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

مجلس العقد في التعاقد الالكتروني

مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: عقود ومسؤولية

إعداد الطالب:
شريف محمد

إشراف الأستاذ:
بوديسة كريم

لجنة المناقشة

الأستاذ: ناصر حمودي.....رئيسًا
الأستاذ: بوديسة كريم.....مشْرِفًا ومقرّرًا
الأستاذ:خليفي سمير.....ممتحنا

تاريخ المناقشة

2015/12/08

شـــكـــر

قال تعالى : (و اذا تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم)) الآية 07 سورة ابراهيم .

نشكر الله عز وجل على ما رزقنا اياه من قدرة و صبر للوصول لهذا المستوى و اتمام هذا العمل المتواضع .

كما نتقدم بأسمى آيات الشكر و التقدير الى الاستاذ الفاضل ((بوديسة كريم)) الذي تكرم علينا بقبول الاشراف على مذكرتنا ، كما انه لم يبخل علينا بنصائحه و توجيهاته السديدة طيلة تحضيرنا لهذه المذكرة فجزاه الله خيرا .

كما نتوجه بجزيل الشكر كذلك الى الأساتذة الكرام أعضاء لجنة المناقشة على قبولهم مناقشة هذه المذكرة المتواضعة بصدر رحب .

و أخص بالشكر الصديق نور الدين بشير الذي لم يبخل علينا بمجهوداته في انجاز هذا العمل المتواضع .

و الى كل من زودني بالكتب و المراجع و التشجيع على انجاز هذه المذكرة .

شريف محمد .

إهـــــداء

إلى من تخجل كلماتي حين أذكرها ، إلى ميناء العشق الأزلي أمي الحبيبة .

إلى طي الأمل و رمز الاخلاق و العمل و بهاء الفجر الأبدي أبي الحبيب .

إلى سندي و مصدر فخري أخي و أختي .

و إلى الزميل و الأخ بوشكير بوعلام .

و إلى الزميلات و الزملاء في مهنة المحاماة .

إلى ربيع الاخلاص الدائم في قلوب أصدقائي ، أقدم لهم جميعا هذا الجهد المتواضع .

شريف محمد .

المختصرات

ص : صفحة .

ص ص : من الصفحة الى الصفحة .

ق م ج : القانون المدني الجزائري .

مـــقـدمـة

يشهد العالم في الوقت الحاضر ثورة في مجال الإتصالات وتكنولوجيا الحاسوب الآلي ونظم المعلومات، والتي أسفرت بالنتيجة على ظهور شبكة المعلومات العالمية (الأنترنت) الأمر الذي أدى إلى تغير مستمر و تسارع في طبيعة الآليات والعلاقات التي تحكم التعامل بين الأطراف، خصوصا بعد أن أتخذت من الأنترنت ميدانا للنشاطات والأعمال التجارية في بداية التسعينات من القرن الماضي.

إذ أصبحت بفضل الأنترنت تمارس الأعمال التجارية إلكترونيا في إطار ما يسمى بالتجارة الإلكترونية، التي تميز عن التجارة التقليدية بخصائص عديدة، وتخلق بالتالي تحديات كبيرة أمام القوانين عموما، خاصة بفضل ما وفرته الأنترنيت من خدمات متنوعة ذات إمكانات متميزة في نقل البيانات، وآليات مستحدثة للتفاوض على العقود وإبرامها.

لقد حصل تحول كبير و إنقلاب جذري على المنظومة التجارية مطلع التسعينات بدخول التقنيات الحديثة و الوسائل التكنولوجية إلى عالم المال والأعمال، إذ البائع والمشتري لا يحتاجان إلى الوسائل التقليدية التي كانت من قبل تحكم عملية التعاقد بينهما، حيث إرتمى الطرفان في أحضان الشبكة العنكبوتية التي تحولت في الوقت الراهن إلى ظاهرة تجارية دولية وإحدى الركائز و الأساليب الأكثر شيوعا وإستخداما في عمليات الشراء والبيع للسلع و الخدمات[1].

العقود الإلكترونية هي العقود التي تتم عبر حاسبين آليين مرتبطين بالأنترنيت ويعتبر التعاقد بطريق الأنترنت صحيحا و معتبر شرعا، ذلك أن الفقه الإسلامي جعل الرضا هو الأساس في إنعقاد العقود من دون تحديد شكل معين فالعقد ينعقد في الشريعة الإسلامية بكل ما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة، والأنترنت عبارة عن تعاقد عن طريق المواقع الالكترونية، كما هو الحال في التعاقد بطريق الكتابة بين الغائبين.

ونتيجة للزيادة المضطردة في المعاملات التجارية الإلكترونية والتي أدت إلى زيادة كبيرة في العقود الإلكترونية المبرمة، أصبحت هذه التجارة واقعا عمليا فرض نفسه على المستوى الوطني و الدولي، مما أدى إلى قيام لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

[1] إسماعيل قطاف، العقود الإلكترونية وحماية المستهلك، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 2006، ص 5.

(الأونيسترال)[1] إلى إعتماد قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية في عام 1996، كقانون إستشاري يمكن الإستفادة منه عندما تصدر الدول تشريعاتها الوطنية الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

ونتيجة لتعاظم التعاقد الإلكتروني على المستوى الوطني فإن هذا الأمر خلق الحاجة لسن تشريعات وطنية خاصة بالمعاملات الإلكترونية، وذلك لظهور الكثير من التحديات القانونية حول العقد الإلكتروني، مما دفع غالبية الدول العربية إلى إصدار قوانين المعاملات الإلكترونية[2].

ومن بينها نجد أن المشرع المصري لم يأتي بتعريف للعقد الإلكتروني رغم أن القانون المصري للمعاملات الإلكترونية معنون بقانون المعاملات الإلكترونية، في حين عرفه قانون المعاملات الإلكترونية الأردني في مادته الثانية بأنه "***الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسيلة إلكترونية كليا أو جزئيا***" وتتمثل الوسيلة الإلكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو صوتية أو مترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين[3].

وفي القانون المدني الجزائري نجد أن المادة 59 نصت على أنه:

"***يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية***"، وعليه فلو تقابل الإيجاب و القبول عن طريق شبكة الأنترنت، فإن العقد ينعقد بقوة القانون دون أن يكون لغياب العلاقة المباشرة بين طرفي التعاقد أي تأثير على إنعقاده أو إلى توافر أركانه التي إشترطها القانون.

إلى جانب هذا فإن المادة 60 من القانون المدني الجزائري نصت على أن التغيير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، أو بإتخاذ موقف لا يدع شكا

---

[1]- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، متوفر على الموقع: www.unistral.org

[2] لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماستر في القانون، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين 2008، ص15.

[3] محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية مصر 2004، ص 21.

في دلالته، فيجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا[1].

ومن هنا نجد أن المادة 60[2] من ذات القانون لم تنص على شكل معين لإبداء التعبير عن الإرادة المشترطة في إنعقاد العقد، فقد نصت فقط على أنه يمكن إبداء تلك الإرادة بالطرق الأربعة السالفة الذكر، وعليه نجد أن التعبير عن الإرادة عند إنعقاد العقد في شكله الإلكتروني سواءا كان صريحا أو مشفرا هو تعبير صحيح، طالما كان الطرف الأخر في العقد تعرف عليه، وهذا دون أن يثير في نفسه أي شك في كونه إيجابا أو قبولا إلكترونيا[3].

التعاقد بالأنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان إلا إذا وجد فاصل زمني معتبر فإنه يكون بين غائبين زمانا و مكان.

الأصل في التعاقد أن يبرم العقد خلال الوجود المادي للمتعاقدين في إطار ما عرف مجلس العقد، لتبادل الإيجاب و القبول إلا أن الأمر ليس كذلك في شتى الأحوال، لا سيما بعد إنتشار وسائل الإتصال الحديثة التي إستطاعت أن تربط الأشخاص عبر بقاع مختلفة في العالم في ثوان معدودات، فيتم إبرام العقد دون أي تعاصر مادي للأطراف، فأصبح بإمكان تاجر التجزئة أن يشتري مباشرة من المنتج و المستهلك أن يتسوق وهو في منزله.

الواقع أن هذه الظاهرة ليست حديثة بالنظر إلى العقود المبرمة عن بعد عن طريق الرسائل أو الهواتف، إنما الجديد هو الوسيلة المستعملة لإبرام العقد وهي شبكة الأنترنت والشيء الذي يزيد الأمور تعقيدا هو كون الظاهرة لم تعد داخلية تخص قانونا معينا يمكنه أن يتولاها بالتنظيم كيفما يشاء، أصبحت ظاهرة دولية تكون العقود التي تبرم بهذه الطريقة في الغالب بين أشخاص متواجدين في دول مختلفة، مما يعقد مسالة تنظيم أحكام توافق الإرادتين في مجلس العقد.

ومشكلة تحديد زمان و مكان إنعقاد العقد لا تثور عندما يكون المتعاقد حاضرين، لعدم وجود فاصل زمني بين الايجاب و القبول فالقابل يصدر القبول فورا وينعقد العقد في هذه

---

[1] نقلا عن علي فيلالي، النظرية العامة للعقد، الطبعة الأولى 1997، ص 84.

[2] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون 05/07 المؤرخ في 2007/01/13 جريدة رسمية رقم 03 المؤرخة في 2007/05/13 .

[3] اسماعيل قطاف، المرجع السابق، ص8.

اللحظة، ولكن عند الحديث عن العقد الإلكتروني الذي يوجد حضور مادي بين أطرافه فيثور التساؤل عن زمان ومكان إنعقاد العقد، وعليه نتوصل إلى طرح الأشكال المتمثل في:

هل القواعد العامة كافية لتحديد زمان ومكان إنعقاد العقد الإلكتروني ام لابد من إعادة النظر في أحكامها؟

وللإجابة على هذه الاشكالية هو محور هذا البحث وهدفه الرئيسي حيث أن مجلس العقد الإلكتروني مفهوم قانوني مستحدث فإن الخطة المنتهجة تنقسم إلى فصلين:

حيث نبتدأ بالبحث و دراسة أحكام مجلس العقد الإلكتروني في الفصل الأول للتطرق في المبحث الأول لمفهوم مجلس العقد الإلكتروني مبرزين في ذلك تعريف مجلس العقد الإلكتروني و الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني وفي المبحث الثاني نتطرق إلى الإيجاب و القبول الإلكتروني، و في الفصل الثاني تطرقنا زمان و مكان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني مبين قصور القواعد العامة في تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني و ذلك في المبحث الأول منه ثم مكان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني في المبحث الثاني.

تتمثل أهمية إختيار هذا الموضوع في أن الإنتشار المتنامي لظاهره العقود المبرمة بوسائل الإتصال الحديثة إلى شيوع ما يسمى بالعقود الإلكترونية، هذه الأخيرة باتت تطرح مجموعة من الإشكالات القانونية وذلك بالنظر لعقد العلاقات الناجمة لمثل هذا النوع من العقود وإختلاف الوسيط المادي الذي من خلاله يتم إنعقاد العقد، ولمجلس العقد أهمية بالنسبة للعقد لما يحمله من تحديد مكان و زمان التعاقد، وذلك يمكن عن طريقه معرفة المحكمة المختصة، و القانون الواجب التطبيق إذا ما ثار نزاع بشأن العقد.

الفصل الاول

احكام مجلس العقد الالكتروني

العقد عبارة عن إرتباط إرادتين في مجلس واحد، مجسدا في ذلك الرضا والإختيار الذي يعتبر أساسا للعقد، ، لقوله تعالى " ***يا أيها الذين أمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم*** "[1] .

وتوافق وإرتباط الإرادتين هو إتخاذ المجلس على أن يكون الإيجاب و القبول في مجلس واحد، فلو كان الإيجاب في مجلس و القبول في مجلس أخر لم ينعقد العقد فمجلس العقد بين الحاضرين هو محل صدور الإيجاب.

إما مجلس العقد بين غائبين، فمحله حيث يبلغ الرسول رسالته إلى المرسل إليه أو حيث يقرأ الرسول إليه ذلك الكتاب، وعليه أن يرد على الإيجاب في مجلس العقد، فإن صدر منه القبول قبل تغير المجلس، إنعقد العقد وإلا فلا ينعقد العقد وإن صدر منه في مجلس أخر لإختلاف مجلس العقد[2].

وعليه يقتضي بنا التطرق إلى مفهوم مجلس العقد الإلكتروني في المبحث الأول والإيجاب والقبول الإلكتروني في المبحث الثاني.

1 ((الآية الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولا تقتلوا أنفسكم وان الله كان بكم رحيما)) الآية 29 من سورة النساء .

2 سليمان عبد الرزاق أو مصطفى، التجارة الإلكترونية في الفقه الإسلامي، قدمت هذه الرسالة إستكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجيستير في الفقه المقارن، كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية، غزة 2005، ص13.

المبحث الأول

مفهوم مجلس العقد الإلكتروني.

إن التعاقد عن بعد يجعل كلا المتعاقدين بعيدا عن الأخر، وفي التعاقد الإلكتروني يفترض تدخل وسيط إلكتروني لإيصال إرادة أحد الطرفين بغية إتحادها مع إرادة الأخر فسمة التعاقد بين غائبين أنه يتم دون أن يسمع أحد المتعاقدين كلام الأخر فور إداء عبارته، الأمر الذي يتطلب بالضرورة فوات فترة زمنية معينة، تطول أو تقصر بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته، ووصول تعبيره هذا إلى علم أخر، ومن هنا يتجلى أن لمجلس العقد ركنان أساسيان وهما : الركن المادي (المكان)، الركن المعنوي (الزمان)[1].

المطلب الأول

تعريف مجلس العقد الإلكتروني

يرى الفقيه السنهوري أن نظرية مجلس العقد لم تعالج علاجا خاصا في الفقه الفرنسي، أما الفقه الإسلامي فقد صاغ لها نظرية بلغت من الإتقان مدى كبيرا، فلا يطلب من المتعاقد الأخر القبول فورا، بل له أن يتدبر بعض الوقت، ولكن من جهة أخرى لا يسمح له أن يمعن في تراخيه إلى حد الأضرار بالموجب بإبقائه معلقا مدة طويلة دون الرد على إيجابه فوجب إذن التوسط بين الأمرين ومن هنا نبث نظرية مجلس العقد[2].

وعليه سوف نتطرق إلى تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي في الفرع الأول وتعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر في الفرع الثاني.

---

[1] نور الهدى مرزوق ، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، فرع المسؤولية المهنية، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة تيزي وزو، 2012، ص155.

[2] نقلا عن خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية 2008، ص360

الفرع الأول

تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي

يقصد بمجلس العقد إجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الأخر مباشرة، حالة كونها منصرفين إلى التعاقد لا يشغلها عنه شاغل وينقضي مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو كلاهما.

ويقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان ووحدة الزمان، ومؤدي ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول في نفس المكان وفي نفس الجلسة، وقد أخذ مناصري المذهب الحنفي بالمفهوم الضيق لمجلس العقد بإرسائه على وحدة المكان والزمان، حيث إعتبر أنّ أي تغيير في مكان لأحد المتعاقدين ولو كان يسيرا ينهي المجلس، حتى أنّ وقوف القابل للتعبير عن قبوله بعد أن أصدر الموجب إيجابه وهما جالسين لا يؤدي إلى إنعقاد العقد.[1]

لقد وجهت عدة إنتقادات لهذا الرأي لكونه مبالغ فيه كثيرا، ولا يتفق مع مبادئ الشريعة الإسلامية السمعاء، لا سيما مبدأ الوقائية لذا يرى فقهاء المالكية والحنابلة أنّ مجلس العقد يظل قائما حتى ينقضي بالمفارقة الجسدية، أو بأي قول أو فعل يدل على رغبة المتعاقدين في فض المجلس، وقد تعددت المحاولات التي تتناول تعريف مجلس العقد سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المعاصر وحاول هذا الأخير التحرر من القواعد الشكلية البالية التي كانت معهودة في السابق[12].

و أخيرا قيل بأن مجلس العقد هو مكان و زمان التعاقد و الذي يبدا بالانشغال البات بالصيغة ، و ينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد ، و هذا التعريف يشمل ما يقوم عليه مجلس العقد من المكان و الزمان كما يشمل تحديد بداية هذا المجلس و ذلك بقولـــه ((و الذي يبدا بالانشغال البات بالصيغة)) كما يتمثل تحديد وقت انتهاء المجلس بقوله ((و ينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد و من ثم فان هذا التعريف واضح البيان مما يجعله راجحا على غيره من التعريفات الاخرى)).[3]

---

[1] – نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ص156.

[2] نور الهدى مرزوق، المرجع نفسه، ص156.

[3] أسامة عبد العليم الشيخ ، مجلس العقد و اثره في عقود التجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي ص 22، 23.

الفرع الثاني

تعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر

ذهب بعض الفقهاء المعاصرين إلى تعريف مجلس العقد بأنه مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالإنشغال البات بالصيغة وينفض بإنتهاء الإنشغال بالتعاقد.

يفهم من هذا التعريف أنّ مجلس العقد يمنح للمتعاقدين مهلة كافية للتفكير والتدبر في أمر التعاقد، ومن هنا تتجلى أهمية مجلس العقد، فللطرفين الحق في التراجع عن إرادتها طالما أنهما لم يلتقيا، فيثبت للموجب حق خيار الرجوع عن إيجابه، ويثبت للقابل خيار الرجوع عن قبوله، طالما لم ينفض المجلس وهو ما يعرف بخيار المجلس[1].

إنّ إنعقاد العقد بالطريقة الإلكترونية الحديثة و تواجده يكون بشكل مختلف بتوافق والتقدم التكنولوجي الذي يشهده العالم حاليا والأخذ بشكل غير مسبوق، وبطريقة مستمرة وبناءا على ذلك فإنّ وجود كل من طرفي العقد أمام شبكة الأنترنت للتفاوض على العقد وبنوده وما إلى ذلك هو مجلس العقد، وإنما جمع أطراف العقد بصورة إلكترونية دون أن يكون كل منهما متواجد بجسده، وهو ما كان لا بد توافره في طريقة التعاقد الغير إلكتروني.

ومجلس العقد هو ركن أساسي في إنعقاد العقد أيا كانت الطريقة أو التكنولوجيا المستخدمة في التفاوض على إنعقاده[2].

إنّ مجلس العقد هو مجلس بتواجد فيه المتعاقدان حقيقة أو حكما عند التعاقد ويكون التواجد حكما عند التعاقد بوسيلة إلكترونية، وقد إنفرد بهذا التعريف مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 1998[3].

---

[1] ; خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص284.

[2] ماجد محمد سليمان ابا الخيل، العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى مكتبة الرشد ناشرون، المملكة العربية السعودية 2009، ص35.

[3] نقلا عن لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص111.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

إشترط القانون لكي يتلاقى الإيجاب مع القبول ويقترن به أن يصدر القبول في مجلس العقد، سواءا كان المتعاقدان حاضرين حقيقة أو حكما كأن يتم التعاقد عن طريق التليفون أو بطريق أخر يماثله، أو أنه يصدر بين غائبين، كما في التعاقد بالمراسلة خطاب أو برقية[1].

إنّ التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الإتصال هو تعاقد بين غائبين نظرا لعدم تواجد العاقدين في مكان واحد، ولكن الواقع أنّ عدم وجود طرفي العقد في نفس المكان لا يفي بالضرورة أن التعاقد يكون بين غائبين فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد، فمثلا في التعاقد عبر التليفون فإنه يتم بين طرفين منفصلين من حيث المكان، ومع ذلك فإنه يعتبر تعاقد بين حاضرين فيما يتعلق بزمان التعاقد[2].

هناك إتجاهات فقهية حول تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني فمنهم من يرى بأنّ التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين ومنهم من يرى بأنه تعاقد بين غائبين وهناك من يتوسطون هاذين الإتجاهين برأي وسط وعليه سنقوم بالتطرق إلى دراسة التعاقد الإلكتروني بين حاضرين وغائبين في الفرع الأول ثمّ التطرق إلى الرأي الوسط أن مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس مختلط في الفرع الثاني.

الفرع الأول

جدال فقهي حول الحضور و الغياب في مجلس العقد.

قد يتضح من الوهلة الأولى أن التعاقد الإلكتروني عبر شبكات الإتصال هو تعاقد بين غائبين نظرا لعدم تواجد العاقدين في مكان واحد، ولكن الواقع أن عدم وجود طرفي العقد في نفس المكان يعني بالضرورة أن التعاقد يكون بين غائبين فيما يتعلق بزمان إنعقاد العقد فمثلا في التعاقد عبر الهاتف يتم بين طرفين منفصلين من حيث المكان

[1] أحمد فراج حسين، الملكية و نظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص153.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص364.

ومع ذلك فإنه يعتبر تعاقد بين حاضرين فيما يتعلق بزمان التعاقد، ما دام التعبير عن الإرادة إيجابا كان أم قبولا يصل إلى علم الموجه إليه فور صدوره كما لو كان المتعاقدين في مجلس واحد، وعندئذ تطبق قواعد التعاقد ما بين حاضرين[1].

وقد يكون هناك تعاقد بين حاضرين، يوجد فيه فاصل زمني بين صدور القبول و العلم به، ومع ذلك تطبق قواعد التعاقد بين غائبين، وذلك في الحالة التي يصدر فيها الإيجاب والمتعاقدين في مجلس واحد كما لو حدد الموجب ميعادا للقبول وإفترق المتعاقدان ثم أرسل الموجب له القبول بإحدى وسائل الإتصال، وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه لا يعد تعاقدا بين غائبين تبادل رسائل تسجل إتفاقا تم بين حاضرين شفويا قبل هذا التبادل، فهذه الرسائل ليست إلا وسيلة لإثبات عقد سبق إبرامه بين طرفين هما حاضران معا مجلس العقد[2].

هناك إختلافات فقهية فيما إذا كان التعاقد الإلكتروني بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين

أولا -التعاقد الإلكتروني بين حاضرين:

1. مضمون الرأي:

ينطبق مفهوم مجلس العقد حسب هذا الرأي على كل متعاقدين إنصرافا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلها شاغل أخر، وكان بينهما إتصال مباشر عبر الأنترنت بحيث يستمع أو يرى إحداهما الأخر، فلا يكون هناك فاصل بين صدور التعبير ووصوله إلى علم الموجه إليه، دون النظر إلى البعد المكاني للمتعاقدين، فمجلس العقد هنا حكمي ليس حقيقيا[3].

يرى هذا الإتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين حيث يكون العاقدان على الإتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من المتعاقدين غائبان فإنه لا يفصل مابين صدور القبول والعلم به زمن في التعاقد ويكون مجلس العقد حكميا لا حقيقيا، لإن أطراف

[1] ماجد محمد سليمان ابا الخيل، المرجع السابق، ص64.

[2] ماجد محمد سليمان ابا الخيل، المرجع نفسه ، ص64.

[3] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص155.

التعاقد يكونون على إتصال دائم عبر شبكة الأنترنت، قد يتم الكتابة كما هو الحال بالنسبة لبرنامج "Free tell" أو برنامج الحوار"Chat"وقد يكون بالصوت كما هو الحال في برنامج "Multi Medea" الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكتروني ويكون تبعا لذلك تعاقد بين حاضرين حتى ولو كان الحضور إعتباريا[1].

ولقد تحدث المشرع الجزائري عن التعاقد عبر الهاتف في نص المادة 64 من القانون المدني بنصها على: "***إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ولذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريق الهاتف او بأي طريق مماثل*****.....**"[2]

اعتبر المشرع الجزائري التعاقد عبر الهاتف تعاقدا تاما بين حاضرين حكما، بناءا على مفهوم تقليدي كونه عبارة عن جهاز من أجهزة الإتصال السلكية والتي تعتمد في تشغيلها على نظام تقني يهدف إلى ربط طرفي في زمن واحد على بعد مسافات طويلة أو قصيرة(SMS) وهنا يأخذ حكم التعاقد بالمراسلة أي بين غائبين، أو رسائل مرئية بتزويد الهاتف النقال بشاشة وهو ما يعرف بالهاتف المرئي كصورة حديثة للهاتف إذ يعد تعاقد بين حاضرين، وفي هذه الصورة الأخيرة يرى بعض الفقه الإسلامي بصحة عقد الزواج كونه يعتبر في حكم الحاضرين عندما يتم بواسطة الدوائر التلفزيونية[3] .

إذا كان مجلس العقد بين حاضرين، فإنه يلزم لتحقيق الإتصال بين الإيجاب والقبول أن يسمع كل منهما كلام الأخر، ويفهمه ولا ياتي ذلك إلا إذا إتحد المجلس بين المتعاقدين، فإذا ترك أحد المتعاقدين المجلس قبل أن يتلاقى الإيجاب والقبول، فلا يتحد المجلس ومن ثم لا يتم العقد، فيمكن أن يكون الموجب هو الذي أخل بوحدة المجلس إذا ما فارق المجلس قبل أن يصدر الرد من الطرف الأخر على الإيجاب، لإنه بإنصرافه قبل أن يتم صدور القبول فلا يتلاقى إيجابا يتصل به، وكذا من ترك المجلس من وجه إليه

[1] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص367.

[2] الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن للقانون المدني معدل ومتمم.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد بين تقنيات الإتصال الحديثة، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص79.

الإيجاب بعد إن سمعه وعلمه يسقط الإيجاب ولو عاد من وجه إليه الإيجاب إلى المجلس ثانية[1].

2. نقد الرأي :

يفترض هذا الرأي أي أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين زمانا أن لمجلس العقد ركن واحد وهو الزمان، وينظر إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمانية فقط وقد سبق التأكيد على أن مجلس العقد يقوم على ركنين هما المكان والزمان، فالركن المكاني يعتبر ركنا ماديا للمجلس، والركن الزماني هو الركن المعنوي، ولكل واحد منهما شروط وأحكام، فإن قصر المجلس أحدهما دون الآخر ترتب عليه خلل في ضبط كثير من الأمور[2].

ثانيا - التعاقد الإلكتروني بين غائبين:

1. مضمون الإتجاه:

لا يخفى أن مجلس العقد بالنسبة للمتعاقدين الحاضرين واضح ويسهل تصوره، ولكن الصعوبة تأتي لتصوره فيما لوكانا غائبين، والسبب في هذه الصعوبة وجود فارق زمني وفاصل مكاني بين صدور القبول وعلم الموجب به[3].

إنّ التعاقد الإلكتروني يكون بين غائبين نظرا لعدم صدور الايجاب والقبول في نفس اللحظة، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره، هذا بالإضافة إلى إختلاف مكان المتعاقدين أي أن مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني يعتبر مجلس عقد حكمي وتطبق عليه أحكامه وهو مجلس وصول وعلم الموجه إليه الإيجاب وقبوله له، وإنّ نقل شبكة الأنترنت للإيجاب ماهو إلا نقل عن طريق وسيلة كالرسول، كل ما هنالك أنّ

[1] باسم محمد سرحان ابراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، رسالة ماجيستير في الفقه والتشريع، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، فلسطين، 2006، ص74.

[2] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص156.

[3] علي محمد أحمد أبو العز، التجارة الإلكترونية وأحكامها في الفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار النقاش للنشر والتوزيع، الأردن 2008، ص185.

النقل هنا يتم عن طريق وسيط إلكتروني، وينتهي هذا الرأي إلى أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين وأنه يخضع لأحكام المادة (97) من القانون المدني المصري[1].

يكون مجلس العقد في التعاقد بين الغائبين غير مجلسه في التعاقد بين الحاضرين فالمجلس الثاني هو محل صدور الإيجاب، أما المجلس الأول فهو محل بلوغ الايجاب إلى المتعاقد الغائب، أي محل أداء الرسالة، أو بلوغ الكتاب، وهذا الفرق كما يقول الأستاذ السنهوري : "إقتضته طبيعة التعاقد بين الغائبين، فالمتعاقد الأخر غائب عن المجلس الذي صدر فيه الإيجاب، فلا بد من بلوغ الإيجاب إليه، ومحل بلوغه يعتبر مجلس العقد"[2].

يرى أصحاب رأي أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطرق المراسلة او التعاقد بطريق التليفون ، ولا يختلف عنهما إلا من حيث الوسيلة المستعملة التي أصبحت إلكترونية ، وقد أخذ بهذا الرأي مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في مارس 1990، والذي قرر : "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الأخر معاينة، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الإتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة(الرسول)، وينطبق ذلك على البرق والتلكس والفاكس وشاشات الحاسوب، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله"[3].

2-نقد الإتجاه:

إن الإتجاه السابق قد تجاهل حقيقة عامة وهي أن التعاقد الإلكتروني قد يتم لحظيا أي يكون هناك تعاصر بين الإيجاب و القبول، حيث يكون كل من المتعاقدين على إتصال مباشر بالأخر سواء بالكتابة أو الصوت أو الصورة، كما هو الشأن في حال التعاقد عب البريد الإلكتروني وبإستخدام ميكروفون وكاميرا فيديو، ففي هذه الحالة فإن

[1] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 366.

[2] علي محمد أحمد أبو العز، المرجع السابق، ص ص 186، 187.

[3] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 158.

عنصر الزمن يتلاشى، إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة الإلكترونية جزء من الثانية، مما يصعب معه إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدا بين غائبين[1].

الفرع الثاني

مجلس العقد المختلط

هناك إتجاه ثالث في الفقه بعد الإتجاه الأول الذي قمنا بدراسته سابقا معتبرا في أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين حيث سنحاول في هذا الفرع دراسة الإتجاه الثالث من الفقه والذي يرى أن طبيعة مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس مختلط حيث سنحاول في النقطتين الأتيتين التطرق إلى مضمون هذا الإتجاه ونقده.

أولا- مضمون الإتجاه:

يرى مؤسسي هذا الإتجاه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، ويؤسس هذا الإتجاه رأيه على أساس أن الأمر يتم بوسيلة سمعية بصرية عبر شبكة الأنترنت، كما هو الحال في إستخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة مما يسمح بالتفاعل بين الطرفين يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي، ومن ثم يعتبر العقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين في الزمان، لكون طرفي العقد الإلكتروني يتواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الإلتزامات إلكترونيا كما في الخدمات المصرفية والإستشارات القانونية، فإن العقد الإلكتروني يكون بين غائبين من حيث المكان[2].

ويرى أصحاب هذا الإتجاه أنه بمجرد التعبير عن القبول في جهاز الكمبيوتر المرسل فإنه يصل في نفس اللحظة عبر شبكة الأنترنت على الجهاز المستقبل، ففكرة الفروق الزمنية التي تفترضها عملية التعاقد بين غائبين، غير متوفرة بالنسبة للعقد الإلكتروني ولكن هذا لا يعني أن من وجهت إليه الرسالة قد علم بها وقت وصولها، فقد يكون الكمبيوتر المرسل إليه مغلق في وقت الإرسال، وقد لا يكون هو مستلم الرسالة الإلكترونية، فقد يستلمها أحد مفدمي خدمات الأنترنت التي يبلغها له فيما بعد، وفي كلتا

[1] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 65.

[2] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 368.

الحالتين يكون هناك فاصل زمني بين إرسال القبول وعلم من وجهت إليه الرسالة بمحتواها[1].

وعليه يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد عبر الأنترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقدا بين غائبين من حيث المكان، بإعتبار أن الأمر يتم بوسائل سمعية بصرية، تسمح بالتفاعل بين طرفين، يضمنهما مجلس واحد حكمي إفتراضي شأنه شأن التعاقد عن طريق الهاتف لذلك يعتبر العقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين في الزمان لإنعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، ويعد تعاقدا بين غائبين لتواجد الطرفين في دول مختلفة[2].

ثانيا - نقد الإتجاه :

هناك من رفض فكرة إعتبار التعاقد الإلكتروني، تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، وذلك على أساس أن تجزئة مجلس العقد أمر يتعذر الأخذ به لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان و كذلك يتطلب إستمرارية زمنية متصلة، وهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هذه الوحدة الزمنية والمكانية، فضلا عن أن هذا القول يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي وبين مجلس العقد الحكمي، كما أنه ليس هناك مجلس عقد مختلط(حقيقي وحكمي)، فالمجلس إما أن يكون حقيقيا أو حكميا وفكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه (الركن المكاني والركن الزمني)، حيث يطبق على زمان المجلس أحكام العقد الحقيقي في حين يطبق على مكان المجلس أحكام العقد الحكمي[3].

رغم أن وسائل الإتصال الحديثة أصبحت البديلة للتعاقد بالمراسلة والهاتف إلا أن التشريعات العربية في مجملها تخلو من نصوص تبين حكم التعاقد عن طريق هذه الوسائل لا سيما الأنترنت، وإكتفت بتكييف التعاقد الذي يحدث عبر الهاتف، لقد نص القانون المدني الأردني على:"يعتبر التعاقد بالهاتف أو بأية طريقة أخرى متماثلة بالنسبة

[1] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق ، ص 370 ؛ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 68.

[2] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص ص155، 159.

[3] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 369.

للمكان كأنه تم بين متعاقدين لا يضمهما مجلس واحد حين العقد وإما فيما يتعلق بالزمان فيعتبر كأنه تم بين حاضرين في المجلس"، ومن هنا ترتيب نفس الحكم الذي رتبه المشرع للتعاقد بين غائبين بالهاتف على باقي الوسائل

إن مجلس العقد هو مجلس يتواجد فيه المتعاقدان حقيقة أو حكما عند التعاقد ويكون التواجد حكما عند التعاقد بوسيلة إلكترونية، وقد إنفرد بهذا التعريف مشروع قانون المعاملات الإلكترونية المصري لسنة 2001[1].

المبحث الثاني

الإيجاب والقبول الإلكتروني

إن جوهر العقد هو تطابق الإرادتين لإحداث أثر قانوني معين، فالعقد يقوم على مبدأ سلطان الإرادة، حيث نصت المادة 59 من القانون المدني الجزائري:"يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية" [2].

فتوافر الرضا هو الأساس في إنعقاد العلاقة التعاقدية، والمقصود بتوافق الإرادتين هو إقتران الإيجاب بالقبول بشرط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب.

وبظهور شبكة الأنترنت، والعقود الإلكترونية التي تبرم خلالها، أخذ شكل التعبير عن الإرادة شكلا مختلفا، والتي تتم عبر قنوات فضائية على شكل رسائل بيانات. وفق ما أشارت إليه لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وإجازتها تبادل التعابير من خلال رسائل البيانات، حيث ساوت بذلك ما بين تقنيات الإتصال الإلكترونية و المستندات الورقية، سواءا في إبرام العقد، أو في إثباته[3].

[1] لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص111.

[2] الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن للقانون المدني معدل ومتمم.

[3] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005، ص 41.

تعد مسألة الإيحاب والقبول من أدق مسائل العقد وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى دراسة الإيجاب الإلكتروني في المطلب الأول ودراسة القبول الإلكتروني في المطلب الثاني.

المطلب الأول

مفهوم الايجاب بالطرق الالكترونية.

يعد الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود، ومنها العقود الإلكترونية، فهو الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، ولكي يتم إبرام عقد معين يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على أخر بعد أن يكون قد إستقر عليه نهائيا[1].

لقد نشأ تصور حديث لمبدأ الرضائية نتيجة ظهور العقود الإلكترونية، يتمثل في إلتقاء الإرادتين إلكترونيا، غير أن وجود هاتين الإرادتين أو التعبير عنهما غير كاف، إذ يجب أن تتجه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني، أي أن يكون هناك إيجاب وقبول لتكوين العقد، ويتحدد ذلك بصدور الإيجاب أولا[2].

ومن خلال دراستنا للإيجاب الإلكتروني سنتطرق إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني في الفرع الثالث.

الفرع الأول

تعريف الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب ويسمى العرض وهو بوجه عام تعبير عن الإرادة يصدر من شخص موجها إلى الطرف الأخر في العقد يعرض عليه ما يرضى أن يلتزم به منتظرا منه أن يقبله بتعبير مطابق لإبرام العقد بينهما، والإيجاب قد يكون عرض لإرادة موجهة للجمهور أو للشخص معين بقصد إبرام العقد[3].

---

[1] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 39.

[2] لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 71.

[3] طاهر شوقي مؤمن، عقد البيع الإلكتروني بحث في التجارة الإلكترونية دار النهضة العربية، 2007، ص ص 33 .34

يعرف التوجه الأوروبي الخاص بحماية المستهلكين الإيجاب في العقود المبرمة عن بعد بأنه إتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان، فالإيجاب عمل إرادي ينزع إلى إقامة علاقة شخصية، فيجب من أجل هذا أن يكون كوجها إلى الغير، بهدف السعي إلى إجراء عقد في رد فعل من قبل الغير، كما يجب أن يقترن بطلب ذلك إلى هذا الغير[1].

فالإيجاب هو تعبير عن إرادة للتعاقد تصدر من أحد الأشخاص مفصحا من خلاله عن نيته في إبرام عقد شروط أساسية محددة وإذا إقترن الإيجاب بقبول بدون تعديل أو تحفظ إنعقد العقد قانونا[2].

وعرفه قانون المعاملات المدنية في دولة الإمارات بأنه:"الإيجاب و القبول كل تعبير عن الإرادة يستعمل لإنشاء العقد وما صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول" مادة(131)[3] وفي ذات المعنى المادة(91) من التقنين المدني الأردني[4]، والمادة(151)من القانون المدني اليمني، ويقصد بالإيجاب و القبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب والثاني قبول.

والإيجاب عند الفقهاء هو كلام أو فعل أو من يتكلم من المتعاقدين حال إنشاء العقد، كبعث أو من المشتري كإشتريت، فالمقدم من كلام العاقدين ليجلب سواءا كان من المملك او الممتلك و المتأخر منهما قبول[5].

وقد وضعت إتفاقية فينا 1980[6] بشأن النقل الدولي للبضائع في المادة(1/14) معيارا لتحديد الإيجاب فنصت على أن الإيجاب "هو العرض الذي يكون محددا بشكل

---

[1] نضال سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان2010، ص53.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، 2010،ص71.

[3] المادة 131 من القانون الاماراتي منشورة على الموقع التالي : www.lawyers-gate.com/vb/threads/2095

[4] راجع المادة 91 من التقنين المدني الاردني المنشور في الموقع التالي : www.alexalw.com/t7693-topic.

[5] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 83.

[6] راجع احكام اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980 المنشور في الموقع التالي www.unictrale.org/unictral/ar/unictral texts/sale goods/1980 CISG.html.

كاف، إذا تعينت فيه البضائع محل البيع، وتحددت كميتها وثمنها صراحة أو ضمنا أو إذا كانت ممكنة التحديد حسب البيانات التي تضمنتها صيغة الإيجاب" [1].

أما بالنسبة للتشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية، فنجدها لم تتضمن تعريفا للإيجاب الإلكتروني على الرغم من تأكيدها على جواز التعبير عنه بالوسائل الإلكترونية فنجد المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000[2] والمتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية تنص على أنه:"يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود المتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفهومها القانوني، وصحتها، وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون" [3].

الفرع الثاني

خصائص الإيجاب الإلكتروني.

إنّ الإيجاب الإلكتروني يخضع لنفس القواعد العامة التي تنظم الإيجاب التقليدي في التعاقد إلا أنّ الإيجاب الإلكتروني مستند في التعبير عنه إلى وسيلة تقنية مستمدة من بيئة تقنية مخصصة للتعبير الإرادي الإلكتروني مما جعله يتميز ببعض الخصائص

اولا-الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد:

نظرا لأن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، ومن ثم فإنّ الإيجاب الإلكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة، ثم فإنّ الإيجاب الإلكتروني إيجابا عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة كحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، والتي تفرض على المهني أو المورد مجموعة من القيود والواجبات التي يلتزم بها تجاه المستهلك الإلكتروني والتي منها، تزويد المستهلك، المعلومات حول شخصية التاجر وعنوانه و المركز الرئيسي له، عنوان البريد الإكتروني والخصائص الأساسية للمنتجات والخدمات المعروضة،

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 71.

[2] راجع القانون التونسي المنشور في الموقع التالي: www.f-law.net/law/archive/index.php?t-39286.html

[3] حنان عتيق، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجيستر في القانون، تخصص قانون التعاون الدولي، معهد الحقوق، المركز الجامعي البويرة، 2012، ص ص 46، 47.

وأوصافها وأثمانها ووسائل الدفع أوالسداد وطريقة التسليم، وخيار المتعاقد في الرجوع في التعاقد، وإخطار المتعاقد بخدمات ما بعد البيع ومدة الضمان[1].

أشار غلى هذه الالتزامات التوجيه الأوروبي رقم 97/7 في شأن حماية المستهلك في العقود عن بعد،والمرسوم الفرنسي رقم2001/741 الصادر في 23 أغسطس2001 [2]

قد يكون الإيجاب مقتصرا على منطقة جغرافية محددة بالرقم من توافر سمة العالمية للشبكة، إلا أنّ نطاق التقليد الإيجاب وفعاليته لها عدد غير محدد من الصور، ذلك لأنّ الإيجاب مقتصر على المنطقة التي حددها الموجب لتوافر إمكانية الترويج بأكبر قدر ممكن في هذه المنطقة ولتوافق المنتج مع هذه المنطقة مقارنة مع مناطق أخرى، لتناسبها مع العادات والتقاليد والأعراف الخاصة بهذه المنطقة، وأجارت غرفة تجارة باريس والمؤسسة الفرنسية للتجارة والتبادل الإلكتروني مثل هذا النوع من الإيجاب المحدد مكانا لتوافر درجة عالية من الخصوصية في السلع المعروضة لهذه المنطقة[3].

ثانيا -الإيجاب عبر الوسيط الإكتروني:

الإيجاب الإلكتروني يتطلب وجود وسيط إلكتروني هو مقدم الخدمة، والذي قد يكون سمعيا أو بصريا أو مصورا أو مكتوبا، فإنّ هذا يحول دون أن يكون الموجب هو نفسه مقدم الخدمة، فالأكيد أنّ هناك آخرون يشاركون في تقديم تلك الخدمة، إذ هناك العديد من يساهم في الإتصال ومنهم عامل الإتصالات، مورد المعلومة، مورد المنافذ...، وهذا ما يصعب من مهمة التأكد من هوية وشخصية الموجب[4].

يقترب الإيجاب في التعاقد الإلكتروني من الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون في أنه في كلتا الحالتين لا يوجد دعامة ورقية، ورغم هذا التشابه فإنّ الإيجاب الإلكتروني يتميز بأنه يتضمن إستمرارا معينا، بحيث أنّ الموجه له يستطيع دائما أن يعود ليقرأ مرة

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص ص 84، 85 ؛ ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 43.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق ، ص 85.

[3] محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثالثة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2011، ص 63.

[4] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 98.

أخرى الكتالوج أو الإعلان الموجود على الموقع الإلكتروني أو المرسل إليه عبر البريد الإلكتروني، ويتميز الإيجاب في التعاقد عن طريق التلفزيون بوقتيه الرسالة المعروضة عبر شاشة التلفزيون، فحدة البث عبر التلفزيون تكون محدودة ويتميز بالسرعة وبإختصار المعلومات أي يتميز بسرعة الزوال[1].

ثالثا -الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجاب دولي:

يتم الإيجاب الإلكتروني بإستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للإتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعا لذلك إيجابا دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الأنترنت من الإنفتاح و العالمية[2].

ومع ذلك لا يوجد ما يمنع من قصر الإيجاب الإلكتروني على منطقة جغرافية محددة، مما يجعل له نطاق جغرافي ومكاني معين، ومثال ذلك ما تفرزه الولايات المتحدة الأمريكية من خطر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات إقتصادية مثل كوريا الشمالية أو كوبا، والسودان، مما يعني أنّ الإيجاب يمكن أن يكون دوليا أو إقليميا، وبهذا يلتزم الموجب بإبرام العقود أو تسليم المنتجات في النطاق الجغرافي الإقليمي أو الدولي المحدد، وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية في فقرتيه الثالثة والرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب وكذلك المنطقة الجغرافية التي يغطيها التسليم[3].

[1] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق ، ص ص 85، 86.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع نفسه ، ص 86.

[3] لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 87.

الفرع الثالث

أنواع الايجاب بالطرق الالكترونية.

إنّ صور الإيجاب عبر شبكة الأنترنت نجده إما أن يكون إيجاب عبر البريد الإلكتروني، وإما إيجاب على صفحات الويب وإما إيجاب عن طريق المحادثة الذي سوف نتناوله فيما يلي:

أولا :الإيجاب عبر البريد الإلكتروني:

يهدف الإيجاب الإلكتروني الذي يتم عبر البريد الإلكتروني أن يكون العرض لأشخاص محددين والذين يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من إفراد الجمهور ويلاحظ أن الإيجاب إما أن يكون موجه لشخص واحد فقط أو موجه لعدة أشخاص، وأن الإيجاب الموجه لشخص واحد هو إيجاب غير ملزم إلا إذا كان الإيجاب خلال مدة معينة يلتزم من خلاله اللموجب بالبقاء على إيجابه طوال تلك المدة، وفي حالة الإيجاب غير الملزم يمكن رفضه عبر البريد الإلكتروني إذا قام الموجب له بإغلاق جهاز الحاسوب الألي أو إنتقل إلى موقع أخر غير موقع الموجب.

أما إذا كان الإيجاب موجه لعدة أشخاص فإنه يكون عند الشك مجرد دعوة إلى التفاوض أو التعاقد ولا يكون إيجابا، إستنادا إلى النشر أو الإعلان أو بيان الأسعار الجاري التعامل بها أو بطلبات موجه للجمهور فلا يعتبر عند الشك إيجابا، ولكن يكون دعوة للتفاوض[1].

ثانيا : الإيجاب الذي يتم عبر صفحات الويب:

إن هذا النوع من الإيجاب لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر من الصحف أو عبر التلفاز وذلك لأنه إيجاب مستمرا على مدار الساعة، وأن هذا الإيجاب في الأغلب يكون موجه إلى الجمهور و ليس إلى فرد معين، وذلك أن الإيجاب الصادر عبر صفحات الويب لا يكون محددا بزمن[2].

[1] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 91.

[2] أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الأنترنت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان 2002، ص73.

هو إيجاب موجه لجميع سكان الكرة الأرضية وعلى الأخص الأفراد المتواجدين على شبكة الأنترنت، لذلك فإحتمال نفاذ السلعة أمر وارد وذلك لكثرة عدد الأفراد الموجه إليهم الإيجاب بما يفوق قدرة المنتج أو البائع على توريد السلعة مهما كان مقدار مخزون السلعة لديه[1].

ثالثا : الإيجاب عبر المحادثة المرئية:

يستطيع المتعامل عبر الأنترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين، فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف أو تلفزيون مرئي، وفي هذه الحالة قد يصدر من أحد الأطراف إيجابا يصادفه قبولا من الطرف الأخر وينعقد العقد بناءا على تلاقي الإيجاب و القبول، وهنا نكون بصدد مجلس عقد إفتراضي يقترب كثيرا من مجلس العقد الحقيقي، وهو ما يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين حاضرين تطبق على هذا النوع من التعبير عن الإيجاب سيما الزمان ويبقى الإختلاف حول المكان[2].

المطلب الثاني

القبول الإلكتروني

القبول هو الإرادة الثانية في التعاقد، وهو الرد الإيجابي على الإيجاب فلا يتصور وجود إيجاب دون قبول حتى ينعقد العقد وإنما بتلاقي وتطابق الإرادتين أي إرادة الموجب و القابل يتم إنعقاد العقد ويرتب هذا الأخير كافة إثاره القانونية.

العقود الإلكترونية شأنها شأن العقود التقليدية تتطلب بدورها صدور قبول إلكتروني مطابق للإيجاب الإلكتروني وعليه سوف نتطرق إلى ثلاث عناصر المتمثلة في تعريف القبول الإلكتروني في الفرع الأول صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الإلكتروني في الفرع الثاني وفي الأخير نتطرق إلى طرق التعبير عن القبول الإلكتروني في الفرع الثالث.

[1] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 92.

[2] حنان عتيق، المرجع السابق، ص 50.

الفرع الأول

تعريف القبول الإلكتروني.

القبول هو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب لإبرام تعاقد بناءا على البيانات التي تم إرسالها من خلال الإيجاب بالموافقة على محتوياتها دون إحداث تعديل في الإيجاب، أي أن يكون مطابقا تطابقا تاما للإيجاب، فلا يشترط أن يكون القبول على شكل محدد فيصح أن يكون كتابة، أو شفاها أو من خلال أي تصرف أو وسيلة تؤدي إلى تطابقهما و إتمام التعاقد[1].

والقبول إذا ما جاء متوافقا مع الإيجاب تماما ينعقد العقد، لذلك عرفة القانون المدني الأردني رقم (73) لسنة 1976 في المادة (1/91) بأنه اللفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد، وبالنص "الإيجاب و القبول كل لفظين مستعملين عرفا لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولا فهو إيجاب، والثاني قبول" وقد يكون القبول صريحا أو ضمنيا، ولم يتضمن القانون المصري تعريفا للقبول، ويعرفه عامة بأنه "التعبير اللاحق للإيجاب والذي يصدر ممن يوجه إليه هذا الإيجاب، حاملا إرادة مطابقة لإرادة الموجب" [2].

وعرف قانون المبادلات الإلكترونية التونسي القبول في عقد التجارة الإلكترونية أنه "التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه القابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين فإذا قبل الموجه من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول" وما يميز القبول في عقد التجارة الإلكترونية أنه يتم عبر وسائل إلكترونية وخاصة أن المبادلات الإلكترونية تتم بإستعمال الوثائق الإلكترونية[3].

---

[1] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 64.

[2] نبيل زيد المقابلة، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الإلكترونية في الفانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن 2009، ص69.

[3] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 87.

الأصل في القبول أنه يتم صراحة او ضمنيا، لكن القبول الإلكتروني يتم صراحة بسبب صعوبة القبول ضمنيا، فهو يتم عن طريق برامج وأجهزة إلكترونية، تعمل بشكل إلي، وهذه الأجهزة لا تستطيع إستخلاص الإرادة الضمنية للمتعاقدين[1].

الفرع الثاني

السكوت للتعبير عن القبول بالطرق الإلكترونية

السكوت في حد ذاته مجردا من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا للإرادة، فالإرادة عمل إيجابي والسكوت شيئ سلبي وليس إرادة ضمنية لإن هذه الإرادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها، حيث قرر الفقه الإسلامي بقول "لا ينسب لساكت قول" وفي هذا المعنى قضت إتفاقية فيينا لعام1980 في المادة 1/18 بأن السكوت أو عدم القيام بأي تصرف لا يعتبر اي منهما في ذاته قبولا[2].

وفي فرنسا لا يعد السكوت قبولا إلا في الحالات التالية:

- عندما يكون الأطراف بينهم أعمال سابقة
- عندما يكون الأطراف منتمين إلى قطاع مهني
- عندما يكون العرض المقدم لمصلحة المستفيد من العرض

وقد قررت محكمة النقض الفرنسية أن السكوت لا يعد قبولا بإستثناء الظروف الخاصة[3].

نظرا لحداثة التعاقد عبر شبكة الأنترنت، فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا مهما وفعالا في هذا المجال، لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف إلا أنه يجوز إعتبار السكوت قبولا أو رفضا في التعاقد الإلكتروني بحسب الأحوال وذلك إذا كانت طبيعة التعامل أو العرف التجاري تدل على ذلك، أو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، أو إتفاق صريح بينهم، ومع ذلك لم نجد في أي من التشريعات، سواءا

[1] يحي يوسف فلاح حسن، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لنيل درجة الماجيستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين 2007، ص 55.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 92.

[3] طاهر شوقي مؤمن، المرجع السابق، ص42.

العربية أو الأجنبية، المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية أي نص يشير إلى إعتبار السكوت وسيلة يعتد بها للتعبير عن القبول، واستخلاص القبول يعد من مسالة موضوعية تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض[1].

إن نص المادة 68 فقرة 2 من القانون المدني تنص على ما يلي "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه" [2].

نستنتج من نص المادة أن السكوت لا يعتبر قبولا إلا في الحالات الاستثنائية التي يعتبر السكوت فيها قبولا وهي:

- إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف التي تدل على أن الموجب لم يكن لينظر تصريحا بالقبول.
- إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين.
- إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه.

بالحالات الاستثنائية السالفة الذكر يعتبر السكوت قبولا.

الفرع الثالث

طرق التعبير عن القبول الإلكتروني

طبقا لمبدأ الرضائية في العقود، فالمبدأ العام أن القبول بإعتباره تعبيرا عن الإرادة يخضع لهذه الرضائية، ولا يشترط شكلا معينا للإفصاح عن الإرادة أو وسيلة تقنية للقبول طالما أنها تعبر عن الإرادة تعبيرا صحيحا، ذلك فإن صدور القبول الإلكتروني عبر وسائل إلكترونية معينة ليس من شأنه المساس بهذه الرضائية.

[1] نقلا عن فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع السابق، ص 93.

[2] الأمر 58/75 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن للقانون المدني معدل ومتمم.

ما لم يكن الموجب قد إشترط أن يكون القبول عن طريق وسيلة شكلية معينة مثل البريد الإلكتروني أو عن طريق ملأ إستمارة إلكترونية موجودة على موقع البائع ومعبرة سلفا لذلك، فيجب على القابل عندئذ إتباع هذه الوسيلة للتعبير عن إرادته، بحيث أن التعبير خلال أي وسيلة أخرى لا يكون قبولا يتم به التعاقد[1].

وعليه سنتطرق إلى القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول عن طريق عقود الويب ثم القبول عن طريق المحادثة أو المشاهدة.

أولا-القبول عن طريق البريد الإلكتروني:

يعد البريد الإلكتروني أكثر شيوعا وإستخداما من طرف المنتجين وزبائنهم ويقترب لإن يكون بريدا عاديا، غير أن الأول يوفر سرعة عالية وكفاءة اكبر ودقة متناهية في التواصل على الإنترنت، يشبه البريد الإلكتروني البريد العادي في أن كليهما يتضمن عنوانا محددا، وأن كليهما يمكن أن يضيع قبل أن يصل إلى العنوان المطلوب وكليهما يستعين بطرف ثالث يكون وسيطا لإيصال الرسالة، أن مجلس الدولة الفرنسي يعتبر البريد الإلكتروني بمثابة محرر عرفي، أما المشرع الجزائري فقد عادل وساوى بين حجية الكتابة الإلكترونية والكتابة العادية، ومنه فالتفسير الموسع لنص المادة 323 مكرر مدني جزائري يؤدي بنا لنقول بحجية البريد الإلكتروني نفسها نفس حجية البريد العادي.

ثانيا -القبول عن طريق الويب :

قد يتراء لمستخدم الأنترنت أن يبحث عن سلعة معينة من خلال الإستعانة بمحركات البحث على النات مثل: yahoo أو google أو search أو altavista ويصل غي الأخير إلى السلعة المطلوبة على موقع الأنترنت ويضغط على الأيقونة ليجد نفسه أمام العقد النموذجي الإلكتروني متضمنا الشروط والبنود العقدية[2].

[1] نزيه محمد الصادق المهدي،انعقاد العقد الإلكتروني،بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية . الحكومة الإلكترونية) مركز الإمارات للدراسات والبحوث، تاريخ 19-20 مايو 2001، ص ص 230،299.

[2] فراح مناني، العقد الإلكتروني، وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة الجزائر 2009، ص ص93،94.

القبول عن طريق إرسال رسالة بيانات رقمية من حاسوب القابل إلى موقع الأنترنت الخاص بالموجب على الحاسوب، فتعد هذه الطريقة تعبيرا ممن وجه إليه الإيجاب يدل على قبول هذا الإيجاب، ما دام أن القابل أكد أنه قرأ محتويات العرض وقبله كما ورد منه، وإن كان الفقه في مجال البحث عن طبيعة القبول في هذه الحالة هل هو صريح أم ضمني، يؤكد على طبيعة كون القبول هنا قبولا صريحا للإيجاب المعروض على موقع الويب[1].

وبالتالي فالعقد لا ينعقد عبر الشبكة الأنترنت بمجرد إتخاذ القابل موقفا معينا، أو باللفظ أو بالإشارة، إذ لا بد من صدور تعبير صريح بالقبول[2].

القبول عن طريق المحادثة أو المشاهدة:

يمكن التعبير عن القبول عن طريق المحادثة (Chatting rooms) أو المحادثة الفورية أي تبادل مباشر للكلام، وبالتطور التكنولوجي وإستعمال الكاميرات يتحول إلى حديث بالمشاهدة الكاملة، وبذلك نكون أمام مجلس عقد إفتراضي على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم البعض مباشرة وعليه فلا مناط من إعتبار هذه الطريقة تعبيرا صريحا عن طريق اللفظ[3].

وعليه يتم القبول الإلكتروني عن طريق الضغط على الأيقونة المخصصة للموافقة بالحاسوب الآلي (ok) أو بالبريد الإلكتروني (Email) أو من خلال غرفة المحادثة (Chatting rooms)، ومنه فإن التعاقد عن طريق شبكة الأنترنت تعاقدا بين غائبين لأنه يتم بالكتابة عن طريق إستخدام البريد الإلكتروني، وقد يكون بالصوت والصورة من خلال برامج المحادثة عبر الأنترنت، ففي كل الأحول يعد مجلس عقد حكمي، وبحسب رأي الدكتور نبيل محمد أحمد صبيح فإنه يجب تغيير الأحكام التقليدية في شأن التعبير عن الإيجاب والقبول وفكرة مجلس العقد، ذلك أن الموجب والموجب له وإن كان يبعد أحدهما عن الأخر ألاف الأميال إلا أنه يمكن لهما رؤية بعضهما البعض في التوقيت ذاتة، ويتفاوضان في كل الأمور التفصيلية بالصوت والصورة[4].

---

[1] نزيه محمد الصادق المهدي، المرجع السابق، ص 231.

[2] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص 49.

[3] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص 129.

[4] وسيلة لزعر، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون، فرع عقود ومسؤولية، كلية الحقوق بن عكنون 2011/2012، ص ص 26،27.

خلاصة الفصل الأول :

إن مجلس العقد الإلكتروني يظل قائما وموجودا عند إنعقاد العقد بالوسيلة الإلكترونية مما يمهل المتعاقدان على التفاوض في إبرام التصرف القانوني لأنه يجمع الأطراف بصورة إلكترونية ،ومجلس العقد له أهمية كبيرة سواء كان تقليدي أم حديث في انعقاد العقد الإلكتروني .

ومجلس العقد هو اجتماع كل من المتعقدين في نفس الزمان والمكان أي تطابق الإرادتين في مكان وزمان نفس المجلس بالنسبة لمجلس العقد التقليدي أما فيما يخص مجلس العقد الإلكتروني فإن تعاقد المتعاقدين عبر شبكة الإنترنت هو تعاقدين غائبين وذلك لعدم وجود المتعاقدين في مكان واحد ،وتعاقد بين حاضرين فيما يتعلق بزمان التعاقد كالتعاقد مثلا على برنامج skype "سكايب" فإنه يتم التعاقد بين طرفين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان ، أما إذا تم التعاقد بين الطرفين عن طريق البريد الإلكتروني فإن الإتصال الزمني لا يتحقق أحيانا مثلا كأن يكون جهاز كمبيوتر الموجب مغلقا وقت بث رسالة القابل ،وعليه فإن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا إلا إذا وجد فاصل زمني طويل فإنه يكون بين غائبين زمانا ومكانا .

وفيما يتعلق بتطابق الإرادتين إلكترونيا أي عندما يتم تلاقي الإيجاب والقبول الإلكتروني إذ يعتبر الإيجاب الإلكتروني شبيه بالإيجاب التقليدي شأنه في ذلك شأن القبول الإلكتروني إلا أنهما يختلفان من حيث الطريقة التي يبرمان بها التصرف القانوني ،لأن العقود الإلكترونية هي العقود التي تتم عبر الوسائل والآلات التي تعمل عن طريق الإلكترون ومن أهمها وأخرها الحاسوب الألي.

الفصل الثاني

زمان و مكان تلاقي الارادتين في العقد الالكتروني

يتسم عقد التجارة الإلكترونية بعدم التواجد المادي لأطرافه لحظة تبادل التعبير عن الإرادة ، كما قد يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب واتصاله بعلم من وجه إليه ، وبالتالي يصعب تحديد وقت ومكان إرسال ،واستقبال رسالة البيانات الإلكترونية[1]

كما أن مكان وزمان ابرام عقد التجارة الإلكترونية في بعض الأحيان يختلف من وجهة نظر الموجب عن وجهة نظر القابل ،فمثلا نجد أن العقد الإلكتروني الذي تم توقيعه في اليابان يوم 7 يناير مثلا يصادف نفس الوقت يوم 6 يناير في لوس أنجلس .

وتبدوا أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية عامة ،فتحديد زمان إبرام العقد يترتب عليه معرفة الوقت الذي يحق فيه للمستهلك العدول على التعاقد ، وكذلك بالنسبة للعقود التي يبرمها التاجر الذي يشهر إفلاسه حيث يتوقف مصيرها على معرفة وقت انعقادها ،ويترتب على تحديد مكان ابرام العقد تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بفصل النزاع في حالة حدوثه .[2]

وتعتبر مشكلة تحديد زمان ومكان ابرام العقد الالكتروني من أهم وأدق المشاكل القانونية التي يثيرها التعاقد الالكتروني عبر شبكة الإنترنت ،لاسيما وأن القانون النموذجي للتجارة الالكترونية لسنة 1996 ،والتوجه الأروبي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 2000 لم يحدد أي منهما لحظة ومكان إبرام عقد التجارة الالكترونية تحديدا صريحا ، معا قد يؤدي إلى اختلاف التشريعات في تبني مفهوم موحد لتحديد زمان ومكان إبرام عقد التجارة الالكترونية[3] .

وعليه سنقوم بالتطرق إلى قصور القواعد العامة في تحديد زمان إنعقاد العقد الالكتروني في المبحث الأول ونتناول في المبحث الثاني مكان تلاقي الإرادتين في العقد الالكتروني .

---

[1] لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دار هومة والتوزيع ، الجزائر ، ص109 .

[2] خالد ممدوح ابراهيم المرجع السابق ، ص373 .

[3] خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع نفسه ،ص373 ؛ فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص 115 لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص109.

المبحث الأول

قصور القواعد العامة في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني .

ينعقد العقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول ، ويتحقق هذا الارتباط بمجرد صدور القبول في حالة التعاقد بين حاضرين ،لأنه بمجرد صدور القبول يعلم به الموجب ،والتعبير عن الارادة ينتج أثره عند وصوله إلى علم من وجه إليه أي تلاقي الارادتين بين حاضرين .

أما إذا كان التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد فإن لحظة التعبير عن الإرادة يستغرق عن لحظة تلقيهما ،وهكذا فإن لحظة صدور القبول من القابل هي ليست بالضرورة ذاتها لحضة تلقيها من الموجب ،وإذا كان التعاقد بين غائبين يفتقد إلى المواجهة الفعلية والحقيقية من المتعاقدين فهناك العديد من الوسائل تستخدم فيما بين المتعاقدين لتبادل العروض الارادية ن وتتمثل في وسائل الاتصال ولو كانت هذه الوسائل جميعا من طبيعة واحدة وبمواصفات متشابهة لهان أمر تحديد زمان العقد وقد أثارت إشكالات ، كان لها صدى في القانون ،فاختلفت الحلول التي تم تبنيها بصدد تحديد لحظة أو زمان إنعقاد العقد ، سواء في التشريعات المختلفة أم على مستوى الحلول الفقهية ،وهكذا ظهرت الاختلافات وتعددت النظريات التي وضعت لحل مشكلة تحديد زمان إنعقاد العقود بين الغائبين[1] .

وعليه سوف نتناول موقف الفقه من زمان تلاقي الارادتين إلكترونيا في المطلب الأول ثم التطرق إلى موقف التشريع منه في المطلب الثاني .

[1] عادي مسلم يونس الشبكاني ، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ،دراسة مقارنة ، دار شتات للنشر والبرمجيات مصر ، 2009 ص239 .

المطلب الأول

موقف الفقه من زمان تلاقي الارادتين إلكترونيا

تبنى الفقه القانوني عدة نظريات يحدد نموذجها وقت انعقاد العقد بين غائبين ،وتستند هذه النظريات إلى لحظة اقتران القبول بالايجاب ولكنها اختلفت فيما اذا كانت هذه اللحظة هي اعلان للقبول أم تصدير القبول ، أم تسليم القبول أم أنها العلم بالقبول فسوف نبحث عن هذه النظريات في النقاط الموالية مع تطبيقها على العقود التي تبرم عبر شبكة الإنترنت[1] .

الفرع الأول

نظرية اعلان القبول

نستعرض أولا مضمون النظرية ثم الانتقادات الموجهة لهذه النظرية ثانيا .

أولا –مضمون النظرية :

يذهب أصحاب هذه النظرية إلى أن العقد يتم بالإيجاب وقبول متطابقين ، فمتى صدر القبول المطابق للإيجاب توافر توافق الإرادتين وتم العقد ، دون توقف على علم الموجب بالقبول أو عدم علمه ، لأن الطرف القابل للعقد تعلق حقه به بمجرد اعلان قبوله ، فيمتنع على الموجب من ذلك الوقت العدول عن الإيجاب[2]

يعود أساس هذه النظرية إلى القاعدة العامة التي تقضي بأن العقد ما هو إلا تطابق إرادتين ، فالعقد ينعقد بتوافق ارادتين ومتى أعلن الطرف القابل قبوله لما وجه اليه من ايجاب ينعقد العقد ،ولا أهمية لأن العلم الموجب بالقبول أم لا ، ومن مزايا هذه النظرية توافقها مع ما تقتضيه الحياة التجارية من السرعة في التعامل[3]

---

[1] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 65 .

[2] طارق كاظم عجيل ، مجلس العقد الالكتروني ، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية الحكومة الالكترونية) ، مركز الامارات للدراسات والبحوث ، تاريخ 19.20 مايو 2001 ،ص321.

[3] أمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الالكترونية عبرشبكة الانترنت ، الطبعة الاولى ، دار وائل للنشر والتوزيع عمان 2006 ، ص 178.

وبإنزال هذه النظرية على العقود الالكترونية فان لحظة انعقاد العقد هي لحظة التي يوقع فيها القابل على الرسالة التي تتضمن القبول دون تصديرها أو قيامه بالنقر على الأيقونة المخصصة للقبول وتصدير هذا النقر ، أي ولو قام بالنقر على مفتاح التوقف (stop) الذي يمنع خروج القبول من سلطة القابل[1] .

ثانيا –نقد نظرية اعلان القبول :

تجعل هذه النظرية المعيار الأساسي والسلطة الأولى في انعقاد العقد في يد القابل بحيث يستطيع أن يعدل في القبول أو حتى ينكر صدوره أصلا ، لأن الموجب طبقا لهذه النظرية ، لم يتصل بالقبول ولم يصله أي شيئ يستطيع استخدامه كدليل اثبات في هذا الصدد ، لأن القبول يظل موجودا على الحاسوب الخاص بالقابل يستخدمه كيفما يشاء دون وجود أي دليل إثبات يقيده[2]

وما يعاب على هذه النظرية أيضا أنه قد تحضي فترة زمنية حتى يعلم الموجب بالقبول لكي يقوم بتنفيذ العقد ، كما أنه ليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول ، اذ يجوز أن يرجع الموجب عن ايجابه ولا يصل الرجوع إلى القابل إلا بعد اعلان القبول ، كما أنه ليس صحيحا أن القبول ينتج أثره بمجرد إعلانه ، لأن القبول ارادة ، والإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها[3] .

الفرع الثاني

نظرية تصدير القبول

نشأ هذا المذهب من المذهب السابق مع احداث بعض التعديلات على المذهب الأول أي على نظرية إعلان القبول[4] .

وعليه سنتطرق أولا لمضمون نظرية تصدير القبول ثم إلى الإنتقادات الموجهة لهذه النظرية .

---

[1] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص ص 163 ، 164.

[2] نزيهة محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ، ص 237.

[3] نضال سليم برهم ، المرجع السابق ، ص 84.

[4] محمد فواز المطالقة ، المرجع الاسبق ، ص 71.

أولا –مضمون النظرية :

تتفق هذه النظرية في أساسها مع نظرية إعلان القبول ، من حيث أنه بصدور القبول يكون العقد انعقد ، أي ينعقد العقد على الشبكة بعد الضغط على أيقونة الإرسال ومن ثم ترسل الرسالة وهنا لايملك القابل السيطرة عليها أو التحكم عليها أو يسترد قبوله[1].

ويرى أنصار هذه النظرية أن وقت ولحظة ابرام عقد التجارة الالكترونية يتأخر إلى الوقت الذي يقوم فيه القابل بإرسال قبوله إلى الموجب أي تصديره له ، فلحظة انعقاد العقد لا تكون بمجرد اعلان القبول ، ولكن يجب ارساله ، كقيام من وجه إليه الإيجاب بالضغط على الأيقونة المخصصة للإرسال ، فلحظة هذا الارسال وخروج الرسالة المحتوية للقبول ودخولها في سيطرة الوسيط الالكتروني مقدم خدمة الانترنت ، حيث لا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الالكتروني الموجود على موقع الموجب على شبكة الانترنت ، وذلك لأن القابل لا يمكنه استرداد قبوله الذي أرسله إلى الموجب من خلال الوسائل الالكترونية .[2]

لقد أخذ بهذه النظرية القضاء الانجليزي بإعتبار أن التعليمات التي تحكم البريد فب إنجلترا ، لا تسمح للمرسل أن يستعيد رسالة في كل الأحوال ، فبمجرد وضعها في صندوق البريد تصبح محجوزة لصالح المرسل إليه ، ويميل جانب من الفقه الفرنسي إلى الأخذ بهذه النظرية بالرغم من عدم وجود أي نص في القانون المدني الفرنسي ينص على ذلك ، مستندين قرار صادر عن محكمة النقض الفرنسية في 07 جانفي 1981 .[3]

[1] فراح مناني ، المرجع السابق ، ص 101.

[2] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 122.

[3] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 167 .

ثانيا –نقد النظرية :

يعاب على هذه النظرية إمكانية حدوث عطل أو خلل ما في الأجهزة الالكترونية أثناء ارسال الرسالة الالكترونية ، مما يؤدي إلى عدم وصول الرسالة إلى الموجب الذي لا يكون على علم بالقبول الذي تم إرساله .[1]

ومن الناحية الفقهية ، فإن من المسلم به أن إعلان القبول لا يكفي لإحداث أثره مادام لم يصل إلى علم الموجب ، فإن تصدير القبول وعدم إشتراط علم الموجب به لا يضيف إلى القبول شيئا فيما يتعلق بإعلام الموجب به ، فهو إذن يقصر عن جعل القبول ينتج أثره ، ولا يصلح بالتالي التعويل عليه في تحقيق إقتران الارادتين ونشوء العقد الالكتروني.[2]

فلا يمكن الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد عبر الإنترنت ، لأن مجرد صدور رسالة البيانات المتضمنة لإرادة القبول لا يعني وصولها فعلا إلى نظام المعلومات للمرسل إليه أو لمورد خدمة الإتصال ، وذلك لأنه من الممكن أن تتعرض رسالة البيانات إلى مخاطر في طريق إرسالها إلى المرسل إليه ، مما قد يؤدي إلى تلقيها أو عدم تسلمها من قبل نظام المعلومات التابع للشخص المعني ، إضافة إلى ذلك يتصور أيضا أن لا يعمل النظام المعلوماتي المعني على الإطلاق أو يعمل بصورة غير صحيحة ، وبالنتيجة تؤدي هذه الإعتبارات إلى عدم تحقق واقعة الإرسال وبقاء الرسالة في صندوق البريد الإلكتروني للقابل وبالتالي عدم انعقاد العقد .[3]

الفرع الثالث

نظرية تسلم القبول.

ظهرت هذه النظرية وذلك للبحث عن وقت أكثر دقة في تحديد لحظة القبول وعليه سنتناول في هذا الفرع مضمون النظرية من جهة والانتقاد الموجه إليها من جهة أخرى .[4]

---

[1] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 122.

[2] طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ، ص 325.

[3] رحيم أحمد أمانج ، المرجع السابق ، ص ص 180 ، 181 .

[4] محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص71.

أولا –مضمون النظرية :

يرى أصحاب هذه النظرية ، بأن العقد يتم بوصول القبول إلى الموجب وتسلمه سواء علم بمحتواه أو لا ، لأنه حينئذ يصبح القبول نهائيا ولا يمكن استرداده أو الرجوع عنه وهنا ينعقد العقد بصرف النظر عن علم الموجب بالقبول من عدمه ، وبموجب هذه النظرية فإن وصول القبول إلى الموجب يعد قرينة على علمه به .[1]

تفترض هذه النظرية أن العقد ينعقد انعقادا تاما عندما تصل رسالة القبول إلى الموجب ولا أهمية بعد ذلك إذا علم الموجب بمضمون القبول أم لم يعلم ، وإذا كان بمقدوره أن يعلم بالإطلاع على رسالة القبول ولم يفعل يكون مهملا ويتحمل مسؤولية إهماله .[2]

فالنظرية هذه تبين أن العقد ينعقد في اللحظة التي تصل فيها الرسالة إلى الشخص الموجب ، بدون البحث فيما إذا اطلع على الرسالة أم لا .[3]

ينعقد العقد الالكتروني عبر الإنترنت بمقتضى هذه النظرية اعتبارا من وقت دخول رسالة البيانات التي تتضمن القبول إلى نظام المعلومات للمرسل إليه الخاص باستقبال رسالة البيانات أو نظام المعلومات الذي تم تعينه من قبل المرسل إليه لهذا الغرض حتى ولو لم يتطلع الموجب على المحتوى تلك الرسالة ، فينعقد العقد مثلا من الوقت الذي تدخل الرسالة إلى حقل الوارد (inbox) في صندوق البريد الالكتروني دون أن يأخذ بنظر الاعتبار العلم الفعلي للموجب بمحتوى القبول الالكتروني أم لا .[4]

فمنطق هذه النظرية يقوم على أساس أن العقد يتم بتحقيق القبول النهائي ، وهو لا يكون كذلك إلا إذا علم به الموجب فإذا ماتم تصدير القبول عبر الشبكة ، فإنه يصل في نفس اللحظة إلى صندوق البريد الالكتروني الخاص بالموجب ، وينعقد العقد ولو لم يعلم

[1] أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 181.

[2] نضال سليم برهم ، المرجع السابق ، ص 84.

[3] فراح مناني ، المرجع السابق ، ص 102.

[4] أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 182.

.الموجب بوصول القبول ،ويلاحظ أن هذه النظرية تتردد بين نظريتين تصدير القبول والعلم .[1]

ثانيا –نقد النظرية :

عيب على هذه النظرية على أنها لا تختلف على سابقتها في كون التسليم مجرد واقعة مادية لا قيمة قانونية لما في إثبات علم الموجب بالقبول ، مادام أن هذا الأخير لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب له .[2]

ويؤخذ على هذه النظرية بأنها غير كافية لحماية الطرفين (الموجب والقابل) لأن القابل هو الذي يتحمل عبئ إثبات وصول القبول وتسلمه من قبل الموجب في حالة تعرض الرسالة التي تحمل القبول إلى مخاطر أثناء تصديرها ، هذا بالنسبة للقابل ، أما الموجب فإن هذه النظرية تفترض علمه بالقبول لمجرد تسلمه من قبله بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول حتى ولو كان بعدم علمه هذا يرجع عن أسباب خارجة عن إرادته .[3]

رغم أنه وجهت نفس الإنتقادات السابقة لهذه النظرية ، إلا أن البعض يرى بأن هذه الإنتقادات لا ترد على هذه النظرية في حال إستعمالها في الشبكة الإلكترونية ، لكون أغلب المواقع التجارية التي توجه عروضها إلى الجمهور تنتظر الرد عليها عبر رسائل البريد الإلكتروني، أو الضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها، وفي هذا المجال فإن هذه المواقع تستعمل وسائل إلكترونية مؤقتة ومبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل ومعالجتها بمجرد إستلامها ، ويكون الدور البشري فيه لا يتعدى التوجيه والإشراف .[4]

وهناك من انتقد هذه الأراء على اعتبار أنها تتجاهل امكانية حدوث خلل أو عطل في الأجهزة الالكترونية أثناء ارسال واستقبال الرسالة فلا يكون اعطاء التقرير من طرف

---

[1] محمد حسن رفاعي العطار ، البيع شبكة الانترنيت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم (15) لسنة 2004 ، الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 ، ص 85.

[2] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 168.

[3] أمانج رحيم احمد ، المرجع السابق ، ص 182.

[4] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 169.

جهاز الكمبيوتر تأكيدا على وصول البيانات الواردة في الرسالة وتأكيدا على امكانية قراءتها إذ ليس بالضرورة أن تصل إلى كافة الرسائل إلى المرسل إليه بالكيفية التي تم إرسالها بحيث تتعرض لخلل أو اعتداء من فيروس يحول مضمونها الى رموز لا يمكن فهمها أو قراءتها فلا يعرف الموجب هل هي قبول أم تعديل ، وهذا يعتبر إجحافا لحقوق الطرفين .[1]

الفرع الرابع

نظرية العلم بالقبول

ظهرت هذه النظرية أي نظرية العلم بالقبول بناءا على الانتقادات الموجهة لنظرية تسلم القبول وسوف نحاول من خلال هذا الفرع دراسة مضمون النظرية والإنتقاد الموجه لها .

أولا –مضمون النظرية :

يذهب أنصار هذه النظرية إلى أن وقت انعقاد العقد هو وقت علم الموجب فعلا بقبول القابل ، بأن يطلع على الرسالة الإلكترونية المتضمنة لقبوله ويعلم بما تضمنته وذلك لأن القبول إرادة والتعبير عن الارادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه .[2]

نشأ هذا المذهب لسد الفراغ الناشئ عن اتخاذ المذاهب السابقة ، ويقوم على العلم بالقبول من قبل القابل بشكل صريح وواضح ، فإذا تم ارسال رسالة البيانات متضمنة القبول وتم استلامها من قبل الموجب وعلم بالتعبير عن ارادته بإبرام التعاقد الذي تم إرسال الإيجاب من أجله فمن هذه اللحظة يعقد بالقبول ويعتبر هذا الوقت هو وقت القبول[3].

إن نظرية العلم بالقبول هو المذهب الراجح الذي يتفق مع القواعد العامة في نظرية العقود في القانون المدني والتي تقضي بأن التعبير عن الارادة لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، ولذلك فإن العقد لا ينعقد وفقا لهذه النظرية إلا في الوقت الذي يصل

---

[1] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 170.

[2] فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص ص 118 ، 119.

[3] محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص 71.

فيه القبول إلى علم الموجب ولما كان هذا العلم الحقيقي مسألة نفسية لدى الموجب يصعب إثباتها ، فقد ذهب الفقه والقانون إلى وضع قرينة مؤداها أن وصول القبول وتسليمه في مكان الموجب يعتبر قرينة على علم الموجب به ولكنها ليست قرينة قاطعة بل يستطيع الموجب إثبات عكسها وبأنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله ، ولعل هذا المذهب هو أرجح المذاهب والذي يتجنب كافة الإستقدامات الموجهة إليها ، وفي نفس الوقت يتضمن قرائن عملية تسهل إثبات علم الموجب بالقبول .[1]

إن أنصار هذه النظرية لا يكتفون بإعلان القبول بل يشترطون علم الموجب به نزولا على حكم القاعدة العامة القاضية بأن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا علم بها من وجهت إليه ، فإذا كان العقد توافقا بين إرادتين فإنه يجب أن يعلم كل من طرفيه بقيام هذا التوافق .[2]

وفي مجال العقود الإلكترونية التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني فإن لحظة انعقاد العقد هي الوقت الذي يعلم فيه الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب كأن يطلع على بريده الالكتروني ويعلم برسالة القابل التي وافق فيها على ماتم توجيهه إليه .[3]

لكن مع تطور البرمجيات المستمر والمتسارع أتاح امكانية معرفة ما إذا كان البريد الإلكتروني الذي أرسل إلى شخص ما قد تم العلم به ، فبرنامج مايكروسوفت أوتلوك يوفر هذه الميزة ، حيث يظهر عند مراسل البريد الالكتروني الرسالة ويبين هذا التقرير الساعة والتاريخ التي تم فيها فتح الرسالة مع امكانية طباعته على الورق ، وبذلك يسهل اثبات علم الموجب بالقبول .[4]

---

[1] نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق ، ص ص 240 ، 241.

[2] طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ، ص 333.

[3] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 114.

[4] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 69.

ثانيا – نقد النظرية :

انتقد البعض أن نظرية العلم بالقبول على أساس أن علم الموجب بالقبول ليس شرط إنعقاد بل هو شرط لزوم ونفاذ ، أي بمجرد علم الموجب بالقبول سوف يلتزم بتنفيذ العقد ويطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الأخر .[1]

ولقد عيب على هذه النظرية أنها تترك عملية التعاقد في يد الموجب لوحده ، إذ لا يوجد مايلزمه بالإطلاع على رسالة القبول والعلم بها ، طالما أن وصولها لا يكفي لانعقاد العقد ، فإن رفض الموجب الاطلاع على الرسالة لا ينعقد العقد ، زيادة على عدم امتلاك القابل لأي إثبات على علم الموجب بمضمون رسالته ، زيادة على إمكانية إنكار الموجب ، أو تفسير وقت استلامه للقبول بما يحقق مصلحته الشخصية ، مما يثير صعوبة الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد الالكتروني.[2]

فذهب جانب من الفقه إلى القول بصعوبة الأخذ بهذه النظرية في مجال التعاقد الالكتروني ، لأن القابل لا يملك دليلا لإثبات علم الموجب بالقبول والتزامه بالعقد ، مما قد يعطي للموجب بأن يدعي عدم علمه بالقبول إذا دعته الظروف لذلك ، وبما أن العقد الالكتروني وحسب هذه النظرية ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بقبول من وجه إليه الإيجاب ، ويعتبر وصول رسالة القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب قرينة على علمه بالقبول ، ولكنها قرينة قابلة لإثبات العكس بكافة الطرق ، فيجوز للموجب نقضها بإثبات وجود ظرف خاص حال دون علمه بالقبول أصلا أو حال على الأقل دون علمه به وقت وصوله ، كما لو أثبت أنه كان معتقلا أو مصابا بمرض يمنعه من الإطلاع على بريده الالكتروني .[3]

وفي الأخير ورغم الانتقادات الموجهة لهذا المذهب إلا أنه يبقى الأكثر تأييدا من الفقه والقضاء ، لكونه الأكثر ملائمة مع طبيعة هذه المعاملات ويضفي عليه نوع من

---

[1] لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 114.

[2] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 172.

[3] طارق كظيم عجيل ، المرجع السابق ، ص ص 333 ، 334.

الثقة والطمأنينة في التعامل ، مادام أن هذا النوع من العقود لا يزال غامضا ومحل شكوك من بعض المستهلكين .[1]

المطلب الثاني

موقف التشريع من زمان تلاقي الارادتين الكترونيا

نظرا للأهمية المتزايدة لتحديد مسألة زمان إنعقاد العقد الالكتروني عبر الانترنت وخصوصيتها من حيث ابرام هذا النمط من العقود دون الحضور المادي للطرفين المتعاقدين في مكان واحد ، نجد أن معظم التشريعات المنظمة للمعاملات والتجارة الالكترونية وضعت أحكاما وقواعد لتحديد وقت ارسال رسالة البيانات من المنشئ ووقت تسلمها من المرسل إليه ، كما وضع البعض الأخر من هذه التشريعات حلولا خاصة بتحديد زمان انعقاد العقود الالكترونية بذاته .[2]

فلم يقتصر الخلاف في تحديد لحظة انعقاد العقود الالكترونية على الفقه فقط ، بل تباينت مواقف القوانين الوطنية وحتى الدولية في هذه المسألة وهو ما يؤكد أهمية بحثها[3].

لذا سنتطرق إلى موقف الإتفاقيات الدولية والإقليمية في الفرع الأول لنتناول في الفرع الثاني موقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية وأخيرا في الفرع الثالث نتعرض لمواقف القوانين الوطنية .

الفرع الأول : موقف الاتفاقيات الدولية والاقليمية

ليس من الصعب تبني احدى النظريات التقليدية السابقة على مستوى التشريع الوطني ، لتحديد زمان تلاقي الارادتين الكترونيا ، إلا أن المشكلة تثار في حالة ممارسة التجارة الالكترونية على النطاق الدولي ، وهو ما سيؤدي حتما الى احتمال التداخل بين العديد من القوانين ، لذى لجأت التشريعات الدولية الى تنظيم عقود البيع الدولية المبرمة الكترونيا منها الاتفاقيات الدولية والاقليمية[4]

---

[1] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 172.

[2] أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 186.

[3] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 71.

[4] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 173.

أولا – الاتفاقيات الدولية :

1 –إتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع :

جاءت هذه الاتفاقية لتنظيم عقود البيع الدولي ، بغض النظر على الطريقة التي تتم بها تقليدية كانت أم الكترونية ، حيث لم يرد أي نص في هذه الاتفاقية يتعلق بالعقود الالكترونية وبالتالي فإن أحكامها تطبق على عقود البيع الدولية مهما كانت وسيلة ابرامها تقليدية أم الكترونية.[1]

وبشأن تحديد لحظة تلاقي الارادتين في العقود الالكترونية فإن هذه الاتفاقية نصت في مادتها 18 . فـ2 " يحدث قبول الايجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على ايجابه" شريطة أن يكون وصول الاعلان إلى الموجب ، خلال المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط ومعنى أن يحقق الايجاب أثره هو انعقاد العقد.[2]

ولقد نصت المادة 24 من التفاقية لتوضيح وصول إعلان القبول ، فنصت في حكم هذا الجزء من الاتفاقية

"يعتبر الإيجاب أو الإعلان على القبول أو أي تعبير أخر عن القصد قد وصل إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي ، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد ، إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي ، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد ، إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي »، وهذا يؤكد على تبني اتفاقية الامم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لنظرية تسليم أو وصول القبول ، بمعنى أن العقد ينعقد لحظة تسلم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر فيها إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم[3].

[1] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص71 ؛ لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق ، ص 137.

[2] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 175.

[3] لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق ، ص 137.

وتطبيقا لذلك ، إذا أبرم عقد بيع دولي عبر الإنترنت بين دولتين منضمتين للإتفاقية أو بين أفراد تلك الدولتين من خلال تبادل رسائل بريد إلكتروني ، فإن العقد يعتبر قد انعقد في اللحظة التي تصل فيها إلى صندوق بريد الموجب رسالة بريد إلكتروني تتضمن قبولا للإيجاب بحيث تكون هذه الرسالة جاهزة لمعالجتها .[1]

2 – المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص :

إن المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص في روما والمعروف بإسمUNIDROIT يلعب دورا كبيرا في توحيد القوانين الموضوعية لقانون التجارة الدولية حيث يتكون من عضوية حكومات بعض الدول ، ويمثلها مندوبون فيها.[2]

فقد أخذ المعهد الدولي لتوحيد قوانين القانون الخاص UNIDROIT لسنة 1994 في المادة 2/6 بنظرية وصول القبول في حالة التعاقد بين غائبين .[3]

3 –قرار رقم 6/3/54

إن القرار رقم 6/3/54 الصادر من مجمع الفقه الاسلامي التابع لمظمة المؤتمر الاسلامي في دورته السادسة فقد نص على أنه "إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الأخر معاينة ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة – الرسول- وهذا ينطبق على الكمبيوتر ، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله .[4]

[1] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 72.

[2] محمد سمير الرشقاوي ، العقود الدولية دراسة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية القاهرة 1992 ص 5.

[3] نقلا عن خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 381.

[4] نقلا خالد محمد ابراهيم ، المرجع نفسه ، ص ص 381 ، 382 ؛ فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ص 120.

ثانيا –الاتفاقيات الأوروبية :

نص الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات على أنه يعتبر العقد الذي تم بإستخدام التبادل الالكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذي تصل فيها الرسالة التي تشكل قبولا لعرض بواسطة تبادل إلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض.[1]

وهذا يعني بأن الإتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الالكتروني أخذ بنظرية وصول القبول ، وقد سايره في هذا الموقف العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكتروني TEDIS وهذا مايستخلص من نص المادة 3/3 تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال العقد الالكتروني للبيانات هي اللحظة والمكان الذي تستقبل فيهما الرسالة الالكترونية الخاصة بقبول الايجاب في النظام المعلوماتي للموجب. [2]

وكذلك أخذ التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/06/08 بذات الاتجاه عندما نص على أنه "يعد العقد قد انعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة ، اقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله وقد حدد وقت استلام القبول فب اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول إلى البريد الالكتروني" وبذلك لم يكتفي التوجيه السابق بإنعقاد العقد بلحظة استلام القبول من القابل وانما بإستلام تأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول ، محاولا بذلك تحقيق الأمان القانوني عبر الشبكة .[3]

الفرع الثاني

موقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية

لم يتعرض القانون النموذجي مباشرة لزمان ومكان انعقاد العقد ، وانما نجده قد استعاض عن ذلك بتنظيم مسألة زمان ومكان ارسال وإستلام رسائل البيانات ، وذلك في نص المادة 15 منه مبتدءا ذلك بالحكم الأول حيث أجاز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على تحديد زمان ومكان ارسال واستلام رسائلهم ، وفي حالة عدم اتفاقهم فقد أشار إلى اعتبار

[1] فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص 120.

[2] نقلا عن نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 174.

[3] نقلا عن حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 73.

أن رسالة البيانات قد أرسلت ، عندما تدخل إلى نظام معلومات لا يخضع إلى سيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسلها نيابة عنه[1]

أخذ قانون الأونسيترال 1996[2] بلحظة تسلم الموجب للقبول عند عدم الاتفاق على تحديد زمان ومكان الرسائل ، يقع ارسال الرسائل عندما تدخل نظام المعلومات المعين أو وقت استرجاع المرسل إليه ، لرسالة البيانات إذا أرسلت إلى نظام المعلومات تابع للمرسل إليه ، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه ، وإذا لم يتم تعيين نظام المعلومات يتم استلام عندما تدخل الرسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه .[3]

إن القانون النموذجي قد رسخ من خلال نص مادة 15 ، مبدأ سلطان الإرادة بين الأطراف فترك لهم ابتداءا ، الاتفاق على زمان الارسال والاستلام ويكون اتفاقهما ملزم أما في حال عدم وجود اتفاق مسبق بين الأطراف على تحديد هذه المسألة ، فتعد لحظة ارسال البيانات هي اللحظة التي تدخل فيها إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ ، أو من أرسلها نيابة عنه ، فلا يعود بإمكانه إسترجاعها أو تعديلها .[4]

تظهر أهمية هذه المادة بالنسبة لتحديدوقت الانعقاد في العقود الالكترونية في الدول التي تتضمن نظرية التصدير (الارسال) أو نظرية التسليم (الوصول) فإن تبنت أي دولة أحكام قانون نموذجي ، وكانت القواعد العامة فيها تأخذ بنظرية تصدير القبول ، فإن زمان انعقاد العقد الالكتروني يكون لحظة تصدير القبول وهي وفقا لهذا القانون لحظة دخول الرسالة أي رسالة القبول إلى نظام خارج عن سيطرة المنشئ القابل ، أو من ينوب عنه.

ويتحقق ذلك بضغط المرسل على زر الارسال لتخرج الرسالة من سيطرة المنشئ ويدخلها إلى نظام معلومات خارج عن سيطرته ، أما إذا تبنت الدولة التي انظمن الى القانون النموذجي في قواعدها العامة نظرية تسليم القبول ، فإن زمان انعقاد العقد

---

[1] عمر خالد رزيقات ، عقود التجارة الالكترونية ،عقد البيع عبر الأنترنيت ، الطبعة الأولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان ،2007،ص163.

[2] راجع قانون الأونيسترال النموذجي المتوفر في الموقع التالي: .www.unictral-org/textes/electom

[3] نقلا عن طاهر شوقي مؤمن ، المرجع السابق ، ص ص 43 ، 44.

[4] نقلا عن حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 74.

الالكتروني يكون لحظة تسلم القبول ، وتبقى الدول التي تبنت نظريتي إعلان القبول أو العلم به غير معنية بأحكام القانون النموذجي ، إلا في حالة وحيدة ، وهي اتفاق المتعاقدين على اعتبار وقت ابرام العقد هو لحظة تصدير القبول أو تسلمه .[1]

الفرع الثالث

موقف القوانين الوطنية

نجد إختلاف وتباين بين مواقف مشرعي الدول اتجاه تحديد لحظة انعقاد العقد الالكتروني .

- نجد أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني والتي تنص على أنه "يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول."[2]
- والمشرع المصري نص في المادة 97 ف1 من القانون المدني المصري ، فقد كان قاطعا في هذا الصدد ، وهو نفس موقف المشرع الألماني حيث اعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في الزمان والمكان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد اتفاق أن نص يقضي بغير ذلك ، فالعبرة اذا في حالة عدم وجود اتفاق أو نص قانوني مخالف ، بزمان ومكان علم الموجب بالقبول ، فالمشرع المصري أخذ بنظرية علم الموجب بلقبول لتحديد زمان إبرام العقد فب التعاقدين غائبين ، مع جعل وصول القبول إلى الموجب قرينة على العلم تسهيلا للإثبات ولكنها قرينة تقبل إثبات العكس .[3]
- ولقد أخذ المشرع التونسي بنفس النظرية بنصه في المادة 28 من القانون رقم 83 لسنة 2000 بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية "ينشأ العقد

[1] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 178.

[2] نقلا عن فراح مناني ، المرجع السابق ، ص 104.

[3] نقلا عن فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص 124.

الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إالكترونية ممضاة ومجهة للمستهلك مالم يتفق الطرفان على خلاف ذلك" .[1]

- ومن نفس المادة 17 فـ1 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني ، قد تبنت الاحكام التي تبناها قانون الانسترال ، وكذلك الحال بالنسبة للمشرع قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الكويتي في المادة 12 فهي لم تتطرق لزمان ابرام العقد الالكتروني وإنما نصت على زمان ارسال وتسلم رسائل المعلومات .[2]

وفي بريطانيا يؤخذ بنظرية الارسال في المجال العقود الجارية بواسطة البريد في حين يؤخذ بنظرية وصول القبول بشأن وسائل الاتصال الأخرى والتي يندرج تحتها وسيلتا الفاكس والتاكس ، كي تشير نص المادة 1387 من القانون المدني لمقاطعة الكيبك في كندا إلى الأخذ بنظرية الاستلام أو الوصول .[3]

- أما المشرع الفرنسي فقد ساير ظهور المعاملات الالكترونية من خلال تعديل المادة 5/1369 من القانون المدني والتي تقر أن العقد المبرم عبر الطرق الإلكترونية لا يكون صحيحا إلا بتأكيد القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب (القابل) ، أي تبنى نظرية جدبدة والمجسدة في "نظرية تأكيد القبول"[4] ، تختلف النظرية الجديدة التي أخذ بها بها المشرع الفرنسي عن النظريات التقليدية بإستخدامها لحظة جديدة لانعقاد العقد الالكتروني وهي لحظة تصدير تأكيد القبول CONFIRMATION DE L'ACCEPTATIONمن قبل الموجه إليه الإيجاب ، ولقد تبنى هذا الاتجاه المشرع الأمريكي ، الذي فرض التزاما على البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام ابرام العقد خلال مدة 10 أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله ، وهو ما نصت عليه المادة 201 فقر 1 و2 من القانون التجاري الأمريكي .[5]

---

[1] نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 180.

[2] نقلا عن نضال سليم برهم ، المرجع السابق ، ص 96.

[3] عمر خالد رزيقات، المرجع السابق ، ص 160.

[4] نقلا عن حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 78.

[5] نقلا عن نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص ص 179 ، 180.

المبحث الثاني

تحديد مكان تلاقي الإرادتين في العقد الالكتروني

إن العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الإنترنت ، تدخل ضمن نطاق العقود المبرمة عن بعد ، لأن ما يميز العقد الالكتروني عن العقود التقليدية أنه عقد يبرم عن بعد وبوسيط إلكتروني ،وبالتالي يتم العقد بين المتعاقدين دون أن يجمعهما مكان واحد مما يجعل التعاقد عبر الإنترنت هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان.

إن مكان ابرام عقد التجارة الالكترونية يتخذ أهمية خاصة ، نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوسيط الإلكتروني من جهة ، وبالصفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى ، ويترتب على ذلك كثير من الصعوبات التي تبرز عند تحديد المحكمة المختصة بالنظر في المنازعات الناشئة عن هذا العقد ، أو القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة ، ومسألة تحديد الموقع وثيق الصلة بالصفقات التجارية الالكترونية ، وهل مكان المرسل أو المستلم أو مكان نظام معالجة المعلومات .[1]

وعليه سنتطرق إلى دراسة قصور النظريات الفقهية في تحديد مكان إنعقاد العقد ثم موقف التشريع من مكان تلاقي الإرادتين إلكترونيا.

المطلب الأول

قصور النظريات الفقهية في تحديد مكان انعقاد العقد

اعتمد الفقه في تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني على نظريتين ، النظرية الأولى تعتمد بمكان إقامة الموجب ، والثانية تعتمد بمكان إقامة القابل ، ولكل من الفريقين مجموعة من الحجج ، يستند إليها في تبرير وجهة نظره ، وعليه سوف نقوم بعرض النظريتين أي سنتناول في الفرع الأول نظرية محل إقامة الموجب ثم في الفرع الثاني نظرية محل إقامة القابل .

[1] فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص 124.

الفرع الأول

نظرية محل إقامة الموجب

نتطرق في هذا الفرع إلى مضمون النظرية ثم تقويمها .

أولا –مضمون النظرية :

يرى أنصار نظرية العلم بالقبول ، إلى أن مكان انعقاد العقد الالكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول ، لأنه هو المكان الذي ينعقد فيه العقد ، ولما كان المجلس العقد الالكتروني هو مجلس إفتراضي ، يتم تبادل الايجاب والقبول فيه في فضاء خارجي بحيث لايمكن تحديد مكانه المادي تحديدا دقيقا ويذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مكان إبرام العقد الالكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، مالم يتفق طرفا التعاقد الالكتروني على خلاف ذلك ، حيث يجوز لهما أن يحددا مكان أخر بالإتفاق فيما بينهما على أنه مكان إبرام العقد .[1]

مايلاحظ من هذه النظرية بالرغم من أنها تمنع تحديد مكان إنعقاد العقد الإلكتروني إلا أنها تترك الحل الأمثل لتحديد مكان التعاقد عن طريق مبدأ سلطان الإرادة .

ولقد تم اقرار مبدأ سلطان الإرادة في دراسة لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة والتنمية حيث تمت الاشارة إلى أن اختلاف التشريعات حول مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني ، يعد عقبة في طريق ازدهار التجارة الالكترونية التي يفرض في الأطراف تحديد حقوق والتزاماتهم من خلال قانون يكون معروف لديهم ، وليس مايمنع من اتفاق الأطراف على تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني :ما أن هناك اجماع فقهي حول خضوع العقد الدولي لقانون الارادة الذي يمكن أن يحدد مكان إنعقاد العقد .[2]

[1] طارق كظيم عجيل ، المرجع السابق ، ص ص 342، 343.

[2] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 81 .

ثانيا –نقد النظرية :

يعاب على النظرية محل اقامة الموجب أنها تقدم حلا واحدا لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه ،فبموجب هذه النظرية فإن لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة ابرام العقد الالكتروني ، وان مكان اقامة الموجب هو مكان ابرام العقد الالكتروني ،فإن كانت هذه النظرية تقدم حلا مرضيا لمشكلة التعاقد التقليدي ، إذ أن غالب العقود التي تبرم عن طريق الإنترنت أنها تتم بين طرفين ،أحدهما تاجر مهني يتخذ فب اغلب الصور شركات تجارية كبرى والثاني مستهلك ضعيف يحتاج الى حماية ،لذلك فإن اعتبار مكان انعقاد العقد يؤدي الى حرمان المستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية من الحصول على حقوقه ، لأنه إذا أراد أن يرفع الدعوى على الموجب فيجب أن يرفعها في محل اقامته ، الذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم فيها ، كما أن رفع الدعوى من قبل المستهلك في غير بلد اقامته يؤدي إلى حرمانه من الحماية الإستثنائية التي توفرها له القوانين الوطنية الخاصة بحماية المستهلك في بلده .[1]

وكما يصعب على القابل (المستهلك) أن يتعرف في بعض الأحيان على محل اقامة الموجب الحقيقية ، إذ أن مجرد استخدام الموجب اسم النطاق ، أو عنوان بريد إلكتروني يرتبط ببلد معين ، لا ينشئ قرينة على ان مكان علمه في ذلك البلد[2] ،مثلا حالة العناوين المرتبطة بأسماء نطاق ترتبط في بلد معين مثل العنوان المنتهي ب (uk) اشارة إلى المملكة المتحدة ، أو ب(ou) اشارة إلى أستراليا ، أو (eg) تشير إلى مصر ،فهذه ليست قرينة على أن مقر العمل في هذا البلد.[3]

[1] طارق كاظم حجيل ، المرجع السابق ، ص 343 ، 344 .

[2] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 80 ؛ طارق كظيم عجيل ، المرجع السابق ، ص 344.

[3] طارق كاظم ، المرجع نفسه ، ص 344.

الفرع الثاني
نظرية محل إقامة القابل

أولا –مضمون النظرية :

إن جانب من الفقه حاول الإستفادة من مزايا نظرية علم الموجب بالقبول ،مع توفير الحماية اللازمة للقابل (المستهلك) بإعتباره طرفا ضعيفا ، فظهرت ماتسمى بالفقه بالنظريات الثنائية ، فذهب أصحاب نظرية اعلان الارادة ونظرية تصدير القبول ونظرية تأكيد القبول إلى أن مكان ابرام العقد هو مكان إقامة القابل .[1]

تمثل النظرية الثنائية أنها الاتجاه الحديث في معالجة مسألة تحديد مكان إنعقاد العقد في العالم المادي ، ومن أشد مؤيدي هذه النظريات الأستاذان (مالوريوشيفاليه) ويعتمد هذا الاتجاه الحديث بدرجة أساسية على أحكام القضاء الفرنسي الذي يوصف بانه قضاء ذو طابع واقعي ويفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومسألة مكان انعقاده ويقدم لكل منهما مكان يختلف عن الاخر.[2]

ويرى الاستاذ (شيفاليه) بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي ارسل إليه الايجاب (مكان الموجه له) أي المكان الذي يصدر فيه القابل قبوله للتعاقد ، وعند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره ، يجب الرجوع الى مكان الارسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية.[3]

وقد توصل الاستاذ مالوريفي مسألة مكان انعقاد لاحكام التعاقد مابين غائبين إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول وهو النهج الذي استقر عليه القضاء الفرنسي استنادا على حجة مفادها عدم جواز اجبار المتعاقد الذي لم يصدر منه الإيجاب إلى التقاضي بعيدا عن محل إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التعاقدية .[4]

---

[1] طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ، ص 347.

[2] أمانج رحيم احمد ، المرجع السابق ، ص 200.

[3] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 80 ؛ لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق ، ص133

[4] لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع نفسه ، ص 133.

وعليه فإن الاستاذين شفاليه ومالوري متفقان في ان مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القابل قبوله عن ابرامه للعقد .

ثانيا –تقييم النظرية :

تتفق هذه النظرية مع متطلبات التجارة الإلكترونية ، إذ أن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الانترنت تتم بين طرفين أحدهما تاجر يتخذ في الغالب صورة شركات تجارية ضخمة والثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى حماية ، فميزة هذه النظرية هي أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام محكمة الدولة التي يقيم فيها ، كما أنها لاتحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها بإعتباره القوانين الواجبة التطبيق على العقد الالكتروني الذي يعد مكان ابرامه هو مكان اقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الاقليمية .[1]

المطلب الثاني

موقف التشريع من تحديد مكان تلاقي الارادتين الكترونيا

باعتبار شبكة الانترنت خارقة للحدود أي للمكان الجغرافي ولانها قد تربط بين متعاقدين متباعدين يخضع كل منهما لقانون دولة مختلفة ،فتظهر الأهمية أكثر إلحاحا بل أن البعض يعتبرها حسب التعامل عبر الإنترنت لتحديد قانون المكان الذي يضبط ويحكم المسائل المثار عبرها في الحين الذي أجمعت فيه مختلف التشريعات على اعتبار أن أي وسيلة من وسائل الاتصال عن بعد تجمع بين طرفين متباعدين عن ذات المكان.[2]

وعلى الرغم من أن معظم قوانين المعاملات والتجارة الالكترونية لا تتضمن أحكاما وقواعد خاصة بتحديد مكان إنعقاد العقد الالكتروني بذاتها، لكنها وضعت قواعد خاصة بتحديد مكان ارسال واستلام رسالة البيانات بإعتباره وسيلة معترف بها قانونا للتعبير عن الإيجاب والقبول ، وقد تعرض مشروع اتفاقية الانسترال للتعاقد الالكتروني الى مسألة

[1] طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ، ص ص 347 ، 384.

[2] عمر خالد رزيقات ، المرجع السابق ، ص 167.

مهمة من خلال أحكام تفصيلية لم تتعرض لها التشريعات الاخرى ذات الصلة بهذا التفصيل وهي مسالة تحديد الأطراف .[1]

وعليه سنتناول موقف الاتفاقيات الدولية والاقليمية وثم موقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية وفي الأخير نتناول موقف القوانين الوطنية.

الفرع الأول

موقف الاتفاقيات الدولية والاقليمية

لقد تبنت اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع نظرية تسليم القبول للموجب بالنسبة لمسألة مكان انعقاد العقد ، حيث تنص المادة 24 منها على أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان ، فحسب نص المادة المذكورة سابقا ، فان مكان انعقاد العقد هو مكان تسليم القبول للموجب اذا تسلم رسالة القبول مكان أو عنوان البريدي للموجب ، أو مكان سكنه المعتاد اذا تسلم القبول في مكان سكنه ، بسبب عدم وجود مكان عمل أو عنوان بريدي له[2] .

و عليه فان مسألة مكان انعقاد وفقا لهذه الاتفاقية تكون هي نفسها النظرية الخاصة بزمن الانعقاد أي ينعقد العقد في المكان الذي تم فيه تسليم القبول للموجب ، مع الملاحظة أن نص المادة 24 من الاتفاقية أعطى أكثر من مؤشر لتحديد هذا المكان [3]

أما اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية فقد نصت المادة 06 على أنه ((لأغراض هذه الاتفاقية أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف ، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه .

2- اذا لم يعين الطرف مقر عمل و كان له أكثر من مقر عمل واحد ، كان مقر العمل لأغراض هذه الاتفاقية ، هو المقر الاوثق صلة بالعقد المعنى ، مع ايلاء اعتبار

3 طارق كاظم عجيل ، المرجع السابق ، ص ص 347 ، 384

[2] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 82.

[3] لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق ، ص 138.

للظروف التي كانت الاطراف على علم بها أو تتوقعها في أي وقت قبل ابرام العقد أو عند ابرامه.

3- اذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل ، أخذ بمحل اقامته المعتاد .

4- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه توجد فيه المعدات التكنلوجية الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد او يكون فيه لاطراف اخرى أن تصل الى نظام المعلومات المعفي .

5- ان مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد الكتروني ذا صلة بلد معين لا ينشئ قرينة على مقر عمله يوجد في ذلك البلد[1]

و أقرت اتفاقية روما الصادرة في 1980/06/19 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية[2] ، في مادتها الثالثة على مبدأ حرية الاطراف في تحديد القانون الذي يحكم العقد ، و في حالة سكوت الاطراف ، فيطبق قانون الدولة التي يتصل بها العقد بروابط أكثر وثوقا ، و تضمنت المادة 04 منها المقصود بالقانون الأوثق صلة بالروابط العقدية على أنه ((يفترض أنه للعقد الروابط الأكثر وثوقا مع الدولة التي توجد فيها لحظة ابرام العقد محل الاقامة المعتاد للشخص الذي عليه القيام بالأداء المميز ....)) [3]

كما أن اتجاه العقد النموذجي الأوربي للتبادل الالكتروني للبيانات (JEDIS) اعتبر أن مكان انعقاد العقد عبر الوسائل الالكترونية هو مكان وصول رسائل القبول لنظام كمبيوتر الموجـــب و هذا ما نص في مادته 3/3 [4].

---

[1] فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص ص 125، 126.

[2] اتفاقية روما المنشورة في الوقع التالي : www.dgdr.cnrs.frdaj/docconvention de rome.pfd

[3] نقلا عن حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 83 .

[4] نقلا عن حنان عتيق ، المرجع نفسه ، ص 83.

الفرع الثاني

موقف القانون النموذجي للتجارة الالكتروني

لقد تركت التوجيهات الأوربية لكل دولة الحرية في تحديد مكان ابرام العقد الالكتروني ، الا أن قانون الأونيسترال النموذجي قد حسم ذلك في نص المادة 4/15 منه .[1]و لم يتطرق القانون النموذجي الى بحث مسالة مكان انعقاد العقد عبر الوسائل اللاكترونية ، و انما اقتصر بحثه على مسالة ارسال رسائل البيانات و مكـان تسليمـها و ذلك لأهميتها باعتبار أن هذه الرسائل هي التي تحمل الاراحات التعاقدية .[2]

حيث نص قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية في المادة 4/15 على أنه :

((ما لم يتفق المنشئ و المرسل اليه على غير ذلك ، يعتب أن رسالة البيانات أرسله من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، و يعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه و لأغراض هذه الفقرة)).

أ- اذا كان للمنشئ أو المرسل اليه أكثر من مقر عمل واحد ، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر العمل الرئيسي اذا لم توجد مثل تلك المعاملة .

ب- اذا لم يكن للمنشئ أو المرسل اليه مقر عمل يشار من ثم الى محل اقامته المعتاد)).[3]

يتضح من هذا النص أن قانون الأونيسترال النموذجي حدد المكان ، باتفاق الأطراف ، فأعطى الأولوية لاتفاق أطراف العقد في تحديد المكان و اذا لم يتفق لأطراف جعل المكان هو مقر عمل المرسل اليه الرسالة ، و في حالة وجود أكثر من مقر عمل للمرسل اليه جعل المكان هو مقر العمل الذي له صلة بالمعاملة محل العقد

[1] نقلا عن محمد ابراهيم أبو الهجاء ، المرجع اسابق ، ص 57.

[2] نقلا عن حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 83.

[3] نقلا عن حنان عتيق ، المرجع نفسه ، ص84 ؛ يحي يوسف فلاح حسن ، المرجع السابق ، ص65.

و اذا لم يوجد جعل مقر العمل الرئيسي هو المكان ، و في الاخير اذا لم يوجد مقر عمل جعل محل اقامة المرسل اليه المعتاد هو مكان انعقاد العقد .[1]

و بناء على ما ذهب اليه قانون الأونيسترال ، و ما يهـــدف الـــيه من ارتقـاء و ازدهار في التجارة الالكترونية ، من خلال التشريعات الوطنية التي تتيح لما ذلك ، فانه يمكن اعتماد مقر عمل الموجب كمكان لابرام العقد الالكتروني ، و انعقاده في اللحظة التي يتسلم فيها القبول ، ما لم يتفق طرف العقد على غير ذلك ، و ذلك كمحاولة تجاوز هذه العقبة التي لا شك أنها ستفرض انتشار التجارة الالكترونية و ازدهارها .[2]

و الملاحظة أن هذا النص يمثل أهمية خاصة بالنسبة للدول التي تتبني نظريتي تصدير القبول و تسليم القبول ، أما الدول التي تأخذ بنظريتي اعلان القبول أو العلم به ، فان أحكام القانون النموذجي الوارد في المادة 15 لن تكون مفيدة لهذه الدول ، لأن كلا من نظريتي اعلان القبول أو العلم به لا تؤخذان بعين الاعتبار لحظة ارسال رسالة البيانات أو تسليمها ، ما عدا استثناء وحيدا على ذلك و هو اتفاق المتعاقدين في هذه الدول على أن يعتبر العقد مبرما في لحظة تصدير القبول أو تسليمه .[3]

الفرع الثالث

موقف القوانين الوطنية

أورد المشرع الجزائري تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني في نص المادة 67 من ق.م.ج على أنه ((يعتبر التعاقد ما بينالغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك .

و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، و في الزمان اللذين وصل فيهما اليه القبول))[4]

---

[1] يحي يوسف فلاح حسن ، المرجع السابق ، ص 65.

[2] محمد ابراهيم أبو الهيجاء ، المرجع السابق ، ص 57.

[3] حنان عتيق ، المرجع السابق ، ص 85.

[4] الامر 58/75 المتضمن القانون المدني ، المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 07 -05.

لقد وضع هذا النص قاعدة عامة تفيد بأن مكان ابرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ، الا اذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك .[1]

و عليه و من خلال نص المادة فان مكان انعقاد العقد هو مكان علم الموجب بالقبول و هذه في حالة عدم وجود اتفاق بين الطرفين في تحديد مكان ابرام العقد .

أما القانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي ، فقد أشار الى عنوان البائع كمكان لابرام العقد ، في المادة 28 منه التي تنص على أنه ((ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع)) و لن يبين النص ما هو المقصود بعنوان البائع ، و ما هو الحل فيما لو كان للبائع أكثر من عنوان)) [2]

أما المشرع المصري ، فقد نص في مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري على أنه ((يسرى على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون ، قانون الدولة التي توجد يها الموطن المشترك للمتعاقدين ، اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا ، يسرى قانون الدولة التي تم فيها العقد ، ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك ، و يعتبر العقد قد تم بمجرد تصدير القبول)) ، فرغم أن هذا المشروع لم يتجسد بعد ، الا أنه يلاحظ أن المشرع المصري قد تراجع عن نظرية العلم بالبول ، و تبنى نظرية تصدير القبـــول رغم أن كلاهما لا تصلح لتطبيقها في مجال البيئة الالكترونية .[3]

كما جاءت المادة 18 من قانون المعاملات الالكترونية الاردني رق 85 سنة 2001 متطابقة تماما مع القانون النموذجي [4]

و قد نصت المادة على : ((تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، و أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل

[1] نقلا عن فراح مناني ،المرجع السابق ، ص 105.

[2] نقلا عن فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص 126.

[3] نقلا عن نور الهدى مرزوق ، المرجع السابق ، ص 188.

[4] نقلا عن لزهر بن سعيد ، المرجع السابق ، ص 120.

اليه ، و اذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان اقامته مقرا لعمله ، ما لم يكن المنشئ الرسالة و المرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك .

اذا كان المنشئ أو المرسل اليه أكثر من مقر لاعماله ، فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال أو التسلم ، و عند تعذر الترجيح ، يعتبر مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال أو مكان التسلم ، و بالنظر الى هذه المادة نجد أن المشرع الأردني أخذ بمقر العمل سواء للمنشئ أو المرسل اليه كمعيار لتحديد مكان ارسال و تسلم رسائل المعلومات تماما كما فعل القانون النموذجي ، و لم يأخذ وجود نظام معالجة المعلومات و هذا منحنى جيد و سليم على اعتبار أنه أكثر انسجاما مع المعاملات الالكترونية . [1]

و كذلك اتجه قانون المعاملات التجارة الالكترونية الاماراتي الى نفس القوانين المدنية التقليدية ، أي أخذ بالنظرية الأحادية في تحديد مكان انعقاد العقد ، حيث نصت المادة 142 منه على أنه ((يعتبر التعاقد ما بين غائبين تم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق او نص قانوني يقضي بغـــير ذلـــــك)) و بموجب هذا النص يرجع في تعيين مكان العقد أولا قصد المتعاقدين ثم الى النصوص الخاصة ، فان لم يوجد شيئ من ذلك ، اعتبر العقد مبرما في المكان الذي علم فيه الموجب بالقبول أو في المكان الذي وصل اليه فيه القبول ما لم يثبت هو أنه لم يعمل به في مكان وصوله الى شخصه أو الى موطنه و عليه فيعتبر ذلك المكان الآخر هو الذي تم فيه العقد .[2]

أما موقف المشرع الفلسطيني في مشروع قانون المبادلات و التجارة الالكترونية الفلسطيني لسنة 2003 فقد أخذ بها أخذ به القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية و هي نظرية استلام القبول من حيث مكان و زمان الانعقاد .[3]

أما التشريعات الامريكية للتجارة الالكترونية اعتمدت على قواعد أساسية لتحديد مكان ارسال و استلام السجل الالكتروني ، و من عدة القواعد التركيز على مقر عمل

---

[1] نقلا عن لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق ، ص 144.

[2] نقلا عن طارق كظيم عجيل ، المرجع السابق ، ص ص 350 ، 351.

[3] نقلا عن لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق ، ص 146.

المستلم ، و ليس الموقع المادي لنظام معالجة المعلومات الذي يمكن أن لا يكون له أية صلة أو علاقة بالصفقة التجارية بين الاطراف حيث أنه ليس نادرا للمتعاملين بالتجارة الالكترونية أن يتم الاتصال من دول اخرى ، بدون معرفة موقع أنظمة المعلومات التي يتم من خلالها عملية الاتصال ، بالاضافة الى ذلك ، فان موقع أنظمة المعلومات المسئولة عن ارسال و استلام ((الاتصالات و السجلات و الرسائل الالكترونية)) يمكن أن تتغير بدون أن يكون الاطراف مدركين لهذا التغيير)) [1]

[1] فادي محمد عماد الدين توكل ، المرجع السابق ، ص ص 126 ، 127.

خلاصة الفصل الثاني :

ان التعاقد المبرم عبر شبكة الأنترنيت هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان و حاضرين من حيث الزمان ، الا اذا وجد فاصل زمني طويل فانه يكون بين غائبين زمانا و مكانا لأن من خصائص العقد الالكتروني أنه عقد يبرم عن بعد و بوسيط الكتروني .

فاذا كانت القواعد العامة تقرر أن انعقاد العقد يتم بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول و كانت لحظة القبول تعتبر لحظة انعقاد العقد و مكانه كذلك ، الا أنه في تحديد زمان و مكان انعقاد العقد الكترونيا يثير العديد من المسائل و اختـــلاف النظريـــات الفقهيـــة و التشريع في ذلك و لقد ساير الفقه في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني بأربع نظريات فقهية المتمثلة في كل من نظرية اعلان القبول و نظرية تصدير القـــبول و نظرية تسليم القبول و في الأخير نظرية العلم بالقبول و تعرضوا جل هذه النظريات للانعقاد ، و لقد أخذ المشرع الجزائري لنظرية العلم بالقبول و ذلك من خلا نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري ، لأن نظرية العلم بالقبول على النظرية الاكثر تأييدا من الفقه و القضاء ، لكونها الاكثر ملائمة من طبيعة هذه المعاملات .

أما من ناحية تحديد مكان انعقا العقد الالكتروني فقد ساير الفقه نظريتين الاولى محل اقامة الموجب و الثانية نظرية محل اقامة القابل التي تعرف بالنظرية الثنائية مؤيديها الأستاذين (شوفاليه و مارولي) ، مع اختلا التشريعات في تحديد مكان ابرام العقد الالكتروني و ذلك في التفريق بين المكان المحدد لانعقاد العقد بمكان ارســـــال و استلام الرسائل الالكترونية و المكان الذي يعلم فيه الموجب بقبول القابل بابرام التصرف القانوني ، فتعتبر هذه القوانين استثناء للقواعد العامة و التي تقتضي بأن التعاقد بين غائبين يتم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبـــــول و ساير المشرع الجزائري تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني نفس تحديد زمان الانعقاد و ذلك بنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري معتبرا ذلك بمكان و زمان علم الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني خاص يقضي بغير ذلك .

خاتمة

و في الاخير نتوصل الى أن مجلس العقد الالكتروني ، يخضع لأحكام مجلس العقد التقليدي ، الا أن الأخذ بأحكام هذه الأخيرة لا توفر الضمان الكافي للوقوف على الارادة الحقيقية في التعاقد . و يظهر ذلك من عدة جوانب و خاصة فيما يتعلق بقبول الطرف الموجه له الايجاب ، و ذلك في اختلاف الطرق و الوسائل الالكترونية التي يتم التعبير عن الارادة من خلالها .

أما فيما يخص زمان انعقاد العقد الالكتروني ، باعتبار هذا الأخير يتم بين حاضرين من حيث الزمان و غائبين من حيث المكان ، فلقد ساير الفقه في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني بأربع نظريات فقهية، المتمثلة في كل من نظرية اعلان القبول تصدير القبول ، تسلم القبول ، و في الأخير نظرية العلم بالقبول ،كما تعرضت جل هذه النظريات للانتقاد ، كما اختلفت كل التشريعات في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني فقد اتخذت اتفاقية فينا بشأن البيع الدولي و قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية نظرية تسلم القبول ، حيث تبنى المشرع الفرنسي النظرية الجديدة في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني ، و هي نظرية تأكيد القبول و سايره في نفس الاتجاه المشرع الامريكي .

نجد أن المشرع الجزائري أخذ باحكام نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري المتضمن نظرية العلم بالقبول على غرار ما نجده في مكان انعقاد العقد الالكتروني ، فلا يوجد نص مادة صريحة في القانون المدني يبين لنا بشكل صريح مكان انعقاد العقد الالكتروني ، حيث نفهم من نص المادة 323 مكرر من القانون المدني أن مكان ابرام العقد الالكتروني ليس بالافتراضي ، بل أصبح حقيقي و لذلك يمكن القول بأن مكان العقد الالكتروني أصبح محدد من الناحية القانونية أي حقيقي ، و لذلك يتوجب على المشرع الجزائري وضع تنظيم خاص يتعلق بابرام العقد الالكتروني بصفة عامة و بمجلس العقد الالكتروني بصفة خاصة و هذا راجع لكثرة انتشار العقود الالكترونية و التطور التكنلوجي في وقت الوقت الراهن.

لقد نص المشرع الجزائري في نص المادة 64 من القانون المدني التي تنص على أنه (اذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فان الموجب يتحلل من ايجابه اذا لم يصدر القبول فورا وكذلك اذا صدر الايجاب من شخص الى آخر بطريقة أو بأي طريق مماثل).

و عليه من نص المادة 64 يمكن استكشاف ان مكان ابرام العقد الالكتروني هو مكان تواجد القابل .

و بالنظر لنص المادة 323 مكرر من القانون المدني الجزائري باعتبار هذه الاخيرة تطرقت الى اثبات العقد الالكتروني دون تحديد شروط و كيفية ابرامه و هذا ما يلاحظ أن المشرع الجزائري أغفل عن تنظيم خاص بالعقد الالكتروني و ذلك بتحديد كيفية و شروط ابرامه و هذا ما يدفعنا الى اقتراح بعض التوصيات المتمثلة في :

- لابد من تنظيم خاص بالعقد الالكتروني و ذلك من كثرة التجارة الالكترونية و التطور التكنلوجي في الوقت الراهن ، و ذلك بابرام العقد الالكتروني بصفة عامة و بتنظيم مجلس العقد الالكتروني بصفة خاصة .
- اعادة النظر في نص المادة 327 مكرر من القانون المدني التي تكلمت عن الاثبـــات و عدم تكلمها عن كيفية ابرام العقد الالكتروني و شروطه .
- ان التشريع الجزائري لا يزال بعيد كل البعد عن التجارة الالكترونية التي اصبحت سائدة الواقع التكنلوجي ، و عليه يستوجب على المشرع الجزائري ان يجسد منظومة قانونية خاصة بالمجتمع الافتراضي حيث ان مختلف التشريعات العربية سبقتا في هذا المجال مع توفير برامج الحماية في ابرام العقود الالكترونية .

قائمة المراجع

قائمة المصادر و المراجع

- القرآن الكريم برواية ورش .

أولا: الكتب:

1. أحمد خالد العجلوني ، التعاقد عن طريق الأنترنيت ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 2002.
2. احمد فراخ حسين الملكية و نظرية العقد في الشريعة الاسلامية ، دار الجامعة الجديدة للنشر الاسكندرية 2005.
3. أسامة عبد العليم الشيخ ، مجلس العقد و أثره في عقود التجارة الالكترونية دراسة مقارنة في الفقه الاسلامي و القانون الوضعي ، دار الفكر الجامعي .
4. أمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبة الأنترنيت الطبعة الأولى ، دار وائل للنشر و التوزيع ، عمان 2006.
5. خالد ممدوح ابراهيم ، ابرام العقد الالكتروني ، دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعية ، الاسكندرية 2008.
6. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، التعاقد بين تقنيات الاتصال الحديثة الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2006.
7. طاهر شوقي مؤمن – عقد البيع الالكتروني ، بحث في التجارة الالكترونية ، دار النهضة العربية 2007.
8. عادي مسلم يونس الشبكاني ، التنظيم القانوني للتجارة الالكترونية ، دراسة مقارنة دار شتات للنشر و البرمجيات ، مصر 2009.
9. علي فيلالي ، النظرية العامة للعقد ، الطبعة الاولى ، 1997.
10. علي محمد أحمد أبو العز ، التجارة الالكترونية و احكامها في الفقه الاسلامي الطبعة الاولى ، دار النشر و التوزيع ، الأردن 2008.

11. عمر خالد رزيقات ، عقود التجارة الالكترونية ، عقد البيع عبر الأنترنيت الطبعة الاولى ، دار الحامد للنشر و التوزيع ، عمان 2007.
12. فادي محمد عماد الدين توكل ، عقد التجارة الالكترونية ، الطبعة الاولى منشورات الحلبي الحقوقية ، 2010.
13. فراح مناني ، العقد الالكتروني ، وسيلة اثبات حديثة في القانون المدني الجزائري ، دار الهدى ، عين مليلة ، الجزائر 2009.
14. لزهر بن سعيد ، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، دار هومة للنشر و التوزيع ، الجزائر .
15. ماجد محمد سليمان أبا الخيل ، العقد الالكتروني ، الطبعة الاولى مكتبة الرشد ناشرون، المملكة العربية السعودية 2009.
16. محمد ابراهيم أبو الهيجاء ، عقود التجارة الالكترونية ، الطبعة لااولى ، دار النشر للتوزيع ، عمان 2005.
17. محمد أمين الرومي ، التعاقد الالكتروني عبر الأنترنيت دار المطبوعات الجامعية مصر 2004.
18. محمد حسن رفاعي العطار ، البيع شبكة الأنترنيت دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم (15) لسنة 2004 ، الطبعة الاولى ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية 2007.
19. محمد سمير الرشقاوي ، العقود الدولية دراسة لعقد البيع الدولي للبضائع ، دار النهضة العربية ، القاهرة 1992.
20. محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية الطبعة الثالثة دار الثقافة و النشر و التوزيع ، عمان 2011.

21. نبيل زيد المقابلة ، النظام القانوني لعقود خدمات المعلومات الالكترونية في القانون الدولي الخاص ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، الأردن 2009.
22. نضال سليم برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، الطبعة الثانية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان 2010.

ثانيا: المذكرات الجامعية

1. اسماعيل قطاف ، العقود الالكترونية و حماية المستهلك ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير ، فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 2006.
2. باسم محمد سرحان ابراهيم ، مجلس عقد البيع بين النظرية و التطبيق رسالة ماجستير في الفقه و التشريع كلية الدراسات العليا جامعية النجاح الوطنية نابلس فلسطين 2006.
3. حنان عتيق ، مبدأ سلطان الارادة في العقود الالكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، تخصص قانون التعاون الدولي ، معهد الحقوق المركز الجامعي بالبويرة 2012.
4. سليمان عبد الرزاق أبو مصطفى ، التجارة الالكترونية في الفقه الاسلامي قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماجيستير في الفقه المقارن كلية الشريعة في الجامعة الاسلامية ، غزة 2005.
5. لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الالكتروني ، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة ماستير في القانون ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية نابلس فلسطين 2008.

6. نور الهدى مرزوق ، التراضي في العقود الالكترونية ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون ، فروع المسؤولية المهنية ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، جامعية تيزي وزو 2012.
7. وسيلة لزعر ، تنفيذ العقد الالكتروني ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون فرع عقود و مسؤولية ، كلية الحقوق بن عكنون 2011/2012.
8. يحي يوسف فلاح حسن ، قدمت هذه الأطروحة استكمالا لنيل درجة الماجيستير في القانون الخاص ، كلية الدراسات العليا ، جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين 2007 .

ثالثا: المقالات

1. طارق كاظم عجيل ، مجلس العقد الالكتروني ، بحث مقدم الى مؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية – الحكومة الالكتروني) مركز الامارات للدراسات و البحوث تاريخ 20/19 ماي 2001 .
2. نزيه محمد الصادق المهدي ،انعقاد العقد الالكتروني ، بحث مقدم الى المؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية – الحكومة الالكترونية) مركز المارات للدراسات و البحوث ، تاريخ 20/19 ماي 2001.

رابعا :النصوص القانونية

الامر 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن للقانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 07 – 05 المؤرخ في 2007/05/13 جريدة رسمية رقم 31 مؤرخة في 2007/05/13.

خامسا : الاتفاقيات الدولية

1- اتفاقية روما لعام 1980 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية .

2- اتفاقية فينا لعقد البيع الدولي للبضائع لسنة 1980 .

سادسا : المواقع الالكترونية

1- http//www.unictral.org

2- http//www.alexalaw.com.

3- http//www.f-law.net.

الفهرس

الفهرس .

العنوان	الصفحة
شكر.	
اهداء.	
مختصرات	
مقدمة .	
الفصل الأول: أحكام مجلس العقد الإلكتروني	05
المبحث الأول مفهوم مجلس العقد الإلكتروني.	06
المطلب الأول تعريف مجلس العقد الإلكتروني	06
الفرع الأول تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي	07
الفرع الثاني تعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر	07
المطلب الثاني الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني	09
الفرع الأول جدال فقهي حول الحضور و الغياب في مجلس العقد	09
أولا – التعاقد الالكتروني بين حاضرين .	10
1-مضمون الرأي .	10
2-نقد الرأي.	12
ثانيا – التعاقد الالكتروني بين غائبين .	12
1-مضمون الاتجاه.	12
2-نقد الاتجاه.	13
الفرع الثاني مجلس العقد المختلط.	14
أولا –مضمون الاتجاه .	14
ثانيا – نقد الاتجاه	15

المبحث الثاني الإيجاب والقبول الإلكتروني	16
المطلب الأول مفهوم الايجاب بالطرق الالكترونية .	17
الفرع الأول تعريف الإيجاب الإلكتروني.	17
الفرع الثاني خصائص الإيجاب الإلكتروني.	19
أولا – الايجاب الالكتروني يتم عن بعد .	19
ثانيا – الايجاب عبر الوسيط الالكتروني .	20
ثالثا – الايجاب الالكتروني في الغالب ايجاب دولي .	21
الفرع الثالث أنواع الإيجاب بالطرق الإلكترونية.	22
أولا – الايجاب عبر البريد الالكتروني .	22
ثانيا – الايجاب الذي يتم عبر صفحات الويب .	22
ثالثا – الايجاب عبر المحادثة المرئية .	23
المطلب الثاني القبول الإلكتروني.	23
الفرع الأول تعريف القبول الإلكتروني.	24
الفرع الثاني السكوت للتعبير عن القبول بالطرق الإلكترونية.	25
الفرع الثالث طرق التعبير عن القبول الإلكتروني.	26
أولا – القبول عن طريق البريد الالكتروني	27
ثانيا – القبول عن طريق الويب .	27
ثالثا – القبول عن طريق المحادثة أو المشاهدة .	28

خلاصة الفصل الأول .	29
الفصل الثاني: زمان ومكان تلاقي الارادتين في العقد الالكتروني.	30
المبحث الأول قصور القواعد العامة في تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني .	31
المطلب الأول: موقف الفقه من زمان تلاقي الارادتين إلكترونيا	32
الفرع الأول: نظرية اعلان القبول.	32
أولا- مضمون النظرية .	32
ثانيا – نقد نظرية اعلان القبول .	33
الفرع الثاني: نظرية تصدير القبول	33
أولا- مضمون النظرية .	34
ثانيا – نقد النظرية .	35
الفرع الثالث: نظرية تسلم القبول.	35
أولا- مضمون النظرية .	36
ثانيا – نقد النظرية .	37
الفرع الرابع : نظرية العلم بالقبول.	38
أولا- مضمون النظرية .	38
ثانيا – نقد النظرية .	40
المطلب الثاني : موقف التشريع من زمان تلاقي الارادتين الكترونيا.	41
الفرع الأول : موقف الاتفاقيات الدولية والاقليمية	41

أولا – الاتفاقيات الدولية .	42
1-اتفاقية الأمم المتحدة بشان عقود البيع الدولي للبضائع .	42
2-المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص	43
3-قرار رقم 54 / 6/3	43
ثانيا – الاتفاقيات الأوربية .	44
الفرع الثاني: موقف القانون النموذجي للتجارة الالكترونية	44
الفرع الثالث : موقف القوانين الوطنية .	46
المبحث الثاني :مكان تلاقي الإرادتين في العقد الالكتروني	48
المطلب الأول :قصور النظريات الفقهية في تحديد مكان انعقاد العقد	48
الفرع الأول: نظرية محل إقامة الموجب.	49
أولا- مضمون النظرية .	49
ثانيا – نقد النظرية .	50
الفرع الثاني: نظرية محل إقامة القابل	51
أولا- مضمون النظرية .	51
ثانيا – تقييم النظرية .	52
المطلب الثاني: موقف التشريع من مكان تلاقي الارادتين الكترونيا	52
الفرع الأول: موقف الاتفاقيات الدولية والاقليمية.	53

الفرع الثاني: موقف القانون النموذجي للتجارة الالكتروني.	55
الفرع الثالث: موقف القوانين الوطنية.	56
خلاصة الفصل الثاني :	60
خاتمة	61
المصادر و المراجع	63