مجلة القانون، المجتمع والسلطة
ISSN: 2253-0266
المجلد: 11 العدد:01 السنة: 2022 ص.ص: 359–382
EISSN: 2600-6219

الوسائل والآليات المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني: دراسة تأصيلية

The Means and Mechanisms Used In Concluding the Electronic Contract: Fundamental Study

مسعودي هشام *
جامعة محمد بوضياف المسيلة؛ الجزائر

تاريخ الإستلام: 2021/05/31 **تاريخ القبول**: 2021/12/21 **تاريخ النشر**: 2022/03/01

ملخص:

يتميز العقد الإلكتروني عن العقد العادي، في وسيلة إبرامه، بداية بصور التعبير عن الإرادة في هذا العقد، وما يثيره من جدال حول قبول الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير وموقف القانون المدني، ولقد خلصت هذه المقالة إلى أنه يجب على المشرع مواكبة التطور في المجال الرقمي، وتوفير كل الوسائل، لتسريع وتيرة التعاقد بين الأفراد أو الهيئات، وإضافة كافة وسائل التعاقد الإلكتروني في التشريع والإلتحاق بنظرائه في التشريع المقارن.

الكلمات المفتاحية: الوسائل ؛ العقد الإلكتروني؛ صور الإرادة؛ تطابق الإرادتين .

Abstract :

The electronic contract is distinguished from the ordinary one, by the mean of concluding it, beginning with the expressions of the will in this contract, and the controversy that it raises about the acceptance of electronic means as a tool of expression and the position of civil law. This article concluded that the legislator must keep pace with the development in the digital field, and provide all means, to speed up the pace of contracting between individuals or bodies, and add all electronic contracting means in

* المؤلف المراسل.

legislation and join its counterparts in comparative legislation.

Keywords: Means; Electronic Contract; Types of Will; Will Compatibility.

مقدمة:

إن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد عادي ولكنه يختلف في جزئية معينة هي وسيلة إبرامه، ويشترط لانعقاده كغيره من العقود توافر التراضي بين طرفيه والمحل والسبب، ولا يبدو أن الفقه قد أوجد شيئا بالنسبة لركني المحل والسبب في العقد الإلكتروني، ولذلك سوف نتناول بعض التفصيل ركن التراضي.

ويتوقف وجود التراضي على تلاقي التعبير عن إرادتين لإبرام العقد، وهو يتوقف بدوره على صدور الإيجاب من قبل الموجب الذي يقابله القبول من قبل من وجه إليه الإيجاب ، وتلاقي هذا القبول بالإيجاب،فإن لم يتلاق التعبير عن الإرادة الذي تتوفر فيه مقومات الإيجاب بالتعبير عن الإرادة الذي تتوفر فيه مقومات القبول، فلن يتحقق التراضي ولن ينعقد العقد.

تكتسي الدراسة أهمية بالغة نظرا لما تعيشه الدول من أوضاع صحية نتيجة انتشار الأمراض الفتاكة،وغلق الحدود الدولية مما يصعب التعاقد عن الطريق التقليدي،سواء بين الأفراد أو بين الأفراد والشركات ،مما يجعل من الضرورة وجود طريقة أخرى للتعاقد وهو ما يوفره العقد الإلكتروني بكافة وسائله

والإشكالية التي نعالجها تتمثل في: ما هي الوسائل التي ينبغي توفرها في العقد الإلكتروني لتتم عملية الإبرام للعقد ؟وهل عالج المشرع الجزائري في نصوص القانون المدني التعاقد بهذه الوسائل؟.

مجلة القانون، المجتمع والسلطة
ISSN: 2253-0266
المجلد: 11 العدد:01 السنة: 2022 ص.ص: 359-382
EISSN: 2600-6219

يهدف البحث إلى تبيان أهم الوسائل والآليات المستخدمة في إبرام العقد الإلكتروني،وتميزه عن العقد التقليدي الورقي ،وإيضاح الطرق الخاصة بالتعبير عن الإرادة في هذا النوع الجديد من العقود الإلكترونية؟مع دراسة كيف عالج المشرع الجزائري في القانون المدني وفي تعديلاته هذه النقطة وهل توقف عندها بإسهاب أو قام بتجاوزها ،وهل النصوص القانونية الموجودة تفي بالغرض أم يجب تعديلها والإضافة حتى تستجيب لنظيرتها في القوانين المقارنة .

استخدمنا المنهج التحليلي الوصفي لأنه الأنسب للإحاطة بالعناصر، وسنقوم بتفكيك كل الجزئيات والقيام بتحليلها ووصفها ثم إعادة تركيبها من جديد مستعينين بأدوات المنهج الوصف التحليل والقياس .

سوف نقوم بمعالجة الموضوع من خلال التطرق في عنوانين رئيسين نتناول في الأول التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني حيث نعالج في عنصرين في العنصر الأول نتطرق لصور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني والعنصر الثاني نخصصه لمشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة أما العنوان الرئيس الثاني فنتعرض لتطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني، حيث سنقف على عنصرين نعالج في العنصر الأول عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني ، أما العنصر الثاني فنتطرق فيه لزمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

المحور الأول: التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

الأصل الذي جاءت به المادة 60 من القانون المدني في القسم الثاني تحت عنوان شروط العقد[1] فيما يخص كيفية تعبير المتعاقدين عن إرادتيهما أن يتم باللفظ أو الكتابة أو

[1] -الأمر 58/75 مؤرخ 1975/09/26 يتعلق بالقانون المدني ،ج ر ،رقم 78 ، السنة12 ،الصادرة 1975/09/30 ،ص . 993 المعدل والمتمم

بالإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه، فحسب هذا النص يصح أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا، كما يمكن أن يكون ضمنيا، سواء كان ذلك إيجابا من أحد المتعاقدين أو قبولا من المتعاقد الآخر [1]،ووضعت المادة 68 فقرة 2 منه، استثناء على هذه القاعدة بنصها على إمكانية أن يكون السكوت الملابس وسيلة للتعبير عن القبول [2]،إلا أن ظهور الوسائل الجديدة للتعبير جعلت التساؤلات تطرح في الآونة الأخيرة حول مشروعيتها في إبرام العقود، وهذا ما يلزم التطرق أولا إلى الصور الجديدة للتعبير عن الإرادة، ثم دراسة مدى مشروعية هذه الوسائل في إبرام العقود ثانيا.

المطلب الأول: صور التعبير عن الإرادة في العقد الإلكتروني

سيتم التطرق إلى صور الإرادة في العقود التي تبرم عن طريق الأنترنت بالنظر لإنتشارها الكبير أولا،ثم تبيان صور التعبير عن الإرادة بالوسائل الأخرى التيلكس والفاكس.

فقرة أولى: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن طريق الأنترنيت.

تنقسم هذه الصور لثلاث فئات،هي التعبير عن الإرادة بواسطة البريد الإلكتروني، وعبر شبكة المواقع، وعبر المحادثة والمشاهدة.

أولا: التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني:إن استخدام تقنية البريد الإلكتروني للتعبير عن الإرادة،بشبكة الأنترنيت كمكتب للبريد، بحيث يستطيع مستخدم الأنترنيت بواسطتها إرسال الرسائل المعبرة عن إرادته في إبرام العقد إلى أي شخص له بريد إلكتروني،

[1] -علي فيلالي ، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد،(الجزائر: مطبعة الكاهنة ، 1997)، ص . 84.
أ/ لحلو غنيمة، محاضرات في القانون المدني، مطبوعة مقدمة لطلبة القضاء، الدفعة الرابعة عشر بالمعهد الوطني للقضاء الجزائر، السنة الأولى، 2003-2004،ص . 23.

[2] – المادة 68 من القانون المدني، المرجع السابق ،ص . 993..

كما يمكنه تلقي الرسائل المعبرة عن إرادة من أي مستخدم آخر للأنترنيت، ولا يستغرق إرسال الرسالة واستقبالها سوى بضعة ثواني، ويشترط في من يريد التعاقد بهذه الوسيلة أن يكون لديه برنامج للبريد الإلكتروني يدرج ضمن البرامج التي يحتويها جهاز الكمبيوتر الخاص به، وأن يتبع الخطوات ليصبح متمتعا بهذه الخدمة،وتتم هذه العملية بكتابة عنوان المرسل إليه في الخانة المخصصة ثم كتابة موضوع الرسالة ثم الضغط على أمر الإرسال[1]،وبهذا النظام يتواصل شخصين دون أن يلتقيا فعليا ،وبهذا يكون البريد الإلكتروني،سوى اقتراب كبير من جهاز التيلكس،الذي يكون الإتصال فيه والرد بواسطة الكتابة وفي وقت متقارب جدا [2].

ثانيا: التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع: خدمة الويب،أو شبكة المعلومات ،تمكن زيارة مختلف المواقع على شبكة الأنترنيت، وتصفح ما فيها من صفحات للوصول لمعلومات معينة لإبرام عقد مع أحد التجار الذي يعرض منتوجاته عليها ،لكل من هذه المواقع عنوان خاص يقوم مقام العنوان العادي أو رقم الهاتف، ولزيارة أحد هذه المواقع نحرر هذا العنوان، للدخول للموقع،وتظهر الصفحة الرئيسية له،ومن خلالها الوصول للصفحات الأخرى والتي يرغب الزائر في الحصول على معلومات أو التعاقد حول مختلف السلع والخدمات المعروضة عليها[3].

[1] – أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنيت،(مصر: دار الكتب القانونية ، 2002)، ص . 8 ص . 9.

[2] – القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية. (16 12, 1996). قرار الجمعية العامة الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحد للقانون التجاري قرار رقم 162/51 الدورة 51 البند 148 من جدول أعمال بناءا على تقرير اللجنة06 628/51 تناول تعريفا يقترب فيه من مفهوم التعبير عن الإرادة عبر البريد الإلكتروني، حيث نصت الفقرة 2 فقرة "ب" أن التبادل والتعبير الإلكتروني يشمل أية وسيلة إبلاغ إلكترونية مثل إرسال البيانات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر في شكل قياسي واحد عبر البريد الإلكتروني.

[3] – أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص . 9 .

ويتم التعبير عن الإيجاب أو القبول في الموقع بالكتابة، وببعض الإشارات والرموز المتعارف عليها في الشبكة، فهناك إشارات تدل على الرضا (وجه مبتسم) وهناك إشارات تدل على الرفض (وجه غاضب) وهذه الإشارات لا تخرج عن معناها التقليدي إلا أنها صادرة عن جهاز كمبيوتر ولكنها تعبر عن إرادة الموجب له وليس عن إرادة الكمبيوتر لأنه أداة صماء، كما أن التعبير عن الإرادة عبر شبكة المواقع يمكن أن يمتد ليشمل المبادلة الفعلية الدالة على التراضي[1].

ثالثا: التعبير عن الإرادة عبر وسائل المحادثة والمشاهدة المباشرة.:الحديث عبر شبكة الأنترنت يمكن يكون عبارة عن تبادل رسائل مقسمة على الشاشة، كما يتضمن تبادلا مباشرا للكلام،وقد يتطور لوجود كاميرات فيديو، فيصبح حديثا بالمشاهدة الكاملة،ونلاحظ هنا أن التعبير يمكن أن يكون بالكتابة أو الكلام المباشر أو بالإشارة أو بالمبادلة عن طريق بطاقات الإئتمان، وكما يكون تعبيرا صريحا أو يكون ضمنيا،ونكون أمام مجلس عقد إفتراضي على أساس أن المتعاقدين يشاهدون ويسمعون بعضهم مباشرة إلا إذا كان السكوت على الشاشة لفائدة من وجه إليه الإيجاب أو كان هناك تعامل سابق بين الطرفين اتصل الإيجاب بهذا التعامل[2].

الفقرة الثانية: صور التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية الأخرى

نقتصر في هذه الدراسة على وسيلتين من الوسائل التعاقد الإلكتروني وهما التيلكس والفاكس.

[1] – أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة ، (عمان ، الأردن: المكتبة القانونية ، 2002) ، ص . 47.

[2] – أحمد خالد العجولي ، المرجع نفسه، ص . 48.

أولا: التعبير عن الإرادة بواسطة التيلكس.يعتبر جهازا لإرسال المعلوماتض بطباعتها وإرسالها مباشرة، وعدم وجود فارق زمني بين المرسل والمستقبل إلا إذا تم الإرسال ولم يكن هناك من يرد في نفس الوقت،ويكون التعبير عن الإرادة عبر التيلكس بالكتابة، دون غيرها من وسائل الإتصال الفوري.

ثانيا: التعبير عن الإرادة بواسطة الفاكس:هو جهاز استنساخ بالهاتف يتم نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها،فتظهر على جهاز فاكس آخر لدى المستقبل، ويلاحظ هنا الفارق الزمني للرد على المرسل [1]،ويتميز هذا الجهاز بسرعة وصول المستندات وسهولة الإستعمال،ويمكن أن يكون التعاقد عبر الأنترنت مطابقا للتعاقد عبر الفاكس إذا كان إرسال المستندات عن طريق الكمبيوتر، ويكمن الفرق بين الأنترنت عن الفاكس في أن التعبير عن الإرادة يكون في الأول فوريا ومباشرا دون الحاجة إلى فاصل زمني بين الإيجاب والقبول.[2].

المطلب الثاني: مشروعية الوسائل الإلكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة

إن استغلال وسائل تقنية للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود والتصرفات القانونية بين شخصين غائبين مكانا،تثير التساؤلات حول اعتراف القانون المدني بهذه الوسائل الجديدة

[1] – أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنيت، دراسة مقارنة ،المرجع نفسه، ص . 49.

[2] –أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص . 49. ،وقد نصت المادة 2 من قانون الأونسيترال الفقرة "أ" ،المرجع السابق ،على أنه: "يراد بمصطلح رسالة بيانات المعلومات التي يمكن إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق ، أو التيلكس أو النسخ البرقي"، فهذه المادة قد نصت صراحة إلى إمكانية نقل رسائل البيانات بواسطة التلكس والفاكس.

للتعبير عن الإيجاب والقبول وبناء عناصر التعاقد [1]،مما جعل الفقه ينقسم في الدول التي تعتمد النظم في التعبير عن الإرادة إلى رأيين أولهما يقر بمشروعية هذه الوسائل ،والثاني يرفض ذلك،وسيتم التعرض لهذين الرأيين فيما يلي :

الفقرة الأولى: المؤيدون لمشروعية الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة: يعتقد أصحاب هذا الرأي [2] أنه رغم أن القانون المدني لا يتضمن نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية،فإن مشروعية التعاقد يمكن استخلاصها من القواعد العامة في القانون المدني ومنها:

1- الأصل في التعاقد حرية التراضي[3] طبقا المادة 60 من القانون المدني التي تعطي المتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتهما، ولا مانع لامتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية،وبما أنه أصبح للكتابة في الشكل الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني، من خلال نصي المادتين 323 مكرر1 [4]و327 فقرة 2، فالأولى أن تجد لها موقعا في انعقاد العقد.

2- نص المادة 64 من القانون المدني بأنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب

[1] – يونس عرب،(حجية الإثبات بالمستخرجات الإلكترونية في القضايا المصرفية،مسائل وتحديات الإثبات الإلكتروني في المسائل المدنية والتجارية والمصرفية، الجزء 1 ،المكتبة القانونية العربية ،تاريخ النشر 2017/09/01)مقال منشور على موقع https://www.bibliotdroit.com/2017/09/blog-post_49.html
تاريخ تصفح الموقع في 2020/02/05

[2] –أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص .20 ص . 21

[3] –علي فيلالي،، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد،(الجزائر: مطبعة الكاهنة ، 1997)، ص . 81.

[4] –الأمر 58/75 مؤرخ 1975/09/26 يتضمن القانون المدني معدل ومتتم بالقانون 10/05 مؤرخ 20 يونيو 2005 ،ج ر ،رقم 44 ،صادرة 2005/09/26، ص . 24.

فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل"، فاستنادا لعبارة "بأي طريق مماثل" تشير إلى أية وسيلة تقترب فنيا من الهاتف،ولذلك النص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الإلكترونية خاصة الأنترنت كون الإتصال يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية، وإن الطرق الإلكترونية الأخرى للتعبير عن الإرادة كالبريد الإلكتروني أو الفاكس تشبه أيضا الطرق التقليدية للتعاقد مثل المراسلة.

3-الفقرة الأخيرة المادة 60 تنص بأنه "يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا "،تفتح المجال لأساليب التعاقد الإلكتروني،حيث أن قيام أي فرد بعرض موقع دائم وثابت له على شبكة الأنترنت يعني أن يقصد اتخاذ مسلك وطريق يشير ويعلن فيه إلى الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه[1].

الفقرة الثانية: الرافضون لمشروعية الوسائل الإلكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة

إن هذا الإتجاه يرفض الإعتراف بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة وتبريرا لموقفه يقدم الحجج التالية:

1- إن القانون المدني بأحكامه لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة ولا يجب تفسير نصوصه، خاصة منها المادة 64 فقرة 2 المتعلقة بالتعاقد عبر الهاتف أو أية وسيلة متشابهة تفسيرا واسعا،فلو أراد المشرع اعتمادها لنص عليها صراحة كما فعلت التشريعات المقارنة.

2- إن استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير لا يخلو من المخاطر،كونها لا تسمح من توثق كل طرف من وجود وصفة الطرف الآخر الذي رضا التعاقد معه فعلا،لأن التعاقد

[1] -احمد خالد العجولي، المرجع السابق،ص . 22.

يتميز بالإفتراضية واللامادية ،فلا أحد يضمن لمستخدم شبكة الانترنيت بأن ما وصله إنما جاءت من هذا الموقع، ولا أحد يضمن له حقيقة الموقع ووجوده على الشبكة،خاصة مع تنامي اختراق المواقع والأنشطة الإجرامية [1].

3- إعتداد القانون المدني في مادته 323 مكرر1 بالكتابة في الشكل الإلكتروني في الإثبات لا يعني أنه يقر بها كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين،فهي خاصة فقط بالإثبات، فكتابة بنود عقد على دعامة إلكترونية وحفظ نسخة منه لا يعني أن المشرع أعطي الشرعية لهذه الوسائل ،رغم قوة حجج الرأي الأول الذي يؤيد قبول القانون المدني بصيغته الحالية للوسائل الإلكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة استنادا للقواعد العامة لإبرام العقود خاصة منها مبدأ الرضائية،إلا أنه يبقى عدم الإعتراف الصريح لهذا القانون لشرعية هذا النمط للتعبير عن الإرادة من ناحية،وعدم تنظيمه بالشكل الكافي من ناحية أخرى.

وحث القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء للاعتراف الصريح في قوانينها على قبول الوسائل الإلكترونية **"رسائل البيانات"** في التعبير عن الإرادة وتنظيمها،إذ نصت المادة 11 أنه: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات عن العرض وقبول العرض،وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين عقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

واعترفت التشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة ونظمتها لتضاف للصور التقليدية المعروفة [1].

[1] – يونس عرب، "معوقات التجارة الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لمواجهتها – دراسة مقارنة" ،مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية،رقم العدد 02 ،السنة 09 ،(كلية الحقوق والعلوم السياسية ،سوريا :2017) ،ص . 677.

ISSN: 2253-0266 مجلة القانون، المجتمع والسلطة
EISSN: 2600-6219 المجلد: 11 العدد:01 السنة: 2022 ص.ص: 359-382

المحور الثاني: تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.

لينعقد العقد لابد أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين يعقبه قبول من المتعاقد الآخر،وأن يقترنا ويرتبط بهذه المسائل،مسألة مكان وزمان إقترانهما، والتي لها مكانتها الهامة والمتميزة في العقود المبرمة بالوسائل الإلكترونية،وهذا ما سيتم دراسته

المطلب الأول: عناصر تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني

يتم تطابق الإرادتين بصدور الإيجاب واقترانه بقبول موافق له صادر من المتعاقد الذي وجه له.

الفقرة الأولى: الإيجاب في العقد الإلكتروني :يعرف بأنه العرض الذي يتقدم به الشخص ليعبر به على وجه الجزم عن إرادته في إبرام عقد معين، فينعقد هذا العقد بمجرد صدور القبول[2]،وحينئذ يكون التعبير إيجابا متى توفر شرطان أن يكون التعبير دقيقا ومحددا

[1] – القانون التونسي المتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية مؤرخ 2000/08/09 ج ر ، رقم 83،الصادرة (11 أوت 2000،) في المادة 5 منه التي تنص: "تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل إلكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك.

لمقاصد هذه المادة لا يعتبر اتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل إلكترونية ملزما لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل".،وكان آخر نص سن في هذا المجال هو التعديل الذي شهده القانون المدني الفرنسي بالأمر الرئاسي رقم 674/2005 الصادر في 16 جوان 2005 حيث تنص المادة 1369-1

" La voie électronique peut être utilisée pour mettre à disposition des conditions contractuelles ou des informations sur des biens ou services".

وتنص المادة 1369-2 على أنه

" Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen".

إن هذه المواد ربطت التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية باتفاق طرفي العقد على استعمالها، فإن لم يتفق على ذلك لا تقوم العلاقة التعاقدية أصلا.

[2] – علي فيلالي،، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، المرجع السابق، ص91.

وأن يكون باتا،فإذا نظرنا إلى صور الإيجاب عبر شبكة الأنترنيت نجد أنه إما أن يكون إيجابا عبر البريد الإلكتروني،وإما إيجابا على صفحات الويب وإما إيجابا عن طريق المحادثة والمشاهدة.

أولا: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني: الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول: ويكون موجها غالبا من شخص لآخر تحديدا فنكون أمام حالة تنطبق مع حالة الإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد العادي، فيكون الموجب بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة ،ونصت المادة 63 من القانون المدني[1]، فإذا كان إيجابا غير ملزم فإنه يمكن أن يتم به العقد متى كان باتا وجازما.

الإيجاب عبر البريد الإلكتروني في حالة الإتصال بالكتابة مباشرة: هنا يقترب الإيجاب بالإيجاب عبر التلكس الذي يوفر الإتصال المباشر في إيجابه وقبوله،حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب، وهنا نكون أقرب إلى مجلس العقد، ولا نخرج من القاعدة المادة 64 من القانون المدني إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا....." ، ويكون تحلل الموجب من إيجابه في هذه الحالة بأي فعل أو قول يدل على الإعتراض الذي يبطل الإيجاب، ونتصور أثناء تبادل الإيجاب عبر البريد الإلكتروني يقوم الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشارة إلى أنه انتقل إلى موقع غير موقع الموجب فيكون الموجب له قد قام بفعل قد دل على الإعتراض فأبطل الإيجاب [2].

[1] –تنص المادة 63 من القانون المدني على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجلّ .وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال، أو من طبيعة المعاملة.

[2] –أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص . 72.

ثانيا: الإيجاب عبر شبكة المواقع: لا يختلف عن الإيجاب الصادر عبر المجلات والقنوات التلفزيونية المخصصة بعرض السلع وتوصيلها إلى المنازل[1]،ويتميز بأنه مستمر على مدار الساعة ويكون موجها إلى الجمهور عامة بالإعلان والإشهار لبيع السلع وتقديم الخدمات المتوفرة، وعادة يكون محددا بزمن،أو معلقا على شرط عدم نفاذ السلعة، وهذا الشرط راجع لطبيعة هذا الإيجاب في حد ذاته كونه موجه إلى الجمهور وخاصة منهم المتواجدين على شبكة الأنترنيت، لذلك إحتمال نفاذ هذه السلعة أمر وارد نظرا لكثرة عدد الأفراد الموجه إليهم هذا الإيجاب مما يتسبب بورود طلبات على السلعة أو الخدمة التي تعرضها بما يفوق قدرة المنتج أو البائع على توريد السلعة مهما كان مقدور مخزونها لديه، مما قد يتطلب منه العمل أكثر ولمدة زمنية قد تطول من أجل الوفاء بإيجابه [2].

ويستند هذا الرأي على اشتراط المواقع على شبكة الأنترنيت تأكيد الزبون قبوله للعقد عن طريق الضغط مرتين أو أكثر على الزر الخاص بالموافقة، المتواجد على لوحة مفاتيح، وذلك للتأكد من أن موافقة الزبون على العقد لم يأتي عن طريق الخطأ،في حين يرى جانب من الفقه، أن الإعلانات عن السلع والخدمات عبر الأنترنيت هي إيجاب غير ملزم، أي دعوى للتعاقد، إلا إذا نص الإعلان ذاته على خلاف ذلك [3].

[1] – أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص . 73.

[2] –وحرصت الفقرة 5 من البند 4 من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية بين التجار والمستهلكين الصادر عن غرفة التجارة والصناعة لباريس بالنص على ضرورة مدى توفر السلعة أو الخدمة. راجع أسامة ابو الحسن مجاهد، ا، التعاقد عبر الأنترنيت،(مصر: دار الكتب القانونية ، 2002)، ص . 72 ص . 73.

-Michel Vivant, les contrats du commerce électronique, (Litec librairie de le cour de cassation, Paris;1999) ; p.135.

[3] – أخذ به قانون أونستيرال في المادة..." تمثل رسالة البيانات إيجابا إذا تضمن إيجابا مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ماداموا معروفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".

ونؤيد الرأي الأول فيما ذهب إليه، في تكييف الإعلان على شبكة الأنترنيت على أن له مقومات الإيجاب إذا تضمن المسائل الجوهرية في التعاقد، وعدم تعرض التعبير لما ينفي نية الإرتباط بالتعاقد،إذ أن توجيه الإيجاب للجمهور لا يؤثر على تكييف الإعلان بأنه إيجاب، طالما أنه يحتمل أن يصدر قبولا من أي شخص فينعقد العقد، باستثناء العقود التي يكون فيها شخص المتعاقد معه محل اعتبار.

ثالثا: الإيجاب عبر المحادثة أوالمشاهدة المباشرة:يستطيع المتعامل على شبكة الأنترنيت أن يرى المتصل معه على الشبكة ويتحدث معه، عن طريق كاميرا توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين،فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف تقليدي أو هاتف مرئي، فنكون أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحد ،يقترب من المجلس الحقيقي،وينطبق هذا النوع من الإيجاب القواعد العامة في التعاقد بين حاضرين زمانا المنصوص عليها في المادة 64 من القانون المدني، وهو ما يسمى بالإيجاب القائم وغير الملزم، وفي هذه الحالة فإن صدور قبول قبل انفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد[1].

الفقرة الثانية: القبول في العقد الإلكتروني:يعرف أنه الرد الإيجابي على الإيجاب من طرف الموجب له[2] أو هو التعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب في إبرام العقد على أساس هذا الإيجاب [3]،وهو العنصر الثاني في العقد، ولينتج القبول أثرا في انعقاد العقد أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه، وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب اعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا إلا في حالة الإتفاق الجزئي، الذي نصت عليه المادة 69 من القانون المدني والذي يكون منشئا للعقد إذا توافرت شروطه،وعالجت في نفس

[1] – أحمد خالد العجولي ، المرجع السابق، ص . 74.
[2] – على فيلالي ، المرجع السابق، ص . 96.
[3] – أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص . 79.

الوقت المادة 68 من القانون المدني مسألة مدى اعتبار السكوت قبولا، وهي المسائل التي سوف نتناولها بما لها من خصوصية في العقد الإلكتروني.

أولا: الطرق الخاصة بالقبول في العقد الإلكتروني:فتكون طرق القبول في العقود التي تبرم بالوسائل الإلكترونية بنفس طرق الإيجاب فيها المذكورة أعلاه، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم بواسطة التيلكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الإلكتروني بالكتابة، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في وسيلتها،وتكون صور التعبير عن القبول في العقود التي تبرم بواسطة المشاهدة والمحادثة عبر الأنترنيت باللفظ أو بالإشارة المتداولة عرفا،وهذا لا يمنع أن يتم القبول بطريق إلكتروني غير الطريق الذي صدر الإيجاب بواسطته، كأن يصدر الإيجاب بواسطة البريد الإلكتروني فيكون القبول بواسطة الفاكس أو العكس[1].

1- التعبير عن القبول على شبكة الويب: يثور المشكل بالنسبة للتعبير عن القبول في العقود التي تبرم عن طريق شبكة المواقع أو الويب ، وبصفة خاصة مسألة اعتبار ملامسة من وجه إليه الإيجاب لأيقونة"القبول"أي أن الضغط عليها مرة واحدة كافية للتعبير عن القبول تعبيرا صحيحا ومعتد به قانونا ؟ في الحقيقة انقسم الفقه إلى قسمين إذ يرى جانب أنه لا يوجد ما يحول من الناحية القانونية دون ذلك في كل الأحوال مادام الموجه له الإيجاب الخيار في الخروج من الموقع ورفض التعاقد، في حين يرى جانب آخر من الفقه أنه يجب لقبول هذا التعبير أن يثبت الموجب بأن موقعه قد أتاح الفرصة للمستخدم لقراءة شروط هذا العقد[2].

[1] - نايت أعمر علي ،الملكية الفكرية في إطار التجارة الإلكترونية ،رسالة ماجستير تخصص القانون فرع القانون الدولي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة مولود معمري تيزي وزو، الجزائر ،2014 ، ص . 51.

إلا أن القضاء الفرنسي لم يقتنع بصحة هذا القبول بواسطة اللمس أو الضغط على أيقونة القبول إلا إذا كان حاسما،وذلك بأن تتضمن عبارات التعاقد رسالة القبول نهائيا من أجل تجنب أخطاء اليد ،أثناء العمل على الجهاز، مثل هل تؤكد القبول؟ والإجابة على ذلك بنعم أو بلا، بحيث يتم التعبير عن القبول بلمستين،وليس بلمسة واحدة تأكيدا لتصميم من وجه الإيجاب إليه على قبوله[1]،كما هناك عديد من التقنيات التي تسمح بتأكيد رغبة المتعاقد في القبول، مثل بطاقة الطلبات أو وثيقة الأمر بالشراء يتعين على الموجه إليه الإيجاب تحريرها على الشاشة وهو بذلك يؤكد سلوكه الإيجابي في هذا الشأن أو تأكيد الأمر بالشراء عن طريق إرساله من طرف الموجه اليه الإيجاب الى موقع الموجب[2].

لكن الفقه أثار جدية مسألة القيمة القانونية لهذا التأكيد للقبول، فإما أن يكون القبول قد تم قبل التأكيد،ويرى الأستاذ أسامة أبو الحسن مجاهد أن الإجابة على هذا التساؤل تستخلص من خلال تفاصيل البرنامج المعلوماتي الذي يتم التعاقد من خلاله[3].

[1]-محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي. (مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005)، ص . 18

[2] – اشترطت عدة قوانين إرسال وثيقة الأمر بالشراء من قبل المتعاقد لتأكيده عن القبول منها التوجيه الأوروبي رقم EC 2000/31 / للبرلمان الأوروبي والمجلس الأوروبي الصادر في 8 جوان / يونيه 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات ، ولا سيما التجارة الإلكترونية ، في السوق الداخلية ("توجيه بشأن التجارة الإلكترونية" الجريدة الرسمية من المجتمعات الأوروبية ISSN 0378-7060إل 178 السنة 43 الصادرة في17 يوليو 2000 في مادته 11 -01 التي اشترطت إرسال إشعار بالوصول يحتوي على جميع المعلومات الواردة في العقد عبر الجهات الموثقية باستعمال الطريق الالكتروني

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX:32000L0031
http://data.europa.eu/eli/dir/2000/31/oj

[3] – أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص . 86 **Error! Reference source not found.Error! Reference source not found.Error! Reference source not found.**

2-التعبير عن القبول في المعاملات الالكترونية المؤتمتة: هي تلك المعاملات التي لا تقبل التدخل البشري فيها، إنما تتم عن طريق برامج الكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة معينة وهذه البرامج مزودة بمعلومات محددة، بما هو مسند إليها بمجرد تلقي الأمر بذلك، ومثالها قيام شخص بمخاطبة آخر عن طريق شبكة web من أجل شراء عدد معين من السيارات من أحد المعارض وكان المعرض يتعامل بحاسوب آلي بحيث يرد على الزبائن بمجرد تلقي الطلب الخاص بنوع السيارة فيذكر السعر واللون وكيفية الاستلام، وفي حالة تحديد الزبون لطلبه، يقوم البرنامج بمخاطبته بقبول الشراء و إبرام عقد البيع[1].

يتضح من المثال أن التعبير عن القبول تم عن طريق الحاسوب الآلي المزود بمعلومات محددة وبرامج خاصة قادرة على إنجاز المعاملة بمجرد أن يطلب منها ذلك دون تدخل بشري،ويترتب على هذا القبول كافة الآثار القانونية المترتبة على القبول الصادر عن الأفراد ،إن مرد ذلك يرجع إلى أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الواجب عليه الإيجاب هو الذي يمتلك النظام الالكتروني الذي تم من خلاله التعبير عن قبوله من جهة وأنه هو الذي قام ببرمجة هذا النظام بشكل جعله يرسل الرسائل المعبرة عن قبول ذلك الشخص بحسب إرادته[2]،إلا أن الفقه يرى بأن سريان هذا التصرف في حق الموجب يفترض إثبات علمه بأن القبول صدر عن طريق النظام الالكتروني المؤتمت أو يفترض أنه كان يجب عليه أن يعلم بأن العقد أو المعاملة سوف تبرم بهذه الوسيلة[3].

[1] – عبد الفتاح بيومي حجازي ، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا،الكتاب الأول ،(مصر: دار الفكر الجامعي ، 2002)، ص . 232 .

[2] –عبد الفتاح بيومي حجازي، نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، المرجع نفسه، ص . 233 .

[3] – القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قرار رقم 162/51 الدورة 51 البند 148 من جدول أعمال بناءا على تقرير اللجنة06 628/51الصادر (16 12, 1996). قرار الجمعية العامة الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحد للقانون

3–مدى اعتبار التحميل عن بعد تعبيرا عن القبول: يثور التساؤل حول اعتبار التحميل عن بعد [1] لأحد برامج الكمبيوتر صورة من صور القبول بحيث يترتب به انعقاد العقد، ومثاله العملي عرض إحدى الشركات على مستعمل الأنترنيت أن يتعاقد على الخط أي على الشبكة نفسها على أحد برامجها وتنبهه في نفس الوقت أنه إذا ضغط على أيقونة Accepter فإنه يعد قابلا لشروط استعمال البرنامج ففي مثل هذه الحالة يكون الضغط على أيقونة القبول وسيلة قانونية للتعبير عن القبول إذا اتضح منها إرادته الجازمة في التعاقد، أما مسألة عدم علمه المسبق ببعض الشروط العقدية فينبغي أن تواجه وفقا لما استقر عليه الأمر بشأن هذه المشكلة بصفة عامة [2].

ثانيا: السكوت الملابس كوسيلة للتعبير عن القبول في العقود الإلكترونية تنص المادة 68 من القانون المدني على أنه:" إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب،ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاملين، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه".

التجاريفي المادة 13 فقرة 02 ب: في العلاقة بين المنشئ و المرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشأ إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا.

[1] – أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص 88 و89

[2] "–يونس عرب ،منازعات التجارة الإلكترونية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة"، في مؤتمر : التجارة الإلكترونية الجهة المنظمة منظمة الاسكوا /الأمم المتحدة مكان الانعقاد 2000 بيروت – لبنان،ص . 102،تاريخ الانعقاد8–10 تشرين الثاني ،تاريخ النشر 2011/05/05 ،تم تصفح موقع في 2020/06/04
http://maraji3-elondy.blogspot.com/2011/05/blog-post_5108.html

وتعد هذه الحالة استثنائية بخصوص التعبير عن الإرادة، فالأصل هو أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا، ولا يعتبر الساكت معبرا عن إرادته إلا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه كما أشارت إلى ذلك المادة المذكورة، و نورد فيما يلي مدى ملائمة مختلف الحالات التي يكون فيها السكوت تعبيرا عن القبول في العقود التي تبرم بالوسائل الالكترونية فيما يلي:

1-مصلحة من وجه إليه الإيجاب : إذا تمخض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، فهي عمل من أعمال التبرع دون أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب، وهو تصرف غير مألوف على الأنترنيت كون أغلب العقود التي تبرم بهذا الشكل هي عقود تجارية.

2-التعامل السابق:هي الحالة التي تصادفنا كثيرا في التعاقد عبر الأنترنيت، ومثالها اعتياد الزبون على شراء بعض السلع من أحد المتاجر الإفتراضية سواء بالبريد الإلكتروني أو عن طريق صفحات الويب،وهذه الحالة تعد من الحالات النموذجية للتعاقد السابق، وبالتالي يعد هنا السكوت في الرد قبولا،لكن ورغم وجود العلاقة السابقة بين الطرفين لا يمكن اعتبار سكوت من وجه إليه الإيجاب بواسطة رسالة إلكترونية متضمنة عدم الرد خلال مدة زمنية معينة بمثابة قبول، بل يجب أن يقترن بهذا السكوت وهذا التعامل السابق ظرف آخر يرجح دلالة السكوت على قبول الزبون للتعاقد[1].

المطلب الثاني: زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الإلكتروني.إذا كان التعاقد بالوسائل الإلكترونية يميزه بصفة أساسية التباعد المكاني بين طرفيه، فإن التساؤل عن اللحظة التي يبرم

[1] – أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص . 87.

فيها ومكان انعقاده يبدو سؤالا مشروعا، وبصفة خاصة لما للإجابة عليه من نتائج عملية هامة[1].

الفقرة الأولى: زمان انعقاد العقد الإلكتروني إن دراسة زمان انعقاد العقد الإلكتروني تقودنا للتطرق إلى تكييف العلاقة العقدية التي تتم بالوسائل الإلكترونية من حيث أنها تعاقد بين حاضرين أو غائبين، ثم نقوم بتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكتروني وفقا للقواعد الواردة في القانون المدني.

أولا: تكييف العقد الالكتروني فيما إذا كان تعاقد بين حاضرين أم غائبين هناك من الفقهاء من يعتد بمعيار الزمن للتمييز بين التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين، ففي الحالة الأولى تنمحي الفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به، فالموجب يعلم بالقبول في الوقت الذي يصدر فيه،أما في التعاقد بين الغائبين فإن هناك فترة زمنية ملحوظة تفصل بين وقت صدور القبول وعلم الموجب به ،وهناك من الفقهاء من يرى أن معيار الزمن ليس مانعا ولا جامعا، فالزمن ليس هو العنصر الوحيد الذي يميز التعاقد بين الغائبين عن التعاقد بين الحاضرين، بل أن هناك ثلاثة عناصر مجتمعة، وهي عنصر الزمن وعنصر المكان وعنصر الإنشغال بشؤون العقد[2]، وإذا رجعنا إلى التعاقد الإلكتروني .

ثانيا: تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد في المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أنه: "يعتبر

[1] أخذ المشرع بنظرية الوحدة أو التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمان هذا الانعقاد في المادة 67 منه،-مُحَمَّد حسن قاسم،التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، (مصر: دار الجامعة الجديدة للنشر، 2005)، ص . 91

75 -علي فيلالي، المرجع السابق،ص 103 و104.

[2] أ/ أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص 89

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 "[1]،وهذا يقتضي أن يطلع الموجب على الرسالة المتضمنة للقبول، ويعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق أو توافق الإرادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر، فالأخذ بهذه النظرية يؤجل الآثار المترتبة على القبول مما يوفر فرصا إضافية للموجب له للتراجع عن قبوله، ويعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات العلم بالقبول، خاصة بالنسبة للتعاقدات التي تتم بالوسائل الإلكترونية[2].

وتطبيقا لهذه النظرية بشأن العقود المبرمة بالبريد الإلكتروني أو الفاكس، يمكن القول بأن العقد ينعقد في هذه الحالة في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بفتح صندوق بريده الإلكتروني،والإطلاع على رسالة القابل، أي تحققه من قبول الأخير بالإيجاب المعروض عليه، أو في حالة وصول الرسالة إلى جهاز الفاكس المرسل إليه والإطلاع عليها من قبل الموجب في حالة التعاقد عبر الفاكس [3].

[1] – مُحَّد حسن قاسم، التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوربي، المرجع السابق، ص . 78 ص .79.

[2] –علي فيلالي، المرجع السابق، ص . 106.

[3] -القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية. (الأونسيترال) (16 12, 1996). قرار الجمعية العامة الذي اعتمدته لجنة الأمم المتحدةد للقانون التجاري قرار رقم 162/51 الدورة 51 البند 148 من جدول أعمال بناءا على تقرير اللجنة06 628/51 ، فقد نظم مسألة تحديد زمن وصول الرسالة الإلكترونية في المادة 15

.مُحَّد فاروق الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الأنترنيت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية الدولية، (الإسكندرية ،مصر ،دار الجامعة الجديدة للنشر، 2002)، ص . 63.

لكننا نخالف هذا الرأي كون القاعدة التي جاءت بها المادة 67 من القانون المدني قرينة بسيطة يمكن للموجب أن يثبت أنه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق، كما أن لهذه القاعدة صبغة تكميلية، الأمر الذي يسمح للمتعاقدين أن يتفقا على مخالفتها، كأن يتفقا على أن يتم العقد وقت صدور القبول مثلا [1].

الفقرة الثانية: مكان انعقاد العقد الإلكتروني :إن تحديد مكان انعقاد العقد له أهمية من حيث تحديد القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص بالمنازعات، وتزداد الأهمية في العقود الإلكترونية التي تبرم عبر شبكات الأنترنيت،نظرا للطابع غير المادي والعالمي الذي يميز هذه الوسائل في التعاقد، مما يجعل القواعد التي تحكم هذه المسألة في القانون المدني محل تساؤل كثير من الفقهاء حول إمكانية تطبيقها على هذه العقود، لذا ستتم دراسة مكان انعقاد العقد الإلكتروني في النقطتين التاليتين:

أولا: تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني: تنص المادة 67 من القانون المدني أنه: "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".

إن هذا النص وضع قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك،إن تطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل الوثائق والخطابات المكتوبة يبدو سهلا نظرا للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين، في حين أن تطبيقها على العقود الإلكترونية يثير التساؤلات، كون

[1] – علي فيلالي، المرجع السابق، ص . 106،ص . 107.

تركيز هذا العقد في دولة معينة أمرا صعب التحقيق، نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الأنترنيت من جهة، وعن الطبيعة غير المادية لهذه الوسيلة في التعاقد، لاحتوائها على عدد هائل من المواقع الإفتراضية من جهة أخرى.[1]

ثانيا: القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية:نصت المادة 18 المعدلة من القانون المدني أنه: "يسري على الإلتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد ،وفي حالة عدم إمكان ذلك، يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة، وفي حالة عدم ذلك يطبق قانون محل إبرام العقد ،غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه".

يتضح أن المشرع قد بنى قاعدة الإسناد على ثلاثة ضوابط، أحدها قانون إرادة المتعاقدين، وآخران احتياطيان، وهما قانون الموطن المشترك والجنسية المشتركة وقانون محل إبرام العقد [2]،واشترط في قانون الإرادة أن تكون له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد، فلم يترك بالتالي لطرفي العقد الحرية الكاملة لاختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهما،وبذلك تتفق آراء الفقهاء مع رغبة المشرع في حمايته، خاصة في العقود التي تبرم بالطرق الإلكترونية [3].

خاتمة :

نستنتج في الأخير بعد مقاربة قواعد النظرية العامة للعقد، وبين ما يثيره العقد الإلكتروني من خصوصيات من حيث إبرامه وتنفيذه وإثباته، نسجل النتائج التالية :

[1]- يونس عرب ،منازعات التجارة الإلكترونية الاختصاص والقانون الواجب التطبيق وطرق التقاضي البديلة"،المرجع السابق ،ص . 103 .

[2] - أعراب بلقاسم، القانون الدولي الخاص الجزائري، تنازع القوانين، (الجزائر ،دار هومة، 2002)، ص . 302 ص 303.

[3] عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص . 168 ص . 169.

- بخصوص الانعقاد رغم غياب نصوص صريحة في القانون المدني تتعلق بمشروعية التعاقد بالوسائل الإلكترونية، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد، يعطى للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتيهما.
- طرق التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية، لا تخرج عن احتمالات ثلاثة إما بالكتابة، وإما بالإشارة،أو بالكلام.
- بخصوص القبول في العقد الإلكتروني يجب تأكيد الموجه إليه الإيجاب لقبوله وذلك بالضغط على أيقونة القبول مرتين أو إرساله وثيقة الأمر بالشراء إلى الموجب وذلك لتفادي الشك في التعبير عن إرادة الموجه اليه الايجاب وأخطاء اليد.
- بخصوص نظرية العلم بالقبول لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني، توجد حالات تخضع لأحكام التعاقد بين الحاضرين حكما، وحالات أخرى لا يمكن تكييف العقد إلا باعتباره بين غائبين، وبالتالي تطبيق القواعد المنظمة لكل حالة،كما أن العقد الالكتروني وضع نموذجا جديدا لمجلس العقد ذلك أنه يمكن أن يكون افتراضيا.
- وبما يتعلق بتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني، فهناك صعوبة في تحديده بسبب الطبيعة اللامادية والعالمية لوسيلة إبرام العقد الإلكتروني، والتي تجعل من الصعوبة بمكان تحديد القانون الواجب التطبيق والجهة القضائية المختصة في نظره، أي أن قواعد القانون الدولي الخاص عاجزة على مواكبة هذه الطبيعة.

التوصيات :

- يجب سن إما قانون مستقل ينضم المعاملات الالكترونية أو تعديل قواعد القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنية الحديثة.

- نقترح النص صراحة في القانون المدني على الاعتراف الصريح برسالة البيانات في التعبير عن الإرادة وتنظيمها كما فعلت التشريعات المقارنة ووضع قواعد صريحة من شأنها توفير حماية خاصة للمستهلك في العقود الالكترونية التي يبرمها.