت"، ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم عن طريق النقر مرتين "double clic" على الأيقونة المخصصة للقبول، والموجودة على الشاشة، ويمكن للموجب أن يتخذ بعض الإجراءات اللاحقة للقبول مثل الإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل كتحديد محل الإقامة كي يتسنى إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات التي تظهر على الشاشة كالرقم ونوع البطاقة الائتمانية، وقد يكون ضمنيا في حالة قيام من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح عليه الموجب إبرامه كالدفع مثلا عن طريق بطاقة الائتمان أو إعطاء الموجب الرقم السري للبطاقة، دون الإعلان صراحة قبوله فيتم العقد وفقا لهذا القبول الضمني[1].

وكذلك نص المشرع الأردني في المادة 12 من القانون رقم 15 المتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية أنه[2]:

أ-إذا طلب المنشئ من المرسل إليه بموجب رسالة المعلومات إعلامه بتسلم تلك الرسالة أو كانا متفقين معا على ذلك، فإن قيام المرسل إليه بإعلام المنشئ بالوسائل الالكترونية أو وسيلة أخرى أو قيامه بأي تصرف أو إجراء يشير إلى أنه قد استلم الرسالة استجابة لذلك الإشعار.

ب-إذا علق المنشئ أثر رسالة المعلومات على تسلمه إشعار من المرسل إليه بتسلم تلك الرسالة، تعامل الرسالة وكأنها لم تكن إلى حين تسلمه لذلك الإشعار.

ج-إذا طلب المنشئ من المرسل إليه إرسال إشعار بتسلم رسالة المعلومات ولم يحدد أجلا لذلك ولم يعلق أثر الرسالة على تسلمه الإشعار خلال مدة معقولة، إن يوجه إلى المرسل إليه تذكيرا بوجوب إرسال الإشعار خلال مدة محددة تحت طائلة اعتبار الرسالة ملغاة إذا لم يستلم الإشعار خلال هذه المدة.

(1) غول نجاة، العقد الالكتروني في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، 2013، 2014، ص42.

(2) القانون رقم 15 المتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2015.

د-لا يعتبر إشعار التسليم بحد ذاته دليلا على مضمون الرسالة التي تسلمها المرسل إليهمطابق لمضمون الرسالة التي أرسلها المنشئ".

أما بالنسبة للقانون الإماراتي،فقد تعرض قانون المعاملات الإلكترونيةللقبول من بنصه على أنه[1]:

"1-ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني، إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي.

2-يجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو استلام أو تخزين أو معالجة أيه سجلات إلكترونية، على التعاقد بصورة مغايرة لأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتىالفصل الرابع من هذا القانون.

3-استثناء من أحكام الفقرة(أ) السابقة يجب أن يكون قبول الحكومة صريحا بالتعامل الإلكتروني في المعاملات التي تكون طرفا فيها".

الفرع الثاني: شروط القبول

يجب توافر عدة شروط في القبول الإلكتروني التي تتمثل فيما يلي:

* **أن يصدر القبول والإيجاب لا يزال قائما:** أكد المشرع الجزائري أنه في حالة تعيين أجل للقبول يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى غاية انقضاء هذا الأجل، ويكون تحديد الأجل من خلال ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة، ويبقى الإيجاب قائما في المعاملات الإلكترونية في كثير من الحالات؛ منها إذا حدد موعد لقبول الإيجاب، فهنا يجب أن يرتبط القبول بالإيجاب في هذا الموعد، وإن تأخر القبول عن هذا الموعد، فلن يعتد به، وهذا ما جاء به مشروع العقد النموذجي الإلكتروني الذي أعدته لجنة الأونسيترال، حيث نص البند (2-3-4) منه بأنه: "**يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد**"[2].

(1) انظر المادة 06 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لسنة 2006، جريدة رسمية عدد 442، السنة السادسة والثلاثون، بتاريخ 31 يناير 2006.

(2) بومسلة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد 02، سنة 2018، ص335.

* **أن يكون القبول مطابقا للإيجاب:** الخصوصية هنا تكمن في أن القبول الإلكتروني غالبا ما يكون مطابقا للإيجاب في جميع التفاصيل؛ لأن إجراءاته تقتضي ذكر جميع التفاصيل والموافقة تكون عليها جميعا، ونص القانون المدني الجزائري على أن القبول الذي يغير من الإيجاب يعد إيجابا جديدا، ويظهر ذلك من خلال المادة 65 التي تنص على أنه[1]: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، العرف، والعدالة". وكذلك المادة 107 فقرة 02 والتي تنص على أنه: "ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون، والعرف، والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام"[2].

ومنه لا ينعقد العقد إلا إذا كان القبول مطابقا للإيجاب، فيجب أن لا يتضمن القبول أي تعديل في الإيجاب حتى يعتبر مطابقا للإيجاب، سواء كلن التعديل زيادة أو نقصانا، وهذا ما سارت عليه معظم التشريعات المقارنة، وأكدته اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع من خلال فقرتها الأولى من المادة 19[3].

والمقصود بالمطابقة ليست التامة في الألفاظ والصيغ بل يقصد بها المطابقة في الموضوع وذلك من خلال صدور القبول بالموافقة على كل المسائل الجوهرية التي يتضمنها الإيجاب[4].

* **أن يكون القبول باتا جازما:** في الأصل أن تطابق القبول مع الإيجاب يكفي لإبرام العقد ويصبح صحيحا ملزما للطرفين، وذلك استنادا إلى قاعدة العقد شريعة المتعاقدين، ولكن هناك بعض التشريعات في العقود التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية وبهدف حماية المستهلك درجت على إعطاء الحق للمستهلك في العدول عن قبوله وإمكانية إعادة السلعة

(1)انظر المادة 65 من القانون المدني الجزائري.

(2) انظر المادة 02/107 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

(3) عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص36.

(4) المومني بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2004، ص64.

للبائع[1]، وهذا ما قضى به قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم (2016-301) لسنة 2016، بحيث جاء في المادة 222-7 منه أن[2]: "للمشتري مهلة 14 يوما لممارسة حقه في العدول دون يبرر ذلك ودون أن تقع عليه أي مسؤولية.

وكذلك قانون حماية المستهلك الجزائري 18-09 في مادته 02 التي تنص على[3]: "العدولهو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج دون وجه سبب.

للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية".

كما نص على هذا الشرط قانون التجارة الإلكترونية الجزائري رقم 18-05 في مادته 22 التي نصت على أنه[4]: "في حالة عدم احترام المورد الإلكتروني لآجال التسليم، يمكن للمستهلك الإلكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة(04) أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر.

وفي هذه الحالة، يجب على المورد الإلكتروني أن يرجع إلى المستهلك الإلكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج، خلال أجل خمسة عشر(15) يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج".

---

(1)عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص139.

(2)Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n°0064 du 16 mars 2016.
Art. L. 222-7:«Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités.
Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation court à compter du jour où :
1° Le contrat à distance est conclu ;
2° Le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article L. 222-6, si cette dernière date est postérieure à celle mentionnée au 1°».

(3) القانون رقم 18-09 المؤرخ في 25 رمضان 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتمم القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

(4) القانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية عدد 28، صادرة في 16 مايو 2018، ص4.

المطلب الثاني: خصائص القبول الإلكتروني

إن القبول الإلكتروني يختلف على القبول التقليدي فهو يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ويتميز ببعض القواعد الخاصة به كأنه مثلا يتم عبر دعائم إلكترونية، ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى خصائص القبول الإلكتروني (الفرع الأول)، وخصوصية العدول عنه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: خصائصه من حيث طرق التعبير عنه

إن القبول في العادة يتم بطرق متنوعة وعديدة منها اللفظ والإشارة أو اتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته عن مقصود صاحبه، وقد يكون السكوت في بعض الأحيان قبولا إذا كان بناء على نص في القانون أو اتفاق الطرفين، أو بناء على سابق تعامل، أو بناء على ما جرى عليه العرف. وهذا غير سليم، فالقبول الإلكتروني لابد أن يكون فيه سلوك إيجابي على الأقل (المادة 06 من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي لسنة 2006) سالفة الذكر؛ وهذا يعني أن السكوت لا يصلح أن يكون قبولا، وقد يجب أحيانا أن يكون القبول صريحا فقط، كأن يكون القبول صادرا من الحكومة (المادة 6 الفقرة 03 من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي)[1].

ومنه يجوز التعبير عن القبول بكل وسيلة لا تدع شكا لدى الموجب بأن إيجابه قد لاقى القبول، بحيث التعبير قد يكون صريحا أو ضمنيا، فكيف يعبر صراحة عن القبول الإلكتروني[2]، وهذا ما سنتناوله في هذا الفرع.

أولا: التعبير عن طريق المحادثة

يجوز للمستهلك التعبير عن القبول عن طريق المحادثة ويكون من خلال التواصل المباشر بالكلام، ولكن مع التطور التكنولوجي في وسائل الاتصال أصبح من الممكن التحدث بالمشاهدة عبر الصوت والصورة باستعمال تطبيقات معينة مثل زووم، أو السكايب،

(1) انظر المادة 06 من قانون المعاملات الإلكترونية الإماراتي لسنة 2006.

(2) عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد ن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997، ص 139.

المسانجر، الواتساب...الخ، ومنه نكون أمام مجلس عقد افتراضي يتعاقد فيه المستهلك والمنتج بطريقة عادية، فنجد الفقه يرى أن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحا[1].

الشكل رقم 07: يوضح وسائل التعبير عن القبول الالكتروني.

ثانيا: القبول عن طريق البريد الإلكتروني

قد يكون التعبير عن إرادة القبول كتابة باستعمال البريد الإلكتروني[2] وقت أن يعد المستهلك قبوله في شكل رسالة بريدية، وذلك من خلال برامج البريد الإلكتروني، وبعدها كتابة مضمون القبول في سطر الموضوع، ثم مجرد الضغط على زر الإرسال لتوجيه الرسالة إلى القائمة البريدية الإلكترونية الخاصة بالمحترف المهني من جهة، ومن جهة أخرى قد تكون وسيلة إرسال القبول مباشرة عند النقر عبر الأيقونة الخاصة بذلك، ومنه يكون

(1) بن حسان أحمد وآخرون، التراضي في العقد الالكتروني في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، 2020، 2019، ص46.

(2)أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق، والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص149.

القبول عن طريق الجهاز الإلكتروني الذي يبين بوضوح شكل التعبير عن إرادة المستهلك[1].

ومن خلال هذا يمكن للقابل إرسال موافقته على الإيجاب في صورة رسالة إلكترونية إلى عنوان البريد الالكتروني للموجب، وتحتوي هذه الرسالة غالبا كل عناصر العقد من هوية وطريقة الوفاء وغيرها[2].

ثالثا: القبول عن طريق الموقع

يتم القبول الإلكتروني غالبا عن طريق ملء استمارة تكون في شكل نموذج طلب معروض على الويب، وتدوين معلوماته الشخصية باستعمال أيقونة الحاسوب أو جهاز الاتصال، وذلك من أجل التعبير عن إرادت، فيقومبالضغط على الخانة المخصصة للقبول (ok) أو (accepte)، أو عبارة مشابهة، تختلف من موقع إلى موقع.

ويذهب رأي معظم الفقهاء إلى اشتراط الضغط على الأيقونة يكون مرتين لتفادي الضغط على سبيل الخطأ من طرف المستهلك، وهذا ما أقرته بعض التشريعات العربية[3].

وفي الواقع هناك مراحل أكثر تفصيلا ودقة من النقر على الموافقة الفردية أو المزدوجة، بما يجعل من خطأ المتعاقد في القبول غير وارد، تبدأ بالتسجيل في الموقع المراد الشراء منه أو العامل معه، واختيار اللغة التي يفضلها المستهلك، وغالبا ما تكون هناك اللغة الانجليزية والفرنسية وحتى العربية. ثم فيقوم المستهلك باختيار السلعة المطلوبة، وتحديد مكان شحن السلعة بالضبط، وتحديد طريقة الدفع أيضًا،ولا تأتي الموافقة النهائية أو تأكيد القبول إلى في الأخير، أي بعد المرور بهذه المراحل، لكن في المقابل قد يقع في غلط بخصوص السلعة، أو تدليس أو ضحية إعلان مضلل من قبل بائع وهمي أو ما شابه.

(1)عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص36.

(2) حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص101.

(3) محمد الصالح بن عومر، مرجع سابق، ص ص 372،373، بن حسان أحمد وآخرون، التراضي في العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص ص 46،47.

الشكل رقم 08: يوضح كيفية التعبير عن القبول الالكتروني عبر الموقع

الفرع الثاني: خصوصية العدول عن القبول الإلكتروني

نظرا لأن المستهلك ليس لديه الإمكانية الفعلية في معاينة وفحص المنتج الذي يتعاقد من أجله أو الخدمة التي يطلبها قبل إبرام العقد بسبب خصوصية التعاقد الإلكتروني، حيث تم إعطاء الرسل إليه (الموجب له) حق يستطيع من خلاله الرجوع عن التعاقد خلال مدة محددة من طرف القانون وتتمثل في حقه في العدول[1]، وهذا ما سنقوم بدراسته من خلال هذا الفرع.

أولا: مضمون العدول عن القبول الإلكتروني

يعد الحق في العدول عن القبول الإلكتروني من أهم الضمانات في العقود التي تتم عن بعد وتعتبر ضمانة هامة وأساسية في عقود التجارة الإلكترونية لتحقيق الثقة بين العملاء، فدقة المستهلك يصعب تحقيقها والوصول إليها؛ ما لم يسمح العقد للمستهلك بإمكانية الرجوع عن التعاقد، خاصة أن العقود الإلكترونية التي تبرم عبر شبكة الانترنت تستعمل وسائل اتصال لا تمكن المستهلك من بالحكم على المنتج ومدى مطابقته للمواصفات التي يريدها، وهذا أهم ما يبرر إعطاء المستهلك الحق في العدول عن بعد[2].

حيث اثبت الواقع العلمي أن العديد من المنتجات، عند وصولها إلى الموجب له (المتعاقد)، تكون غير مطابقة للمظهر الذي رآه في الوقع أو الصور أو غيرها.

ثانيا: الأساس القانوني للحق في العدول الإلكتروني

باعتبار أن الحق في العدول، يهدف بصفة أصلية إلى حماية رضا المستهلك وتنقيته من كل العوامل المجازفة التي تؤدي إلى الندم، ويتحقق ذلك من خلال منحه مهلة إضافية للنظر

(1) فاطمة، شيان صونية، الإيجاب والقبول غي العقد المبرم عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جمعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2016، 2017، ص58.

(2) فاطمة عبدلي، ركن التراضي في العقد الالكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014، 2015، ص37.

في أمر العقد الذي أبرمه، تفاديا للأخطار التي قد تلحق به خاصة في ظل المعاملات الإلكترونية الحديثة التي تتميز بالدعاية والإغراء[1].

لذلك نصت بعض التشريعات على الحق في العدول أو الحق في الرجوع ونجد منها[2]:

***التوجيه الأوروبي رقمCE/7/97 الصادر في 20 مايو 1997 المتعلق بحماية المستهلك** : أقر الحق في العدول من خلال المادة 06/ 1 والتي تنص على: "يملك المستهلك في كل عقد عن بعد مدة سبعة (7) أيام عمل على الأقل للرجوع أو العدول دون إجراءات، ودون بيان السبب والمصاريف الوحيدة التي يمكن أن يتحملها المستهلك لممارسة حق العدول في المصاريف المباشرة لرد البضاعة"[3].

***المشرع الفرنسي:** أقر المشرع الفرنسي هذا الحق في قانون حماية المستهلك الفرنسي لسنة 2016 من خلال نص المادة222-7، سالف الذكر، لكنه استثنى بعض العقود وقيّد استعمال حق العدول، بموجب نص المادة 222-9[4].

كما نص على حق العدول بالنسبة لعمليات بيع السندات المالية خلال مهلة سبعة أيام فيما يخص العمليات الأولى، وخمسة عشر يوما للعمليات الأخيرة، وتتضمنها أيام الإجازة والعطلات، كما نص هذا القانون كذلك على مهلة ثلاثين يوما في حالة التأمين على الحياة، ويستثنى من تطبيق هذه النصوص الإقراض والتأمين وتوظيف الأموال.وقد نص قبل ذلك

(1) إبلعيد ديهية، لعناني حكيمة، أحكام العدول عن العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص26.

(2)انظر في ذلك: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص91، 92.

(3) Article 6-1 directive 97/07/ CE par tout contrat a distance le consommateur dispose d'un moins de 07 jour ouvrable par se détracter sans pénalités et sans indication, les seuls frais qui peuvent étre imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit derétraction sont les frais directe renvoie des marchandises.

(4)انظر المادة 222-9 من قانون حماية المستهلك الفرنسي.

Article L222-9: «Le droit de rétractation ne s'applique pas:
1° A la fourniture d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier ainsi qu'aux services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1 du même code;
2° Aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation;
3° Aux contrats de crédit immobilier définis à l'article L. 313-1;
4° Aux contrats de prêts viagers hypothécaires définis à l'article L. 315-1.»

بزمن ليس بالقصيرفي القانون رقم 88-21المتعلق بعمليات البيع عن طريق العرض التلفزي، بمقتضى المادة الأولى منه على أنه[1]: "**في كافة العمليات التي يتم فيها البيع عبر مسافات فإن للمشتري الحق في إعادة النظر في المبيع برده سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه**"، وينطبق هذا النص على الحق في العدول بالنسبة للمنتجات فقط، بمعنى الأشياء المادية المنقولة دون الخدمات، سواء تم البيع عن طريق التليفون أو الفاكس...الخ، وهو ما ينطبق أيضا على التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت باعتباره تعاقدا عبر المسافات[2].

***التعليمات الأوروبية:** قضت بأحقية المستهلك في العدول عن الصفقة التي ارتبط بها دون أن يتعرض لعقوبة وذلك خلال مدة لا تقل عن سبعة أيام[3].

***المشرع الكندي:** منح كذلك الحق للمستهلك في الرجوع عن قبوله وفسخ العقدخلال سبعة أيام من وقت استلامه نسخة من العقد في بعض الحالات، ولكنه لم يوسعه كما فعل المشرع الفرنسي، وكما نص التوجيه الأوربي، حيث أعطى الحق للمشتري في فسخ العقد[4] إذا لم يقم التاجر بتبيان المعلومات الواردة في المادة 45 من هذا القانون[5]. كما يمكنه ذلك

---

(1) جاء في نص المادة الأولى:

Article 1:«Pour toutes les opérations de vente à distance, l'acheteur d'un produit dispose d'un délai de sept jours francs à compter de la livraison de sa commande pour faire retour de ce produit au vendeur pour échange ou remboursement, sans pénalités à l'exception des frais de retour».

Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat", JORF du 7 janvier 1988.

(2) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعية، 2007، ص348.

(3) انظر في ذلك: فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص38.

(4) انظر المادة 54-8 من قانون حماية المستهلك بمقاطعة كبيك الكندية.

http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/p-40.1

(5) هذه البيانات تتمثل في:

أ- اسم وعنوان الشخص الذ ي يمنح الضمان.

ب- وصف الأشياء أو الخدمة التي يغطيها الضمان.

ج- ما إذا كان يمكن التنازل عن الضمان أملا.

د- التزامات الشخص الذي يمنح الضمان في حالة حدوث عطل في الأشياء أو سوء أداء الخدمة التي يغطيها الضمان.

هـ- الطريقة التي ينبغي للمستهلك اتباعها في تنفيذ الضمان بالإضافة إلى تحديد من يحق له تنفيذه.

و- مدة سريان الضمان.

في حالة ما إذا لم يمنحه التاجرفرصة محددة لقبول العرض أو رفضه أو تصحيح الأخطاء الواردة فيه.

كما أعكى المشتري حق فسخ العقد مثلا خلال ثلاثين يوم الموالية لميعاد تنفيذ الالتزام إذا لم يقم التاجر بتنفيذ التزاماته الرئيسية، أو في حالة عدم تقديم التاجر الوثائق اللازمة للمستهلك في التاريخ المحدد إذا تعلق الأمر بخدمات النقل أو الإقامة أو الإطعام أو تذاكر العروض. في حالة عدم يرسل البائع تأكيدا للمشتري بتمام العقد، كما ألزم البائع بضرورة تضمين عقود البيع مدة معقولة يسمح فيها للمستهلك بالرجوع عن قبوله[1].

***القانون التونسي:** نص القانون التونسي في الفصل 30 على أنه[2]: "...يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب:

– بالنسبة إلى البضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك،

– بالنسبة إلى الخدمات بداية من تاريخ إبرام العقد.

ويتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد.

في هذه الحالة، يتعين على البائع إرجاع المبلغ المدفوع إلى المستهلك في أجل عشرة أيام عمل من تاريخ إرجاع البضاعة أو العدول عن الخدمة.

ويتحمل المستهلك المصاريف الناجمة عن إرجاع البضاعة".

كما جاء في الفصل 31من القانون نفسه أنه إذا تبين أن البضاعة المسلمة غير مطابقة للشروط والمواصفات أو أنه تم تسليمها خارج الأجل المتفق، جاز للمشتري إعادتها تحت طائلة إلزام البائع بإعادة المبلغ مع المصاريف الناجمة عن ذلك خلال عشرة أيام من تاريخ إرجاع المنتوج[3] .

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص على الحق في العدول من خلال القانون رقم 18-09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في مادته 19 والتي تنص على أنه[4] : "...العدول

(1) انظر المادة 54-9 من ذات القانون.

(2) قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الرائد عدد 064، صادر بتاريخ 11 أغسطس 2000.

(3) انظر الفصل 31 من قانون التجارة الالكترونية التونسي سالف الذكر.

(4) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص92.

هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب. للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية...".

لكن حق المستهلك في الرجوع أو العدول ليس مطلقا، بل هناك حالات لا يمكن للمستهلك العدول فيها وهي[1]:

– عند طلب المستهلك من البائع توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر له البائع ذلك.

– عندما يقوم المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات الإعلانية المسلمة أو المنقولة آليا.

(1) انظر المادة 19 من القانون 18–09 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، المرجع السابق.

الفصل الثاني

خصوصية مجلس العقد الإلكتروني

الفصل الثاني: خصوصية مجلس العقد الإلكتروني

يعد مجلس العقد مرحلة ضرورية من مراحل التعاقد الذي قد يتم على إثر مفاوضات تجري بين الطرفين من أجل الاتفاق على بنود العقد تتوج في النهاية بتطابق الإيجاب والقبول، فننتقل إلى مرحلة إبرام العقد ثم تنفيذه. كما يعد كذلك مجلس العقد الحلقة الأخيرة من سلسلة الفترة السابقة على التعاقد ومرحلة قيام العقد فعلا، ففترة المجلس هي الفترة التي ينعقد خلالها العقد وبدونها لا ينعقد[1]. ومن هنا سنقوم بدراسة مفهوم مجلس العقد الإلكتروني (المبحث الأول)، وتلاقي الإيجاب والقبول الإلكترونيين (المبحث الثاني).

(1)بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص97.

المبحث الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

إن تطابق الإرادتين هو أساس انعقاد العقد، فلابد من تلاقي إرادة الموجب وإرادة القابل حتى يتم العقد، وسواء كان الموجب يتعاقد بنفسه عن طريق وسائل الاتصال الحديثة أو من خلال نائبه، فيجب أن يقبل الطرف الآخر العرض دون أي زيادة أو نقصان[1]. ومن خلال هذا المطلب سنقوم بعرض تعريف مجلس العقد الإلكتروني (المطلب الأول)، وتحديد طبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: التعريف بمجلس العقد الإلكتروني

يحتل مجلس العقد مكانة كبيرة في العقود الالكترونية وذلك لما يحمله من تحديد لمكان وزمان التعاقد، ومنه سنتعرف على مجلس العقد الإلكتروني بعرض مختلف الآراء الفقهية المتعلقة بتعريفه (الفرع الأول)، وتحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني

المجلس لغة: بفتح اللام هو المصدر وبكسر اللام هو موضع الجلوس[2].

أما في الاصطلاح فهو[3]: اجتماع المتعاقدين بالمكان والزمان نفسهما، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونها منصرفين إلى التعاقد ولا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب فيقع بأحد الأمرين الآتيين:

-الرد على الإيجاب ممن وجه إليه، إن قبولا فيعقد العقد، وإن رفضا فيزول العقد.

-انفضاض المجلس من غير رد على الإيجاب، حيث يعتبر هنا مرفوضا حكما[4].

وهناك من عرفه كالتالي: "الحال التي يكون فيها المتعاقدون مقبلين على التفاوض في

(1) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص155.

(2) ابن منظور، المرجع السابق، مادة "جلس" 6/39.

(3) انظر في ذلك: عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، 1984، ص145.

(4) عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص145.

العقد، فيلغوا الإيجاب إذا انقضى المجلس قبل القبول، ولا عبرة لوجود القبول بعد ذلك"[1]. والغرض من فكرة مجلس العقد هو تحديد المدة التي يصح فيها أن تفصل الإيجاب عن القبول، وذلك ليتمكن من عُرِضَ عليه الإيجاب من المتعاقدين أن يتدبر فيقبل الإيجاب أو يرفضه، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيهإلى حد الإضرار بالموجب بإبقائه معلقا مدة طويلة دون الرد على الإيجاب[2].

وقد اختلف الفقهاء في تحديد هذه الحال التي ينشغل فيها المتعاقدانبإبرام العقد فقط إلى عدة اتجاهات، فهناك من يرى مجلس العقد بأنه وحدة مكانية فيرون أنه لا بد أن يصدر الإيجاب والقبول من مكان واحد، فإذا اختلف المكان لا ينعقد العقد لأن القبول يقع في غير مكان الإيجاب (أي مختلفان عن بعضهما)[3].

وعرفه الفقه الإسلامي: المجلس هو اصطلاح شرعي يقصد به اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان فيسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، ويقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان ووحدة الزمان بمعنى أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة، وقد أخذ المذهب الحنفي بالمفهوم الضيق لمجلس العقد واعتبر أن أي تغيير في مكان أحد المتعاقدين ولو كان يسيرا ينهي المجلس، بل وصل الحد إلى اعتبار صدور الإيجاب والمتعاقدان جالسان، ثم وقوف من وجه إليه الإيجاب وقوله قبلت لا يؤدي إلى انعقاد العقد، وقد وجهت عدة انتقادات لهذا الرأي، كونه مبالغا فيه[4].

فيماعرفه الفقه المعاصر على أنه: "مكان وزمان التعاقد لذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينقض بانتهاء الانشغال بالتعاقد"[5]، أي أن مجلس العقد يمنح للمتعاقدين مدة كافية للتفكير في شأن التعاقد، ومن هذا تجلى أهمية مجلس العقد فلطرفين الحق في الرجوع

(1)علاء محمد علي الفواعير، مدى انطباق قواعد التراضي على العقود الالكترونية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، يوليو 2012، ص125.

(2) علاء محمد علي الفواعير، المرجع نفسه، ص125.

(3) بن مصطفى عيسى، المرجع السابق، ص18.

(4) انظر في ذلك: ايقديدن سليمة، حمداش وردة، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص38.

(5) ايقديدن سليمة، حمداش وردة، لمرجع نفسه، ص9.

عن إرادتهما طالما أنهما لم يلتقيا، ومنه يثبت الموجب حق خيار الرجوع عن إيجابه، فيما يثبت للقابل خيار الرجوع عن قبوله، طالما المجلس لم ينتهي بعد[1].

فمجلس العقد قد يكون حقيقي وقد يكون حكمي[2].

مجلس العقد الحقيقي: يقصد به المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد، فيكونان على اتصال مباشر، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة باعتبارهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد عليه إما قبولا أو رفضا، أو بانفضاضه دون رد[3].

مجلس العقد الحكمي: هو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غائب، ويتم نقل الإيجاب إلى هذا المجلس الحكمي بطريقة تقليدية أو الكترونية مثل التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، فعنصر الزمان والمكان هما اللذان يفرقان بين هاذين النوعين (مجلس العقد الحقيقي والحكمي)، إلا أن عنصر الزمان يبقى العنصر المهم والأساس في التمييز والتفرقة بينهما، لذلك يذهب معظم الفقهاء إلى أن معيار التفرقة في التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين يتمثل في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به[4].

الفرع الثاني: تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد

تختلف الفترة الزمنية لمجلس العقد حسب الطريقة المستعملة للتعاقد وهي تختلف من طريقة لأخرى، وهذا ما سنقوم بدراسته من خلال هذا الفرع.

أ- **تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد قبل ظهور الانترنت:** يتم تحديد فترة مجلس العقد عبر الهاتف بزمن المكالمة الهاتفية، فيظل الإيجاب قائما طوال هذه المكالمة طالما لا يزال المتعاقدان منشغلين بالتعاقد، وتنتهي الفترة بانتهاء المكالمة، أو موضوع المكالمة، إلا إذا

(1) خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص284.

(2) أيمن مصطفى أحمد محمد، التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية في ضوء تشريعات دولة الإمارات العربية مجلة الفكر الشرطي، المجلد الثالث والعشرون، العدد 91، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أسيوط، مصر، 2014، ص230.

(3) علاء محمد علي الفواعير، المرجع السابق، ص134.

(4) المرجع نفسه، ص135.

كان هناك اتفاق صريح أو ضمني حول مهلة القبول، ومع التطور التكنولوجي للهاتف وظهور أنواع جديدة أصبح من الضروري التمييز بين مجلس العقد في حالة استعمال الهاتف التقليدي ومجلس العقد في حالة استعمال الهاتف النقال[1].

فتوفر الهاتف الثابت على خدمة "الأنسر ماشين" فهي تتيح للموجب ترك رسالة صوتية للموجب إليه يؤدي إلى الجزم أن فترة مجلس العقد تمتد إلى غاية علم الموجب إليه بمضمون الرسالة، ونفس الشيء يطبق في حالة استعمال الهاتف النقال لإرسال الإيجاب بواسطة رسالة الكترونية مكتوبة أو صوتية أو مرئية، فببدء قراءة أو سماع ومشاهدة الرسالة تبدأ فترة مجلس العقد الحكمي[2].

وينبغي أن نشير أن التعاقد الذي يتم عبر الفاكس والتلكس تصف بعدم اجتماع المتعاقدين في مجلس عقد واحد، وهذا الأمر الذي يتطلب مرور فترة زمنية لوصول تعبير كل طرف للطرف الآخر، وفي هذه الحالة تكون الفترة الزمنية لمجلس العقد تمتد من لحظة إطلاع القابل على العرض إلى غاية انتهاء المدة المحددة إن وجدتوإلا الرجوع إلى الأعراف[3].

ب-تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد المبرم عبر الانترنت:تحدد هذه الفترة عبر مراحل وهي:

*التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني: إذ يتم العاقد مباشرة بين الطرفين أي يكون الاتصال بينهما لحظيا، فهنا مجلس العقد يبدأ من وقت صدور الإيجاب والبدء في التفاوض ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من المكان، فتكون بداية العقد هي موافقة أطرافه، وفي التعاقد الغير مباشر أي غير اللحظي تكون البداية من لحظة الإطلاع على

(1) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص158.

(2) المرجع نفسه، ص158.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، 2008، المرجع السابق، 286.

الشيء المعروض عليه سواء كان منتجا أو خدمة، ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت[1].

*التعاقد عبر الموقع الإلكتروني web: سواء كان التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة أو بواسطة البريد الإلكتروني، فإن مجلس العقد يبدأ في هذه الحالة من وقت دخول الراغب في التعاقد إلى الموقع وينتهي بخروجه منه[2].

*التعاقد عن طريق المشاهدة والمحادثة: هنا يبدأ مجلس العقد وقت صدور الإيجاب وينتهي بانتهاء المحادثة[3].

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد

تعددت الآراء الفقهية حول بيان طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، فهناك من يعتبره تعاقد حاضرين (الفرع الأول) فتسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، وهناك من يراه تعاقدا بين غائبين (الفرع الثاني) فتسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي، وهناك من يراه أنه مجلس مختلط (الفرع الثالث)، لذا سنحاول من خلال هذا المطلب إبراز مختلف الآراء الفقهية حول طبيعة مجلس العقد.

الفرع الأول: مجلس عقد بين حاضرين

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، وهذا راجع إلى كون أطراف التعاقد على اتصال مباشر فيما بينهم، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبين، فإنه لا يفصل صدور القبول والعلم به زمن في التعاقد، ويكون مجلس العقد حكميا أو حقيقا[4].

---

(1) عبد الله إبراهيم عبد الله الناصر، العقود الالكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 12/10 ماي 2013، ص247.

(2) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص159.

(3) عوض مظلوم عبد الكريم، إبرام العقد الالكتروني في قانون اليونسترال النموذجي وقانون االسودان، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، مصر، 2008، ص115.

(4) وداد طورش، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في شعبة الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018/2017، ص16.

ويعتبر اتحاد مجلس العقد شرطا لانعقاد العقد، وهذا بغرض تحديد المدة التي يمكن عن طريقها الفصل بين القبول والإيجاب، بمعنى أن يكون لمن وجه إليه الإيجاب الحق بقبوله أو رفضه طالما كان متواصلا معه عبر مختلف الأجهزة الالكترونية إما عن طريق الكتابة أو الحوار، كما قد يكون بالصوت والصورة والكتابة، وفي حالة صدور أي اعتراض من أحد المتعاقدين ينفض مجلس العقد، ويكون لكلا الطرفين خيار المجلس، كما يحق لهم فسخ العقد بعد صدور الإيجاب والقبول منهما ماداما في مجلس عقد قائم ولم ينفض بعد[1].

غير أن هذا الاتجاه انتقد من حيث عنصر الزمن، وأنه تجاهل حقيقة هامة وهي أن التعاقد الإلكتروني قد لا يتم لحظيا، بمعنى أن هناك فاصلا زمنيا بين الإيجاب والقبول مثل حالة القبول عن طريق البريد الإلكتروني[2].

الفرع الثاني: مجلس عقد بين غائبين

إن نظريات التعاقد بين غائبين تتحفز عند التعاقد عن طريق مجلس العقد الحكمي أي (حاضرين في الزمان وغائبين في المكان)، وعند التعاقد بين غائبين أي (غائبين في الزمان والمكان)[3].

وعادة ما يكون التعاقد بين غائبين بالمراسلة بإحدى طرقها سواء كانت بالبريد أو البرق أو عن طريق رسول خاص، لكن مع تطور الحياة بجوانبها المختلفة، وتشعب المصالح وتبادلها، وانتشار وسائل الاتصالات المتقدمة جعل التعاقد أسهل سواء على الصعيد الوطني أو الدولي، ومع أشخاص داخل أو خارج الوطن، ففي كلتا الحالتين يوصف التعاقد بأنه تعاقد بين غائبين كون الأشخاص المتعاقدين لا يجمعهم مجلس واحد في مكان واحد[4].

غير أن التعاقد الإلكتروني كسر الفكر التقليدي بسبب أنه يتم بين المتعاقدين مباشرة، ولا يفصل بين الإيجاب والقبول إلا أجزاء من الثانية، بمعنى أنه يكون هناك تعاصر بين القبول

(1) عبدلي فاطمة، المرجع السابق، ص43.

(2) وداد طورش، المرجع السابق، ص16.

(3) علاء الدين محمد عبابنه، مالك حمد أبو نصير، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد04، العدد04، كانون الأول 2012، ص17.

(4) لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص112.

وعلم الموجب به، مثل التعاقد عبر المحادثة المباشرة، مما يصعب معه اعتبار التعاقد الالكتروني تعاقدا بين غائبين[1].

الفرع الثالث: مجلس العقد مجلس مختلط

التعاقد عن طريق الانترنت يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، شأنه في ذلك شأن التعاقد بالهاتف قديما[2].

ويؤسس هذا الاتجاه على أن الأمر يتم بوسيلة سمعية بصرية، كما هو الحال في استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة[3]، وهذا يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس عقد واحد حكمي افتراضي، ويضيف البعض أن التعاقد الالكتروني يشبه التعاقد بالهاتف من ناحية العلم الفوري لكل طرف بأن قبوله أو إيجابه قد وصل إلى الطرف الآخر، فأثناء إرسال الطرف رسالته يتم وصولها إلى جهاز الكمبيوتر أو أي جهاز آخر الخاص بالطرف الثاني، ومنه يأخذ حكم التعاقد بالهاتف أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان[4].

ويرى كذلك أصحاب هذا الرأي تطبيق القواعد الخاصة بالتعاقد عن طريق الهاتف، فيعتبر التعاقد عن طريق الأنترنت قد تم في مكان الموجب إذ فيه يعلم القبول ما لم يتفق على غير ذلك، كما يعتبر تاما في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول [5].

(1) وداد طورش، المرجع السابق، ص16.

(2) عبد الحق ماني، التنظيم القانوني لقيام التراضي في العقود الالكترونية على ضوء مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريرج، المجلد 09، العدد 02، 2012، ص153.

(3) يعد نظام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة"ISDN" بأنه شبكة هاتف بتغيير الدارات ينقل البيانات والصوت خلال خط رقمي، كما أنه مجموعة من معايير الاتصال لنقل البيانات والصوت والإشارات، ويمكن أن تكون هذه الخطوط الرقمية خطوطا نحاسية تم تصميمها؛ لنقل الخطوط الأرضية القديمة إلى تقنية رقمية، حيث تتمتع اتصالات "ISDN" في توفير سرعات أفضل وجودة أعلى من الاتصالات التقليدية، كما تسمح بنقل البيانات بشكل أكثر موثوقية.https://e3arabi.com

(4) لزعر وسيلة، التراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019/2018، ص192.

(5) غول نجاة، المرجع السابق، ص52.

لم يسلم هذا الرأي من الانتقادفنهاك من رفض فكرة مجلس العقد المختلط؛ لأن هذا الأخير يتطلب وحدة مكانية واستمرارية زمانية متصلة[1]، وهذا الرأي يجزئ هاتين الوحدتين، فضلا عن كونه يخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، فلا وجود لمجلس عقد مختلط، مما يؤدي إلى صعوبة تطبيق أحكام المجلس الحقيقي على زمان المجلس وأحكام المجلس الحكمي على مكان المجلس[2].

(1) انظر في ذلك مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص163.

(2) انظر في ذلك وداد طورش، المرجع السابق، ص17.

المبحث الثاني: تلاقي الإيجاب والقبول الإلكتروني

إن مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني (تطابق الإرادتين) حظيت باهتمام كبير من طرف الفقه والقضاء والتشريع، وهذا نظرا للنتائج المهمة التي تنجر عن هذه المسألة[1].

ومادام العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد أو ما يعرف بعقود المسافات، فإن هناك إشكاليات حول زمان ومكان إبرام العقد؛ لأن أطرافه يفصل بينهم المكان وهذا ما ينتج عنه وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم من وجه إليه؛لذلك من الصعب تحديد وقت ومكان إرسال واستقبال رسائل البيانات الالكترونية، وهذا ما يترتب عنه تلاقي الإرادتين[2].

ومدام الأمر يثير التساؤل عن مكان وزمان تطابق الإرادتين، فإننا سنقوم بدراسة ذلك من خلال مطلبين: زمان تلاقي الإيجاب والقبول إلكترونيا (المطلب الأول)، ومكان تلاقيهما (المطلب الثاني).

المطلب الأول: زمان تلاقي الإيجاب والقبول إلكترونيا

إن لحظة القبول هي نفسها لحظة انعقاد العقد كقاعدة عامة، أي إن العقد ينعقد بمجرد تقابل الإرادتين؛ حيث أن الطرفين في العقد الإلكتروني لا يكونان حاضرين ماديا في مكان واحد[3].

ولا شك أن التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان يجب أن يتوافر على ثلاثة عناصر تتمثل في: وحدة الزمن، ووحدة المكان وعنصر الانشغال بشؤون العقد. وإذا لم يتوفر العقد على عنصر الزمن أي لحظة صدور القبول وعلم الموجب به، فإن العقد في هذه الحالة يعتبر تعاقدا بين غائبين، ومن هنا يثار التساؤل حول مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني[4].

(1) نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثالثة، دارالثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص58.
(2) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص165.
(3) المرجع نفسه، ص167.
(4) فاطمة عبدلي، المرجع السابق، ص46.

لقد تعددت النظريات في هذا الشأن خاصة بخصوص لحظة التقاء إرادة من وجه إليه الإيجاب بإرادة الموجب الذي وجهه، ولعرض محتوى هذه النظريات سنتطرق لموقف الفقه من زمان تلاقي الإرادتين (الفرع الأول)، تم نعرض موقف التشريعات المقارنة الحديثة من هذه النظريات (الفرع الثاني).

الفرع الأول: موقف الفقه من زمان تلاقي الإرادتين

اختلفت الآراء الفقهية بخصوص مسألة تحديد إبرام العقد الإلكتروني، فتبنى الفقه عدة نظريات؛ التي بموجبها يتم تحديد وقت انعقاد العقد، التي تستند إلى لحظة اقتران القبول بالإيجاب، لكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة هي لحظة إعلان القبول؛ أم تصديره أم وصوله أم العلم به بالإضافة إلى نظرية الاستلام المؤكد التي ظهرت مجددا، وهذا ما سنقوم بدراسة في هذا الفرع[1].

وتطبيقا لأحكام هذه النظريات على العقد الإلكتروني ليس بالأمر السهل، نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها هذا العقد كونه يتم عبر وسائط الإلكترونية جد متطورة؛ لذلك سوف يتم أخذ كل نظرية من النظريات السابقة ونحاول تطبيقها على العقد الإلكتروني وذلك مرفق التفصيل الآتي:

أولا: نظرية إعلان القبول (مثل سوريا ولبنان)

حسب هذه النظرية يبرم العقد بمجرد إعلان القابل لقبوله عن إيجاب الموجب، أي أن زمان انعقاد العقد هو لحظة الإعلان عن القبول، ووفق هذه النظرية القبول يكون إراديا غير واجب الاتصال، بمعنى بمجرد إعلانه من صاحبه[2]، بحيث استندوا في ذلك على أن مبرر السرعة في المعاملات التي تحتم علينا أن نعتبر العقد منعقدا من لحظة إعلان القبول[3].

(1) صبيحي فوزية، قماري بن ددوش، تحديد لحظة انعقاد العقد الالكتروني، في القانون المقارن والقانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، العدد 18، جوان 2017، ص272.

(2) لالوش سميرة، محاضرات عن تطابق الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2019، ص70.

(3) بادي عبد الحميد، المرجع السابق، ص50.

وبتطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني، فإن العقد ينعقد من اللحظة التي يوقع فيها القابل على الرسالة المتضمنة للقبول دون تصديرها أو القيام بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول ودون تصدير هذا النقر، أي بمجرد النقر على مفتاح التوقف (stop) الذي يمنع خروج القبول من سلطة القابل[1].

ويعاب على هذه النظرية أنها تؤدي إلى حرمان الموجب من حقه المخول له قانونا المتمثل في حقه في العدول أو الرجوع عن إيجابه إن لم يكن محدد المدة، ولم يرتبط بعد بالقبول حتى وإن كان الطرف الآخر قد أعلن عن قبوله[2].

ثانيا: نظرية تصدير القبول (مثل المغرب)

إن هذه النظرية متفقة في جوهرها مع أنصار المذهب السابق، بحيث اكتفوا بإعلان القبول لانعقاد العقد، لكنهم حاولوا تفادي النقد الوجه للمذهب السابق[3]، بحيث يجب أن يكون القبول نهائيا[4] وباتا مع حدوث واقعة مادية ألا وهي تصدير القبول، وهذا من أجل تفادي التراجع عنه من طرف القابل بعد خروجه من يده[5].

تعتبر لحظة تصدير القبول هي لحظة ضغط القابل من أجل إرسال قبوله للموجب، أما بالنسبة للانترنت فإن الفارق الزمني الموجود بين التصدير والتسلم غير محسوس، لكن يمكن أن نتصور عدم تسلم الرسالة الالكترونية لسبب فني مثلا[6].

وقد يكون بسبب برمجي، فمثلا يمكن التحكم في زمن التراجع عن إرسال البريد الإلكتروني خلال مدة معينة، رغم أن الشخص قد نقر على إرسال البريد.

(1) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص297.

(2) ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص210.

(3) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص170.

(4) غادة جواد مسودي، التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين، ص100.

(5) لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص124.

(6) عبدلي فاطمة، المرجع السابق، ص48.

لقد انتقدت هذه النظرية على أساس أنهالم تضف على النظرية السابقة سوى واقعة مادية وهي تصدير القبول، وهذه الواقعة لا أثر لها على الإرادة وليس لها أية قيمة في القبول، بل ويمكن التراجع عنها[1].

ثالثا: نظرية وصول القبول

يرى أصحاب هذه النظرية أنه بمجرد وصول إرادة القابل للموجب ينعقد العقد[2]، وذلك عن طريق تسلمه لرسالة القابل، فلا يهم إن كان الموجب قد علم بمضمون الرسالة أم لا، بحيث يصبح القبول في هذه الحالة نهائيا ولا يمكن للقابل الرجوع فيه[3].

والمقصود بالوصول هنا هو السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة المتضمنة للقبول؛ بحيث تكون تحت تصرفه، فمن مزايا هذه النظرية توزيع المخاطر بين الموجب والقابل بصورة عادلة، فيتحمل القابل مخاطر عدم انعقاد العقد بسبب تأخر القبول بالرغم من وصوله للموجه إليه، فهذه النظرية لا تستند إلى الخطأ بل إلى الخطر[4].

حسب ما جاءت به هذه النظرية، نستنتج أن لحظة إبرام العقد الإلكتروني ليست هي لحظة دخول رسالة القبول تحت سيطرة مقدم الخدمة، بل هي لحظة وصولها إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب، وفي هذه الحالة المسؤولية تقع على عاتق الموجب بسبب إهماله[5].

يعاب على هذه النظرية أنها لا تختلف عن سابقاتها من النظريات، كون التسليم يعتبر واقعة مادية دون أي أهمية قانونية في إثبات علم الموجب بالقبول، لأن هذا الأخير لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب له[6]، بالإضافة إلى هذا، فإن وصول الرسالة ليس دليلا على أن الموجب قام بالإطلاع عليها، ولهذا ظهرت النظرية الرابعة التي تشترط العلم بالقبول.

---

(1) عجالي خالد، المرجع نفسه، ص200.

(2) حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الالكترونية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون المجلد 34، 2007، ص223.

(3) وداد طورش، المرجع السابق، ص56.

(4) خالد ممدوح، المرجع السابق، ص48.

(5) عمر خالد زريقات، المرجع السابق، ص159.

(6) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص172.

رابعا: نظرية العلم بالقبول

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن صدور القبول لا يكفي بل لابد من علم الموجب به[1]، وعلى هذا الأساس فالعقد هو توافق بين إرادتين، ولا ينتج أثره دون أن يعلم كل طرف منه بحدوث ذلك التعبير، أي أن العقد ينشأ بعد العلم الحقيقي والفعلي بالإيجاب[2].

ولكون العلم الحقيقي بالقبول من الصعب تحققه في مجال العقود الإلكترونية، فهنا وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة دالة على العلم بما تتضمنه الرسالة الإلكترونية، فبالرغم من أنها قرينة بسيطة لمواجهة الموجب إلا أنه يمكنه إثبات عكسها فهو لم يعلم بالقبول رغم وصوله وتمكنه منه[3].

وبخصوص هذا الموضوع فالمشرع الجزائري تبنى هذه النظرية من خلال المادتين: 61 من القانون المدني[4] التي تنص على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة في الوقت الذي يتصل فيه، بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك"، وكذلك المادة 02/67 من نفس القانون التي تنص على: "ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول[5] .

لقد انتقدت هذه النظرية لأن علم الموجب بالقبول ليس شرط لانعقاد العقد بل هو عبارة عن شرط نفاذ ولزوم، حيث بمجرد علم الموجب بالقبول يلتزم بتنفيذ العقد، ويمكن له المطالبة بحقوقه من أجل مواجهة الطرف الآخر[6].

خامسا: نظرية الاستلام المؤكد

يرى أنصار هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان الذي يستلم فيه الموجب لقبول القابل، وذلك عن طريق رسالة يرسلها القابل يؤكد فيها استلامه للقبول، وفي هذه

(1) محمد شوكت فلاح، الإشكاليات التي يثيره العقد الالكتروني، قدمت هذه الرسالة للحصول على الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة جرش، 2019، ص104.

(2) فراح مناني، المرجع السابق، ص103.

(3) وداد طورش، المرجع السابق، ص57.

(4) انظر المادة 61 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

(5) انظر المادة 67 من القانون المدني الجزائري، المرجع السابق.

(6) فاطمة عبدلي، المرجع نفسه، ص50.

الحالة يصبح القبول نهائيا ولا يحق للقابل الرجوع فيه، فهذه النظرية مختلفة تماما عن نظرية الاستلام العادية التي من غير الممكن معرفة فيها إذا تم علم الموجب بها من عدمه، وحتى إذا كان يعلم فيمكن له التباهي بعدم العلم[1].

فهذه النظرية ظهرت مجددا، لذلك فهي تستهدف حماية المستهلك من الآلية والتسرع هذا من جهة، ومن جهة أخرى من أجل تفادي عيوب نظرية الاستلام لأنها تحقق إبرام العقد بمجرد تسلم رسالة القابل حتى وإذا كان لا يعلم بمحتواها، وتهتم هذه النظرية فقط بالجانب الشكلي للقبول، وبالتالي يقع مشكل أمام انعقاد العقد، خاصة وإن هذا النوع من العقود يتميز بخاصية عدم الوجود المادي للأطراف في العلاقة التعاقدية[2].

فحسب هذا الرأي فإن النظريات التقليدية المذكورة سابقا لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني؛ لا تكفي من تحديد تلك اللحظة خاصة بعد طغيان قواعد حماية المستهلك، لذلك تم استحداث نظرية الاستلام المؤكد التي أضفت نوعا من الأمان في نفسية المستهلك من أجل إبرام هذا النوع من العقود[3].

فاختلاف المواقف الفقهية حول اختيار النظريات التقليدية من أجل تحديد لحظة تلاقي الإرادتين في العقود المبرمة عن بعد، أدى إلى صعوبة تحديد لحظة إبرام العقود الإلكترونية، وهذا الأمر جعل القوانين الحديثة الخاصة بالتجارة الإلكترونية تتدخل من أجل إيجاد حل قانوني مناسب لهذا النوع من العقود[4].

الفرع الثاني: موقف التشريعات من زمان تلاقي الإرادتين إلكترونيا

نظرا لحداثة موضوع زمان تلاقي الإرادتين إلكترونيا، سنقوم من خلال هذه الدراسة ببيان مختلف أوجه نظر التشريعات المقارنة الحديثة التي قيلت بشأن لحظة انعقاد العقد، لكنها اختلفت في تبني النظرية الملائمة لمثل هذا النوع من العقود، فكانت التشريعات الدولية سباقة إلى معالجة هذه المسألة وحذت حذوها كذلك بعض التشريعات الوطنية.

(1) حوحو يمينة، المرجع السابق، ص109.

(2) وداد طورش، المرجع السابق، ص58.

(3) وداد طورش، المرجع نفسه، ص58.

(4) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص172.

أولا: التشريعات الدولية

الأخذ بالنظريات السابقة في هذه المسألة يثير إشكالا على الصعيد الوطني لتحديد زمان تلاقي الإرادتين إلكترونيا، لكن المشكلة تكمن في حالة ممارسة التجارة الإلكترونية على المستوى الدولي، وهو ما يؤدي حتما إلى التداخل بين عدة قوانين وطنية؛ لذلك يرى البعض أنه من المستحسن الإعمال بنظرية وصول القبول، وهذا من أجل اعتبارات حماية المستهلك خاصة في مجال الإثبات؛ لأنه يجب معرفة وقت إبرام العقد الإلكتروني[1].

وفي هذا الإطار سنقوم بدراسة موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا)، وموقف الاتفاقيات الأوروبية، ثم نعرض بعد ذلك موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية(الأونيسترال).

1-موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا):

إن هذه الاتفاقية تمت في فيينا سنة 1980، ولم تهتم بالوسيلة المستعملة أكانت تقليدية أم إلكترونية، وبخصوص مسألة تحديد لحظة تلاقي الإرادتين في العقود الإلكترونية تم النص عليها في هذه الاتفاقية من خلال المادة 2/18 على أنه:"يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها الموجب إعلان يفيد الموافقة على الإيجاب"[2]، كما نصت الاتفاقية نفسها في المادة 23 منها على تحديد وقت انعقاد العقد، فجعلته ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها قبول الإيجاب[3].

كما أكدت الاتفاقية من خلال نص المادة 24 أن العقد ينعقد بمجرد تسلم الموجب رسالة القبول، أي أن هذه الأخيرة تبنت نظرية تسلم القبول صراحة[4]. ويستنتج وفقا لهذه الاتفاقية أن العقد الالكتروني إذا ابرم بين دولتين منضمتين أو شخصين ينتميان إلى هاتين الدوليتين من خلال تبادل الرسائل الالكترونية؛ فإن هذا النوع من العقود ينعقد في لحظة وصول الرسالة المتضمنة للقبول إلى صندوق بريد الموجب.

(1) نجاعي أمال، موساوي لامية، المرجع السابق، ص38.

(2) انظر المادة 2/18 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980.

(3) عبدلي فاطمة، المرجع السابق، ص51.

(4) انظر المادة 24 من اتفاقية فيينا، 1980، المرجع السابق.

2- موقف الاتفاقيات الأوروبية:

لقد نص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكترونيللبيانات على أنه:"يعتبر العقد الذي يتم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذين تصل فيهما الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر العرض". نستنتج من هذا أن الاتفاق الأوروبي أخذ بنظرية وصول القبول أيضا[1].

وقد نص كذلك التوجيه الأوروبي رقم31/2000 من خلال المادة 05 على أنه: "يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يستلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله"[2]، يتبين من نص هذه المادة أن التوجيه الأوروبي جعل وقت إبرام العقد مقترنا باستلام تأكيد من مقدم خدمة الانترنت مُرْسَلٍ من القابل بصحة القبول[3].

3-موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية(الأونيسترال)

إن قانون الأونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية لم يتناول مباشرة مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، لكن قام بتنظيم مسألة زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات، تناولت ذلك المادة 01/15 منه[4]، بحيث تركت المجال للأطراف من أجل الاتفاق حول زمان ومكان إرسال واستلام رسائلهم، حيث نصت على أنه:" ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ، أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة عن المنشئ".

من خلال دراسة أحكام المادة 01/15 السالفة الذكر، نلاحظ أن المشرع هنا لم يحدد زمانالانعقاد العقد، بل اكتفى بتحديد زمان إرسال وتسلم رسائل البيانات وهذا احتراما للقوانين الوطنية وترك المجال لها، وهذا حسب النظرية التي تبنتها في تحديد زمان انعقاد العقد[5].

(1) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص380.

(2) أنظر المادة 5 من التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المرجع السابق.

(3) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص178.

(4) انظر المادة 1/15 من قانون الأونيسترال النموذجي، المرجع السابق.

(5) محمود عبد الرحيم شريفات، المرجع السابق، ص171.

كما نشير إلى أن قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية؛ ترك مسألة تحديد مكان انعقاد العقد وما يترتب عنها من نتائج سواء فيما يخص تحديد القانون الواجب التطبيق أو الاختصاص القضائي إلى القواعد العامة الخاصة بالقوانين الوظيفة لكل دولة، من أجل تبني نظرية معينة من نظريات القبول المختلفة، إضافة إلى قواعد القانون الدولي الخاص لديها، وينطبق ذلك أيضا على مسألة زمان الانعقاد[1].

ومن هنا نستنتج أن القانون النموذجي هدفه أنه يعبر عن نفسه بنصوصه ومذكراته من أجل إيجاد مجموعة من القواعد القانونية التي قبلت دوليا، والتي يمكن للدول استعمالها في سن تشريعاتها لتزيل العقبات القانونية التي من الممكن أن تعيق التعاقد الإلكتروني في التجارة الإلكترونية.

ثانيا: موقف التشريعات الوطنية

إن القوانين الوطنية عالجت مسألة إبرام العقد الإلكتروني بشكل يتميز بنوع من الخصوصية عن القوانين التقليدية، وتباينت مواقف مشرعي الدول فيما يخص هذه المسألة؛ لذلك سنتطرق إلى أوجه نظر بعض التشريعات الوطنية؛ من بينها المشرع الفرنسي، المصري، الأردني، والمشرع الجزائري.

1- المشرع الفرنسي:

تجدر الإشارة إلى أن المشرع الفرنسي يعاني من فراغ في تشريعه في مسألة تحديد زمان انعقاد العقد، مما أدى إلى تردد الفقه والقضاء بين عدة نظريات لحل هذه المشكلة، وهما نظرية إعلان القبول ونظرية العلم بالقبول[2].

ومحكمة النقض الفرنسية أخضعت هذه المسألة للسلطة التقديرية للقاضي بحيث لا رقابة عليه، إلى غاية صدور حكم لها في 07 جانفي 1981، تبنت من خلاله نظرية تصدير

(1) لماعبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص142.

(2) لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص117.

القبول، بحيث قضت من خلاله أن العقد المبرم بالمراسلة لا ينعقد باستلام الموجب لقبول الطرف الآخر، بل بإرسال القابل لقبوله ما لم يتفقوا على خلاف ذلك[1].

صدر كذلك في هذا الصدد القانون الفرنسي الخاص بالمعاملات الرقمية سنة 2004، بحيث استرشد بنص المادة 05 من التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 الصادر في 08 جويلية سنة 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، حيث تضمن هذا القانون الجديد المادة 2/1369 التي تنص على أنه[2]:"يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب، من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكد من القابل قبوله"، نستنتج من هذه المادة أن المشرع الفرنسي تبنى نظرية جديدة ألا وهي نظرية الاستلام المؤكد.

2- المشرع المصري:

إن المشرع المصري عالج مسألة تحديد زمان انعقاد العقد بالأخذ بمبدأ العلم بالقبول، حيث اعتبر التعاقد بين غائبين يتم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، هذا إن لم يوجد اتفاق أو نص يخالف ذلك، فالعبرة في هذه الحالة بزمان ومكان علم الموجب بالقبول[3].

فالمشرع المصري في القانون المدني[4] نص المادة 19 على أنه: "يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنا، فإن اختلفا موطنا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك". كما نص في مشروع قانون التجارة الالكترونية على أنه: "...يعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول"[5].

(1) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص215.

(2) القانون الفرنسي رقم 2004-575 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن حماية الثقة في الاقتصاد الرقمي.

(3) خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص84.

(4) قانون رقم 131 لسنة 1948، بإصدار القانون المدني المصري، بتاريخ 9 رمضان 1367هـ الموافق 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر "أ"، صادر بتاريخ 29 يوليو 1948.

(5) عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد (دراسةمقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015،ص196.

نستنتج مما سبق أن المشرع المصري عالج مسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني وفق قواعد تنازع القوانين من حيث المكان، بحيث أخذ بحل يختلف عن الحلول المطروحة في النظريات السابقة، فرغم تبنيه لنظرية استلام القبول إلا أنه أخذ بنهج (تأكيد وصول القبول). فالعقد الإلكتروني ينعقد من اللحظة التي يستلم فيها القابل رسالة تأكيد من الموجب تفيد وصول القبول إليه، كما يمكن أن يتم بنفس طريقة الإيجاب أو بطرق أخرى إن لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

3-المشرع الأردني:

تبنى المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 نفس ما تبناه القانون النموذجي في هذا الخصوص، من خلال نص المادة 17 منه، كما أكده في المادة 13 من القانون الصادر سنة 2015[1] أن المشرع الأردني أخذ بنظرية استلام القبول بخلاف ما هو منصوص عليه في القانون المدني الأردني (المادة 102)[2] حيث أخذ بنظرية إعلان القبول، وهذا انطلاقا من النظرية التي تقول إن الخاص يقيد العام في وقت انعقاد هذا النوع من العقود، فلحظة انعقاده هي وقت استلام القبول وليس وقت إعلان القبول، وهذا الأمر هو الذي يخالف ما أخذ به المشرع الأردني في القانون المدني فيما يخص وقت التعاقد بين غائبين مكانا.

كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني تتوافق تماما مع أحكام المادة 15 من القانون النموذجي، حيث إن المشرع الأردني أخذ بمقر عمل المنشئ أو المرسل إليه كمعيار لتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل المعلومات، لكنه لم يأخذ بمكان وجود نظام معالجة المعلومات، وهذا هو المسار الأكثر توافقا مع المعاملات الإلكترونية[3].

(1) انظر المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2015.

(2) القانون رقم 43 لسنة 1976 بإصدارالقانون المدني الأردني، جريدة رسمية عدد 2645، الصادر بتاريخ 01 أغسطس 1976.

(3) لما عبد الله صادق سلهب، المرجع نفسه، ص144.

4-المشرع الجزائري:

بالنسبة للمشرع الجزائري تم الأخذ بنظرية العلم بالقبول كقاعدة عامة، وهذا ما نصت عليه المادة 67 من القانون المدني الجزائري[1]:"يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

نستنتج من نص المادة سالفة الذكر أنه على الموجب أن يطلع على الرسالة التي تضمنت القبول، فأصحاب هذه النظرية يعتمدون على تطابق الإرادتين، بحيث يكون كل المتعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر. إلا أن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى تأجيل الآثار المترتبة على القبول، بالإضافة إلى إعطاء فرص للموجب للتراجع أو العدول عن قبوله.

كما يعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات العلم بالقبول خاصة عند استعمال وسائل إلكترونية حديثة للتعاقد[2]، لكن وصول القبول قرينة على العلم به، وعلى من يدعي عكس ذلك إثبات هذا الأمر، أي أن إثبات عدم العلم يعود على الموجب وليس على القابل[3].

فالمشرع الجزائري بتبنيه لنظرية العلم بالقبول، جعل البعض من الفقه يعتقد أن التعاقد الإلكتروني يعتبر تعاقد بين حاضرين حكما أو بين غائبين.

المطلب الثاني: مكان تلاقي الإيجاب والقبول إلكترونيا

في أغلب الأحيان التعاقد الإلكتروني يكون تعاقدا بين غائبين من حيث المكان[4]، بحيث تناولت معظم القوانين المنظمة للمعاملات والتجارة الإلكترونية قواعد وأحكام خاصة بتحديد مكان إرسال وتسلم رسائل البيانات؛ لأنها تعتبر من وسائل التعبير عن الإرادة، وهذا من أجل إبداء الإيجاب والقبول الذي يؤدي إلى نشوء التزام تعاقدي؛ نظرا للأهمية التي تحظى بها مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني[5].

(1) انظر المادة 67 من القانون المدني الجزائري.

(2) عبدلي فاطمة، المرجع السابق، ص56.

(3) فراح مناني، المرجع السابق، ص104.

(4) لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص132.

(5) عبدلي فاطمة، المرجع السابق، ص57.

سنحاول من خلال هذا المطلب دراسة مسألة تحديد مكان تطابق الإرادتين، أي المكان الذي يتم فيه انعقاد العقد الإلكتروني، وهذه المسألة لا تقل أهمية عن موضوع تحديد وقت إبرام العقد، وهذا نظرا لعدم التواجد المادي والحقيقي للمتعاقدين في مكان موحد؛وتكتسي مسألة تحديد مكان انعقاد العقد أهمية كبيرة لاسيما في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق، وكذلك لتحديد المحكمة المختصة للنظر في المنازعات، مما جعل القواعد التي تحكمها في القانون المدني تثير العديد من التساؤلات عند العديد من الفقهاء؛ نظرا للتواجد الافتراضي لطرفي العقد[1].

الفرع الأول: مدى ملاءمة القواعد العامة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

كما يقال إن تركيز العقد في إطار مكاني معين أو توطينه، أي في حالة انعقاده عن بعد، بمعنى تواجد أطرافه في مكان واحد، لا شك أنه لا يخلو من الحيلة القانونية وهذا حسب بعض الفقهاء، وبالرغم من ذلك إلا أن تحديد مكان انعقاد العقد يتميز بنوع من الخصوص سواء من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق أو تحديد المحكمة المختصة في حالة وقوع نزاع ما[2].

من خلال هذا الفرع سنتطرق إلى نظرية التلازم أو الارتباط بين مكان وزمان انعقاد العقد.

أولا: نظرية التلازم بين المكان والزمان

إن غالبية القوانين الوطنية أخذت بنظرية التلازم بين مكان وزمان انعقاد العقد، بحيث يقصد بالتلازم أن اللحظة التي يعتبر فيها العقد مبرما هي نفسها التي تحدد مكان هذا الانعقاد[3]، فإذا أخذ قانون تلك الدولة بنظرية تصدير القبول، فمكان انعقاد العقد هو ذلك

(1) محمد ذعار العتيبي، النظام القانوني للعقد الالكتروني، "دراسة مقارنة بين التشريعين الكويت والأردني"، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2013/2012، ص56.

(2) بادي عبد الحميد، المرجع، ص57.

(3) شحاتة غريب شلقامي، المرجع السابق، ص141.

المكان الذي تم فيه تصدر القبول[1]، أما إذا تبنت نظرية العلم بالقبول، فإن اللحظة التي يتحدد فيها زمان انعقاد العقد هي التي تحدد مكان الانعقاد أي مكان العلم بالقبول[2].

لقد نص المشرع المصري على مبدأ التلازم بين مكان وزمان انعقاد العقد في المادة 975 من القانون المدني المصري[3]، كما نص المشرع الإماراتي على ذلك في المادة 142 من قانون المعاملات المدنية الإماراتي[4]، وكذلك المشرع الجزائري، الذياعتنق هذه النظرية من خلال المادة 67 من القانون المدني الجزائري.

ثانيا: النقد الموجه لهذه النظرية

وجهت لهذه النظرية عدة انتقادات؛ لأنه يصعب الأخذ بها في مجال العقود الالكترونية؛ كونها تتم عبر شبكات الانترنت، أي أنها مبنية على بيئة إلكترونية افتراضية، بحيث يمكن للطرف المتعاقد الدخول إلى الموقع الإلكتروني أو البريد الالكتروني في أي بقعة من العالم، وتطبيق هذه النظرية يؤدي إلى تشابك العلاقات القانونية وخضوع الأطراف لقواعد قانون دولة أخرى، رغم إبرام العقد داخل حدود دولته[5].

الفرع الثاني: موقف التشريعات من مكان تلاقي الإرادتين إلكترونيا

لقد ثبت عدم ملاءمة نظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد في المجال الالكتروني، مما استدعى ضرورة إعمال مبدأ حرية الأطراف في هذه المسألة كأصل عام، أو اللجوء إلى مبدأ الازدواجية كاستثناء لها[6]. بالإضافة إلى نظريتان حديثتان نسبيا هما: نظرية محل إقامة الموجب (نظرية مالوري)، ونظرية إقامة القابل (نظرية شيفاليه).

(1) بوطالبي زينب، مكان تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني، دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، ص97.

(2) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص188.

(3) قانون رقم 131 لسنة 1948، بإصدار القانون المدني المصري، بتاريخ 9 رمضان 1367هـ الموافق 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر "أ"، صادر بتاريخ 29 يوليو 1948.

(4) القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406 هـ الموافق 15 ديسمبر 1985، الجريدة الرسمية، العدد 158، الصادر بتاريخ 17 ربيع الثاني 1406 هـ الموافق 29 ديسمبر 1985م.

(5) شحاتة غريب شلقامي، المرجع سابق، 141.

(6) عبدلي فاطمة، المرجع السابق، ص58.

أولا: مبدأ حرية الأطراف

يجب العمل بمبدأ حرية الأطراف لأنهم يملكون كامل الحرية لإبرام هذا النوع من العقود التي تم باستعمال وسائل اتصال حديثة بتحديد زمان ومكان انعقاد العقد، وهذه القاعدة تبنتها البعض من الدول من خلال نصوص قانونية، واستجابت لها نظرا للفراغ التشريعي فيما يخص العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت[1].

كما تقر بعض التشريعات الدولية على أنه لا وجود لأي ارتباط بين زمان انعقاد العقد ومكانه، أي أن زمان إبرام العقد ليس له أي أثر على المكان، بمعنى أنه يمكن الفصل بينهما، وهذا عن طريق التحديد الإرادي للمكان بالنسبة للعقود الدولية، مما يدل على أن المشرع الفرنسي أخذ بمبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان إبرام العقد دون أن يترك ذلك للقواعد العامة[2].

كما أن التوجيهات الأوروبية في هذه المسألة تقر حرية الدول في قوانينها الداخلية[3]، إذ تركتها عادة لحرية الأطراف أو تقوم بإحالتها للنظرية العامة التي أخذت بها تلك الدولة، ونظرا لعدم ملاءمة النظريات التقليدية في مجال العقود الإلكترونية ظهرت نظرية حديثة نادت بمبدأ الفصل بين زمان ومكان انعقاد العقد[4].

ثانيا: نظرية الازدواجية

لقد أخذ القانون النموذجي للتجارة الالكترونية (الأونيسترال) بنظرية الازدواجية من أجل إيجاد حل لهذه المسألة، ويتبين ذلك من خلال نص المادة 4/15 منه: "مكان إرسال الرسالة الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه عمل المنشئ، أو مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك"[5].

(1) حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص211.

(2) حابت أمال، استغلال خدمات الانترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004، ص84.

(3) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص57.

(4) مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص190.

(5) انظر: المادة 4/15 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، المرجع السابق.

زيادة على هذا القانون أخذت كذلك بهذه النظرية بعض قوانين المعاملات الالكترونية العربية، من بينها القانون الأردني لسنة 2015 (المادة 14)، والقانون الإماراتي لسنة2006 (المادة 15)، وكذلك القانون البحريني (المادة 4/14)[1].

ثالثا: نظرية محل إقامة الموجب (نظرية مالوري)

فيهذه النظرية استند الأستاذ "مالوري" إلى أحكام القضاء الفرنسي، بحيث اعتمد في معالجته لأحكام التعاقد بين غائبين على الفصل في مسألة زمان ومكان انعقاد العقد؛ مع عدم الاعتماد على تحليل ركن التراضي، فقد جعل لكل منهما حل مختلفعن الآخر[2].

فبالنسبة لمكان انعقاد العقد توصل هذا الأستاذ إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول، وهو ما ذهب إلية القضاء الفرنسي، استنادا إلى الحجة التي مفادها عدم إجبار المتعاقد الذي صدر منه الإيجاب على التقاضي بعيدا عن محل إقامته، فالذي صدرت منه المبادرة التعاقدية هو الذي يجب عليه التقاضي بعيدا عن محل إقامته، أما فيما يتعلق بمسألة زمان انعقاد العقد فقد تبنى نظرية العلم بالقبول[3].

في الواقع هذه النظرية لم تعطي أي حلا ملائما بخصوص مشكلة التعاقد الإلكتروني، ففي أغلب الأحيان هذه العقود تبرم بين طرفين، أحدهما تاجر مهني (شركات تجارية كبرى)، والثاني هو المستهلك الذي يحتاج للحماية، فإذا اعتبر مكان انعقاد العقد هو مكان إقامة الموجب، وهذا الأخير يتمثل غالبا في شركات تجارية ضخمة، فإذا أراد المستهلك أن يرفع دعوى على الموجب سيسبب ذلك حرمانه من الحماية الاستثنائية التي تقرها له القوانين الوطنية الخاصة بحماية المستهلك في بلده، وقد لا يتمكن القابل في بعض الأحيان من معرفة محل إقامة الموجب الحقيقة، وهذا بسبب استعمال الموجب اسم النطاق، أو عنوان

(1) حمودي ناصر، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، المرجع السابق، ص223.

(2) آمانج عبد الرحيم أحمد، المرجع السابق، ص200، 201.

(3) طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، 19-20 ماي 2009، ص347.

البريد الإلكتروني الذي يرتب ببلد معين الذي لا ينشئ قرينة على أن مكان عمله يتواجد في ذلك البلد[1].

رابعا: نظرية إقامة القابل (نظرية شوفاليه)

في هذه النظرية أخذ الأستاذ "شيفاليه" بنفس الفكرة التي اتجهت إليها النظرية السابقة(نظرية مالوري)، من حيث الفصل بين زمان ومكان انعقاد العقد، بحيث أكدت هذه النظرية على عدم إمكانية ربط اقتران الإيجاب والقبول بمكان معين بالنسبة للتعاقد بين غائبين[2]، باعتبار أن فكرة العقد الرضائي متعارضة مع الوجود في مكان انعقاد العقد ما بين غائبين؛ أي أن تطابق الإرادتين المنشئ للتراضي يتحقق في وقت معين، دون أن يتحقق في مكان معين، وهذا بالنظر للإرادة التي لا تقبل الانتقال ولا حتى الوجودفي مكان ووقت معين[3].

فبالنسبة لمكان انعقاد اعقد فهو المكان الذي تم الإرسال إليه الإيجاب، وفي حالة سكوت أطراف العقد عن القواعد التي تطبق على صحته أو تفسيره يجب الرجوع هنا إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه مبادرة التعاقد، لأن الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى عدة أشخاص يكون له نفس المعنى وإن اختلف الأشخاص الموجه لهم الإيجاب[4].

(1) لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص209.

(2) لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص209.

(3) لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص133.

(4) بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016/2015، ص49.

خاتمـــة

من خلال دراستنا لهذا الموضوع، توصلنا إلى أن هناك اختلافا في التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني عنه في العقد التقليدي، وهذا الاختلاف ناتج عن الخصوصية التي يتميز بها كل من الإيجاب والقبول الإلكترونيين من حيث إن التعبير عنهما يكون دون الحضور لمادي لطرفيه في مجلس العقد، بحيث يتم التعاقد والتعبير عنهما في بيئة افتراضية إلكترونية تستخدم فيها وسائل الاتصال الحديثة، وهذا ما يجعل كل طرف في مكان مختلف عن الطرف الآخر، يفصل بينهم بعد جغرافي واختلاف لغوي وتشريعي.

كما يتسنى لنا أن هذه الوسائل الحديثة المستعملة في التعبير عن الإرادة سمحت بإبرام العديد من العقود بسرعة وبسهولة بين جميع الأشخاص عبر العالم، والتي كان يصعب سابقا إنجازها، خاصة ما تعلق منها بالنطاق الزماني والمكاني لكل من الإيجاب والقبول الإلكترونيين.

كمايستخلص من هذه الدراسة، أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية قد تبنت في نصوصها تنظيم كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني.

أن المشرع الجزائري بالرغم من استحداثه لقانون التجارة الإلكترونية، إلا أنه لم يتطرق إلى موضوع التعبير عن الإرادة إلكترونيا، فجاء هذا القانون قاصرافي الكثير من الجوانب ، وبناء على ما سبق نقدم بعض الاقتراحات التي نراها تخدم الموضوع وأهمها:

1-أن يقوم المشرع بتعديل قانون التجارة الإلكتروني لأنه قاصر في هذا المجال بالنظر إلى القوانين المقارنة.
2-أن المشرع بإصدار قانون يوفر الحماية الكافية للمستهلك من الإعلانات الكاذبة والمضللة، ووضع آليات بخصوص ذلك.
3-القيام بحملات تحسيسية عبر وسائل الإعلام المختلفة، بخصوص التعاقد الإلكتروني.
4-يجب على السلطات المعنية تطوير شبكة الانترنتوزيادة التدفق؛ لأن التجارة الإلكترونية تقوم على سرعة وقوة تدفق الانترنت.

5- التيسير على المواطنين الحصول على بطاقات الدفع الإلكترونية التي تمكنهم من التعاقد إلكترونيا على المستويين الوطني والدولي؛ حيث أن شروط الحصول عليها إلى غاية ليست في متناول الكثير من المواطنين.

6- وضع موقع جزائري حكومي موثوق يمكن المتعاقد من كشف المواقع الوهمية وغير الموثوقة؛ حتى لا يقع ضحية الخداع.

قائمة المراجع

أولا: المصادر

1. إبن منظور جمال الدين بن مكرم، لسان العرب، الجزء الأول، دار صادر –بيروت – لبنان،1990.

ثانيا: المراجع

1- باللغة العربية

أ- الكتب

1. أسامة عبد الحليم الشيخ، مجلس العقد وأثاره في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة في فقه الإسلامي والقانون الوضعي)، دار الجامعة للنشر، مصر.

2. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

3. بوشنافة جمال، خصوصية التراضي في العقود الإلكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد الأول، العدد العاشر، جامعة يحي فارس، المدية، جوان 2018،

4. بوطالبي زينب، مكان تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني، دراسات قانونية، كلية الحقوق، جامعة بومرداس،.

5. حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، الطبعة الأولى، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016.

6. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.

7. خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة، دار الجامعية، 2007،

8. سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

9. عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد ن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1997.

10. عبد الله بن إبراهيم بن عبد الله ناصر، العقود الإلكترونية، دراسة فقهية مقارنة، كلية التربية، جامعة الملك سعود، الرياض، المملكة العربية السعودية.

11. العربي بلحاج، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري (الجزء الأول)، التصرف القانوني، العقد والإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2001.

12. علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص126.

13. عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الإنترنت، دار الراية للنشر والتوزيع، عمان.

14. لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2012.

15. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.

16. محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 2004.

17. محمد سعد خديجة، مشكلات البيع عبر الانترنت، دار النهضة، 2004.

18. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري (النظرية العامة للالتزامات)، العقد والإرادة المنفردة، دار الهدى، الجزائر، الطبعة الثانية، 2004.

19. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن.

20. مناني فراح، العقد الإلكتروني، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009.

21. المومني بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديثة، الأردن، 2004.

22. هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، دار شتات للنشر والتوزيع، مصر، 2009.

ب- المذكرات والرسائل الجامعية

- رسائل الدكتوراه

1. بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2015، 2014.

2. بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه علوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

3. علاء محمد علي الفواعير، مدى انطباق قواعد التراضي على العقود الالكترونية "دراسة مقارنة"، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، يوليو 2012.

4. عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة الحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، مصر.

5. العيشي عبد الرحمان، الرضا في العقد الالكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2017،

6. لزعر وسيلة، االتراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019/2018.

7.لزعر وسيلة، التراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخص القانون الخاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019/2018.

8.ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009.

9.هشام نظمي حسن إبراهيم الشيمي، التراضي في العقود الإلكترونية، بحث دكتوراه، قسم القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر.

- مذكرات الماجستير

10. 2016.

11. إبلعيد ديهية، لعناني حكيمة، أحكام العدول عن العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

12. أكسوم عيلام رشيدة، المركز القانوني للمستهلك الإلكتروني، أطروحة دكتوراه الطور الثالث، تخصص قانون خاص داخلي، كلية الحقوق، والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

13. أمداح أحمد، التجارة الإلكترونية من منظور الفقه الإسلامي، مذكرة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة لحاج لخضر، باتنة، 2006، 2005، ص59.

14. بن خضرة زهيرة، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 01، 2016/2015،

15. رواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2019، 2018،.

16. طارق كاظم عجيل، مجلس العقد الإلكتروني، مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية)، جامعة الإمارات العربية المتحدة، أبو ظبي، 19-20 ماي 2009، ص347.

17. عبان عميروش، التراضي في العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة فقهية قانونية مقارنة، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص القانون المدني الأساسي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2015.

18. عبد الحميد بادي، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة من أجل الحصول على شهادة الماجستير، كلية الحقوق- بن عكنون، جامعة الجزائر 1، 2011/ 2012،

19. عصمت عبد المجيد بكر، دور التقنيات العلمية في تطور العقد (دراسةمقارنة)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015.

20. علاء محمد الفواعير، مدى انطباق قواعد التراضي على العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون الخاص، كلية القانون، جامعة عمان العربية، 2012.

21. عوض مظلوم عبد الكريم، إبرام العقد الالكتروني في قانون اليونسترال النموذجي وقانون االسودان، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير في الشريعة والقانون، قسم الدراسات النظرية، معهد بحوث ودراسات العالم الإسلامي، جامعة أم درمان الإسلامية، مصر، 2008.

22. غادة جواد مسودي، التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة مقدمة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، كلية الحقوق والإدارة العامة، جامعة بيرزيت، فلسطين.

23. غول نجاة، العقد الالكتروني في القانون المدني الجزائري، مذكرة ماستر، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة خميس مليانة، عين الدفلى، 2013/ 2014.

24. قسنطيني حدة صبرينة، العقد الالكتروني (الانعقاد والإثبات)، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص فرع قانون السوق، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد الصديق بن يحي، جيجل، 2011/ 2012.

25. محمد ذعار العتيبي، النظام القانوني للعقد الالكتروني، "دراسة مقارنة بين التشريعين الكويت والأردني"، رسالة مقدمة استكمالا للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الشرق الأوسط، الكويت، 2013/2012.

26. محمد شوكت فلاح، الإشكاليات التي يثيره العقد الالكتروني، قدمت هذه الرسالة للحصول على الماجستير في القانون، كلية الحقوق، جامعة جرش، 2019.

27. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

28. مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

- مذكرات الماستر

1. ايقديدن سليمة، حمداش وردة، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص القانون الخاص الشامل، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.
2. بن حسان أحمد وآخرون، التراضي في العقد الالكتروني في التشريع الجزائري، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة أحمد دراية، 2020/ 2019.
3. حابت أمال، استغلال خدمات الانترنت، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2004.

4. حكيم يامنة، النظام القانوني للعقد الإلكتروني(دراسة مقارنة)، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر، تخصص قانون خاص، قسم الحقوق، كلية الحقوق واللوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019/2018.

5. حميشي هنية، الإدارة الإلكترونية، مذكرة لماستر في القانون، تخصص عقود ومسؤولية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/2016.

6. فاطمة عبدلي، ركن التراضي في العقد الالكتروني، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2014/ 2015.

7. فاطمة، شيان صونية، الإيجاب والقبول غي العقد المبرم عبر الانترنت، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون الخاص، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جمعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2016/ 2017.

8. مفيدة العوادي، التعبير عن الإرادة في العقود عبر شبكة الانترنت، مذكرة تكميلية لنيل شهادة الماستر، شعبة الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2016/ 2015.

9. وداد طورش، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مكملة لنيل شهادة ماستر في شعبة الحقوق، تخصص قانون أعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2018/2017.

ج- المقالات والمجلات العلمية

1. . نوارة حمليل، التعاقد الإلكتروني، معادلة بين أحكام القانون المدني ومبدأ حرية التعاقد، مجلة الدراسات القانونية، العدد 04، كلية الحقوق، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2017، ص250.

2. أيمن مصطفى أحمد محمد، التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية في ضوء تشريعات دولة الإمارات العربية مجلة الفكر الشرطي، المجلد الثالث والعشرون، العدد 91، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أسيوط، مصر، 2014.

3. بومسلة عبد القادر، خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الالكترونية، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد الرابع، العدد 02، سنة 2018.

4. حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الالكترونية، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون المجلد 34، 2007.

5. دناي نور الدين، الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، معهد الحقوق والعلوم السياسية، المركز الجامعي، تندوف، العدد الثاني، ديسمبر 2017، ص93.

6. صبيحي فوزية، قماري بن ددوش، تحديد لحظة انعقاد العقد الالكتروني، في القانون المقارن والقانون الجزائري، مجلة الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية، قسم العلوم الاقتصادية والقانونية، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، العدد 18، جوان 2017، ص272.

7. عبد الحق ماني، التنظيم القانوني لقيام التراضي في العقود الالكترونية على ضوء مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، مجلة العلوم القانونية والسياسية، جامعة محمد البشير الإبراهيمي، برج بوعريرج، المجلد 09، العدد 02، 2012، ص153.

8. عبد الله إبراهيم عبد الله الناصر، العقود الالكترونية، دراسة فقهية تطبيقية مقارنة، بحث مقدم إلى مؤتمر الأعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون، الإمارات العربية المتحدة، 12/10 ماي 2013.

9. علاء الدين محمد عبابنه، مالك حمد أبو نصير، زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الأردني، المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، المجلد04، العدد04، كانون الأول 2012، ص17 .

10. كركوري مباركة حنان، خصوصية التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، مجلة الفكر للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 10، جوان 2020، ص224.

د- المحاضرات

1- بركات كريمة، حماية المستهلك في عقد البيع الإلكتروني، محاضرات لطلبة السنة أولى ماستر، تخصص عقود ومسؤولية، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة آكلي محند أولحاج، البويرة، 2015/2014.

2- لالوش سميرة، محاضرات عن تطابق الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية، جامعة أحمد بوقرة، بومرداس، 2019.

هـ- النصوص القانونية

*** النصوص الوطنية**

قانون رقم 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق ل 25 فبراير 2009 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، جريدة رسمية، العدد 15، مؤرخ في 08 مارس 2009.

قانون رقم 18-09 المؤرخ في 25 رمضان 1439 الموافق 10 يونيو سنة 2018، يعدل ويتمم القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير سنة 2009 والمتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.

قانون رقم 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق 10 مايو سنة 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، جريدة رسمية عدد 28، صادرة في 16 مايو 2018.

أمر رقم 75-58 مؤرخ في20 رمضان 1395 الموافق 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية، العدد 78، مؤرخ بتاريخ 24 رمضان 1395 الموافق 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

*** النصوص الأجنبية**

1. قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996. الصادر لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، التابعة للأمم المتحدة، في الجلسة 85 المنعقدة في 16 ديسمبر 1996. موجود على موقع هيئة الأمم المتحدة على الصفحة الآتية

2. القانون الاتحادي رقم01 لسنة 2006 المتعلق بمعاملات التجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 442، السنة 36 بتاريخ 31 جانفي 2006، الإمارات.

3. قانون رقم 131 لسنة 1948، بإصدار القانون المدني المصري، بتاريخ 9 رمضان 1367هـ الموافق 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر "أ"، صادر بتاريخ 29 يوليو 1948.

4. القانون الاتحادي رقم 5 لسنة 1985، بإصدار قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، بتاريخ 3 ربيع الثاني 1406 هـ الموافق 15 ديسمبر 1985، الجريدة الرسمية، العدد 158، الصادر بتاريخ 17 ربيع الثاني 1406 هـ الموافق 29 ديسمبر 1985م.

5. ( ) القانون رقم 15 المتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2015.

6. قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي لسنة 2006، جريدة رسمية عدد 442، السنة السادسة والثلاثون، بتاريخ 31 يناير 2006.

7. القانون رقم 15 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2015، مؤرخ في 15 أبريل 2015، ج.ر عدد 5341، صادر في 17 مايو 2015

8. قانون عدد 83 لسنة 2000 مؤرخ في 9 أوت 2000 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، الرائد عدد 064، صادر بتاريخ 11 أغسطس 2000.

9. القانون الفرنسي رقم 2004-575 الصادر في 21 جوان 2004 بشأن حماية الثقة في الاقتصاد الرقمي.

10. قانون رقم 131 لسنة 1948، بإصدار القانون المدني المصري، بتاريخ 9 رمضان 1367هـ الموافق 16 يوليو 1948، الوقائع المصرية، عدد رقم 108 مكرر "أ"، صادر بتاريخ 29 يوليو 1948.

11. القانون رقم 43 لسنة 1976 بإصدارالقانون المدني الأردني، جريدة رسمية عدد 2645، الصادر بتاريخ 01 أغسطس 1976.

12. ظهير شريف رقم 129-07 الصادر في 19 ذو القعدة 1428، الموافق 30 نوفمبر 2007، بتنفيذ القانون رقم 05-53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية المغربي، الجريدة الرسمية، العدد5584، الصادر بتاريخ 25 ذو القعدة 1428، الموافق6 ديسمبر 2007، المعدل.

13. انظر المادة 54-8 من قانون حماية المستهلك بمقاطعة كبيك الكندية.

14. التوجيه الأوروبي رقم 08-98 المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد.

ثانيا: باللغة الفرنسية

Ouvrages

)Michaels. Baum et Henry. H. permit, electronic contracting public hing And EDI law, wiley law publications john wiley et sans, 1991, p274 .

( )Ordonnance n° 2016-301 du 14 mars 2016 relative à la partie législative du code de la consommation, JORF n°0064 du 16 mars 2016.

Articles

Article 6-1 directive 97/07/ CE par tout contrat a distance le consommateur dispose d'un moins de 07 jour ouvrable par se détracter sans pénalités et sans

indication, les seuls frais qui peuvent étre imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit derétraction sont les frais directe renvoie des marchandises.

1° A la fourniture d'instruments financiers mentionnés à l'article L. 211-1 du code monétaire et financier ainsi qu'aux services de réception-transmission et exécution d'ordres pour le compte de tiers mentionnés à l'article L. 321-1 du même code;

1° Le contrat à distance est conclu ;

2° Aux contrats exécutés intégralement par les deux parties à la demande expresse du consommateur avant que ce dernier n'exerce son droit de rétractation;

2° Le consommateur reçoit les conditions contractuelles et les informations, conformément à l'article L. 222-6, si cette dernière date est postérieure à celle mentionnée au 1°».

3° Aux contrats de crédit immobilier définis à l'article L. 313-1;

4° Aux contrats de prêts viagers hypothécaires définis à l'article L. 315-1.»

Art. L. 222-7:«Le consommateur dispose d'un délai de quatorze jours pour exercer son droit de rétractation, sans avoir à justifier de motif ni à supporter de pénalités.

Article L222-9: «Le droit de rétractation ne s'applique pas:

http://legisquebec.gouv.qc.ca/fr/showdoc/cs/p-40.1

https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce

Le délai pendant lequel peut s'exercer le droit de rétractation court à compter du jour où :

Loi n°88-21 du 6 janvier 1988 relative aux opérations de télé-promotion avec offre de vente dites de "télé-achat", JORF du 7 janvier 1988.

الفهرس

مقدمة ..... **Erreur ! Signet non défini.**

الفصل الأول: خصوصية التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية ..... **Erreur ! Signet non défini.**

المبحث الأول: الإيجا ب الإلكتروني 6

المطلب الأول: مفهوم الإيجاب الإلكتروني 6

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني 8

الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني 9

أولا: الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد 10

ثانيا: الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني 10

ثالثا: الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب دوليا 11

رابعا: استمرارية الإيجاب الإلكتروني 12

خامسا: الطابع الجازم للإيجاب الإلكتروني 13

المطلبالثاني: كيفية التعبير عن الإيجاب الإلكتروني 14

الفرعالأول: وسائل التعبير في الإيجاب الإلكتروني 15

أولا: الإيجاب عبر بريد إلكتروني 15

ثانيا: الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية 17

ثالثا: الإيجاب عبر المحادثة والشاهدة 19

الفرع الثاني: لغة التعبير عن الإيجاب الإلكتروني 20

المبحث الثاني: القبول الإلكتروني 22

المطلب الأول: مفهوم القبول الإلكتروني 23

الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني 24

الفرع الثاني: شروط القبول الإلكتروني 27

المطلب الثاني: خصائص القبول الإلكتروني 30
الفرع الأول: خصائصه من حيث طرق التعبير عنه 30
أولا: التعبير عن طريق المحادثة 30
ثانيا: القبول عن طريق البريد الإلكتروني 31
ثالثا: القبول عن طريق الموقع 32
الفرع الثاني: خصوصية العدول عن القبول الإلكتروني 33
أولا: مضمون العدول عن القبول الإلكتروني 5
ثانيا: الأساس القانوني للحق في العدول الإلكتروني 5
الفصل الثاني: خصوصية مجلس العقد الإلكتروني 40
المبحث الأول: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني 41
المطلب الأول: التعريف بمجلس العقد الإلكتروني 41
الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني 41
الفرع الثاني: تحديد الفترة الزمنية لمجلس العقد 43
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لمجلس العقد 45
الفرع الأول: مجلس عقد بين حاضرين 45
الفرع الثاني: مجلس عقد بين غائبين 46
الفرع الثالث: مجلس العقد مجلس مختلط 47
المبحث الثاني: تلاقي الإيجاب والقبول الإلكتروني 49
المطلب الأول: زمان تلاقي الإيجاب والقبول إلكترونيا 49
الفرع الأول: موقف الفقه من زمان تلاقي الإرادتين 50
أولا: نظرية إعلان القبول (مثل سوريا ولبنان) 50
ثانيا: نظرية تصدير القبول (مثل المغرب) 51

رابعا: نظرية العلم بالقبول..... 53
خامسا: نظرية الاستلام المؤكد..... 53
الفرع الثاني: موقف التشريعات من زمان تلاقي الإرادتين إلكترونيا 54
أولا: التشريعات الدولية..... 55
1-موقف اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (اتفاقية فيينا): 55
2- موقف الاتفاقيات الأوروبية:..... 56
3- موقف القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (الأونيسترال) 56
ثانيا: موقف التشريعات الوطنية 57
1- المشرع الفرنسي:..... 57
2- المشرع المصري: 58
3-المشرع الأردني: 59
4- المشرع الجزائري: 60
المطلب الثاني: مكان تلاقي الإيجاب والقبول إلكترونيا 60
الفرع الأول: مدى ملاءمة القواعد العامة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني 61
أولا: نظرية التلازم بين المكان والزمان 61
ثانيا: النقد الموجه لهذه النظرية..... 62
الفرعالثاني: موقف التشريعات من مكان تلاقي الإرادتين إلكترونيا 62
أولا: مبدأ حرية الأطراف..... 63
ثانيا: نظرية الازدواجية..... 63
ثالثا: نظرية محل إقامة الموجب (نظرية مالوري)..... 64
رابعا: نظرية إقامة القابل (نظرية شوفاليه) 65
خاتمة:..... 66

قائمة المراجع ..... **Erreur ! Signet non défini.**

فهرس المحتويات 82