التنظيم القانوني لقيام التراضي في العقود الالكترونية على ضوء مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية

Legal regulation for mutual consent in electronic contracts in the light of the draft law on electronic commerce

الدكتور/ عبد الحق ماني

جامعة محمد البشير الإبراهيمي برج بوعريريج، الجزائر

abdeliabdelo@gmail.com

تاريخ الاستلام: 2018/04/27 تاريخ القبول للنشر: 2018/06/02

❖❖❖❖❖❖❖

ملخّص:

جاءت القوانين الحديثة المتعلقة بتنظيم المعاملات الالكترونية، بتنظيم خاص لرضا المتعاقدين في العقد الالكتروني، سواء فيما يخص تحديد الإيجاب والقبول وشروط قيامهما، أو زمان ومكان تلاقي الإرادتين، ورغم أن هذا النوع من العقود يعرف انتشارا واسعا في السنوات الأخيرة، غير أن التنظيم المقتضب من المشرع الجزائري للمعاملات الإلكترونية في مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية أثّر كثيرا، وهو ما ينبغي تداركه عند المصادقة النهائية على القانون من طرف البرلمان.

الكلمات المفتاحية: إبرام العقد الالكتروني؛ تطابق الإيجاب؛ القبول الالكتروني؛ مجلس العقد؛ زمان إبرام العقد الالكتروني؛ التراضي.

Abstract:

The new electronic transaction laws have brought a special regulation to satisfy both contractors in their electronic agreement, whether this concerns the determination of offer and acceptance as well as the setting of their conditions, or deciding the time and place of both agreed sides, and despite that this kind of contract knows a wide spread in the previous years, but the Algerian legislator made it concise in the electronic trade bill, and that is what must be rectified by the parliament during the final law ratification.

Key words: *Keywords: conclusion of the electronic contract; offer; acceptance; time of conclusion of the contract; the consent.*

مقدّمة:

لا يستطيع أي شخص إنكار أنّ الوسيلة التي يمكن أن نحصل بها على حاجياتنا هي العقود، فالعقد هو القناة المشروعة الوحيدة التي يمكن أن نتبادل بها الأموال، فالتبادل وجد مع الأشخاص، ويتطور بتطور وسائل الاتصال بينهم.

حيث اعتمدوا في بداية حياتهم على المقايضة، التي تفرعت عنها جملة من العقود، كانت عن طريق الالتقاء المادي، ثم غير المادي، بالوسائل البسيطة متمثلة في رسالة أو نيابة شخص، إلى أن ظهرت التكنولوجيا، واستعملت هي الأخرى في المجال التعاقدي، ثم عُرف التعاقد الالكتروني هذا الأخير شجّع على ازدياد المعاملات بازدياد الأشخاص المستعملين لهذه الوسائل، والذي يتعدى حدود الدولة.

فأصبح العقد الالكتروني عقدا دوليا، وسعت الجهود الدولية إلى تنظيم هذه المعاملة في العالم الافتراضي، خاصة في جانب الرضا، بإصدار القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، عن لجنة الاونسترال التي نادت بإدخال قانون جديد يتعلق بالتجارة الالكترونية في التشريعات الداخلية، وتناولت بعض نصوصه أحكاما تبين قيام ركن التراضي في هذه العقود، وقامت جل دول العالم بسنّ تشريع خاص بالتجارة الالكترونية، يحدّد أركان قيام هذه المعاملات الالكترونية، بينما تحاول دول أخرى سنّ نظام قانوني خاصّ بالمعاملات الالكترونية.

وتسعى الجزائر من بين هذه الدول بنية صادقة لسنّ قانون يتعلّق بالتجارة الالكترونية، والدليل على ذلك طرحها للنقاش في نهاية سنة 2017 لمشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، وتضمّنت بعض أحكامه تنظيما خاصا بالتراضي في العقود الالكترونية. ومنه تطرح الإشكالية الآتية:

ما مدى كفاية الأحكام التي جاء بها مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري والمطروح على طاولة النقاش على مستوى المجلس الشعبي الوطني، لإزالة الإشكالات القانونية المتعلقة بالتراضي في العقد الالكتروني، وتنظيمه تنظيما محكما؟

وللإجابة على هذه الإشكالية اتبعنا المنهج الاستقرائي من خلال استقراء النصوص القانونية المتعلقة بمشروع القانون المذكور أعلاه، والوقوف على أهم الأحكام التي تضمّنها لتنظيم إبرام العقد الالكتروني، إلى جانب المنهج الوصفي خاصة في مجال الآراء الفقهية حول طبيعة الضّمانات أو الآليات التي نادى بها الفقهاء لتدعيم البحث.

ومن أجل تنسيق وترتيب الأفكار تمّ تقسيم هيكل المداخلة إلى مبحثين، المبحث الأول عنوناه بالتقاء إرادتي أطراف العقد الالكتروني، والثاني زمان ومكان التقاء إرادتي أطراف العقد الالكتروني.

المبحث الأول

التقاء إرادتي أطراف العقد الالكتروني

يشترط القانون لقيام العقد وجود رضا وأن يكون صحيحا، فالوجود يتعلّق بتطابق الإرادتين، والصحّة ترمي إلى سلامة الإرادة، ولهذا سنتناول الرضا من حيث تطابق الرضا، وصحة الرضا.

المطلب الأول: تطابق إرادتي أطراف العقد الالكتروني

اشترط القانون لقيام العقد أن يتطابق الإيجاب والقبول، فينعقد العقد بمجرد تلاقي الإرادتين بأيّ طريق كان، ويجوز توكيل نائب للتعاقد أو رسول، غير أنّه إذا تعلّق الأمر بعقد الكتروني فلابدّ من تدخل الوسيلة التي تنقل إرادة أطراف العقد، ولذا سوف نتطرق إلى تنظيم الإيجاب والقبول الالكترونيين، ثم تحديد وسائل التراضي في العقود الالكترونية.

ينعقد العقد بمجرد تطابق إرادتين، بصدور إيجاب يقابله قبول دون أن يغير من الإيجاب، وخلال المدّة المحدّدة، وقبل أن يرجع المورد الالكتروني عن إيجابه.

أولاً- الإيجاب الالكتروني:

يقصد بالإيجاب بصفة عامة العرض البات والنهائي الصادر من أحد أطراف[1] العقد سواء لشخص معين، أو موجه للجمهور دون تحديد شخص بذاته، وهذا ما يتعلق بالعروض التجارية غالبا[2]، ولا يختلف كثيرا عن الإيجاب الكتروني، لأن هذا الأخير يتمّ عن طريق وسيلة الكترونية[3]، ولذا يعرف الإيجاب الالكتروني على هذا النّحو :" تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد، حيث يتم من خلال شبكات دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ويتضمّن كافّة العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة"[4]، ومنه فالعرض الذي يتضمّن جميع العناصر الأساسية لتكوين العقد، يكيف على أنّه إيجاب ملزم[5].

ويعرف الإيجاب الالكتروني في القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية (الاونسترال) على أنّه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتّفق الطّرفان على غير ذلك، يجوز استخدام البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض"[6]، كما تضمنت المادة 3 الفقرة 2 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الالكترونية والملحق بالقانون النموذجي المذكور أعلاه :"تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمّنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو عدة أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كافٍ، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة الكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى ذلك"[7].

ويختلف الإيجاب الالكتروني عن الإعلان الالكتروني، والحدّ الفاصل بينهما البيانات المشترطة توافرها في الأول، وكذا الشروط المتعلّقة به، ممّا نقف به على نية المشرع في إلزام العارض الالكتروني على التعاقد، وليس مجرد التحريض على التعاقد مما يكيف على أنّه دعوة للتعاقد[8].

ويشكّل العرض الموجه إلى شخص محدد أو أكثر إيجابا إذا كان دقيقا بما فيه الكفاية ويشير إلى استعداد صاحب العرض للالتزام بتنفيذ العقد حالة القبول. ويكون العرض دقيقا بما فيه الكفاية عندما يعين البضاعة، ويحدد صراحة أو ضمنا، الكمية والسعر أو يعطي أسسا لتحديدها حسب نص المادة 14 من اتفاقية فيينا لبيع الدولي للبضائع 1980[9].

1- الشروط المتعلقة بالإيجاب الالكتروني:

لقد أوجب المشرع في مشروع القانون على المورد الالكتروني أن يتضمن العرض شروطا وهي:

- أن يكون العرض من طرف المورد الالكتروني بنص المادة 09 من مشروع القانون، لأنّه أوجب بموجب هذا النص أن تكون المعاملة التجارية الالكترونية مسبوقة بعرض تجاري، وتوثّق هذه المعاملة بعقد الكتروني بعد حصول قبول من طرف المستهلك الالكتروني[10].
- أن يكون العرض التجاري مما يمكن رؤيته بالعين وهذا ما نستشفّه من مصطلح بطريقة مرئية، إذ تقوم مسؤولية المورد حالة أنّ العقد تمّ بالصوت فقط، فيشترط الصورة سواء كانت صورة ساكنة أم متحركة.
- أن يكون العرض يتضمّن بيانات إجبارية، ويجب أن تكون مقروءة، وتشمل المقروئية وضوح الكتابة، نوع الخط بالنظر إلى مساحة عرض البيانات، لون الخط، ولغة الكتابة.
- وأن تكون هذه البيانات مفهومة: عدم استعمال عبارات غامضة، أو علمية بعيدة عن المستهلك المتوسط، أي أن يكون هذا الأخير قادرا على فـمها.
- اشترط أن تتضمّن العرض التجاري بيانات وهذه البيانات ليست على سبيل الحصر، وليست على سبيل المثال، غير أنّ هذه البيانات هي الحدّ الأدنى من البيانات التي يجب أن يتوفّر عليها العرض التجاري الموجه للغير، ومنه يمكن للمورد الالكتروني أن يضيف بيانات أخرى، ولكن يشترط فيها أن تكون وفق الشروط المحدّدة أعلاه.
- كما يشترط أن تكون هذه البيانات باللغة الوطنية تطبيقا للقانون 91-05 المتعلّق بإجبارية استعمال اللغة العربية.

2- البيانات الواجب توافرها في العرض التجاري :

اشترط المشرع الجزائري في مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية أن يتضمن العرض جملة من البيانات هي:

أ- البيانات المتعلقة بتحديد شخصية العارض:

- رقم التعريف الجبائي، العناوين المادية والالكترونية، ورقم الهاتف المورد الالكتروني.
- رقم السجل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي.

ب-البيانات المتعلقة بوصف المنتج أو الخدمة محلّ العقد:

- طبيعة خصائص وأسعار السّلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرّسوم.
- حالة توفّر السلعة أو الخدمة.

ج- البيانات المتعلقة بالآجال:

- كيفيات ومصاريف وآجال التّسليم.
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الالكترونية.
- شروط وآجال العدول عند الاقتضاء.

د- البيانات المتعلقة بالشروط والآثار:

- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية البيانات الشخصية.
- شروط الضمان التجاري وخدمة ما بعد البيع.
- طريقة حساب السعر عندما لا يمكن تحديده مسبقا.
- كيفيات وإجراءات الدّفع.
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء.
- مدّة صلاحية العرض عند الاقتضاء (زمان قيام الإيجاب)
- شروط وآجال العدول عند الاقتضاء.
- طريقة تأكيد الطلبية (طريقة القبول).
- موعد التسليم، سعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفية إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء.
- طريقة إرجاع المنتوج الاستبدال أو التعويض.
- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الالكترونية عندما تحتسب على أساس أخر غير التعريفات المعمول بها.

ثانياً- القبول الالكتروني:

يعتبر القبول التعبير البات عن إيجاب وجه له[11]، ومازال قائما[12]، أما تعريفه القانوني فيمكن الإشارة أنّه لم يحظ بتعريف في القانون النموذجي الصادر عن الاونسترال المتعلق بالتجارة الالكترونية، غير أنّه تعرض لمفهومه في العقد النموذجي للمعاملات الالكترونية في نص المادة 3 الفقرة 02 منه التي تنصّ على أنّه:" تعتبر المعاملة الالكترونية قد انعقدت بإرسال الرسالة قبولا لإيجاب تمّ قبوله حسبما هو محدد في البند (3-2-4)"[13]، وبالرجوع إلى النص المذكور في المادة السابقة الذكر نجدها تعرف القبول: "يعتبر القبول حسبما هو محدد في المبحث (3-2-1) عليه مقبولا إذا تسلّم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب خلال التوقيت المحدد". ومنه يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل الإيجاب قبولا غير مشروط لإيجاب، وخلال التوقيت المحدد[14].

ويعتبر القبول شرطا لقيام العقد، فكلّ إيجاب ملزم إذا ما قابله قبول قام العقد، وهنا نفس الحكم ففي العرض التجاري لقيام العقد لابدّ من قبول المستهلك الالكتروني، والملاحظ هنا أن المشرع الجزائري جاء بمصطلحات مغايرة لتلك التي تضمّنها القانون المدني، وهي مصادقة[15] المستهلك على العرض التجاري، غير أنّ الاصطلاح الصحيح من وجهة نظري هي توقيع المستهلك لهذا العقد بعد توثيقه[16]، ومنه شكلية العقد من خلال رسالة البيانات التي تتضمّن العرض وموثقة[17] من طرف المورد الالكتروني، فإذا ما قبل المستهلك الالكتروني فلابد من إمضاء العقد، ويخضع التوقيع الالكتروني لإجراءات المصادقة للتأكد من هوية الأطراف.

1- الشروط المتعلقة بالقبول:

يشترط في قبول المستهلك الالكتروني أن يكون صريحا، وهذا ما نستشفّه من نص المادة 11 من مشروع القانون، وبهذا اسقط القبول الضمني، مثل إقدام المستهلك على تحميل المنتوج حالة كان هذا الأخير عبارة عن محل عقد الكتروني، وحبذا لو يتراجع المشرع عن هذا الحكم، ويبقي على القبول الضمني.

كما أوجب المشرع في مشروع القانون ألاّ يتضمن القبول تغييرا من الإيجاب وتوجيها له، وأعط مثالا حالة أن القبول يتضمن ملء خانات من قبل المستهلك الالكتروني، وهو نفس الحكم المنصوص عليه في المادة 66 من القانون المدني الجزائري[18].

ولم يعالج المشرع الجزائري حالة السّكوت، مثله مثل باقي التشريعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية، ولذا كان محلّ جدال فقهي، ومنهم من يرى صلاحية السكوت في المعاملات الالكترونية، بتطبيق القواعد العامة، ومنهم، من صرح بعدم صلاحية السكوت كوسيلة للتعبير في مجال العقود الالكترونية، ورغم إمكانية اعتبار السكوت في حالة التّعامل السابق، وكذا عدم استعمالها مبررا للخروج عن القواعد العامة[19]، إلا أنّه ولخصوصية العقد الالكتروني كان لزاما على التشريعات التصدي لهذه الإشكالية بنص صريح[20].

أما زمن القبول فلم يتضمن مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية أي حكم بشأنه، ومنه تطبق القواعد العامة، وبالرجوع إلى نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري فزمن انعقاد العقد هو زمن العلم بالقبول[21].

2- صور القبول:

قدّمت لنا التجارة الالكترونية في مجال قبول العقد عدّة صور لم تكن معروفة في مجال التعاقد التقليدي في العالم المادي[22]، نذكر منها النّقر على أداة الماوس، فيتم القبول هنا بالضغط على أداة الماوس، سواء على أيقونة الموضع المتضمنة عبارة القبول، ويطلق على هذا النوع من العقود الذي يكون القبول فيها بهذه الصورة العقد contract click warp[23]، وهذا ما نص عليه القانون الكندي الموحّد بشأن التجارة الالكترونية[24] لسنة 2000 في نص المادة 20 على أن اللمس أو النّقر على زر أو مكان معين بشكل ملائم على شاشة الحاسوب تصلح كطريقة للتعبير عن للقبول[25].

ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه، وبغرض التأكّد من صحة إجراء القبول أن يتم عن طريق النقر مرتين (double click) على الأيقونة المخصصة للقبول والموجودة على الشاشة، وفي هذه الحالة فإنّ النقر مرة واحدة لا يرتب أثراً بشأن انعقاد العقد ويصبح القبول عديم الأثر، وغالباً ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكّد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولي كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فالنقر مرتين دليل على موافقة القابل على إبرام العقد[26]، كما يمكن التعبير عن القبول عبر المواقع الالكترونية مثلا باستخدام رموز متعارف عليها تدل على الرضا مثل وجه مبتسم، أو تدل على الرفض مثل وجه غاضب[27].

أو إرسال بريد الكتروني، تنزيل أو تحميل برنامج الكتروني، أو ملء استمارة كما تمّ ذكره أعلاه، وهذه طرق عادية، ولكن الإشكال يتعلق حول طبيعة الوكيل الالكتروني، وهذا ما سوف نتطرق إليه في المطلب الموالي.

المطلب الثاني: وسائل تبادل الإرادة في العقد الالكتروني

لم يشترط القانون طريقة معينة في تبادل الرضا بين أطراف العقد، فيتمّ التبادل بأيّة طريقة كانت، صراحة أو ضمنا، ما لم ينصّ القانون على طريقة معينة حسب نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري،[28] وبالرجوع إلى مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية فالمشرع الجزائري لم ينص على طريقة معينة، غير أن طبيعة العقد الالكتروني تفرض في حالات استخدام وسائل من بينها رسائل البيانات، أو بواسطة الوسيط الالكتروني، هذا الأخير الذي يثير إشكالا قانونيا، ولذا وجب تعريفه، ثم تحديد طبيعة الوسيط الالكتروني.

أولاً- رسائل البيانات:

ويتعلق الأمر هنا بتبادل الرسائل بين الأطراف بطرق الكترونية، وينظر عادة إلى رسائل البيانات على أنها معادلة للرسائل العادية في البريد العادي[29]، وقد أجاز القانون النموذجي الاونسترال المتعلق بالتجارة الالكترونية استخدام رسالة البيانات كتعبير مقبول عن الإرادة بنص المادة 11 منه،[30] وقد عرفها بالمادة 02 منه الفقرة أ بأنّها:" المعلومات التي يتمّ إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة، بما في ذلك – على سبيل المثال لا الحصر- تبادل البيانات الالكترونية، أو البريد الالكتروني، أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي[31]"، وتأخذ رسالة البيانات عدة تسميات كرسالة المعلومات، رسالة الكترونية، مستند الكتروني، محرر الكتروني. ..الخ[32].

ومنه استعمال رسائل البيانات الالكترونية ترتب أثارا قانونية على أطراف العقد الالكتروني،[33] أي أن التعبير عن الإرادة بواسطتها، يحفظ القيمة القانونية للتعبير عن الإرادة، سواء أكان إيجابا، أم قبولا[34].

كما عالج القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مشكلة إسناد رسالة البيانات بنص المادة 13 منه، وعليه أسندها إلى المنشئ وترتب عليها جميع الآثار القانونية في الحالات الآتية[35]:

- إذا قام بإرسالها بنفسه.
- إذا كان المرسل نائبا للمرسل..
- إذا كانت الرسالة أرسلت عن طريق الوكيل الالكتروني دون تدخل من الغير، وكان المنشئ هو الذي أعدّ البرنامج أو نائبه.

ثانياً- الوكيل(الوسيط) الالكتروني:

لم يقتصر التطور الحاصل في مجال الانترنت على المحادثة أو الرسالة الالكترونية بل تعدّى كل التّخيلات، من خلال إمكانية إبرام العقد بين الآلة والإنسان، أو بين آلتين، ونتيجة لذلك كان من الحتمية تنظيم التشريعات لهذه العلاقة.

1- تعريف الوكيل (الوسيط) الالكتروني:

استغل الإنسان التكنولوجيا بإيجاد طريقة جديدة للتعاقد عن طريق الوكيل الالكتروني أو الأنظمة المؤتمتة[36]، ولذا كان محلّ تنظيم من طرف التشريعات، خاصة في ظلّ غياب أحكام قانونية في القواعد العامة.

يعرف الوكيل الالكتروني على أنّه برنامج حاسوبي أو أيّة وسيلة الكترونية أو مؤتمتة أخرى تستخدم للبدء في العمل أو الاستجابة كليا أو جزئيا للرسائل الالكترونية أو التدابير دون مراجعة أو تدخّل من شخص طبيعي في كلّ مرة يبدأ النظام عملا أو يقدم استجابة[37].

كما عرفه المشرع الأمريكي بموجب المادة 02 من القانون الأمريكي الموحد للمعاملات الالكترونية UETA بأنّه: "برنامج حاسوبي أو الكتروني أو أيّة وسيلة الكترونية أخرى أعد لكي يبدأ عملا أو الردّ على تسجيلات الكترونية أو أداء معين بصفة كلية أو جزئية بدون الرجوع إلى شخص طبيعي"[38]،

ويتم إنشاء الوكيل الالكتروني عبر 03 مراحل[39]:

- **المرحلة الأولى:** قرار برمجة الكمبيوتر للرد بطريقة معنية، فهو قرار إرادي بإعداد الوكيل الالكتروني للقيام بالعمليات الالكترونية المؤتمتة.
- **المرحلة الثانية:** برمجة الكمبيوتر للرد حسب المعلومات المزودة.
- **المرحلة الثالثة:** رد الكمبيوتر بطريقة أوتوماتيكية حسب البرمجة.

وتظهر أهمية الوسيط الالكتروني في السرعة في إبرام العقد الالكتروني.

2- الطبيعة القانونية للوكيل الالكتروني

ظهرت عدة آراء فقهية في هذا الصّدد، فمنهم من اعترف للوكيل الالكتروني بالشخصية القانونية، ومنه له القدرة على إبرام العقود، مستندين في ذلك على أنّ التشريعات منحت الشخصية القانونية لكيانات غير بشرية منها الشركات، والرأي الثاني اعتبار الوكيل الالكتروني وكيلا عن المتعاقدين، غير أنّه يجب أن يكون للوكيل إرادة والوكيل الالكتروني لا يتمتع بإرادة فهو مجردة آلة مبرمجة للعمل على نحو ما[40].

أما الرأي الراجح أنه لا يمكن اعتبار الوكيل الالكتروني مثل الوكيل في العالم المادي (الواقعي)، فهو وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة عن طريق الوكيل الالكتروني المؤتمتة، وهذا ما ذهب إليه المشرع الأمريكي في المادة 14 الفقرة من قانون المبادلات الالكترونية، التي أجازت تكوين العقد بتحاور بين وكيلين الكترونيين من الجانبين حتى وإن لم يتدخل شخص في التدابير التي تنفذها هذه النّظم، أو وكيل الكتروني وشخص طبيعي بنص المادة 14 الفقرة 02 من نفس القانون.

وعليه لا يمكن اعتبار الوكيل الالكتروني وكيلا مثله مثل الوكيل في العالم المادي على أساس[41]:

- ليس للوكيل الالكتروني شخصية قانونية.
- ليس للوكيل أهلية قانونية يعتدّ بها أثناء إبرام العقود.

- لا يمكن ترتيب المسؤولية على الوكيل الالكتروني حالة حدوث خطأ أثناء إبرام العقد الالكتروني، بل يتحمّل الخطأ الأصيل عن خطأ في البرمجة، إلا إذا وقع الخطأ نتيجة قوّة قاهرة انقطاع الانترنت بسبب الظروف الطبيعية، أو سبب أجنبي قرصنة مثلا.
- عدم وجود نية للمشرع أن يحل الوكيل الالكتروني محلّ الوكيل في العالم المادي.

غير أنّ بعض النّظم القانونية أجازت للمستهلك الادّعاء بعدم العلم بأن المتعاقد معه هو الوكيل الالكتروني، ومنه جواز التمسك بعدم نفاذ الحق في مواجهته، بشرط إثبات ذلك، وهذا ما أخذ به المشرع لدولة دبي في قانونها المتعلق بالمعاملات الالكترونية حيث اشترط لتمام التعاقد الالكتروني المؤتمتة، أن يعلم الشخص الطبيعي أنّه يتعامل مع وكيل الكتروني.

المطلب الثالث: الإشكالات المتعلقة بصحّة الرضا:

ليقوم العقد صحيحا غير مشوب بعيب لا بدّ أن يكون الرضا صادرا من ذي أهلية قانونية لازمة لإبرامه، وعالمة بالمعقود عليه، أمّا عيوب الإرادة فلا مجال للحديث عنها لأنّها لا تتعدى تطبيق القواعد العامة.

أولاً- الأهلية:

يصعب التحقق من شخصية المتعاقد في التعاقد الالكتروني، ولذا حرصت التشريعات على تنظيم هذه المسألة، ومنه لابد من تحديدها على كلّ من أطراف العقد.

1- أهلية المورد الالكتروني:

عرف المشرع الجزائري بنص المادة 05 من مشروع القانون المورد الالكتروني على أنّه :"كلّ شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية"[42]، أي أنّ كلّ شخص يقوم بالتسويق الالكتروني فهو مورد في نظر المشرع، وحسب نص المادة 07 الفقرة 01 من مشروع القانون هو ملزم بالتسجيل في السجل التجاري، وكذا نشر موقعه الالكتروني، أو الصفحة الالكترونية التي يتمّ من خلالها عرض هذه المنتوجات[43]، ولم يقف عند هذا الإلزام، بل أوجب كذلك بنص المادة 07 الفقرة 02 من مشروع القانون أن يتوفّر على الموقع وسائل تسمح بتأكد المستهلك الالكتروني من صحة المعلومات المتعلقة بهوية العارض ومن بينها الأهلية القانونية لممارسة النشاط التاجر[44].

كما أنّ المشرع الجزائري بنصّ المادة 08 من مشروع القانون تمّ تخصيص بطاقية وطنية للموردين الإلكترونين، وهذا من أجل إحصائهم، وتوضع في متناول المستهلك الالكتروني[45]. كما ألزمه بنص المادة 10 من مشروع القانون أن يقدم البيانات المتعلقة به، وهي من البيانات التي يجب أن يتضمنها العرض التجاري الالكتروني[46].

وعليه فأهلية المرود الالكتروني لا تثير أيّ إشكال قانوني على مستوى العقود الالكترونية.

2- أهلية المستهلك الالكتروني:

لا يوجد اختلاف بين المستهلك في العالم الافتراضي والمستهلك في العالم المادي، إلا أنّ الأول يتعامل عبر وسائل الكترونية، ومن خلال شبكة اتصال عالمية[47].

تضمن مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية تعريفا للمستهلك الالكتروني بنص المادة 05 منه التي جاءت بالشكل الآتي: " المستهلك الالكتروني: كلّ شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعوض أو بصفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية"، ويفترض أن يكون المستهلك شخصا أهلا للتعاقد[48].

يفترض في الشخص الذي يسعى للتعاقد أن يكون أهلا له[49]، فإذا ما أقدم شخص ناقص أو عديم الأهلية بإبرام عقد الكتروني، وذلك بإخفاء نقص أهليته، وكان العارض الالكتروني حسن النية، فما هي حقوق هذا الأخير باعتباره حسن النية؟

لم يورد المشرع الجزائري نصا خاصّا يعالج فيه حالة إخفاء القاصر المستهلك لنقص أهليته حالة التعاقد الالكتروني، الذي يكون فيه الحضور الافتراضي لأطرافه، وبالرجوع إلى نص المادة 10 الفقرة 01 من القانون المدني: "... ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تنعقد في الجزائر وتنتج آثارها فيها إذا كان أحد الطرفين أجنبيا ناقص الأهلية، وكان نقص أهليته يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل تبينه على الطرف الآخر، فإنّ هذا السبب لا يؤثر في أهليته وفي صحة المعاملة"، ومنه المعاملة تبقى صحيحة[50].

فمثلا المشرع الانجليزي عالج قضية ناقص الأهلية على النّحو الآتي[51]:

ففي العقود البسيطة التي يبرمها القاصر على شبكة الانترنت مثل شراء الكتب أو الاسطوانات والأطعمة وغيرها من السلع، فلا يجوز الحكم بإبطالها[52].

أمّا العقود الأخرى ذات القيمة الكبيرة مثل السيارات والشقق السكنية والعقارات وغيرها فإنّها تخضع للأصل العام بإبطال هذه العقود لمصلحة القاصر حتى ولو تضرر التاجر لتعلق المسالة بالنظام العام، وأقرّ بأحقية التاجر في استرداد البضاعة ما إذا كانت في حوزة القاصر، وكان من الممكن تحديد ذاتيتها[53]، كما عالج المشرع الفرنسي هذه الإشكالية بنص المادة 1307 من القانون المدني الفرنسي، بإسقاط حق القاصر في استرداد ما دفعه تنفيذا لما تعهد به، إذا قام بمخادعة الغير من أجل إخفاء نقص أهليته.

إلا أنّه في العقود الالكترونية يمكن التحقق من هوية المستهلك الالكتروني حالة استعمال البطاقة الالكترونية، أو عن طريق إدراج شرط يسمح بالتحقق من السن، وفي حالة الغش وطلب إبطال العقد، يحق للمتعاقد معه طلب التعويض.

ثانياً- العلم بالمبيع:

بالرجوع إلى أحكام القانون المدني فصحة الرضا ترمي إلى أنّ الإرادة تكون عالمة بما تقدّم عليه، وإن لم يلحقها عيب من عيوب الإرادة، وهذه الأخيرة ترجع إلى الأحكام العامة للعقد المنظمة وفق القانون المدني، أمّا العلم فهو منظم بالقانون المدني، قانون حماية المستهلك والبيانات المتعلقة بمحل العقد،

والقانون 04-02 السالف الذكر والمتعلق بالاشتراطات العامة للعقد، وقد تمّ تنظيمه في مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية. وعليه لحماية رضا المستهلك الالكتروني بالإضافة إلى الأحكام التي تضمنتها القوانين التي تم تذكرها فقط اشترط المشرع في مشروع هذا القانون إلزامية إعلام المستهلك الالكتروني من طرف المورد الالكتروني بـ:

- الشروط التعاقدية عن طريق وضعها في متناوله.
- الإعلام حول المنتوجات والخدمات (اخلط في المصطلح)، وقد حدد المشرع في المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المحدد لشروط وكيفيات إعلام المستهلك. بنص المادة 05 منه البيانات الواجب توافرها حالة البيع بتقنيات الاتصال التي أوجبت تقديم البيانات الإجبارية المنصوص عليها في هذا المرسوم، باستثناء تلك المتعلقة بمدة صلاحية المنتوجات، قبل إتمام الشراء وتظهر على دعامة البيع عن بعد، حيث ترسل بأي طريقة أخرى مناسبة ومحددة بوضوح من طرف المتدخل المعني، غير أنه لا تطبق الأحكام على المواد الغذائية المقترحة للبيع عن طريق الموزع الآلي أو في محلات تجارية آلية، أما عن زمان تقديمها فهو وقت التسليم.

المبحث الثاني

زمان ومكان التقاء إرادتي أطراف العقد الالكتروني

المطلب الأول: مكان التقاء إرادتي أطراف العقد الالكتروني

كان مجلس العقد من اهتمام التشريعات العربية، ومن بينها التشريع المصري، باعتبار أن أصل فكرة مجلس العقد تعود للشريعة الإسلامية، ولذا لم تكن محل اهتمام التشريع والفقه الفرنسي بالشكل الكبير، ولذا يعتبر من بين الإشكالات القانونية التي تعتري العقد الالكتروني ولذا لابد من تحديد تعريفه وأنواعه وتبيان طبيعته في العقود الالكترونية والآثار المترتبة على ذلك.

أولاً- مفهوم مجلس العقد:

كما تمّ القول يعود مصطلح مجلس العقد إلى الفقه الإسلامي، والغرض من هذه الفكرة هو تحديد المدة التي يصح فيها أن تفصل الإيجاب عن القبول، حتى يستطيع من عرض عليه العرض أن يتدبر الأمر في قبول العرض أو رفضه[54].

1- تعريف مجلس العقد:

يعرف فريق من فقهاء الشريعة مجلس العقد على أنّه :" المكان الذي يتم فيه التعاقد والذي يرتبط فيه الإيجاب بالقبول"، فهنا يعرف على أنه وحدة مكانية (فقهاء المالكية –الأحناف- الشافعية- الحنابلة- الإباضية)، فهم يرون أنّه لابد من صدور الإيجاب والقبول في مكان واحد، ومنه يشترطون وحدة المكان لانعقاد العقد، وفي حالة تخلف الوحدة المكانية فلا ينعقد العقد[55].

أما فريق ثاني فيرون أنّ مجلس العقد هو:" الفترة الزمنية التي يكون فيها المتعاقدان منشغلين بالتعاقد وتبدأ من لحظة صدور الإيجاب وتستمر طوال الفترة التي يظلّ المتعاقدان منصرفين إلى التعاقد

دون ظهور إعراض من أحدهما عن التعاقد"، فيرى بعض من فقهاء الأحناف، المالكية، الحنابلة أن مجلس العقد ما هو إلا وحدة زمنية، فهو لا يقوم على الوحدة المكانية للإيجاب والقبول، أي المدة التي يظلّ فيها المتعاقدان منشغلين بالتعاقد حتى وإن تبدل المكان أو تبدلت الهيئة. وذهب اتجاه ثالث: "الهيئة أو الحالة التي يتخذها المتعاقدان وقت التعاقد وانشغالهما به دون وجود دليل على الإعراض عنه فإذا اختلفت هذه الهيئة اختلف مجلس العقد"، ومن بينهم بعض فقهاء الحنفية والحنابلة فهم يعتبرون أنّ مجلس العقد هو هيئة أو حالة وعليه يعتبرون مجلس العقد وحدة معنوية يظلّ قائما مادام أنّ الأطراف مازالوا منشغلين به، أو لم يشتغلوا بما يقطعه عرفا[56].

ويشترط لقيام مجلس العقد علم من وجه الإيجاب إليه، وعدم وجود ما يدل على الإعراض عن الانشغال بالتعاقد، كصدور من وجه الإيجاب له ما يفيد عدم القبول، أو رجوع من أصدر الإيجاب عن إيجابه قبل علم الموجه إليه[57].

2- أركان مجلس العقد:

يقوم مجلس العقد على ركنين، الركن المادي(المكاني) والركن المعنوي(الزماني).

أ- الركن المادي (المكاني):

يقصد بالركن المادي الحيز المكاني الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالعقد، بدونه لا يقوم المجلس ولا يكون له وجود، سواء كان هذا الحيز ثابتا أم متحركا، سواء كان مغلقا أم مفتوحا، ويقاس بمعيارين وهما معيار المدى السمعي، ومعيار المدى السمعي البصري[58].

ب- الركن المعنوي (الزماني):

يتمثل هذا الركن في الزمان الذي ينشغل فيه المتعاقدان بإبرام العقد، ولا يهم إن طالت أو قصرت، إلا أنّه قد يرتبط بشيء مادي، كارتباطه بزمان مجلس العقد لأنّ وحدة المكان تقتضي وحدة الزمان، ومدة الانشغال بالتعاقد[59].

3- أنواع مجلس العقد:

يكون التعاقد إمّا بين متعاقدين حاضرين، أو متعاقدين غائبين، ولهذا نجد أنّ مجلس العقد يأخذ صورتين، مجلس العقد الحقيقي، أو مجلس العقد الحكمي.

أ- مجلس العقد الحقيقي:

يقصد به ارتباط أطراف العلاقة العقدية ارتباطا مباشرا وجها لوجه في الفترة التي ينشغل فيها المتعاقدان دون أن ينصرف اهتمامهما عن أمور التعاقد وبشرط تحقّق الرؤية والسماع معا لكلا المتعاقدين، وعليه يجب أن يكون[60]:

- حضور كلا المتعاقدين مجلس العقد حضورا حقيقيا وجها لوجه، بحيث يراه ويسمعه بدون أن يلتبس صوته وصورته مع شخص آخر.
- أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في وقت واحد وهو وقت مجلس العقد.
- أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في مكان واحد.

ب- مجلس العقد الحكمي

يعرف مجلس العقد الحكمي على أنّه: "المجلس الذي يتصل فيه الإيجاب بعلم الموجب له سواء عن طريق الكتابة أو بواسطة الرسول والذي يحق له أن يقبله فيه طالما بقي منصرفا إلى موازنة أمور بشأنه دون أن يرفضه أو أن يكون الرجوع عنه قد صدر من جهة الموجب الغائب"[61].

ومنه نكون بصدد مجلس عقد حكمي حالة عدم حضور أحد أطراف العقد المجلس الحقيقي بنفسه أو بنائبه[62]، ولكن حضور إرادته إلى مجلس العقد عن طريق الكتابة، الرسول، أو ما شابه ذلك، وبلغ الإيجاب، ويبدأ لحظة العلم بالإيجاب وعليه يجب أن يكون في مجلس العقد الحكمي[63]:

- يجب أن يتم نقل الإيجاب إلى مجلس العقد الحكمي بوسيلة من الوسائل، كالكتابة، الرسول، أو ما شابه ذلك، وهي الوسيلة التي تتكفل بنقل الإيجاب.
- يجب أن تكون إرادة الموجب حاضرة في مجلس العقد، ممثلة في وسيلة نقل الإيجاب.
- يجب أن يكون عرض الإيجاب والعلم به في وقت واحد، حتى نكون بصدد مجلس عقد حكمي.
- يجب أن يكون عرض الإيجاب والعلم به في مكان واحد، حتى نكون بصدد مجلس عقد حكمي[64].
- يشترط أن يكون مجلس العقد الحكمي متحدا أي يشترط لاستمراره ألا يصدر من الموجه إليه الإيجاب ما يدل على الإعراض عن التعاقد أو ألا يشتغل بغير ما يدور في المجلس، أما الموجب فيشترط عدم رجوعه عنه قبل القبول.
- زمان مجلس العقد الحكمي هو لحظة وصول الإيجاب إلى علم الموجه إليه.

ثانياً- طبيعة مجلس العقد المبرم بواسطة الانترنت:

1- التأصيل الفقهي لمجلس العقد في العقد الالكتروني المبرم بواسطة الانترنت:

ثار خلاف فقهي حول طبيعة مجلس العقد المبرم عن طريق الانترنت، هل هو عقد بين حاضرين أم غائبين؟، ومنه تعدّدت الآراء على النحو الآتي:

- الرأي الأول:

يعدّ عقدا بين حاضرين، لأنّ المتعاقديْن ينصرفان إلى موضوع العقد من دون أن يشغلهما عنه شغل آخر، ويحصل الاتصال بينهما عبر الانترنت، فيسمع أو يرى أحدهما الآخر مباشرة وبالتالي لا يكون ثمّة فاصل زمني بين الإيجاب والقبول[65].

- الرأي الثاني:

يعد التعاقد بواسطة الانترنت على أنّه تعاقد بين غائبين، لأن التعاقد بواسطة الانترنت يتم عن طريق وسيلة كالكتابة بين المتعاقدين، حتى وإن كان بالصوت فإنّ طريق وسبب نقل الصوت والصورة (الميلتيميديا)[66]....

- **الرأي الثالث:**

التعاقد بالأنترنت يعتبر بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، شأنه في ذلك شأن الهاتف[67]. ورغم أنّ أغلب الآراء تذهب إلى أنّ التعاقد بالأنترنت هو تعاقد بين حاضرين، إلا أن التشريعات تباينت مواقفه، فما موقف المشرع الجزائري من هذه الآراء؟

2- طبيعة مجلس العقد في مشروع القانون المتعلقة بالتجارة الالكترونية:

بالرجوع إلى تعريف العقد الالكتروني بنص المادة 05 من مشروع القانون نجد أن المشرع اعتبر العقد الالكتروني هو العقد المبرم عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه، باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني.

ومنه المشرع الجزائري اعتبر مجلس العقد الالكتروني هو مجلس عقد حكمي، ينعقد العقد فيه بعلم الموجب بقبول القابل (المستهلك عادة)، مما يفهم أن نقل الإيجاب من طرف الوسيط الالكتروني ما هو إلا وسيلة كالرسالة، والرسول. ..الخ. ومنه ينشأ للمستهلك حق الرجوع التعاقد، إذا ما توافرت شروط الرجوع المنصوص عنها في مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية.

المطلب الثاني: زمان إبرام العقد

يثير الإشكال في مجال زمان انعقاد العقد الالكتروني، حالة عدم التزامن بين الإيجاب والقبول، ولذا ظهرت آراء فقهية في هذا المجال، محاولين تحديد زمان إبرام العقد، ولكلٍّ رأي أسس لإقناع المشرعين سواء على المستوى الدولي أم الداخلي.

أولاً- التأصيل الفقهي لزمان إبرام العقد الالكتروني:

حاولت أربعة آراء فقهية تحديد زمان إبرام العقد وهي نظرية الإعلان عن القبول، نظرية تصدير القبول، نظرية تسليم القبول، نظرية العلم بالقبول، والملاحظ لهذه النظريات أنّها اثنان منها تتعلق بالإيجاب، والأخيرتان بالقبول[68].

1- النظريات المتعلقة بالإيجاب:

أ- الرأي الأول (الإعلان عن القبول):

تطبق هذه النظرية على القواعد العامة في التعاقد، فيعتبر العقد قد تم وفق هذا الرأي بمجرد إعلان القابل لقبوله عن إيجاب الموجب[69]، فالقبول وفقا لهذه النظرية تعبير إرادي يكفي بمجرد إعلانه[70]، ومنه زمان انعقاد العقد هو لحظة الإعلان عن القبول، ففي العقود الالكترونية حسب هذا الرأي يتم العقد لحظة تحرير الرسالة الالكترونية على جهاز الالكتروني للقابل حتى دون إرسالها، وهذا ما يستبعد منطقيا في مجال التجارة الالكترونية[71].

ب- الرأي الثاني (تصدير القبول):

وفق هذا الرأي ينعقد العقد في اللحظة التي يصدّر فيه القابل قبوله إلى الموجب- أي إرسال القبول- بأي وسيلة كانت، ولكن قد لا يصل القبول إلى من وجه إليه[72]، فكيف يتصور قيام العقد، إلا أن الواقع العملي خاصة في العقود الالكترونية، يمكن ذلك خاصة في العقود التي يتم فيها القبول بطريق

النقر (click Warp contract)[73]، أو إرسال رسالة الكترونية فتخرج من دائرة السيطرة على إعادتها[74]. ويطلق على هذه النظرية في النظام الانجلوسكسوني بنظرية الإرسال، الصندوق البريدي أو البعث[75].

وقد أخذ بها القضاء الانجليزي، واعتبر عند إرسال الرسالة التقليدية، ودخولها حوزة البريد يؤدي إلى قيام العقد على أساس اعتبار البريد وكيلا عن الموجب في أحد أحكامها[76].

2- النظريتين المتعلقتين بالقبول:

أ- نظرية تسليم القبول:

حسب هذا الرأي ينعقد العقد بمجرد وصول قبول القابل[77] إلى الموجب حتى ولو لم يعلم به[78]، مثلا دخول الرسالة الصندوق البريدي للموجب، كما يعتبر دخول الرسالة كقرينة على العلم، ويجعله نهائيا، وأخذ بهذا الرأي القضاء الألماني[79]، ومجسدة من قبل أحكام التحكيم، واعتبروه كمبدأ[80].

ب- نظرية العلم بالقبول:

إذا ما تم تأسيس على هذا الرأي، يعتبر العقد قد تم في الزمان الذي يعلم فيه الموجب بقبول القابل[81]، ويعتبر الوصول قرينة على علمه بالقبول[82]، وإسقاطا لهذا الرأي في مجال العقود الالكترونية، فالعلم اليقيني يتحقق مباشرة وأثناء التفاعل، أما إذا كان من خلال البريد (e-mail)، فيتحقق العلم لحظة فتح الموجب صندوق البريد الالكتروني الخاص به[83]. وهذا ما ذهب إليه القضاء المصري[84].

ثانياً- موقف التشريعات من التأصيل الفقهي لزمان إبرام العقد الالكتروني:

لم تستقر التشريعات على رأي فقهي واحد، فكل تشريع بما أخذ، فمنهم من أخذ نظرية تصدير القبول، نظرية تسليم القبول، نظرية العلم بالقبول.

1- في التشريعات المقارنة:

لم يقتصر الاهتمام بالعقد الالكتروني على التشريعات الداخلية، بل اهتمت بذلك التشريعات الدولية من خلال الاتفاقيات الدولية التي أبرمت في هذا الشأن، ولذا سوف نتناول التشريعات الدولية ثم التشريعات الداخلية.

أ- في الاتفاقيات والاتفاقات الدولية:

أخذت جلّ الاتفاقيات الدولية في مجال التجارة الالكترونية بنظرية تسليم (تصدير) القبول، حيث أخذت بها كلٌّ من اتّفاقية مبادئ عقود التجارية الدولية[85]، وقانون الاونسترال بشأن قانون التجارة الالكترونية المادة 15 منه[86]، المادة 03 الفقرة من العقد النموذجي الخاصة بالتجارة الالكترونية الصادر في مارس 2000، التوجيه الأوربي رقم 2000-13 الصادر في 08 جوان 2000 الخاص بالتجارة الالكترونية، القرار الصادر عن منظمة المؤتمر الإسلامي رقم 06/03/54، اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع 1980 بالمادة 18 منه، واتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية الأوربية بالمادة 04 الفقرة 03 منها.

ب- في التشريعات الداخلية:

لم تستقر التشريعات الداخلية على رأي واحد فمنها ما أخذت بنظرية الإعلان عن القبول (المشرع الأردني في نص المادة 101 من القانون المدني الأردني). وكذا نظرية تصدير القبول (المشرع السويسري في

المادة 10 الفقرة 01 من قانون الالتزامات السويسري، والقانون الايرلندي، ويميل إليها القانون الانجليزي، ومدونة العقود الأمريكية).

ومنها ما أخذ بنظرية نظرية تسليم(تصدير) القبول (المشرع الفرنسي بنص المادة 1369 بعد تعديل القانون المدني بموجب القانون رقم 2004-575 لتدعيم الثقة في الاقتصاد الرقمي، وهو مقتبس من المادة 11-1-2 من التوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية والمذكور سابقا. القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية في المادة 07 منه، القانون الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 بالمادة 17 منه، وقد اقتبس كلٌّ من المشرّع الأردني والإماراتي المادة 17 من أحكام المادة 15 من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996)، وكذا نظرية العلم بالقبول (المشرع الألماني بنص المادة 110 الفقرة، التي تنص على أن نشوء العقد يكون لحظة علم الموجب الفعلي بالقبول، أو عندما تصبح الرسالة المحتوية على القبول في متناول يده وبإمكانه الاطّلاع عليها).

2- موقف المشرع الجزائري:

لم يحدد المشرع الجزائري زمن قيام العقد في مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، ومنه وجب الرجوع إلى القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدني، فهنا المشرع كيف طبيعة التعاقد على أنه تعاقد بين غائبين، أمّا الزمن فيحدد طبقا لنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري، وهو زمن علم الموجب بقبول القابل.

وقد جاء حكم المشرع الجزائري مسايرا للقانون النموذجي للتجارة الالكترونية الصادر عن الاونسترال في عدم تحديد زمن انعقاد العقد، إلا أن القانون النموذجي حدد بنص المادة 15 بقرتيها منه، فالفقرة الأولى تضمنت الإيجاب الالكتروني، والفقرة الثانية من نفس المادة عرف القبول الالكتروني وحدد صور وقوعه، وهذا ما غاب عن المشرع الجزائري، وليس هذا بالجديد فهو دائما مختصر، ولكن من الاختصار ما يؤثر على المفهوم.

إلا أنّ قواعد الاونسترال بينت وقت انعقاد العقد الالكتروني في العقد النموذجي بشأن المعاملات الالكترونية الصادر عنها في مارس 2000، بنص المادة 03 الفقرة الثانية منه بقولها:" تعتبر المعاملة الالكترونية قد انعقدت بإرسال الرسالة قبولا لإيجاب تم قبوله حسبما هو محدد في البند (3-2-4)"، وبالرجوع إلى المادة 3-2-4 من العقد النموذجي تعرف القبول على أنه: "يعتبر القبول حسبما هو محدد في المبحث 3-2-1 عليه مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا لا غير مشروط لإيجاب خلال التوقيت المحدد"، ومنه زمن انعقاد العقد هو زمن تسلم القبول.

خاتمة:

حسنا فعل المشرع الجزائري بالإقدام على إصدار قانون خاص بالتجارة الالكترونية، ممّا يعمل على تنظيم المعاملات الالكترونية. ويمكن من تنظيم التجارة الالكترونية في الجزائر، وخلق الثقة في المعاملة الالكترونية.

ولخلق إطار قانوني لتنظيم المعاملات التجارية الالكترونية نص المشرع على أحكام خاصة بقيام العقد الالكتروني، كتحديد طبيعة التعاقد بين طرفي العقد الالكتروني، واعتبره تعاقدا بين غائبين، وألزم المشرع المورد الالكتروني بالإدلاء ببعض البيانات لحظة الإعلان عن العرض التجاري، كما ألزمه بإعلام المستهلك أثناء إبرام العقد بالبيانات الأساسية المتعلقة بالعقد، والمعلومات المتعلقة بتنفيذ العقد، حتى يكون المستهلك الالكتروني على بينة.

كما أخرج بعض البيوع من دائرة البيوع الالكترونية، كالبيوع الخاضعة لقاعدة الرسمية، وحسنا فعل المشرع، خاصة أنّ الجزائر لم تقم بتنظيم عملية التوثيق الالكتروني، إلا أنّه يؤخذ على المشرع النقاط الآتية:

1- لم يتطرّق إلى تعريف الإيجاب الالكتروني، وكذا القبول الالكتروني.

2- حبذا لو أنّ المشرع نصّ على وسائل التعبير عن الإرادة،

3- الأخذ بتوصية الاونسترال حول الاعتراف الصريح بالرسائل الالكترونية في النصوص القانونية المتعلقة بالتجارة الالكترونية، وبيان الأثر القانوني لها.

4- لم ينص على الوكيل الالكتروني، ومن ثمّة تحديد الطبيعة القانونية له مما يزيل الغموض.

5- لم يعط الحل القانوني، في حالة التعاقد من عديم الأهلية مع مورد الكتروني حسن النية، وترتيب المسؤولية على ولي عديم الأهلية، ونفس الشيء حالة ناقص الأهلية، لأن الحكم الوارد في نص المادة 10 من القانون المدني، يتعلق بتنازع القوانين من حيث المكان.

6- الأخذ بالحكم الذي تضمنه القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية والمتعلق بزمان الاعتداد بالقبول، وهو زمن وصل وسيلة التعبير الالكتروني إلى الوكيل الالكتروني للمنشئ الموجب.

7- لم يتعرض لمسالة تأخر عدم وصول الرسائل الالكترونية، والأثر المترتب عن ذلك.

8- حبّذا لو أنّ المشرع نصّ على إلزامية الأخذ بوجوب تأكيد القبول حتى يُعتدّ به، تفاديا لغلط المستهلك، ثم حدوث المنازعات واثبات وقوع الغلط.

الهوامش:

(1) أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 177.

* تنص المادة 14 الفقرة الأولى على أن العرض الموجه لشخص أو عدة أشخاص محددين يعتبر إيجابا وكان محددا، أما إذا وجه لشخص أو عدة أشخاص غير محددين فلا يعتبر إلا دعوة للتعاقد.

(3)Arnaud Raynouard, La Formation du contrat éléctronique travaux de l'association henricaptin, editionpantheonassas, Toulouse, 2002, p 20.

(4) علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية التراضي التعبير عن الإرادة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 125.

(5) Vincent Gautrais, Les Principles d' UNIDROIT face au contrat éléctronique. P502. https://ssl.editionsthemis.com/uploaded/revue/article/rjtvol36num2/gautrais.pdfle 10/05/2018.

(6) الياس ناصيف، العقود الدولية العقد الالكتروني في القانون المقارن، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2009، ص 78.

(7) Michel Vivant, les Contrats du commerce éléctronique, Titec libraire de la cour de cassation, Paris, 1999.

(8) علاء محمد الفواعير، العقود الالكترونية التراضي التعبير عن الإرادة دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2014، ص 129.

(9) KamelMehdaoui, La Formation du contrat éléctronique international le formalisme au regard de la convention CNUDCI 2005, université du Québec à Montreal, Mars 2010. P12 . https://archipel.uqam.ca/2932/1/M11359.pdf le 10/05/2018.

(10) المادة 09 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

(11) Kamel Mehdaoui, op.cit, P18.

(12) أسامة أحمد بدر، المرجع السابق، ص 204.

(13) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 96.

(14) المرجع نفسه، ص 96.

(15) المصادقة الإلكترونية حسب رأي بعض الفقهي وسيلة فنية آمنة للتحقق من صحة التوقيع أو المحرر، عن طريق جهة محايدة يطلق عليه مقدم خدمات المصادقة، وتعد سلطات المصادقة إحدى أهم وسائل حماية التوقيع الإلكتروني.

(16).التوثيق الإلكتروني على خلق بيئة إلكترونية آمنة للتعامل عبر الإنترنيت، والتوثيق بهذا المعنى هو أهم الشروط الواجب توافرها لقيام المحرر الإلكتروني ولإعطائه الحجية الواجبة في الإثبات، فإذا كان المحرر التقليدي يقوم على دعامتين اثنين هما الكتابة والتوقيع، فإن مقومات المحرر الإلكتروني هي الكتابة والتوقيع والحفظ والقدرة على الاسترجاع بالحالة التي نشا عليها.

(17).شهادة التصديق الالكتروني: وثيقة تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الالكتروني.

(18) المادة 66 من القانون المدني الجزائري.

(19) سمير برهان، إبرام العقد في عقود التجارة الالكترونية، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها، الطبعة الثانية، طبعة ثانية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2008، ص 80.

(20) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 141 وص 142.

(21) المادة 67 من القانون المدني الجزائري.

(22) Vincent Gautrais, op.cit. P504 .

(23) محمد البنان، العقود الالكترونية، العقود والاتفاقات في التجارة الالكترونية أوراق ندوة عقود التجارة الالكترونية ومنازعاتها، الطبعة الثانية، طبعة ثانية، المنظمة العربية للتنمية الادارية، القاهرة، 2008، ص 33.

(24) عمر سعدالله، قانون التجارة الدولية النظرية المعاصر مصادر قانون التجارة الدولية عقود التجارة الدولية حل نزاعات التجارة الدولية، الطبعة الثانية، دار هومة، الجزائر، 2009.

(25) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 143.

(26) خالد ممدوح إبراهيم،عقود التجارة الإلكترونية،أوراق عمل مؤتمر (التجارة الإلكترونية وأمن المعلومات... الفرص والتحديات)، القاهرة.. الفترة من 16 إلى 20 نوفمبر 2008.
http://www.aladalacenter.com/index.php/2012-10-31-17-26-38/98-2009-12-12-01-25-32/3799-2009-12-12-01-39-08 le 10/03/2018.

(27) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 91.

(28) المادة 60 من القانون المدني الجزائري.

(29) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 87.

(30) بلقاسم حامدي، ابرام العقد الالكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في القانون، تخصص قانون اعمال، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2014-2015، ص59.

(31) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 97.

(32) سمير برهان، المرجع السابق، 71.

(33) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 99.

(34) سمير برهان، المرجع السابق، ص 72.

(35) سمير برهان، المرجع السابق، 73.

(36) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 115.

(37) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 60.

(38) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 153.

(39) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 63.

(40) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 121 و ص 122.

(41) خالد ممدوح إبراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية دراسة مقارنة، المرجع السابق، ص 160.

(42) المادة 05 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

(43) المادة 07 الفقرة 01 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

(44) المادة 07 الفقرة 02 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

(45) المادة 08 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

(46) المادة 10 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

(47) خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 19.

(48) المادة 05 من مشروع القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية الجزائري.

(49) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 168.

(50) المادة 10 الفقرة 01 من القانون المدني الجزائري.

(51) سمير برهان، المرجع السابق، 68.

(52) سمير برهان، المرجع السابق، ص 67.

(53) المرجع نفسه، ص 67.

(54) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 147.

(55) يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية دراسة تحليلية مقارنة، دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 95.

(56) المرجع نفسه، ص 96.

(57) المرجع نفسه، ص وص 104 و 105.

(58) المرجع نفسه، ص 99.

(59) المرجع نفسه، ص 100وص 101.

(60) المرجع نفسه، ص 107 وص 108.

(61) المرجع نفسه، ص 109.

(62) سمير برهان، المرجع السابق، ص 54.

(63) المرجع نفسه، ص 110وص 111.

(64) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 147.

(65) الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 118.

(66) المرجع نفسه، ص 119.

(67) المرجع نفسه، ص 119.

(68) Vincent Gautrais, op.cit. P509 .

(69) علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزامات مصادر الالتزام في القانون المدني الجزائري، الطبعة الثالثة، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1993، ص 34.

(70) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 100.

(71) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 152.

(72) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 34.

(73) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 153.

(74) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 103.

(75)-Vincent Gautrais, op.cit. P508 .

(76) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 104.

(77) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 154.

(78) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 35.

(79) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 105.

(80) القرار التحكيمي الصادر عن محكمة التحكيم التابعة لغرفة التجارة الخارجية لبرلين في القضية رقم 12 لسنة 1976.

(81) علاء محمد الفواعير، المرجع السابق، ص 155.

(82) علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 35.

(83) بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 115.

(84) المرجع نفسه، ص 116.

(85) المادة 06 من اتفاقية العقود التجارية الدولية :"ينتج القبول أثره لدى صدور ما يفيد القبول إلى الموجب...".

(86) المادة 15 الفقرة من القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية :" ما لم يتفق المنشئ المرسل والمرسل اليه على خلاف ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي إرسال رسالة البيانات نيابة عن المنشئ، (بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص 108).