الطبيعة القانونية لمجلس عقد الاستهلاك الالكتروني وأثره

حاج بن علي محمد*

الملخص:

يعد عقد الاستهلاك الالكتروني أسلوبا فنّيا في التعامل عن بعد ، يعتمد على مختلف وسائل الاتصال الحديثة كالهاتف والفاكس والأنترنيت ، يثير صعوبات في تحديد الطبيعة القانونية لمجلس العقد فيه ، لما لهذه الطبيعة من أهمية في ترتيب آثار قانونية عدّة ، وصولا إلى تحقيق توازن اقتصادي بين طرفي العقد ، والتي تستوجب بالضرورة بحث الطبيعة الفنية لهذا العقد.

الكلمات المفتاحية : عقد الاستهلاك الالكتروني ، التوازن الاقتصادي ، مجلس العقد ، الطبيعة القانونية ، الآثار القانونية.

Abstract :

The electronic contract of consumption is a technical contract method remotely, takes several forms of recent communication like the telephone, the fax, and the internet.

This kind of contracts cause tightens problems to determine thelegal quality of its meeting contractsby raising the importance of this quality which regulate various legal effects and realize the equilibrium economic between these contract sides, by blaming its technical quality.

The key words: Electronic contract of consumption,Economic equilibrium, Themeeting of contract, Legal quality, Legal effects.

* كلية الحقوق والعلوم السياسية جامعة حسيبة بن بوعلي ـ الشلف ـ البريد الالكتروني :
mohamed.hadjbenali@yahoo.fr

مقدمة:

في ظل تنامي وسائل الإعلام الدولية موازاة مع نظام الساتليت ، التي مكنت تلاقي المستخدمين لمختلف وسائل الاتصال الحديثة مع تباين جنسياتهم وبتدفّق للسلع والمنتجات ، من وإلى داخل الدول لتكرس بذلك عولمة الإعلام ، فإن هذا التطور الهائل في عالم المعلوماتية والاتصالات اللاسلكية ، وعلى رأسها الأنترنيت أفرز صورة عامة للتعاملات التجارية ، أصبحت تعرف بالتجارة الالكترونية ، توفر منتجات ، سلعا كانت أو خدمات على الخط لطالبيها على منحى داخلي أو دولي ضمن سوق افتراضية ، ومفرغة في عقود استهلاك الكترونية.

وفي ظل تنوع عقود الاستهلاك الالكترونية ، ليس فقط على الانترنت ولكن بمختلف وسائل الاتصال الحديثة كالهاتف وما يماثله والفاكس وما يماثله ، وبناء على خصائص العقد الالكتروني؛ من حيث انه عابر للحدود وتام عن بعد يغلب عليه الطابع التجاري ، وفق نموذج عقد استهلاك في معظمه ، كما أوردته عديد التعريفات التشريعية والفقهية للعقد الالكتروني ، التي أجمعت على فنية أسلوب التعامل في العقود الالكترونية.

على أن هذا التنوع في عقود الاستهلاك الالكترونية ، أصبح يثير الكثير من المشاكل القانونية؛ نجد من أهمها ضرورة إجابة تساؤل خاص بتكوين العقد الالكتروني لحظة تحديد تطابق الإيجاب والقبول ، بتحديد زمان ومكان إبرام العقد أو بمعنى آخر تحديد الطبيعة القانونية لمجلس عقد الاستهلاك الالكتروني؟ على اعتبار أن تحديد هذه الطبيعة القانونية له أهمية في ترتيب آثار قانونية عدّة؛ منها ماهو متعلق بتكوين وتنفيذ الالتزام القانوني ، ومنها ما هو إجرائي متعلق بسير الدعوى القضائية ، وصولا إلى تحقيق توازن اقتصادي في ميزان القوى المختل بين طرفي هذا العقد .

ولإجابة هذا التساؤل ، يقتضي الأمر بداية بحث مدلول أو مفهوم عقد الاستهلاك الالكتروني ، بتبيان معنى التجارة الالكترونية ومن ثم عقد الاستهلاك الالكتروني وصولا إلى ضبط أنواع عقد الاستهلاك الالكتروني ، متبوعا بتحديد زمان ومكان عقد الاستهلاك الالكتروني بمختلف أنواعه.

المبحث الأول ـ
مفهوم عقد الاستهلاك الالكتروني :

إنّ التقدم الهائل في عالم المعلوماتية والاتصالات اللاسلكية وعلى رأسها الانترنت ، أصبح يشكل وسيلة وإغراء لجذب المتعاملين في عالم التجارة الالكترونية التي شهدت تطورا هائلا سواء في حجم رؤوس الأموال ، أو في مجال تنوع المنتجات ، سلعا كانت أو خدمات . أضف إلى ذلك أنّ المعاملات الالكترونية تتم عبر شبكة دولية للانترنت لا تعرف الحدود ، لهذا كان من الطبيعي بروز الحاجة إلى التنسيق بين المراكز الاقتصادية المختلة للمتعاقدين فيما بات يعرف **بالعقد الالكتروني** مما يستدعي التعرف على معنى التجارة الالكترونية ومن ثم عقد الاستهلاك الالكتروني وصولا إلى ضبط أنواعه.

المطلب الأول ـ تعريف التجارة الالكترونية وعقد الاستهلاك الالكتروني:

يعد عقد الاستهلاك الالكتروني الأداة الأساسية للتجارة الالكترونية ، ويمثل أداة فعّالة لتحسينها وإضفاء الأمان والثقة عليها ، ويرتبط العقد الالكتروني ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية ، بحيث مكّن القول بأنّه لايمكن فصلهما عن بعضهما[1]. وعموما حتى نتعرّف على معنى العقد الالكتروني لابد أولا من بيان مفهوم التجارة الالكترونية.

1 . مفهوم التجارة الالكترونية:

اهتم المجتمع الدولي بالتجارة الالكترونية ، وعمل على تشجيعها وتنميتها وهذا بناء على صورتها العامة ، كونها طلبات بضاعة أو خدمات يكون فيها الطالب في مكان غير مكان المطلوب منه الخدمة أو البضاعة على منحى داخلي أو دولي ، وتتم بشأن توفر الخدمة أوالبضاعة على الخط وقد يكون الوضع كما في المتاجر الافتراضية ، أن تكون البضاعة أوالخدمة معروضة على الخط وبالتالي يمثل الموقع المعلوماتي على الشبكة وسيلة العرض المحددة لمحل التعاقد وثمنه[2].

ومن هذا المنطلق تبنت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في 16 ديسمبر1996 نموذج مشروع قانون للتجارة الالكترونية « CNUDCI » « اليونسترال »

(1) د . عادل حماد أبو عزة ، العقود الالكترونية خصائصها والقانون الواجب التطبيق ، مجلة العالم الرقمي ، السعودية ، العدد 158 الصادرة بتاريخ 16 أفريل 2006 ، عن موقع المجلة عبر الانترنت : commerce_ http://www.opendirectorysite.info /e

(2) تنص المادة 02/أ من مشروع قانون التجارة الالكترونية لـ 16 ديسمبر 1996 لجنة الأمم المتحدة بأن رسالة البيانات هي «المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية بوسائل مشابهة ، بما في ذلك تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي» عن موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عبر الانترنت:
http:// www.unictral.org/french/texts/electcom/ml _ ecomm _ f.htm

متكونا من سبع عشرة مادة ، بيد أنّ هذا المشروع لم يتضمن تعريفا للتجارة الالكترونية مكتفيا بتعريف رسالة البيانات[1].

وبتاريخ 13 مارس 2000 أصدر المشرع الفرنسي قانون رقم 200 ـ 230 بشأن تكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني كمنظومة قانونية متكاملة في مجال التجارة الالكترونية معرفا التجارة الالكترونية بأنّها:« **مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات وبعضها ، أو بين المشروعات والأفراد ، أو بين المشروعات والإدارة**».

وبتاريخ 08 يونيو 2000 صدر التوجه الأوربي رقم 2000 ـ 31 بشأن التجارة الالكترونية ، حتى وإن لم يستهدف إلى تعريف التجارة الالكترونية بقدر ما جاء مجملا لأعضائه بمراجعة القوانين التعاقدية وجعلها أكثر اتفاقا مع متطلبات التجارة الالكترونية ، أمّا على الصعيد العربي ، كانت دولة تونس السباقة في إصدار أول قانون للمعاملات الالكترونية تحت رقم 2000 ـ 83 بتاريخ 09 أغسطس 2000 مبديا تعريفا للتجارة الالكترونية في فصله الثاني من الباب الأوّل بالقول: يقصد في مفهوم القانون بـ :

ـ **المبادلات الالكترونية:** المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية.

ـ **التجارة الالكترونية:** العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية[2].

يفهم من هذا التعريف بأن مفهوم التجارة الالكترونية هي تلك المعاملات التجارية التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية ، وفي هذا المعنى قصد المشرع التونسي عدم حصر وسائل الاتصال نظرا للتطور الكبير في مجال تقنيات الاتصال عن بعد .

تبع المشرع التونسي في هذا المعنى المشرع الإماراتي بإصدار قانون للمعاملات والتجارة الالكترونية بتاريخ 12فبراير 2002 برقم 2002 ـ 02 ، معرفا التجارة الالكترونية في المادة الثانية منه بقوله هي:« **المعاملات الالكترونية التي تباشر بواسطة المراسلات الالكترونية**».

وفي جمهورية مصر العربية ، ورد في المادة الأولى من مشروع قانون التجارة الالكترونية سنة 2001 تعريف للتجارة الالكترونية بأنّها:« **كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية**».

(1) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 62.

(2) مع ملاحظة أن المشرع الجزائري يلحظ تأخيرا في إقرار قانون منظم للمعاملات الالكترونية حتى وإن اعتنق في تعديله الأخير للقانون المدني رؤية العقود الالكترونية بإقراره للكتابة الالكترونية وتعديله للمادة 323 من القانون المدني بإضافة المادة 323 مكرر ومكرر 01 بمقتضى القانون رقم 05 ـ 10 المؤرخ في 26 يونيو 2005 الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 العدد 44.

ومن هذه النصوص لمختلف التشريعات نجد أنّ التجارة الالكترونية يحدد معناها بارتباطها بوسائل الاتصال الحديثة المختلفة والمتطورة[1].

2. مفهوم عقد الاستهلاك الالكتروني:

عرّف المشرع الأوربي العقد الالكتروني من خلال تعريفه لعقد البيع عن بعد بمقتضى الموجه الأوربي الصادر بتاريخ 20 مايو 1997 تحت رقم 97 ـ 07 ، إذ جاء في المادة 02 منه بأّن عقد البيع عن بعد هو كل عقد يتعلّق بأموال أو خدمات ، بين المورد والمستهلك ضمن إطار نظام بيع أو تقديم خدمة عن بعد ينظمه المورد باستخدام عدّة جمل تقنية للاتصال عن بعد وصولا إلى إبرام العقد وتنفيذه.

وتطبيقا للموجه الأوربي أصدر المشرع الفرنسي مرسوم رقم 2001 ـ 41 بتاريخ 23 أوت 2001 معرفا العقد الالكتروني بمقتضى المادة 16/121 من المرسوم بقوله: « كل بيع لمال أو أداة لخدمة دون الحضور المادي المعاصر للأطراف ، والذين يستخدمون لإبرام العقد وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد »[2].

وفي القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 بشأن المعاملات الالكترونية ، نصّت المادة الثانية منه ، يقصد بالعقد الالكتروني: « **الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أوجزئيا** ».

وعرّف المشرع الإماراتي العقد الالكتروني في المادة الثانية من قانون 2002 ـ 02 بقوله : « أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية » ومن خلال هذه النصوص نجد أنّ عقد الاستهلاك الالكتروني يستمد مفهومه بداية من القواعد العامّة للعقد من حيث وجوب تلاقي وتطابق الإيجاب والقبول منسجما ومكيفا بالتطور التكنولوجي الحديث بأن يتم بوسائل اتصالات حديثة على إبرامها الشبكة المعلوماتية الدولية للاتصال الانترنت ، وهو ما دفع الكثير من الفقه إلى تعريف العقد الالكتروني تعريفا تقنيا مرتبطا بوسائل الاتصال الحديثة ، بأنّه عقد مصمم لبيئة النشاط كما في حالة الانترنت وذلك بوجود وثيقة العقد مطبوعة على الموقع متضمنة الحقوق والالتزامات لطرفيه ـ المستخدم وجهة الموقع ـ منتهية بمكان متروك لطباعة عبارة القبول أو للضغط على إحدى العبارتين(أقبل) أو(لاأقبل) أو عبارات شبيهة ،

(1) د محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، ط 2005 ، ص 19.

(2) قبل أن يكون هناك صفحات انترنت (web pages) كان هناك البرمجيات ، عقود ويب (webwropagreements) ، وكان للبرمجيات الجاهزة (software) عقودا مشابهة سميت (shrinkwrapagrement) هي اتفاقيات الرخص(النقل) التي ترافق البرامج. عن مجلة العالم الرقمي ، المرجع السابق ، موقع عبر الانترنت:http://www.opendirectorysite.info/e commerce ـ

وترجع تسميته المشار إليها إلى حقيقة أنّ إبرام العقد يتم بالضغط (click) على أداة الماوس ، إمّا على أيقونة الموضع المتضمنة عبارة (أنا أقبل) أو في المساحة المخصصة لطبع هذه العبارة لغايات وضع المؤشر فيها عبر الضغط على الماوس[1] ، وهو ما يميز العقد الالكتروني (click wropcoutracts) عن العقود التقليدية.

وفي ظل هذا التعريف أصبح عقد الاستهلاك الالكتروني يتميز بخصائص تجعله يتباين عن العقود التقليدية ويعرف أنواعا بتنوع وسائل الاتصال الحديثة.

المطلب الثاني ـ خصائص وأنواع عقد الاستهلاك الالكتروني :

يتفق عقد الاستهلاك الالكتروني مع أي عقد آخر من حيث الموضوع والأطراف وبصفة عامة القواعد العامّة لنظرية العقد في مجال تكوين وتنفيذ العقد ويختص بنفسه في طريقة كيفية وأسلوب التعاقد من حيث أنّه عقد يبرم عن بعد ، عابر للحدود يغلب عليه الطابع التجاري وفق نموذج استهلاك في معظمه ، وهو ما يجسد لخصائص عقد الاستهلاك الالكتروني تنوعا في أساليبه باختلاف وسائل الاتصال الحديثة ولعل أكثرها شيوعا الهاتف ، الفاكس والانترنت.

1 . خصائص عقد الاستهلاك الالكتروني:

من منطلق مفهوم عقد الاستهلاك الالكتروني كونه تلاقي الإيجاب والقبول في ظل تعاملات يغلب عليها الطابع التجاري باستعمال وسائل اتصال حديثة تتحدد خصائص العقد الالكتروني بأنّه عقد مبرم عن بعد ، عابر للحدود يغلب عليه الطابع التجاري وفق نموذج استهلاك في معظمه.

1 ـ 1 ـ العقد الالكتروني عقد مبرم عن بعد : تطبيقا للموجه الأوربي رقم 97 ـ 07 المتعلق بشأن حماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد السالف الذكر ، حيث أوجبت المادة 15 منه على الدول الأعضاء وجوب ملاءمة تشريعاتها لمقتضى التوجيه ، وهو ما قام به المشرع الفرنسي بمقتضى المرسوم رقم 2001 ـ 41 بوضعه للمادة ل 121ـ 16 السالفة الذكر والتي أدّت بجانب من الفقه الفرنسي إلى تعريف التعاقد عن بعد بأنّه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأموال والخدمات بوسائل مسموعة ومرئية للاتصال عن بعد تسمح بالتفاعل الحواري بين الموجب والقابل ويعتبر ضمن صور التعاقد عن بعد البيع بالمراسلة بمعناه الضيق وصولا إلى البيع عبر الانترنت

(1) PASSA.(J),Commerce électronique et protection du consommateurs, Dalloz, 2002, doctrine, P555.

فالعقد الأخير صورة من صور التعاقد عن بعد (contrat à distance)[1].

1ـ 2 ـ العقد الالكتروني عقد تجارة دولية عابر للحدود : إنّ استخدام تقنيات الاتصال عن بعد تختلف من دولة لأخرى وبحجم تطور هذه الأخيرة أي تتباين بين الدول النامية أو السائرة في طريق النمو والدول الصناعية أو المتطورة ، فمثلا نجد غالبية مستخدمي شبكة المعلومات الانترنت في فرنسا يستخدمونها لإجراء المناقشة والحوار وفي بريطانيا ، غالبية الانجليز يستخدمونها لإبرام عقود البيع ، أمّا الألمان لمراقبة ومعرفة حساباتهم في البنوك وبتم التعاقد الالكتروني داخليا أي داخل إقليم الدولة كما أنّه أصبح ذا طابع دولي في تلاقي المستخدمين لشبكة الانترنت مع تباين جنسياتهم أو بتدفّق للسلع والمنتجات من وإلى داخل الدول لتكرس بذلك عولمة الإعلام في ظل تنامي وسائل الإعلام الدولية موازنا مع نظام الساتليت[2] ، إذ أصبح الإعلام ذا صبغة تفوق حدود الدولة.

وهذا الطابع الدولي للعقد الالكتروني بقدر ما كان أسلوبا حديثا لكسر القيود الكلاسيكية بين الدول بإزاحة لعقبة الحدود ، إلاّ أنّه في الوقت ذاته رتب جملة من التساؤلات القانونية وبخاصة في بحث القانون واجب التطبيق في حال حدوث نزاع بين طرفي العقد وتحديد الجهة القضائية المختصة وهذا بعد معرفة طبيعة العقد الالكتروني من حيث أنّه منعقد بين حاضرين أم غائبين؟

1ـ 3ـ العقد الالكتروني عقد استهلاك: إبرام العقود باستعمال وسائل الاتصال الحديثة من بين أهم الأهداف التي يصبوا إليها مستخدموا هذه الوسائل وبخاصة شبكة الانترنت التي أصبحت تعرف على صفحاتها في شكل مواقع الكترونية عديدة ترسيخا لسوق افتراضية يتم فيها تبادل الرغبات في إبرام عقود تعددت محالها ـ بين السلع والخدمات ـ وأنواعها من عقود بيع ، قرض ، إيجار ، إلى عقود خدمات وما إلى ذلك ، جمعت بين منتجين ، موزعين ، موردين وبائعين من جهة ومتلقي من جهة أخرى يمثلون دائرة المستهلك الواسعة التي يتشكل منها مستخدمو وسائل الاتصال الحديثة.

فتأخذ العقود التجارة الالكترونية عادة شكل عقود نموذجية محررة في صورة

(1) BALLE.(F),la Mondialisation des Media in,OrdreetDésordre dans le Monde.Cahier français, la documentation française oct/déc1993.P232.

(2) عرف الفقيه الفرنسي« جاك جيستان» العقود النموذجية بأنّها«عبارة عن نماذج لعقود تعتبر حجة على الأشخاص الذين يقبلون صياغة عقودهم على منوالها ومن أهم أمثلة العقود النموذجية نماذج التصرفات القانونية الرسمية التي يستخدمها الموظف للمختص عند إبرام التصرف كالرهن الرسمي ، الهبة والتوكيلات الرسمية.

GHESTEN.(J), Traite de droit civil, la formation du contrat, 3edition .L.G.D.J.1993 ـ P60.

نموذج مسبق[1] ، مثبت للتعاقد عبر الانترنت متخذا في هذا الشكل صورتين ، أولهما متعلق بسلع وخدمات ضرورية مقدمة من طرف شخص واحد محتكر[2] ، وهنا يتخذ عقد التجارة الالكتروني نموذج عقد الإذعان.

وفي صورة ثانية وهي الغالبة ، أن يكون مقدم السلعة أو الخدمة مهنيا أو منتجا والمتلقي هو مستهلك يقتني لأجل حاجاته الشخصية[3] ، متخذا في ذلك عقد التجارة الالكترونية نموذج عقد استهلاك ، وهو ذات المفهوم الذي أخذ به المشرع الجزائري في تبني المعنى الضيق للمستهلك من خلال قانون حماية المستهلك الجديد لسنة 2009[4] ، الفقرة الأولى من المادة الثالثة التي نصت على أن **المستهلك**: «هو كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني ، بمقابل أو مجانا ، سلعة أو خدمة موجهة للاستعمال النهائي من أجل تلبية حاجته الشخصية أو تلبية حاجة شخص آخر أو حيوان متكفل به».

وسواء اتخذ عقد التجارة الالكترونية صورة عقد إذعان أو عقد استهلاك فالقاسم المشترك بين الصورتين أنّ عقد التجارة الالكترونية غالبا ما يتم بين طرفين مختلفين في المراكز الاقتصادية ، باستعمال مختلف وسائل الاتصال الحديثة ، وتعدد هذه الوسائل خلق تنوعا في العقود الالكترونية.

2 . أنواع عقد الاستهلاك الالكتروني:

من خلال تحديد مفهوم عقد الاستهلاك الالكتروني ، فما يميزه عن العقود التقليدية هو استخدام واستعمال المتعاقدين وسائل اتصال حديثة لم تستلهم غالبية التشريعات في ضبطها إلاّ ما ذكر على سبيل المثال نظرا للتطور التكنولوجي المتسارع ، ومن ثم تحديد أنواع عقد الاستهلاك الالكتروني بناء على هذه الوسائل يرد على سبيل المثال متفقا مع أكثر هذه الوسائل استعمالاً وانتشارا بين المتعاملين كالتعامل بوسيلة الهاتف وما يماثله كالفاكس والإنترنت.

(1) إن عدم المساواة تتفاقم بشدة بسبب استخدام العقود النموذجية فالعلاقة بين طرف في مركز اقتصادي قوي محتكر فعلي أو قانوني لخدمة أو سلعة ـ لايتعادل مع مركز الطرف الضعيف ومن ثم بدأ في الظهور صفة الإذعان في العقود أي عقد الإذعان.
عن مؤلف د. سعيد عبد السلام ، التوازن العقدي في نظام عقود الإذعان ، دار النهضة العربية ، 1998 ، ص27.

(2) يقصد بالمستهلك كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك بمعنى استعمال أو استخدام مال أو خدمة عن مؤلف د. السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف بالإسكندرية ، ص82.

(3) قانون 09 ـ 03 المؤرخ في 29 صفر لعام 1430 الموافق لـ 25 فبراير لسنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.ج. ر. صادرة بتاريخ 08 مارس لسنة 2009 ، عدد 15.

(4) AMORY Bernard et THUNIS Xavier, Aspect juridique du l'utilisation du télécopieur, droit de l'informatique télécom, 1988, doctrine, P35 ـ 37.

2 ـ 1ـ العقد المبرم عبر الفاكس: يعريف الفاكس أو البريد المصور على أنّه آلة تمكن من **إرسال** وثائق أو مستندات من طرف إلى آخر عن طريق نسخها[1] ، وهو جهاز شبيه بالهاتف ولكن له قدرة على طبع البيانات و نسخ الوثائق.

وتتم الاستجابة للاتصال بين المرسل والمرسل إليه ، مع ظهور في النسخة المرسلة رقم جهاز المرسل ، ساعة وتاريخ الإرسال ، رقم كل صفحة والعدد الأصلي للصفحات ، ومن ناحية المرسل خروج ورقة منفصلة عن الرسالة المرسلة عبارة عن وصل يحمل رقم المرسل إليه وساعة وتاريخ الوصول ونتيجة الإرسال أي تمّ الاستقبال أم لا.

إلاّ أنّ هذا العقد الالكتروني ـ نوع الاتصال بوسيلة الفاكس ـ يعرف العديد من الصعوبات المادية في تحديد إيجاب وقبول المتعاقدين عبره تشمل الحالات الأتية :

ـ عدم القدرة على معرفة شخصية الأطراف (المرسل ، المرسل إليه).

ـ قد تكون صفحات الإرسال المستقبلة بيضاء نتيجة خطأ في الإرسال كقلب الورقة عند الإرسال.

ـ احتمال ضياع الوثيقة المستقبلة نتيجة لكمية الورق المتواجد داخل الجهاز على شكل لفافات ، فقد يحدث ألاّ تكفي كمية الورق الموجود داخل الجهاز لتغطية الوثائق المرسلة.

2 ـ 2 ـ العقد المبرم عبر الهاتف: تحدث المشرع الجزائري عن التعاقد عبر الهاتف بنص المادة 64 من القانون المدني[2] بقوله : « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ولذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.... ».

فاعتبر التعاقد عبر الهاتف تعاقدا تاما بين حاضرين حكما[3] ، بناء على مفهوم الهاتف التقليدي كونه عبارة عن جهاز من أجهزة الاتصال السلكية والتي تعتمد في تشغيلها على نظام تقني يهدف إلى ربط طرفين في زمن واحد على بعد مسافات قد تكون طويلة أو قصيرة.

إلاّ أنّ الهاتف اليوم عرف تطورا تكنولوجيا باتساع خدماته إلى التعاقد عن

(1) الأمر رقم 75 ـ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 ، المتضمن للقانون المدني الجزائري معدل ومتمم.
(2) د. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1998 ، ص33.
(3) د. أحمد الغزالي ، الوسيط في أحكام الأسرة دراسة مقارنة ، الكتاب الأول (الزواج) ، دار النهضة العربية ، 1999 ، ص 104.

طريق المراسلة باستعمال الرسائل القصيرة (SMS) وهنا يأخذ حكم التعاقد بالمراسلة أي بين غائبين ، أو رسائل مرئية بتزويد الهاتف النقال بشاشة وهو ما يعرف بالهاتف المرئي كصورة حديثة للهاتف ، إذ يعد تعاقد بين حاضرين ، وفي هذه الصورة الأخيرة يرى بعض الفقه الإسلامي بصحة عقد الزواج كونه يعتبر في حكم الحاضرين عندما يتم بواسطة الدوائر التلفزيونية[1].

2 ـ 3 ـ العقد المبرم عبر الانترنت : تعدّ الشبكة المعلوماتية الدولية من أهم الوسائل الحديثة التي تعكس أبعد ما وصلت إليه التكنولوجيا في مجال الاتصالات ، ونظرا لتعدد خدماتها أغرت الملايين من المشتركين في مختلف أرجاء العالم موزعين بين أفراد وشركات ومؤسسات ولم يتم ضبط إحصاء جامع لعدد مشتركي الانترنت حتى وإن بدت بعض الإحصاءات التقريبية ، لأن الأمر متعلق بانضمام إلى الشبكة يعرف إقبالا متزايدا كل مرة.

إذ تعرف العقود المبرمة عبر الانترنت تنوعا فنيا في حد ذاتها ، من أهمها عقود الدخول إلى الشبكة ، عقود الإيواء وعقد المتجر الافتراضي.

ـ **أمّا عن عقد الدخول إلى الشبكة: فهو** من أكثر العقود شيوعا لما تتميز به الشبكة من إمكانية إتاحة تحاور ونقل معلومات بين المشتركين.

ويعتبر عقد الدخول إلى الشبكة عقدا يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العمل من الدخول على الانترنت[2] ، بإتاحة برنامج الاتصال الذي يحقق الربط بين جهاز الحاسوب والشبكة ، وتسجيل عميل جديد مقابل دفع رسوم اشتراك.

ـ **أمّا عن عقد الإيواء وعقد المتجر الافتراضي:** وهو عبارة عن مرور فني إلزامي عبر الإنترنت يرغب فيه العميل الاستقرار على الانترنت بغرض الحصول على موقع على الشبكة أو بغرض فتح متجر افتراضي لتقديم خدمة يتمكن من خلالها التاجر عرض بضاعته من خلال الموقع الالكتروني عبارة عن مركز تجاري افتراضي مقابل أجر متفق عليه وكل هذه العملية تقتضي إتباع نظام عقد إيواء فني يتضمن التزاما من مقدم الخدمة باستقبال موقع العميل أو متجره الافتراضي على الشبكة لمدة معينة وفي مقابل معين وعموما هذه العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت أمثلة تطبيقية لجملة من الخدمات العديدة التي تقدمها شبكة المعلومات الدولية التي تتسع إلى خدمات أخرى كعقود التجارة على الخط وعقود الإعلانات

(1) د. سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص79.
(2) د. محمد حسين منصور. أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006 ، ص146.

التجارية وصولا مستقبلا إلى سوق تجارية افتراضية.

ومن خلال هذا العرض يمكن تعريف الإنترنت بأنها: شبكة متداخلة ومتشعبة تربط بين آلاف الشبكات ، وتتيح الاتصال على شبكة تبادل للمعلومات الرقمية في إطار بروتوكول ـ مجموعة قواعد مكتوبة بشكل فني لتنظيم كيفية عمل شيء ما[1] ، والذي يضمن الاتصال بين الحاسوبات والشبكات الموجودة في جميع أنحاء العالم.

وفي ظل هذا التنوع للعقود الالكترونية ليس فقط على الانترنت ولكن في مختلف وسائل الاتصال الحديثة كالهاتف وما يماثله والفاكس وما يماثله ، وبناء على خصائص العقد الالكتروني ، من حيث انه عابر للحدود وتام عن بعد يغلب عليه الطابع التجاري وفق نموذج استهلاك في معظمه ، الناتجة عن مختلف التعريفات التشريعية والفقهية للعقد الالكتروني التي أجمعت على فنية أسلوب التعامل في العقود الالكترونية ، هذا التنوع أصبح يثير الكثير من المشاكل القانونية لاسيما ما تعلق بمرحلة تكوين عقد الاستهلاك الالكتروني لحظة تحديد تطابق الإيجاب والقبول بتحديد زمان ومكان إبرام العقد أو بمعنى آخر تحديد مجلس العقد الالكتروني ، لما لهذا التحديد من أهمية في ترتيب آثار قانونية عدة ، وهو ما سيتم التعرف عليه.

(1) مجلس العقد قد يكون مجلسا حقيقيا بحضور كل من المتعاقدين ، وقد يكون مجلسا حكميا عن طريق الاتصال بين المتعاقدين بواسطة الهاتف أو بأي طريق مماثل ، ويظل مجلس العقد قائما طالما كان المتعاقدان منشغلين بالتعاقد ، ومادام الموجب باقيا على إيجابه.
أما إذا كان المتعاقدان غير حاضرين في مجلس العقد ولا يتعاقدان بطريق الهاتف بل بطريق المراسلة أو بالبرق أو برسول غير نائب كان تعاقد بين غائبين.
عن مؤلف د. علي علي سليمان ، المرجع السابق ص34؛ د.مصطفى الجمال ـ وأخرون ، مصادر وأحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2006 ، ص72.

المبحث الثاني ـ
تحديد زمان ومكان عقد الاستهلاك الالكتروني:

إنّ السمة البارزة لعقد الاستهلاك الالكتروني أنّه يتم عن بعد ، وفي ظل تعريفات العقد الالكتروني التشريعية والفقهية السابق ذكرها ، يتضح أنّ الأمر ينطبق على كل فنون الاتصال عن بعد ، أي كل أسلوب فني يتم اللجوء إليه للتوصل إلى إبرام العقد دون تواجد جسماني معاصر للطرفين: المنتج والمستهلك.

وإذا كان التعاقد عن بعد يميزه بصفة أساسية التباعد المكاني بين أطرافه فإن التساؤل عن اللحظة التي يبرم فيها العقد ومكان انعقاده ؛ أو بمعنى آخر تحديد مجلس عقد الاستهلاك الالكتروني[1] ، سؤال ذا أهمية للإجابة على نتائج عملية تظهر من خلال ترتيب آثار قانونية هامة نذكر منها:

ـ إمكانية عدول الموجب عن إيجابه الذي لم يحدد له أجلا طالما لم يقترن بقبول.

ـ يعتبر عقد بيع المنقول تام من وقت اقتران القبول بالإيجاب وعلم الموجب بالقبول وانتقال ثمار الشيء المبيع للموجب إذا كان هو المشتري.

ـ سريان مختلف المواعيد القانونية ، ومنها ميعاد التقادم ، من الوقت الذي يصل فيه القبول ويقترن بالإيجاب ، وينظر إلى أهلية التعاقد في هذا الوقت ، وسريان دعوى الاستغلال التي يجب رفعها خلال سنة من تاريخ انعقاد العقد (المادة 90 من القانون المدني الجزائري) ، وسقوط دعوى البطلان بمضي 10سنوات من وقت إبرام العقد(المادة101 من القانون المدني الجزائري معدلة بمقتضى القانون رقم 05 ـ 10 المؤرخ في 26 يونيو 2005)[2].

ـ يقضي القانون الدولي الخاص بأن للمتعاقدين أن يختارا قانونا يطبق على عقدهما ، فإن اختارا مكان إبرام العقد ، كان هو قانون المكان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب وكانت المحكمة المختصة هي محكمة وجود الموجب (المادة 18 ـ 19 معدلة من القانون المدني الجزائري)[3].

---

(1) د. علي علي سليمان. المرجع نفسه ، ص36 ؛ د.مصطفى الجمال د. رمضان محمد أبو العود د. نبيل إبراهيم سعد ، المرجع نفسه ، ص 86.

(2) د.حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2003 ، ص 18؛ د.عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004 ص 22 ؛ د. سعيد يوسف البتاني ، القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004 ، ص 120.

(3) قانون رقم 08 ـ09 المؤرخ في 25 فبراير 2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ـ تحديد الجهة القضائية المختصة إقليميا إلى المحكمة التي يتم بدائرة اختصاصها إبرام العقد ، وفي ذلك نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة 2008 فيما تعلق بالمنازعات التجارية[1].

المطلب الأول ـ مجلس العقد في التعاقد عبر الهاتف وما يماثله :

لما كان لمجلس العقد ركنين مادي والمقصود به المكان وركن معنوي يعبر عن زمان التعاقد ، فقد عرف الهاتف ـ باعتباره من أهم الوسائل الصوتية ـ اختلاف الفقه بشان تحديد مجلس العقد فيه وفيما يماثله ، من حيث كونه تعاقد بين حاضرين أو بين غائبين ، فانقسم الفقه بناء على ركني مجلس العقد ففيهم من اعتبره عقد تام بين حاضرين لعدم وجود فاصل زمني بين صدور الإيجاب والقبول حتى وإن لم يجمعها مكان واحد ومن ثم مجلس عقد حكمي ، وهو الرأي الذي تبناه المشرع المصري والجزائري ، على اعتبار أن التعاقد عبر الهاتف في نظرهما هو تعاقد بين حاضرين يتحدد زمان العقد فيه بزمن المكالمة الهاتفية[2].

ويرى جانب من الفقه بأن التعاقد عن طريق الهاتف هو تعاقد بين غائبين للتباعد المكاني بين المتعاقدين معتبرين الهاتف مؤديا لدور الرسول الذي يقوم بإبلاغ التعبير وقد يصدق هذا التشبيه على التسجيل الصوتي وليس على الهاتف الذي يمكن للمتعاقدين قدرا كبيرا من التفاعل الحواري المباشر بشأن العقد.

وثمة رأي ثالث وقف عند حدود ركني مجلس العقد لتحديد موقعه من تحديد زمان ومكان العقد المنعقد عبر الهاتف معتبرين إياه تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان ، وتعاقدا بين غائبين من حيث المكان لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به ، فيعتبر زمن العقد عبر الهاتف زمن وصول قبول إلى علم الموجب فورا ، أمّا بالنسبة للمكان فيأخذ حكم التعاقد بالمراسلة وبالتالي ينعقد العقد عبر الهاتف في المكان الذي يوجد فيه مكان الموجب وقت علمه بالقبول ، إلاّ أنّه

---

(1) نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري« إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.....».

(2) لقد ذهب الفقه لتحديد وقت انعقاد العقد في التعاقد بين غائبين إلى اعمال أربعة مذاهب ، مذهب إعلان القبول ، والقائل باعتبار العقد تام بمجرد إعلان القابل قبوله الإيجاب ، مذهب ثاني تصدير القبول ، يقضي بتمام العقد وقت صدور القبول وبتصدير القابل لرسالة يستحيل عليه العدول عن قبوله. مذهب ثالث تسليم القبول ، فتمام العقد يتأتي في الوقت الذي يصل فيه القبول إلى الموجب ولو لم يعلم به. المذهب الرابع ، العلم بالقبول ، طبقا لهذا المذهب يعتبر العقد تاما في الزمان والمكان الذين يعلمن فيهما الموجب بقبول القابل ويعتبر وصول القبول إلى الموجب قرينة على علمه بالقبول حتى يثبت العكس وبهذا المذهب أخذ المشرع الجزائري من خلال نص المادة 67 من القانون المدني والمشرع المصري بمقتضى المادة 97 مدني مصري.

وجب ملاحظة أنّ قرينة العلم بالقبول بإصدار القبول[1] ، تقوم هنا لعدم وجود الفاصل الزمني بين صدور القبول والإيجاب كما هو مفترض في التعاقد بالمراسلة.

وعموما قد يصدق الرأي الأخير الذي يبدو أكثر منطقية لتحديد النتائج العملية الناتجة عم تحديد زمان ومكان العقد ، ولكن وبالنظر إلى تطور وسيلة الهاتف كأسلوب اتصال باستخدامه خدمات حديثة ، تكون الأحكام السابقة خاصة بالهاتف التقليدي الذي يكتفي بالنقل الصوتي للأطراف.

فنجد الهاتف النقال اليوم إضافة إلى الخدمة التقليدية للهاتف أي الاتصال الشفوي المباشر ـ تطبيق الأحكام السابقة ـ أصبح يقدم خدمات اتصال برسائل الكترونية ، وإما بصورة غير مباشرة بترك رسالة يفصل بينها وبين العلم والرد عليها فاصل زمني اخذ حكم التعاقد بالمراسلة أي بين غائبين وهنا تطبيق نظرية علم الموجب بالقبول.

إلاّ أنّ المشرع الفرنسي تبنّى مفهوما مستحدثا في قانون الاستهلاك رقم 2001 ـ 41 السالف الذكر باعتماده نص المادة 27/121 [2] ، والتي ورد فيها أنه:« في حال السعي إلى التعاقد من خلال الهاتف أو بأي وسيلة فنية مماثلة ، يجب على المعنى أن يرسل إلى المستهلك تأكيدا للعرض الذي قدمه ولا يكون المستهلك ملتزما إلاّ بتوقيعه ».

مؤدى هذا النص أن العقد المبرم باستعمال الهاتف أو ما يماثله يأخذ خصوصية إذا كان الطرفان المتعاقدان يمثلان طرفا مهنيا من جانب ومستهلكا من جانب آخر ، فالعقد ينعقد ليس طبقا للقواعد العامّة أي لحظة قبول الإيجاب الأصلي الصادر من المهني ولكن لحظة قبول المستهلك لتأكيد الإيجاب من قبل المهني وذلك بتوقيعه.

المطلب الثاني ـ مجلس العقد في التعاقد عبر الفاكس وما يماثله :

التعاقد عبر الفاكس وما يماثله كالتلغراف أو التلكس ، لايختلف عن التعاقد بالمراسلة من حيث عدم جمع المتعاقدين في مجلس واحد وعدم وجود التفاعل الحواري بينهما ، كما يتطلب تطابق إرادتيهما مرور فترة من الزمن بين وصول رسالة الموجب إلى من وجهت إليه الرسالة ووصول رسالة القابل إلى علم الموجب ، وقد منح كثير من الفقه الرسالة الواردة والصادرة عبر الفاكس قيمة الرسالة التقليدية ، باعتبار المعاملات التي تتم عبر الفاكس هي التزامات أو محررات عرفية إلاّ إذا نوزع في صحتها فتعتبر النسخة المرسلة عبارة عن صورة للأصل ، أي المحرر

(1) د. محمد حسين قاسم ، المرجع السابق ، ص86.

(2) AMORY Bernard et THUNIS Xavier, op.cit. Page 36.

العرفي يمكن اعتباره مبدأ ثبوت بالكتابة[1].

وعموما باعتبار التعاقد عبر الفاكس وما يماثله من قبيل التعاقد بالمراسلة فهو تعاقد بين غائبين ، تسري عليه نظرية علم الموجب بالقبول ووصول الرسالة قرينة على علم الموجب قابلة لإثبات العكس ، طبقا لإرادة المشرع الجزائري وفق نص المادة 67 من القانون المدني الجزائري ، والتي يقابلها نص المادة 97 من القانون المدني المصري ، ما لم تتجه إرادة الأطراف أو نص قانوني خاص إلى القضاء بخلاف ذلك.

وهو ما جسده المشرع التونسي الذي سبق وأن قلنا بأنّه كان رائدا في تنظيم العقود الالكترونية في الدول العربية بشأن المبادلات والتجارة الالكترونية ، من خلال المادة 28 من قانون 83 ـ 2000 والتي نصت على أنه « ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبة بواسطة وثيقة الكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك ، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك».

وفي ذلك أيضا التوجيه الأوربي رقم31 ـ 2000 بشأن التجارة الالكترونية ، حيث أنّه يشترط لانعقاد العقد الالكتروني أن يكون المرسل إليه الإيجاب قد تسلم هذا الإيجاب وعلم به.

ووجب ملاحظة إرادة هيئة الأمم المتحدة والذي كان نهج الكثير من الدول العربية ـ منها القانون الأردني رقم 85 ـ 2001 المادة17 منه ، القانون الإماراتي 02 ـ 2002 المادة 17 منه ، القانون البحريني لـ 14 سبتمبر 2002 المادة 15 منه ـ اعتمدت في نموذج قانونها بشأن التجارة الالكترونية « اليونسترال » « CNUDCI » مذهب استلام القبول القاضي بتمام العقد وقت وصول القبول إلى الموجب[2] ، حيث نصت المادة 15 من نموذج قانون الأمم المتحدة بشأن زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات على أن:

1 ـ ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك ، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات عن المنشئ.

2 ـ ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

* إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات،

(1) د . سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 139.
(2) د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 99.

يقع الاستلام :

ـ وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

ـ أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ، إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ، ولكن ليس هم النظام الذي تم تعيينه.

* إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات ، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابعا للمرسل إليه.

3 ـ تنطبق الفقرة الثانية ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفا عن المكان الذي يعتبر أنّ رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة الأولى.

4 ـ ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك ، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.

ولأغراض هذه الفقرة :

* إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد ، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية ، أو مقر عمل الرئيس إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

* إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل ، يشار من ثمة إلى محل إقامته المعتاد.

المطلب الثالث ـ مجلس العقد في التعاقد عبر الانترنت :

من خلال تعريف الانترنت باعتبارها شبكة متداخلة ومتشعبة ، تتيح الاتصال على شكل تبادل للمعلومات الرقمية وتسمح بتبادل مختلف الخدمات المعلوماتية ، هذا التنوع في الشبكة العالمية للمعلوماتية جعل الفقه يختلف في تحديد زمان ومكان العقد المبرم عبر الانترنت.

ثمة من الخدمات التي تسمح التبادل الحواري بنقل الصوت فيأخذ حكم التعاقد بالهاتف أي بين حاضرين حكما من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.

وقد يكون التبادل الحواري في إطار تبادل رسائل بصورة فورية فيأخذ نفس الحكم السابق المتعلق بالتعاقد عبر الهاتف ، أو في إطار تبادل رسائل دون وجود تبادل حواري أي حصول فاصل زمني بين الإيجاب والقبول ، فيعد تعاقدا بن غائبين شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة.

وعموما يمكن تطبيق هذه القواعد وكما جرى بيانه في المطلبين السابقين

عندما يتعلق الأمر بمتعاقدين في ظل عقود مساومة يتبادلون إرادتيهما باستعمال وسائل الاتصال الحديثة ، إلاّ أنّ الخصائص التي اعتمدها الفقه في تحديد العقد الالكتروني من حيث أنّها يغلب عليها الطابع التجاري الذي جعل العقود الالكترونية عقود إذعان أو عقود استهلاك تتم عادة في شكل نماذج عقد مما يجعل تحديد زمان ومكان العقد الخاضع للإرادة المشتركة للمتعاقدين من خلال عبارة النصوص التي رأيناها: «ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك» أو «ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك» وهو ما جعل الكثير من الدول تنظر إلى تنوع المراكز التعاقدية وتجعل تشريعاتها في مجملها تتجه نحو تركيز العقد المبرم بشكل الكتروني في مكان أو محل إقامة المستهلك[1] ، عندما يكون طرفا في العقد أو قانون الدولة التي يقيم فيها المستهلك[2] ، مجسدين بذلك نظرية الازدواج في تحديد زمان ومكان العقد[3]؛ إذ يتحدد العقد بعلم الموجب بالقبول باعتبار وصول القبول قرينة على العلم به؛ ومكان إبرام العقد هو المكان الذي يوجد فيه موطن المستهلك سواء كان العقد داخل إقليم الدولة أو خارجها لمعرفة الجهة القضائية المختصة أو القانون الواجب التطبيق في حال نشوب نزاع بين المورد والمستهلك.

وعلى هذا النحو سارت لائحة المجلس الأوربي رقم 44 ـ2001 الصادرة بتاريخ 22 ديسمبر 2001 والمتعلقة بالاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في المسائل المدنية والتجارية. قررت المادة 16 من اللائحة أنّه:« لايمكن رفع الدعوى على المستهلك إلاّ أمام محاكم الدولة العضو التي يوجد بها موطنه ، أمّ إذا كان المستهلك هو المدعى فيكون له الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطنه أو محاكم الدولة العضو التي بها المدعى عليه».

وفي ذلك أيضا ، نصت المادة 05 من اتفاقية روما[4] ، على «أنّ العقود التي يبرمها المستهلك تخضع لقانون الدولة التي يوجد بها محل إقامته المعتادة».

يفهم من هذه الإرادة التشريعية توجيه مفاهيم تحديد زمان ومكان العقد بما يخدم حماية المستهلك ، وهذا التوجه ليس بجديد بحيث يجد بوادره الأولى من

(1) مجلة العالم الرقمي ، المرجع السابق:http://www.opendirectorysite.info/e-commerce

(2) يتبنى القانون الفرنسي نظرية الازدواج ، والتي بمقتضاها يمكن الفصل بين تركيز العقد مكانيا وبين تركيزه من الناحية الزمنية ، إذ يمكن للعقد أن ينعقد في لحظة معينة ، بينما يعتبر مكان انعقاده مكانا آخر غير ذلك الذي انعقد زمنيا فيه ، إلاّ أنّ الغالب السائد يكمن في نظرية الوحدة أو نظرية التلازم بين مكان انعقاد العقد وزمان هذا الانعقاد ، وهي النظرية التي تبنّاها المشرع الجزائري والمشرع المصري. عن مؤلف: د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص91.

(3) د. محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص96 ـ 98.

(4) المادة 112من القانون المدني الجزائري.

صميم القواعد العامة بالخروج عن قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين ، وإذا كان عقد إذعان فيفسر لمصلحة الطرف المذعن[1] ، وإقرار المشرع حق القضاء في الإعفاء أو تعديل شروطا في العقد متى رآها شروطا تعسفية[2].

الخاتمة:

انطلاقا من مفهوم عقد الاستهلاك الالكتروني باعتباره اتفاقا بين شخصين أو أكثر يتلاقى فيها الإيجاب والقبول عبر تقنيات الاتصال عن بعد بهدف إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها ، وبناء على خصائص العقد الالكتروني ، من حيث أنّه عقد يبرم بصورة غير مادية في جميع مراحلها ، ودون حضور مادي للأطراف المتعاقدة ، ويغلب عليه الطابع التجاري لتأخذ صورة عقود إذعان أو عقود استهلاك في معظمه ، كما أنّه يغلب عليها الطابع الدولي.وجب القول أن هذه المفاهيم والتي تتسم بالفنية في مجملها أثارت صعوبات قانونية من بينها تحديد زمان ومكان العقد ، لما لهذا الموضوع من أهمية في ضبط نتائج عملية متعلقة بحساب مواعيد قانونية انطلاقا من تاريخ إبرام العقد كوقت الوفاء ، البطلان ، التقادم ، ومعرفة الجهة القضائية المختصة إذا كان العقد الالكتروني مبرم داخل إقليم الدولة وبين وطنيين لحظة أنّ قانون المرافعات لمختلف الدول يمنح الاختصاص للجهة القضائية التي تم بدائرة اختصاصها إبرام العقد ، وفي ذلك نص المادة 39 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري لسنة 2008 فيما تعلق بالمنازعات التجارية ، وكذا معرفة القانون الواجب التطبيق بشأن المنازعات الناشئة عن العقد الدولي ، والقضاء المختص بنظر منازعتها.

ولإجابة على هذه الأسئلة ، وكما رأينا في عرضنا للموضوع ، نتائج تحديد زمان ومكان العقد أو مجلس عقد الاستهلاك الالكتروني في طبيعته القانونية لن تخرج عن ضرورة الوقوف عند الطبيعة الفنية للعقد الالكتروني ، والتي في مجملها تسمح التفاعل الحواري بين المتعاقدين بشكل سمعي أو مرئي أو مكتوب وفي درجة قصوى سمعي بصري في آن واحد ، ومن ثم التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني يجد نفسه عموما مبرما بين حاضرين زمنيا ، وبين غائبين من حيث المكان ، أو بمعنى آخر إن لم يكن ثمة فاصل زمني بين المتعاقدين بوجود مناقشة

(1) المادة110من القانون المدني الجزائري.
(2) ابو زيد رضوان ، الأسس العامة في تحكيم التجاري الدولي ، دار الفكر العربي ، القاهرة 1981 ، ص13 و14.

مباشرة تسمح التفاعل الحواري بين المتعاقدين ، إلاّ أن الفاصل المكاني موجود باعتباره العقد الالكتروني عقدا مبرما عن بعد.

وعليه كان مكان إبرام العقد هو مكان وجود الموجب أو الذي صدر عنه الإيجاب ، بناء على نظرية علم الموجب بالقبول والتي تبناها المشرع الجزائري ، حتى وإن تبنت بعض الدول مذهب تصدير القبول ، إلاّ أنّ هذا القبول أو النتيجة أصبحت تعرف اضطرابا في صرحها ، في أنها لا تقيم حماية المستهلك إلاّ إذا أقر بأن مكان إبرام العقد هو مكان أو محل إقامة المستهلك ، ومن ثم وجب التفرقة بين العقد الالكتروني في ظل عقود المساومة كأن تبرم بين مهنيين أو أفراد بعضهم البعض ومن ثم احترام مبدأ حرية التعاقد ، وبين العقود المبرمة مع المستهلك وهي السمة الغالبة ، باعتبار موطن المستهلك هو الضابط في تحديد الجهة القضائية المختصة في نظر نزاع يكون طرفا فيه سواء كان مدعيا أو مدعي عليه أي الخروج عن القاعدة العامة المعروفة في قواعد المرافعات التي تقضي باختصاص الجهة القضائية بناء على موطن المدعى عليه ، وكذا تحديد القانون الواجب التطبيق؛ أي رجوع الاختصاص القانوني للدولة التي يتوطن فيها المستهلك.

ولعلّ هذه الرؤية الأخيرة تستقيم وخصائص عقد الاستهلاك الالكتروني من حيث أنّه يغلب عليه الطابع التجاري ، لتأخذ العقود الالكترونية المبرمة شكل عقود إذعان أو عقود استهلاك والقاسم المشترك بينهما هو اختلال المراكز الاقتصادية للمتعاقدين فيها.

وعموما وفي الأخير يمكن القول إن هذا الموضوع والذي كان في مجمله محاكاة لآراء فقهية وتشريعات داخلية ودولية لأهمية تحديد زمان ومكان عقد الاستهلاك الالكتروني ، قد يستفيد منها المشرع الجزائري وهو على أبواب تنظيم تشريع يعنى بالمعاملات الالكترونية حتى يلحق بر كب الدول التي أحذت أشواطا متقدمة في هذا المجال لاسيما كثير من الدول العربية.

قائمة المراجع:

أولا . الكتب والمؤلفات:

1. باللغة العربية:

1ـ د. أحمد الغزالي ، الوسيط في أحكام الأسرة ـ دراسة مقارنة الكتاب 01 (الزواج) ، دار النهضة ، 1999.
2 ـ د. السيد محمد السيد عمران ، حماية المستهلك أثناء تكوين العقد ، منشأة المعارف ، الإسكندرية.
3 ـ د.حفيظة السيد الحداد ، الموجز في القانون الدولي الخاص ، الكتاب الثاني ، منشورات الحلبي ، 2003.
4 ـ د. سعيد عبد السلام ، التوازن العقدي في نظام عقود الإذعان ، دار النهضة العربية ، 1998.

5 ـ د. سعيد يوسف البتاني ، القانون الدولي الخاص ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004.
6 ـ د.سمير حامد عبد العزيز الجمال ـ التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دار النهضة العربية ، القاهرة ، الطبعة الأولى 2006.
7 ـ د. علي علي سليمان ، النظرية العامة للالتزام ، ديوان المطبوعات الجامعية ، 1998.
8 ـ د.عكاشة محمد عبد العال ، تنازع القوانين ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2004.
9 ـ د.محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2005.
10 ـ د. محمد حسين منصور. أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
11 ـ د.مصطفى الجمال ـ د. رمضان محمد أبو السعود ـ د. نبيل إبراهيم سعد ، مصادر وأحكام الالتزام ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2006.

2. باللغة الأجنبية:

1 _ AMORY Bernard et THUNIS Xavier, Aspect juridique du l'utilisation du télécopieur, droit de l'informatique télécom, 1988.
2 _ BALLE.(F), La Mondialisation des Media in, OrdreetDésordre dans le Monde.Cahier français, la documentation française ـ oct/déc1993.
3 _ GHESTEN.(J), Traite de droit civil, la formation du contrat, 3edition, L.G.D.J. 1993.
4 ـ PASSA.(J),Commerce électronique et protection du consommateurs, Dalloz, 2002.

ثانيا . النصوص القانونية:

1ـ القانون رقم 05 ـ 10المؤرخ في 26 يونيو 2005 ، الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005 العدد 4 ، المعدل والمتمم للقانون رقم 75ـ 58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن للقانون المدني الجزائري.
2 ـ القانون 09ـ 03 المؤرخ في 29 صفر لعام 1430 الموافق لـ 25 فبراير لسنة 2009 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.الجريدة الرسمية الصادرة بتاريخ 08 مارس لسنة 2009 ، عدد 15.
3 ـ القانون رقم 08 ـ 09 المؤرخ في 25 فبراير2008 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثالثا . مراجع الكترونية:

1ـ د . عادل حماد أبو عزة ، العقود الالكترونية خصائصها والقانون الواجب التطبيق ، مجلة العالم الرقمي ، السعودية ، العدد 158 الصادرة بتاريخ 16 أفريل 2006 ، عن موقع المجلة عبر الانترنت : :http://www.opendirectorysite.info/e ـ commerce
2 ـ موقع لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عبر الانترنت :
http://www.unictral.org/french/texts/electcom/ml ـ ecomm ـ f.htm