الأكاديمية للدراسات
الإجتماعية والإنسانية

تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في القانون المقارن و القانون الجزائري

Determining the Moment of the Electronic Contract in the Comparative law and Algerian Law

صبيحي فوزية ، [ب] د. قماري (بن ددوش) نضرة [ا]
[ا] طالبة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم، الجزائر | fouzia.sbihi@yahoo.com
[ب] أستاذة محاضرة " أ "، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الحميد بن باديس – مستغانم

ملخص

مقتضى هذا البحث هو دراسة التعاقد في العقود الإلكترونية، هذه الأخيرة التي استطاع الإنسان بفضلها اختصار الجهد و الوقت و تقريب المسافات. و قد جاءت العقود الإلكترونية نتيجة ثورة تكنولوجيا المعلومات التي شهدها العالم مؤخرا، حيث مست تكنولوجيا المعلومات جميع الميادين، و لعل أهمها الميدان التجاري، و ذلك نظرا لما توفره من خدمات وضمانات تجعل المتلقي يُقبل عليها في كثير من الأحيان، لما فيها من مزايا عديدة. الأمر الذي جعل تجاهل الرقمنة والتكنولوجيا شَيء لا يمكن الأخذ به في أي حال من الأحوال في الوقت الراهن.

و الغاية من بحثنا هذا هو تحديد لحظة إنعقاد العقد الإلكتروني، و ذلك راجع إلى أهمية معرفة هذه اللحظة نظرا للآثار المترتبة عليها، لذا فقد لاقت جدلا كبيرا بين الفقه و القانون، و هو ما سنحاول تسليط الضوء عليه، من خلال القواعد العامة للتعاقد في القوانين المدنية، لمعرفة مدى مواءمتها أو قصورها في بعض الأحيان، ومقارنتها بالقواعد المستحدثة في قوانين المعاملات الإلكترونية في العديد من التشريعات، بالإضافة إلى عرض موقف المشرع الجزائري إزاء كل ذلك.

الكلمات الدالة :التجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، تلاقي الإرادتين، الإيجاب، القَبول، لحظة الانعقاد.

Abstract

The purpose of this research is to study the contract in electronic contracts, the latter, which enables the human by shortening the effort and time and rounded distances. The electronic contracts came as a result of the information technology revolution witnessed in the world recently, where information technology is all fields, especially the commercial field, because of the availability of services and guarantees that make the recipient often accepted, because of the many advantages. Which made it impossible to ignore digitization and technology in any way at the present time.

The purpose of this research is to determine the moment of the electronic contract. This is due to the importance of knowing this moment due to its implications. Therefore, there is a great debate between jurisprudence and law, which we will try to shed light on, through the general rules of contracting laws In order to determine their suitability or limitations in some cases, to compare them with the rules established in the electronic transactions laws in many legislations, as well as to present the position of the Algerian legislator on all this.

Keywords:*E-commerce, E-contract, Convergence of wills, Positivity, Acceptance, Moment of Meeting.*

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

مقدمة

إن التطور الحاصل في مجال العولمة أحدث ثورة في أسلوب التعاقد، جعل الاعتماد على أنماطه التقليدية في مواجهة الحاجات المتجددة للأشخاص أمراً صعبا، لأن الأخذ بها مطلقا يعتبر تزييف لحقيقة لا يمكن إنكارها . فنتيجة تطور الاتصالات، بظهور وسائل تقنية كالهاتف والتلفزيون والانترنيت في نهاية القرن العشرين كأداة تقنية جديدة للاتصال، التي أنشأت نسيجا من العلاقات بين الأفراد، ألغيت الحدود الجغرافية بين الدول المختلفة.

ورغم أن بيع السلع وتقديم الخدمات التجارية عن بعد ليس ظاهرة جديدة، إلا أن انتشار الانترنيت على المستوى العالمي أدى إلى تعزيز هذا النوع من الخدمات. فالتجارة الالكترونية تتيح العديد من المزايا، من أهمها تجنيب رجال الأعمال مشقة السفر، وكذا توفير الوقت والمال عند ترويجهم لمنتجهم، و تمكّن المستهلك من التجوال عبر العالم واقتناء كل ما يريده دون أن يتنقل، فأصبح الجميع في سوق افتراضي كبير دائم وغير مادي. و إذا كان التجار و الأشخاص عامة لازالوا يعتمدون في عمليات البيع و الشراء على الوسائل العادية والطرق التقليدية إلا أن ذلك لا ينفي أن الكثير منهم أصبح يلجأ إلى الوسائل الإلكترونية في ذلك، عن طريق ما يعرف بالتعاقد الإلكتروني .

باعتبار التعاقد في العقد الإلكتروني يتم عن بعد، لوجود تباعد مكاني بين طرفي العقد، فإن تبادل الإرادات يتم عن طريق وسيط الكتروني، وتكاد تنحصر خصوصيات إبرام العقد الالكتروني في الأحكام الخاصة بركن التراضي مما يقودنا إلى التساؤل حول تأثر ركن التراضي في العقود بالوسائل الإلكترونية و التشريعات الحديثة، أو **ما مدى كفاية القواعد التقليدية للتعاقد في تحديد لحظة إنعقاد العقد الإلكتروني في القوانين المقارنة و القانون الجزائري ؟** وللإجابة على هذا التساؤل حاولنا تقسيم البحث إلى قسمين، حيث سيكون المبحث الأول منه حول التعاقد الإلكتروني، أما المبحث الثاني فسنخصصه لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني.

المبحث الأول : التعاقد الإلكتروني

إن خصوصية التعاقد عبر الإنترنت باعتبارها شبكة دولية مفتوحة آثارت العديد من الإشكالات و التساؤلات، حيث جعلت البعض يتساءل عن مصدر قانون هذه الأخيرة، أم أنها تخضع للعديد من الأنظمة القانونية ، فيما يذهب جانب آخر بقوله التجارة الإلكترونية تبحث عن قانون.[1] و لا يمكن تصور الحديث عن التعاقد الإلكتروني إلا عند الحديث عن عقود التجارة الإلكترونية، مما يقودنا إلى ضرورة معرفة هذه العقود (مطلب أول) ثم محاولة معرفة كيفية إبرام هذه العقود (مطلب ثان).

المطلب الأول : مفهوم العقود الإلكترونية

سنحاول في هذا المطلب الإحاطة بمفهوم العقود الإلكترونية و ذلك من خلال تعريف العقد الإلكتروني في الفرع الأول ، أما الفرع الثاني فسنخصصه لخصائص العقد الإلكتروني.

الفرع الأول : تعريف العقد الإلكتروني

يُعرّف العقد على أنه اتفاق بين طرفين على إحداث أثر قانوني، سواء كان ذلك بإنشاء إلتزام أو تعديله أو إنهائه.أما العقد الإلكتروني فقد تناولت تعريفه العديد من التشريعات، من بينها التشريع الأردني للمعاملات الإلكترونية حيث عرفته المادة الثانية من القانون رقم 85/2001 بأنه " الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا ".[2] كما عرّفه بعض الفقه على أنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقَبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب و القابل"[3]. فيما عرفه البعض الآخر على أنه " ذلك العقد الذي يتم فيه الإيجاب والقَبول وتلاقيهما كليا أو جزئيا من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينهما شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة"[4]

وقد يبدو أن العقد الإلكتروني هو عقد البيع فقط ، رغم أنه ليس كذلك ، و إنما يتخذ هذه الصفة من المركز الرئيسي الذي يحتله من بين العقود التي تبرم عبر الإنترنت.[5]

الفرع الثاني : خصائص العقد الإلكتروني

من خلال ما سبق يمكن أن نقول أن العقد الإلكتروني لا يختلف كثيرا عن العقد التقليدي إلا أن هذا لا ينفي وجود بعض الفوارق نذكر من بينها :

- العقد التقليدي يكون غالبا في دعامة ورقية، على خلاف العقد الإلكتروني حيث تتجرد الآلية التعاقدية من ركيزتها المادية.[6]

- يتواجد أطراف العقد الإلكتروني في عدة دول مختلفة ، ويقومون بتنفيذ التزاماتهم إلكترونيا، كما هو الشأن في عقود الخدمات المصرفية و عقود الخدمات الاستشارية القانونية مثلا، لكن هذا لا ينفي إمكانية التنفيذ عن طريق التسليم المادي .[7]

- يتميز العقد الإلكتروني عن التقليدي في طريقة دفع الثمن حيث يتم تسليم المقابل المادي عن طريق إحدى طرق الدفع الإلكترونية سواء بطاقة الإئتمان، نقود إلكترونية، الدفع بالإستعانة بوسيط، حافظة النقود الإلكترونية و حافظة النقود الإفتراضية ، بالإضافة إلى إمكانية الدفع المباشر .[8]

المطلب الثاني : التراضي في العقد الإلكتروني

يقصد بالتراضي عموما تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني، مما يستلزم صدور تعبير من الطرف الأول و هو الإيجاب (فرع أول) و صدور تعبير من الطرف المقابل و هو القَبول (فرع ثان).

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

الفرع الأول: الإيجاب في العقود الإلكترونية

من أجل التعرف على الإيجاب في العقود الإلكترونية وجب تعريفه و تحديد مميزاته أولا ، ثم تحديد شروطه ثانيا.

أولا : تعريف الإيجاب في العقود الإلكترونية و مميزاته

سنحاول في هذه الفقرة التعريف بالإيجاب في العقود الإلكترونية، ثم نعرج على أهم مميزاته عن ما يشابهه من الأنظمة.

1ـ تعريف الإيجاب في العقود الإلكترونية و خصائصه

التعريف بالشيء لا يكون إلا من خلال استنباط الخصائص المكونة له.

أ ـ تعريف الإيجاب في العقود الإلكترونية

لم تأت القوانين المدنية الحديثة بتعريف للإيجاب الإلكتروني، إلا أن المادة 1/11 من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية للأمم المتحدة لسنة 1996 تعرّفه على أنه" في سياق تكوين العقود ، و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقَبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرّد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض" [9] كما نصت المادة 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي على ما يلي: " تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو عدة أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف، و كانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القَبول ، و لا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك"، كما نص التوجيه الأوروبي[10]على الإيجاب بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان". و يعتبر هذا التعريف أكثر ملاءمة مع طبيعة التجارة الإلكترونية التي تقوم أساسا على التبادل الإلكتروني للبيانات والمعلومات. [11]

وقد تصدى فقهاء القانون و القضاء لهذه المسألة، فقد أعطيا له العديد من التعريفات التي من خلالها يمكن استنتاج مجموعة من الشروط التي يجب أن تتوفر حتى تعدّ الإرادة المعبر عنها إيجابا، و من بينها: "الإيجاب تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد عارضة على شخص آخر إمكانية التعاقد معه ضمن شروط معينة" [12]، كما عرِّف بأنه " التعبير البات المنجز الصادر من أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر بقصد إحداث أثر قانوني".[13] كما ذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريف الإيجاب الإلكتروني بكونه:" تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للإتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"[14] . إلا أن هذا التعريف انتقد لكونه قصّر الإيجاب الإلكتروني على التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت وهو ما لا ينسجم مع مفهوم تقنيات الإتصال الحديثة، وبالتالي من الخطأ ربط مفهوم الإيجاب الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة لا سيما مع التطور المذهل لهذه التقنيات. [15]

أما القضاء فقد عرف الإيجاب، حيث ورد عن محكمة النقض المصرية : " بأنه العرض الذي يعبر به الشخص على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا اقترن به قَبول مطابق له انعقد العقد" . كما عرفته محكمة النقض الفرنسية بأنه:" عرض يعبِّر به الشخص عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث يكون ملتزما به في حالة قَبوله من المتعاقد الآخر".[16]

و لعل أقرب تعريف إلى الصواب للإيجاب الإلكتروني هو" ذلك التعبير الجازم عن الإرادة، الذي يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء مسموعة أو مرئية أو كليهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى مع القَبول" [17]، إلا أن هذا التعريف لا يختلف عن المفهوم العام للإيجاب الأمر الذي يستدعي منا البحث عن خصوصيات الإيجاب الإلكتروني.

بـ خصائص الإيجاب الإلكتروني

من بين أهم الخصائص التي يتميز بها الايجاب الإلكتروني أنه عالمي يتم عن بعد عبر وسيط إلكتروني، و بالتالي يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود عن بعد، سيما التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 97-7 ، و كذا المرسوم الفرنسي رقم 2001-741 الصادر في 2001/08/23. كما يتميز الإيجاب الإلكتروني بالاستمرارية، حيث يستمر عبر شبكات الأنترنت على مدار الأربعة وعشرين ساعة و لكافة دول العالم بالإضافة إلى إمكانية العودة إليه و تفحص الكتالوج أو الإعلان في الموقع أو الصندوق الإلكتروني في حين يقتصر الإيجاب بالطرق التقليدية على مدة زمنية معينة. [18]

2 ـ تمييز الإيجاب الإلكتروني عن بعض الأنظمة المشابهة له

إن الخصوصية التي تتمتع بها عقود التجارة الإلكترونية تطرح العديد من الإشكاليات من بينها معيار التمييز بين الإيجاب الإلكتروني و مجرد الدعوة للتعاقد، و كذا الخصوصية التي يتميز بها العرض في الإيجاب الإلكتروني.

عند تفحص القواعد القانونية نجدها تفتقد إلى قواعد خاصة بالإيجاب الإلكتروني وخصوصياته، وبالرجوع إلى القواعد العامة في هذا الشأن، نجد أن العرض إذا تضمن الإشارة إلى كافة العناصر الأساسية للعقد، من وصف دقيق للمبيع و تحديد للثمن و ما إلى ذلك، فهذا يعدّ إيجابا كاملا، بحيث إذا رافقه قبول من طرف آخر انعقد العقد ، أما إذا لم يكن كذلك فيعدُّ مجرد دعوة للتعاقد فقط. و هذا ينطبق تماما على العقود الإلكترونية. فعلى سبيل المثال إذا كان موقعا إلكترونيا ما

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

يعرض أجهزة منزلية للبيع بسعر معين من دون بيان مواصفات هذه الأجهزة ، فهذا يعدُّ دعوة للتعاقد، أما إذا تم تحديد ثمن الأجهزة و مواصفاتها بالتفصيل في العرض، فإن هذا يعتبر إيجابا كاملا و جاهزا لأن يقترن به قبول مطابق له فينعقد العقد مباشرة.[19] كما يرى البعض أن العرض حاليا يصدر عبر وسائل اتصال مرئية و مسموعة، وتسمح هذه الوسائل لمن صدر عنه العرض باستخدام الإيضاح البياني الأكثر ملاءمة بالنسبة لأنواع معينة من العقود، فينبغي على سبيل المثال أن تعبّر صورة الشيء المعروض للبيع تعبيرا أمينا عن هذا الشيء، و هو الأمر الذي تسمح بتحققه في الوقت الحالي تقنية الصور ثلاثية الأبعاد (3D) دون أية صعوبة.[20]

ثانيا : شروط الإيجاب الإلكتروني

يرى البعض أن للإيجاب الإلكتروني شروط عامة لا تختلف عن شروط الإيجاب التقليدي ، وهي أن يكون جازمًا محددًا ، باتًا ولا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القَبول به، و شروط خاصة كتحديد طرق الوفاء، التنفيذ، التسليم، ومدة صلاحية الإيجاب و حق الرجوع في التعاقد، و بيان ثمن السلع و الخدمات التي يعرضها، على أن يكون الوصول إلى هذه المعلومات سهلا ، مباشرا، متاحا و دائما .[21]

و هناك من يرى تقسيم هذه الشروط إلى شروط خاصة بالشكل تتضمن الوسيلة و اللغة والأسلوب المستعمل ، وشروط خاصة بالمضمون تتضمن الدقة في الصياغة و ذلك بتحديد المسائل الجوهرية في التعاقد من بينها هوية الأطراف، وصف المنتج أو الخدمة، تحديد الثمن، بالإضافة إلى طريقة التعاقد و كذا اتجاه الإرادة للتعاقد مع تحديد مدة الإيجاب.[22]

الفرع الثاني :القَبول في العقد الإلكتروني

القَبولهو الإرادة الثانية التي تقابل الإيجاب، و هو ما سنتاوله في هذه الفقرة من خلال تعريفه و اسنباط شروطه.

أولا : تعريف القَبول في العقد الإلكتروني

يعرّف القَبول بأنه " موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها ودون تعديل، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب و الإيجاب مازال قائما"،[23] و أنه "تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب يفيد موافقته على الإيجاب و هذا القَبول يؤدي إلى انعقاد العقد متى وصل إلى علم الموجب و كان الإيجاب لا يزال قائما".[24]

من خلال هذه التعريفات التي جاء بها الفقه يتضح لنا أن القَبول التقليدي لا يختلف عن الإلكتروني سوى في الوسائط الإلكترونية، من خلال شبكة الأنترنت ، و هي الخاصية التي يتميز بها عن غيره.

و لم تأت التشريعات الحديثة بتعريف للقبول الإلكتروني غير أن العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية الصادر عن اليونيسترال تعرض له في المادة 423 على أنه "يعتبر القَبول مقبولا إذا تسلّم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد". كما أشار إليه قانون لجنة الأمم المتحدة للتجارة الإلكترونية من خلال المادة 11 و هو ما سار عليه المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية في المادة 13 و كل هذه القوانين الخاصة بالمعاملات الإلكترونية تعرضت إلى القَبول الإلكتروني غير أنها لم تضع له شكلا معينا.[25] و كذلك هو الأمر بالنسبة إلى القَبول في عقود التجارة الإلكترونية ، فإنه يتم التعبير عنه بوسائل إلكترونية و بالتالي يخضع للقواعد العامة، إلا في ما يتعلق بالخصوصية التي تفرزها الوسيلة التي يتم بواسطتها .[26] حيث يجب أن يطابق القَبول الإيجاب مطابقة تامة ، ولا يجوز أن يزيد فيه أو أن ينقص منه ، و إلا اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا. و يكون التعبير صريحا في العقد الإلكتروني كأن يبعث القابل رسالة عبر البريد الإلكتروني للموجب تدل على قبوله للعرض.[27]

و قد جاء بالمادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن " التعبير عن الإرادة يتم باللفظ، أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يتم باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه".

و يثور التساؤل هنا حول إمكانية إعتبار السكوت قبولا في العقود الإلكترونية ؟

استنادا إلى القاعدة العامة في الفقه " لا ينسب لساكت قول" فالسكوت موقف سلبي دلالته الرفض لا القَبول.[28] وقد أخذت بهذه القاعدة معظم التشريعات في دول العالم، و على هذا الأساس فإذا تسلّم شخص رسالة عن طريق البريد الإلكتروني تتضمن إيجابا ورد فيه أن عدم الرد على الرسالة خلال مدة معينة يعتبر قبولا ، فإنه يمكن تجاهلها وعدم الإهتمام بها. و هو ما أخذت به المادة 1/18 من اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع التي تنص على:" ... أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أي منهما في حد ذاته قبولا". و هو يوحي إلى أن السكوت المجرد من أي ظرف ملابس له لا يعتبر قبولا. غير أنه يعتبر السكوت قبولا في العقود التقليدية إذا أحاطت به عوامل وظروف تدل على أنه قبولا ، و هو ما نصت عليه المادة 68 من القانون المدني الجزائري " إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف ، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقَبولفإن 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".

و بالقياس على العقود الإلكترونية نجد أن السكوت حتى لو كان ملابسا فهو لا يصلح أن يكون قبولا و ذلك نظرا لحداثة التعاقد بالوسائل الإلكترونية ولا دور للعرف في تنظيم هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة و مستقرة تصل إلى مستوى تكوين عرف بمفهومه و عنصريه المادي والمعنوي.[29] أما مسألة التعامل السابق كثيرا ما تصادفنا في التعاقد عبر الأنترنت ،

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

إلا أنه لا يمكن الأخذ بها وذلك لسهولة إرسال القَبول، إلا إذا أرسل الموجب رسالة بالبريد الإلكتروني للطرف الآخر الذي اعتاد التعامل مع المتجر الافتراضي عبر البريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب على أن تتضمن هذه الرسالة اعتبار عدم الرد خلال مدة معينة بمثابة قبول، مما يدفعنا إلى القول أنه لا يمكن اعتبار التعامل السابق في التعاقد الإلكتروني ظرفا كافيا لإعتبار السكوت فيه قَبولا، إلا إذا اقترن بظرف آخر يدل على أن السكوت في هذه الحالة قَبولا.[30] أما فيما يخص حالة اعتبار السكوت قَبولا إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه ، فهي حالة تتضمن عملا من أعمال التبرع من دون أي التزام يقع على عاتق من وجه إليه الإيجاب وهي حالة غير مألوفة في مثل هذه العقود.[31]

ثانيا : شروط القَبول في العقود الإلكترونية

لن ينتج القَبول أثرا في إنعقاد العقد التقليدي إلا إذا توفرت فيه شروط ، و هي أن يصدر القَبول والإيجاب قائما، و مطابقة القَبول للإيجاب، و أن يكون صريحا واضحا. ولا يخرج القَبول الإلكتروني عن هذه الشروط ، إلا أن له خصوصيات ناتجة عن البيئة الافتراضية التي يتم فيها القَبول.

1ـ **صدور القَبول و الإيجاب لازال قائما**: بالنسبة للمتعاقد من خلال الواب، يجب أن يصدر القَبول خلال المدة التي حددها الموجب لصلاحية إيجابه أو خلال وجود الإيجاب على الموقع . أما إذا كان التعاقد من خلال التفاعل المباشر فيجب أن يصدر القَبول قبل أن يعدل عن إيجابه، إلا إذا كان قد حدد مدة القَبول و في كل حال يجب أن يصدر القَبول قبل انقضاء مجلس العقد ، أي قبل انتهاء الاتصال بين المتعاقدين . أما بالنسبة للتعاقد من خلال البريد الإلكتروني، فتعد حالة تعاقد بين غائبين. مما يجعل الموجب ملتزما بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب و اطلاع الموجب له عليه و المدة اللازمة لإرسال القَبول، و إذا صدر القَبول بعد هذه المدة فإنه لا يعتدّ به نظرا لسقوط الإيجاب ، و يصبح هذا القَبول إيجابا جديدا .[32]

2ـ **مطابقة القَبول للإيجاب**: إن شرط مطابقة القَبول للإيجاب شرط ضروري في كل صور التعاقد عبر الأنترنت، لكن الأمر ليس بالسهل ، فتقنية النصوص المخفية (hyper Texte) قد أثارت مشكلة في حالة استخدامها في إبرام العقد الإلكتروني، فهناك من يرى أن القَبول يكون صحيحا ومطابقا طالما أشار الإيجاب بصورة واضحة إلى وجود نص مخفي، و أمكن ملاحظته. فيما يذهب رأي آخر إلى عدم جواز اللجوء إلى تقنية النصوص المخفية في مجال الإيجاب الإلكتروني ، حتى يتسنى للموجب له التعرف على كافة شروط الإيجاب و يكون قبوله مطابقا له فيتم التعاقد، و هو ما أخذ به التقرير الصادر من مجلس الدولة الفرنسي الخاص بالأنترنت حيث ذكر" حتى يكون الرضاء صحيحا و كاملا، فإنه يجب ألا تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية"[33]

المبحث الثاني : تحديد لحظة تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

إن تطابق الإرادتين هو أساس انعقاد العقد فلابد من تلاقي إرادة الموجب وإرادة القابل حتى يتم العقد، فسواء كان الموجب يتعاقد بنفسه عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، أو من خلال نائبه، فإنه يجب أن يقبل الطرف الآخر العرض دون زيادة أو نقصان لكن يظل البعد المكاني بين الموجب و القابل في العقود الإلكترونية واقعا مؤثرا لا يمكن تجاهله أو انكاره، وقد نتج عن هذا الاختلاف في المكان بين الموجب والقابل تغير نظرة الفقه الحديث لأحكام مجلس العقد بعد ظهور وسائل الاتصال الحديثة.

ويقصد بلحظة تلاقي الإرادتين في العقد الالكتروني البحث في مسألة زمان تلاقي الإرادتين ونظرا لأهمية تحديد هذه اللحظة لما ترتبه من آثار ، فسنتطرق إلى هذه الأهمية ثم نحاول تحديد زمان تلاقي الإرادتين .

المطلب الأول : أهمية تحديد لحظة تلاقي الإرادتين

يعتبر زمن تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني هو نفسه لحظة انعقاد العقد، و ما من شك أن تحديد هذه اللحظة ليس بالأمر الهيّن ، حيث يستند إلى العديد من التساؤلات ، من بينها تحديد طبيعة هذا العقد(الفرع الأول)، و كذا الآثار المترتبة عن تحديد لحظة انعقاد العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

اختلف الفقه في المعايير المعتمدة لتحديد الطبيعة القانونية للعقد إن كان تعاقد بين حاضرين أم بين غائبين، فهناك من يأخذ بمعيار الزمن للتمييز بين التعاقد بين حاضرين و التعاقد بين غائبين ، حيث تزول الفترة الزمنية بين صدور القَبول و علم الموجب به في التعاقد بين حاضرين و تظهر هذه الفترة في التعاقد بين غائبين. فيما يرى جانب آخر من الفقه أن معيار الزمن وحده غير كاف حيث يضيف إليه عنصر المكان و عنصر الانشغال بشؤون العقد. إلا أن الراجح هو الأخذ بالمعيار الأول وهو معيار الزمن .[34]

و بتطبيق ذلك على التعاقد الإلكتروني عبر شبكة الانترنت ، فهناك من يرى أنه تعاقد بين حاضرين لأنه لا يوجد فاصل زمني بين صدور القَبول و العلم به ، مثله مثل التعاقد عبر الهاتف، حيث يعتبر تعاقد بين حاضرين حكما.[35] كما أن مفهوم مجلس العقد حسب هذا الرأي ينطبق على كل متعاقدين انصرفا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما شاغل آخر، وكان بينهما اتصال مباشر عبر الانترنت بحيث يستمع أو يرى أحدهما الآخر فلا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير ووصوله إلى علم الموجه إليه، دون النظر إلى البعد المكاني للمتعاقدين فمجلس العقد هنا حكمي وليس حقيقي. وقد أخذ بهذا الرأي المشرع المصري في المادة 94 من القانون المدني حين اعتبر أن التعاقد عن طريق شبكة الإنترنيت تعاقد

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بين حاضرين.[36]

إلا أن هناك رأي آخر يرى أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا، لعدم اتحاد صدور الإيجاب والقَبول في الزمان و المكان ، شأنهم في ذلك شأن التعاقد بطرق المراسلة أو التعاقد بطريق التلفون، ولا يختلف عنهما إلا من حيث الوسيلة المستعملة التي أصبحت إلكترونية[37] سيما إذا كان هذا التعاقد عبر البريد الإلكتروني.

ويتوسط هذين الرأيين رأي ثالث ، حيث يرى أن مكان مجلس العقد في العقد الإلكتروني هو مكان افتراضي لأنه يتم في فضاء إلكتروني.أما بالنسبة لزمان مجلس العقد الإلكتروني فهي الفترة الزمنية الممتدة بين التعبير عن الإرادة ووصول هذا التعبير إلى علم الآخر، وقد تقصر هذه المدة أو تطول حسب الطريقة المستعملة لإبرام العقد. [38] و تبعا لهذه المدة تتحدد طبيعة هذا العقد.

الفرع الثاني : الآثار المترتبة عن تحديد لحظة انعقاد العقد

يعتبر معرفة لحظة انعقاد العقد من بين أهم الأمور المتعلقة بالتعاقد، نظرا للآثار المتعددة المترتبة عن تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني، من بينها معرفة الوقت الذي يبدأ فيه تنفيذ الالتزام، فمن هذه اللحظة تنتقل الملكية من البائع إلى المشتري في عقد البيع (م 72 و 160و 165 و 351 و ما يليها من القانون المدني الجزائري) ، ومنها يبدأ حساب مدة التقادم و وقت تمامه (م 308 و ما يليها من القانون المدني الجزائري).[39] و كذلك تحديد أهلية المتعاقدين التي ينبني عليها صحة العقد.[40]

أما إذا هلك الشيء المبيع قبل إبرام التعاقد فإن محل الإلتزام يصبح مستحيلا ، و تبعة الهلاك تقع على البائع ، و بالتالي لا ينعقد العقد لاستحالة محل التعاقد(م 93 و 307 من القانون المدني الجزائري).[41]

و استنادا إلى هذه اللحظة يثبت حق المتعاقد في العدول عن التعاقد ، و ذلك تبعا للنظرية المأخوذ بها ، حيث لا يجوز للموجب الرجوع عن إيجابه لانعقاد العقد بإعلان القَبول، كما يسقط حق القابل في الرجوع عن قبوله إستنادا لنظرية إعلان القَبول، أما في حال الأخذ بنظرية العلم بالقَبول، فيجوز لكليهما الرجوع طالما لم يقترن القَبول بعلم الموجب ، فمنذ هذه اللحظة لا يجوز التنصل من العقد بإرادة منفردة .[42]

كما تظهر أهمية تحديد لحظة انعقاد العقد بالنسبة للعقود التي يبرمها التاجر الذي أشهر إفلاسه، حيث يتوقف مصيرها على معرفة وقت انعقادها، لمعرفة ما إذا كانت نافذة بحق الدائن أو غير نافذة، تبعا للفترة التي أبرمت فيها ، فإذا أبرمها بعد الإشهار لا تنفذ في حق الدائن .[43]

و لا يستطيع الدائن في الطعن في عقد صدر عن مدينة إضرارا بحقه في دعوى نفاذ تصرف المدين في حق الدائن(الدعوى البولصية)، إلا إذا كان هذا العقد متأخرا في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين ، وهنا تظهر جليا أهمية تحديد زمان انعقاد العقد، لمعرفة ما إذا كان حق الدائن نشأ قبل ذلك أم لا، فلو ثبت هذا الحق في ذمة المدين في الفترة ما بين إعلان القَبول و العلم به في العقد المراد الطعن فيه ، فإنه يجوز الطعن في هذا العقد تبعا لنظرية العلم ، و لا يجوز له ذلك تبعا لنظرية الإعلان.[44]

و كذلك فإن لتحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني أهمية في معرفة القانون الواجب التطبيق على الإلتزام العقدي، فهو القانون المعمول به وقت انعقاد العقد (م 18 من القانون المدني الجزائري) ، و من ثم فأن أحكام القوانين الجديدة لا تسري من حيث الزمان إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذها.[45]

و منذ هذه اللحظة يصير العاقدان مقيدين بمضمون العقد، و لأن التزامات العقد تبدأ منذ إنشائه، كما لو وقع حادث ثم تم إبرام عقد تأمين بعده فورا، ليحصل على تغطية مالية غير مشروعة .[46]

كما تبدو أهمية معرفة وقت انعقاد العقد نظرا لاختلاف الحكم من حيث الصحة أو البطلان باختلاف النظرية التي يؤخذ بها في مثل هذه الفروض.[47]

المطلب الثاني : زمان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

باعتبار أن العقد الإلكتروني عقد ما بين غائبين فهل يمكن تطبيق قواعد هذا النوع من التعاقد في مجال العقود الإلكترونية، بمعنى هل تصلح النظريات المعروفة في الفقه لتحديد وقت إبرام العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: موقف الفقه من زمان تلاقي الإرادتين

تبنى الفقه الإسلامي عدة نظريات يحدد بموجبها وقت انعقاد العقد بين غائبين تستند هذه النظرية إلى لحظة اقتران القَبول بالإيجاب، ولكنها اختلفت فيما إذا كانت هذه اللحظة إعلان القَبول أم تصديره، أم استلامه أم العلم به،[48] فهل يمكن الركون إلى هذه النظريات في حكم التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة؟

أولا: نظرية إعلان القَبول

بتطبيق هذه النظرية على العقود الإلكترونية فإن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يوقع فيها القابل على الرسالة التي تتضمن القَبول دون تصديرها، أو قيامه بالنقر على الأيقونة المخصصة للقَبول ودون تصدير هذا النقر. [49]

و ميزة هذه النظرية أنها تؤدي إلى سرعة انعقاد العقود، وبالتالي فهي تنسجم مع ما تتطلبه المعاملات التجارية – بوجه عام و الإلكترونية بصفة خاصة– من سرعة في التعامل. [50]

وقد عيب على هذه النظرية تجاهلها لإرادة الموجب الذي له الحق في العدول عن إيجابه إن لم يكن محدد المدة، ولم يرتبط به قبول حتى وإن كان المتعاقد الآخر أعلن قبوله[51].كما أنها تجعل المعيار الأساسي و السلطة الأولى في انعقاد العقد في يد القابل بحيث يستطيع أن يعدل في القَبول أو حتى ينكر صدوره

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

أصلا، [52] بالإضافة إلى أن الأخذ بها يشكل صعوبة في الإثبات، طالما لن يكون للقبول وجود إلا على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل. [53]

ثانيا- نظرية تصدير القَبول

تفاديا للنقد الموجه للمذهب السابق اشترط أنصار هذا المذهب أن يكون القَبول نهائيا وباتا مع حصول واقعة مادية وهي تصدير القَبول[54]، لتفادي التراجع فيه من طرف القابل بعد خروجه من يده [55] ، وذلك إما بوضع قبوله في صندوق البريد أو إخبار الموظف المختص بإرسالها.

و تكون هذه اللحظة حسب نظرية تصدير القَبول، حين يضغط clique القابل من أجل إرسال قبوله للموجب وإذا كان هناك فاصل زمني محسوس بين تصدير القَبول و تسلمه في حالة البريد التقليدي، فإن هذا الفارق الزمني لا يكاد يكون محسوسا فيما يخص التعاقد عبر الإنترنت.[56]

لم يسلم هذا الرأي من النقد كذلك ،على أساس أنها لا تزيد عن سابقتها إلا بواقعة مادية و هي تصدير القَبول، في حين أنها واقعة لا أثر لها قانونا في تبادل التعبير الإرادي،[57] خاصة عدم تسلم الرسالة الإلكترونية بسبب فني مثلا ، مما يعني أن الإرسال لم يتم أيضا ، القول الذي يعدينا إلى نفس النقد الموجه للنظرية الأولى وهي إعلان القَبول. وهي أن رسالة القَبول مازالت حبيسة الحاسوب الخاص بالقابل . [58]

ثالثا- نظرية وصول أو استلام القَبول

بتطبيق هذه النظرية على التعاقد الالكتروني يتبين أن لحظة إبرام العقد ليست هي لحظة دخول رسالة القَبول في سيطرة مقدم الخدمة، إنما لحظة وصولها إلى البريد الإلكتروني للموجب بغض النظر عما إذا كان قد استعرض بريده الإلكتروني وقرأ الرسالة أم لم يفعل [59].

و مع ذلك تعرضت هذه النظرية لانتقادات الشراح، لأنها لا تمثل معيارا حاسما على علم الموجب بمضمون القَبول الإلكتروني ، ولا تحول دون الغش و التحايل من جانب الموجب لتفادي وجود دليل إثبات على علمه بالقَبول الالكتروني برغم وصوله إلى موقعه. [60]

رابعا- نظرية العلم بالقبول

أخذ البعض بنظرية العلم بالقَبول التي تشترط لانعقاد العقد علم الموجب بالقَبول باعتبار أن القَبول تعبير عن الإرادة التي لا تنتج آثارها إلا بعلم من وجهت إليه. حيث يرى أنصار هذه النظرية أنها أفضل النظريات باعتبارها تحافظ على حقوق الموجب إذ يتخذون من تسلُّم القَبول قرينة على علم الموجب به، إلا أنها تعتبر قرينة بسيطة يمكن للموجب إثبات عكسها بإقامة الدليل على عدم علمه بالقَبول بالرغم من وصوله إليه.

إن تطبيق هذه النظرية في المجال الإلكتروني يؤدي إلى القول أن العقد الإلكتروني ينعقد في اللحظة التي يطّلع فيها الموجب على الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القَبول[61] .

الفرع الثاني- موقف القانون من زمان تلاقي الإرادتين في العقد الإلكتروني

إذا كانت بعض القوانين الحديثة قد تمسكت بإحدى النظريات السابقة لتحديد زمان تلاقي الإرادتين في البيئة الإلكترونية، إلا أن معظم القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونية حاولت إيجاد نظريات مستحدثة تتماشى مع هذا النوع من العقود لكنها اختلفت في معنى النظرية الأكثر ملاءمة لمثل هذه العقود، وكانت التشريعات الدولية سابقة إلى معالجة هذه المسألة ثم حذت حذوها التشريعات الوطنية.

أولا- موقف الاتفاقيات الدولية من زمان تلاقي الإرادتين

ليس من الصعب تبني إحدى النظريات التقليدية السابقة على مستوى التشريع الداخلي للدول لتحديد زمان تلاقي الإرادتين إلكترونيا، إلا أن المشكلة تثار في حالة ممارسة التجارة الإلكترونية على النطاق الدولي وهذا ما سيؤدي إلى التداخل بين العديد من القوانين.

وقد اختلفت الاتفاقات الأوربية في تبني إحدى النظريات التقليدية على حالها أو إدخال تعديلات عليها وفقا لما يقتضيه هذا النوع من التعاقد من تحقيق الأمان القانوني عبر شبكة الانترنيت. غير أنها أجمعت على عدم الأخذ بنظريتي إعلان و تصدير و العلم بالقَبول و قد تبنت مبادئ عقود التجارة الدولية نظرية وصول القَبول من خلال المادة (2/6) التي تنص على ما يلي:" ينتج القَبول أثره عند وصول ما يفيد القَبول إلى الموجب" [62]. كما أخذ بهذه النظرية قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر في ديسمبر 1996 ، من خلال المادة (1/15) التي تنص " ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ ....." و يوضح الدليل الإرشادي لسن القانون النموذجي المرفق بهذا القانون أن المقصود بدخول نظام المعلومات هو الوقت الذي تصبح فيه رسالة البيانات متوفرة وقابلة للمعالجة و العرض داخل نظام معلومات المرسل إليه، أما مجرد وصولها لهذا النظام دون قابليتها للمعالجة و العرض كحدوث خلل وظيفي في النظام يمنع عرضها فذلك يجعل هذه الرسالة كأن لم تصل.[63] وقد تبنى الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات نظرية الوصول إذ نص " يعتبر العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان اللذين تصل فيهما الرسائل التي تشكل قبولا للعرض بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدم العرض"[64].

كما أخذت بنظرية الوصول العديد من الاتفاقيات من بينها: اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، و كذا اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع (اتفاقية إيديك سنة 1990) ، الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

للبيانات. [65]

كما أخذ التوجيه الأوربي بشأن التجارة الإلكترونية رقم 31- 2000 الصادر بتاريخ 2000/06/08[66] بنظرية استلام القَبول وتصدير علم الوصول بواسطة الموجب، كما أجاز للمتعاقدين المهنيين اختيار لحظة إبرام العقد، ولم يكتف بتحديد لحظة استلام القَبول ليعدّ العقد مبرما، حيث تنص المادة(2/11) منه على أنه " يضع المؤدي تحت تصرف المخاطب بالخدمة الوسائل التقنية الملائمة الفعالة التي يمكن الوصول إليها التي تسمح له بتحديد الأخطاء المرتكبة في تحديد و تلقي المعطيات و تصحيحها قبل تقديم الطلب، ما لم يتفق الأطراف من المستهلكين على خلاف ذلك" . [67] كما نصت المادة 5 من التوجيه الأوروبي على أنه:" يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله" حيث حدد وقت إبرام العقد باستلام تأكيد من مقدم خدمة الأنترنت مرسل من القابل بصحة القَبول. [68]

ثانيا- موقف القانون المقارن من زمان تلاقي الإرادتين

تبنت العديد من التشريعات نظرية استلام القَبول منها التشريع الفرنسي الذي لم يتطرق لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد قبل سنة 2004 ، نظرا لتردده بين الأخذ بنظرية تصدير القَبول و نظرية العلم بالقبول. وفي سنة 2004 صدر القانون الفرنسي رقم 575/2004 الصادر في 21 جوان 2004 المتعلق بتدعيم الثقة في الاقتصاد الرقمي المعدل للقانون المدني بموجب المادة (2/25)، والذي استرشد من خلاله بنص المادة 05 من التوجيه الأوربي رقم 31-2000 الصادر في جوان 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، حيث تضمن القانون المدني الجديد ، إجراءات القَبول و الأحكام الخاصة بالعقود المبرمة إلكترونيا، و حدد لحظة انعقادها من خلال المادة 2/1369 التي تقضي بأن العقد الإلكتروني لا ينعقد إلا بتأكيد القَبول من قبل الموجه إليه الإيجاب ، و ذلك بعد تمكينه من مراجعة طلبه و الثمن كاملا و تصحيح الأخطاء المحتملة. [69].

و يرى البعض أن المشرع الفرنسي من خلال هذا القانون قد أضاف تشكيلة جديدة استثناء على مبدأ الرضائية الذي يسود العقود، حيث لم يكتف بتلاقي الإرادتين فقط، و إنما ضرورة قيام الموجه له الإيجاب بتأكيد القَبول، و كذا الإقرار بالاستلام من الموجب ، مما يعني أن العقد الإلكتروني لن تكون له أي آثار قانونية في غياب هذا التأكيد، مما يجعل هذه الشكلية متناقضة مع الميزة التي توفرها المعلوماتية و هي السرعة في إبرام العقود و إتمامها، الأمر الذي يجعل المتعاقد يعزف عنها بسبب عدم فهمه لهذا النظام و كذا تشعبه . [70]

لكن في المقابل تسمح هذه الشكلية التي تهدف إلى حماية رضا المتعاقد، بالتفكير و التحقق من العناصر الرئيسية للاتفاق قبل إعطاء القَبول النهائي، بفضل المراجعة الإجمالية للطلب و الثمن وتصحيح الأخطاء المحتملة.[71] وهو ما أخذ به القانون التجاري الأمريكي الموحد حيث فرض بموجب نص المادة 1/201و2 إلتزاما على البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد خلال مدة عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله، و في غياب هذا التأكيد لا ينعقد العقد . [72]

و نتيجة لذلك ذهب جانب من الفقه إلى أن المشرع الفرنسي وضع نظرية جديدة لتحديد لحظة و مكان انعقاد العقد بين غائبين عند استخدام وسيلة إلكترونية وهي " نظرية تصدير تأكيد القَبول" ، الهدف منها هو الرغبة في ترك السيطرة للمستهلك في تحديد لحظة إبرام العقد. [73] أما التشريعات العربية فقد اختلفت مواقفها ، فهناك من أخذت بنظرية وصول القَبول و في مقدمتها القانون الأردني رقم 15/2015 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية حيث قضت المادة 13 منه على أنه في غياب الاتفاق، تعتبر رسالة البيانات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه. وهو نفس الموقف الذي اتخذه المشرع الإماراتي من خلال المادة 15 من القانون الاتحادي رقم 01/2006 المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية ، بالإضافة إلى القانون البحريني المتعلق بالتجارة الإلكترونية الصادر في 14سبتمبر2002. [74]

أما نظرية العلم بالقَبول، فكان لها الحظ الأوفر في تحديد لحظة انعقاد العقد،حيث أخذت بها جل التشريعات العربية، من بينها التشريع المصري من خلال المادة 1/97 من القانون المدني ، حيث اعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك . [75]

أما المشرع الجزائري فلم يحرك ساكنا اتجاه هذا التطور الرهيب في وسائل التعاقد، فبالرغم من إصداره للقانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فبراير 2015،[76] المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، إلا أنه لم يتناول العقود الإلكترونية أو كيفية انعقادها، لكنه أشار في المادة السادسة[77] منه إلى استعمالات التوقيع الإلكتروني ، حيث جعله لتوثيق هوية الموقّع وكذا إثبات قبوله لمضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني ، أو بمعنى آخر، أن الكتابة في الشكل الإلكتروني لا يمكن الإحتجاج بها ولا التحقق من هوية صاحبها إلا عن طريق التوقيع الإلكتروني. الشيء الذي يدفعنا إلى القول أن المشرع الجزائري مازال معتمدا على نصوص صالحة فقط للتطبيق على العقود التقليدية، والتي أخذ فيها بنظرية العلم بالقَبول، على أن يكون تسلّم القَبول قرينة على العلم به. وذلك بموجب أحكام المادة 61 من القانون المدني الجزائري التي تنص:" ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، و يعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به، ما لم يقدم الدليل على عكس ذلك" ، و جاء في نص المادة 67 من نفس القانون " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقَبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، و يفترض أن الموجب قد علم

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

بالقَبول في المكان و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القَبول" و من خلال هذين النصين يتضح موقف المشرع الجزائري اتجاه تحديد لحظة انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين ، فإذا لم يتفق الطرفان على تحديد هذه اللحظة ، كان وقت علم الموجب بالقَبول هو لحظة انعقاد العقد . إلا أن هذه القواعد تضل غير كافية ، فمن الأجدر بالمشرع الجزائري أن يحذو حذو باقي التشريعات العربية مواكبة للتطور، وذلك بتعديل أحكام قانونه المدني بما يتماشى وعصر المعلوماتية.

و يرى الفقه أن هذه النظرية الراجحة في القواعد العامة لنظرية العقد في القانون المدني، والتي تبنتها التشريعات العربية ، لا تصلح كمعيار لتحديد لحظة اقتران الإيجاب والقَبول في العقد الإلكتروني، و بالتالي زمان و مكان انعقاده، و ذلك لأن القابل لا يملك دليلا لإثبات علم الموجب بالقبول، ولا يوجد معيار حاسم يمنع تحايل الموجب إزاء ذلك و ادعائه بعدم العلم بالقَبول الإلكتروني، فهي نظرية يصعب الأخذ بها في مجال التعاقد الإلكتروني، ولا سيما أن القرينة التي أخذ بها البعض بأن وصول القَبول يعتبر قرينة على العلم به، لا يمكن تطبيقها على التعاقد الإلكتروني لوجود مانع قانوني، وهو تأكيد وصول القَبول، و هو ما يعني بأنه تبنى نظرية جديدة مختلفة عن نظرية العلم بما تشمله من قرينة .

الأمر الذي يدل على قصور القواعد العامة في التعاقد العادي، حتى بالنسبة للنظرية الراجحة، عن التطبيق على التعاقد الإلكتروني ، و ذلك بسبب تميّز العقد الإلكتروني بطبيعة و خصائص متميزة مختلفة عن العقود العادية، و من ثم يحتاج إلى تنظيم قانوني تقني مزدوج لتنظيمها، أي نصوص قانونية، ووسائل تقنية خاصة مقصورة على العقد الإلكتروني، و تراعي طبيعته بوصفه نوعا من أنواع التعاقد (عن بعد) .[78]

و بعد استعراض رأي الفقه و القانون فيما يخص لحظة انعقاد العقد الإلكتروني ، يرى الباحث أن العقد ينعقد في اللحظة التي يتسلم فيها النظام الإلكتروني للقابل إشعار من النظام الإلكتروني للموجب يشير إلى وصول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القَبول إلى الموجب - كما هو الشأن في الرسائل الهاتفية، حيث يصل المرسل إشعار باستلام الرسالة من المرسل إليه ، دون أن يكون للمرسل إليه يد في ذلك – و هو ما أخذت به معظم القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية . وإذا كانت هذه اللحظة المقترحة للاعتداد بها كلحظة انعقاد العقد الإلكتروني، فلا يمكن الأخذ بها إلا في غياب إتفاق المتعاقدين على خلافها ، حيث تبقى إرادة الأطراف هي الفيصل في الأخذ بها أم لا ، كون كل القواعد القانونية المقترحة، سواء على المستوى الدولي أو على مستوى التشريعات الغربية أو العربية، لا تعدو أن تكون سوى قواعد مكملة يجوز الاتفاق على مخالفتها.

خاتمة

في ختام بحثنا نؤكد على أن التعاقد الالكتروني لم يكن وليد الصدفة، بل ظهر نتيجة التحولات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، التي كان لها تأثيرها على مختلف الميادين دون استثناء وخاصة مجال التصرفات القانونية، بعد أن كانت تتم بين طرفين حاضرين في مجلس العقد؛ أصبحت تتم بين متعاقدين يفصل بينهما ألاف الأميال.

و يعود الفضل في ذلك إلى شبكة الانترنيت التي تعتبر فضاءً مفتوحاً على العالم بأسره، تسمح لمن يريد التعامل من خلالها بإبرام العقود بمختلف أنواعها، وهذا ما أدى إلى طرح تحديات هامة تتفق مع مستجدات التطورات الحاصلة. هذه التطورات دفعت بالمنظمات العالمية والإقليمية إلى إصدار قوانين نموذجية تنظم هذا التعاقد، حيث سارعت كل الدول الغربية منها والعربية إلى مواكبة هذا التطور، وشُرعت قوانين خاصة تنظم المعاملات الالكترونية.

و قد حاولنا التعرف في هذا البحث عن كيفية إبرام العقود الإلكترونية، والوسائل والصور التي يتم من خلالها هذا التراضي، وقد خلصنا إلى أنه من الصعب تحديد زمان تلاقي الإرادتين في العقد الالكتروني، وقد وجدنا أن معظم الاتفاقيات الدولية والقوانين الغربية والعربية، أصبحت تميل إلى ضرورة تأكيد وصول القَبول، مما يعني استحداث نظرية جديدة تتلاءم مع مقتضيات البيئة الإلكترونية وهي نظرية تأكيد وصول القَبول. أما نظرية العلم بالقَبول التي تبناها المشرع الجزائري والتي تعتبر أكثر تأكيدا من طرف الفقه والقضاء في العقود التقليدية، فقد أصبح تطبيقها على المستوى الدولي يثير العديد من الصعوبات لتداخل العديد من القوانين الداخلية، وقد انتقدت لكونها تضمن حماية أكبر للمهني على حساب المستهلك الذي يظل غير عالم بوقت علم الموجب بقبوله، وبذلك يجهل وقت إبرام العقد، ويبقى تحديد الوقت في يد المهني. وقد خلصنا إلى أن أنسب لحظة يمكن الأخذ بها لانعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة وصول إشعار باستلام القَبول لدى القابل.

أما تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في القانون الجزائري فلازالت غير واضحة تماما وذلك بسبب افتقار القانون المدني على أي نصوص خاصة بالتعاقد الإلكتروني توضح بالتفصيل كيفية إبرام العقد الإلكتروني لا سيما لحظة انعقاد هذا العقد، حيث لا زال يعتمد هذا التشريع على قواعد عامة للتعاقد والتي لم تعد كافية لمعالجة كل الإشكالات التي يطرحها التعاقد الإلكتروني وبصفة أولى زمان انعقاد هذا العقد، وهو ما على المشرع الجزائري تداركه تأسيا بالتشريعات الغربية منها والعربية التي سارعت إلى استحداث قوانين خاصة بالمعاملات الإلكترونية وتعديلها؛ كلما اقتضت الضرورة، من أجل تدارك الفراغ القانوني في هذا المجال.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

التوصيات

- ضرورة تعديل قواعد القانون المدني الجزائري من خلال إضافة نصوص خاصة تعالج التعاقد الإلكتروني وذلك بصفة أولية .

- على المشرع الجزائري وضع مشروع قانون خاص بالمعاملات الإلكترونية يعالج فيه كل المسائل المتعلقة بالتعاقدالإلكتروني

الهوامش

1- Michel VIVANT, Commerce électronique cherche droit, Droit et patrimoine, n°55, décembre 1997, p50.

نقلا عن أسامة أبو الحسن مجاهد ، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت ، بحث مقدم في مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الإنترنت، كلية الشريعة و القانون، جامعة الإمارات العربية المتحدة المنعقد من 03-01 ماي 2000 ، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، 2004، ص 112

2- صالح أحمد عبطان ، الشكلية في العقود الإلكترونية ، مجلة الرافدين للحقوق، مجلد 2، السنة العاشرة ، عدد25أيلول 2005، ص238 .

3- «Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audiovisuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant»Guuillaume BEAURE D'AUGERES ,Pierre BREESE et Stéphanie THUILIER ,Paiement numérique sur internet , Etat de l'art, aspects juridiques et impact sur les métiers, THOMSON PUBLISHING ,1997,p.76

.نقلا عن أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص124.

4- هادي مسلم يونس ، التنظيم القانوني للتجارة الإلتكترونية - دراسة مقارنة ، أطروحة دكتوراه غير منشورة ، كلية القانون ، جامعة الموصل ، 2002، ص206 نقلا عن صالح أحمد عبطان ، المرجع السابق، ص 240

5- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 130.

6-طوني ميشال عيسى ، التنظيم القانوني لشبكة الأنترنت، دار صادر لبنان ، 2001، ص 206 . نقلا عن صالح أحمد عبطان ، المرجع السابق، ص241

7- أحمد عبد الكريم سلامة ، الأنترنت و القانون الدولي الخاص فراق أم تلاق، مؤتمر القانون و الكمبيوتر و الأنترنت ، جامعة الإمارات العربية المتحدة ، المنظم من 01 إلى 03 أيار ، بحوث المؤتمر، ص29 . نقلا عن صالح أحمد عبطان، المرجع السابق ، ص 241

8-أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص 97 .صالح أحمد عبطان ، المرجع السابق ، ص 242.

9-قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية للأمم المتحدة،ص. 8 .

10- انظر التوجيه الأوروبي رقم 98-8 الصادر في 1998/05/20 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد .

11- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير ، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو،الجزائر،2012،ص. 96

12- العربي بلحاج ، النظرية العامة للإلتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني، العقد و الإرادة المنفردة، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر، 2001،ص.69.

13-نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، 2005،ص. 34.

14-مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص. 96 ، سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة(دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية ، مصر،2006، ص. 105.

15- مرزوق نور الهدى ، المرجع السابق، ص. 96 .

16- مرزوق نور الهدى، المرجع نفسه ، ص. 94.

17- محمد حسين منصور ، المسؤولية الإلكترونية ، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص.67

18-مرزوق نور الهدى، المرجع السابق ، ص. 99.

19- محمد جمال محمد طاهر، التعاقد بين حاضرين و خصوصيته في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة قانونية تحليلية مقارنة)، مجلة الرافدين، المجلد12، العدد54، 2012، ص.68 .

20-Jacques FLOUR , Jean –Luc AUBERT,Eric SAVAUX , les obligations , M'acte juridique, Sirey, Paris, 2008, p107 et 108 انظر أيضا محمد جمال محمد طاهر، المرجع السابق،69 و مرزوق نورالهدى، ص.98.

21-لأكثر تفصيل راجع بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2014-2015، ص. 70.

22- انظر في ذلك : مرزوق نور الهدى، المرجع السابق،ص.ص. 113-120.

23- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 78، إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت ، مجلس النشر العلمي،2003،ص.93.

24- بلقاسم حامدي، المرجع السابق،ص. 78، عبد الودود يحي، الموجز في النظرية العامة للإلتزامات، القسم الأول، مصادر الإلتزام، دار النهضة العربية، 1985، ص.37 .

25- أكثر تفصيل انظر : بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 79.

26- محمد جمال محمد طاهر، المرجع السابق ،ص.65 .

27- بادي عبد الحميد، الإيجاب والقَبول في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، الجزائر، 2012 ،ص. 31.

28- أحمد طاهري، صلاحية السكوت للتعبير عن الإرادة- دراسة مقارنة ، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر،1998،ص.21 . انظر أيضا مرزوق نور الهدى ، المرجع السابق،ص. 132 .

29- مرزوق نور الهدى ، المرجع نفسه ، ص. 135 .

30- عبد الحميد بادي ، المرجع السابق،ص.32 . انظر أيضا محمد جمال طاهر، ص. 66.

31- محمد جمال محمد طاهر، المرجع و الموضع نفسه

32- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص. 81.

33- بلقاسم حامدي، المرجع نفسه، ص. 82.

34- محمد أمين الرومي المحامي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر ، 2004، ص.103

35- محمد أمين الرومي المحامي، المرجع نفسه، ص 104 .

36- فراح مناني،العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009ص.99.

37- إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة(دراسة فقهية مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2009، ص. 112

38- أبو الخير عبد الونيس الخويلدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص. 83.

39- بلحاج العربي ، مصادر الإلتزام في القانون المدني الجزائري ، وفق آخر التعديلات و مدعم بأحدث الاجتهادات القضائية،الجزء الأول، المصادر الإرادية، العقد و الإرادة المنفردة، دار هومة، 2015، ص 270.

40- ميكائيل رشيد علي الزيباري ، العقود الإلكترونية على شبكة الأنترنت بين الشريعة و القانون، دار الجامعة الجديدة ، مصر، 2015، ص 265.

41- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص 271.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com

42- عبد الحميد بادي ، المرجع السابق، ص 55.

43- لأكثر تفصيل أنظر عبد الحميد بادي ، المرجع السابق، ص56 ، ميكائيل رشيد علي ، المرجع السابق ، ص 265.

44- السنهوري عبد الرازق أحمد، الوجيز في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول- نظرية الالتزام بوجه عام، دار النهضة العربية، مصر، 1997، ص77.

45- بلحاج العربي، المرجع السابق، ص272

46- ميكائيل رشيد علي، المرجع السابق، ص265.

47- عبد الحميد بادي ، المرجع السابق ، ص 57.

48- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في العقود المبرمة عبر الانترنت(دراسة مقارنة)، دار الجامعة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص 154.

49- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني-دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، مصر، 2006، ص. 297.

50- علي هادي العبيدي، زمان انعقاد العقد الإلكتروني في التشريع الإماراتي، بحث مقدم في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية -الحكومة الإلكترونية) ،المنعقد في الفترة من 19-20 ماي 2009 ، بمركز الإمارات للدراسات و البحوث الإستراتيجية ، أبوظبي، ص366

51- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، عمان، 2006، ص.70.

52- نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم في مؤتمر المعاملات الإلكترونية(التجارة الإلكترونية- الحكومة الإلكترونية) ، ص53.

53- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 160.

54- محمد حسن الرفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2005، ص. 83.

55- خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص. 297.

56- أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص161.

57- نزيد محمد الصادق المهدي ، انعقاد العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص54.

58- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق ، ص 161.

59- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية(دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص.123.

60- نزيه محمد الصادق المهدي، انعقاد العقد الإلكتروني، المرجع السابق، ص56.

61- شحاتة غريب شلقامي، مرجع سابق، ص.125.

62- الترجمة العربية لمبادئ عقود التجارة الدولية الصادرة في روما عن المعهد الدولي لتوحيد قواعد القانون الخاص (UNIDROIT) لسنة 1994 ، ص53.

63- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 108

64- ناصر حمودي، النظام القانوني لعقد البيع الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2009، ص. 216.

65- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص111.

66- التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 الصادر بتاريخ 08 جوان 2000، الخاص بالجوانب القانونية لمجتمع المعلومات فيما يتعلق بالتجارة الإلكترونية بين دول الاتحاد.

67- بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 110.

68- خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق، ص 302.

69- خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع و الموضع نفسه.

70- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، المرجع السابق ، 112 .

71- Nathalie MORDU , la formation du contrat électronique : dispositifs de protection du cyber consommateur et modes alternatifs de règlement des conflits(M.A.R.C).DEA. univesité de lille . 2. Année universitaire 2002/2003.p 59 .

72- خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 303.

73- خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع نفسه ، ص 302، بلقاسم حامدي ، المرجع السابق، ص113.

74- بلقاسم حامدي ، المرجع السابق ، ص 114.

75- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص303.

76- القانون رقم 15-04 المؤرخ في 2015/02/01، المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني، الصادر بالجريدة الرسمية رقم 06 المؤرخة في 20 ربيع الثاني عام1436ه الموافق ل 10 فبراير سنة 2015، السنة الثانية و الخمسون، الجزائر.

77- تنص المادة السادسة من القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني على ما يلي " يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقّع و إثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

78- نزيه محمد الصادق المهدي ، المرجع السابق، ص 242.

المنارة للاستشارات
www.manaraa.com