زمان ومكان إنعقاد العقد الإلكتروني

أ - بولمعالي زكية

مقدمة:

إن أطراف العقد الإلكتروني يباعد بينهم المكان ،و بالتالي يكون هناك فاصل زمني بين صدور الإيجاب و اتصاله بعلم من وجه إليه و الأمر ذاته بالنسبة للقبول فإنه قد تمر فترة زمنية بين إعلان القبول من الموجب له و علم الموجب بهذا القبول و بالتالي فإنه يصعب تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الإلكتروني.

كما أن زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني في بعض الأحيان يختلف من وجهة نظر الموجب عن وجهة نظر القابل ،فمثلا نجد أن العقد الإلكتروني الذي تم توقيعه في الجزائر في الفاتح من شهر جانفي مثلا يصادف نفس الوقت في اليوم الثاني من نفس الشهر في شيكاغو.

و تعد مشكلة تحديد زمان و مكان الإنعقاد من أهم و أدق المشكلات القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكتروني ،لاسيما أن قانون التجارة الإلكترونية النموذجي لسنة 1996 و التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية الصادر عام 2000 لم يحددا لحظة و مكان إبرام العقد الإلكتروني تحديدا صريحا ،مما قد يؤدي إلي اختلاف الدول في تبني مفهوم موحد لتحديد وقت و مكان إبرام العقد الإلكتروني.

تبدو أهمية تحديد زمان و مكان إبرام العقد لما يترتب على ذلك من نتائج قانونية هامة ،فتحديد زمان إبرام العقد يترتب عنه معرفة الوقت الذي يحق فيه المستهلك العدول عن التعاقد ،وكذلك تحديد وقت انتقال الملكية وتحمل تبعة الهلاك وحساب بداية مواعيد التقادم و كذلك بالنسبة للعقود التي يبرمها التاجر الذي يشهر إفلاسه حيث يتوقف مصيرها على معرفة وقت انعقاده ،فيترتب على تحديد مكان إبرام العقد تحديد القانون الواجب التطبيق ومعرفة المحكمة المختصة بالفصل في حل النزاع في حال حدوثه.

عليه فسوف نعمد إلى دراسة زمان و مكان انعقاد العقد من خلال محورين المحور الأول زمان انعقاد العقد الإلكتروني والمحور الثاني مكان انعقاده.

المحور الأول
زمان انعقاد العقد الالكتروني

من المعلوم أن العقد ينعقد عند حدوث ما يعرف بتطابق الإرادتين من إيجاب و قبول، لكن وبالنظر إلى الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني فإنه يصعب تحديد الزمان الذي حدث فيه التطابق الفعلي للإرادتين ذلك لعدم توافر الحضور المباشر لطرفي التعاقد.[1]

إذ أن الصعوبات التي تواجه تطبيق مبدأ لحظة تطابق القبول مع لحظة انعقاد العقد في تحديد زمان وصول القبول أو الإيجاب إلى الطرف الأخر في العقد ،فإذا كان التعبير عن الإرادة يتم عن طريق الضغط على الزر لتعبير الشخص على الموافقة فإن انتقال هذه الإرادة يتم عن طريق ارتدادات كهربائية تترجم إلى ومضات إلكترونية والتي تصل إلى حاسوب المرسل إليه مما ينجم عنه صعوبة تحديد تاريخ وصول هذه الومضات إلى الطرف الآخر[2].

1-.مرزوق نور الهدى،التراضي في العقود الإلكترونية،مذكرة ماجستير،جامعة مولود معمري تيزي وزو،كلية الحقوق والعلوم السياسية،الجزائر،2012 ،ص167 .

2-.المرجع نفسه،ص167.

محل السؤال أيضا: هل ينعقد العقد عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول نظام الكمبيوتر الخاص بالموجب أم عند تصديرها من طرف القابل ،أم عند استلامها من طرف الموجب أم عند علم هذا الأخير بها ،مع العلم بأنه يغلب على التعاقد الالكتروني وصف التعاقد بين غائبين فهل يا ترى تصلح النظريات التقليدية لتحديد زمان انعقاد هذا النوع من العقود؟ و ما موقف التشريعات الإلكترونية من ذلك .

نستعرض في هذا المقال أهم النظريات التقليدية التي جاء بها الفقه بخصوص زمان انعقاد العقد بصفه عامة ،وكذا موقف التشريع في هذه المسألة سواء على الصعيد الدولي أو على الصعيد الوطني.

أولا:زمان انعقاد العقد في الفقه

لقد تبنى الفقه عدة نظريات تتحدد بموجبها لحظة اقتران القبول بالإيجاب و لقد اختلفت النظريات في تحديد هده اللحظة إذا كانت لحظة إعلان القبول أم تصديره أو استلامه أم العلم به [3]

سنحاول بيان النظريات الأربع التي جاءت في تحديد زمان انعقاد العقد و معرفة مدى إمكانية الركون إليها في حكم التعاقد عبر وسائل الإتصال الحديثة.

1/النظريات التي تنحاز للموجب له

لا جدل أن مصلحة الموجب له تقتضي منا القول بتمام العقد فور إعلان القبول أو تصديره فذلك هو ما يضمن استقرار العقود و حرمان الموجب من العدول عن إيجابه منذ هذه اللحظة و عليه فقد اعتمد البعض إعلان القبول أو مجرد تصديره من خلال شبكة الإنترنت أو شبكة معلومات أو اتصالات أو عبر البريد الإلكتروني.[4]

3-.أمانج رحيم أحمد ،التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنيت (د.ط)،دار وائل للنشر،الأردن (د.س.ن)،ص177.

4-أبو عمرو مصطفى أحمد،مجلس العقد الإلكتروني،(دراسة مقارنة)،دار الجامعة الجديدة،الإس كندرية،مصر،2011،ص119.

أ/- نظرية إعلان القبول:

أ1/- عرض النظرية:

تعتمد هذه النظرية على مبدأ إعلان القبول لشخص الموجب و بمجرد إعلان القبول المطابق للإيجاب فإن العقد ينعقد بغض النظر عن علم الموجب بهذا القبول من عدمه ،فالعقد ينعقد في الزمان الذي يعلن فيه القابل عن قبوله بالإيجاب دون الحاجة إلى علم الموجب بالقبول ،وهذه النظرية تستند على ما تقتضيه الحياة التجارية وما يقتضيه عنصرا السرعة و الائتمان ،فضرورة التجارة تقتضي غض النظر عن كل اعتبار ،فالقابل يكون مطمئنا لانعقاد العقد بمجرد إعلان قبوله و تجري المعاملات بين الأطراف على هذا الأساس.[5]

أ2/- آليات إعمال النظرية في إطار التعاقد الإلكتروني:

إذا حرر الموجب له ما يفيد قبوله التعاقد أو ضغط على الأيقونة المخصصة لذلك فإن العقد قد تم من هذه اللحظة أي من لحظة إعلان القبول دون الحاجة إلى وصول هذا الأخير إلى الموجب، ففي العقود التي تتم عبر شبكة الإنترنت اللحظة التي ينعقد فيها العقد هي اللحظة التي يحرر فيها من وجه إليه الإيجاب رسالة الكترونية تعبر عن قبوله لما عرض عليه[6].

أما إذا كانت طريقة التعاقد هي البريد الإلكتروني فإن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يعلن فيها المرسل إليه قبوله العرض المرسل له من شخص الموجب حتى قبل الضغط على مفتاح الإرسال.[7]

5-.شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ،أطروحة دكتوراه ،جامعة الجزائر بن يوسف بن خدة ،كلية الحقوق،الجزائر (2008 /2009) ص114.

6-.شلقامي شحاتة غريب،التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية(دراسة مقارنة)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،مصر،2008، ص120.

7-.المرجع نفسه،ص121.

أ3/ تقييم النظرية:

إنه و بالرغم مما توفره هذه النظرية من استقرار للمعاملات و سرعة في الحياة التجارية و ما يعرف عنهما إلا أنها أهملت وجوب العلم حتى ينتج التعبير عن الإرادة أثره ،فالمشرع الجزائري مثلا لا يعتد بمجرد الإعلان عن الإرادة بل يشترط العلم بها من طرف من وجهت إليه و إلا انعدم أثره ،ضف إلى هذا فإن انعقاد العقد يجب أن يرتكز على إرادة الطرفين و الاعتماد على إرادة القابل لوحده يلغي وجود شخص الموجب و يجعل هذا الأخير عرضة لأهواء الموجب له الذي يمكن له أن يتلاعب و ينكر قبوله كما يعاب على هذه النظرية تجاهلها لإرادة الموجب الذي يملك حق العدول عن الإيجاب غير الملزم(8).

صفوة القول أنه و بالنظر إلى الوسط الافتراضي الذي يحوي التجارة الإلكترونية فإنه من الصعوبة أن تتماشى هذه النظرية مع هذا النوع من العقود حيث أن الإيجاب الصادر من صاحبه و الذي يكون في متناول الجمهور يجد الموجب نفسه في هذه الحالة أمام ملايين الدعاوى القضائية ممن أعلنوا قبولهم ليطالبوه بتنفيذ العقد الذي هو نفسه لا يعلم بوجوده. [9]

ب/ نظرية تصدير القبول :

ب1/ عرض النظرية :

تتفق هذه النظرية في جوهرها مع ما جاء في سابقتها إلا أنها تشترط زيادة على إعلان القبول وجوب تصديره و بذلك يكون الإعلان أمرا نهائيا لا رجوع فيه، فإذا أرسل القبول إلى الموجب فلا يمكن لهذا الأخير العدول عن إيجابه و بهذا فإن الموجب يتمكن من إثبات القبول و لا يمكن للقابل إنكار ما صدر عنه من تعبير عن الإرادة الحرة و الصريحة في هذا الشأن[10].

8-.مرزوق نور الهدى،مرجع سابق ،ص169.

9-.المرجع نفسه، ص169.

10-.عبد الله صادق سهلب لما، مجلس العقد الإلكتروني،مذكرة ماجستير،جامعة النجاح الوطنية بنابلس،كلية الدراسات العليا،فلسطين،(2008/2009) ،ص138.

استند أصحاب هذا الرأي على القول بأن عملية تصدير القبول تؤدي لخروجه عن سيطرة الموجب له وتفوت عليه مكنة استرداده و الرجوع فيه و هو ما يعني صيرورته نهائيا[11]،سواء عن طريق استرداد الرسالة من مصلحة البريد أو بإرسال رسالة لاحقة تتضمن العدول عن القبول على أن تصل رسالة العدول قبل وصول القبول إلى الموجب و أن تصل رسالة العدول قبل وصول القبول إلى الموجب و أن مجرد إعلان القبول غير كاف لتوافق الإرادتين و انعقاد العقد.[12]

ب2/ آليات إعمال النظرية في إطار التعاقد الالكتروني:

التعاقد الإلكتروني حسب هذه النظرية يكون عن طريق نقر الموجب له على الأيقونة أو المفتاح الخاص بإرسال القبول للموجب ،فيتم التعاقد الإلكتروني في لحظة النظر على مفتاح إرسال الرسالة الإلكترونية و خروجها عن سيطرة الموجب له.[13]

ب3/ تقييم النظرية:

غير أن هذه النظرية كانت هي الأخرى قاصرة و لا تتمتع بالقيمة القانونية نظرا لطبيعة التعاقد الإلكتروني و الذي يتم بواسطة تقنية و غالبا ما يحول مانع فني دون وصول القبول ،مما يجعل الرسالة المتضمنة القبول حبيسة في جهاز القابل و بهذا يتحقق الإعلان دون التصدير مما يعيدنا إلى نظرية إعلان القبول ، ضف إلى هذا فإن تصدير القبول لا يمثل سوى واقعة مادية لا يتمتع بقيمة قانونية ،و عليه فإن تصدير القبول مثله مثل إعلان القبول لا يكف لانعقاد العقد[14].

2/النظريات التي تنحاز للموجب:

لقد سبق و أن سردنا النظريتين اللتين تنحازان لصالح الموجب له (نظرية إعلان

11-.أبو عمر مصطفى احمد ،مرجع سابق ،ص120.

12-.عبد الله صادق سهلب لما ،المرجع السابق ،ص138.

13-.أبو عمرو مصطفى أحمد ،المرجع السابق ،ص121.

14-.ابو عمرو مصطفى أحمد،المرجع السابق ،ص121.

القبول) و (نظرية تصدير القبول) ، وفي هذا المقال سوف نهتم بدراسة النظريتين اللتين تنحازان لصالح الموجب (نظرية استلام القبول) و (نظرية العلم بالقبول).

أ/ نظرية استلام القبول:

أ1/ عرض النظرية:

حسب هذه النظرية ينعقد العقد في الزمان الذي تصل فيه رسالة القابل إلى الموجب حتى ولو لم يطلع عليها هذا الأخير وفي هذه الحالة يكون استلام الموجب لرسالة القبول استلاما نهائيا و لا يمكن حينئذ للقابل استرداد القبول و من ثم وجوبا ينعقد العقد حتى ولو لم يتوفر العلم الفعلي للموجب بالقبول المطابق لعرضه ،بحيث يعتبر الوصول قرينة على العلم.[15]

أ2/ آليات إعمال النظرية في إطار التعاقد الالكتروني :

يختلف الأمر وفقا لما إذا كان الموجب (المرسل إليه) قد حدد نظاما معينا للمعلومات لاستلام الرسالة الإلكترونية من عدمه، فإذا حدد نظاما معينا لاستلام القبول فإن العقد الإلكتروني يتم في اللحظة التي يتلقى فيها الموجب الرسالة الإلكترونية التي تتضمن القبول ، في هذه الحالة يبرم العقد حتى ولو يطلع الموجب على محتوى بريده الإلكتروني،و إذا تم إرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول عبر نظام معلومات آخر خاص بالموجب ، لكنه ليس ذات النظام المعلوماتي الذي حدده الموجب لتلقي القبول الإلكتروني كما في حالة وجود وسيط إلكتروني بينهما يتولى تسليم الرسالة من الموجب له و توصيلها أو نقلها إلكترونيا أيضا إلى الموجب فإن العقد الإلكتروني يتم لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المشتملة على القبول في نظام معلوماتي يخص الموجب. [16]

15-.مرزوق نور الهدى، المرجع السابق ،ص172.

16-.أبو عمرو مصطفى أحمد ، مرجع سابق ،ص122.

أ3/ تقييم النظرية :

نجد أن هذه النظرية شأنها شأن سابقتيها لم تسلم هي الأخيرة من النقد فاعتبار الوصول قرينة على العلم بمضمون الرسالة قرينة غير قاطعة و قابلة لإثبات العكس ،فنجد أن بعض إصدارات برنامج «مايكروسوفت لوث لو ك» تتيح إمكانية استرداد القبول المرسل بالبريد الإلكتروني حتى بعد دخول الرسالة الإلكترونية إلى الصندوق الوارد الخاص بالموجب شريطة أن لا يكون الموجب قد فتح الرسالة الإلكترونية و بالتالي تنتفي عن استلام القبول الصفة النهائية.[17]

بالرغم من الانتقادات الموجهة لهذه النظرية إلا أن البعض يرى بأن هذه الإنتقادات لا ترد على هذه النظرية في حال استعمالها في إطار الشبكة العنكبوتية لكون التجارة الإلكترونية المؤسسة على المواقع الكبرى تقوم ببث العرض على شتى مواقعها منتظرة رد الجمهور على هذا العرض عبررسائل البريد الإلكتروني أو الضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها و في هذا المجال فإن استلام القبول يكون عن طريق البرامج المعدة خصيصا في هذا الشأن و التي تكون مخصصة لمعالجة مختلف الردود ،بغض النظر عن الدور البشري الذي يتعدى التوجيه للإشراف ، بالتالي يتاح لهذه المواقع الإطلاع على هذه الرسائل و ما جاء فيها من مضمون بمجرد استلامها[18]

لقد أيد الأستاذ محمود عبد الرحيم الشريفات هذا الطرح ورأى بأن هذه النظرية هي الأكثر ملائمة في مجال التعامل عبر الشبكة العنكبوتية.

لكن بالرغم من هذا فلا يمكن تجاهل ما يمكن حدوثه ،فالقابل يمكنه أن يرسل رسالة القبول و بعد الضغط على زر الإرسال أرسلت له رسالة تؤكد إرسال الرسالة الأولى وتمام العملية بنجاح ، حينئذ يتأكد القابل من وصول الرسالة و انعقاد العقد إلا أنه وبعد فترة وجيزة أو طويلة فإن مقدم الخدمة للإرسال يرسل رسالة ثانية يخبره فيها بتعذر إيصال بريده الإلكتروني إلى العنوان المقصود[19]

17-.عبد الله صادق سهلب لما ،مرجع سابق ،ص139.

18-.مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص173.

19-.عبد الله صادق سهلب لما ، المرجع السابق ، ص140.

ب/نظرية العلم بالقبول:

ب1/ عرض النظرية:

حسب هذه النظرية فإن ارتباط القبول بالإيجاب لا يتم إلا في اللحظة التي علم فيها الموجب حقيقة بالقبول ،و لا يولى الاهتمام بالوقت الذي يتم فيه تسلم القبول و تسلم الرسالة المتضمنة له ، تعد هذه النظرية في صالح الموجب إذا أن هذه الفترة التي يستطيع فيها سحب إيجابه تكون أكثر امتدادا من النظريات السابقة[20]إذ أنها تسعى لتحقيق الحماية الكاملة لشخص الموجب ،و يرتكز على إرادة هذا الأخير و تمنحه المهلة الكافية لممارسة حق العدول عن الإيجاب.[21]

ب2/آليات إعمال النظرية في إطار التعاقد الإلكتروني:

في التعاقد لإلكتروني وفي إطار العقود التي تتم عن طريق البريد الإلكتروني

فإن اللحظة التي ينعقد فيها العقد هي لحظة علم الموجب بالقبول كأن يطلع على بريده الإلكتروني و يعلم من خلال الرسالة المرسلة من طرف القابل قبول هذا الأخير التعاقد.[22]

الجدير بالذكر أن أغلب الفقه يميل إلى الأخذ بهذه النظرية لسلامة أساسها القانوني و تلاؤمها مع طبيعة المعاملات الإلكترونية و ما تضفي عليها من ثقة و استقرار خاصة و أنها بأمس الحاجة لذلك حتى تنمو و تزدهر. [23]

20-.حوحو يمينة،عقد البيع الإلكتروني،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر1،كلية الحقوق بن عكنون،الجزائر2011،ص115.

21-.أبو عمرو مصطفى أحمد،مرجع سابق،ص132.

22-.شلقامي شحاته غريب،مرجع سابق،ص125.

23-.أبو عمرو مصطفى أحمد،المرجع السابق،ص179.

ب3/ تقييم النظرية:

نجد أن هذه النظرية هي الأخرى لم تسلم من النقد على أساس أن علم الموجب ليس شرطا لانعقاد العقد بل هو شرط لزوم و نفاذ،أي بمجرد علم الموجب بالقبول يلتزم بتنفيذ العقد و يطالب بحقوقه في مواجهة الطرف الأخر. [24]

كما أنه عيب على هذه النظرية على أساس أنها تنحاز إلى الموجب و تترك عملية إتمام العقد في يد الموجب وحده ، هذا الأخير لا يوجد ما يلزمه بالإطلاع على رسالة القبول و العلم بها ،طالما أن وصولها لا يكف لانعقاد العقد ،فإذا رفض الموجب الإطلاع على الرسالة فلا ينعقد العقد ،زيادة على عدم امتلاك القابل لأي إثبات على علم الموجب بمضمون رسالته. [25]

ثانيا:زمان الانعقاد في التشريع

بالنظر إلى ما سبق من النظريات و التي تم تبنيها من قبل بعض التشريعات في تحديد الإطار الزماني لانعقاد العقود الإلكترونية فإنه غني عن الذكر الطبيعة الخاصة لهذا النوع من العقود و نظرا لحداثتها فقد لجأت العديد من التشريعات إلى إيجاد بعض النظريات المستحدثة تماشيا مع هذا النوع من العقود ،لكن الخلاف بقى قائما حول النظرية الأكثر تلاؤما و تجاوبا مع هذه العقود ،حيث كانت القوانين الدولية سباقة لتناول هذه المسألة و معالجتها.

1/رأي التشريعات الدولية في مسألة زمان انعقاد العقد الالكتروني

إنه لمن السهل تبني إحدى النظريات السابقة لتحديد الإطار الزماني لانعقاده العقد الالكتروني ،لكن و باعتبار أن العقود الإلكترونية غالبا ما تعد عقودا تجارية ذات طابع دولي،فهنا يكمن موطن الخلل فهذا سيؤدي حتما لحدوث ما يسمى بالتنازع الدولي

24 - .شلقامي شحاتة غريب،المرجع السابق،ص125.

25-.مرزوق نور الهدى،مرجع سابق ،ص176.

للقوانين[26] لذا فقد سعت جل التشريعات الدولية إلى تنظيم هذا النوع من العقود و بوضع قواعد و قوانين خاصة تحكم المسألة المطروحة في هذا المقال أهمها الاتفاقيات الأوروبية و اتفاقية فينا.

أ/الاتفاقيات الأوروبية:

لقد اختلفت الاتفاقيات الأوروبية حول الأخذ بنظرية من النظريات السابقة عليها بما يقتضيه تحقيق الأمان القانوني عبر الشبكة العنكبوتية ،حيث نجد أن الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات قد تبنى نظرية الوصول إذ يعتبر العقد الذي يتم باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات مبرما في الزمان و المكان اللذين تصل فيهما الرسائل التي تشكل قبولا للعرض. [27]

هذا ما يمكن استخلاصه من خلال ما ورد في نص المادة 3/3 و التي اعتبرت لحظة و مكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكتروني للبيانات هي اللحظة و المكان اللذين تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونية الخاصة لقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب ،و قد تبنت اتفاقية التبادل النموذجي هي الأخرى نظرية الاستلام و ذلك نظرا إلى ما ورد في نص المادة 4 /3 منها التي تنص على «يعتبر العقد المنشأ باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات متى استلمت الرسالة المرسلة كقبول العرض وفقا للمادة 3 /1 من الاتفاقية» ،بينما تبنى التوجيه الأوروبي بشأن التجارة الإلكترونية رقم 31 /2000 الصادرة بتاريخ 17 /07 /2000 نظرية استلام القبول ،مع إدراج بعض التعديلات على هذه النظرية إذ لم يكتف بلحظة الاستلام لانعقاد العقد بل الانعقاد باستلام التأكيد من مزود الخدمة بصحة القبول ،إذ يحدد وقت استلام القبول من اللحظة التي يمكن فيها للموجب الدخول للبريد الإلكتروني.[28]

26-.Guillaume BEAURE D'AUGERES, pierre BRESSE et STEPHANIE, THUILIER Paiement numérique sur internet. Thomson publishing, paris, 1997, p109

27-.مرزوق نور الهدى ،مرجع سابق،ص178.

28-.نفس المرجع،ص178.

ب/اتفاقية فينا:

لقد نظمت اتفاقية فينا المبرمة سنة 1980 (اتفاقية الأمم المتحدة) للبيع الدولي للبضائع وعقود البيع الدولي بصفة عامة دون التطرق إلى الوسيلة المستعملة في التعاقد سواء كانت تقليدية أم اليكترونية حيث تبنت هذه الاتفاقية نظرية الوصول،لكنها قرنت هذه الأخيرة بشرط وصول الإعلان إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها هذا الأخير أو خلال مدة معقولة في حال عدم وجود مثل هذا الشرط،حيث جاء في نص المادة 18 ما يلي:»يحدث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه « و المعنى المقصود من تحقيق الإيجاب أثره انعقاد العقد.[29] و جاءت المادة 24 من هذه الاتفاقية لتوضيح وصول إعلان القبول فنصت على:»في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن قبول أو أي تعبير أخر عن القصد قد وصل إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأي وسيلة أخرى ،أو تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي»وهذا ما يؤكد على تبني اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع نظرية تسليم أو وصول القبول.[30] بمعنى أن هذا العقد ينعقد لحظة تسليم الموجب رسالة تتضمن القبول بغض النظر فيما إذا علم الموجب بمضمون الرسالة أم لم يعلم به. [31]

تطبيقا لما سبق ذكره إذا أبرم عقد بيع دولي عبر الإنترنت بين دولتين منضمتين إلى الاتفاقية، أو بين أفراد تلك الدول من خلال تبادل الرسائل عبر تقنية البريد الإلكتروني ،فإن زمن الانعقاد يتحدد بالموازاة مع زمان الوصول إلى بريد الموجب رسالة تتضمن قبول الإيجاب بغض النظر عن إطلاع الموجب عليها أم لا ،إنما ما يهم في هذا السياق هو جاهزيتها للمعالجة ،أي إمكانية قراءتها دون الحاجة إلى فتحها و معرفة مضمونها و

29-.المرجع السابق،ص 179.

30-.Corinne Renault BRAHINSK, l'essentiel du droit des obligation, GUALIONO paris5 eme Edition 2009,,p39.

31-.عبد الله صادق سهلب لما،مرجع سابق ،ص138.

يكون ذلك من خلال ما يرد في العنوان المشهر في واجهة الرسالة دون فتحها. [32]

د/القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية (اليونسترال):

تنص المادة الأولى ف15 من قانون اليونسترال لسنة 1996 بشأن زمان إرسال و استلام رسائل البيانات على:

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

2ـ ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك، يتحدّد وقت استلام رسائل البيانات على النحو الآلي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عيّن نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع الاستلام:

٠وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين.

٠وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات ،إذا أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه لكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

ب- إذا لم يعيّن المرسل إليه نظام معلومات ،يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه. [33]

بالنظر إلى مضمون المادة آنفا نجد أن هذا القانون قد كفل حرية الأطراف في تحديد زمان الانعقاد بترك المجال واسعا أمام مبدأ سلطان الإرادة لتحديد لحظة

32-.الشريفات محمد عبد الرحيم،التراضي في التعاقد عبر الأنترنيت،(دراسة مقارنة)،دار حامد للنشروالتوزيع،عمان ،الأردن،2005 ،ص165-164.

33. -شلقامي شحاتة غريب ،مرجع سابق ،ص130-129.

إرسال و استلام البيانات ،فيلتزم الأطراف بما ورد في الاتفاق و في حالة عدم وجود الاتفاق المنظم لهذا الشأن ،فتحل أحكام هذه المادة محل الاتفاق لحلّ النزاع القائم حول مسألة تحديد لحظة إبرام العقد.[34]

كما يلاحظ من نص هذه المادة أن المشرع قد تبنى فكرة دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات التابع للمرسل إليه، أي أن تصل الرسالة مع وجوب قابليتها للمعالجة وفق نظام معلومات المرسل إليه، بالمفهوم المقابل فهو لم يكتف بمجرد وصول الرسالة المتضمنة القبول بل قرنها بإمكانية المعالجة ،ففي حالة وجود خلل تقني حال دون إمكانية معالجتها و الرسالة لم تصل إلى النظام الخاص بالمرسل إليه و لا يكتفي بالوصول ،إذ أنه في العديد من المرات تصل الرسالة لكنها لا تدخل كون النظام مغلق في وقت الوصول ،و بذلك تتعذر قابلية الرسالة المعالجة.[35]

ما يستخلص أيضا من خلال عرض أحكام المادة 15 من القانون النموذجي أن هذا القانون اكتفى بتحديد وقت إرسال و تسليم رسائل المعلومات مبررا ذلك بما جاء في الدّليل الإرشادي[36] لسن هذا القانون وهو الرغّبة في تجنب حدوث التعارض بين نصوصه و بين القوانين الوطنية المنظمة لمسألة زمان التلاقي و ذلك تحقيقا لمبدأ احترام سيادة الدّول و تجنب أي تعارض بينها و بين القانون النموذجي في حالة تبنيه لنظرية معيّنة ،إذ يفسح المجال أمام القانون الوطني حسب النظرية التي يتبناها بصدد تحديد زمان انعقاد العقد.[37]

تتجلى القيمة القانونية لنص المادة 15 في تحديد الإطار الزماني لانعقاد العقد الالكتروني بالنسبة للدول التي تتبنى في تشريعها الداخلي نظرية التصدير (الإرسال) أو نظرية التسليم (الوصول)، فإن تبنت الدولة الأحكام الواردة في القانون النموذجي و

34-.مرزوق نور الهدى،مرجع سابق،ص181.

35-.نفس المرجع،ص.181

36-.راجع البند104 من الدِليل الإرشادي لسنّ القانون النموذجي على الموقع.

37-.الشريفات محمود عبد الرحيم، مرجع سابق، 171.

تأخذ بأحكام نظرية تصدير القبول بالموازاة مع القانون النموذجي ،فإن دخول رسالة القبول إلى نظام خارج عن سيطرة المنشئ القابل أو من ينوب عنه ويتحقق ذلك بضغط المرسل على زر الإرسال لتخرج الرسالة عن سيطرة المنشئ ويدخلها إلى نظام معلومات خارج عن سيطرته، أما في حال تبنيها لأحكام القانون النموذجي مع اعتمادها على القواعد الخاصة بنظرية تسليم القبول فإن الإطار الزماني لانعقاد العقد الالكتروني يكون في اللحظة التي يتم فيها تسلّم القبول وهو دخول رسالة البيانات المتضمنة القبول إلى نظام المعلومات الذي حدّده المرسل إليه أو في اللّحظة التي يتم فيها استخراجها من أي نظام معلومات آخر تابع للمرسل إليه. [38]

تستثني مما سبق بالذكر الدّول التي تبنت نظريتي الإعلان أو العلم بالقبول من أحكام القانون النموذجي إلا في الحالة التي يتفق فيها المتعاقدان على اعتبار وقت ابرام العقد هو لحظة تصدير القبول أو تسلمه. [39]

2/رأي التشريعات الوطنية حول مسألة زمان انعقاد العقد الالكتروني

نظرا لحداثة العقود الالكترونية فإن جلّ التشريعات حاولت مواكبة هذه الحداثة وعالجت موضوع زمان انعقاد هذه العقود من بنوع من الخصوصية عن العقود التقليدية.

أ/ موقف المشرع الفرنسي والمشرع الأمريكي:

أ1/موقف المشرع الفرنسي:

لقد تباين موقف المشرع الفرنسي في مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني أو بالأحرى نجد أنه قد تنازل عن هذا الحكم و تركه للقضاء و في هذا الصدد ترددّت محكمة النقض الفرنسية في اعتبار مسألة زمان انعقاد العقد من مسائل الواقع فهي متروكة للقضاء أم أنها من مسائل القانون فهي متروكة للتشريع.

38-.نفس المرجع، ص 171.

39-.مرزوق نور الهدى،مرجع سابق،ص182.

أمام هذا الطرح تدخل الفقه و لعب دورا هاما إذ اعتبر أن تحديد زمان انعقاد العقد هو من مسائل القانون، إذ أن محكمة النقض الفرنسية تبنت نظرية تصدير القبول ،لكن بعد ذلك صدر القانون الفرنسي الخاص بالمعاملات الالكترونية هذا الأخير استمد أحكامه من التوجيه الأوروبي الصادر عام 2000 الخاص بالتجارة الإلكترونية و سد ما اعتبره نقصا إذ أضاف مادّة جديدة إلى التقنين المدني الفرنسي تقضي بأن العقد المبرم عن طريق الوسائل الالكترونية لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من طرف القابل.[40]

أ2/ موقف المشرع الأمريكي:

المشرع الأمريكي حذا حذوّ و المشرع الفرنسي في مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني إذ أنه فرض التزاما على البائع مفاده أنه يقوم هذا الأخير بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد خلال مدة 10 أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله و هذا ما عبّرت عنه المادة 201 ف1 من القانون التجاري الأمريكي.[41]

ب/ موقف التشريعات العربية:

ب1/ موقف المشرع المصري:

لقد تبنى المشرع المصري نظرية العلم بالقبول سواء كان التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين و ذلك بصريح ما جاء في نص المادة 91من القانون المدني المصري التي تنص على:»يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك»، حين ذلك نفترض أن علم الموجل بالقبول قدّم في المكان و الزمان اللّذين وصل إليه فيهما هذا القبول.[42]

40-.شلقامي شحاته غريب،مرجع سابق،ص131-130.

41-.مرزوق نور الهدى ،مرجع سابق،ص184.

42-.أبو عمرو مصطفى أحمد،مرجع سابق،ص133.

ب2/موقف المشرع الأردني:

باستقراء ما جاء في نص المادة 17 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني التي تنص على:

«أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك، ب- إذا كان المرسل إليه قد حدّد نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات ،فتعتبر الرسالة قد تم تسلّمها عند دخولها غلى ذلك النظام فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحيده ،فتعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه بالإطلاع عليها لأول مرة ، ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات ،فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة معلومات تابع للمرسل إليه»

نجد أنه قد أخذ بما جاء به القانون النموذجي حينما أعتبر لحظة انعقاد العقد الالكتروني هي اللحظة التي يتم فيها دخول رسالة المعلومات إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك ،إذ ترك الحرية للأطراف نيابة ووسع من دائرة مبدأ سلطان الإدارة و أيضا عند التمعن بما جاء في هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الأردني قد انتهج منهج القانون النموذجي أيضا حينما اخذ بنظرية استلام القبول منطلقا بذلك من القاعدة الفقهية الدالة على تقييد استلام القبول العام في تحديد وقت انعقاد العقد الالكتروني و هو وقت استلام القبول وليس وقت الإعلان عنه. [43]

ب3/ موقف المشرع الجزائري :

تنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري على:»يعتبر التعاقد ما بين غائبين قد تم في المكان و الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك...،ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان الذي وصل إليه فيهما القبول».

43-.عبد الله صادق سهلب لما،مرجع سابق،ص156.

ما يستنتج مما ورد في نص المادة المذكورة أعلاه هوأن المشرع الجزائري قد تبنى في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني نظرية العلم بالقبول و افترض حصول العلم بالقبول وقت وصوله ،وتجدر الإشارة إلى أن الوصول هو قرينة بسيطة يمكن للموجب إثبات عكسها،أي أن الموجب لم يعلم بالقبول لحظة وصوله وإنما في وقت لاحق ،كأن يكون مسافرا وقت وصول القبول، كما تجدر الإشارة أيضا إلى أن هذه القاعدة من ضمن القواعد المكملة و التي يمكن للمتعاقدين الاتفاق على ما يخالفها،كأن يتفق المتعاقدان على أن العقد يتم وقت إعلان القبول أووقت تصديره.[44].

ما سبق سرده ما هو إلا إسقاط لما جاء في القواعد العامة على أحكام التعاقد الإلكتروني في ظل الفراغ التشريعي المتمثل في انعدام تشريع خاص يحكم هذا النوع من العقود ، هذه الأخيرة التي تشهد تطورا ملحوظا يرتبط بما تؤول إليه الاختراعات البشرية في مجال المعلوماتية.

المحور الثاني

مكان انعقاد العقد الالكتروني

يثور التساؤل أحيانا حول مكان انعقاد العقد بالنظر إلى النتائج القانونية المترتبة على ذلك مثل خضوع إنشاء العقد لقانون المكان الذي انعقد فيه أوتحديد تاريخ سريان العقد.[45]

فعندما ينعقد العقد بحضور الطرفين يعتبر مكان وجودهما مكانا لنشأة العقد، بالتالي يخضع لقانون ذلك البلد ،كما أنه لا لبس حول تاريخ إنشاء العقد،إذ يكون في اليوم و الساعة التي تم إبرامه فيهما.[46].

44-فيلالي علي ،الإلتزامات:النظرية العامة للعقد،موفم للنشر،الجزائر،2008، ص 123.

45-.العوجي مصطفى،القانون المدني،(الجزء الأول :العقد)،الطبعة الرابعة،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت،لبنان،2007، ص 260.

46-.المرجع نفسه، ص 260.

لكن الإشكال الذي يطرح نفسه هو مكان انعقاد العقد عندما ينشأ في وسط افتراضي وعندما يكون الانترنيت فضاء الالتقاء وتبادل التعبير عن الإرادة و عقد الاتفاقات، فحينئذ تظهربعض المشاكل القانوية فهنا يتحتم على طرفي التعاقد الارتباط بالعالم الأرضي. [47] خاصة بالنظر إلى الأهمية المترتبة على الفصل في هذه المسألة من معرفة للقانون الواجب التطبيق وذلك تطبيقا لقواعد القانون الدولي الخاص بالنسبة للعقود التي تتوفر على العنصر الأجنبي و كذا تحديد المحكمة المختصة بالفصل بالنزاع الناشئ عن العقد في حال قيامه.[48]

عليه وبناءا على ما سبق ذكره سوف نعمد إلى دراسة مكان انعقاد العقد الالكتروني من خلال التطرق إلى أهم النظريات التي سيقت في هذه المسألة ،فهل يا ترى أن اللحظة التي يعتبر فيها العقد انعقد هي ذاتها التي تحدد مكان الانعقاد،و بالتالي تتجسد نظرية التلازم بين الزمان والمكان في انعقاد العقد الالكتروني أم انه يجب الفصل بين زمان ومكان الانعقاد(عدم التلازم)؟ ويا ترى ما موقف مختلف التشريعات سواء العربية أو التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية من مسالة مكان انعقاد العقد الالكتروني؟

أولا:التلازم وعدم التلازم في تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني

ثارجدل كبيرحول مسالة تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني ،فالبعض يعتبرانه مكان انعقاد العقد الالكتروني بالتحديد تبعا للحظة التي ترتبط فيها الإرادتان وبالتالي يوجد تلازم بين زمان ومكان انعقاد العقد، والبعض الأخر يوجب الفصل بين الزمان و المكان في انعقاد العقد الإلكتروني (مالوري) و(شيفاليه) .وعليه سوف نحاول في هذا المقال معالجة فكرة التلازم بين المكان والزمان والحجج التي سيقت في هذا الصدد، كما سنتطرق إلى فكرة عدم التلازم ومنه وجوب الفصل بين الزمان و المكان في التعاقد الإلكتروني.

47-.مرزوق نور الهدى، مرجع سابق ،ص187.

48-.عبد الله صادق سهلب لما ، مرجع سابق،ص135 – 136.

1/نظرية التلازم بين المكان والزمان:

أ/ عرض النظرية:

تبنت العديد من التشريعات فكرة التلازم بين الزمان والمكان في انعقاد العقد الإلكتروني وعليه فإن النظرية المحددة لزمان انعقاد العقد حسب تشريع دولة ما هي نفسها النظرية المطبقة على مكان انعقاد العقد فإن تبنت الدولة نظرية تصدير القبول فإن مكان انعقاد العقد هو الآخر مكان تصدير القبول أما إذا أخذت بنظرية العلم بالقبول فإن مكان انعقاد العقد هو مكان العلم بالقبول[49].

ب/النقد الموجه للنظرية:

انتقدت هذه النظرية على أساس صعوبة الأخذ بها خاصة بالنظر إلى مميزات البيئة الإلكترونية بحيث أن الطرف المتعاقد يمكنه الدخول إلى الموقع الإلكتروني الخاص به في أي قطر من هذا العالم،و بالتالي فإن الأخذ بهذه النظرية يؤدي إلى حدوث تداخل بين القوانين ويؤدي إلى خضوع أطراف العلاقة العقدية إلى قانون دولة غير الدولة التي ينتمون إليها و إن كان هذا الأمر لا يطرح إشكالا في العقود الدولية إلا أنه يطرح إشكالا في حال إبرام الطرفين العقد و هما داخل حدود الدولة التي ينتميان إليها ، أبسط مثال يطرح فهذا المقال إبرام جزائريين لعقد داخل حدود الدولة الجزائرية،لكن الموجب لا يطلع على القبول إلا بعد دخوله دولة فرنسا،فمنطق الأمور يقتضي خضوع هذا العقد من حيث القانون الواجب التطبيق إلى القانون الجزائري . (50)

من هنا تأكدت عدم ملائمة قاعدة التلازم لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني،لذلك فإنه يجب استحداث قواعد جديدة لاستيعاب هذا النوع من العقود و إيجاد حلول تتلاءم مع طبيعتها .

49-.مرزوق نور الهدى،مرجع سابق،ص188.

50-.المرجع نفسه،ص189.

2/نظريتي عدم التلازم بين الزمان و المكان

ترى النظريات الثنائية عدم التلازم الحتمي بين زمان و مكان العقد أهم روادها الأستاذان مالوري و شيفاليه ، عليه فسنحاول عرض أهم ما جاء به من مالوري و شيفاليه في هذا الإشكال؟

أ/نظرية مالوري:

اعتمد الأستاذ مالوري على ماجاء به القضاء الفرنسي ،حيث استند في معالجة التعاقد ما بين غائبين على الفصل بين زمان و مكان انعقاد العقد دون الاعتماد على تحليل التراضي ،فتوصل الأستاذ مالوري إلى الأخذ بنظرية تصدير القبول و هي نفس النظرية التي استقر عليها القضاء الفرنسي ،و برهن أصحاب هذا الرأي على ما جاؤوا به بقولهم بعدم جواز إجبار الطرف الذي لم يكن سباقا إلى التعاقد التقاضي بعيدا عن محل إقامته ،بل على العكس من ذلك إذ أنه من صدرت منه الرغبة التعاقدية بداية هو من يتقاضى بعيدا عن محل إقامته و تطبيقا لما تم سرده على العقد الإلكتروني فإن العقد ينعقد في المكان الذي يصدر فيه القبول الإلكتروني فإذا قام القابل بإرسال رسالة البيانات للتعبير عن قبوله فهنا يكون مكان الانعقاد هو مكان إرسال الرسالة المتضمنة للقبول. [51]

ب/نظرية شيفاليه:

لا تختلف هذه النظرية عن سابقتها بحيث أنها هي الأخرى تفصل بين زمان انعقاد العقد ومكانه وذلك خلافا للنظريات التقليدية التي سبق التطرق إليها (إعلان ـتصديرـتسليمـالعلم بالقبول)،بحيث تؤكد هذه النظرية على عدم إمكانية ربط اقتران الإيجاب بالقبول بمكان معين إذا كنا بصدد التعاقد بين غائبين على اعتبار أن فكرة العقد الرضائي تتعارض مع الوجود في مكان انعقاد العقد ما بين غائبين، أي أن تطابق الإرادتين المنشئ للتراضي يتحقق في زمن معين دون أن يتحقق في مكان معين فكل

51-.عبد الله صادق سهلب لما ، مرجع سابق،ص146.

إرادتين من إيجاب و قبول لا يمكن أن تتواجد في مكان معين ، ذلك أن الإرادة لا تقبل الانتقال ولا الوجود في مكان معين، وقد اعتبر شيفاليه مكان انعقاد العقد هو المكان الذي أرسل فيه الإيجاب، أي المكان الذي يتواجد فيه الموجب له وعند سكوت الطرفين على القواعد المطبقة على كل نزاع يمكن أن ينشأ عن هذا التعاقد فإن القانون الواجب التطبيق هو مكان الرسالة الذي انطلقت منها لمبادرة التعاقدية و أن ذلك الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى عدة أشخاص يكون له المعنى نفسه وإن اختلف الموجه إليهم الإيجاب. (52)

كتعقيب لما ورد في نظرية مالوري وبالرغم مما جاءت به من حماية لشخص القابل و بالرغم من منطقية عدم جواز إجبار المتعاقد الذي لم يصدر منه الإيجاب على التقاضي بعيدا عن محل إقامته إلا أنه لا يمكن تصور الأمر في حال صدور القبول من عدة أشخاص ينتمون إلى عدة دول مختلفة لإيجاب موجه لهم عبر شبكة الويب أو حتى عبر البريد الإلكتروني ،ففي حالة مقاضاتهم للموجب لا يمكن لهذا الأخير أن يقصد محل إقامة كل واحد منهم ،إلا أن المعقول و منطق الأمور يقتضي توجه الموجب لهم إلى محل إقامة الموجب، أيضا ما يبرر هذا الحل القانوني هو أن الموجب له اختار بمحض إرادته أن يكون طرفا في التعاقد وهذا ما أخذ به شيفاليه لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني إذ اعتمد على مكان الموجب له وهذا يدل على وجوب العودة إلى مكان الإرسال الذي حررت منه الرسالة المتضمنة المبادرة التعاقدية في حال سكوت الطرفين. (53)

ثانيا:موقف التشريع من مسألة مكان انعقاد العقد الالكتروني

سنحاول فيما يلي إلقاء الضوء على الحلول التي تبناها كل من المشرع العربي في تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني و كذا موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية في تحديد مكان الانعقاد.

52-.نفس المرجع،ص146.

53-المرجع السابق،ص148.

1/موقف التشريعات العربية

ينقسم الرأي حول مكان انعقاد العقد إلى اتجاهين سنبينهما على النحو الآتي:

أ/الاتجاه الأول : الإبرام في مكان إعلان القبول نجد أن هذه التشريعات قد انحازت إلى القابل، فاعتبرت مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان إعلان القبول كالمشرع السوري و اللبناني و الأردني.[54]

ب/الاتجاه الثاني:الإبرام في مكان العلم بالقبول

تبنت بعض التشريعات على رأسها المشرع المصري فكرة تمام العقد في مكان العلم بالقبول و استدلت بقرينة استلام القبول على العلم به ما لم يثبت العكس، و الواقع أن إعمال هذه النظرية في مجال التعاقد الإلكتروني و يقتضي التمييز بين حالتين و هما:

الحالة الأولى:إبرام العقد من خلال التفاعل المباشر على الخط:

- في هذه الحالة مكان تمام العقد هو مكان وجود الموجب باعتبار عدم وجود الفاصل الزمني بين صدور القبول و العلم به.[55]

الحالة الثانية:إبرام العقد من خلال البريد الالكتروني:

في هذه الحالة مكان تمام العقد هو المكان الذي يتواجد فيه الموجب لحظة علمه بمضمون الرسالة الالكترونية و التي تشتمل على القبول ،و يأخذ ذات الحكم التعاقد عبر الويب حيث مكان تمام العقد هو مكان تواجد الموجب لحظة اطلاعه على الرسالة أو الموقع المتضمن القبول الالكتروني.[56]

54-أبو عمرو مصطفى أحمد، مرجع سابق، ص143.

55-.نفس المرجع،ص143.

56-.المرجع نفسه ،ص145.

2/موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية:

نظرا لثبوت قصور نظرية التلازم بين المكان والزمان في مجال المعاملات الالكترونية، فقد تباينت التشريعات الالكترونية في وضع إطار قانوني ملائم لتحديد مكان الانعقاد، حيث رأى المشرع في بعض الدول إما التمسك أو الإبقاء على مبدأ حرية الأطراف في تحديد مكان إبرام العقد كأصل أوتبني النظرية الحديثة المعروفة بنظرية الازدواجية أو الثنائية(مالوري)و(شيفاليه).

أ/مبدأ حرية الأطراف كأصل:

لقد تركت التوجيهات الأوروبية مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني لحرية الدول في قوانينها الداخلية هذه الأخيرة التي عادة ما تترك هي الأخرى الحرية للأطراف لتحديده وإلا فالإحالة إلى النظرية العامة المتبناة في تلك الدولة ،وتقر بعض التشريعات على رأسها المشرع الفرنسي الذي لا يرى حتمية ارتباط الزمان بالمكان في العقد الإلكتروني أي لا أثر للزمان على المكان في الانعقاد و إن دل هذا شيء فإنما يدل على تبني المشرع الفرنسي لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد مكان إبرام العقد.[57]

ب/نظرية الازدواجية:

لقد رأى واضعو القانون النموذجي للتجارة الالكترونية «اليونسترال» التدخل لحسم مسألة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني ،وتبنوا إرسال الرسالة الإلكترونية من خلال نص المادة 15 ف4 التي تنص على :

«مكان إرسال الرسالة الالكترونية يتحدد بالمكان الذي يقع فيه عمل المنشئ ،و أن مكان استلامها هو المكان الذي وقع فيه مقر عمل المرسل إليه ،ما لم يتفق المنشئ و المرسل إليه على غير ذلك».

57-.مرزوق نور الهدى ،مرجع سابق ،ص190.

نستنتج مما ورد في نص المادة المذكورة أعلاه أن مكان انعقاد العقد الالكتروني هو مكان مقرعمل المرسل إليه إذ اعتد بنظرية الاستلام وهو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إذ أخذ بنظرية التصدير لكن السؤال المطروح في هذا المقال :

ـ ما هو مكان الانعقاد في حال تعدد مقرات عمل المرسل إليه؟

لقد بين القانون النموذجي الحل فيما يلي:

يعتد في هذه الحالة بمقر العمل الأوثق علاقة بالمعاملة المتعلقة بالتعاقد الالكتروني وتنفيذ، أي الأوثق صلة بموضوع العقد أو بمقر العمر العمل الرئيسي ،إذا لم توجد مثل هذه المعاملة و إن لم يوجد مقر معين كانت العبرة بمحل الإقامة المعتاد وفقا للفقرة «ب» من نفس المادة التي تنص على :

«إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقرعمل يشار من ثم إلى محل إقامة المعتاد.[58]

لقد تبنى فكرة الازدواجية المشرع البحريني في المادة 4 الفقرة 14 من قانون المعاملات الالكترونية، في حين ذهب المشرع التونسي في الفصل الثامن و العشرون من قانون المبادلات الالكترونية الاعتداد بعنوان البائع كمكان لإبرام العقد ،إذا أن ذلك لا يتوافق و الاستلام مع طبيعة البيئة الالكترونية باعتبار إمكانية اتخاذ عنوانا في البريد الالكتروني المرتبط ببلد معين أو يسجل في موقع الكتروني آخر بحيث لا يكون هناك أية علاقة بين هذا البلد و النشاط التجاري للبائع أو مقرعمله الشيء الذي يؤدي إلى تشابك العلاقات القانونية،وخضوع الأطراف لقانون دولة أخرى غير التي ينتمون إليها و هذا ما يعيق تقدم و ازدهار التجارة الالكترونية .

58-.نفس المرجع ،ص191.

خاتمة:

إن النظريات التي تحدد زمان انعقاد العقد تبقى عاجزة عن تحديد لحظة انعقاد العقود الالكترونية، نظرا لطبيعتها، والفضاء الذي تم فيه، فالاعتماد على كل من نظرية الإعلان والتصدير واستلام والعلم بالقبول يثير عدة صعوبات أهمها التداخل بين القوانين الداخلية للدول، ومنه حدوث ما يسمى بتنازع القوانين، وتبني المشرع الجزائري لنظرية العلم بالقبول في تحديد زمان ومكان انعقاد العقد يعني تطبيقها على العقود الالكترونية في ظل الفراغ التشريعي الفادح في المجال الالكتروني، علما أن إعمال هذه النظرية يعد إجحافا في حق المستهلك الذي يظل غير عالم بوقت علم الموجب بقبوله، وبالتالي يجهل وقت إبرام العقد.

كذلك فقد تبنت التشريعات الحديثة نظريات لم تعرف سابقا على الساحة القانونية كنظرية تصدير تأكيد القبول، والتي تحدد لحظة انعقاد العقد بتأكيد القبول، وهو ما تبناه المشرع الفرنسي.

بالإضافة إلى ما سبق، فإن مبدأ سلطان الإرادة اكتسى أهمية بالغة في هذا النوع من العقود، إذ أن عدم ملائمة نظرية التلازم في تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني جعل من هذا المبدأ الفيصل في تحديد مكان إبرام العقد، بحيث سد الفراغ التشريعي في الدول التي لا تزال متمسكة بنظرية التلازم، كما أن تبني قانون اليونسترال النموذجي لنظرية الازدواجية ساهم في حل العديد من الإشكالات كحالة عدم اتفاق الأطراف على تحديد مكان إبرام العقد.

قائمة المراجع

أولا:باللغة العربية

1/الكتــب:

1/أبوعمرومصطفى أحمد، مجلس العقد الإلكتروني،(دراسة مقارنة)، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2011.

2/الشريفات محمد عبد الرحيم، التراضي في التعاقد عبر الأنترنيت،

(دراسة مقارنة)، دار حامد للنشر والتوزيع، عمان ، الأردن، 2005 ،

3/أمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الإلكترونية عبرشبكة الأنترنيت (د.ط)، دار وائل للنشر، الأردن (د.س.ن) .

4/العوجي مصطفى، القانون المدني،(الجزء الأول :العقد)، الطبعة الرابعة، منشورات 5/الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2007.

6/شلقامي شحاتة غريب، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، دارالجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008.

7/فيلالي علي ، الإلتزامات:النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008.

2/الرسائل والأطروحات:

8/عبد الله صادق سهلب لما، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح الوطنية بنابلس، كلية الدراسات العليا، فلسطين، (2008 /2009).

9/مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير، جامعة مولود معمري تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الجزائر، 2012 .

10/حوحو يمينة،عقد البيع الإلكتروني،دراسة مقارنة،رسالة دكتوراه،جامعة الجزائر1،كلية الحقوق بن عكنون،الجزائر،2011.

11/شويرب خالد، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي ،أطروحة دكتوراه ،جامعة الجزائربن يوسف بن خدة ،كلية الحقوق،الجزائر2008/2009.

ثانيا:باللغة الفرنسية

12/Corinne Renault BRAHINSK, l'essentiel du droit des obligation.

paris 2009. , GUALIONO 5 eme Edition

13/Guillaume BEAURE D'AUGERES, pierre BRESSE et STEPHANIE, THUILIER Paiement numérique sur internet. Thomson publishing, paris, 1997