وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة يحيى فارس بالمدية
كلية الحقوق والعلوم السياسية

مجلس العقد الإلكتروني

مذكرة لنيل شهادة الماسترفي الحقوق

تخصص: قانون اعمال

من إعداد الطلبة :

- أحمد مسعود عبد القادر
- بوعمريون رمضان

تحت إشراف الأستاذ:

- ماعي يوسف

السنة الدراسية 2020 - 2021

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى :

والدي الذي ساندني طيلة فترات حياتي.والى من غرست في صدري حب العلم والعطاء والعلو والهمة وتحدي الذات للوصول إلى المبتغى أمي الغالية إلى من ينتشي الفؤاد للقائهم أملا..... أخواتي ، اخواني ، ، .والى زوجتي التي ساندتني وقدمت لي الدعم.

والى ابنتي التي دخلت حياتي مؤخرا الغالية على قلبي **ريحان**

احمد مسعود عبدالقادر

الإهداء

أهدي هذا العمل المتواضع إلى كل الاهل والاحباب والاصدقاء والى كل من ساعدني من قريب او من بعيد

رمضان بوعمريون

الفصل الاول الاطار المفاهيمي لمجلس العقد الإلكتروني

تقتضي القواعد العامة المقررة في القانون المدني أنه لقيام أي عقد يستلزم صدور إرادتي الأطراف بالتعبير عنها، والمتمثلة في الايجاب والقبول، وكذا وجوب تطابقها لدى طرفي العقد بغية إحداث أثر قانوني، وهذا ما يعرف بنظرية مجلس العقد، وهوما يستلزم بالموازاة من ذلك في مجال المعاملات الالكترونية؛ لكن في مجال التعاقد الالكتروني، فيعرف العقد الالكتروني بأنه كل إتفاق يتم إبرامه عن بعد بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا، فلا يختلف عن مضمون العقد التقليدي الا من خلال الوسيلة التي يتم التعاقد وفقها، وهذه الاخيرة عادة ماتطرح إشكالات قانونية نابعة من خصوصياتها التقنية، وما ينجر عن ذلك من آثار قانونية على قيام هذا المجلس وطبيعته القانونية.

ولغرض بيان تلك الخصوصية تستلزم الدراسة التطرق أولا إلى ماهية مجلس العقد الالكتروني في المبحث الأول ، الى ابرام العقد في المجلس الالكتروني المبحث الثاني.

المبحث الأول: ماهية مجلس العقد الإلكتروني

يعتبر العقد الالكتروني العصب الأساسي للتجارة الالكترونية والسبب في ذلك يرجع لسهولة إب ارم هذه العقود التي تتم عبر وسائل الكترونية وفي هذا المبحث سنحاول تناول مفهوم العقد الالكتروني من خلال بيان تعاريف العقد الالكتروني، ثم البحث عن أوجه الخصوصية فيه كونه يبرم في بيئة الكترونية لنحاول معرفة طبيعة مجلس العقد الالكتروني.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

إن تحديد مفهوم العقد الالكتروني يقتضي إعطاء تعريف ومدلول خاص، وكذا تمييزه عن بعض العقود الأخرى، وذلك بالتركيز على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، بالإضافة إلى الخاصية الأساسية التي يتمتع بها هذا العقد باعتباره من العقود التي تبرم عن بعد.

الفرع الأول : تعاريف العقد الالكتروني

أولا: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

لقد ظهرت تشريعات عديدة للعقد الإلكتروني سواء الواردة في التشريعات الخاصة ببعض الدول، أو التشريعات الواردة في القانون النموذجي للأمم المتحدة، أو تلك التعريفات التي تطرق إليها الفقهاء[1] وبصدد معالجتنا للتعريف التشريعي للعقد الإلكتروني فأولا نعرفه وفقا للتشريعات الأجنبية، ثم يليها تعريفه وفقًا للتشريعات العربية وبعدها التعريفات التي جاء بها الفقه.

1-تعريف العقد الإلكتروني على المستوى الدولي:

في هذا العنصر نركز على التعريف الذي تناوله قانون الأونسترال[2].

أ-تعريف العقد الإلكتروني في القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية:

بالرجوع إلى نصوص القانون النموذجي الصادر عن الأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، نجد أنه قد اكتفى في المادة 2/أ يعرف رسالة البيانات بأنها: <<المعلومات التي يتم إنشائها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس>>.

أما الفقرة "ب" من نفس المادة فقد عرف تتبادل البيانات الإلكترونية فنصت: <<يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات الإلكترونية من حاسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات>>[1]

---

[1] لزهر بن سعيد، **النظام القانوني للعقود التجارة الالكترونية**، دار هومة، الجزائر 2012، ص40.

[2] الأونسترال: هي لجنة التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة تضم في عضويتها غالبية دول العالم المتمثلة لمختلف النظم القانونية الرئيسية وغرضها الرئيسي تحقيق الانسجام والتوائم بين القواعد القانونية الناظمة للتجارة الإلكترونية وتحقيق وحدة القواعد المتبعة وطنيًا في التعامل مع المسائل التجارية العالمية، وقد حقق الأونسترال العديد من الإنجازات في هذا الميدان أبرزها إبرام عدد من الاتفاقيات الدولية لعام 1980 والاتفاقية الخاصة وغيرها بالتدعيم التجاري الدولي.

يلاحظ أن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم تعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة 2 أو ب:

- نقل معلومات من كمبيوتر إلى آخر وفق لنظام موحد.
- الوسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قياسية.
- النقل بالطريق الإلكتروني لنصوص استخدام الانترنت أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس.

الواضح مما سبق أن الانترنت حسب هذا القانون ليست الوحدة لإتمام عملية التعاقد عن بعد بل تشاركها وسائل أخرى مثل جهازي التلكس والفاكس[2].

ب- تعريف العقد الإلكتروني في قانون التوجيه الأوروبي:

نصت المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلك على أنه: <<عقد متعلق بالسلع والخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال التنظيم الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد والذي يتم باستخدام واحد أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام العقد>>[3].

والتعاقد عن بعد وفقا لنصوص التوجيه الأوروبي هو: <<كل عقد يتم بين المورد والمستهلك في مجال البيع أو أداء الخدمات عن بعد بواسطة وسائل الاتصال المتعددة أيا كانت وسيلة الاتصال بما فيها التعاقد عبر شبكات الانترنت>>[4]

كما تضمن التوجيه الأوروبي النص على حماية المستهلك سواء فيما يتعلق بإبرام العقد عن بعد أو فيما يتعلق بتنفيذه فقد ألزم التوجيه المهني بعدة التزامات منها التزام بإعلام المستهلك والالتزام بالمطابقة، كما أن التوجيه الأوروبي تعرض لحماية المستهلك من الاعتداء على الكارت المستخدم في الدفع[5].

2- تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العربية:

---

[1] قرار رقم 51/162 الصادر عن الجمعية العامة لهيئة الأمم المتحدة في 30 جانفي 1996 تحت عنوان القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، الوثائق الرسمية للأمم المتحدة (A/20/51/162/1996).

[2] مناني فراح، **العقد الإلكتروني، وسيلة الإثبات الحديثة في القانون المدني الجزائري**، دار هومة، الجزائر، 2009.
مخلوفي عبد الوهاب **التجارة الإلكترونية عبر الانترنت**، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية حقوق علوم سياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012، ص 54.

[3] مناني فراح، مرجع نفسه، ص 28

[4] شحاتة غريب شلقامي، **التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية "دراسة مقارنة"**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص 18

[5] شحاتة غريب الشلقامي، مرجع سابق، ص 19.

حاولت مختلف التشريعات العربية التطرق إلى تعاريف عديدة للعقد الإلكتروني، وهذا ما سنحاول تناوله من خلال العناصر التالية:

1- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري:

عرف المشرع الجزائري العقد الإلكتروني في المادة السادسة من الفقرة الثانية من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية التي تنص أن: <<العقود الإلكترونية: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأول 1425 الموافق لـ 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية. ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريًا لتقنية الاتصال الإلكترونية>>[1]

وبالرجوع إلى نص المادة الثانية الفقرة الرابعة من القانون 04-02[2] نجدها تعرف العقد أنه: <<كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حر مسبقًا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغير حقيقي فيه...>>.

وبهذا نستنتج أن المشرع الجزائري اعتبر العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية، تسري عليها الأحكام القانونية المنظمة لهذه الأخيرة، وأنه لا يتميز عناه إلا وسيلة إبرامه وهي وسيلة إلكترونية.

2- تعريف العقد الإلكتروني في القانون التونسي:

كانت تونس أول دولة عربية تضع تقنينا خاصًا بالمعاملات الإلكترونية وهو التقنين رقم 83 لسنة 2000.

حيث نص المشرع التونسي في الفصل الأول من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية على: <<العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية فيما لا يتعارض مع أحكام هذا القانون>>[3]

يتجلى هذا القانون أنه لم يرد تعريف صريح للعقد الإلكتروني، حاول إيضاح بأنه عقد تنطبق عليه العقود الكتابية او التقليدية، من حيث التعبير عن الإرادة وآثارها القانونية وصحتها وقابليتها للتنفيذ، بأن العقد الإلكتروني يختلف عنها في وسيلة إبرامه وهي الوسيلة الإلكترونية[4].

3- تعريف العقد الإلكتروني في القانون الأردني:

عرفت الفقرة الثانية من المادة الثانية من القانون الأردني الخاص بالمعاملات الإلكترونية[1] العقد الإلكتروني بأنه: <<الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط إلكترونية، كليًا أو جزئيًا>>، كما أضافت الفقرة

---

[1] قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، المرجع السابق.

[2] قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، عدد 41 الصادر في 2004/07/27 معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 2010/08/21، ج ر، عدد 41 الصادر في 2010/08/23.

[3] قانون رقم 83 مؤرخ في 2000/08/09 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

[4] د/فيصل محمد كمال عبد العزيز، **الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية**، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 163.

الثالثة من نفس المادة تعريف خاص لمصطلح "الإلكتروني" التي تتم بواسطتها العقود على أنه: <<أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو إلكترو مغناطيسية أو ضوئية، أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها>>[2]

4- تعريف العقد الإلكتروني في القانون البحريني:

اكتفى المشرع البحريني بتعريف مصطلح الإلكتروني دون أن يشير إلى تعريف العقد الإلكتروني حيث جاء في المادة الأولى من القانون البحريني الخاص بالمعاملات الإلكترونية أن الإلكتروني: <<تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو كهرومغناطيسية أو بصرية أو بليوترية أو فوتونية، أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة>>[3].

5- تعريف العقد الإلكتروني في القانون المصري:

عرفت المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الإلكتروني المصري العقد الإلكتروني بأنه: <<كل عقد تصدر منه إرادة الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كاليًا أو جزئيًا عبر وسيط إلكتروني>>[4]

ثانيا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

لقد أورد الجانب الفقهي عدة تعريفات للعقد الإلكتروني، ومنهم من حصره في العقد المبرم عبر الانترنت واشترط وسيلة اتصال مسموعة ونجد رأيا مخالفا عرفه على أساس اعتباره ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد ومن هاتين النقطتين سنعرف العقد الإلكتروني من جانبه الفقهي:

1-التعريف الأول:

ذهب أنصار هذا الاتجاه إدراج عدة تعريفات للعقد الإلكتروني أهمها: <<العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الإنترنت>>. ويعاب على هذا التعريف أنه حدد وسيلة إبرام العقد الإلكتروني في شبكة الإنترنت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس والفاكس والمنتيل في فرنسا[5].

ومنهم من عره على أنه :<<اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل>>[6]، حسب أنصار هذا الاتجاه العقد الإلكتروني هو الذي يتم بوسيلة مسموعة مرئية صادر من الموجب بشأن عرض معاملة بطريقة إلكترونية، على شبكة الاتصالات بقبول مطابق له صادر من الطرف الثاني وذلك

---

[1] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 مؤرخ لسنة 2001.
[2] قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، المرجع السابق.
[3] قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر في 2002/09/14.
[4] مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري.
[5] مناني فراح، مرجع سابق، ص 22 أنظر أيضا خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني** "دراسة مقارنة"، د ط، دار الفكر الجامعي الإسكندرية، 2007، ص 23.
[6] المرجع نفسه، ص 23.

بغرض إنجاز عمليته أو إبرام صفة معينة[1]، غير أن هذا التعريف حصر وسيلة التعاقد الإلكتروني في وسيلة واحدة هي التعاقد عن طريق الانترنت في حين أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية بدون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية كالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني وفيه يكون التعبير عن الإرادة كتابيًا ومع ذلك يعتبر عقدًا إلكترونيًا[2].

2- التعريف الثاني:

استند أنصار هذا الاتجاه تعريف العقد الإلكتروني إلى أهم خاصية من خصائصه التي ينعقد بها وهي إبرام هذا الأخير عن بعد وبدورهم أوردوا عدة تعاريف سنعالج التعاريف التي أتى بها الفقه الأمريكي واللاتيني:

أ-تعريف العقد الإلكتروني في الفقه الأنجلوسكسوني:

عرفه الفقه الأمريكي العقد الإلكتروني: <<هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري عن بعد وذلك وسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل>>[3]

ب- تعريف العقد الإلكتروني في الفقه اللاتيني:

عرفه الفقه اللاتيني على أنه: <<اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية ويفضل التفاعل بين الموجب والقابل>>، وهذا التعريف ناقص ويعاب عليه أنه لم يوضح تلاقي الإيجاب المتمثلة في إنشاء التزامات تعاقدية[4].

وبناء على ما تم ذكره من تعاريف العقد الإلكتروني يمكن تعريفه بأنه: <<ذلك العقد الذي يتم إبرامه بإحدى الوسائل الإلكترونية سواء كليًا أو جزئيًا متى كانت هذه الوسائل تحدث التفاعل المطلوب لإتمام العقد بين أطرافه ويرتب التزامات على عاتقهم>>[5]

الفرع الثاني: خصائص ومميزات العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني بالعديد من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود الكلاسيكية (التقليدية) أهمها أنه: من العقود التي تبرم عن بعد، وأنه مبرم بوسائل إلكترونية وأنه ذو طابع دولي وأنه يغلب عليه الطابع التجاري.

---

[1]أسامة عبد العليم الشيخ، **مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية**، "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013، ص 23.

[2]مناني فرح، مرجع سابق، ص 23، أنظر ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الإلكتروني**، الطبعة الأولى، الرياض، ص 23.

[3]أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 22. أنظر أيضا لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 42، أنظر أيضا خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 73

[4]مناني فراح، مرجع سابق، ص 51.

[5] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 43.

ولدراسة هذه الخصائص سنتطرق إلى خصائص العقد الإلكتروني من حيث طريقة إبرامه، من حيث مجال ظهوره، من حيث طبيعته القانونية وذلك كالآتي:

أولا: خصائص العقد الإلكتروني: من حيث إبرامه

يمتاز العقد الإلكتروني في طريقة إبرامه أنه يتم بوسيلة إلكترونية، كما أنه عقد يبرم عن بعد منه سندرس هاتين الخاصيتين كالآتي:

أ-العقد الإلكتروني عقد مبرم بوسيلة إلكترونية: إن أهم خاصية يمتاز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود الأخرى، هي أنه عقد يتم عبر وسائل إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة وتتمثل عادة في أنظمة الكمبيوتر بشبكات الاتصال الحديثة العالمية، حيث لا يمكن حصر هذه الوسائل في الوقت الراهن نظرًا لارتباطها بالتطور التكنولوجي إلا أنه يمكن عرض أهم هذه الوسائل على النحو التالي[1]:

-الحاسب الآلي: الحاسب الآلي أو الحاسوب[2] هو أوسع الأجهزة انتشارًا واستخداما في التعاقد عبر الانترنت.

- التجهيزات الذكية: هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الانترنت وتبادل عمليات الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات.

- الهاتف المحمول: ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيًا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الانترنت وقد استخدمت الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية تعرف بـ WAP، وقد أدى إلى ظهور نمط جديد من التجارة تسمى بالتجارة الخلوية، ويرمز لها باختصار بـ M-commerce[3].

ب- العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد: الأصل في التعاقد هو حضور الطرفين في مكان واحد وزمان واحد أي في مجلس عقد واحد[4]، إلا أن العقد المبرم عن بعد هو ذلك التعاقد الذي لا يجمع بين المتعاقدين في مجلس عقد واحد ولا يكون بينهما اتصال مباشر، أي وجود فاصل زمني ما بين صدور الإيجاب وعلم القابل به، وصدور القبول وعلم الموجب له مهما كان الفاصل قصيرًا[5].

ولما كان العقد الإلكتروني من العقود التي يتم إبرامها عبر شبكة الانترنت أي عن بعد وجب التمعن في بعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلا في القواعد العامة التي تنظم العقود الكلاسيكية

---

[1] منائي فراح، مرجع سابق، ص 37.

[2] تعريف الحاسوب: <<جهاز إلكتروني له القدرة على تقبل كم هائل من البيانات وتخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها، وإجراء العمليات الحسابية بسرعة فائقة وبدقة متناهية>>.

[3] منائي فراح، مرجع سابق، ص 47.

[4] مصطفى موسى العجارمة، **التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت**، دار الكتب، الإسكندرية ،2010 ، ص 81.

[5] بشار محمد دودين، **الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 42.

التقليدية فالأمر يكون سهلا بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف الذي يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها:

استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد تلاقي الإرادتين، إذ يتم بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.

- التحقق من مكان إبرام العقد.
- اعتماد مجموع العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين[1].

بالإضافة إلى ما سبق ذكره تجدر الإشارة إلى أن اعتبار العقد الإلكتروني ضمن العقود المبرمة عن بعد، لا يعني أنه دائمًا تعاقد بين غائبين، كون أن التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد، الذي يكون افتراضيًا في مثل هذه العقود، كأن يكون العقد المبرم عن بعد باستعمال وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة.

2- خصائص العقد الإلكتروني من حيث ظهوره:

يمتاز العقد الإلكتروني من حيث ظهوره بخصائص متعددة من بينها أنه ذو طابع تجاري ودولي ويظهر ذلك من خلال عرضنا لما يلي:

أ-العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري: إن أغلب العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت تتم عبر التجار[2]، لأن العقد الإلكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الإلكترونية، يطلق عليه تسمية "عقد التجارة الإلكترونية"، وتعرف هذه المعاملة التجارية بأنها: <<تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية>>[3]

ب- العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي يتسم العقد الإلكتروني غالبا بالطابع الدولي وأنه عقد عابر للحدود، حيث تتم أغلب المعاملات الإلكترونية عبر شبكة الانترنت بين أشخاص يتواجدون وينتمون إلى دول مختلفة من كافة أنحاء العالم فهذه العقود لا تتقيد بحدود الدول ولا تعترف بهذه الحدود، إلا أنه لا يمنع من قيام التعاقد عبر شبكة الانترنت بين أطراف ينتمون إلى دولة واحدة[4].

هذا ما أدى إلى ظهور آراء فقهية مختلفة حول الصفة الدولية للعقود الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للاتصالات، ولعل اختلافهم يكمن في مدى إمكانية توظيف العلاقات القانونية التي تبرم عن بعد والتي تتخطى الحدود الجغرافية للدول، ويمكن جمع هذه الآراء في اتجاهين هما:

---

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، **خصوصية التعاقد عبر الانترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003، ص ص 41.
[2] مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 102
[3] بشار محمد دودين، مرجع سابق، ص 75.
[4] مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 101

الاتجاه الأول: تعتبر نوعين من العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت، الأول هي العقود التي يكون أحد أطرافها مقيما في دولة ومورد خدمات الاشتراك مقيما في دولة أخرى، وشركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر شبكة مقيمًا في دولة ثالثة، إذن هذه العقود هي عقود دولية. أما النوع الثاني من العقود فهي التي تتركز فيها جميع العناصر السابقة في دولة واحدة فهذه العقود لا تثير إشكالية الطابع الدولي من عدمه.

الاتجاه الثاني: يرى هذا الاتجاه بأن الطابع الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أيا كان نوعها تأسيسًا على أن الشبكة الإلكترونية، تجسيدًا حقيقيًا لفكرة العولمة، ومن ثمة يصعب توطيد العلاقات لتوافر المعايير التي تستخدم في تحديد دولية العقود[1].

3- خصائص العقد الإلكتروني من حيث طبيعته القانونية:

يبرم عبر شبكة الانترنت العديد من العقود الإلكترونية من طرف مستخدمي هذه الوسيلة من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات، هذا ما يتطلب التمعن في تكييف هذه العقود إن كانت عقود إذعان تنعدم فيها حركة حرية الأطراف المشاركة في وضع بنود العقد، أم أنه من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف[2].

ومنه سوف نتطرق إلى ذكر سمات كلاهما عقد إذعان وعقد رضائي فيما يلي:

أ-العقد الإلكتروني عقد إذعان: تسبق عملية التعاقد عادة مرحلة تسمى مرحلة المفاوضات العقدية وتهدف هذه المرحلة إلى تبادل وجهات النظر بين طرفي العقد، وتدور هذه المفاوضات غالبًا حول شروط تتعلق بتكوين العقد وصحته ونفاذه وكذلك تحديد الالتزامات المتولدة عن عملية التعاقد[3]، ونظرًا لعدم اختلافا لعقد الإلكتروني عن العقد التقليدي في تركيبه ومضمونه.

حيث نقصد بعقد الإذعان: <<العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشات وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها>>

بمقتضى هذا التعريف أن عقد الإذعان يستلزم توافر ثلاثة شروط مجتمعة وهي: أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية تمس مصلحة حقيقية، وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الاستغناء عنها بسهولة، وأن

---

[1] صبرينة قسنطيني حدة، **العقد الالكتروني، (الانعقاد و الاثبات)**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، فرع قانون السوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الصديق بن يحي، جيجل، 2012 ،ص 23-24.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 16.

[3] مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 95.

تكون محل احتكار سواء محتكر وحيد، أو من عدد قليل من المحتكرين لهذه السلعة، الذين يقومون بتحديد سعر بيعها بالإضافة إلى شرط أن يسلم أحد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشة[1].

فإن العقود الإلكترونية يمكن أن تكون من عقود الإذعان إذا توافرت الشروط مجتمعة فإذا توافرت أحد الشروط أو بعضها دون البعض الآخر، فلا يكون ثمة عقد إذعان[2] يمكن أن نصر خصائص عقود الإذعان فيما يلي:

- تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة للمستهلكين التي لا يستطيع الاستغناء عنها أو يمكنه ولكن بصعوبة مثل: خدمات الماء والكهرباء ووسائل النقل وغيرها من الضروريات[3].

- احتكار الموجب بهذه السلعة أو المرافق احتكارًا قانونيًا: مثل الامتياز المعطى لإحدى الشركات لتوزيع الغاز على المستهلكين. كأن يجيز القانون تقديم الغاز من قبل أي شركة وفقا لشروط معينة ولكن لا توجد سوى شركة واحدة تتوافر فيها الإمكانيات اللازمة لذلك، بحيث لا يتعارض للمنافسة أو أن تكون منافسة محدودة النطاق.

- صدور الإيجاب إلى كافة الناس بشروط واحدة وعلى نحو مستمر، أي لمدة غير محدودة فغالبًا ما يكون بصيغة خطية أي نماذج عقود، فالمعيار الذي يميز عقد الإذعان عن غيره من العقود <<هو استبعاد كل إمكانية لمناقشة شروطه>>[4].

ب- العقد الإلكتروني عقد رضائي: إن عقد المساومة هو الذي يقوم التراضي فيه أساس الفعلية والقانونية بين أطرافه، بحيث يستطيع كل منهم مناقشة شروطه فيتم الاتفاق بينهم بعد التفاوض.

فإنه تم التعاقد بواسطة البريد الإلكتروني أو من خلال برامج المحادثة، أو باستخدام الوسائل السمعية المرئية فيكون عقد رضائي، حيث يتبادل الطرفين الآراء ووجهات النظر عبر الوسائل الإلكترونية ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه[5].

المطلب الثاني: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

تعتبر مرحلة مجلس العقد أهم مرحلة في العقد، كونها أساس وجوده، ومع ذلك فد تعددت المحاولات الفقهية في إعطاء تعريف محدد لها وعلى أساس ذلك سمعت لمحاولة تكييف مجلس العقد عبر الوسائل الإلكترونية، وبيان طبيعته القانونية، نظرًا لكون التعاقد الإلكتروني يتم عن بعد .

---

[1] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 48.

[2] إلياس ناصيف، **العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن**، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عمان، 2009، ص 46.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 88

[4] مصطفى موسى العجارمة، مرجع سابق، ص 95-96.

[5] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 88.

ويعتبر مجلس العقد المرحلة الأهم في تكوين العقد سواء التقليدي أو الإلكتروني، غير أن أهميته تكتسي طابعًا خاصًا إذا ما تعلق الأمر بالعقد الإلكتروني، ذلك لانتشار وسائل الاتصال الحديثة بمختلف أنواعها؛ والتي عن طريقها أصبح لا حاجة إلى حضور المتعاقدين في مجلس واحد، وعليه لا يختلف مجلس العقد الإلكتروني عن مجلس العقد التقليدي إلا من حيث السيلة التي يتم بها، وعليه سنحاول في هذا المطلب الوقوف على بيان المقصود بمجلس العقد الإلكتروني من خلال تعريفه (الفرع الأول)، ثم بيان تصنيفاته ببيان نوعيه (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني

إن نظرية مجلس العقد ذات وزن فقهي وقانوني كونها أساس تكوين العقد، ومن ذلك فقد سعى الفقهاء لمحاولة تعريفها تعريفًا واضحًا ودقيقًا، وقبل التطرق لذلك توجب تبيان المعنى اللغوي له كالتالي:

أولا: التعريف اللغوي لمجلس العقد

المجلس من جلس، الجلوس، القعود، جلس يجلس جلوسًا، فهو جالس، والمجلس جماعة الجلوس[1]، المجلس في اللغة هو موضع الجلوس، وجمع المجالس، قد يطلق المجلس مجازًا على طائفة من الناس تخصص للنظر فيهما يناط إليها من أعمال، وتسمية للحال باسم المحل، ومن ذلك فالمجلس مصدر للفعل جلس، وهو يدل على جماعة الجلوس عند الانشغال في أمور معينة، فسمي مجلس العقد بالنسبة إلى تلك الجماعة عند اجتماعها وجلوسها على طاولة والخوض في شؤون معينة[2].

ثانيا: تعريف مجلس العقد اصطلاحًا

تختف الآراء الفقهية في تحديد تعريف مجلس العقد سواء في الفقه الإسلامي أو الفقه المعاصر، وترجع صعوبة وضع تعريف جامع مانع لمجلس العقد إلى عدة أسباب[3]، أما في تشريعات الدول وكذا القوانين النموذجية (اليونسترال)[4]، لم نتطرق لتعريف مجلس العقد وإنما تركت ذلك للفقه والقضاء باعتبار أن التعريف يخرج عن اختصاص المشرع ومن بينها المشرع الجزائري فقد اكتفى بالنص على الأحكام المتعلقة بنظرية مجلس العقد وفقا للمبادئ العامة في القانون المدني.

1-تعريف مجلس العقد في الفقه الإسلامي:

---

[1] أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، **لسان العرب**، المجلد الثالث، ط1، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1863م، ص ص 176-177.

[2] عبد العليم الشيخ أسامة، **مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي)**، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2008م، ص 19.

[3] باسم محمد سرحان إبراهيم، **مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق**، ط1، دار النفائس، الأردن، 2011، ص 56،

[4] ينشأ القانون النموذجي كنمط مقترح على المشرعين في الحكومات الوطنية للنظر في اعتماده كجزء من تشريعاتهم الداخلية، أما الاتفاقية فهي صك ملزم بموجب القانون الدولي على الدول والكيانات الأخرى التي تختار أن تصبح أطرافًا في ذلك الصك، وعموما لا يسمح بمخالفة أحكام الاتفاقيات إلا إذا كانت الاتفاقية تسمح بإبداء التحفظات بشأن أحكامها، www.uncitral.org .

اختلف فقهاء الشريعة الإسلامية في تعريفهم لمجلس العقد، إذ أن هناك من عرفه انطلاقا من عنصر الزمان، والبعض الآخر اعتبارًا من عنصر المكان، وآخرون اعتبروه وحدة زمانية ومكانية، كما عرفه البعض أنه هيئة معينة.

أ-اعتبار مجلس العقد وحدة زمنية: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مجلس العقد هو: <<المكان الذي يجمع الطرفين من حيث الزمان ولا يجمعهم من حيث المكان، والذي تفصل فترة زمنية بين صدور القبول وعلم الموجب به>>[1]، ويلاحظ على هذا التعريف، أنه اقتصر على عنصر الزمان وأهمل عنصر المكان، وعجز عن إعطاء مفهوم واضح شامل وكامل لمجلس العقد.

ب- اعتبار مجلس العقد وحدة مكانية: اعتنق هذا الاتجاه معظم الفقهاء القدامى كفقهاء الأحناف، المالكية، الشافعية... فاعتبروا مجلس العقد وحدة مكانية تتمثل في صدور الإرادتين المتمثلة في الإيجاب والقبول في مكان واحد[2].

لذلك عرف بأنه: <<اجتماع المتعاقدين في مكان واحد، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، وذلك من أجل إبرام العقد، ويبدأ المجلس بصدور الإيجاب ويظل قائمًا طالما كان الطرفان منشغلين بالتعاقد>>[3]

ومن خلال هذا التعريف فمجلس العقد هو المكان الذي يوجد فيه المتعاقدان، ويبدأ من وقت صدور الإيجاب، ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد، ولم يحصل إعراض منهما، وإن حصل من أحد المتعاقدين إعراض، فقد انفض مجلس العقد، وإن قام أحدهما وترك المكان الذي صدر فيه الإيجاب، فقد انفض أيضا مجلس العقد[4].

ومن ثم فإن أصحاب هذا الاتجاه يشترطون وحدة المكان لانعقاد العقد، فإن اختلف مكان تواجدهما، فلا ينعقد العقد، ومن الملاحظة على هذا الاتجاه أنهم ربطوا عنصر المكان بوجوب عدم انشغال المتعاقدين بموضوع أو بعمل يسبب اختلاف المجلس[5].

وقد لاقى هذا الرأي نقدًا على أساس إهماله لعنصر الزمان في مجلس العقد، باعتباره عنصر أساسي في تكوين مجلس العقد.

---

[1] نادية ياس البياتي، **التوقيع الإلكتروني عبر الانترنت ومدى حجيته في الإثبات**، ط1، دار البداية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014م، ص73.

[2] عبد الهادي سالم الشافعي جابر، **مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)**، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001م، ص ص 86-87.

[3] طلال ياسين العيسى، ، **العقد الإلكتروني تحديد مفهومه وطبيعته وتكويناته والقانون واجب التطبيق عليه**، د ط، دار البيروني للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007م، ص 77.

[4] المرجع نفسه، ص 64.

[5] فلو أن المتعاقدين جمعهما مكان واحد وبذلك تحققت وحدة المجلس أخذا بضابط المكان، لكنهما انشغلا بعدها بموضوع آخر مستقل عن موضوع التعاقد، أو أنهما انصرفا إلى عمل آخر في نفس المكان فإن المجلس لا يقوم حتى لو تحققت وحدة المكان.

ويتفرع عن هذا الاتجاه رأي يأخذ بفكرة مجلس العقد على أساس عنصر المكان على إطلاقه[1]. فالإيجاب والقبول عندهم يجب أن يصدر في وحدة مكانية ثابتة، فإذا ما فصل بين الإيجاب والقبول تغير في هذه الوحدة سقط الإجاب، وانفض المجلس[2].

ج- اعتبار مجس العقد وحدة زمنية ومكانية: ويرى أصحاب هذا الاتجاه بأن المقصود بمجلس العقد:

<<هو اجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان>>[3]، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، عندما يكونان منصرفين إلى التعاقد ولا يشغلهما عنه شاغل، وينفض بمغادرة المكان، أو إذا شغل أحدهما عن التعاقد شاغل[4].

فبالنظر إلى هذا الرأي فهو يشترط لقيام مجلس العقد ضرورة صدور الإيجاب والقبول في نفس المكان والزمان ونفس الجلسة، ومن ذلك فإن صدر الإيجاب ولم يصدر قبول مطابق له فورًا لا يقوم المجلس ولا ينعقد العقد حتى وإن صدر القبول بعد فترة وجيزة من صدور الإيجاب، وكذلك الأمر في حالة ما إذا صدر الإيجاب فلا يقوم المجلس ولا ينعقد العقد، وفي كلتا الحالتين يتحلل الموجب[5]، من التزامه بالإيجاب.

د- مجلس العقد هيئة معنية: ذهب البعض من الفقهاء إلى تعريف مجلس العقد على أساس الحال أو الهيئة التي يكون عليها المتعاقدين وهما مقبلان على التفاوض بشأن موضوع التعاقد بأن كانا واقفين أو جالسين، فيجب أن يستمرا على هذه الهيئة، ومنه متى عبر أحد الأطراف عن إرادته بعد اختلال هذه الهيئة، فإن مجلس العقد لا ينعقد، وينعدم أي أثر لهذا التعبير[6].

ويعرفون مجلس العقد بأنه: <<الحال التي يكون فيها المتعاقدان مقبلين على التفاوض في العقد، فيلغى الإيجاب إذا انفض المجلس قبل القبول، ولا عبرة لوجود القبول بعد ذلك>>[7]

ويلاحظ على هذا التعريف أنه اعتبر مجلس العقد هيئة أو حالة معينة يكون عليها المتعاقدين عند إقبالهما على التفاوض، حيث أنه أخلط بين مرحلة التفاوض والتي هي مرحلة سابقة تمهيدية لمجلس

---

[1] مرزوق نور الهدى، **التراضي في العقود الإلكترونية**، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية تيزي وزو، بتاريخ 2012/05/08، ص 156.

[2] محمد وحيد الدين سوار، **الشكل في الفقه الإسلامي**، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998م ، ص 58.

[3] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 156.

[4] إلياس ناصيف، **العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عمان، 2009، ص 106 نادية ياس البياتي، المرجع السابق، ص 71.

[5] عامر محمد الكسواني، **التجارة عبر الحاسوب (دراسة مقارنة)، ط1**، دار الثقافة وللنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008، ص 109.

[6] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 156.

[7] طارق كاظم عجيل، **ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث)، ط1**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011م، ص 201.

العقد، وبين مرحلة مجلس العقد التي تبدأ بصدور الإيجاب إلى غاية القبول وانعقاد العقد كما أنه لم يتكلم عن العنصر المادي والمعنوي لمجلس العقد.

2- تعريف مجلس العقد في الفقه المعاصر:

ذهب الفقهاء المعاصرون إلى تعريف مجلس العقد بأنه: <<زمان ومكان التعاقد، والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد>>[1]

من خلال التعريف فإن مجلس العقد يمنع المهلة الكافية للمتعاقدين من أجل التعمق والتفكير قبل الإقبال على قبول التعاقد، فيمنح للطرفين الحق في العدول على إبداء الرغبة في التعاقد[2]، طالما لم يترتب عليها أثر قانوني، فالموجب له حق العدول عن الإيجاب طالما لم يقترن بقبول مطابق.

وللقابل[3] خيار القبول طالما أنه في خيرة من أمره، ولم ينفض المجلس بعد وهو ما يصطلح عليه بخيار المجلس[4].

ويعرف مجلس العقد بأنه: <<المكان والزمان اللذان ينشغل فيهما المتعاقدان والذي يبدأ بالإيجاب، وينتهي بانتهاء الاشغال بالتعاقد>>[5]

ومن مميزات هذا التعريف:

- يجمع بين ركني مجلس العقد[6].

- يشير إلى فترة مجلس العقد من خلال كلمة المتعاقدين وكلمة التعاقد، وهذا قيد يخرج الفتة التي تلي مجلس العقد[7].

- يحدد بداية مجلس العقد من خلال عبارة "والذي يبدأ بالإيجاب" وهذا قيد يخرج به مقدمات المجلس، والتي تكون قبل بدئ المجلس من مفاوضات ومساومات.

- فيه ترجيح لرأي الحنفية، أن الإيجاب هو ما صدر أولا، سواء كان من البائع أو المشتري[8].

- يشير إلى نهاية مجلس العقد وانفضاضه "وينتهي بانتهاء الانشغال بالتعاقد".

- إن مجلس العقد يقوم على شركين أولهما حضور المتعاقدين في مجلس العقد حضورًا افتراضيًا، وثانيهما بدئ الانشغال بالتعاقد[9].

---

[1] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 156-157 .

[2] عبد الحميد بادي، **الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني**، مذكرة ماجستير في الحقوق، إشراف حامق ذهبية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، بن عكنون، 2011-2012، ص 46.

[3] عمار محمد الكسواني، المرجع السابق، ص 110.

[4] خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)**، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007م، ص 361، طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 201.

[5] عبد الرزاق السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ، ص ص 6-7.

[6] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 204.

[7] باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص 69

[8] المرجع نفسه، ص 69.

[9] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 204.

3- موقف المشرع الجزائري من التعريفات:

إن مجلس العقد فكرة من صنع الفقه الإسلامي، ولم يكن لها أثر في التشريع الفرنسي، أخذت بها التشريعات العربية واكتفت بالنص عليها في نصوص محدودة لا تكفي لتفصيل أحكام هذه النظرية.

فقد نص القانون المدني الجزائري ف المادة 64 ق م ج[1] على أنه:

<<إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه، إذا لم يصدر القبول فورًا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل>>[2]

من خلال نص المادة، فالمشرع الجزائري لم يقدم تعريفًا لمجلس العقد، وعلى مباشرة بتنظيم أحكامه، وما يلاحظ من نص المادة أن المشرع ساوى في أحكام التعاقد بين حاضرين وما يقابلها في التعاقد بطريق الهاتف أو بأي وسيلة تقترب فنيا من الهاتف.

ومن خلال ما سبق عرضه يمكن القول بأن جل التعاريف السابقة لم تتكلم عن تعريف مجلس العقد الإلكتروني وإنما بينت تعريف مجلس العقد التقليدي، ومن ذلك فإنه لا يختلف مجلس العقد الإلكتروني الذي يتم عبر وسائل إلكترونية عن مجلس العقد التقليدي إلا من خلال الوسيلة التي يتم بها التعاقد.

ويمكن تقديم تعريف لمجلس العقد الإلكتروني بأنه: المجال أو الإطار الزماني والمكاني الذي يتم خلالهما انعقاد العقد عبر وسائط إلكترونية، بحيث يبدأ هذا المجلس بصدور الإيجاب الإلكتروني وينتهي بصدور القبول الإلكتروني الموافق للإيجاب، دون الانشغال عما يخص المسائل المتعلقة بالعقد.

الفرع الثاني: أنواع مجلس العقد الإلكتروني

يصبو المتعاقدان في مجلس العقد الوصول إلى إبرام العقد عن طريق التراضي فيما بينهما لأن الرضا جوهر العقد، إذ لا يكفي لحصول التراضي أن يتوافر إيجاب وقبول، وإنما لابد من أن يرتبط أحدهما بالآخر، ولا يتحقق هذا إلا إذا اقترن بالقبول والإيجاب، حالة كون الإيجاب قائمًا لم يسقط فإن كان قد سقط لسبب أو لآخر فإنه لا يحصل ارتباط القبول بالإيجاب ومن ثم لا يقوم العقد، ولذلك جاءت فكرة اعتبار مجلس العقد حقيقي أم اعتباره حكميًا [3].

اولا: مجلس العقد الحقيقي

---

[1] الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 78، الصادر في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، جريدة رسمية عدد 44، الصادرة في 2005/06/26.

[2] ويقابلها في التشريعات العربية المادة 94 من القانون المدني المصري، والمادة 46 من القانون المدني الكويتي، والمادة 96 من القانون المدني الأردني، والمادة 82 من القانون المدني العراقي.

[3] محمد صديق محمد عبد الله، **مجلس العقد، "دراسة مقارنة"**، دار الكتب القانونية، إسكندرية، 2009، ص 113.

يصد بمجلس العقد المتعاقدين في مكان واحد، فيكونان على اتصال مباشر، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة باعتبارهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضًا، وإما بانفضاضه دون رد[1].

حيث يصدر الإيجاب والقبول في مجلس العقد بين حاضرين في مكان واحد سواء كان المتعاقدين وجها لوجه في بيت أو مسجد أو صحراء أو سفينة أو سيارة أو يمشيان، أو كانا متباعدين بحيث يسمع كل منهما الآخر أو يراه بحيث لا يلتبس عليه صوته أو صورته، وكذا في زمان واحد يمتد من صدور الإيجاب ويبقى مادام المتعاقدان منصرفين ولم يظهر أي إعراض من أحدهما[2].

1: المقصود بمجلس العقد الحقيقي:

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه: <<المجلس الذي يكون المتعاقدين حاضرين فيه يقينيًا معا>>. ويعره البعض أيضًا بأنه: <<المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يظلا على اتصال مباشر وبالتالي يسمع أحدهما كلام الآخر حال كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما شاغل>>[3]

2: شروط مجلس العقد الحقيقي:

لكي نكون بصدد مجلس العقد الحقيقي فإنه يجب توافر عدة عناصر أو شروط، وتعد هذه العناصر في ذات الوقت بمثابة ضمانات لتحقيق الاتصال الفعال بين الإيجاب والقبول الذي يؤدي لانعقاد العقد على النحو المنصوص قانونًا وأهم هذه الشروط تتمثل فيما يلي:

أ-الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس:

حتى يبدأ المجلس الحقيقي فإنه يتعين تواجد كلا من الطرفين فعليا (جسديًا) في مكان انعقاد ذلك المجلس، ويستوي في ذلك أن يحضر الطرفان لمقر المجلس في وقت واحد أو أن يحضر أحدهما قبل الآخر[4].

كما رأينا سابقًا أن مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد على اتصال مباشر وهو الذي يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضًا، وإما بانفضاضه دون رد[5].

بمعنى آخر فإن النطاق المكاني للمجلس يجب أن يتيح لكلا منهما أن يرى الآخر ويسمعه دون أية عوائق والغاية من اجتماع المتعاقدين في مكان واحد هو أن يرى الطرف نظيره ويسمعه ويفهم ما

---

[1] علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية التراضي التعبير عن الإرادة "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 147.

[2] باسم سرحان إبراهيم، مرجع سابق، ص190.

[3] مصطفى أحمد أبو عمرو، **مجلس العقد الإلكتروني في إطار التعاقد عبر الانترنت، « دراسة مقارنة»**، دار النهضة العربية،القاهرة، 2008 ، ص 82.

[4] محمد أحمد أبو عمرو، مرجع سابّق، ص ص 82-83

[5] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 83.

يصدر عنه من تعبير عن الإرادة، فسماع والعلم بإرادة الطرف الآخر <<هما أساس الاتصال بين الإرادتين ويمكن من تحقق الموافقة بينهما>>

ب- أن يتم العلم بالإيجاب لحظة صدوره:

إن صدور الإيجاب وعلم الموجب له به يتحققان في ذات المكان ونفس الزمان بحكم وجود المتعاقدين معًا، على أنه وجوب فورية الرد على الإيجاب بمجرد صدوره، فلا يوجد ما يمنع من انقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب والعلم به والرد عليه فعلى سبيل المثال: أن يكون قد صدر بلغة غير التي يفهمها الموجب له فيحتاج الأمر عندئذ لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن التعاقد وهو على بينة من أمره[1].

ثانيا: مجلس العقد الحكمي "التعاقد بين غائبين"

خلافا لمجلس العقد الحقيقي فإن مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن الحزم بالاتحاد الفعلي لمجلس العقد كما أنه يفصل أحد المتعاقدين عن الآخر مئات الأميال وعندئذ تثور فكرة مجلس العقد الحكمي كمقابل فكرة مجلس العقد وهو ما يحقق مرونة نظرية مجلس العقد ويضمن شمولها. وتكمن أهمية هذه الصورة من صور مجلس العقد الإلكتروني وكذا مختلف صور التعاقد بوسائل الاتصال سواء التقليدية منها أو الحديثة، ضمن المسلم به أنه يتم اللجوء لهذه الوسائل في التعاقد بغية التغلب على بعد المسافات التي تفصل بين الأطراف حيث أنها تفك العوائق في سبيل إبرام العقد، ولاواقع أن الأخذ بفكرة مجلس العقد الحكمي أو الافتراضي هو الذي يرفع صعوبات التعاقد عن المتعاقدين وييسر عليهم ويحقق مصالحهم.

1: مفهوم مجلس العقد الحكمي

في هذا العنصر سوف نتطرق إلى المقصود بمجلس العقد الحكمي يليه في ذلك تبيان أهم شروطه وذلك كالآتي:

أ-المقصود بمجلس العقد الحكمي:

يعر جانب من الفقه مجلس العقد الحكمي (الافتراضي) بأنه: <<ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه>> وبعبارة أخرى فإن مجلس العقد الإلكتروني هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعها مجلس عقد واحد يتم التعبير عن الإرادة بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكات الاتصال الحديثة.

[1] مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 83.

ففي مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الإيجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها الاتحاد الفعلي لمجلس العقد[1].

بما أن التعاقد بين غائبين لا يكون فيه المتعاقدين في مكان واحد، بل في مكانين مختلفين، قرية أو مدينة أو حتى دولة أخرى فإن هذا التعاقد يتميز بوجود فترة زمنية بين الإيجاب وبين القبول، كما لو أوجب تاجر في الجزائر يبيع بضاعته بإرسال رسالة إلى تاجر في باريس مثلا. سواء كانت الرسالة عن طريق رسول أو عن طريق بريد، أو عبر شبكة الانترنت، وعند وصولها إلى الموجه إليه الإيجاب فإما أن يوافق التاجر المرسل إليه فينعقد العقد، أو لا يوافق على هذا الإيجاب فلا ينعقد العقد ويسقط الإيجاب[2].

ب- شروط مجلس العقد الحكمي:

يتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظيره الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة ومن ثم أن يتوافر الإيجاب والقبول وتطابقهما، على أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الإيجاب وزمان وصوله إلى علم الموجب له والعكس.

منه سنبين الميزة التي تتميز بها هذه الصورة من صور مجلس القد من خلال الشروط التالية:

الشرط الأول: وجود الإيجاب والقبول وتوافر وسيلة لعلم الطرف الآخر:

وجوب صدور الإيجاب أو القبول وفقا لما هو منصوص قانونا، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الإيجاب. إذ يتم نقل الإيجاب والقبول بوسائل الاتصال وأهمها الانترنت، وذلك من أجل التغلب على التبادل المكاني بينهما وقت إبرام العقد، فبدون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة وبدون هذه الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين وبالتالي فغن العقد لا ينعقد، ومن البديهي أن كل متعاقد حيث يعبر عن إرادته فإنه يقصد وصولها لعلم الآخر ويكون منتظر لرد الأخير بغية إتمام التعاقد[3].

الشرط الثاني: أن يظل المتعاقدين منشغلان بالتعاقد

يجب أن يظل الموجب على إيجابه بحيث لا يصدر عنه ما يوحي عدوله أو اعتراضه عنه، كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتمًا بأمر التعاقد وأن لا يشغله شاغل آخر، وعلى سبيل المثال: إذا اتصل جزائري بمصري عن طريق الانترنت وعرض عليه أن يبيعه منزلا بالقاهرة فبدأ الأخير يسأل عن مساحة المنزل ثم انحرف بالحديث إلى أحوال المصريين ومشكلة رغيف الخبز...إلخ، فإن العقد لا ينعقد

[1] مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص 87 وما يليها.
[2] أسامة عبد العليم الشيخ، مرجع سابق، ص 36-37
[3] مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص ص 91-92.

لأن أحد الطرفين انشغل عن مواصلة الاهتمام بأمر التعاقد، وهذا يعني أنه لم تتوافر شروط مجلس العقد الحكمي.

وكذلك تجدر الإشارة إلى ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التي يبقى فيها الإيجاب ملزما، فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة فليس هناك مشكلة أما إذا لم يحددها الموجب فإن القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية، يتولى تحديدها على ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهمية محله وعليه فإذا أرسل الموجب رسالة عبر البريد الإلكتروني E-mail للموجب له تتضمن إيجابًا محدّدًا وساريًا لمدة أسبوع فإن القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة، وإذا صدر ذلك بعد مدة فلا ينعقد العقد[1].

المطلب الثالث: طبيعة مجلس العقد الإلكتروني

تعددت الآراء الفقهية حول بيان طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، فهناك من يعتبره تعاقدًا بين حاضرين تسري عليه أحكام مجلس العقد الحقيقي، وهناك من يراه تعاقدًا بين غائبين يسري عليه أحكام مجلس الحكمي، ومن ذلك بطبيعة مجلس العقد الإلكتروني تتحدد وفقًا للطريقة التي يتم وفقها التعاقد على.

لذا سنحاول من خلال هذا المطلب عرض مختلف الآراء الفقهية المتعلقة بتكييف مجلس العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، ومن ذلك تحديد طبيعته وفقا للوسيلة التي يتم عن طريقها التعاقد (الفرع الثاني)، لنخلص في الأخير إلى رأي المشرع الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الآراء الفقهية في تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني

فقد انقسم الفقه عامة إلى آراء فقهية حول تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني:

أولا: العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين

مضمون الرأي: يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين، لكون أطراف التعاقد على اتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبين، فإنه لا يفصل ما بين صدور القبول والعلم به زمن في التعاقد، ويكون مجلس العقد حميًا لا حقيقيًا[2].

النقد الموجه له:

يلاحظ على هذا الاتجاه الفقهي قد تجاهل حقيقة هامة مفادها، أن التعاقد الإلكتروني قد لا يتم لحظيًا أي هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، كما هو الشأن في حالة القبول عن طريق البريد الإلكتروني[3].

ثانيا: التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين:

---

[1] المرجع نفسه، ص 93.

[2] بلقاسم حامدي، **إبرام العقد الإلكتروني**، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية إشراف عليقرعيش كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص 98.

[3] ، طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 201.

مضمون الرأي: يرى أصحاب هذا الرأي أن العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطرق المراسلة أو التعاقد بطريق الهاتف، ولا يختلف عنهم إلا في الوسيلة التي يتم بها حيث أصبحت إلكترونية[1].

ذلك نظرًا لوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، إضافة إلى اختلاف مكان المتعاقدين، مما يجعل العقد في هذه الحالة حكميًا تطبق عليه أحكامه[2].

النقد الموجب لهذا الرأي:

ما يلاحظ على هذا الرأي أنه يتجاهل التعاقد الإلكتروني الذي يتم مباشرة بين المتعاقدين، ولا يفصل بين الإيجاب والقبول إلا أجزاء من الثانية، أي يكون هناك تعاصر بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما هو الشأن في التعاقد عبر المحادثة المباشرة، مام يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين.

ثالثا: مجلس العقد المختلط

مضمون الرأي: تفاديًا للنقد الموجه للاتجاهين السابقين، يرى أصحاب هذا الرأي أن التعاقد عبر الانترنت هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وتعاقد بين غائبين من حيث المكان[3].

فباعتبار أن التعاقد الإلكتروني سيتم بوسائل سمعية بصرية، تسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس واحد حكمي، ومن ثم يعبر تعاقد بين حاضرين زمانًا، ففي الوقت الذي يرسل طرف رسالته يتم وصولها إلى جهاز كمبيوتر الطرف الآخر[4].

النقد الموجب لهذا الرأي:

وقد انتقد هذا الاتجاه على أساس أن تجزئة مجلس العقد أمر يتعذر الأخذ به، لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان وكذا استمرارية زمانية متصلة، ولا وجود لفكرة مجلس عقد مختلط، فالمجلس إما أن يكون حقيقيًا أو حكميًا، ذلك أن فكرة العقد المختلط تؤدي إلى تجزئة أركانه، بأن يطبق على زمان المجلس أحكام مجلس العقد الحقيقي، وعلى مكان المجلس أحكام مجلس العقد الحكمي[5].

رابعًا: العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين من طبيعة خاصة

مضمون الرأي:

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذا طبيعة خاصة، فلا يمكن وصفه بأنه تعاقد بين غائبين وفقًا للقواعد التقليدية، بل أن التعاقد الإلكتروني يكون عن طريق تبادل

---

[1] إبراهيم رفعت الجمال، **انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة**، د ط، دار الفكر الجامعي، 2005، ص 112.
[2] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 162.
[3] باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص207.
[4] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص 162.
[5] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 212.

الرسائل إلكترونيًا عبر شبكة الانترنت، حيث يتحقق في ذلك الاتصال المباشر، فحتى وإن غاب التواجد المادي للمتعاقدين، إلا أنه هناك نوع من الالتقاء الافتراضي المتزامن[1].

النقد الموجه:

إن إعطاء وصف الطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني باعتباره تعاقدًا بين غائبين لا يضع حلاً للمشكلة التي نحن بصددها، وإنما يعد محاولة للهروب من وضع تكييف قانوني سليم لطبيعة التعاقد الإلكتروني[2].

ومن خلال الآراء الفقهية المختلفة حول طبيعته مجلس العقد الإلكتروني، فراجح الأمر أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا، إلا في حال التعاقد غير اللحظي فيكون بين غائبين زمانًا ومكانًا[3].

وبتطبيق المعيار الخاص بالتفرقة بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين وهو معيار الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، يتبين أن تكييف التعاقد الإلكتروني يختلف باختلاف الطريقة التي يتم بها التعاقد.

الفرع الثاني: تكيف مجلس العقد الإلكتروني من خلال الطريقة اليت يتم بها التعاقد

وتتحدد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني وفقا للطريقة التي يتم التعاقد وفقها، وسيتم توضيح ذلك كالتالي:

أولا: مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف وما يماثله

وتشمل التعاقد عبر الهاتف والراديو والتلفاز، وهي وسائل تنقل اللفظ مباشرة، باعتبار أنها تماثل الهاتف من حيث قيامها بنقل الصوت علمًا بأن التلفاز يقوم بنقل الصورة أيضًا[4]، واختلف الفقهاء في تحديد طبيعة مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف وما يشابهه.

فذهب الاتجاه إلى اعتبار أن التعاقد عن طريق الهاتف أو الراديو أو التلفاز إذا كان في الأخيرين نقلا حيًا مباشرًا، من قبيل التعاقد بين حاضرين، وبالتالي يكون مجلس العقد مجلسًا حقيقيًا، وذلك لسماع كل المتعاقدين الآخر في الوقت نفسه، دون فارق زمني بين صدور الإيجاب والعلم به[5].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 213.

[2] المرجع نفسه، ص 213.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 144-145.

[4] لما عبد الله صادق سلهب، **مجلس العقد الإلكتروني**، مذكرة ماجستير في القانون، إشراف أكرم داود، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، طرابلس، فلسطين، 2008، ص 115.

[5] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 133.

وذهب اتجاه آخر من الفقه المعاصر إلى اعتبار التعاقد بالهاتف وما يماثله تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان، لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به ويعد تعاقد بين غائبين من حيث المكان، لوجود البعد المادي بين طرفيه[1].

وما يؤخذ عليه أنه قسم مجلس العقد إلى مجلس زماني ومكاني، بحيث أخضع المجلس الزماني لأحكام مجلس العقد الحقيقي وأخضع المجلس المكاني لأحكام مجلس العقد الافتراضي (الحكمي) وفيه تجزئة لعناصر مجلس العقد.

ويرى اتجاه ثالث أن التعاقد عبر الهاتف وما يماثله هو تعاقد بين غائبين، ومن ذلك فهو مجلس حكمي، فاعتبروا أن الهاتف كالرسول في نقل الكلام أو الإيجاب، ويكون مجلس العقد حسب هذا الرأي مفتقرًا لعنصر المكان بمعنى وجود عنصر الزمان فقط، وذلك يخل بتكوين مجلس العقد الذي يقوم على عنصري الزمان والمكان[2].

والقول الراجح هو اعتباره تعاقد بين حاضرين على مسار الاتجاه الأول، وذلك لتحقيق اجتماع الطرفين عبر الهاتف حكما وسماع كل منهما الآخر ما داما يسمعان بعضهما البعض، ولم تفصل مدة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به، أما إذا مضت مدة من الزمن فيه تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان وتطبق بشأن أحكام التعاقد بالمراسلة[3].

ثانيا: مجلس العقد في التعاقد عبر الفاكس وما يماثله

إن التعاقد بالفاكس وما يماثله صورة شائعة في بيئة التجارة الإلكترونية، وما شهده العالم التجاري من تطورات في مجال الاتصالات والمعاملات عن بعد[4].

ويعد التعاقد عن طريق هذه الوسائل تعاقدًا بين غائبين حيث لا يجمعهما مجلس واحد، فعندما يحضر أحد المتعاقدين يكون المتعاقد الآخر غائبًا عند وصول الإيجاب إليه، وبالمقابل يكون القابل حاضرًا في الوقت الذي يكون فيه الموجب غائبًا[5].

ثالثا: مجلس العقد في التعاقد عبر الانترنت:

إن التعاقد عبر الانترنت[1]، يختلف عن التعاقد عبر الهاتف، فطبيعة مجلس العقد في التعاقد عبر الانترنت تختلف باختلاف الطريقة التي يتم بها التعاقد، فإما أن يتم عن طريق البريد الإلكتروني، أو من خلال شبكة المواقع، أو من خلال المحادثة المباشرة على المشاهدة.

---

[1] باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص 196.
[2] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، المرجع السابق، ص 27.
[3] باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص 196-197.
[4] المرجع نفسه، ص 136.
[5] لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 119.

1-مجلس العقد الإلكتروني في التعاقد عن طرق البريد الإلكتروني:

ونفرق بين حالتين:

الحالة الأولى: عدم وجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، وصدرا في نفس الوقت وكان المتعاقدان على اتصال مباشر، فيكون التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان[2].

الحالة الثانية: إذا تم التعاقد وكان هناك فاصل زمني بين الإيجاب والقبول، فهنا يكون تعاقد بين غائبين زمانًا ومكانًا[3].

ومن ذلك فمجلس العقد في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني، فإنه قد يكون في حالات معينة بين حاضرين، وفي حالات أخرى بين غائبين، وبذلك لا يمكن اعتباره تعاقد ما بين حاضرين أو غائبين في كل الأحوال.

ويبدأ مجلس العقد في التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني من حيث صدور الإيجاب، ويستمر حتى خروج أحد الطرفين أو كليهما من الموقع إذا كان التعاقد يتم بالكتابة المباشرة بين الطرفين أما إذا كان التعاقد غير مباشر، فإن مجلس العقد يبدأ من لحظة إطلاع القابل على المعروض عليه سواء كان سلعة أو خدمة ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إن وجدت وإلا يتم الرجوع في ذلك إلى الأعراف لكن ذلك لا يحسم الأمر نظرًا لعدم وجود أعراف تجارية يمكن الرجوع إليها في هذا الشأن بسبب حداثة التعاقد الإلكتروني[4].

2- مجلس العقد في التعاقد عبر الويب (مواقع الويب):

يعرف موقع الويب بأنه: <<مجموعة من الصفحات على شبكة الانترنت حول تنظيم ما أو موضوع خاص>>[5]

قد يتخذ المتعاقدان موقعًا على الانترنت لعرف المنتجات عبر شاشات عرض، أو كاتالوجات، ليستطيع المستهلك أن يتعاقد معها طبقا لإجراء محدد[6]، فإذا دخل شخص إلى موقع ما على الشبكة لأجل إبرام عقد، ووضع إجابته على العرض، فإما أن ينتظره فترة من الزمن يتلقى الرد، وهنا يكون التعاقد

---

[1] مناني فراح، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، د ط، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، عين مليلة، الجزائر، 2009، ص ص 38-39؛ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، ك1، د ط، دار الفكر الجامعي، 2002، ص ص 38-39.

[2] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، **العقد الإلكتروني**، ط1، مكتبة النشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009، ص 69.

[3] ،باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص 209.

[4] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 205.

[5] مناني فراح، المرجع السابق، ص 49.

[6] ، نظل سليم برهم، **أحكام عقود التجارة الإلكترونية**، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010، ص 128.

بين غائبين من حيث الزمان والمكان، وإما أن يتلقى الرد فوريا بعد وضع الإجابة، دون فاصل زمني فيكون في هذه الحالة تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان[1].

أما بالنسبة للعقد الذي يتم عن طريق الضغط على زر الموافقة في حالة التعاقد عن طريق أحد المواقع الموجودة على الشبكة فهنا يكون التعاقد آنيًا ويكون العقد الإلكتروني عقدًا بين حاضرين من حيث الزمان، وذلك لتعاصر الإيجاب مع القبول، وعقدًا بين غائبين من حيث المكان[2].

ويختلف في ذلك القبول الصادر عبر البريد الإلكتروني، عن القبول بالضغط على زر الموافقة، أو عن طريق المحادثة والمشاهدة[3].

3- مجلس العقد في التعاقد بواسطة المحادثة المباشرة مع المشاهدة:

تتيح استعمالات هذه التقنية تمكين المتعاقدين من المحادثة أو التخاطب ومشاهدة بعضهم البعض عبر شبكة الانترنت في نفس الوقت وبصورة واضحة، وهو ما يطلق عليه عند بعض الفقهاء بالتعاقد عبر الهاتف المرئي[4].

فيعتبر بذلك التعاقد بواسطة المحادثة مع المشاهدة[5] (أو ما يطلق عليه بالدردشة) تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، فهو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان لعدم وجود فاصل زمني بين صدور إرادتي المتعاقدين والعلم بها، ويستند في اعتباره تعاقدًا بين حاضرين من حيث المكان إلى تحقق نوع من الالتقاء حتى إن لم يكن مادي فهو افتراضي من خلال مقابلة كل متعاقد لجهاز الكمبيوتر ومشاهدة المتعاقد الآخر وسماع كلامه وفهمه وتحقق ذلك آنيًا.

ويبدأ مجلس العقد في حالة التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة من وقت صدور الإيجاب ويستمر حتى الانتهاء من المحادثة[6].

الفرع الثالث: طبيعة مجلس العقد الإلكتروني وفقًا للمشرع الجزائري

نظرا لاختلاف وجهات النظر حول تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، فالمشرع الجزائري ومن خلال نص المادة 64 من ق م ج[1]، اعتبره كالتعاقد عبر الهاتف وهو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، ذلك لانعدام الفاصل الزمني بين صدور الإيجاب والقبول والعلم به من يوجه إليه.

---

[1] أحمد خالد العجلوني، **التعاقد عن طريق الانترنت (دراسة مقارنة)**، رسالة ماجستير، منشورة ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002، ص 90، سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 145.

[2] ، وسهى يحيى الصباحين، المرجع السابق، ص 7.

[3] ، ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 68.

[4] عباس العبودي، **التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة**، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997، ص 148.

[5] باسم محمد سرحان إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 209-210.

[6] طارق كاظم عجيل، المرجع السابق، ص 286.

ومن خلال نص المادة فالمشرع الجزائري فتح المجال لأي وسيلة تقترب فنيًا من الهاتف، وبذلك يمكن القول بأن التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة يعتبر ما بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان ما لم توجد فترة تفصل بين صدور القبول والعلم به فيصبح في هذه الحالة تعاقدًا بين غائبين زمانًا ومكانًا.

وهذا إذا كان القبول عن طريق الضغط على زر الموافقة في حالة التعاقد عن طريق أحد مواقع الشبكة أو عن طريق غرف المحادثة والمشاهدة المباشرة، فيكون العقد الإلكتروني في هذه الحالة تعاقدًا بين حاضرين لتعاصر الإيجاب والقبول[2].

أما إذا كان القبول عن طريق البريد الإلكتروني، فقد يتحقق الاتصال اللحظي وقد لا يتحقق، والسبب في ذلك ما قد يطرأ على جهاز الكمبيوتر من عطل أو أن يكون مغلقًا، وكل ذلك يحول دون الاتصال الخطي أو اللحظي بين المتعاقدين[3].

ومن خلال الآراء الفقهية المتعارضة حول تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني، فيمكن القول بأنه تعاقد بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا، إلا في التعاقد غير اللحظي، فيكون تعاقدًا بين غائبين زمانا ومكانًا.

إلا أنه يمكن القول في حالة التعاقد غير اللحظي، بوجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم من وجه إليه القبول، فقد تطول هذه الفترة الزمنية، ومن ذلك يصبح التعاقد الإلكتروني في هذه الحالة تعاقدًا في غير مجلس العقد، اتباعًا في ذلك بالرأي الشاذ لطبيعة مجلس العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: إبرام العقد في المجلس الإلكتروني:

ينعقد العقد الإلكتروني بتلاقي إرادتي الإيجاب والقبول ويتم التعبير عن إرادة التعاقد –إيجاب وقبولا- عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة والتي تعتمد في استخدامها على دعائم إلكترونية[4].لأجل هذا طرحت العديد من الإشكاليات والتساؤلات القانونية، أهمها كيفية تبادل الإرادات عبر وسائل الاتصال الحديثة وكيفية تحديد زمان ومكان تلاقيها لأحداث آثار قانونية، خاصة إذا ما أخذت بصفة اللامادية والافتراضية التي يتميز بها العقد الإلكتروني.

فيشترط في التعاقد الإلكتروني، توافر ثلاث أركان أساسية التراضي، المحل والسبب ولا يبدو أن الفقه أورد شيئًا من الخصوصية للمحل والسبب[5].

---

[1]تنص المادة 64 من القانون المدني على: <<إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورًا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل>>.

[2]خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 371-372.

[3]بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 98.

[4]قادري محمد محمود، **حماية المستهلك في العقد الإلكتروني**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014، ص 52.

[5] أسامة أبو الحسن مجاهد، **خصوصية التعاقد عبر الانترنت**، دار النهضة العربية، مصر 2000، ص 60.

المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في مجلس العقد الإلكتروني

التعبير عن الإرادة هو مظهر الإرادة الخارجي، وعنصرها المادي المحسوس، فيكون تارة تعبيرًا صريحًا وتارة أخرى يكون تعبيرًا ضمنيًا[1].

لأن الأصل في التعبير عن الإرادة لا يشترط فيه مظهر خاص أو وسيلة محددة عملاً بمبدأ الرضائية في العقود[2]، وبما أن العقد الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية سنعرض كيفية استخدامها كأدوات للتعبير عن الإرادة (الفرع الأول).

والتعبير عن الإدارة لا يكفي كي ينتج آثارها القانونية بل يجب أن تصدر من شخص بالغ يتمتع بالأهلية، وأن لا تشوبها عيب من عيوب الإرادة، فيجب أن تتوافر الصحة في التعبير عن الإرادة (الفرع الثاني).

الفرع الأول: التعبير عن الإرادة باستخدام الوسائل الإلكترونية:

تبدو أهمية تناول موضوع التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية موضوعًا مهما نتيجة التطور التكنولوجي وظهور تقنيات عديدة يتم من خلالها التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت، سنتناول أهم وسائل العبير عن الإرادة في هذه العقود حسب أهم الخدمات التي تقدمها الانترنت من نقاط متبادلة هي خدمة البريد الإلكتروني، خدمة شبكة الموقع وخدمة المحادثة والمشاهدة.

أولا التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني E-mail:

يعد البريد الإلكتروني أهم الطرق التقنية للتعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت وتتم عملية التعبير عن الإرادة عبر الانترنت من خلال قيام شخص لديه عنوان بريد إلكتروني يحصل عليه من خلال اشتراك في خدمة البريد الإلكتروني بإرسال رسالة بيانات يكتب فيها عنوان المرسل إليه على الشبكة وثم يقوم بكتابة الرسالة المعبرة عن رغبته في إبرام عقد ما في المكان المخصص لذلك، وبعد ذلك يتم الضغط من خلال لوحة المفاتيح على زر الإرسال (Send) الموجود في برنامج البريد الإلكتروني، وبعدها يتولى بهذا البرنامج إرسال الرسالة إلى عنوان المرسل إليه ويحفظها في صندوق يسمى البريد الوارد (Inbox) وعندها يستطيع المرسل إليه قراءة تلك الرسالة التي وصلت إلى عنوانه البريدي الخاص، والرد عليه إذا شاء، وذلك بالضغط على زر (Reply).

[1] عبد الرزاق السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص 150.
[2] نبيل إبراهيم سعد همام محمد محمود، **المبادئ الأساسية في القانون: (نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام)**، منشأة المعارف، مصر، 2001، ص 276.

وهكذا يتم إرسال الإيجاب من قبل المرسل من خلال عرض السلعة محل العقد ويقوم المرسل إليه بثقة في ذلك الإيجاب وله قبوله أو التعديل عليه أو التفاوض بشأنه، وكل ذلك يتم من خلال برنامج البريد الإلكتروني[1].

فوسيلة التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني هي الكتابة، وأهم ما تتميز به الكتابة الإلكترونية عن الكتابة التقليدية في أن الأولى تقوم على دعائم إلكترونية أما الثانية تقوم على دعائم ورقية[2].

ثانيا التعبير عن الإرادة عبر شبكة الموقع Web

يتم التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني باستخدام إحدى الوسائل الآتية:

1-التعبير عن الإرادة بالكتابة: خير مقال على استخدام هذه الوسيلة للتعبير عن الإرادة هو قيام المتعاقد عند تصفحه برنامج المتجر الافتراضي بتعبئة الفراغات المخصصة في نافذة البرنامج بكتابة عبارات دالة على الموافقة على الشراء في المتجر الافتراضي ومن ثم الضغط على الزر الخاص بالإرسال، وهنا نكون بصدد التعبير عن الإرادة بكتابة إلكترونية[3].

2- التعبير عن الإرادة بالإشارة: يمكن التعبير عن الإرادة عبر الموقع الإلكتروني باستخدام بعض الإشارات والرموز التي أصبح متعارف عليها، فهناك إشارات تدل على الرضا –مثل وجه مبتسم- وإشارات تدل على الرفض –مثل وجه غاضب-[4].

3- التعبير عن الإرادة عبر المحادثة والمشاهدة:

يستطيع مستخدم الانترنت بر برنامج المحادثة التحدث مع شخص آخر في نفس الوقت بشرط أن يكون الطرفان متصلين بخدمة غرفة المحادثة[5].

فوسيلة التعبير عن الإرادة من خلال المحادثة والمشاهدة يمكن أن تكون بالتعبير الصريح، اللفظ، الكتابة، الإشارة وما تتميز به هذه الوسيلة عن باقي الوسائل خلق التعاصر الزمني ما بين الأطراف وكأنهم في مجلس عقد حقيقي في حين أنه مجلس افتراضي، وهذا نتيجة مشاهدة وسماع كل طرف للآخر في الوقت ذاته[6].

الفرع الثاني: صحة التعبير عن الإرادة:

---

[1] علاء محمد الفواعير، **العقود الإلكترونية التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 90.

[2] د.خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، 2006، المرجع السابق، ص 130.

[3] علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 90.

[4] علاء محمد الفواعير، نفس المرجع السابق، ص 91.

[5] مخلوفي عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 84.

[6] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، (2006)، المرجع السابق، ص 132.

من المقرر في القواعد العامة أنه لكي ينعقد العقد صحيحًا، فإنه لا يكفي التعبير عن الإرادة بل يجب إلى جانب ذلك، أنه يكون التراضي صحيحًا، ويكون كذلك إذا استوفى شرطين، الأول منها أن تصدر الإرادة عن شخص ذي أهلية للتعاقد، والثاني أن تكون إرادته سليمة من العيوب التي قد تعترضها[1]. وهاتين المسألتين سهل التحقق منهما في العقد التقليدي لأنه يتم بين حاضرين، بينما العقد الإلكتروني يتم بين غائبين وكثير ما يلجأ القصر والمراهقون إلى شبكة الانترنت فضلا عن ذلك فهذه معرضة للقرصنة الإلكترونية هذا يخلق مشكلة وصعوبة في التأكد من هوية المتعاقد وأهليته القانونية وسلامة الإرادة من العيوب[2].

أولا: تحديد الأهلية في العقد الإلكتروني:

الأهلية هي صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات ومباشرة التصرفات القانونية، تنقسم الأهلية إلى نوعين، أهلية وجوب ويقصد بها صلاحية الشخص لأن تثبت له حقوق وتقرر عليه التزامات وهي تثبت للشخص بمجرد ولادته حيًا[3]، وأهلية أداء ويقصد بها صلاحية الشخص لاستعمال الحق[4].

فقد يتم التعاقد عبر مواقع شبكة الانترنت مثلا، بالدخول مباشرة في الموقع دون أن يعرف كل طرف من أطراف العقد ما إذا كان يتعامل مع أصيل أم مع وكيل، ومع بالغ أم مع قاصر، معسر أو موسر، بل قد يجد المتعاقد نفسه مع مجرد موقع وهمي وضع بغرض النصب والاحتيال على المترددين عليه[5].

فقد يلجأ القاصر إلى وسائل احتيالية كاستخدام موقع والده أو بريده الإلكتروني أو يقوم شخص من هواه العبث واللهو على التعامل عن بعد بإبرام عقود إلكترونية[6] بالإضافة إلى ذلك ما تتميز به الوسيلة الإلكترونية التي يبرم من خلالها العقد الإلكتروني من الاتصال العالمي واللامركزية إذ لا تخضع لأي سلطة تراقبها أو تتحكم فيها، وما حققته من إمكانية التعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة ذات أنظمة قانونية متباينة، إلا أن العلماء لم يقفوا مكتوفي الأيدي أمام المشكلات والصعوبات التي وقفت

[1] عجالي خالد، **النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة-**، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص ص 206-207.

[2] إلياس ناصف، المرجع السابق، ص125.

[3] هذا ما نصت عليه المادة 25 من القانون المدني الجزائري.

[4] عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص344.

[5] رامي محمد علوان، **تعبير الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني**، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السادسة والعشرون، العدد الرابع، ديسمبر 2002، ص 227.

[6] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 125

عائق أمام التأكد من هوية المتعاقد وتحديد أهليته القانونية في التعاقد الإلكتروني بل استحدثت حلول أحل هذه المشكلة منها ما هو فقهي، وما هو قانوني وكذا حلول تقنية[1]. هذا ما سنتناوله في نقاط متتالية.

1-الحلول الفقهية:

يرى بعض الفقه بأنه لمعالجة مشكلة تحديد هوية وأهلية المتعاقدين يجب التوسع في نظرية الوضع الظاهر، وذلك لخصوصية العقود الإلكترونية فمتى اتخذ شخص لا يتمتع بالأهلية مظهر الشخص البالغ الراشد، وكان المتعاقد معه غير عالم بحقيقة حالته، فإنه ينبغي حماية هذا الأخير أعمالا لنظرية الوضع الظاهر وتوفيرًا للثقة والأمن في المعاملات التي تجري عبر تقنيات الاتصال الحديثة، وحفاظًا على استقرارها، وحتى لا يتفاجئ المتعاقد حسن النية ببطلان العقد لسبب كان يجهله ولم يكن باستطاعته أن يعلمه وقت التعاقد[2].

2- الحلول القانونية:

حرص قانون اليونيسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية على تحقيق الأمان في المعاملات الإلكترونية عن طريق التأكد من هوية الطرفين عندما نصت المادة 13 منه على أن رسالة البيانات تعتبر صادرة عن المنشئ إذا كان هو الذي أرسلها بنفسه أو إذا كانت صادرة عن شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ[3]، إذا كان من أرسلها بنفسه كأصل، واستثناء لا تعد الرسالة مرسلة من قبله في الحالتين التاليتين.

أ-الحالة الأولى: إذا استلم المرسل إليه إشعارًا من المرسل المنشئ يبلغه فيها أن الرسالة غير صادرة عنه، فعليه أن يتصرف على أساس عدم صدورها عن المنشئ، ويبقى هذا الأخير مسؤولاً عن أي نتائج قبل الإشعار.

ب- الحالة الثانية:

إذا علم المرسل إليه أو كان بوسعه أن يعلم أن الرسالة لم تصدر عن المنشئ.

كما نجد التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 الصادر في 08 جانفي 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، قد تطلب ضرورة تحديد كافة العناصر التي بإمكانها أن تبين الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية[4].

ج- الحلول التقنية:

[1] حمودي محمد ناصر، العقد البيع الدولي الالكتروني المبرم غبر الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص ص 215-216.
[2] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص216.
[3] قرار رقم 51/162 المتضمن قانون اليونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، المرجع السابق.
[4] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص ص 217-218.

بدورهم علماء التقنية لم يقفوا مكتوفي الأيدي أمام مشكلة التأكد من هوية المتعاقد وإسنادها إلى صاحبها، فبالرغم من عدم وجود وسائل تقنية كاملة وحاسمة إلا أنه ثمة جهود معتبرة بغية الوصول إلى هذه الوسائل[1]، ومن بين أهم هذه الوسائل:

-البطاقة البنكية: تحتوي هذه البطاقة على سجل حامل تخزن فيها كل المعلومات والبيانات الخاصة بحامل البطاقة كالاسم، السن، محل الإقامة، المصرف المتعامل معه، وتتضمن رقم سري، مما يمكن التعرف على شخصية وأهلية حاملها[2].

- الموثق الإلكتروني: هو طرف ثالث تسند إليه مهمة التوسط والتوفيق بين أطراف العقد وتنظيم العلاقة العقدية، كما يصدر شهادات مصادق عليها تتعلق بأطراف العقد.

- الوسائل التحذيرية: عبارة عن تحذيرات وتنبيهات بعدم الدخول إلى الموقع إلا لكامل الأهلية، فإن كان الشخص كامل الأهلية وجب عليه ملء النموذج المعلوماتي للكشف عن هويته، عمره...، إلا أن هذه الوسيلة غير فعالة للتحقق من أهلية الشخص المتعاقد لأنه ممكن تعبئة النموذج بمعلومات تخالف حقيقة الشخص[3].

ثانيا: سلامة الإرادة من العيوب:

تحتل نظرية العيوب مكانًا بارزًا في القواعد العامة لإبرام العقود، حيث يجب أن تتحقق للإرادة صحتها سلامتها من العيوب وإلا كان العقد قابلاً للإبطال[4].

سنتطرق إلى بعض عيوب الرضا في ضوء ما تتميز به من خصوصية في هذا العقد على التوالي:

1-عيب الغلط:

كثيرًا ما يقع الغلط في العقد الإلكتروني بسبب العرض الناقص للمنتوجات، ولغموض مضمون العرض، لذلك ألزم التوجيه الأوروبي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 منه بأن يقوم مقدمي الخدمات بعرض الخدمة على العميل بالتفصيل والتدقيق مع إعلامه بذلك باستخدام وسائل فعالة وسهلة الأخذ بها حتى يتمكن من فهم المعطيات الإلكترونية، الأمر الذي يجنبه الوقوع في الغلط.

إلا أن الدعاء بالوقوع في الغلط من الصعب إثباته، لأنه يتم على صفحة الواب، فمن الممكن أن يقوم واحد من الغير بتغييره أو تعديله بدون أن يترك ذلك أثرًا ماديًا لأنه يتم بوسيلة إلكترونية، ولتفادي

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 127.
[2] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 219.
[3] حمودي محمد ناصر، نفس المرجع السابق، ص 218.
[4] عجالي خالد، المرجع السابق، ص 214.

الوقوع في هذه الصعوبات ينصح، العميل بتسجيل بيانات الإعلان على دعامة إلكترونية لحفظها واسترجاعها عند الضرورة أو القيام بتوثيق المعلومات[1].

2- عيب التدليس:

امتد مفهوم التدليس في العقود الإلكترونية ليشمل الإعلانات الإلكترونية الكاذبة والمظللة نظرًا لسهولة تأثيرها في سلوكات المستهلك ودفعه إلى التعاقد على سلع ومنتجات يتضح فيما بعد أنه لم يكن بحاجة إليها[2]، ولتجنب الوقوع في هذه المشاكل وجب استحداث مواقع متخصصة على شبكة الانترنت يتجلى دورها في الإعلام والتحذير وتقديم النصيحة إن لزم الأمر لحماية الطرف الضعيف والأقل خبرة[3].

3- عيب الإكراه:

يتم العقد الإلكتروني بوسيلة إلكترونية، وأطراف العقد فيه لا يتواجدون ماديًا، لذا لا يمكن أن نتصور الإكراه في العقد الإلكتروني، فلا نستطيع إجبار الشخص على الدخول إلى موقع معين أو فتح بريده الإلكتروني لإرسال رسالة معينة[4]، لكن من الممكن تصور وقوع الإكراه في العقود الإلكترونية بسبب التعبئة الاقتصادية حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط الحاجة الاقتصادية وبالتالي يمكن تصوره بصدد توريد الخدمات أو المنتجات المحتكرة[5].

المطلب الثاني: طرق التعبير الإلكتروني

يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون المدني وق المادة 59 منه، وعليه يتطلب انعقاد العقد أن يتم التعبير عن إرادتين متطابقتين، وهما الإيجاب والقبول اللذان يشكلان عناصر تطابق الإرادتين (الفرع الأول)، وبتلاقيهما يتحدد زمان ومكان انعقاد العقد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: عناصر تطابق الإرادتين

تتجلى عنصر تطابق الإرادتين في الإيجاب والقبول، فيمثل الإيجاب الإرادة الأولى لإبرام العقد، فهذا الأخير تعبير يصدر بصراحة مهما كانت الوسيلة كاللفظ، الإشارة، الكتابة...، أما القبول هو الإرادة الثانية لإبرام العقد، ويستوي أن يكون القبول صراحة أو ضمنيًا كما يمكن اعتبار السكوت عن الرد قبولاً إذا ما كان موصوفًا أو اقترن بملابسات تعكس دلالته في القبول[6].

---

[1] حمودي محمد ناصر، لمرجع السابق، ص 130-131

[2] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، 2006، المرجع السابق، ص 132.

[3] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 155

[4] شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص 86.

[5] سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة**، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 174.

[6] نبيل إبراهيم سعد همام محمد محمود، المرجع السابق، 248-249.

وعليه سندرس الإيجاب والقبول في العقود الإلكترونية.

أولا: الإيجاب الإلكتروني L'offre

أتاحت تقنية الحاسب الآلي، التعبير عن الإرادة من خلال الشبكات الإلكترونية المغلقة والمفتوحة، أتاحت الفرصة أكثر للتعبير عن الإرادة عبر البريد والمواقع الإلكترونية، فما المقصود به؟ وما هي خصائصه؟ وما هي صوره؟ ولما كان التكييف القانوني للعقود الإلكترونية، بأنها العقود التي تبرم عن بعد، بالإضافة إلى كونها عقود إذعان، فلزاما أن نحدد نواحي الإيجاب في حدود هذه البيئة الإلكترونية.

1-تعريف الإيجاب الإلكتروني:

يعرف الإيجاب الإلكتروني حسب التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين في العقود المبرمة عن بعد بأنه: <<كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يعقد التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان>>[1]

وقد عرفه بعض الفقه أنه: <<تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية الاتصالات بويلة مسموعة مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة>>[2].

كذلك عرفه البعض الآخر بأنه: <<تعبير عن إرادة مبتدئة جازمة موجهة للطرف الآخر لإبرام عقد، ويكون ذات تعابير تحديدًا تاما ودالة على نية الموجب بالالتزام التام لدى القبول>>[3]

من خلال هذه التعاريف نستنتج أن تعريف الإيجاب الإلكتروني لا يخرج عن تعريف الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة كما أن شروط الإيجاب الإلكتروني هي نفس شروط الإيجاب التقليدي وهي أن يكون واضحًا ومحددًا، وأن يكون جازمًا وباتًا لا رجعة فيه، يعني أن تكون نية الموجب نهائية تتجه إلى إبرام العقد إذا ما اقترنت بقبول، ويتحقق شرط وضوح الإيجاب في التعاقد الإلكتروني بأن تتحد جميع العناصر الأساسية للعقد بدقة، كتحديد المبيع والثمن إذا كان العقد عقد بيع، بالإضافة إلى ذكر بعض البيانات التي من شأنها تحقيق العلم الكافي بمزايا وصفات المبيع.

أما عن شرط أن يكون الإيجاب جازمًا وباتًا لا رجعة فيه فيتحقق بأن يخلو الإيجاب الإلكتروني من أي تحفظات مؤثرة في إلزامية العرض والتي تدل على عدم جدية صاحب العرض في إبرام العقد إذا

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، 2011، المرجع السابق، ص 317.

[2] أسامة عبد العلي الشيخ، **مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة**، في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، دار الجامعة للنشر، مصر، 2008 ص 36.

[3] محمد فوازالمطالقة، **الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة** (، دار الثقافة، الأردن، 2006، ص 59.

ما اقترن بالقبول، وكذا خوه من التحفظات التي يمكن أن تقترن بالإيجاب كأن يحتفظ مصدر الإيجاب بحقه في تعديل شروط العقد أو اختيار متعاقد معه، أو أن يحدد النطاق الجغرافي الذي يمتد إليه الإيجاب كأن يحرر إيجابه أو عرضه في منطقة الشرق الأوسط، أو الاتحاد الأوروبي أو أن يحدد الوسيلة التي يجب أن يتم بها القبول.

2- خصائص الإيجاب الإلكتروني:

يخضع الإيجاب الإلكتروني لذات القواعد التي تحكم الإيجاب التقليدي إلا أن يتميز ببعض الخصائص التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم بشبكة عالمية للمعلومات والاتصالات وهي كما يلي:

أ-الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد: من خصائص الإيجاب الإلكتروني أنه يتم عن بعض ومن ثم فإن الإيجاب الإلكتروني يتم أيضًا عن بعد، ولما كان الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد، فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد، التي تلزم المورد أو مقدم الخدمة بمجموعة من القيود والواجبات اتجاه المستهلك والتي تتعلق بالسلعة محل العرض، كيفية تنفيذ العقد، ووسائل الدفع[1].

ب- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني: يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة الانترنت، وبدونه لا يمكن أن نعبر عن هذا الإيجاب، حيث يقوم بعرض الإيجاب من خلاله، وبالتالي الإيجاب لا يكون فعالا بمجرد صدوره من الموجب إنما من الوقت الذي يتم إطلاقًا الإيجاب عبر الانترنت وهي الفترة التي يتحقق فيما الوجود المادي للإيجاب الإلكتروني[2].

ج- الإيجاب الإلكتروني في الغالب إيجابا دوليا: يتم الإيجاب الإلكتروني باستخدام وسائط إلكترونية وعبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، لذلك فهو لا يتقيد بحدود الدول السياسية والجغرافية، ويكون الإيجاب الإلكتروني تبعًا لذلك إيجابًا دوليًا نظرًا لما تتسم به شبكة الانترنت من الانفتاح والعالمية[3].

إلا أنه لا يوجد ما يمنع من أن يقتصر الإيجاب على منظمة إقليمية محلية محددة كأن يكون الإيجاب مقتصرًا على المنطقة لجغرافية التي حددها الموجب لتوافر إمكانية الترويج بأكبر قدر ممكن في هذه المنطقة الجغرافية، ولتوافق المنتوج مع هذه المنطقة دون غيرها لتناسبه مع الأعراف والتقاليد الخاصة لهذه المنطقة[4].

3- صورة الإيجاب الإلكتروني

[1] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، 2011، المرجع السابق، ص 322.
[2] محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 63.
[3] خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**، 2011، المرجع السابق، ص 323.
[4] حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص 63.

إذا نظرنا إلى صور الإيجاب عبر شبكة الانترنت نجد أنه إما أن يكون إيجابا عبر البريد الإلكتروني أو عبر المواقع الإلكترونية أو إيجابًا عن طريق المحادثة والمشاهدة.

أ-الإيجاب عبر البريد الإلكتروني: الإيجاب عبر الانترنت لا يعد أن يكون نفسه الإيجاب التقليدي، ولكن تختلف الأدوات، ويبقى الجوهر والمضمون نفسه، لذا نجد أن الإيجاب في العقد الإلكتروني يتم بوسيلة فورية من خلال شبكة عالمية تنقل الصوت والصورة في الحال والساعة، ناهيك أنها تعتبر أكثر ملائمة وسرعة في نقل البيانات والكتابة الإلكترونية وهذا ما يتفق وشروط الإيجاب التقليدية التي تقتضيها أغلبية التشريعات الوطنية، خصوصًا ما إذا تعلق بالتعاقد عن بعد، لكن لا يد إيجابًا مضللاً أو مبالغًا فيه، وبالتالي يلتزم كل بائع بتزويد المستهلك أو الشخص القابل بالمعلومات اللازمة قبل إبرام العقد وإحاطة بمقدار الشيء ونوعه والثمن إذا أمكن ذلك[1].

ب- الإيجاب عبر المواقع الإلكترونية: الإيجاب عبر شبكة الموقع الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب من خلال التلفاز، الصحف أو أية وسيلة من الوسائل التقليدية إلا أن الاختلاف يكمن من حيث الاستمرارية، فالوسائل التقليدية يتم عرض الإيجاب خلال فترة زمنية محددة، في حين لعرض من خلال شبكة الموقع يكون مستمرًا وعلى مدار الأربع والعشرين ساعة (24سا) ولكافة بقاع الأرض دون تحديد، فكل من يدخل الشبكة يكون الإيجاب موجهًا إليه ومن حقه إبرام التعاقد ما لم يكن هناك مانع من التعاقد مع الشخص.[2]

ج- الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة: يستطيع المتعامل على شبكة الانترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف تقليدي أو هاتف مرئي فتكون هذه الحالة أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد أو ما يسمى بمجلس عقد افتراضي اقترب من مجلس عقد حقيقي، وهو ما يجعل من القواعد العامة للمتعاقدين الحاضرين المنصوص عليها في القانون المدني فيكون الإيجاب غير ملزم ما لم يحصل القبول فورًا وللموجب حينئذ الحق في العدول، فإذا عدل الموجب عن إيجابه يسقط الإيجاب ولا يتم العقد إطلاقًا وإذا صدر القبول بعد ذلك فلا يعتد به وعندها يعتبر إيجابًا جديدًا[3].

ثانيًا: القبول الإلكتروني l'acception

يعرف القبول بأنه تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب بطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب فهو إذن الإجابة بالموافقة على عرض الموجب ليتكون العقد، والقبول الإلكتروني

[1] مناني فراح، **العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري**، المرجع السابق، ص84.
[2] محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 60.
[3] حمود محمد ناصر، المرجع السابق، ص 181

لا يخرج عن مضمون هذا التعريف سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية من خلال شبكة الانترنت فهو قبول عن بعد يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي[1].

1-تعريف القبول الإلكتروني:

عرف الفقه القبول الإلكتروني بأنه: <<كل اتصال عن بعض يتضمن توافقًا تامًا مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب والتي وضعها الموجب، بحيث ينعقد العقد بمجرد حصول هذا الاتصال عند القابل>> ويعرف أيضًا أنه: <<كل تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد بواسطة شبكة دولية للاتصالات، على أن يتضمن هذا التعبير توافقًا وتطابقًا تامًا مع كل العناصر التي يتضمنها الإيجاب الصادر عبر الشبكة الدولية للاتصالات، حيث ينعقد العقد عند حصول عذا التطبيق>>[2].

والقبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب فهو الإرادة الثانية في العقد، إذ لا ينعقد باتفاق إرادتين، كما قلنا سابقًا.

والقبول هو العنصر الثاني في العقد، ويجب لكي ينتج القبول أثرًا في انعقاد العقد أن يتطابق تمامًا مع الإيجاب من كل جوانبه، وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابًا جديدًا أو ليس قبولاً إلا في حالة الاتفاق الجزئي، الذي نصت عليه المادة 68 من القانون المدني الجزائري والذي يكون منشئًا للعقد إذا توافرت شروطه[3].

2- شروط القبول الإلكتروني:

يشترط في القبول الذي ينعقد بع العقد شرطان:

- أن يكون مطابقًا للإيجاب.
- وأن يتم قبل سوط الإيجاب.

أ- مطابق القبول للإيجاب: يقصد بالمطابقة القبول للإيجاب صدور القبول بالموافقة على كل المسائل التي تضمنها الإيجاب، ويستوي أن تكون هذه المسائل رئيسية أو ثانوية، فالقبول يجب أن يكون جوابًا بـ: "نعم" عن الإيجاب.

ومن ثم اقتران القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابًا جديدًا (م 66 ق م ج).

فتنص المادة 65 من القانون المدني الجزائري على أنه: <<إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظ بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترط أن لا أثر للعقد عند

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الإلكتروني**، 2006، المرجع السابق، ص 267.

[2] بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 136.

[3] حيث تنص المادة 68 من ق م ج على ما يلي: <<إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحًا بالقبول فإن العقد يعتبر عقد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب، ويعتبر السكوت في الرد قبولاً، إذا اتل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب مصلحة من وجه إليه>>.

عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرمًا وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتف عليها، فإن المحكمة تقتضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة والأحكام القانون والعرف والعدالة>>

ب- صدور القبول قبل سقوط الإيجاب: معناه أن يصدر القبول والإيجاب ما يزال قائمًا، فإذا كانت هناك مدة للإيجاب صريحة أو ضمنية تعين أن يصدر القبول قبل فوات هذه المدة أي قبل سقوط الإيجاب وإلا اعتبر إيجابًا جديدًا كذلك.

وإذا كان الإيجاب قد صدر في مجلس العقد، ولم تحدد له مدة، فيجب أن يصدر القبول قبل انفضا مجلس العقد (م64 ق م ج)، أما إذا كانت المدة التي حددت للإيجاب قد انتهت أو كان المجلس قد انفض، أو كان الإيجاب سقط لسبب من أسباب السقوط، فإن القبول الذي يأتي بعد ذلك يكون إيجابًا جديدًا يستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه[1].

3- صور القبول الإلكتروني:

سنتعرض إلى التعبير عن القبول الإلكتروني بنفس الصور التي تناولناها في الإيجاب الإلكتروني على التوالي:

أ-التعبير عن القبول الإلكتروني عبر البريد الإلكتروني: يتم القبول عبر البريد الإلكتروني بقيام المرسل إليه الذي وجه إليه الإيجاب من قبل الموجب بإرسال قبوله على شكل رسالة إلكترونية تتضمن كافة العناصر اللازمة لإتمام العقد، أي أن الإيجاب والقبول في هذه الصورة تتم برسالتين إلكترونيتين، رسالة إلكترونية تتضمن الإيجاب، ثم تليها رسالة ثانية تتضمن القبول، وينتج عن تلاقي هاتين الرسالتين انعقاد العقد[2].

ب- التعبير عن القبول الإلكتروني عبر شبكة الموقع يتم القبول شبكة الموقع على عدة صور منها، ما يأتي على شكل رسالة إلكترونية أو بالضغط على أيقونة القبول مرة واحدة، أو عدة مرات (القبول بالتأكيد) سنقوم بتوضيح هذه الصور على التوالي:

-الرد بالقبول باستعمال رسالة إلكترونية:

نكون أمام هذه الصورة في حالة اشتراط الموجب أن يكون الرد على إعلانه على صفحة الواب برسالة إلكترونية، ترسل إلى عنوان البريد الإلكتروني الخاص بالموجب والذي حدده في إعلانه، بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا صدر القبول على شكل رسالة إلكترونية، فإنه ما عبر القابل عن قبوله بملء الاستمارة الإلكترونية لا يكون القبول صحيحًا ولا ينعقد العقد.

---

[1] تنص المادة 64 من ق م ج على: <<إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه وإذا لم يصدر القبول فورًا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

[2] د.بشار محمد دودين، المرجع السابق، ص 138.

- الرد بالقبول بالضغط على أيقونة القبول مرة واحدة:

إن الرد بالقبول عن طرف من وجه إليه الإيجاب بالضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة كافي للتعبير عن الإرادة ولانعقاد العقد، إلا أنه يثير إشكالاً إذا ما تم هذا القبول عن طريق ما يسمى بأخطاء اليد أي أنه حدث سهوًا[1].

ولهذه الحالة ولتجنب الاحتمال الخاطئ في التعاقد نجد أغلب المواقع كرست عدد من الإجراءات تسبق وصول القبول للموجب للتأكد من صحة البيانات المرسلة من خلال الضغط عدة مرات على كل مرحلة[2].

-الرد بالقبول بالضغط على أيقونة القبول لأكثر من مرة واحدة:

تتم هذه العملية بتزويد نظام البرنامج المعلومات المستخدم في العملية التعاقدية بما يمنع إرسال القبول بمجرد الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة (icône d'acceptation) كاستخدام عبارات إضافية مثل: هل تؤكد القبول لذا فإن القيمة القانونية لهذه الصورة تتحدد من خلال البرنامج المعلوماتي[3].

وتتمثل هذه القيمة في ثلاثة فرضيات هي:

- إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم تأكيد القبول، بحيث لن يترتب على صدور القبول مجردًا من التأكيد أي أثر أي أن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد.

- إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية لم ير فيه التأكيد على الإطلاق أي أن القبول يصدر بمجرد الضغط على أيقونة القبول لمرة واحدة.

- إذا كان البرنامج المعلوماتي المستخدم في العملية التعاقدية ويتضمن ضرورة التأكيد، ومع ذلك لا يمنع من انعقاد العقد بدونه، وهان الضغط على أيقونة القبول هي قرينة على الانعقاد ولكنها ليست قاطعة لأنها قابلة لإثبات العكس كأن يصدر الضغط سهوًا[4].

الفرع الثاني: الإشكالات المرافقة لطرق التعبير الإلكتروني

نظرًا لكون العقد الإلكتروني يتم عن بعد وفقا لوسائط إلكترونية فهو يفسر عدم التواجد المادي للعلاقة التعاقدية، ذلك ما يطرح إشكالات في تطبيق ذلك من الناحية الواقعية، ومن ذلك إشكالية تأكيد القبول بالنقر المزدوج على الموافقة في التعاقد بين شبكة المواقع، إضافة إلى ذلك إشكالية التعاقد وفقًا

[1] د. أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 83-84.
[2] محمد فواز محمد المطالقة، المرجع السابق، ص 69.
[3] محمد بشار دودين، المرجع السابق، ص 140.
[4] د. أسامة أبو لحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 86.

للوسائط الإلكترونية المؤتمنة في تأثيرها على إرادة التعاقد البشرية وكل ذلك يعتبر عائقًا في سبيل معرفة والتأكد من هوية الجهة المتعاقد وسيتم عرض هذه الإشكالات القانونية كالتالي:

أولا: إشكالية تأكيد القبول بالنقر المزدوج

وتكون هذه الحالة خاصة في التعاقد وفقا لشبكة المواقع Web من خلال قبول المتعاقد بالنقر على زر الموافقة أو خانة الموافقة المدرجة في النموذج المعد للتعاقد، بحيث تطرح إشكالية نقر الخطأ على هذا الزر في مدى اعتباره تعاقد أم لا، وتفاديًا لذلك ومحاولة لحل هذه المسألة القانونية فقد انقسم الفقه إلى رأيين.

فذهب جانب من الفقه إلى اعتبار النقر على الزر الموافقة بمثابة قبول[1]، ولا يمكن التذرع بالخطأ في ذلك ولو كان في رغبة الطرف الموجه إليه الإيجاب ألا يبرم العقد لخرج من الموقع دلالة في ذلك على رفض التعاقد.

ومن ذلك يرى جانب آخر من الفقه أنه لكي يعتد بهذا القبول يجب أن يثبت الموجب أن موقعه ونموذج العقد متوفر على موضعه متضمن لكافة شروط العقد، ومن ذلك ضمان إمكانية قراءتها من قبل المستخدم دون تكليف منه.

وفي سبيل حل هذا الإشكال فقد سعت تقنيات الدول إيجاد طريقتها الخاصة في تأكيد رغبة المتعاقد في القبول، فهناك من أوجدت ما يسمى ببطاقات العمليات وما يسمى بوثيقة الشراء، التي يقوم الموجه إليه الإيجاب بتحريرها على الشاشة، فهو بذلك يقوم بسلوك إيجابي يتمثل في إبداء رغبته بالتعاقد وإرسال تلك الوثيقة إلى موقع الموجب ليتأكد من رغبة الموجه إليه الإيجاب في التعاقد[2].

في حين أن هناك من التقنيات تتيح إمكانية تأكيد إرادة المتعاقد بالقبول عن طريق إرسال رسالة نهائية دالة على تأكيد تلك الإرادة ومثالها، هل أنت متأكد من القبول ويتيح الإجابة بـ "نعم" أو "لا"، كما أن هناك تقنية النقر المزدوج على زر الموافقة لتأكيد إرادة القابل[3].

وقد أثار الفقه مسألة القيمة القانونية لتأكيد القبول فهل يمكن اعتبار أن القبول قد تم قبل التأكيد وبذلك فليس له أي قيمة قانونية، وإما أن يتم القبول بالتأكيد فيكون بذلك هو القبول بذاته؟

وللإجابة على ذلك فنستخلص قيمته من خلال تقنية البرنامج المعلوماتي[4]، ما يتيحه من فرصة في التأكيد أم لا، ويتم ذلك وفقًا للفرضيات التالية:

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق،ص 92.

[2] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية**، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، 2003، ص 94.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 342.

[4] عرفه القانون لنموذجي لليونسترال بأنه: <<النظام الذي يستخدم لإنشاء رسالة البيانات أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها لتجهيزها على أي وجه آخر>>.

-الفرضية الأولى: إذا كان البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا بعد التأكيد ولا يترتب أي شيء على صدور القبول دون تأكيد له، ومن ذلك ففي هذه الحالة يمكن القبول بأن القبول لا يثير إلا بعد صدور التأكيد.

- الفرضية الثانية: حالة كون البرنامج يمكن انعقاد العقد بمجرد النقرة الأولى القبول دون حاجة إلى تأكيد وبذلك يصدر القبول من النقرة الأولى.

- الفرضية الثالثة: وفي هذه الحالة يشترط البرنامج ضرورة التأكيد لكيلا يمنع من انعقاد العقد بدونه، وبذلك تعتبر أن اللمسة الأخيرة قرينة بسيطة على انعقاد العقد فيمكن للموجب له إثبات أن هذه التأكيد صدر خطأ وهو لم يقصد القبول[1].

ومن ذلك يمكن القول بأنه مادام تطبيق نظرية القبول وفقًا للنقر المزدوج، وباعتبارها قرينة قانونية بسيطة فذلك لا يحسم الإشكال المطروح، فإما أن يؤكد القبول وفقًا لاستمارة معلومات كسلوك إيجابي لا يترك أي شك عن رغبة الطرف الموجه إليه الإيجاب في التعاقد، وإما أن نعتبر أن النقر المزدوج كقرينة قانونية قاطعة على قبول الإيجاب، ذلك أن النقرة الثانية ما هي إلى فرصة للموجه إليه الإيجاب لتبرير عدم رغبته في التعاقد في حال خطئه ولا يمكن منحها أكثر من مرة حتى لا تفتح مجال الاستهزاء واللاجدية في التعاقد.

ثانيا: إشكالية التعاقد وفقا للوسائط الإلكترونية المؤتمنة

قد واجه التعامل عبر الانترنت العديد من المشاكل والتي تتعلق بسلامة الإرادة الصادرة من قبل المتعاقدين، ذلك أن وجود وتطور التقنية الرقمية أوجد ما يعرف بتقنيات الوسائط المؤتمنة[2] في التعاقد، بحيث تطرح ما يعرف بالنيابة الإلكترونية في التعاقد.

فالتعامل وفقًا للوسائط الإلكترونية المؤتمنة لا يقبل التدخل البشري فيها، وإنما تتم عن طريق برامج معدة مسبقًا للقيام بمهمة معينة، مزودة بمعلومات تتيح لها القيام بعمل معين بما هو مسند إليها، بمجرد تلقي الأمر بذلك.

فعن طريق الذكاء الاصطناعي المبرمج لإمكانية صياغة إيجاب أو قبول، فهذا الجهاز هو الذي يحدد وقت ومحتوى العقد في حين تغيب الإرادة البشرية، وتوجد عدة نظم للحاسب الإلكتروني، مثل الوسطاء أو المعاونين والأذكياء القادرين إلى البحث عن السلع والخدمات لدى المنتجين وفقًا للمواصفات التي حددها الطرف الآخر، وتكون مجهزة ببرامج تتيح لها إمكانية طلب تلك السلع عند إيجادها وفقا لما حدد من قبيل العميل، ومن ذلك بالإمكان تصور نظام معلوماتي يقوم بمقارنة الأسعار في السوق وفقًا

---

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، **التعاقد عبر الانترنت**، د ط، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 86.

[2] يعرف الوسيط الإلكتروني المؤقت وفقًا لقانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية رقم 02 لسنة 2002 بأنه: <<برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب لتصرف بشكل مستقل، كليًا أو جزئيًا، دون إشراف أي شخص طبيعي في الوقت الذي يتم فيه التصرف أو الاستجابة له>>.

للجودة ولكمية والنوعية المرغوبة، ويمكنه القيام بقبول الإيجاب كليًا دون تدخل بشري، هذا من ناحية المشتري[1].

وفي المقابل يمكنها أيضا مقارنة ظروف السوق (الثمن والمنافسين)، ومن ذلك إمكانية إصدار إيجاب بسعر أقل من أسعرا المنافسين الآخرين لضمان قيام العقد، وهذا من ناحية البائع[2].

والأخذ بهذه التقنية الإلكترونية الحديثة التي تحدد وقت إبرام العقد ومدى مناسبة ذلك من عدمه، دون النظر لنية وإرادة الطرف المتعاقدين من جنة ونية الطرف الآخر وما هي ظروفه والتزاماته بالعقد، وبذلك التخلي عن دور الإرادة البشرية[3].

وإذا أخذنا ببرامج هذا الحاسب الآلي في التعاقد، فقد طمس دور الإرادة البشرية في التعاقد واستبدل بنيابة الوسيط الإلكتروني، وهذا ما وضع الباحثين في إشكالات قانونية إزاء حرية التعاقد أو عدم التعاقد؟ وفي مدى تحديد محتوى العقد وكذا لحظة إبرام العقد.

ومما سبق يمكن القبول بأن التعاقد وفقا لهذه الأنظمة الإلكترونية المؤتمتة، لا تعدو أن تكون نيابة في التعاقد ذات طابع إلكتروني خاص، ذلك أن المتعاقد عند اختياره لهذه الوسائط المؤتمتة عند التعاقد فهو راض بما تقوم به هذه الوسائط من معاملات، وإلا فإنه لم يختر هذه الطريقة الآلية ولا يمكنه التذرع بعدم توافر إرادته، وبذلك فالعقد ينعقد ويكون منتجات لآثاره والتزاماته في مواجهة طرفيه.

ومن ذلك فإن التعبير عن القبول عبر الحاسب الآلي المزود بتقنيات قادرة على إنجاز المعاملة على أساس ما قدم إليها من معلومات دون تدخل بشري، يرتب كافة الآثار القانونية المترتبة عن القبول الصادر عن الأفراد بطريقة تقليدية، فبذلك يكون التعاقد صحيحًا ونافذًا ومنتجًا لآثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل البشري المباشر للشخص في عملية الإبرام، ومن ذلك عليه الالتزام بما قام به هذا الوسيط وتنفيذ كل الالتزامات المترتبة عن إبرام العقد، وعدم التذرع بعدم توافر الإرادة البشرية.

ومن ذلك فهذا الجهاز يقوم بدور الوسيط فيقوم بنقل الرسالة، وبذلك فإما أن الإرادة قد تجددت واتخذت صورتها النهائية بواسطة ذلك الجهاز لحظة إرسال الرسالة، وإما أن إرادة الطرفين تتحقق عند تشغيل النظام، ومعنى ذلك أنه في الحالة الأولى تكون الإرادة موجودة وسبق تحققها، ويقوم النظام المعلوماتي فقط بإضافة العناصر الكاشفة واللازمة لتنشيطها، أما الحالة الثانية، فإن الإرادة لم تبلغ بعد إلى مرحلة التعبير عنها، وقت إصدار الرسالة، وعند تشغيل النظام الإلكتروني يتحقق التعبير عنها[4].

ثالثا: صعوبة التأكد من هوية الشخص المتعاقد

---

[1] سمير عبد السميع الأودن، **العقد اللكتروني**، منشأ المعارف للنشر، مطبعة الدلتا، الإسكندرية، 2001،ص 34، 64، 64.

[2] المرجع نفسه، ص 64-65

[3] المرجع نفسه، ص 35

[4] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 65.

تعد إشكالية التحقق من هوية الشخص المتعاقد من أهم الإشكالات التي يطرحها التعاقد وفقا للوسائل الإلكترونية، فلا ينعقد العقد صحيحًا إلا إذا كان صادرًا عن متعاقدين تتوافر فيهما الأهلية القانونية للتعاقد ونظرًا لكون العقود الإلكترونية تتم عن بعد فهي تفتقر للتواجد المادي بين أطراف العلاقة التعاقدية، فليس من السهل معرفة الشخص المتعاقد معه، وكذا أي المواقع المتعامل معها ومدى مصداقيتها كل ذلك يزرع التخوف لدى الأشخاص لاستبعاد مثل هذه المعاملات نظرًا لكثرة الأخطار والإشكالات المرافقة لها، فهي تحتاج إلى سلامة مبادلاتها وحريتها.

1- معرفة شخص المتعاقد وتحديد أهليته:

يختلف الأمر بالنسبة للتعاقد الإلكتروني عن المكالمات الهاتفية التقليدية التي تتم وفقا لتركيب الرقم وبذلك بتسيير معرفة المخاطب عن طريق رقمه الخاص، على خلاف الرسالة الإلكترونية سيكون غامضًا ويفتقر لليقين إذا ترسل الرسالة إلى البريد الإلكتروني، وليس إلى كمبيوتر بذله وبذلك فلا وجود لأي رابط مادي بين المرسل والمرسل إليه.

إضافة إلى تدخل عدة وسطاء لتأمين عملية الإرسال الإلكتروني قبل وصول الرسالة إلى صاحبها، وهذا ما يزيد من الشك في نزاهة المراسلات وسريتها، في ذلك تبقى معرضة للإصلاح عليها من قبل الغير، ويمكن نسخها أو طباعتها أو تحويل مسارها[1].

وقد يقوم أحد الأشخاص الذين لم يبلغوا سن الرشد أو أحد القاصرين بالقيام بالتعامل وشراء السلع أو الخدمات عبر الانترنت على الرغم من أنهم ممنوعون من إجراء هذه التصرفات، أو أن يدعي شخص أنه ممثل لشركة تجارية وهو في الواقع لا يملك صفة التعاقد باسمها، فهؤلاء لا يملكون الأهلية القانونية التي تخوله للقيام بذلك[2].

لتفادي تلك العقبات في معرفة الشخص المتعاقد والتأكد من هويته، قد سعى متخصصين في التقنية والرقمنة من محاولة الاستنجاد بعدة حلول.

فقد يضم الموقع على الانترنت شكلاً يلزم الطرف المتعاقد بالكشف عن هويته، والإفصاح عن عمره، في حال عدم تقديم هذه المعلومات فلن يسمح له بالمضي في إبرام المعاملة[3].

من أهم الطرق غير المباشرة التي يبتدعها المنتجون نماذج العقود التي توضع على مواقع الانترنت، تكون معدة بلغة سلسلة ومبسطة ومفهومة، مشترطة عدم تعاقد الفئات غير المرغوب فيها، بحيث تنص صراحة في هذه النماذج على أنه لا يقبل إبرام هذا العقد ممن لا يبلغ سن الرشد[4].

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 52.
[2] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 31.
[3] المرجع نفسه، ص 32.
[4] مناني فراح، المرجع السابق، ص 64.

يتم ذلك بإدخال كل طرف للبيانات الخاصة به، من اسمه وصفته التجارية وعنوانه، وكذا عنوان بريده الإلكتروني، وغيرها من البيانات التي يمكن الدلالة على هويته.

من ذلك يمكن القول بأن الاستعانة بالعقود النموذجية لا يمكنها سد تلك الثغرة، وبذلك تبقى إمكانية الاختراق وكما أنه يمكن للأطراف المتعاقدة إدخال بيانات غير صحيحة ويتم التعاقد وفقها كالما أنه لا توجد جهة مراقبة لذلك، ضف إلى ذلك فهناك من يرى بالأخذ بالوضع الظاهر، فإن استخدم طفل في تعاقده البطاقة المصرفية الخاصة بوالديه فيجوز للطرف المتعاقد متى كان حسن النية التمسك بأن القاصر مادام أنه استخدم هذه البطاقة توفر فيه مظهر صاحبها[1]، وبذلك يمكن له الرجوع على القاصر مؤسسا دعواه على قواعد المسؤولية التقصيرية، فإن قام ناقص الأهلية بإخفاء نقص أهليته بطرق غير مشروعة وتسبب ذلك في إبطال العقد جاز للطرف الآخر الحق في طلب التعويض.

وبذلك فتعد أهم وسيلة تقنية لضمان التأكد ومعرفة الشخص المتعاقد وأهليته، هي التوقيع الإلكتروني[2]، الذي يقوم على تقنيات التشفير الإلكتروني، كما يوجد أيضًا ما يسمى بسلطات الإشهار الإلكترونية التي تقوم بتحديد هوية الطرفين وأهليتهم القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت معلومات خاصة بالأطراف المتعاقد إلكترونيا[3].

2- التأكد من مواقع الانترنت وسلامة المبادلات وسريتها:

نظرًا إلى كون المعاملات التجارية عبر الانترنت تتم في غالبها عن طريق شبكة المواقع "Web" ، وذلك بالدخول إلى الموقع مباشرة، فيرجى تفادي تلك المواقع الوهمية التي تقوم ببعض الصفقات والمعاملات المشبوهة، وبذلك فهي قد تحتال على الزبائن وترتكب جرائم تسمى بجرائم الانترنت[4].

فإن ثبت للجهات المتخصصة أن الموقع المراد التعاقد معه ليس آمنًا، تقوم بإرسال رسالة تحذيرية للزبون الذي يريد التعاقد بأي إشارة على أن الموقع غير آمن، وبذلك فهو لا يرغمه على العدول وإنما يترك له الخيار إما بإبرام الصفقة أو الإحجام عنها واللجوء إلى موقع آمن[5].

وفي ذلك يطرح إشكال حرية المعطيات والمعلومات الخاصة بالمبادلات بين أطراف الصفقات عبر الانترنت، حيث أن الرسالة التي يرسلها "أ" لا تصل إلى "ب" دون المرور بعدة وسطاء

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 125.

[2] عرفه قانون إمارة دبي وكذا قانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين الجزائري وكذا قانون المعاملات الإلكترونية الأردني بأنه: <<توقيع مكون من حروف وأرقام أو رموز أو صوت أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيًا برسالة إلكترونية وممهور بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة>>

[3] مناني فراح، المرجع السابق، ص ص 53-54.

[4] سمير عبد السميع الأودن، المرجع السابق، ص 30.

[5]: المرجع نفسه، ص 30.

إلكترونيين، فخطر الإتلاف وتغيير الوجهة يظل يقتحم مبادلات الأطراف كلما زادت المسافة التي تبعد بين طرفي العقد[1].

المطلب الثالث: وسائل التعاقد الإلكتروني

باعتبار العقد الإلكتروني من قبل العقود المبرمة عن بعد ومن ذلك فهي تفرض عدم التواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية، ولكي تتم عملية التعاقد يستلزم وجود وسطة تضفي على ذلك وما تعرف بالوسائط الإلكترونية، وهي الوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد وتتمثل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة السلكية واللاسلكية.

لكنه من غير الممكن حصر جميع هذه الوسائل نظرًا لكونها غير ثابتة، وقد تتغير بالتطور التكنولوجي وقد تستحدث تقنيات الرقمنة وسائل أخرى بديلة لها تخدم عالم الرقمنة وعصر السرعة، لذلك تبين عرض أهمها، وتقسم إلى وسائل تعاقد إلكترونية كلاسيكية أو تقليدية، ووسائل تعاقد إلكترونية مواكبة لتطور العصر الحالي (حديثة) المتصلة بشبكة الانترنت.

الفرع الأول: وسائل التعاقد الإلكترونية الكلاسيكية

توجد العديد من الوسائل الإلكترونية الكلاسيكية المستعملة والتي لا تزال تستعمل لكن ليس بنفس نسبة استعمالات الوسائل المعاصرة الحديثة وأهمها:

أولا: المنيتيلMunitel:

يستخدم جهاز المنيتيل في إبرام العقود ذات البعد المادي، وهو يشبه تركيب جهاز الكمبيوتر الشخصي إلا أنه صغير الحجم نسبيًا يتكون من لوحة أزرار بحروق وأرقام شبيهة بلوحة المفاتيح الخاصة بالكمبيوتر وتقابلها شاشة صغيرة، ويعد المينيتيل وسيلة اتصال مرئية، ينقل الكتابة على الشاشة دون الصوت والصورة ويلزم فيه أن يوصل بخط الهاتف لكي يعمل[2].

ثانيا: التيلكس

وهو وسيلة تعاقد إلكترونية عن طريق إرسال المعلومات مباشرة بعد طباعتها، وغالبا ما ينعدم الفاصل الزمني بين إرسال تلك المعلومات واستقبالها، إلا في حال عدم تواجد الطرق المقابل لرد المعلومة أثناء إرسالها، وبذلك فمعظم العقود التي تتم عبر تعاقد بين حاضرين إلا في حالة وجود تأخر في الرد فيعد بين غائبين[3].

ثالثا: الفاكس:

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 54.

[2] محمد أمين الرومي، **التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت ط1**، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004، ص 14، ماجد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 26.

[3] أحمد خالد العجلوني، المرجع السابق، ص 49-50.

يعد هو الآخر وسيلة من وسائل التعاقد الإلكتروني، ويعتبر الفاكس جهاز استنساخ بالهاتف، يضمن نقل الرسائل والمستندات سواء كانت مخطوطة باليد أو مطبوعة بكامل محتوياتها، وتضمن هذه الوسيلة نقلا مطابقا للأصل، وبذلك تظهر تلك المستندات والرسائل على جهاز فاكس الطرف المستقبل، ويلاحظ وجود فارق زمني لرد الطرف المستقبل على المرسل[1]، لذا فالغالب في التعاقد بهذه الوسيلة أنه يتم بين غائبين من حيث الزمان والمكان لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول وكذا بين صدور القبول وعلم الموجب به.

الفرع الثاني: وسائل التعاقد الإلكترونية الحديثة المرتبطة بشبكة الانترنت

تعرف الانترنت بأنها: <<شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الاتصال عبر العالم>>[2].

وتعتبر الانترنت بمثابة موسوعة حضارية عالمية تحفظ نتاج البشرية الفكري، وتمد شرايين المعرفة في شتى بقاع العالم[3].

وقد ظهرت استخداماتها في المعاملات التجارية سنة 1998 عند ظهور (World wideweb)، بحيث كانت هذه المعاملات تجري بداية عن طريق مراسلات البريد الإلكتروني، وبمرور الزمن تطورت تقنياتها لتصبح مكانًا لعرض السلع والخدمات من خلال شبكة المواقع Web[4].

ويختلف الأمر في التعاقد عبر الانترنت بين التعاقد عبر شبكة Intranetوالاكسترانيت[5]Extranet.

وتستخدم في مجال التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت عدة وسائل أهمها:

أولا: الكمبيوتر:

يعتبر الكمبيوتر من أهم الأجهزة في بيئة التجارة الإلكترونية لضمان التعاقد الإلكتروني وسرعته.

ويعرف بأنه: <<جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية، طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرة، وله الدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخوينها واسترجاعها عند الحاجة إليها>>[6]

ثانيا: التجهيزات الذكية Intelligent Equipements

[1] المرجع نفسه، ص ص 49-50.
[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص ص 5-6.
[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 48
[4] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص ص 21-22-23.
[5] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص ص 26-27 .
[6] مناني فراح، المرجع السابق، ص 46.

وتعتبر هي الأخرى من الوسائل المتصلة بشبكة الانترنت وتضمن التعاقد الإلكتروني عن بعد وهي <<هي بارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول إلى الانترنت وتبادل الاتصال وإرسال واستقبال الإشارات وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية، فتتم العملية دون تدخل بشري>>[1].

ويصطلح إلى هذه الوسائل بالوسائط الإلكترونية المؤتمتة والتي تضمن إبرام وتنفيذ المعاملات بشكل كلي أو جزئي عن طريق وسائل أو سجلات إلكترونية، بحيث لا تكون خاضعة لأي متابعة أو مراقبة من قبل شخص طبيعي، ومن ذلك فهي تتم عن طريق برنامج آلي أو نظام الحاسب الآلي يعرف بالوسيط الإلكتروني المؤتمت[2].

ثالثا: الهاتف المرئي

بعد إجراء التعديلات التقنية والفنية على الهاتف العادي، تم التوصل إلى ما يعرف بالهاتف المرئي، والذي يمكن المتعاقد من الكلام مع شخص المتعاقد الآخر ومشاهدته في نفس الوقت، ويعتبر هذا الجهاز من أهم الوسائل الإلكترونية المتعامل بها برواج في عصر الرقمنة والعالم المتطور[3].

ونظرا لأهمية هذا الجهاز فقد كان من المفروض أن يستخدم في شبكة الانترنت، نظرا لسهولة استخدامه لكن ما شهدته هذه الخدمة من مصاعب فنيةو تقنية تعبر ذلك وبالرغم من ذلك فقد ظهر جيل جديد متطور لهذا الجهاز، يفترض فيه توفير في هذه التقنية خدمة في انتشار عالمية الرقمنة[4].

رابعًا: الهاتف المحمول

وهو من أهم الوسائل الحديثة التي تكفل سرعة المعاملات والمبادلات الإلكترونية، وقد ظهر منذ فترة صيرة نسبيًا، حيث بإمكانه الدخول على شبكة الانترنت وتعرف بخاصية WAP[5]، وقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية، بصفة عامة إلى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول أو التجارة الخلوية، ويرمز لها باختصار M.Commerce[6].

---

[1] محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص 45.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام **القانوني لحماية التجارة الإلكترونية نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، ك1**، دط، دار الفكر الجامعي، 2002، ص ص 88-89.

[3] سمير حامد بعد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص ص 34-35-36.

[4] محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 27

[5] ، مناني فراح، المرجع السابق، ص 27.

[6] المرجع نفسه، ص ص 47-48.

الفصل الثاني:

الأحكام المرتبطة بإبرام مجلس العقد الإلكتروني

لكي ينعقد العقد الإلكتروني صحيحًا ومرتبا لآثاره، فلا يكفي مجرد صدور إرادتي المتعاقدين والمتمثلة في الإيجاب والقبول بل يلزم لذلك تلاقي تلك الإرادتين وتطابقهما حول مسائل العقد بعد التحقق من أهلية المتعاقدين في التعاقد وسلامة إرادتهما في التعاقد وفقًا لما اشترطه القانون، ذلك ما يتطلبه انعقاد مجلس العقد، ونظرًا لكون العقد الإلكتروني يتم عن بعد بحيث يفتقر للتواجد المادي بين أطراف هذه المعاملة، وقيامه في بيئة افتراضية عبر شبكة الانترنت، ومن ذلك تثور مسألة تحديد الزمان والمكان الذي يتم خلالهما انعقاد العقد.

ويتم ذلك بعرض النظريات الفقهية التي تحدد ذلك وبيان وجهة المشرع الجزائري منها (المبحث الأول)، وما يترتب على ذلك من آثار قانونية عند قيام أي نزاعات بخصوص هذا التعاقد لتحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر في هذه المنازعات، وعند محاولة القاضي الفصل في النزاع المطروح بخصوص التعاقد الإلكتروني، والنظر في ملابسات القضية فأي قانون يتعين عليه تطبيقه، باعتبار هذه العقود تتم عن بعد فقط تبرم بين أطراف تختلف جنسياتهم، ذلك ما يفتح المجال لتطبيق قواعد قانونية أجنبية في إطار قواعد القانون الدولي الخاص (المبحث الثاني).

ولا فرق في تمام العقد في التعاقد الإلكتروني بين أن يكون قد تم بالاتصال المباشر أو غير المباشر للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال المباشرة وغير المباشرة، فالحكم نفسه بالنسبة لتمام العقد، لأنه تعاقد بين غائبين من حيث المكان في كلتا الحالتين على رأي بعض الفقه[1].

[1] عدنان محمد يوسف ربابعة، **التعاقد الإلكتروني دراسة فقهية اقتصادية قانونية**، مجلة جامعة القصيم، 1432هـ، ص 21.

المبحث الأول: تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

لقد عنت مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني باهتمام كبير من قبل فقهاء القانون وحتى في التشريعات النموذجية والمقارنة، ذلك لأهميتها ودورها البالغ في تحديد الآثار المترتبة عن انعقاد العقد الإلكتروني، ومن ذلك فقد اختلفت النظريات الفقهية في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

وسنتناول من خلال هذا المبحث أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني (المطلب الأول)، ومن ذلك تحديد مختلف النظريات الفقهية في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، وتبيان موقف المشرع الجزائري منها (المطلب الثاني)، ومن ثم عرض النظريات الفقهية التي تحدد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، وتبيان موقف المشرع الجزائري منها (المطلب الثالث).

المطلب الأول: أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

تعتبر مسألة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني من أهم المسائل القانونية والفقهية التي لها دور هام في تحديد الآثار القانونية المترتبة عن انعقاد العقد الإلكتروني، فمسألة زمان انعقاد العقد الإلكتروني تحدد وقت انعقاد العقد الإلكتروني، ومن ذلك تحديد الآجال الخاصة بترتيب الالتزامات أو التقادم وغيرها، أمام مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني فهي تحدد مجال أو نطاق ترتيب آثار العقد الإلكتروني، كمكان قيام المتعاقدين بالتزاماتهما ومكان تسليم السلع، وفي حال حدوث أي نزاع فمسألة مكان انعقاد العقد الإلكتروني تحدد القضاء المختص بالنظر في منازعات هذه العقود والقانون الواجب التطبيق عليها.

وسنحاول من خلال هذا المطلب تبيان أهمية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، ومن ذلك أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: أهمية تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني

فبالنسبة لزمان العقد الإلكتروني، فيستطيع كل متعاقد رؤية المتعاقد الآخر، وأن يتحدث معه مباشرة بواسطة الكاميرا الخاصة لاتي توصل بجهاز الكمبيوتر، ومثالها في التعاقد عن طريق غرف المحادثة والمشاهدة المباشرة، فبذلك يصدر الإيجاب من الموجب ويصادفه مباشرة قبول من الطرف المقابل[1].

لكن ذلك لا يصدق في كل الحالات، ففي التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق مواقع الويب فيتصور وجود فاصل زمني بين صدور إرادتي المتعاقدين، وبذلك فيصعب تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

[1] حوحو يمينة، **عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)**، أطروحة دكتوراه، إشراف فيلالي علي، تخصص قانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012، ص 107.

ومن ذلك فمسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني لها أهمية كبيرة وتبرز خاصة من خلال:

- إن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني تهم في معرفة القانون الواجب التطبيق من حيث الزمان، ذلك فإن صدر قانون جديد ففي هذه الحالة تظهر أهمية تحديد لحظة انعقاد العقد بمعرة ماذا كان يخضع هذا العقد من حيث آثاره لأحكام القانون القديم أم الجديد[1].

- من المقرر قانونًا أن العقد ينعقد في اللحظة التي تتقابل فيها الإرادتين، وبذلك يرتب العقد آثاره القانونية، فمعرة لحظة الانعقاد تهم في تحديد لحظة نشوء الالتزامات المتبادلة بين أطراف العلاقة التعاقدية ومن ذلك حساب آجال الوفاء بها.

- إن تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني يفيد في معرفة أهلية المتعاقدين لحظة انعقاد العقد، وتزداد تلك الأهمية خاصة في مجال العقود الإلكترونية، نظرًا لأنها تتم وفقا لوسائط إلكترونية وفي بيئة افتراضية يصعب معها تحديد أهلية الأطراف المتعاقدة، ذلك أن معرفة أهلية المتعاقدين أثناء إبرام العقد تهم في التأكد من مدى صحة هذا العقد.

- إن معرفة لحظة انعقاد العقد الإلكتروني يرتب ذلك آثاره القانونية، ذلك ما يمنع على أي من طرفيه نقضه أو التحلل منه[2].

- كما تبين لحظة انعقاد العقد الإلكتروني انتقال الملكية في عقود البيع، وكذا مختلف الالتزامات المتعلقة بتنفيذ العقد، وحساب آجال التنفيذ، وفي حال التمسك بالإبطال تهم في تحديد آجال الطعون[3].

- كما تبرز أهمية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في تحديد فترة نشوء الالتزامات بين طرفي العقد، ومن ذلك تتحقق إلزامية العقد في مواجهة طرفيه وفي مواجهة الغير، فإن أخل أي منهما بما يقع على عاتقه من التزامات قامت مسؤوليته العقدية[4].

- كما تفيدنا لحظة انعقاد العقد الإلكتروني في معرفة مدى توافر شروط صحة العقد أثناء انعقاد العقد، ومن ذلك مدى إمكانية الأطراف بالتمسك بالإبطال على أساسها[5].

- وتهم مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني في معرفة الوقت الذي يمكن فيه للمستهلك العدول عن التعاقد دون ترتب أية مسؤولية عن ذلك.

- يتعين من لحظة انعقاد العقد الإلكتروني استحقاق المشتري للانتفاع بالشيء المبيع وإيراده، ومن ذلك تحمل تكاليفه، وينجر ذلك عن ترتب التزامات الطرفين[6]. وذلك طبقا للمادة 383 من ق م ج[1].

---

[1] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 80.
[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص 98.
[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 98.
[4] عدنان محمد يوسف ربابعة، عبد الله محمد ربابعة، المرجع السابق، ص 17.
[5] المرجع نفسه، ص 17.
[6] مناني فراح، المرجع السابق، ص 99.

- وتفيد معرفة لحظة انعقاد العقد الإلكتروني، فيما يتعلق برفع الدعاوى، كالدعوى البوليصية، والتي يشترط فيها أن يكون تاريخ العقد الذي يطعن فيه الدائن قد صدر من مدينه لاحقا على الحق الثابت له في ذمة المدين[2].

- أما بخصوص الإرادة، وفيما يخص الإيجاب الملزم فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني تهم معرفة حق الموجب في العدول عن إيجابه، بعد انقضاء الأجل المحدد ولم يصدر قبول من الشخص المتعاقد الموجه إليه الإيجاب[3]، ففي حال الإيجاب الملزم والمحدد بمدة زنية فيهم في معرفة فيما إذا تم صدور القبول في المهلة المحددة ذلك أنه إن صدر بعدها يعد الإيجاب الموجه قد سقط أو القبول بمثابة إيجاب جديد.

- استنادًا إلى نص المادة 90 فقرة 2 ق م ج التي تنص: <<يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد وإلا كانت غير مقبولة>>.

وفقا للمادة فلحظة انعقاد العقد الإلكتروني تهمنا في حساب الآجال القانونية التي يمكننا خلالها من مطالبة أي حق أو لرفع أي تظلم ناشئ عن العقد، وحددت وفق المادة بمدة سنة كاملة من تاريخ إبرام العقد، ويسري ذلك في مجال العقود الإلكترونية التي تتم عن بعد.

- إن الإيجاب يسقط في بعض الحالات، كوفاة الموجب أو فقد أهليته، ومن ذلك تحدد لحظة انقاد العقد بين أمرين، فإن تمت الوفاة أو فقدان الأهلية قبل انعقاد العقد يسقط بالإيجاب، أما إذا تم العقد قبل ذلك يكون العقد صحيحًا وقائما ولا يتأثر بذلك[4].

الفرع الثاني: أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني

وبالنظر لمكان انعقاد العقد الإلكتروني، فهو عبارة عن شبكة افتراضية تشكل مكانًا لتلاقي إرادتي المتعاقدين لا ماديا ولا يمكن اعتباره عقدا بين غائبين أو عن بعد، لكن هذا الحضور يختلف عن الحضور المادي التقليدي، فهو حضور من نوع خاص يستدعي تنظيمه وفقًا لقواعد خاصة[5].

وتجدر الإشارة إلى أنه رغم تحقق وحدة المكان بطريقة افتراضية، إلا أنه يصعب تحديد المكان الذي انعقد فيه العقد، لأن مكان انعقاده عبارة عن شبكة إلكترونية للاتصالات، وهي بذلك عبارة عن خطوط عنكبوتية مرتبطة بأجهزة الكمبيوتر ومتصلة ببعضها البعض يستحيل من خلالها تحديد مكانه بشكل دقيق[6].

---

[1] تنص المادة 383 من القانون المدني الجزائري على: <<تسقط بالتقادم دعوى الضمان بعد انقضاء سنة من يوم تسليم المبيع حتى ولو لم يكتشف المشتري العيب إلا بعد انقضاء هذا الأجل ما لم يلتزم البائع بالضمان مدة أطول>>

[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص 99.

[3] المرجع نفسه، ص 99.

[4] المرجع نفسه، ص 99.

[5] حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 107.

[6] حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 107.

ومن ذلك بدت أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني وتتلخص كالآتي:

- إن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني يفيد في معرفة المحكمة المختصة من حيث الاختصاص القضائي بالنظر في قضايا التعاقد الإلكتروني في حال وقوع أي نزاع[1].

- إن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني يهمنا في معرفة القانون الواجب التطبيق، ذلك أن معظم العقود الإلكترونية تبرم عن بعد وتمتاز بطابع العالمية، فبذلك تتيح هذه الحالة إمكانية تطبيق أكثر من قانون واحد.

- كما أن تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني يهم في تحديد مكان تنفيذ الالتزامات الواقعة على أطراف التعاقد، وبحسب اتفاق أطرافها فأن تم الاتفاق على أن يكون مكان التسليم هو مكان الانعقاد فأي مكان سيكون في هذه الحالة، ومن ذلك وجب تحديده، ويختلف بذلك أيضا وفقا لموضوع العقد المبرم ما إذا كان تقديم خدمة معينة أو تسليم سلمة، وبذلك إذا كان موضوع العقد هو تقديم خدمة فعادة ما يكون مكان الانعقاد هو نفسه مقر العمل، أما في حالة تسليم السلعة فيكون في أقرب ميناء لمكان انعقاد العقد الإلكتروني، ذلك إن لم يكن في نفس مكان الانعقاد.

- ويفيد تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني في مسائل تنازع الاختصاص في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك في العقود التي يدخل فيها العنصر الأجنبي، فهي تخضع من حيث شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه، وكذا الأمر إذا تعلق بموضوع بآثارها.

المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من النظريات الفقهية المحددة لزمان إبرام العقد الإلكتروني

من المعلوم أن مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني تحكمها نظريات فقهية عديدة ومختلفة، وتجدر الإشارة إلى أنه قبل تحديد موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات، استلزم أولاً عرض هذه النظريات وبيان وجهات نظرها واختلافها، والأسانيد التي تعتمد عليها كل نظرية في تفسير وجهتها، ومن ذلك سيتم التعريج على مختلف هذه النظريات (الفرع الأول)، ومن ذلك تحديد مسار وموقف المشرع الجزائري من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النظريات الفقهية في تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني

تختلف النظريات الفقهية في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني، وكل منها تؤسس موقفها على حجج وأدلة تبرر وجهتها، ونشير إلى أن هذه النظريات هي متبناة في النظرية العامة للعقد وفقًا للقواعد العامة، ومن ذلك سنحاول إسقاط أحكامها في مجال التعاقد الإلكتروني، وسيتم عرضها كالتالي:

أولا: نظرية صدور أو إعلان قبول:

وفقا لهذه النظرية فالعقد ينعقد بمجرد صدور الإرادة المقابلة للإيجاب والمتمثلة في القبول، وبذلك فالعقد ينعقد قبل علم الموجب بإرادة الطرف القابل، حيث أن العقد لا يحتاج إلى تأخير أكثر من

[1] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 80.

ذلك، لأن التجارة وفقًا لطبيعتها تقتضي السرعة في إجراء المعاملات، ومن ذلك إذا أراد الموجب الرجوع عن إيجابه فلا يعلم ما إذا تم العقد أم لم يتم، وبذلك قد يعدل عن إيجابه بعد انعقاد العقد، ومن ذلك فلا فائدة من ذلك[1].

وبإسقاط ذلك على العقود الإلكترونية، فإن العقد ينعقد من اللحظة التي يحرر فيها القابلة الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، إذا كان التعاقد عبر البريد الإلكتروني، أو من اللحظة التي يعلن فيها القبول على شاشة حاسوبه سواء بكتابة عبارة معينة تعبر عن قبوله أو بالضغط على زر الموافقة على هذه الشاشة، إذا كان التعاقد عبر صفحات الويب[2].

وعند قيام الموجه إليه القبول بالنقر على الأيقونة المخصصة لذلك على الشاشة، ومن ذلك تظهر كلمة (موافق)، ففي هذه الحالة قد لا يضغط القابل على المفتاح الخارجي بالإرسال بل يضغط على مفتاح التوقف الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكتروني، وبذلك فالقبول لا يخرج من حوزة القابل وسيبقى إلى غاية مرحلة تصدير القبول[3].

وهناك من يعتبر أن العقد يعقد وفقًا لهذه النظرية بإعلان القابل عن إرادته حتى قبل الضغط على زر أو أيقونة الإرسال، وبذلك ينعقد العقد والقبول لم يخرج من جهاز كمبيوتر القابل وذلك ما يصعب إثباته[4].

ومن ذلك يمكن القول بأنه من الصعب تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني إذا تمت الموافقة عبر الضغط على زر الموافقة فقد يكون ذلك آنيا مقارنة بالطريقة الأولى.

وما يؤخذ على هذه النظرية أنها مخالفة للقواعد العامة الخاصة بصدور الإرادة والتعبير عنها[5]، بحيث تقتضي لكي تحدث أثرها ويعتد بها القانون أن تصدر إلى الوسط الخارجي بالتعبير عنها وكذا ضرورة العلم بها من الطرف المقابل، ومن ذلك لا يمكن التفريق بين الإيجاب والقبول في ذلك، فكما يستلزم علم الطرف الموجه إليه الإيجاب بالإرادة الأولى يقتضي أيضًا علم الموجب بإرادة القابل كي ينتج العقد آثاره وفي ذلك تقصير في حق الموجب.

إضافة إلى أنه لا يصلح الأخذ به من الناحية الواقعية العملية، ذلك لتعذر إثبات قبول الطرف الموجه إليه الإيجاب عبر الانترنت، بما أنه لم تدون تلك الإرادة المتمثلة في القبول[6]، ووفقا للقواعد

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 137.
[2] محمد حسن رفاعي العطار، **البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة)**، د ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2007، ص 83.
[3] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 101.
[4] مناني فراح، المرجع السابق، ص 101.
[5] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 137.
[6] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 111.

العامة فمجرد إعلان الإرادتين لا ينتج أي أثر قانوني يلزم الطرفين لأن ذلك لا يضمن مسألة تلاقي الإرادتين وتوافقهما.

ثانيا: نظرية تصدير القبول:

وهذه النظرية تقوم على أساس النظرية السابقة إلا أنها لا تكتفي بالإعلان عن القبول بل تتطلب تصدير إرادة الطرف الموجه إليه الإيجاب.

فيرى أصحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد بمجرد صدور إرادة القابل، ويكون ذلك القابل قد عبر عن إرادته بإرسال الرسالة أو النقر على زر الموافقة، فيفقد في هذه الحالة السيطرة عليها أو استردادها، حيث تتطابق إرادتي المتعاقدين، ومن ذلك وفقًا لهذه النظرية فالعقد يتم بمجرد تحرير رسالة القبول أو البرقية أو الرسول[1].

ومن ذلك تستند هذه النظرية على أن عملية تصدير القبول تؤدي لخروج إرادة المتعاقد (القابل) عن سيطرته وبذلك لا يمكنه استردادها أو الرجوع عنها، فبمجرد نقره يصبح قبوله لا نهائيًا ولا يمكنه الاحتجاج بالخطأ[2].

ويرى في هذا الخصوص أغلبية الفقهاء بصلاحية هذا المذهب للتطبيق على المعاملات الإلكترونية، ذلك أنه يمنح نوعًا من الثقة والراحة النفسية للإقبال على إبرام هذا النوع من العقود، نظرا لافتقاره للتواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية[3].

وبإسقاط ذلك على العقد الإلكتروني، فإن العقد ينعقد في اللحظة التي يضغط فيها القابل على زر الإرسال، وبذلك سرعان ما ترسل الرسالة وتخرج عن إرادة وتحكم المرسل (القابل)، ومن ذلك يفقد السيطرة عليه ولا يمكنه استرداد قبوله، وتطرح هذه المسألة خاصة في التعاقد عبر البريد الإلكتروني، أما في التعاقد عبر مواقع الويب، فإن العقد ينعقد في اللحظة التي يضغط فيها القابل على زر الموافقة، أو من خلال طباعة العبارات التي تدل على القبول[4].

والأخذ بهذه النظرية فيه نوع من اللبس، ذلك أن تصدير القبول دون استلامه غير متاح على الانترنت، لأن الفاصل الزمني بين تصدير القبول وتسلمه من قبل الموجب ليس كبيرًا، فأغلب المعاملات عبر الانترنت تكون فورية ومتزامنة[5].

ويشترط أن يكون صدور القبول نهائيًا لا رجعة فيه، لخروجه تمامًا عن حوزة القابل، فيكون في هذه الحالة إثبات صدور القبول سهلا وبالتالي يسقط الاعتراض عليه لصعوبة إثبات ذلك[1].

---

[1] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 136.
[2] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 102، خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 377.
[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 137.
[4] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 82.
[5] أنظر بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 103.

ومن ذلك يمكن القول بأنه من الصعب تحديد اللحظة التي يتم فيها تصدير القبول أو إخراجه من يد القابل، وذلك قبل وصول الرسالة إلى الطرف المقابل (الموجب)، ومن ذلك فلا يمكن تصور مدة زمنية طويلة بين صدور القبول ووصوله إلى الموجب، فالأولى، بذلك الأخذ بنظرية تسليم القبول لقيامها على جانب مادي متمثل في تسلم الرسالة الإلكترونية.

وهناك جانب من الفقه يذهب إلى القول بعدم صلاحية هذه النظرية في مجال العقود الإلكترونية، ذلك أنه تنجر عنها إشكالات عديدة[2].

فقد تخلى بعض الفقه عن تطبيق هذه النظرية في مجال العقود الإلكترونية لاسيما في البيع الإلكتروني، على أساس أنه لا يمكن تصور صدور القبول من الطرف الموجه إليه الإيجاب دون تسلمه من قبل الموجب عبر تقنيات الانترنت المتطورة، فذلك الطرح يعني وجود فاصل زمني بين تصدير القبول وتسلمه، فهذا التصور يمكن الأخذ به في مجال العقود التقليدية ومثالها البريد العادي، أما المعاملات الإلكترونية يكاد ينعدم فيها الفاصل الزمني[3].

والفرضية التي يمكن الاستناد عليها بخصوص ذلك أن عدم تسلم الرسالة الإلكترونية مباشرة أو على الخط لا يمكن إسناده وجود الفارق الزمني بين تصدير القبول وتسلمه من قبل الموجب، وإما قد يرجع إلى سبب فني في جهاز الكمبيوتر وغالبا في شبكة الانترنت، ومن ذلك فالرسالة التي تتضمن القبول لا تزال حبيسة جهاز كمبيوتر القابل[4].

ثالثا: نظرية تسليم (استلام القبول) القبول:

يرى أصحاب هذه النظرية بان العقد ينعقد عند وصول إرادة القابل للموجب، وذلك بتسلمه لرسالة القابض بغض النظر ما إذا كان الموجب قد علم بمضمون الرسالة أم لا، فبذلك يصبح القبول نهائيًا ولا يمكن للقابل الرجوع فيه[5].

وما يؤخذ عليها أنه بالرغم من وصول إرادة القابل للموجب أنه لا يكفي للقول بتوافق الإرادتين وانعقاد العقد، ذلك أن الموجب لم يطلع على مضمون الرسالة ولم يعلم بما فيها[6].

وبإسقاط ذلك على العقود التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية فإن العقد ينعقد في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول، وليس لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المحتوية للقبول في سيطرة مقدم خدمة الانترنت، أي منذ وقت وصول وتسلم الرسالة الإلكترونية إلى صندوق البريد الإلكتروني على جهاز كمبيوتر الموجب، ومن ذلك لا يفرق الأمر بين ما إذا فتح الرسالة واطلع عليها أم لا، فينعقد العقد بمجرد

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 102.
[2] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 89.
[3] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 84
[4] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 84.
[5] مناني فراح، المرجع السابق، ص 102؛.
[6] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 82.

وصول الرسالة إلى البريد الإلكتروني، ويكون بذلك تسلم الموجب للقبول قرينة على علمه به، فيستوي الأمر بعد ذلك بعلمه به فعلا كان يفتحه ويقرأ ما فيه أو عدم علمه به[1].

فوقت تلقي الخطاب الإلكتروني على البريد الإلكتروني هو الوقت الذي يصبح فيه الخطاب الإلكتروني قابلاً للاستخراج من قبل المرسل إليه، ومن ذلك يصبح في هذه الحالة المرسل على علم بأن الرسالة الإلكترونية قد وصلت إلى ذلك العنوان[2].

ومن ذلك يمكن القول بخصوص هذه النظرية بانها تعاب من ناحية اعتبارها بأن وصول إرادة القابل إلى جهاز كمبيوتر الموجب قرينة على علم الموجب بمضمون الرسالة الإلكترونية وبذلك ينعقد العقد، ذلك أنه قد تحدث إشكالات متعلقة بالتقنية الرقمية تحول دون قراءة رسالة القابل وبذلك عدم علمه حتى بها، ومن جهة أخرى قد تصل الرسالة القابل المتضمنة القبول الإلكتروني في الوقت الذي يكون فيه الموجب غير متصل بشبكة الانترنت، فينتج العد آثاره في ذمة الموجب رغم دم علمه بأن العقد قد أبرم من أصله، وفي ذلك الوقت قد يتلقى قبولا آخر عبر وسيلة إلكترونية أخرى كالفاكس مثلا، وبذلك يجد الموجب نفسه قد أبرم ذات العقد مع عدة متعاملين أو مستهلكين.

رابعا: نظرية العلم بالقبول:

ويشترط أصحاب هذه النظرية علم الموجب بالقبول، ذلك أن الإرادة لا تنتج أثرها إلا بوصولها إلى علم من وجهت إليه ويسري ذلك على الموجب والقابل، وعندئذ يصح القول من الناحية القانونية، أنه تم توافق بين الإرادتين[3].

ومفاد هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان الذي يعلم فيهما الموجب بالقبول[4].

ومن ذلك فالعقد لا ينعقد إلا بالعلم الحقيقي للموجب[5]، ونظرا لكون العلم الحقيقي بالقبول قد يصعب تحققه في مجال العقود الإلكترونية، فيعتبر بذلك وصول القبول إلى الموجب قرينة دالة على العلم مضمون ما تحمله الرسالة الإلكترونية، لكنها قرينة بسيطة في مواجهة الموجب وبذلك يمكنه إثبات عكسها بأنه لم يعلم بالقبول رغم وصوله وتمكنه[6].

وبإسقاط ذلك على العقود الإلكترونية المبرمة عن بعد، من خلال هذه النظرية فالعقد ينعقد في اللحظة التي يقوم فيها الموجب بفتح صندوق خطاباته أو بريده الإلكتروني، ومن ذلك يطلع على الرسالة التي أرسلها القابل والمتضمنة للقبول المقابل للإيجاب الذي عرضه عليه وقراءة محتواها وفهمه، وبمعنى

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 378.
[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص 103.
[3] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 113.
[4] حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 115.
[5] مناني فراح، المرجع السابق، ص 103.
[6] المرجع نفسه، ص 379.

آخر يتحقق ذلك باسترجاع الموجب للمعلومات الموجودة في رسالة البيانات المستعملة منه وأن يعلم برد الموجه إليه تلك الرسالة[1].

أما من الناحية الواقعية في الأمر ليس بالسهل، خصوصًا لتشابك التقنية الرقمية من الناحية التقنية، ومن ذلك فهي تخلق عدة لحظات متشابكة في هذا الصدد، ذلك ما يخلق مجموعة من الإشكالات القانونية تتعلق بزمان انعقاد العقد الإلكتروني وما يترتب عليه من آثار قانونية، من ذلك، متى الاعتداد بإرادة الشخص الموجه إليه القبول، هل هي لحظة تشغل جهاز الكمبيوتر الخاص به؟ أم هي لحظة البدء بالتجوال بين مختلف البرامج والمواقع على الشبكة؟، أم هي اللحظة التي يعبر بها الشخص الموجه إليه الإيجاب عن موافقته، أم يتم العقد في اللحظة التي يفتح فيها بريده الإلكتروني ويطلع على الرسالة الإلكترونية؟[2]

ومن ذلك يمكن القول بأن الأقرب إلى الصواب أن العقد من خلال هذه النظرية ينعقد من اللحظة التي يفتح فيها الموجب بريده الإلكتروني ويطلع على الرسالة الإلكترونية ويقرأ مضمونه ويفهمه بحيث لا يبقى أي شك في دلالتها على التعاقد، ومن ذلك فهذه الإشكالات لا تطرح دائمًا.

ومن ذلك فهذه النظرية مستبعدة في مجال العقود الإلكترونية، ذلك أنها لا تصلح لتحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني، فالقابل يصعب عليه إثبات علم الموجب بالقبول، وذلك قد يعطي الفرصة للموجب أن يدعي عدم علمه بالقبول إذا أراد العدول عن إبرام العقد[3].

ومن ذلك يمكن القول بان هذه النظرية التي تبني انعقاد العقد على علم الموجب بمضمون رسالة القابل قريبة نوعًا ما إلى الصواب، لكن في مجال المعاملات الإلكترونية عبر الانترنت قد تصعب مسألة إثبات علم القابل بمضمون الرسالة التي تلقاها، وذلك يفتح باب التحايل وفي ذلك إجحاف في حق القابل، فإن إرادة الموجب هنا التملص من الالتزام بهذا العقد ادعى بعدم علمه بمضمون رسالة الموجب، وما يقع على القابل إثبات عكس ذلك أي بعلم الموجب بمضمون الرسالة، وهو أمر صعب الإثبات أو يمكن القول باستحالته خاصة في مجال العقود الإلكترونية عن بعد.

وهناك من يعتقد برد المذاهب الأربعة السابقة الذكر إلى مذهبين فقط، وهما مذهب إعلان القبول ومذهب العلم بالقبول، ذلك أن مذهب تصدير القبول ومذهب استلام القبول متفرعان عن مذهب إعلان القبول[4].

خامسا: نظرية الاستلام المؤكد

---

[1] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 81.
[2] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 115.
[3] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 82.
[4] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص113.

ومضمون هذه النظرية أن العقد ينعقد في المكان والزمان الذي يستلم فيه الموجب لقبول القابل، ويتم ذلك برسالة يرسلها القابل يؤكد من خلالها استلامه للقبول، وبذلك الإجراء يصبح القبول نهائيًا ولا يحق للقابل الرجوع فيه، وهذه النظرية تختلف عن نظرية الاستلام العادية التي لا يمكن من خلالها معرفة ما إذا تم علم الموجب بها من عدمه، وحتى وإن علم فيمكنه التذرع بعدم علمه[1].

وهذه النظرية جديدة، ومن ذلك فهي تستهدف حماية المستهلك من الآلية والتسرع من جهة، ومن جهة أخرى تفاديًا لعيوب نظرية الاستلام في أنها تحقق انعقاد العقد بمجرد تسلم رسالة القابل حتى وإن لم يعلم بمضمونها، ومنه فهي تهتم بالجانب الشكلي للقبول دون الاطلاع على المضمون، فقد يحدث عارض يحول دون استلام الموجب للقبول، وبذلك يقع عائقًا أمام انعقاد العقد، وأن هذا النوع من العقود يفتقر للوجود المادي بين أطراف العلاقة التعاقدية[2].

ومن ذلك يمكن القول بأن هذه النظرية تهدف أساسًا لحماية الطرق الضعيف في العقود الإلكترونية عن بعد وهو المستهلك الإلكتروني، تكريسًا لما تبنته القوانين الخاصة بحماية المستهلك الإلكتروني، فهي تضفي نوعا من الأمان والحماية له، كما أنها تعتبر أقرب من الصواب في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

وتجدر الإشارة إلى أن القليل من الدول التي أوجدت نظاما قانونيًا خاصا بالمعاملات الإلكترونية بصفة هامة وبخصوص مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، إلا أنه يمكن القول بأننا يمكن أن نلمس الحل الملائم لهذه الإشكالات القانونية، من خلال فهم الطبيعة الحقيقية لشبكة الانترنت ومختلف الخدمات التي تقدمها من الناحية التقنية خاصة، ومن ذلك فهم آليات إبرام العقود، وكذا لتأمين ذلك يستوجب وضع قواعد قانونية توفر بيئة قانونية آمنة ومستقرة تحفز الإقبال على الانخراط في مجال التجارة والتعاملات الإلكترونية عن بعد ووفقا لهذه الوسائل المواكبة لتطورات العصر بكل متطلباتها وطبيعتها[3].

ونظرا لقيام هذه المعاملات وفقا لوسائل إلكترونية، كان لابد من إبراز خصوصية هذا الوضع، فبالرغم من اعتماد تلك النظريات في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني إلا أنها تبقى قاصرة في استيعاب تلك الوسائط الإلكترونية، ومن ذلك فقد تظافرت الجهود لأجل خلق بعض الإجراءات التي

---

[1] حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 109.

[2] المرجع نفسه، ص 110.

[3] هادي مسلم يونس البشكاني، ، **التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)**، د ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، 2009، ص 242.

تضمن التعامل وفقًا لهذه الوسائل، فهناك من اشترط إجراء تأكيد القبول لانعقاد العقد كالتوجيه الأوروبي الصادر رقم 2000/31 الصادر بتاريخ 2000/06/08[1].

كما أنه تشترط لدى البعض أن تحديد زمان ومكان تبادل الرسائل الإلكترونية واستلامها يتم وفقا لأسس فنية معينة، إلا أنه ما يعاب عليها أنها جاءت مكملة، فتطبق في حال عدم اتفاق الأطراف المتعاقدة، ذلك ما يفتح المجال لصراعات أخرى حول تحديد زمان الانعقاد بشكل قاطع[2].

وهناك من اعتبر هذه الإجراءات التأكيدية عبارة عن نظرية مستقلة عن النظريات السالفة الذكر في حال التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، فلا يكفي القول في انعقاد العقد الذي يتم عن بعد بمجرد صدور القبول أو العلم به يستلزم الطابع الخاص لهذه المعاملات أن يقوم القابل بتأكيد قبوله[3].

ومن ذلك وحسب هذا الرأي فإن النظريات التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني لا تكفي من تحديد تلك اللحظة، وخاصة بعد طغيان قواعد حماية المستهلك لذلك استحدثت نظرية الاستلام المؤكد التي تضفي نوعًا من الأمان في نفس المستهلك تدفعه إلى إبرام هذا النوع من العقود.

ونستخلص من ذلك أن معظم الجهود الدولية وحتى التشريعات الداخلية التي تبنت النظام الخاص بالتعاقد الإلكتروني في منظومة قانونية، تسعى إلى إخراج التعاقد الإلكتروني من كنف النظريات التقليدية بشأن التعاقد بين غائبين، كل ذلك رغبة في الوصول إلى نظرية مستقلة تكون ملائمة لمعالجة مختلف الإشكالات التي قد تثار بذلك الشأن.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات

وفقا للمادة 67 من ق م ج التي تنص على: <<يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول>>.

ومن خلال المادة فالمشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول، وأعطى في ذلك في الفقرة الثانية قرينة على أن وصول القبول للموجب يفترض فيه علمه بها ما لم يثبت عكس ذلك.

ويقتضي ذلك أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر بأن يطلع على الرسالة المتضمنة للقبول، وبذلك فالأخذ بهذه النظرية يؤجل من الآثار المترتبة عن القبول ذلك ما يوفر فرصة للموجب له للتراجع عن قبوله، وفي المقابل يكون للموجب الدفع بعدم تحقق علمه الحقيقي بمضمون الرسالة الإلكترونية، وهو ما يصعب إثباته خاصة في مجال العقود الإلكترونية[4].

---

[1] محمد خالد جمال رستم، **التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية والإثبات الإلكتروني في العالم، ط1**، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006، ص ص 14-15.

[2] المرجع نفسه، ص ص 15-16.

[3] المرجع نفسه، ص 15.

[4] مناني فراح، المرجع السابق، ص104.

وبإسقاط ذلك على العقود الإلكترونية عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس، فالعقد ينعقد في اللحظة التي تصل فيها الرسالة الإلكترونية إلى صندوق بريد الشخص الموجب واطلاعه عليها وقراءتها وفهم محتواها، أي بتحققه من قبول الطرف الموجه إليه الإيجاب، وكذا الأمر بوصول الرسالة إلى فاكس الشخص المتعاقد معه ومن ذلك اطلاعه عليها في حال التعاقد عبر الفاكس[1].

لكن وفقا للمادة 67 في فقرتها الثانية فقد أورد المشرع الجزائري قرينة على أن وصول إرادة الطرف المتعاقد معه إلى بريد الموجب تفترض عليه علمه بها وبمضمونها، لكنها قرينة بسيطة يمكن للموجب إثبات عكسها، بان يثبت بأنه لم يعلم بالقبول إلا خلال وقت لاحق، ضف إلى ذلك فإن هذه القاعدة القانونية هي قاعدة مكملة وليست آمرة، أي أن يجوز لأطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق على مخالفتها، بالأخذ بأي من النظريات الأخرى السابقة الذكر.

من خلال ما تم عرضه بما تبناه المشرع الجزائري فإن تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني يرجع فيها إلى تطبيق القواعد العامة للعقود التقليدية، وذلك إن دل على شيء فإنما يدل على الفراغ التشريعي بهذا لهذه المسائل القانونية، ومن ذلك فيختلف وقت انعقاد العقد الإلكتروني بالنسبة لباقي الدول، بحسب النظرية التي يتم اعتمادها في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.

أما بالنسبة لقانون اليونسترال باعتباره النموذج العالمي المتعلق بالعقود الإلكترونية، فهو لم يعالج في كافة نصوصه مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، واقتصر على تنظيم مسألة زمان إرسال رسالة البيانات، ذلك لاعتبار أن هذه الرسائل هي التي تعبر عن الإرادات التعاقدية في مجال العقود الإلكترونية عن بعد، ومن ذلك فلحظة إرسال رسالة البيانات هي اللحظة التي تدخل فيها هذه الرسالة إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة الطرف المتعاقد، وبذلك لا يمكن استرجاعها أو تعديلها[2].

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني:

إن لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني أهمية كبيرة في ترتيب آثار العقد، كما تم ذكره سابقًا نظرًا للطابع غير المادي لأطراف العلاقة التعاقدية، كون التعاقد الإلكتروني لا يحمل أي معنى جغرافي، ذلك ما جعل القواعد التي تحكم هذه المسألة، وفقا للنظرية العامة للعقد في القانون المدني محل تساؤل عند الكثير من الفقهاء حول إمكانية تطبيقها على هذا النوع من العقود، وقبل التطرق لموقف المشرع الجزائري بخصوص مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، يستلزم أولا عرض مختلف النظريات الفقهية في تحديد ذلك، ومن ذلك سيتم التطرق لأهم النظريات الفقهية في تحديد مكان انعقاد العقد، ومن ذلك إسقاط ذلك على المعاملات الإلكترونية (الفرع الأول)، ومن ذلك نخلص لموقف المشرع الجزائري بخصوص هذه المسألة (الفرع الثاني).

---

[1] المرجع نفسه، ص 104

[2] طلال ياسين العيسى، المرجع السابق، ص 86.

الفرع الأول: النظريات الفقهية في تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني

إن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني ترجع أساسًا إلى صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة الإلكترونية، ذلك أن تبادل تلك الرسائل يتم عبر فضاء إلكتروني متمثل في شبكة الانترنت، ومن ذلك يثور التساؤل حول أي الأماكن التي يمكن الاعتداد بها لتحديد مكان إبرام تلك العقود التي تفتقر للتواجد المادي بين أطرافها، ولغرض إيجاد الحل القانوني لهذه الإشكالية القانونية، فقد تعددت الآراء والنظريات الفقهية ساعية في إيجاد مخرج من خلاله تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني.

أولا: نظرية التلازم:

فيتحدد مكان إبرام العقد الإلكتروني وفقا لهذه النظرية وفقا لتلازم عنصري الزمان والمكان، ومن ذلك فمكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني، فإن تم الأخذ بنظرية صدور القبول، فيكون بذلك مكان انعقاد العقد الإلكتروني في هذه الحالة هو مكان تواجد القابل، في حين أنه إذا تم الأخذ بنظرية العلم بالقبول، فإن العقد ينعقد في المكان الذي يتواجد فيه الموجب أثناء اطلاعه على رسالة القابل.

وهناك من القه من يطلق عليه مبدأ الوحدة بين زمان ومكان انعقاد العقد، باعتبار ان الوقت الذي يتم فيه تلاقي إرادتي المتعاقدين، يرتبط بمكان معين واحد لا يتجزأ، ويقوم على وضع قانوني واحد بالنسبة إلى طرفي العقد ذلك لمنع إمكانية الاختلاف في القوانين[1].

ومن الناحية الواقعية فإعمال هذه النظرية في مجال المعاملات الإلكترونية عن بعد يقتضي التمييز بين ثلاث حالات:

الحالة الأولى:

في حال إبرام العقد عبر غرف المحادثة المباشرة: ففي هذه الحالة ينعقد العقد الإلكتروني في المكان الذي يوجد فيه الموجب أثناء صدور القبول من الشخص الموجه إليه الإيجاب، ذلك أنه في هذه الحالة يتم علم الموجب بالقبول في نفس اللحظة التي صدر فيها القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب، ذلك أنه في هذه الحالة يتم علم الموجب بالقبول في نفس اللحظة التي صدر فيها القبول من قبل الموجه إليه الإيجاب، باعتبار أن التعاقد عبر غرف المحادثة هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان[2].

الحالة الثانية:

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 117.
[2] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 119.

في حالة تم التعاقد عبر البريد الإلكتروني: ففي هذه الحالة يتم انعقاد العقد الإلكتروني في المكان الذي يتواجد فيه الموجب أثناء فتحه البريد الإلكتروني الخاص به واطلاعه على الرسالة الإلكترونية الموجهة من قبل القابل والمتضمنة عبارات تدل على قبوله.

الحالة الثالثة:

في حال التعاقد عبر مواقع الويب: في هذه الحالة ينعقد العقد الإلكتروني عن بعد في المكان الذي يكون فيه الموجب في اللحظة التي يفتح فيه الموقع المتعاقد من خلاله واطلاعه على الرسالة الإلكترونية[1]، أو المكان الذي يكون فيه أثناء وصول موافقة الطرف الموجه إليه الإيجاب في حال التعاقد عبر الضغط على زر الموافقة.

وتجدر الإشارة إلى أن هذه الحالات تعتمد على نظرية العلم بالقبول بحيث يتغير مكان انعقاد العقد الإلكتروني عن بعد إذا تم اتخاذ نظرية أخرى مثل نظرية صدور القبول، ومن ذلك يكون مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان وجود القابل أثناء صدور القبول.

غير أن هذه النظرية لا تؤدي المبتغى من تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني من الناحية الواقعية، نظرًا إلى الإشكالات التي تثيرها، ذلك أن الشخص المتعاقد قد يبرم عقودًا عبر شبكة الانترنت وهو متواجد في أي مكان وفي أي دولة بدخوله مواقعا عالمية، نظرا لعالمية شبكة الانترنت وسهولة التعامل بها وما تضمنه من سرعة في الأداء، ومن ذلك فالأخذ بهذه النظرية قد يتيح تطبيق قانون دولة أجنبية عن طرفي العلاقة التعاقدية دجون رغبتهما في ذلك[2].

ونظرا للانتقادات الموجهة لهذه النظرية، فهناك من يعتبر أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو نفسه الشبكة التي يتم التواصل من خلالها، إذ أنها تعتبر مكانا لتلاقي غير مادي من نوع خاص، ومن ثمة من غير الممكن اعتباره عقدًا بين غائبين أو عقدًا عن بعد، بل هو عقد بين حاضرين لا ماديًا، لكن رغم وحدة الزمان والمكان، إلا أن هذا الحضور له خصوصية، فيختلف بذلك عن الحضور المادي التقليدي، ذلك ما يستدعي أن تختص بتنظيمه قواعد خاصة تتلاءم مع طبيعته[3].

ومع ذلك حتى وإن تحققت وحدة المكان بشكل افتراضي، فإنه من الصعب تحديد مكان انعقاد العقد لاعتباره شبكة إلكترونية افتراضية للاتصالات، وهي عبارة عن خطوط عنكبوتية مرتبطة بأجهزة الكمبيوتر متصلة ببعضها البعض فيستحيل عن طريقها تحديد المكان بدقة[4].

ونظرا لعجز نظرية التلازم في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني، فقد تبين أما الأخذ بمبدأ حرية أطراف العلاقة التعاقدية في تحديد مكان الانعقاد كقاعدة عامة، وفي حال غياب اتفاق الأطراف

---

[1] المرجع نفسه، ص 120.
[2] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص ص 187-189.
[3] حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 107.
[4] المرجع نفسه، ص 107

ظهرت هناك نظريات حديثة أكثر ملاءمة مع طبيعة التعامل وفقًا للوسائل الإلكترونية والتي تعرف بنظرية الازدواجية أو الثنائية[1].

وما يلاحظ في ذلك أنه هناك من تشريعات الدول رغم حداثتها إلا أنها لم تراع الطابع الخاص بالعقود الإلكترونية، ولا تزال تتمسك بالنظريات التقليدية[2].

ومن ذلك فإن نظرية التلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني هي النظرية السائدة لدى التشريعات التي تناولت زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين[3].

ثانيا: نظرية الازدواجية:

هناك من الفقه من يعتبر أن مسألة مكان العقد مستقلة عن زمانه، فمكان العقد هو محل تلاقي إرادتي المتعاقدين، ولا يمكن تصور نقل الإرادة وربطها بمكان معين، ولذلك فمسألة مكان انعقاد العقد بزمن علم الموجب بالقبول لا تعدو أن تكون مجرد فرضية قانونية تعتمدها الدول في حال وجود الفراغ التشريعي[4].

وصيغت هذه الآراء وفقًا لنظريتين تسمى بالنظريات الثنائية التي تقوم على أساس عدم وجود تلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني تبناها الفقيهان مالوريوشيفاليه[5].

1-نظرية مالوري:

وتستند هذه النظرية في قيامها إلى عدم إجبار الشخص الذي لم يصدر منه الإيجاب أن يتقاضى خارج محل إقامته، بل الذي يكون ملزم بذلك هو الذي بادر بإصدار إرادته في التعاقد، ومن ذلك فتحديد مكان انعقاد العقد هو مكان تواجد القابل أخذًا في ذلك بنظرية تصدير القبول[6].

وبإسقاط ذلك على المعاملات الإلكترونية فإن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني من الطرف الموجه إليه الإيجاب، ومن ذلك هو المكان الذي أصدر فيه القابل للرسالة الإلكترونية في حال التعاقد عبر البريد الإلكتروني، وهو المكان الذي كان فيه القابل عندما قام بالضغط على زر الموافقة في حال التعاقد عبر مواقع الويب.

ورغم أن هذه النظرية منطقية وملائمة للمعاملات الإلكترونية إلا أنها لم تسلم من النقد في بعض الجوانب، ذلك فبالرغم من عدم منطقية عدم إجبار الشخص الذي لم يصدر منه إيجاب بالتعاقد بعيدًا عن محل إقامته، إلا أنه يصعب تطبيق ذلك إذا قلنا بصدور القبول من عدة أشخاص وينتمون إلى دول

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 190.

[2] مرزوق نور الهدى، المرجع السابق، ص ص 192-193

[3] سليم سعداوي، **عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1**، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008، ص 49.

[4] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 117.

[5] ولم يتم التطرق لهاتين النظريتين في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني لأنهما لا يأتيان بأي جديد في ذلك، حيث أنهما يطبقان نفس القواعد المعروضة سابقًا في نظرية العلم بالقبول.

[6] لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص ص 132-135

مختلفة للإيجاب الذي صدر من الموجب، وفي حال قيام أي نزاع وأرادوا مقاضاة الموجب في نفس الوقت، فلا يستطيع الموجب التوجه إلى عدة دول والتقاضي في نفس الوقت، وبالمقابل من ذلك يكون من السهل على القابل التوجه للقاضي في دولة الموجب حتى وإن تعدد القابل، ذلك أنه اختار بإرادته أن يكون طرفًا في العقد.

ومن ثم فتبني نظرية تصدير القبول كمكان لانعقاد العقد الإلكتروني، هي عبارة عن مبررات تتعلق بمراعاة مصلحة لاطرف الضعيف الأولى بالحماية من الأطراف المتعاقدة، ومن ذلك اعتبار تواجد هذا الطرف هو مكان انعقاد العقد الإلكتروني[1].

2- نظرية شيفاليه:

وهذه النظرية أيضا خالفت النظرية التقليدية التي تلزم التلازم بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، ومن ذلك فهي تقر بضرورة الفصل بين مسألة زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

بحيث تؤكد هذه النظرية على عدم إمكانية ربط إرادتي المتعاقدين بمكان معين في حال التعاقد ما بين غائبين، بمعنى أن تطابق الإرادتين قد تتحقق في زمان معين لكن لا يمكن أن تتحقق في مكان معين، لأنه لا يمكننا القول بتواجد الإيجاب والقبول وتطابقهما في مكان معين[2].

وحسب نظرية شيفاليه فمكان انعقاد العقد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (مكان الشخص الموجه إليه الإيجاب)، وفيما يخص القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره وفي حال عدم اتفاق الطرفين عليهما، فيطبق مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة الأولى بالتعاقد، وأسس ذلك على أساس أن الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى عدة أشخاص يكون له نفسه المعنى حتى إن اختلف الأشخاص الموجه إليهم ذلك العرض أو الإيجاب[3].

ونخلص في الأخير إلى أن الذي جاءت به النظريات الثنائية في تحديد مكان انعقاد العقد، أكثر ملاءمة ومنطقا في التعامل التجاري خصوصًا في العقود الإلكترونية، لقيامها على استقلالية عنصر الزمان والمكان، ومن ذلك فعلى المشرع الجزائري الاقتداء في ذلك بقانون اليونسترال، والذي يقر بمبدأ حرية الأطراف في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني

---

[1] هادي مسلم يونس البشكاني، المرجع السابق، ص 252.

[2] أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)**، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005، ص ص 233-234.

[3] لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 135.

تنص المادة 67 من ق م ج على: <<يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك، ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول>>.

وفقا لنص المادة فالمشرع الجزائري وضع قاعدة عامة، حيث اعتبر أن مكان انعقاد العقد المبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بقبول الطرف الموجه إليه الإيجاب، وما يلاحظ من ذلك أن المشرع الجزائري في تحديده لمكان انعقاد العقد أخذ بالتلازم بين عنصري المكان والزمان، حيث أن تحديد مكان الانعقاد مرتبط أساسًا بزمن الانعقاد، ومن ذلك لا يمكن الفصل بينهما، وبمعنى آخر لا يمكن القول بأن مكان علم الموجب بالقبول يختلف عن المكان الذي ينعقد فيه العقد، وما يمكن قوله بهذا الشأن أن هذه المادة ليست آمرة وإنما مكملة، ويعني ذلك أنها ليست من النظام العام فيجوز بذلك لأطراف العلاقة التعاقدية الاتفاق على خلاف ذلك.

يمكن القول بأن تطبيق هذه النظرية في مجال العقود التقليدية، التي تبرم بين غائبين عن طريق تبادل الخطابات والوثائق المكتوبة يكون سهلا نظرًا للطبيعة المادية لوسيلة تبادل تراضي الطرفين[1].

وبإسقاط ذلك على العقود التي تتم عن بعد عن طريق الوسائل الإلكترونية عن بعد، نظرا للتعاقد الافتراضي عبر شبكة الانترنت حيث يغيب التعامل المادي بصفة نهائية بين أطراف العلاقة التعاقدية، ذلك ما يثير الكثير من الإشكالات.

فيصعب بذلك تطبيق نظرية التلازم في تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، نظرًا لكون التعاقد الإلكتروني يتم عبر شبكة معلومات إلكترونية، بحيث تمكن المتعاملين بها دخول المواقع الإلكترونية في أي مكان يتواجد فيه عبر العالم، وذلك يؤدي إلى التداخل بين القوانين، وقد يؤدي إلى تطبيق قانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها[2].

فمن غير المنطقي أن يطبق قانون دولة أجنبية على عقد يكون أطرافه جزائريين وتم إبرامه في حدود إقليم الدولة الجزائرية.

فنظرا للطبيعة الدولية لشبكة الانترنت بوصفها متصلة بجميع دول العالم في آن واحد، وكذا لقيامها على عدد هائل من المواقع الافتراضية، فبذلك لا يمكن تركيز هذا العقد في دولة معينة لصعوبة تحقيق ذلك[3].

ضف إلى ذلك أن القبول قد يصدر بطرق مختلفة، فقد يصدر صراحة كما قد يصدر ضمنيًا، وذلك باستنتاجه من سلوكيات الموجه إليه الإيجاب، وكذا الأمر في حالة السكوت الملابس الذي يمكن

---

[1] مناني فراح، المرجع السابق، ص 105.

[2] صالح المنزلاوي، **القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية**، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006، ص 418.

[3] مناني فراح، المرجع السابق، ص 106.

تطبيقه في مجال العقود الإلكترونية عند معظم تشريعات الدول ومن بينها المشرع الجزائري، بذلك فقد يقوم الموجه إليه الإيجاب بأعمال تؤدي إلى تنفيذ العقد مباشرة، حتى دون إعلان عن إرادته، ومن ذلك فلا يمكن تصور اتصال إرادة القابل بعلم الموجب قبل الانعقاد[1].

فقد يتعدد مكان صدور الإيجاب فإما أن يكون محل إقامته، أو محل ما توجد مشروعاته أو مكان عمله الذي به نظام معلوماتي فيقيم به تعاملاته واتصالاته وتعاقداته، كما يمكن أن يكون مكان توجد به وسيلة اتصال مزودة بشبكة تمكن إرسال وتبادل الخطاب[2].

ومنه يمكن القبول بالنسبة لما جاء به المشرع الجزائري بخصوص تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني أنه لا يأتي بأحكام جديدة وإنما اقتبس القواعد القانونية الخاصة بالمعاملات التقليدية وإسقاطها على المعاملات الإلكترونية وبذلك فهو أخذ بنظرية التلازم بين مسألتي زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، بالرغم من أن ذلك يشكل صعوبات من حيث التطبيق، ومن ذلك وجب على المشرع بهذا الخصوص استحداث نظام قانوني شامل ومحدد لجل أحكام هذه المعاملات الإلكترونية لنها لا تتلاءم وطبيعة الأحكام التقليدية ومن ذلك نرى بضرورة الاقتداء لما أقره القانون النموذجي لليونسترال في هذا الشأن.

أما بالنسبة لقانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، حيث نص في المادة 15 في فقرتا الرابعة[3] على: <<ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنه استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ولأغراض هذه الفقرة:

- إذا كان للمنشئ او المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.
- إذا لم للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمر يشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد.

ويتبين من نص المادة أن قانون اليونسترال حدد مكان التعاقد الإلكتروني بـ:

- الأخذ بمبدأ حرية الإرادة في تحديد مكان انعقاد العقد.
- في حال عدم اتفاق الأطراف، فإن مكان الانعقاد هو مقر عمل المرسل إليه.
- وفي حال كون للمرسل إليه أكثر من محل، فإن المكان هو مقر العمل الذي له صلة بموضوع العقد، وإذا لم يوجد، فإن المكان هو مقر العمل الرئيسي.
- وفي حال عدم وجود مقر عمل فإن المكان هو محل إقامة المرسل إليه المعتاد.

---

[1] المرجع نفسه، ص 106.
[2] المرجع نفسه، ص 106.
[3] قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية .

ومن ذلك فإبرام العقد الإلكتروني يكون قد أبرم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك[1].

المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

إن لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني أهمية بالغة كما تم ذكره سابقًا، من ذلك فتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني ينتج آثارًا خاصة إذا ما تمت منازعات حول العقد المبرم، فبذلك إن تم انحلاله أو إشكال في التنفيذ، أو في حال ما طالب أحد الأطراف بإبطال العقد، ومن ذلك يثور التساؤل حول القضاء المختص بنظر هذه القضايا، نظرًا لكون معظم العقود الإلكترونية تتم عن بعد وتمتاز بطابع العالمية، ذلك ما يطرح إشكالية أي محكمة تختص بالنظر في مثل هذه المنازعات، ذلك ما يطرح إشكالية تنازع الاختصاص في حال تعلق النزاع بعنصر أجنبي، ومن ذلك إذا ما تبين اختصاص قضاء معين للفصل في القضية المطروحة فهنا القاضي وبصدد محاولته في حل الإشكال المطروح وجب عليه أن يحكم وفقا لقواعد تمثل قانون دولة معينة، وبهذا الشأن ونظرًا لكون هذه العقود تتم بين أطراف غالبا ما تختلف من حيث جنسيها، هذا ما يطرح إشكاليات تنازع القوانين تطبيقا لقواعد التنازع في القانون الدولي الخاص في حال ما تعلق النزاع بوجود عنصر أجنبي.

وسنحاول دراسة هذا الموضوع بتبيان القضاء المختص بالنظر في منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد (المطلب الأول)، ومن ذلك تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات التعاقد الإلكتروني عن بعد (المطلب الثاني).

المطلب الأول: القضاء المختص بالنظر في منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد

تثور مسألة القضاء المختص بالنظر في منازعات العقود الإلكترونية عن بعد في حال وقوع أي نزاع حول العقد المبرم عن بعد، ومن ذلك فتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني له أهمية كبيرة في ذلك، وكقاعدة عامة فإن تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع يخضع لمبدأ سلطان الإرادة، أي أن أطراف العلاقة التعاقدية لهم كامل الحرية في اختيار الجهة القضائية التي تفصل في أي نزاع قد يثور بينهما، وفي غياب ذلك يرجع إلى الأصل، ومن ذلك فإن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو الذي يحدد الجهة القضائية المختصة بنظر النزاع، فلو تم إبرام عقد بين طرفين أحدهما في الجزائر (الموجب) والآخر في وتونس (الموجه إليه القبول)، فإن العقد ينعقد وفقا للقانون الجزائري في المكان الذي يعلم فيه الموجب بقبول الطرف الموجه إليه الإيجاب تطبيقًا لنظرية العلم بالقبول، ومن ذلك يكون الاختصاص القضائي بالنظر والفصل في أي نزاع قد يثور يعود للجهة القضائية التي تم انعقاد العقد في دائرة اختصاصها وهي الجهة القضائية الجزائرية، ومن ذلك فإن تحديد المحكمة المختصة تختلف باختلاف النظرية المتبناة في مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

[1] وهذا ما سارت عليه معظم التشريعات العربية، ومن بينها التشريع الأردني والبحريني وإمارة دبي.

وسنحاول من خلال هذا المطلب تحديد جل الآراء الفقهية المحددة للاختصاص القضائي لنزاعات التعاقد الإلكتروني عن بعد في حال وجود عنصر أجنبي في العلاقة التعاقدية (الفرع الأول)، ومن ذلك بيان موقف المشرع الجزائري من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد الجهة القضائية المختصة بنظر منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد

إن تحديد الاختصاص القضائي يخضع وفقًا للقواعد العامة التي تقضي بأن ترفع القضايا أمام الجهة القضائية التي يوجد فيه محل إقامة أو موطن المدعى عليه[1]، إلا أنه يجوز مخالفتها بالاتفاق بين الأطراف على مخالفتها واختيار أي جهة قضائية يرغبون بها، وبإمكان الطرفين استبعاد هذين الضابطين والخضوع إلى إحدى الضوابط الاحتياطية الأخرى (أولا)، إلا أنه قد يختار أطراف العلاقة التعاقدية طريقًا آخر لحل الخلاف الواقع بينهما ضمانا في ذلك لسرعة أكثر وتفاديًا للإجراءات المعقدة التي لا تتلاءم مع المعاملات الإلكترونية بعيدًا عن القضاء، ومن ذلك اللجوء إلى الوسائل الودية البديلة (ثانيًا).

أولا: المبادئ العامة في الاختصاص القضائي

تقوم نظرية تحديد الاختصاص القضائي الدولي عمومًا على مبادئ وقواعد تمكن من تحديد الجهة القضائية المختصة بحل النزاعات في المجال الإلكتروني، بحيث تخضع للقاعدة العامة في الاختصاص الدولي للمحاكم وحتى في مجال الاختصاص الوطني، بأن ترفع الدعوى وكأصل عام أمام الجهة القضائية الواقعة بدائرة اختصاصها موطن أو محل إقامة المدعى عليه[2].

إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام أي يجوز مخالفتها، ومن ذلك الاتفاق على خلاف ذلك من قبل طرفي العلاقة التعاقدية وتقرير الاختصاص القضائي لجهة قضائية أخرى، وهو ما يطلق عليه مبدأ الخضوع الإرادي أو بالاتفاق على الاختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي، وهذا الضابط من الضوابط المستقرة في المنازعات ذات الطابع الدولي بشرط أن هذا الاختيار، أن تكون هناك رابطة جدية بين النزاع المطروح والجهة القضائية التي اختارها الأطراف، أو أن تقوم مصلحة مشروعة للأطراف من وراء هذا الاختيار، ويشترط أن لا يكون هذا الاختيار منطويًا على غش[3].

---

[1] المادة 37 من القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 23 أبريل 2008 تنص على: <<يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن المدعى عليه، وإن لم يكن له موطن معروف، فيعود الاختصاص للجهة القضائية التي يقع فيها آخر موطن له، وفي حالة اختيار موطن، يؤول الاختصاص الإقليمي للجهة القضائية التي يقع فيها الموطن المختار، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك>>

[2] لزعر وسيلة، **تنفيذ العقد الإلكتروني**، مذكرة ماجستير، غشرافزروتي الطيب، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 185، محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 225.

[3] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 314.

ويتم الاتفاق على اختصاص أي جهة قضائية إما قبل النزاع أو بعده، ويكون ذلك صراحة في العقد نفسه أو في عقد آخر لاحق بوثيقة مستقلة، كما أنه قد يتم الاتفاق عليه ضمنيًا ومثاله كرفع الدعوى أمام جهة قضائية معينة من قبل المدعي، وأن المدعى عليه لم يقم بأي فعل يدل على معارضته لهذا الاختصاص القضائي[1].

وفي حال عدم وجود الضابطين السابقين فهناك قواعد إسناد أخرى احتياطية، كالاستناد إلى محكمة إبرام أو تنفيذ العقد، ويتحدد مكان إبرام العقد الإلكتروني عن بعد بالمكان الذي يعلم فيه الموجب القبول إذا أخذنا في ذلك بنظرية التلازم في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني والتي سار عليها المشرع الجزائري، وذلك ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك، أو حتى محكمة التسليم.

وتجدر الإشارة إلى أنه هناك من يبني قاعدة الاختصاص القضائي في مجال العقود الإلكترونية على أساس المكان الذي تم فيه انعقاد العقد، ومن ذلك يكون الاختصاص للجهة القضائية في الدولة التي تم انعقاد العقد فيها، وأغلبهم من يتبنى نظرية التلازم بين مسألتي زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، وبذلك يختلف مكان انعقاد العقد الإلكتروني باختلاف النظرية التي يتم على أساسها تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني.

ومن ذلك فالعقد يخضع لمحكمة الدولة التي أبرم فيها وفقا للقواعد العامة ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك بين طرفي العقد[2].

إلا أنه واستثناءًا من القواعد السابقة للذكر فإن العقود ذات الطابع الاستهلاكي (العقود الاستهلاكية) التي تتم وفقا لوسائل إلكترونية، فيعود فيها الاختصاص للجهة القضائية التي يقع في دائرة اختصاصها موطن أو محل إقامة المستهلك، وهذا المبدأ كرسته جل التشريعات المعاصرة لغاية منها في حماية الطرف الضعيف وهو المستهلك وخاصة في مجال العقود الإلكترونية التي تتم عن بعد، بحيث يكون فيها المستهلك أكثر عرضة للخطر والاستغلال[3].

إلا أنه من خلال تطبيق قانون الإرادة في اختيار الجهة القضائية التي تفصل في منازعات العقود الإلكترونية عن بعد، تخلق إشكالات خاصة وأن القواعد القانونية في أصلها غير ملائمة لهذا النوع من العقود، فهي بذلك تفتح أبواب التحايل من خلال التلاعب في اختيار القضاء المختص، ذلك ما أدى إلى سعي أطراف تلك العلاقات إلى إيجاد وسائل بديلة تكون أكثر ملاءمة لحل النزاعات وتضمن مصداقيتها وسرعة إجراءاتها وعدم تعقيدها مقارنة بالإجراءات القضائية العادية، وتتمثل في طرق بديلة إلكترونية وجدت لحل النوع من النزاعات المتعلقة بالمعاملات التي تتم وفق وسائل التقنية الرقمية.

---

[1] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق، ص 225.

[2] يحيى يوسف فلاح حسن، ، **لتنظيم القانوني للعقود الالكترونية**، أطروحة استكمال لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص، كلية الدراسات العليا جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين 2007، ص 64.

[3] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 318-322؛ سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص 75.

ثانيا: الوسائل البديلة لحل منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد

إن إخضاع المعاملات الإلكتروني في حل منازعاتها للقضاء العادي يكون غير ملائم، ذلك أن طريق القضاء يكون مكلف ويستغرق وقتًا أطول، وتعقده الإجراءات والشكليات، ومن ذلك فتنازع القوانين وتنازع الاختصاص يزيده صعوبة وتعقيدًا، وذلك راجع لطبيعة هذه المعاملات التي تتم عبر شبكات عالمية تجمع بين متعاملين تختلف ثقافاتهم وجنسياتهم، كل ذلك ما أتاح اللجوء إلى الوسائل البديلة لحل تلك النزاعات بين الأطراف لكونها أكثر تماشيًا معها.

وهذه الوسائل البديلة لحل النزاعات الإلكترونية واجدت انتشارًا خاصة مع تطور التقنية الرقمية وقناعة الدول بعدم ملاءمة القواعد العامة في ضبط هذه المعاملات التي تتصف بالسرعة والتطور والحداثة.

وتتمثل هذه الوسائل البديلة لحل النزاعات الإلكترونية عن بعد في الوساطة الإلكترونية، المفاوضات والتحكيم الإلكتروني.

1-الوساطة الإلكترونية

إن الوساطة من بين أهم الوسائل الإلكترونية الودية البديلة لحل النزاعات الإلكترونية عن بعد، بحيث تعتمد على وجود وسيط بين أطراف النزاع يقدم لهم النصح والإرشاد وطرح أهم الاقتراحات لمعالجة النزاع القائم بينهما بأبسط الطرق ولضمان الحصول على حل مرض للطرفين.

وبذلك فالوساطة ترتكز على إرادة الطرفين وحريتها باللجوء إلى هذا الوسيط، ومن ذلك لا يلزمون بقبول الحل الذي يقدمه الوسيط، ذلك أن رأي الوسيط يكون غير ملزم للطرفين، ولا يعدو أن يكون مقربا لوجهات النظر بين الطرفين، فلهم مطلق الحرية بقبول رأيه أو رفضه، لكن ما إن تم قبوله والتوقيع عليه يصبح ملزمًا لهما وعليهما ويرتب بذلك كل الآثار القانونية المنجزة عن الحكم[1].

إن الوساطة الإلكترونية تتمتع بالسرعة في إجراءاتها وفاعليتها، ومن ذلك فهي تضمن الثقة لطرفي العقد، وكذا فهي مؤمنة إلكترونيًا، ضف إلى ذلك ما يتمتع به الوسيط من حياد خلال محاولته لفض النزاع بين الأطراف المتنازعة، ومن ذلك فاللجوء للوساطة يختلف عن اللجوء إلى القضاء، ذلك أن القضاء من وجهة نظر أنه ردعي وملزم في كل الأحوال ويصعب الإثبات فيه، خاصة في المجال الإلكتروني في حين أن الوساطة تكون أقرب نوعًا ما لراحة الطرفين، وبذلك فهي تعتبر تسوية ودية للخلاف القائم بين طرفي العقد، فهي لا تحمل طابع الردع وفي نفس الوقت تمنح الثقة في نفوس المتعاقدين لهذا يلجأ إليها غالبيتهم.

2- المفاوضات:

[1] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص 316.

إن المفاوضات كما قلنا من قبل هي تبادل وجهات النظر بين طرفي العقد بشأن مقتضيات المعاملة وذلك لأجل الوصول إلى اتفاق بينهما، وفي مجال العقود الإلكترونية يتم ذلك عبر وسائل التعاقد الإلكتروني التي تمت دراستها من قبل، ومن ذلك فتتم المفاوضات بينهما دو نتواجد مادي لأطراف العلاقة التعاقدية. وأصبحت المفاوضات أكثر فعلاية باستعانتها بطرق الاتصال الحديثة وما توفره من إمكانيات عبر شبكة الانترنت، وتم ابتكارها من قبل مراكز الوساطة والتحكيم الإلكترونية.

وباعتبار ان بعض المفاوضات لا تجدي نفعًا، فقد تصل إلى طريق مسدود، نظرًا لتباعد وجهات نظر الأطراف المتفاوضة وتعارض المصالح فتصبح تلك المفاوضات غير جدية لحل مرض لطرفي العقد، وذلك ما يدعو في غالب الأحيان إلى تدخل طرف ثالث يقرب وجهات النظر بين المتفاوضين، ويسعى إلى توفيق الأطراف للوصول إلى حل يرضي الطرفين[1].

وتقوم المفاوضات المباشرة على وجوب اتصال الطرفين إما عن طريق الهاتف، أو من خلال موقع خاص بفض النزاعات الإلكترونية، فيتم بذلك تزويد كل متفاوض بكلمة سر للسماح له بالدخول لهذا الموقع وفتح باب التفاوض والمناقشة بغرض الوصول إلى حل نهائي يكون مقنع للطرفين[2].

3- التحكيم الإلكتروني:

إن توسع التجارة الإلكترونية وزيادة فاعليتها في المجال الدولي ومواكبتها للتطور لأجيال التقنية الرقمية، أحدث ثورة في مجال العقود ومن ذلك زيادة إقبال المتعاملين عليها، ذلك زاد نسبة الخلافات والنزاعات الناجمة عنها، ولما كان اللجوء للجهات القضائية في تسوية هذه النزاعات تشوبه بعض النقائص التي ترجع إلى تعقيد إجراءاتها وعدم سرعتها ذلك ما يعطل مصالح الأطراف، ذلك ما أدى بهم لبحث عن وسائل بديلة تتلاءم وطبيعة هذه المعاملات التي تتم عبر وسائل إلكترونية عن بعد تضمن لهم سرعة حل الخلافات وعدم تعقيد الإجراءات وذلك عن طريق التحكيم الإلكتروني.

ولا يختلف التحكيم الإلكتروني عن التحكيم التقليدي إلا أنه يتم عبر وسائل إلكترونية عبر شبكة الانترنت، ومن ذلك فهو يضمن تسوية الخلافات بين أطراف العلاقة التعاقدية إلكترونيًا دون حاجة إلى التواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية.

ومن ذلك فكون التحكيم يتم وسائل إلكترونية عبر شبكات الاتصال، فإنه لا يوجد مانع من أن تتم إجراءاته كلها أو بعض منها عبر تلك الوسائط بطريقة إلكترونية، وفي باقي إجراءاته من المراحل الأخرى بالطرق التقليدية، التي تتطلب التواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية[3].

---

[1] رجاء نظام حافظ بني شمسه، **الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة)**، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، إشراف يوسف شندي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 23.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 403.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 403.

لكن من الناحية الواقعية فلا يوجد في نظام التحكيم الإلكتروني مكان تحكيم حقيقي، وإنما يحدد هذا المكان افتراضيًا، لأن الأطراف والمحكمون لا يلتقون فيه بل يتم ذلك عبر شبكة الانترنت على الخط لضمان شفافية الإجراءات ونزاهتها، لذلك في هذه الحالة تثار إشكالية تحديد مكان وزمان صدور الحكم التحكيمي، لذلك توجب قيام مرحلة التفاوض سابقة لحل هذه النقاط الجوهرية[1].

إن التحكيم له أهمية بالغة في مجال العقود الدولية، لما يتسم به من ميزات تجعل الدول تنجذب إليه، إلا أنه اكتسى أهمية بالغة في مجال التعاملات الإلكترونية نظرًا لتطوره ومواكبته لم تستحدثه تقنية المعلوماتية من تقنيات وخدمات تمكن العاملين من التواصل والتعامل في أحسن الظروف وفي تضمن توفير الجهد والوقت وحتى التكلفة ومن ذلك ملاءمته لحل النزاعات المترتبة عن تلك العقود التي تتم وفقًا لوسائل إلكترونية عن بعد.

ومن ذلك تتجسد أهمية التحكيم في كون أطراف العلاقة التعاقدية يتجردون من الجهات القضائية ويعرضون نزاعاتهم على هيئة خاصة تحكيمية، ويتم ذلك من خلال إدراج شرط يتم إدراجه في العقد الأصلي أو يتم بوثيقة لاحقة تلحق بالعقد، ومن ذلك يقضي بأنه في حال وقوع أي نزاع يتم اللجوء في الفصل فيه إلى هذه الجهة التحكيمية، وأما بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فتتم العملية التحكيمية عبر الوسائط الإلكترونية دون التواجد المادي للأطراف المتنازعة[2].

إن للتحكيم دور فاعل في مجال التجارة الدولية عمومًا وفي مجال التجارة الإلكتروني خصوصًا نظرًا لسرعته ومرونته، ذلك أنه يوفر على أطراف العلاقة التعاقدية مشقة الانتقال للحضور المادي أمام المحكمين، إضافة من ذلك ما يضمنه من سرعة في سير العملية التحكيمية والفصل في الخلاف المطروح بين الأطراف المتعاقدة، ومن جهة أخرى فإن التحكيم هو طريقة ودية لفض النزاعات فهي لا تحمل نفس الإجراءات الردعية التي يقضي بها القضاء العادي.

إضافة إلى ذلك فالتحكيم له فعالية قانونية واقتصادية وحداثة وانتشار واسع، ذلك لمواكبته للتطورات الحاصلة في عالم التقنية بما يتلاءم وطبيعتها، وما يوفره من ثقة وأمان وحياد من خلال أحكامه التحكيمية التي لها القوة الملزمة بالنسبة إلى الأطراف الذين اختاروه، وذلك ما ظل يتمتع به المحكم من خبرة في هذا المجال الإلكتروني إضافة إلى الخبرة المتعلقة بموضع العقد في حد ذاته إضافة إلى شروط أخرى قررتها معظم التشريعات المحلية والدولية[3].

والتحكيم أمر استثنائي، ولا يجوز لأطراف العلاقة التعاقدية التمسك به إلا باتفاق صريح بينهم على اللجوء إلى أسلوب التحكيم التقليدي أو الإلكتروني بدلا من اللجوء إلى المحاكم العادية[4].

---

[1] المرجع نفسه، ص 124.
[2] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص ص 316-317
[3] المرجع نفسه، ص 316
[4] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 402.

وفقا للقواعد العامة إن التحكيم يكون إما بموجب شرط يدرج في العقد الأصلي بعد النص على باقي البنود التي تخص موضوع العقد، كما قد يتم اتفاق لاحق بوثيقة مستقلة عن العقد الأصلي، ويقضي هذا الشرط بأنه في حال وقوع أي نزاع بين طرفين بخصوص العقد المبرم بينهما فيعود الاختصاص بالنظر في هذا النزاع إلى الهيئة التحكيمية، ويكون في هذه الحالة قبل وقوع النزاع، ويسمى، كما أنه يمكن أن يتم الاتفاق على التحكيم بعد وقوع النزاع بينهما.

ومن ذلك فاتفاق التحكيم قد يكون قبل وقوع النزاع ويسمى بشرط التحكيم، كما أنه يمكن أن يكون بعد وقوع النزاع ويسمى بالمشارطة.

أما بخصوص التحكيم الإلكتروني فلا مانع من تطبيق هذه القواعد ذلك ما يجسد أكثر فاعلية هذه الوسيلة في حل النزاعات الإلكترونية وملاءمتها لطبيعة المعاملات الإلكترونية، بحيث تتشكل هيئة تحكيمية افتراضية عبر مواقع مخصصة لذلك عبر شبكة الانترنت، وتلتزم بالفصل في الخلافات المقدمة إليها دون إلزام الطرفين من الحضور المادي، إنما يمكنهم متابعة الإجراءات على الخط عبر هذه المواقع، ذلك ما يضمن شعور المان لدى الأطراف ومن ذلك سرية معطياتهم للحصول على حل أو توفير مرض لكليهما.

وأيا كان التحكيم الإلكتروني فإنه يشترك لقيامه أن تسبقه مفاوضات بين الأطراف المعنية بالخلاف، فيتم من خلال هذه المفاوضات التحاور حول النقاط الأساسية الخاصة بالخلاف الواقع بينهما، والتي سيقوم المحكمون بمناقشتها ومحاولة تقريب وجهات النظر إيجاد حل مرض للطرفين، وبذلك يتم الاتفاق على هيئة التحكيم المختصة بالنظر في النزاع، ومن ذلك اختيار القانون الواجب التطبيق، ومختلف الإجراءات القانونية وتوضيح بذلك المسائل التي تم الاتفاق على إخضاعها للتحكيم، كما يتم تحديد عدد المحكمين، وكذا الزمن والفترة الزمنية للتحكيم ول المصاريف المستحقة ووسيلة الاتصال عبر الشبكات الإلكترونية وأي المواقع المتخصصة في ذلك الي تقوم عليها مراكز متخصصة في التحكيم الإلكتروني، وبذلك الحصول على كلمة الولوج إلى ذلك الموقع، وما يستلزم ذلك من تبادل لمختلف الوثائق والمستندات التي تخدم موضوع العقد عن طريق البريد الإلكتروني أو الفاكس، وغيرها من الأمور التي تخدم ذلك الشأن وتسهل من عملية الفصل في الخلاف الواقع بينهما وإيجاد حل مرض للطرفين وفقا للقانون المختار وفي المدة الزمنية المحددة، لما لذلك من تأثير على سيرورة أعمالهم التجارية أو الصناعية.

ومن ما كان سببًا في عدم تطور وسيلة التحكيم الإلكتروني في حل النزاعات الإلكترونية عن بعد، هو اختراق السرية لإجراءات التحكيم الإلكتروني، ذلك ما يهدد سلامة البيانات والوثائق الخاصة بالأطراف ومن ذلك مختلف الإجراءات التحكيمية، إلا أنه ومع ذلك يظل التحكيم الإلكتروني كأهم وسيلة ودية لتسوية النزاعات الإلكترونية عن بعد.

وللتحكيم التجاري الدولي عدة خصائص تميزه ومن ذلك فهو تزداد أهمية في مجال التحكيم التجاري الدولي الذي يتم وفقًا لوسائل إلكترونية عن بعد وأهمها:

- السرية:

فمن أهم مبادئ التحكيم أن تتم إجراءاته وفقا لسرية تامة منافيًا في ذلك للعلنية التي قد تعود بالسلب على سمعة الأطراف التجارية والصناعية فقد نجد هناك من المتعاملين من يفضلون خسارة الدعوى وتحمل عبئ ذلك على أن تشاع أسرارهم التجارية[1]، فهي تمثل سمعة التاجر أمام عملائه وزبائنه ومن لك فلها قيمة.

كما يجوز أيضًا تكليفه بالحضور أمام الجهات القضائية الجزائرية بشأن التزامات تعاقد عليها في بلد أجنبي مع جزائريين.

من خلال نص المادة المذكورة فإن المشرع الجزائري بنى قاعدة الإسناد الخاصة بالالتزامات بين طرف جزائري وطرف أجنبي على أساس مبدأ الإقليمية وكذا مبدأ الشخصية، ذلك أنه اشترط في الالتزامات أن تكون مبرمة في الجزائر ومن طرف جزائري، وفي حال تم إبرامها في الخارج من طرف جزائري، فيخضع للجهات القضائية الجزائرية اعتمادًا في ذلك على مبدأ الشخصية.

وما يمكن قوله بهذا الشأن أن المادة أعطت للجهات القضائية الجزائرية حق تكليف الطرف الأجنبي بالحضور بقولها "يجوز تكليفه بالحضور"، لكن ذلك لا يعني بالضرورة خضوعه للقضاء الجزائري الفصل في النزاع القائم.

تنص المادة 21 من ق م ج على أنه: <<لا تسري أحكام المواد السابقة إلا حيث لا يوجد نص على خلاف ذلك في قانون خاص، أو معاهدة دولية نافذة في الجزائر>>.

من خلال نص المادة يتضح لنا أنه يمكن الاتفاق على خلاف قواعد الاختصاص المذكورة في القانون الجزائري، خصوصًا في حالة وجود معاهدات تنص على التحكيم الدولي مثلا[2].

وتنص المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: <<يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها، ولا يجوز التحكيم في المسائل المتعلقة بالنظام العم أو حالة الأشخاص وأهليتهم>>

ومن ذلك فقد أقر المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على جواز اللجوء إلى التحكيم باستثناء المسائل المتعلقة بالنظام العام أو حالة الأشخاص وأهليتهم.

---

[1] رجاء نظام حافظ بني شمسه، المرجع السابق، ص ص 18.

[2] بن غيدة إيناس، **الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلترونية**، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، إشراف بن مرزوق عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015، ص 121 هامش رقم 1.

أما بخصوص الأشخاص المعنوية العامة فلم يكن يسمح لها سابقًا اللجوء إلى التحكيم، إلا أنه وبعد التعديل في قانون الإجراءات المدنية والإدارية تم تقرير ذلك لها في علاقاتها الاقتصادية الدولية وكذا فيما يخص الصفقات العمومية[1].

وتقر المادة 1039 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على أنه: <<يعد التحكيم دوليًا بمفهوم هذا القانون، التحكيم الذي يخص النزاعات المتعلقة بالمصالح الاقتصادية لدولتين على الأقل>>.

ومن ذلك يمكن القول بأن التحكيم الإلكتروني لا يختلف في جوهره عن التحكيم التقليدي سوى أنه يتم عبر وسائط إلكترونية.

الفرع الثاني : موقف المشرع الجزائري من تحديد الجهة القضائية المختصة :

ويمكن القول بأن المشرع الجزائري لم يقيد حرية الأطراف في اللجوء إلى التحكيم، كما أنه لم يقتصره على معاملات معينة وإنما ترك للأطراف الحرية المطلقة بإبرام اتفاق التحكيم، وتكريسًا لما تتطلبه المعاملات الإلكترونية وطبيعتها اللامادية يكون اللجوء إلى التحكيم الدولي أحسن بكثير من اللجوء إلى القضاء العادي، ذلك لضمان سرعة الإجراءات وشفافيتها وسريتها، ذلك ما يخدم طبيعة تلك المعاملات.

وكنتيجة عن ذلك فإن المشرع الجزائري لم يورد أي نص قانوني بخصوص القضاء المختص بالنظر في منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد، ومن ذلك يبقى تطبيق القواعد العامة في الاختصاص القضائي في ظل الشغور القانوني لهذه المنظومة القانونية المتعلقة بالعقود الإلكترونية، ولعل الحل الأنسب في ذلك هو اللجوء إلى الطرق البديلة في حل تلك المنازعات وعلى رأسها قضاء التحكيم.

المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على نزاعات التعاقد الإلكتروني عن بعد:

إن العقود الإلكترونية تتم وفقا لشبكة معلومات دولية، ومن ذلك فالغالب في هذه العقود تكون دولية يحكمها أكثر من نظام، ومن ذلك فالأشخاص المتعاملين بها قد ينتمون لدول مختلفة، ذلك ما يؤدي إلى ظهور إشكالات تنازع القوانين في حال وقوع نزاعات متعلقة بهذه العقود، وسنحاول من خلال هذا المطلب تحديد القانون الواجب التطبيق وفقا لجل اجتهادات الفقهاء في وضع عدة اقتراحات (الفرع الأول)، ومن ذلك بيان موقف المشرع الجزائري من ذلك (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تحديد القانون الواجب التطبيق على منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد

قد ينعقد العقد الإلكتروني بين أطراف علاقة من نفس الدولة، فذلك لا يثير أي إشكالات قانونية من حيث القانون الواجب التطبيق وكذا من حيث القضاء المختص بالنظر في المنازعة، بخلاف ذلك فإنه

[1] ويفسر ذلك بأن رفض أصحاب القرار في الدولة الجزائرية اللجوء إلى التحكيم في الكثير من الأحيان إلى سببين، أحدهما سياسي والذي يتمثل في عدم قبول الدولة التخلي عن اختصاصها تجسيدًا لسيادتها على إقليمها وعلى شعبها، وبذلك فهي تعتبر التحكيم آنذاك ما هو إلا آلية للدول لغرض التدخل في الشؤون الداخلية للدول، أما السبب القانوني هو عدم وجود السند القانوني الذي يعتمد عليه للجوء إلى التحكيم الدولي.

يمكن القول بأن معظم العقود الإلكترونية فهي تتميز بطابع العالمية والدولية، ومن ذلك فهي تشتمل غالبا على عنصر أجنبي، وذلك ما يطرح إشكالية تنازع الاختصاص القضائي وتنازع القوانين في مجال القانون الدولي الخاص.

هناك من الفقه من يرى بعدم صلاحية خضوع العقود الإلكترونية إلى قواعد القانون الدولي الخاص، ذلك أن هذه العقود لا تتلاءم مع قواعد الإسناد التي تتبناها كل دولة على إقليمها، فهي تقدم حلولا عادية وبسيطة لتنازع القوانين، فلا يمكن بذلك تطبيق مبدأ الإقليمية عليها نظرًا لتواجدها الافتراضي، ومن ذلك فالتعامل عبر شبكة الانترنت يتيح الاختلاط بين جميع أفراد المجتمع عبر العالم بمختلف جنسياتهم، ومنه فلا يمكن تصور إخضاع هذه العقود إلى المفاهيم التقليدية للاختصاص القضائي والقانوني، والتي وضعت لتنظيم مجتمع مقسم إلى دول وأقاليم تفصل بينها حدود سياسية وجغرافية، نظرا لتعلقها بمجتمع إلكتروني يسمح بالتواجد الافتراضي عبر شبكات التواصل[1].

إلا أنه واستثناء من ذلك فاعتبار عقود التجارة الإلكترونية عقودا دولية، ذلك ما يجعلها تخضع لقاعدة التنازع التقليدية التي تحكم العقود الدولية فيما يتعلق بتحديد القانون الواجب التطبيق على النزاعات القائمة، والمتمثلة في مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق باتفاق الأطراف المتعاقدة، وقد أخذت بهذا المبدأ جل النظم القانونية نظرًا للشغور التشريعي بخصوص هذا الشأن، إلا أن طبيعة التعامل الإلكتروني في مجال تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية عن بعد يمكن أن يتسبب في إلحاق الضرر بمصلحة طرف على حساب الطرف الآخر، ومن ذلك توجب إحاطة هذا المبدأ ببعض القيود التي تضمن إعادة التوازن لطرفي العقد[2].

ذلك ما استدعى وجوب البحث عن حلول أخرى تتناسب مع طبيعة هذه المعاملات التي تتم في فضاء افتراضي، وذلك بمحاولة إنشاء منظومة قانونية مستقلة في أحكامها عن القواعد التقليدية التي لا تلائم هذه العقود، وذلك بإيجاد نظام قانوني يتفق في أسسه مع جميع النظم الدولية بشأن الأحكام الخاصة بذلك.

وقد ذهب الفقه القانوني بخصوص ذلك إلى وضع عدة اقتراحات تمثل حلولا لإشكالية القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية إثر حصول أي نزاع، ومن ذلك البحث عن مصادر القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية وتتمثل في الاقتراحات التالية وسيتم عرضها بعد التطرق لمبدأ إرادة الطرفين في اختيار القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود.

أولا: مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية

[1] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 116.
[2] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 116.

يقوم مبدأ سلطات الإرادة على ترك أفراد العلاقة التعاقدية وفقا لحريتهم في اختيار القانون الواجب التطبيق من بين القوانين المتنازعة بحكم المسألة محل النزاع.

وقد تبنت هذا المبدأ العديد من التشريعات مثل القانون المدني المصري وقانون المعاملات المدنية الإماراتي والقانون الفرنسي وكذا الاتفاقيات الدولية كاتفاقية روما.

ويتم اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة أو ضمنيًا، ومن ذلك فيمكن القول بأنه لا تثور أي إشكالية إذا تم ذلك صراحة، وإنما في حال عدم وجود إرادة صريحة من أطراف التعاقد، ويتم حل الإشكال في هذه الحالة بالبحث عن نية الأطراف وإرادتهم الضمنية استعانة في ذلك بعدة معايير متعلقة بالعقد[1]، مثال ذلك مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وكذا جنسية الأطراف ولغة العقد ونوع العملة المستخدمة، وفي حال تعذر ذلك يتم اللجوء إلى ضابط إسناد آخر لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.

لكن ما يلاحظ أنه على الرغم من استقرار قانون الإرادة وتبنيه من قبل معظم التشريعات وكذا الاتفاقيات الدولية، إلا أن تطبيق هذا المبدأ مختلفا فيه من خلال آراء الفقهاء والأحكام القضائية، ومن ذلك فاستقرار هذا المبدأ يوحي بالتأثر بالمذهب الليبرالي الذي يقوم على مبدأ حرية التعاقد، إلا أن تطبيق هذا المبدأ يكشف عن اختلاف في مضامين وأفكار اجتماعية واقتصادية وما يطرأ عليها من تطورات سريعة والتي تؤثر من قيمة وفاعلية ذلك المبدأ، ومن ذلك تثور أهمية الكشف عن مضمون قانون الإرادة الذي تبنته غالب الدول في قواعد التنازع المتعلقة بالروابط العقدية التي تتم عبر وسائل إلكترونية[2].

فاختيار القانون الواجب التطبيق يمكن أن يتم من طرف المتعاقدين على شبكة الويب، كما يمكن أن يتم عن طريق الرسائل المتبادلة بالريد الإلكتروني بعد الاتفاق على البنود العقدية الخاصة بموضوع العقد[3].

ومه فطبيعة المعاملات الإلكترونية تجعل معظم دول العالم في اتصال دائم فتلغي بذلك الحدود الجغرافية التي تفصل بين هذه الدول، ذلك راجع إلى طريقة التعاقد فهي تتم وفق مواقع إلكترونية، والتي لا يمكن نسبتها إلى دولة معينة، ومن ذلك يكون من الصعب الأخذ بمرونة هذا المبدأ، لأنه من الصعب استخلاص وجود صلة بين القانون المختار والعقد المبرم بوسائل إلكترونية، ومن ذلك كان من الأفضل اشتراط اختيار القانون الواجب التطبيق صراحة لدرئ أي شك قد يطرح في ذلك الشأن.

ومن الملاحظ أنه رغم أن مبدأ سلطان الإرادة هو المرجع العام الذي يتم الاستناد عليه في نطاق تحديد القانون الواجب التطبيق، إلا أن الدراسات المقارنة وحتى الاتفاقيات الدولية والتشريعات الداخلية

[1] يحيى يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص 69.
[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 268
[3] لزعر وسيلة، المرجع السابق، ص 185.

للدول فقط أقرت قواعد تحمل خصوصية هذه المعاملات، وبذلك ضرورة تقييد مبدأ سلطان الإرادة في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، ذلك أنه يؤدي إلى فقدان التوازن في العقد.

فتطبيق قانون الإرادة قد لا يكون في مصلحة المستهلك، ذلك أن تطبيق هذا المبدأ لا يضمن الحماية الفعالة للمستهلك في المعاملات الإلكترونية، وأن الأخذ به على إطلاقه يشكل خطرًا على الطرف الضعيف وتكثر خاصة في العقود الاستهلاكية، ومن ذلك فتطبيق القانون المختار يؤدي إلى حرمان المستهلك من المزايا التي يوفرها له قانون محل إقامته، لذلك فأغلب قوانين حماية المستهلك تعتبر أن عقود الاستهلاك الإلكترونية قد أبرمت في محال إقامة المستهلك، وذلك لأجل ضمان أن تكون المحكمة المختصة بنظر النزاع ستكون في محال إقامته[1].

فالعبرة من إخضاع العقود الإلكترونية ذات الطابع الاستهلاكي لقانون بلد محل إقامة المستهلك المتعامل عبر شبكة الانترنت هي محاولة لدرئ الضرر عنه باعتباره طرفًا ضعيفة خاصة في مجال التعاقد الإلكتروني فقد يكون جاهلا بمقتضيات التعاقد، كما قد يكون جاهلا بتقنيات الشبكة والمستخدمين القائمين عليها، وتخفيفا له فلا يمكن إجباره بالخضوع إلى قواعد قانونية لا يعرفها لدولة أخرى غير دولته، كل ذلك لمنع التحايل والغش نحو تطبيق القانون وتوفير الحماية اللازمة للمستهلك.

ثانيا: عدم وجود اتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق على نزاعات المعاملات الإلكترونية

إن القاعدة العامة تقضي بمبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على العقد المبرم بينهما وفقا لوسائل إلكترونية، إلا أنه قد يسكت الأطراف عن ذلك، أو في حال تعذر استخلاص الإرادة الضمنية لهم في هذا الشأن ففي هذه الحالة يثور الإشكال بخصوص تحديد القانون الذي سيحكم القاضي وفقه لحل أي نزاع قد يثور.

فلا يكون غياب إرادة الطرفين مبررًا للقاضي بالامتناع عن الفصل في النزاع المعروض أمامه، فبذلك يعتبر نكرًا للعدالة، ومن بين ذلك يتعين عليه أن يستعرض القوانين التي لها علاقة بالنزاع المطروح، وعليه بذل المجهود اللازم للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق على أساس تلك المعايير الموضوعية التي تشير إلى القانون الذي له صلة وطيدة بموضوع العقد[2].

وفي هذا الشأن ظهرت عدة اقتراحات من قبل فقهاء قانونيين محاولين من خلالها تغطية هذه المسألة القانونية وسنعرضها كالآتي:

1-وضع قانون موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية:

هناك جانب من الفقه من يقول بفكرة نظام قانون موحد خاص بمعاملات التجارة الإلكترونية، الذي من شانه أن يزيل المشاكل الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على هذه العقود ومن ذلك يضمن

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 391-398.
[2] يحيى يوسف فلاح حسن، المرجع السابق، ص 68.

تنظيم حركة التجارة الدولية الإلكترونية، إضافة إلى ذلك فإن وضع قانون موحد للمعاملات الإلكترونية يمكن الدول خلال قوانينها من معاصرة التقدم والتطور السريع في شبكة الانترنت المعلوماتية التي تتجاهل الحدود بين الدول في حين أن ذلك في مجال الاختصاص القضائي لا يمكن تجاهلها لأنها كعنصر من عناصر سيادة الدول[1].

وأقر الفقه بأن هلكي يتم تحديد قانون موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية، ومن ذلك أوجدوا طريقتين لتوحيد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية عن بعد.

الأولى: تتمثل في إصدار قانون عام موضوعي موحد للمعاملات الإلكترونية من قبل الدول وباتفاقها جميعًا، بأن يكون قانون موضوعي يحكم موضوع النزاع وغير مرتبط بمكان معين، ومن ذلك فهذا القانون يخاطب مجموعة أشخاص معينين وهم مستخدموا شبكة الانترنت، وكذا مقدموا خدمة الانترنت، وهو بذلك ينظم نوعًا معينا من المعاملات المتمثلة في المعاملات التجارية الإلكترونية، ومن ثم في حال وقوع نزاع تفصل فيه محاكم افتراضية تتلاءم وطبيعة هذه المعاملات، ومن ذلك فهو قانون أنشأته الحاجة الماسة المتمثلة في التعامل وفقا لتقنيات الرقمنة الحديثة، فهو يتطور بتطور تلك التقنية[2].

الثانية: من خلال القوانين النموذجية أو الاتفاقيات الدولية، فيتم بذلك صياغة قانون نموذجي للمعاملات الإلكترونية بتجميعه في منظومة قانونية متكاملة وموحدة، تتم صياغته من قبل مجموعة دول ذات سلطة واهتمام بالجوانب القانونية لهذه المعاملات الإلكترونية، وذلك بغرض استبعاد تطبيق القانون المحلي للدول وتطبيق قانون عالمي، ومثالها منظمة الأمم المتحدة أو جمعية الانترنت، أو بإصدار قانون نموذجي واجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية اقتداءا بالقانون النموذجي لليونسترال للتجارة الإلكترونية لسنة 1996[3].

وتكريسا لذلك يجب تنشيط دور المنظمات الدولية، لا سيما منظمة التجارة العالمية ومنظمة الأمم المتحدة التي لها الدور الفاعل في عمليات توحيد القواعد الموضوعية، ومن ذلك العمل على ترسيخ الشعور لكل دول العالم بأن الاتجاه نحو التوحيد المدروس لتلك النظم القانونية لا يتطلب تضحية الدول بمصلحتها، بل على عكس ذلك فستعود بالفائدة على كل دول العالم ازدهارًا وأكثر تقدمًا في العلاقات ذات الطابع الدولي، للوصول إلى درجة إيجاد قانون موضوعي عالمي ينظم المعاملات الإلكترونية عن بعد[4].

ويتميز القانون الموضوعي الإلكتروني بأنه موجه لمخاطبة مجموعة معينة من الأشخاص وهم متعاملوا شبكة الانترنت ومقدمة خدمة الانترنت، كما أنه ينظم نوعًا معينًا من المعاملات التي تتمثل في

---

[1] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص ص 116-117.
[2] المرجع نفسه، ص 117
[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 18.
[4] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 397.

المعاملات التقنية الإلكترونية وفي حال يتم الفصل في النزاعات القائمة بين الأطراف أمام محاكم إلكترونية افتراضية[1].

وإن تم الاتفاق بين الدول العربية فإنه جديرة بالقدرة على إصدار قانون نموذجي مواجب واجب التطبيق على المعاملات الإلكترونية عن بعد تسد من خلاله الفراغات التشريعية المحلية لهذه الدول بخصوص هذا الشأن[2].

2- توحيد اختيار القواعد القانونية:

هناك من الفقه من يقترح لحل إشكالية القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية عن بعد عن طريق توحيد القواعد القانونية التي يتم بها اختيار القانون الواجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية الدولية، وذلك عبر تكريس المنظمات والهيئات الدولية المعنية، والمقصود من ذلك توحيد اختيار القواعد القانونية وليس توحيد القوانين[3].

وما يلاحظ على هذا الاقتراح أنه يستبعد تطبيق القواعد القانونية المرنة، كتلك القواعد التي تقوم باختيار القانون الواجب التطبيق على أساس قانون الدولية الأوثق صلة بالروابط العقدية، أو حسب قيمة المعاملة الإلكترونية، وبتطبيقه على المعاملات الإلكترونية بطبيعتها غير الجغرافية فهي تجعله غير مرتبط بحدود الدول، ومن ذلك فهي تجعل القواعد المرنة كأسلوب غير ملائمة ولا تصلح في اختيار القانون الواجب التطبيق على المعاملات الانترنت[4].

وتعد من القواعد المرنة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وعند الأخذ بهذا المعيار فمن الصعب إعماله في مجال العقود الإلكترونية، فمثلا إذا أخذنا بمكان إبرام العقد أو تنفيذه فغنه يكون في فضاء إلكتروني، كما أنه في بعض العقود قد يكون محل التنفيذ أيضًا في فضاء إلكتروني في العقود التي يكون محلها شيء معنوي، مثل الموسيقى أو الأفلام فإن تسليمها يتم عن طريق التنزيل عبر شبكة الانترنت وكذا الحال بالنسبة للكتب[5].

3- قضاء التحكيم الإلكتروني:

هناك من الفقه من يرى بخصوص مسألة القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية عن بعد أن يتم ذلك عن طريق قضاء تحكيمي بإنشاء هيئة تحكيمية تختص بالنظر في منازعات المعاملات الإلكترونية، على غرار محكمة العدل الدولية أو محكمة الجزاء الدولية[6]، وفي قيام هذه المحكمة تخضع لمبدأ سلطان الإرادة، أي أن اللجوء إلى الهيئة التحكيمية يكون اختياريًا من قبل الأطراف، على أساس أن

[1] المرجع نفسه، ص 396.
[2] المرجع نفسه، ص 396.
[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 118.
[4] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 119.
[5] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص ص 398-399.
[6] المرجع نفسه، ص 399.

التحكيم في أصله عبارة عن اتفاق ومن ذلك فأي اتفاق يقوم على أساس التراضي بين أطرافه في إنشاء الآثار القانونية المبتغاة من قبل طرفيه، ومن ذلك عند فصلها في النزاع المطروح تطبق قانونها النموذجي المعتمد لديها إذا كانت إحدى الهيئات الدولية كهيئة تحكيم باريس، ويتم ذلك بإرادة أطراف العلاقة التعاقدية في حال عدم تحديد قانون معين يطبق على تلك النزاعات.

بالرغم من وجود هيئة تحكيم إلكتروني تختص بالنظر في الخلافات الناجمة عن المعاملات الإلكترونية فلا يزال الطريق إليها بعيدًا من ناحية تطبيقها واقعيًا، إضافة إلى عدم كفاية الأحكام القانونية في تنظيم مختلف جوانبها والإلمام بكل التقنيات التي تتطلبها.

إلا أنه توجد إحدى المنظمات التي تسعى إلى استحداث مشروع القضاء الافتراضي أو القاضي الافتراضي تحت رعاية إحدى الجامعات الأمريكية، والتي تقوم بالوساطة في الخلافات الناتجة عن المعاملات والعقود الإلكترونية، فيتم اختيار المحكم ومن ذلك تقدم جميع الأدلة والوثائق والمستندات التي تتعلق بالنزاع، وعلى أساسها تصدر هيئة التحكيم حكمها عبر شبكة الانترنت[1].

4- العقود النموذجية:

هناك من الفقه من يعتمد على العقود النموذجية في تحديد القانون الواجب التطبيق على نزاعات العقود الإلكترونية، تكريسًا لدور الإرادة الفردية في وضع وإنشاء هذا القانون، فللعقد دور بارز في ترسيخ الأعراف السائدة في الوسط التجاري الدولي[2].

ومن أمثلة ذلك العقود التي أعدتها هيئات مختلفة مثل قواعد السلوك الموحدة لتبادل البيانات التجارية باستخدام الإرسال الإلكتروني، أو النموذج الذي أعدته جمعية المحامين الأمريكية، أو الاتفاق النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات[3].

5- قواعد السلوك:

فقواعد السلوك تعد من أهم مصادر القانون الموضوعي للمعاملات الإلكترونية، والسبب في ذلك يرجع إلى أن تنوع المتعاملين عبر شبكة الانترنت بمختلف جنسياتهم يتعارض مع وضع تنظيم أمر، ولهذا وجدت قواعد السلوك التي تتضمن حد أدنى من المبادئ والأحكام المشتركة، والتي تفرض على كافة المتعاملين وفي العالم الافتراضي[4].

ومن ذلك عدم استخدام هذه التقنيات لأغراض تمس بسلامة الأطراف المتعاقدة عبر الانترنت وسرقة المعلومات وانتحال الشخصيات وإبرام معاملات ومحاولة التحايل على القانون، ومن ذلك كغاية

[1] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 399.
[2] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 120.
[3] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 400.
[4] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، ص 121.

سامية في حماية المستهلك باعتباره الطرف الضعيف في التعاقد ويكون في غالب الأحيان جاهلا للتعامل بهذه التقنيات المتطورة.

6- العرف:

هناك من الفقه من يعتبر العرف من المصادر الأساسية لقواعد القانون الموضوعي للعقود الإلكترونية، فالمتعاملين بتعاملاتهم المتوالية عبر شبكة الانترنت قد ساهموا في إنشاء تلك القواعد بطريقة تلقائية، من خلال تلك المعاملات التي ترسخ في الأوساط المهنية لهذا العالم الافتراضي، وكما أن العرف يتلاءم مع التطور السريع والمستمر في مجال العقود الإلكترونية، على خلاف القوانين الوضعية التي تمتاز بالثبات[1].

إلا أنه انتقد باعتباره لا يصلح خاصة في الوقت الحالي، ذلك أن العقد الإلكتروني مازال في مهده ومن ذلك فالأعراف والسوابق في هذ الشأن قليلة ولم تصل إلى الحد الذي يمكننا اعتباره قواعد عرفية محكمة يمكن الرجوع إليها[2].

من خلال ما سبق عرضه، فمن الواجب على الدول محاولة إيجاد حل على أساس هذه الاقتراحات، وصياغة قواعد قانونية جديدة تتلاءم مع طبيعة المعاملات الإلكترونية عن بعد، وذلك لسد ما يوجد من ثغرات في قوانينها الوطنية، خاصة أن تكنولوجيا المعلومات في تطور دائم ومستمر.

والغالب في هذا الشأن والأقرب إلى الصواب من حيث القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، خضوعه لمبدأ سلطان الإرادة (قانون الإرادة)، أي القانون الذي يختاره أطراف العلاقة التعاقدية برضاهم ووفقا لحريتهم، وما تم الاتفاق عليه أن يتم ذلك إما صراحة أو ضمنًا، إلا أنه يمكن القول ولضمان هذا الاتفاق والاحتجاج به في مواجهة الغير كان من المستحسن أن يتم صراحة خاصة ونحن بصدد عقود إلكترونية يغيب فيها التواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية، ومن ذلك فهي تحتوي على عنصر أجنبي.

والإشكال الذي قد يثور حول تطبيق مبدأ إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية، هو أن معظم التشريعات الوطنية لم تأتي بمنظومة قانونية بأحكامها الشاملة التي تنظم المعاملات الإلكترونية عن بعد، فكيف يتم الفصل في النزاع أن تم اختيار قانون دولة لم تنص على أحكام العقود الإلكترونية، ومن ذلك قد يفتح باب التحايل على تطبيق القانون ومحاولة هروب الأطراف من القوانين المخصصة لهذه المعاملات، لذلك نرى بضرورة استحداث هذه القواعد القانونية ي جميع تشريعات الدول بما يضمن مصداقية الأحكام وضمان لحقوق الأطراف مساندة في ذلك للطرف الضعيف في هذه العقود ألا وهو المستهلك الإلكتروني.

---

[1] المرجع نفسه، ص 121.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 401.

الفرع الثاني: موقف المشرع الجزائري من القانون الواجب التطبيق على التعاقد الإلكتروني عن بعد

تنص المادة 18 المعدلة في ق م ج على: <<يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو العقد>>.

وفي حال عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حال عدم ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد، غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه>>

من خلال نص المادة فإن المشرع الجزائري بخصوص القانون الواجب التطبيق على العقود التي تتم عن بعد أسس قاعدة الإسناد على قانون الإرادة كأصل عام تطبيقًا لمبدأ سلطان الإرادة، لكنه لم يترك إرادة الطرفين على إطلاقها، وإنما اشترط أن تكون لهذا القانون المختار صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بموضوع العقد، وضد وضعت المادة استثناءات عن هذا الأصل في حال عدم إمكان تطبيق قانون الإرادة، فبذلك إمكانية تطبيق قانون الموطن المشترك أو قانون الجنسية المشتركة لأطراف العلاقة التعاقدية.

وفي الفقرة الثانية من نفس المادة لزم إخضاع النزاعات المتعلقة بالعقارات للقانون الذي يوجد فيه العقار كقاعة لا يجوز مخالفتها، ذلك ما تستدعيه طبيعة محل العقد المتمثل في العقار.

والمشرع سعى من خلال ذه القواعد إلى إقامة توازن بين حرية المتعاقدين في اختيار القانون الذي يحكم العقد، وكذا ضرورة خضوع الرابطة العقدية بين أطراف العقد لأحكام آمرة للدولة القريبة للعقد واختصاص قضائها الوطني، وذلك لغاية منع الغش وحماية للطرف الضعيف في العقد، والذي يكون في غالب الأحيان المستهلك، وهو ما سار عليه غالبية الفقهاء، وبالخصوص في مجال العقود التي تبرم عن بعد بوسائل إلكترونية[1].

وبإسقاط ذلك على العقود التي تتمعد عن بعد عبر وسائل إلكترونية، فذلك يطرح إشكالات قانون الإرادة المعهودة في مجال العقود التقليدية وذلك بمراعاة طبيعة هذه المعاملة وفقا لما تقتضيه طبيعتها.

وبالنسبة لقانون الإرادة فيمكن اختيار القانون الواجب التطبيق من طرف المتعاقدين على شبكة الويب، كما يمكن أن يتم من خلال الرسائل المتبادلة بينهما عبر البريد الإلكتروني، بعد الاتفاق على البنود الأخرى[2].

فاشتراط المادة في تطبيق قانون الإرادة أن يكون متصل بموضوع العقد ذلك يتيح إمكانية كونه مكان إبرام العقد أو مكان تنفيذه، ولكن لا يمكن الاعتماد عليهما كونهما لا يعبران في جميع الأحوال عن علاقة جدية بالعقد في المعاملات والعقود التي تبرم عبر الانترنت، نظرًا لعالمية هذه الشبكة واتصالها بجميع دول العالم في الوقت ذاته.

[1] منانى فراح، المرجع السابق، ص 107.
[2] المرجع نفسه، ص 107.

ومن ذلك فإن الانترنت عبارة عن مكان افتراضي لإبرام العقود يفتقر للتواجد المادي المحسوس ولا يكون بذلك مركزًا على إقليم دولة معينة، باعتباره فضاء إلكتروني وهمي غير خاضع لدولة معينة فلا يمكن القول بتطبيق قانونها، ومن جهة أخرى فيصعب القول باعتماد قانون مكان تنفيذ العقد، خاصة بالنسبة للعقود التي تبرم وتنفيذ آليًا عبر الوسيط الإلكتروني، دون اعتمادها على أي عامل مادي في التنفيذ[1]، ذلك ما يصعب التعامل مع هذا النوع من العقود إذا ما تم اعتماد قانون مكان التنفيذ كضابط إسناد لحل أي نزاع قائم بخصوصها.

ومن ذلك فلا يوجد في مجال العقود الإلكترونية إقليم دولة معينة يتم فيه تنفيذ العقد، لأن التعاقد الإلكتروني يتم في بيئة افتراضية يتم تنفيذ العقد من خلالها وبعيدًا عن التواجد المادي، كل ذلك أثار جدلاً فقهيًا بين فقهاء القانون حول ما إذا كانت الانترنت مكان أو حيز افتراضي بدون قانون، معتبرين إياه محيطًا ليس له حدود ولا مناطق جغرافية ولا تملكه دولة معينة، ذلك أن كل شخص متصل بشبكة الانترنت بإمكانه التجول في فضاء وطني وفي فضاء دولي في نفس الوقت، وهذا ما يؤمنه عالم الرقمنة والتطور التكنولوجي لتسهيل المبادلات وضمانا لسرعة أكبر، فبذلك يمكن لهذا الشخص الدخول إلى مواقع متعددة في كل أنحاء العالم من دون أن تخضع لسيادة أي دولة[2].

وفي مقابل ذلك هناك جانب فقهي يعتقد بأن شبكة الانترنت فضاء خاضع لعدد هائل من القوانين التي تختص بتنظيمها وكذا من الأنظمة القضائية، كونها عالمية فيصعب إخضاعها لقانون واحد معين، وأن القانون له الدور الأهم ولا يمكن الاستغناء عنه في قيام وتنظيم هذه الشبكات، ونظرًا لقيام معظم الأشخاص بالتعامل وفقا لهذه الشبكات فوجب من ذلك إخضاع سلوكهم لضابط أو قانون يحكم تلك التصرفات عبر الشبكة، ومن ذلك وجوب العقاب في حال المخالفة، ويأتي رأي ثالث ينفي فكرة الفراغ القانوني لشبكة الانترنت، واستدل في ذلك بعدة أمثلة للعديد من التشريعات التي يمكن أن تضع إليها في فرنسا، وكذا للأجهزة الحكومية التي تتدخل بشأن الانترنت، والتي تختص بتنفيذ هذه التشريعات، وذلك ما أقره مجلس الدولة الفرنسي[3].

[1] حوحو يمينة، المرجع السابق، ص 107.
[2] مناني فراح، المرجع السابق، ص 107.
[3] المرجع نفسه، ص 108.

خاتمة

إن استعمال الانترنت في مختلف المجالات في تزايد مستمر وخاصة في المجال الاقتصاد والتجاري كإبرام العقود على مختلف السلع والاحتياجات، لذا تطرقنا في هذه الدراسة لمجلس العقد الإلكتروني الذي يعد من أهم الموضوعات الحديثة وركزنا على أوجه الخصوصية التي يثيرها، كاستجابة لمواكبة التطورات في مجال تقنية المعلومات والاتصالات تستند في وجودها إلى ما تثيره الوسيلة المبرم عبرها، ومن خلال هذه الدراسة حاولنا أن نبين مدى انطباق القواعد التقليدية في نظرية العقد على ما يثيره إبرام العقد الإلكتروني من مشكلات، كما حاولنا أن نوضح القواعد الخاصة بالمعاملات الإلكترونية واللازمة لتكملة القواعد العامة إن لم تكن كافية لحل أي إشكال قانوني متعلق بالعقد الإلكتروني.

ذلك جاءت هذه الدراسة كمحاولة لتبيين مدى ملاءمة تطبيق القواعد العامة التقليدية في نظرية مجلس العقد باعتباره أساس انعقاد وقيام العقد على مسألة التعاقد الإلكتروني عن بعد، في ظرف الشغور أو الفراغ التشريعي الخاص بالمعاملات الإلكترونية بجه الخصوص في القانون الجزائري الذي لم يستحدث منظومة قانونية خاصة بهذه المعاملات بالرغم من الحاجة الماسة إليها، وبالرغم من أن الواقع الجزائري يفرض التعامل بهذه الوسائل ويتجسد ذلك في العديد من الشركات الجزائرية المتعاملة وفقا للوسائل الإلكترونية ضمانًا لسرعة أعمالها وعدم تكلفها للجهد، ومن ذلك قد سعت الدراسة إلى محاولة توضيح القواعد الخاصة بالمعاملات الإلكترونية وفقا لهذه الوسائط واللازمة لتكملة القواعد العامة باعتبارها غير كافية لحل الإشكالات التي قد تنجر عن التعامل خاصة وأننا نشهد وبشكل مستمر تطورات تقنية معلوماتية وحداثة عصر الرقمنة.

من خلال دراستنا لهذا البحث والتي عنت بموضوع مجلس العقد الإلكتروني توصلنا إلى الإجابة عن التساؤل الرئيسي المطروح بالقول:

أنه لا يوجد نظام قانوني خاص يحكم مجلس العقد الإلكتروني، إلا أنه بالموازاة مع ذلك هناك نصوص قانونية تحكم مجلس العقد التقليدي، والتي من خلالها حاول الفقه إسقاط أحكامها على مجلس العقد الإلكتروني.

كما يمكن القول أنه يوجد بعض النصوص القانونية المتعلقة بتنظيم بعض الجوانب الخاصة بالعقد الإلكتروني والمتمثلة في بعض النصوص القانونية المستحدثة في مجال الإثبات والحجية في نصوص القانون المدني، وكذا المستحدثة وفقا لقانون 15-04 المتعلق بالتصديق والتوقيع الإلكترونيين والذي عنى بمعالجة أحكام الإثبات والحجية الإلكترونية، فتلك تعتبر بادرة قانونية من المشرع الجزائري للاهتمام بهذا الجانب وبذلك نسعى إلى تطلع المشرع إلى استحداث منظومة قانونية تحكم العقد الإلكتروني، توفيرا لذلك للحماية اللازمة التي يحتاجها الأطراف المتعاقدة ضمانا لحقوقهم التعاقدية.

وقد توصلت هذه الدراسة إلى جملة من النتائج والاقتراحات يمكن إيجازها في الآتي:

النتائج:

1- يعتبر العقد الإلكتروني العصب المحرك للتجارة الإلكترونية، وهو واقع يقرره القانون وتعترف به كل التشريعات الدولية والداخلية للدول، وذلك لاعترافها للوسائل الإلكترونية بدلالة التعبير عن الإرادة وتطابقها عبر البريد الإلكتروني أو عبر صفحات الويب على المواقع الإلكترونية، فيتم من ذلك التواصل بين أطراف العلاقة التعاقدية والتفاعل فيما بينهم بخصوص مسائل العقد في مجلس عقد افتراضي، ويعد بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزمان إلا في حالة التعاقد غير اللحظي فيكون بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

2- بالرغم من غياب نصوص صريحة ضمن قواعد القانون المدني والتي تقر صراحة بمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، غير أن مبدأ الرضائية يعطي للطرفين الحرية الكاملة في اختيار الطريقة التي يعبران بها عن إرادتهما، ومن ذلك لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد مسايرة للتعاقد الإلكتروني، إلا أن عدم تقرير المشرع لهذه الوسائل في التعبير عن الإرادة يثير الكثير من الصعاب والإشكالات القانونية، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي يحتاجها المتعاقدين خاصة تلك المتعلقة بالمستهلك الإلكتروني، والذي خصص له المشرع عناية خاصة، لذلك من الأفضل النص عليها صراحة بنص قانوني خاص بها، بالاعتراف الصريح برسائل البيانات في التعبير عن الإرادة وتنظيمها، على مسار التشريعات النموذجية واعتمادًا على أحكام القوانين النموذجية، ومن ذلك وضع قواعد قانونية صريحة والتي تضمن الحماية للطرف الضعيف في العقود الإلكترونية وهو المستهلك.

3- وبالنسبة إلى كيفية التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية، فإنها لا تخرج عن حالات ثلاثة، فإما أن يكون بالكتابة أو بالإشارة وإما أن يكون بالكلام، على حسب الوسيلة المستعملة في التعاقد.

4- يستلزم في القبول الإلكتروني ولانعقاد العقد في أن يتم إجراء التأكيد، سواء بالنقر المزدوج على زر الموافقة أو بإرسال تأكيد لذلك القبول في وثيقة مستقلة، كل ذلك لتفادي الشك في التعبير عن الإرادة وكذا لأخطاء اليد التي قد يقع فيها المتعامل.

5- أما بخصوص مدى صلاحية السكوت في التعبير عن الإرادة، وفي حالاتها الاستثنائية وفقا للقواعد العامة للعقد المدني التقليدي، فيمكن القول بأنه من غير المستساغ من الناحية الواقعية إعمال قواعد العرف ولا بالمصلحة المحضة لمن وجه إليه الإيجاب لتأسيس السكوت الملابس، على خلاف ذلك يمكن تصور الأمر في حال وجود معاملات سابقة بين الأطراف المتعاقدة.

6- إن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني عبر شبكة عالمية أهمية بالغة في مجال الإثبات والتنفيذ ومسائل تنازع القوانين وتنازع الاختصاص، وبناء على النظريات التقليدية التي تحدد زمان انعقاد العقد التقليدي فهي غير ملاءمة للتطبيق على هذا النوع من العقود ومن ذلك لحظة إعلان

القبول أو استلامه، وعلى رأي غالبية الفقه فإن نظرية العلم بالقبول هي التي تقترب ملاءمة بهذه المعاملات وطبيعتها لما فيها من تحقيق للتوازن بين المصالح المتقابلة للمتعاقدين، على عكس من ذلك في قوانين المعاملات الإلكترونية العربية ذلك أن نظرية تسلم القبول تتضمن إلزام الموجب بما ورد في صندوق بريده الإلكتروني دون أن يكون قد اطلع عليه وعلم بمحتواه قد تكون أسباب ذلك في غالب الاحيان لعطل تقني متعلق بالجهاز في حد ذاته.

7- إن القاعدة العامة في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية هو مبدأ سلطان الإرادة (إرادة الأطراف المتعاقدة)، سواء كان ذلك بإرادتهما الصريحة أو الضمنية، وفي غياب الاتفاق فيكون تحديد القانون الواجب التطبيق بتركيز العقد مكانيًا وهو المكان الذي يرتبط بع العقد ارتباطًا وثيقًا، أما بالنسبة للجهة القضائية المختصة بالنظر في منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد فهي تخضع أيضًا وكقاعدة عامة لمبدأ سلطان الإرادة، أي يتم تحديدها باتفاق الأطراف المتعاقدة وفي حالة غياب الاتفاق فيؤول الاختصاص لمحكمة المكان الذي يتم فيه تلقي المعلومات أو البيانات (الرسالة الإلكترونية).

8- إن اللجوء إلى الطريق الودي في حل النزاعات الإلكترونية وفقا لآليات إلكترونية عبر الانترنت كان من أجل الوصول إلى تسوية نهائية للنزاع من خلال مراكز متخصصة تتسم بالسرعة في حسم النزاعات والاقتصاد في النّفقات وضمان المصداقية وسهولة التنفيذ، وبذلك فهي تعد أفضل نهج يتبع في تسوية منازعات العقود الإلكترونية، وذلك ما شجع على اللجوء إليها وإقرار الأحكام التي تنظمها ضمن اتفاقيات التجارة العالمية، إلا أنه ما يلاحظ في هذا الشأن بأن واقع المعاملات الإلكترونية التجارية في المجتمع الجزائري لم يرقى بعد إلى هذه المرحلة بخصوص حل النزاعات وفقا لهيئات مبرمجة على مواقع إلكترونية، والسبب في ذلك هو غياب المنظومة القانونية الخاصة بهذه المعاملات وكذا غياب التدابير والإجراءات المكفولة لحماية الطرف الضعيف فيها.

9- بالرغم من تطور المعاملات الإلكترونية فإن المشرع الجزائري لم يواكب ذلك بأطر قانونية، على عكس بعض القوانين المقارنة كالتشريع الأردني والمصري والتونسي، حيث شرعوا ونظموا ذلك.

10- لم يتطرق المشرع إلى بيان المقصود بالعقد الإلكتروني بصفة خاصة، حيث قام بتعديل بعض النصوص القائمة وإصدار أخرى متعلقة بالمعاملات الإلكترونية لكنها متعلقة بجزء الإثبات الإلكتروني وفقا لقانون التوقيع والتصديق الإلكترونيين 04/15 في غياب الأساس القانوني للمعاملات الإلكترونية، بالرغم من أن ذلك يعد بادرة خير تنم على إمكانية تداركه لهذه النقائص في التعديلات المقبلة.

الاقتراحات:

1- نلفت انتباه الشارع الجزائري لأهمية الموضوع لذلك نوصيه بضرورة معالجة أهم النقائص ومحاولة سد الثغرات القانونية والشغور القانوني الخاص ببعض المسائل ذات الأهمية، محتذيًا في ذلك

بالقوانين النموذجية كقانون اليونسترال النموذجي ومحاولة الاستفادة من التشريعات المقارنة للدول العربية وحتى الدول الغربية والتي سبقته في هذا المجال محاولة من ذلك في إصدار منظومة قانونية خاصة بتنظيم المسائل المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية عن بعد.

2- تقوية الوازع الاجتماعي لدى أفراد المجتمع وتنمية الوعي بالمعاملات الإلكترونية وأهميتها خاصة وأنها أصبحت واقعًا مفروضًا، بحيث يتم التعامل من خلال وسائل إلكترونية مختلفة، والاستفادة من ورشات العمل والدورات التدريبية التي تخص جميع فئات المجتمع على اختلاف مستوياتهم التي تعمل على تدريب استخدام الانترنت والاستفادة من مختلف الخدمات التي تتيحها على مواقعها، ومن ذلك العمل على نشر ثقافة التعاقد الإلكتروني في إطار التعامل بالتجارة الإلكترونية، سعيًا في ذلك إلى محو الأمية المعلوماتية والعمل على تكوين جيل عصري مواكب لتطورات التقنية الرقمية.

3- كان من الأجدر بالمشرع الجزائري خلال هذه الفترات الزمنية من ظهور تقنيات التعامل الإلكتروني أن يستحدث منظومة قانونية خاصة بالتعاقد الإلكتروني والتي تختص بمعالجة أهم المسائل التي تثيرها تلك التقنيات نظرًا لعدم ملاءمة القواعد العامة المتعلقة بنظرية مجلس العقد التقليدي مع نظرية مجلس العقد الإلكتروني.

4- ننوه إلى وجود النص القانوني وحده غير كاف لحماية الأشخاص من التعامل وفقا لهذه التقنيات، لذا يتطلب تكاثف الجهود بين رجال القانون والمختصين الفنيين التقنيين من أجل تأمين التعامل وفقا لهذه الوسائل الإلكترونية لبعث الأمان في نفس المتعاقد وتحفيزه على التعاقد الإلكتروني، حفاظًا في ذلك على حقوق المتعاقدين وحماية للطرف الضعيف وهو المستهلك الإلكتروني.

5- تجدر الإشارة إلى أن إعمال قواعد القانون الدولي الخاص في تحديد القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية يعد عائقًا أمام النهوض بالتجارة الإلكترونية، ذلك أنها تفرض الكثير من القيود في تحديد الاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق وعدم ملاءمة مرتكزات التجارة الإلكترونية للقواعد التقليدية، فالأجدر من ذلك البحث عن وسائل أكثر مرونة تتلاءم وطبيعة هذه المعاملات والتي تقوم على أساس مبدأ سلطان الإرادة، لتفادي كل الإشكالات القانونية التي تثيرها مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق وكذا الاختصاص القضائي.

قائمة المراجع

اولا: المراجع:

1-الكتب:

1-مناني فراح، العقد الإلكتروني، وسيلة الإثبات الحديثة في القانون المدني الجزائري، دار هومة، الجزائر، 2009.

2- شحاتة غريب شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية "دراسة مقارنة"، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008.

3- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

4- أسامة عبد العليم الشيخ، مجلس العقد وأثره في عقود التجارة الإلكترونية، "دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي"، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2013.

5- بشار محمد دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

6- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، 2003.

7- أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ابن منظور الإفريقي المصري، لسان العرب، المجلد الثالث، ط1، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1863م.

8- باسم محمد سرحان إبراهيم، مجلس عقد البيع بين النظرية والتطبيق، ط1، دار النفائس، الأردن، 2011.

9- محمد وحيد الدين سوار، الشكل في الفقه الإسلامي، ط2، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 1998.

10- نادية ياس البياتي، التوقيع الإلكتروني عبر الانترنت ومدى حجيته في الإثبات، ط1، دار البداية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014.

11- عبد الهادي سالم الشافعي جابر، مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي (دراسة مقارنة)، ط1، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2001م.

12- طلال ياسين العيسى، ، العقد الإلكتروني تحديد مفهومه وطبيعته وتكويناته والقانون واجب التطبيق عليه، د ط، دار البيروني للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2007.

13- سامي حامد، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

14- إلياس ناصيف، العقود الدولية العقد الإلكتروني في القانون المقارن، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، عمان، 2009.

15- عامر محمد الكسواني، التجارة عبر الحاسوب (دراسة مقارنة)، ط1، دار الثقافة وللنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

16- طارق كاظم عجيل، ثورة المعلومات وانعكاساتها على القانون المدني (دراسات وبحوث)، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2011.

17- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر، 2007م.

18- محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد، "دراسة مقارنة"، دار الكتب القانونية، إسكندرية، 2009.

19- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية التراضي التعبير عن الإرادة "دراسة مقارنة"، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

20- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، ك1، د ط، دار الفكر الجامعي، 2002.

21- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، ط1، مكتبة النشر، الرياض، المملكة العربية السعودية، 2009.

22- نظل سليم برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2010.

23- إبراهيم رفعت الجمال، انعقاد البيع بوسائل الاتصال الحديثة، د ط، دار الفكر الجامعي، 2005.

24- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة، ط1، عمان، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1997.

25- قادري محمد محمود، حماية المستهلك في العقد الإلكتروني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2014.

26- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر 2000.

27- نبيل إبراهيم سعد ، المبادئ الأساسية في القانون: (نظرية القانون، نظرية الحق، نظرية الالتزام)، منشأة المعارف، مصر، 2001.

28- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 174.

29- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيًا، ك1، دط، دار الفكر الجامعي، 2002.

30- عبد الله محمد ربابعة ، التعاقد الإلكتروني دراسة فقهية اقتصادية قانونية، مجلة جامعة القصيم، 1432هـ.

31- محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية والإثبات الإلكتروني في العالم، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2006.

32- سليم سعداوي، عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط1، دار الخلدونية للنشر والتوزيع، الجزائر، 2008.

33- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، د ط، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2005.

4341- صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2006.

35- محمد حسن رفاعي العطار، البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة)، د ط، دار الجامعة الجديدة، الأزاريطة، مصر، 2007.

36- هادي مسلم يونس البشكاني، التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، د ط، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، مصر، 2009.

ثانيا النصوص التشريعية:

- القوانين:

1- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر، عدد 41 الصادر في 2004/07/27 معدل ومتمم بالقانون رقم 10-06 مؤرخ في 2010/08/21، ج ر، عدد 41 الصادر في 2010/08/23.

2- قانون رقم 83 مؤرخ في 2000/08/09 يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي.

3- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 مؤرخ لسنة 2001.

4- قانون التجارة الإلكترونية البحريني الصادر في 2002/09/14.

5- قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996، صادر في الجلسة رقم 85 للجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ 1996/09/16 :http// :www.uncitral.org/pdf/arabic.

6- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، الجريدة الرسمية عدد 21، الصادرة في 17 ربيع الثاني عام 1429 الموافق لـ 23 أبريل 2008.

- الأوامر:

الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 20 رمضان 1395 الموافق لـ 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري، الصادر في الجريدة الرسمية رقم 78، الصادر في 24 رمضان 1395 الموافق لـ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم بموجب الأمر رقم 05-10 المؤرخ في 2005/06/20، جريدة رسمية عدد 44، الصادرة في 2005/06/26.

ثالثا: الأعمال غير المنشورة

رسائل الدكتوراه :

1- مخلوفي عبد الوهاب التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية حقوق علوم سياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2011-2012.

2- بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم القانونية إشراف عليقرعيش كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015.

3- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري –دراسة مقارنة-، رسالة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

4- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه، إشراف فيلالي علي، تخصص قانون، كلية الحقوق، بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011-2012.

رسائل الماجستير:

1- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري، كلية الحقوق والعلوم السياسية تيزي وزو، بتاريخ 2012/05/08.

2- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في القانون، إشراف أكرم داود، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، طرابلس، فلسطين، 2008.

3- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنت (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، منشورة ط1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2002.

4- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني، رسالة ماجستير، إشراف محمد يحيى المحاسنة، ط2، منشورة، دار الثقافة، عمان، الأردن، 2010.

5- لزعر وسيلة، تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، غشرافزروتي الطيب، كلية الحقوق بن عكنون، جامعة الجزائر، 2011/2010.

6- رجاء نظام حافظ بني شمسه، الإطار القانوني للتحكيم الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة ماجستير في القانون الخاص، إشراف يوسف شندي، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

7- بن غيدة إيناس، الحماية المدنية للمستهلك في العقود الإلكترونية، رسالة ماجستير في القانون الخاص المعمق، إشراف بن مرزوق عبد القادر، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان، 2014-2015.

رابعا: المقالات:

1- رامي محمد علوان، تعبير الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السادسة والعشرون، العدد الرابع، ديسمبر 2002.

خامسًا: موقع الانترنت

www.droittentreprise.org

الفهرس

مقدمة

.....

الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لمجلس العقد الإلكتروني 07
المبحث الأول: ماهية مجلس العقد الإلكتروني 07
المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني 07
المطلب الثاني: مفهوم مجلس العقد الإلكتروني 21
المطلب الثالث: طبيعة مجلس العقد الإلكتروني 24
المبحث الثاني: إبرام العقد في المجلس الإلكتروني 31
المطلب الأول: التعبير عن الإرادة في مجلس العقد الإلكتروني 32
المطلب الثاني: طرق التعبير الإلكتروني 37
المطلب الثالث: وسائل التعاقد الإلكتروني 49
الفصل الثاني: الأحكام المرتبطة بإبرام مجلس العقد الإلكتروني 54
المبحث الأول: تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني 55
المطلب الأول: أهمية تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني 55
المطلب الثاني: موقف المشرع الجزائري من النظريات الفقهية المحددة لزمان إبرام العقد الإلكتروني 58
المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري من تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني 66
المبحث الثاني: الآثار المترتبة عن تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني 73
المطلب الأول: القضاء المختص بالنظر في منازعات التعاقد الإلكتروني عن بعد 73
المطلب الثاني: القانون الواجب التطبيق على نزاعات التعاقد الإلكتروني عن بعد 81
خاتمة 94