# مجلــس العقـد الالكترونــي

**أ.مراد طنجـاوي**
**كلية الحقـوق**
**جامعة المديـة**
**Mourad77sedraya@yahoo.fr**

---

***Résumé :***

***La question du conseil du contrat est considéré parmi les questions juridiques de pointe qui a soulevé beaucoup de problèmes, et surtout dans l'environnement électronique où la plupart des concepts juridiques ont changés, le conseil de contrat électronique à provoquer dans le domaine de le mode de déclaration de la volonté ainsi que le moment et le lieu de compatibilité de l'offre et l'acceptation, du fait du caractère immatériel du contrat électronique, et l'absence des parties à la relation contractuelle physique simultanée, a donnez lieu a une sorte de particularité. Et de ce fait, le CNUDCI a publié une série de textes indicatifs en vue d'l'harmoniser les législations nationales dans le domaine du commerce et la signature électronique, et pour cela la CNUDCI à publié la loi sur le commerce électronique en l'année 1996, puis la loi de la CNUDCI concernant les signatures électroniques en 2001 afin de surmonter cet obstacle .***

***ملخص:***

***تعد مسألة مجلس العقد من المسائل القانونية الدقيقة التي أثارت الكثير من المشاكل ، و لا سيما في البيئة الالكترونية حيث تغيرت جل المفاهيم القانونية ، فإن مجلس العقد الالكتروني و ما يثيره في مجال طريقة التعبير عن الإرادة و كذا لحظة ومكان توافق الإيجاب و القبول نظرا لخصائص العقد الالكتروني الذي يتسم باللامادية، وعدم وجود طرفي العلاقة التعاقدية المتزامن، جعله يتميز بنوع من الخصوصية .***

***و في ذلك فقد أصدر اليونسترال مجموعة من النصوص ذات طابع إرشادي بقصد توحيد التشريعات الوطنية في مجال التجارة والتوقيع الالكتروني، فجاء قانون اليونسترال بشأن التجارة الالكترونية لسنة1996 متبوعا بقانون اليونسترال بشأن التوقيعات الالكترونية 2001 من أجل تذليل هذه العقبة .***

**مقدمة :**

أطلت علينا في مطلع هذا القرن ثورة تقنية شملت جل مناحي الحياة ، فظهرت تبعا لذلك وسائل اتصال حديثة قلصت الزمان و غيرت حدود المكان ، ما يضفي على عالمنا بحق صفة القرية الصغيرة ، التي يتبادل فيها أطراف في أماكن متباعدة الحديث مباشرة ودون وساطة ، و في وقت محدود جدا .

ولعل أهم انعكاسات هذه الثورة في عالم اليوم ما عرف بالتجارة الالكترونية[1] التي تعد أحد أهم أوجه النشاط الإنساني، لا ينكر عاقل أنها قديمة قدم البشرية والمجتمعات المنظمة ، ظهرت في البداية في شكل مقايضة سلعة بسلعة أخرى إلى أن صارت بيعا مقابل ثمن نقدي ، و في أماكن مخصصة لذلك هي الأسواق التي يبدوا أن الحضارة سوف تتجاوزها نسبيا إلى أشياء أخرى ، تحت تأثير الثورة التكنولوجية ، و تبعا لذلك أصبحنا نشهد ما يعرف بالتسوق الالكتروني ، ومن ثمة فكرة التجارة الالكترونية .

وإن كانت فكرة التجارة الإلكترونية وما تنطوي عليه من مؤشرات لقياس النمو الاقتصادي، إذ تعد بحق رافدا من روافد التنمية الاقتصادية في العصر الحالي، فهي بهذا من اهتمامات رجل الاقتصاد، إلا أن رجل القانون يهتم بالتصرف القانوني وآثاره ، ولعل التصرف الذي يتم بواسطته إنجاز المعاملات الالكترونية المتعلقة بالتجارة الالكترونية هو العقد ، و الذي أصطلح عليه بالعقد الالكتروني.

يستمد العقد الالكتروني تسميته من الوسيلة المستخدمة في إبرامه ، فهو لا يخرج عن نطاق كونه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص تجاه شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما [2]، إلا أن هذا الاتفاق يتم من خلال وسائل اتصال حديثة أو ما يسمى بالوسائل الالكترونية ، و ينعكس استخدام هذه الأخيرة على المبادئ القانونية التي تحكم العقود ، من إبرام و تنفيذ .

و تعد مسألة إبرام العقود الالكترونية من المسائل الهامة في القانون لما يترتب عنها من حقوق و التزامات على عاتق أطراف العلاقة التعاقدية ، و يرتبط وجود هذه الحقوق و الالتزامات بزمان ومكان معين و هما الزمان والمكان الذين يلتقي فيهما الإيجاب بالقبول ، و يصطلح عليه مجلس العقد ، حيث يعد اللحظة الفاصلة التي ينشأ فيها العقد مرتبا لأثاره ، و قد نشأت هته الفكرة في ظل الفقه الإسلامي [3] وانتقلت إلى التشريعات الوضعية بصيغ مختلفة .

و يعرف مجلس العقد على أنه : زمان ومكان تلاقي الإيجاب و القبول ، كما يعرفه الفقه الإسلامي على أنه : الحال الذي ينشغل فيه المتعاقدان بالكلام حقيقة أو حكما بشأن العقد و الأصل في مجلس العقد أن يجتمع المتعاقدان بأبدانهما في مكان واحد وفي وقت واحد و لكن هذا الاجتماع ليس لذاته و إنما هو لتحقيق تلاقي الإيجاب و القبول و توافقهما [4].

إلا أن التلاقي بالأبدان أو التواجد المادي المتزامن في ظل المعاملات الالكترونية أصبح مستحيلا ، نظرا لما تقدمه وسائل الاتصال الحديثة من فروض التعاقد عن بعد دون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية في مكان واحد ، حيث تسمح هذه الوسائل للأشخاص بالتواصل من أماكن مختلفة و في زمن معقول ، فكيف لنا أن نتصور مجلس العقد الالكتروني في هذه الحالة ؟

الأمر الذي دفع بلجنة اليونسترال[5] إلى محاولة وضع إطار عام بشأن مجلس العقد من خلال تنظيم الإيجاب و القبول و تلا قيهما زمانا ومكانا من خلال نصوص قوانينها المتعلقة بالتجارة والتوقيع الالكتروني ، و قد تبعتها في ذلك التشريعات الوطنية ذات الصلة بالموضوع بتنظيم التعبير عن الإرادة الكترونية، ووضع حلول لمسألة زمان ومكان إبرام العقد ، لذلك نناقش هذا الموضوع من خلال النقاط التالية :

1- التعبير عن الإرادة الالكتروني
   أ- الإيجاب الالكتروني
   ب- القبول الالكتروني
2- توافق الإرادتين
   أ- تحديد زمان مكان انعقاد العقد
   ب- أهمية تحديد زمان مكان انعقاد العقد

## 1- التعبير عن الإرادة الالكتروني :

لقد أقر قانون اليونسترال بشأن التجارة الالكترونية لسنة1996 في المادة 11 منه على أن العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم عن طريق وسائل الكترونية، فقد أجازت هته المادة التعبير عن الإرادة بوسائل الكترونية، و يتم التعاقد الالكتروني من خلال تبادل أطراف العلاقة التعاقدية لإرادتيهما ، فيقوم الشخص الأول بإصدار إيجابا و يقوم الشخص الثاني بإصدار قبول مطابق ، وذلك عن طريق وسائل الاتصال الحديثة في صور و أشكال جديدة ، لم تكن معروفة من قبل .

### أ – الإيجاب الالكتروني :

الإيجاب هو العرض الصادر من شخص يعبر بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق انعقد العقد[6]، ويشترط فيه أن يكون جازما ومحددا وباتا لا رجعة فيه، أما الإيجاب الإلكتروني فهو نفسه الإيجاب التقليدي، فلفظ الإلكتروني إذا ما أضيف لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد أنه تم بوسيلة إلكترونية، فصفة الالكترونية تتعلق بالوسيلة المستخدمة في التعاقد ، ولا تغير من حقيقة الإيجاب ، وقد عرفه التوجيه الأوروبي 07/97 المتعلق بحماية المستهلك بأنه: " كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا مجرد الإعلان "[7].

والجدير بالملاحظة في هذا التعريف أن التوجيه الأوروبي لم يحصر وسائل الاتصال الالكتروني في الانترنت كما يرى البعض ، بل ذكر بصفة عامة كل اتصال عن بعد، أي كل الوسائل التي تحقق فكرة التواصل عن بعد دون تواجد مادي ، وهو ما أقره قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996 قبل ذلك حين نصت المادة الثانية منه على أن "رسالة البيانات هي المعلومات التي يتم تبادلها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو وسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني ، أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي ، فيكون قد أخذ بالمفهوم الواسع لوسائل الاتصال .

كما أن هذا التوجيه استبعد من مجال الإيجاب مجرد الإعلان حيث يثور إشكال كبير حول مدى اعتبار ما يصل الأفراد عبر صفحات الواب أو الرسائل التي تصل إلى الهاتف النقال أو عبر البريد الإلكتروني إيجابا أم أنه مجرد دعوى للتعاقد أو التفاوض، لأن ذلك يثير الكثير من المشاكل القانونية .

ولقد اختلف الفقه في هذه المسألة إلى اتجاهين: الاتجاه الأول يرى أن عرض البضائع لبيعها مثلا عبر وسائل الاتصال الحديثة لا يعدو إلا أن يكون دعوة للتعاقد ، ويصبح المشتري بطلبه البضاعة موجبا، والبائع أو المعلن موجب إليه، له حرية القبول من عدمه ، ومثال ذلك التعاقد عن طريق شاشة التلفزيون[8] ، خاصة لما أصبحت الشركات تقدم بضائعها للزبائن مباشرة تدعوهم للتعاقد على المباشر عبر قناة التلفزيون .

أما الاتجاه الثاني فيرى أن الإعلان بالتعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة هي إيجاب إذا توافرت خصائصه وشروطه المنصوص عليها قانونا ، حيث يصبح لصاحبه ويلزمه بما يلزم الإيجاب التقليدي صاحبه ويشير الأستاذ الفرنسي ريبرت إلى أنه يجوز وفقا للقانون الفرنسي توجيه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين، لأن الغالبية العظمى من التجار يصدرون إيجابا عاما إلى الجمهور بعرض بضائعهم مع أسعارها، ويتم العقد بتعبير المشتري عن إرادته[9].

وبين هذين الاتجاهين ظهر فريق ثالث في الحقيقة جمع بين الرأيين ، حيث أنه اعتبر أنه يمكن أن يكون إيجابا باتا كما يمكن أن يكون مجرد دعوة للتعاقد ، وهذا حسب كل حالة على حدة و مدى تحديد رسالة البيانات لكافة عناصر العقد الأساسية ، والبيانات الأساسية اللازمة لتحديد المبيع تحديدا وافيا[10]، وهو نفس الاتجاه الذي تبنته اتفاقية فينا لسنة 1980 حول البيع الدولي للبضائع[11].

والأصل في الإيجاب أنه غير ملزم لصاحبه، فله أن يرجع فيه في أي لحظة إلا إذا عين أجل للقبول والذي قد يستخلص من ظروف الحال[12] كما أن المادة 64 من القانون المدني الجزائري تضيف قاعدة مهمة ، حيث أن الإيجاب الصادر في مجلس العقد لشخص حاضر أو عن طريق الهاتف أو بأي طريق مماثل ، دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا.

ونلاحظ أن المادة 64 قد اعتبرت التعاقد عبر الهاتف تعاقدا بين حاضرين زمانا أي أن الإيجاب غير المرتبط بأجل يسقط إذا لم يقترن به قبول مطابق فورا ، و الغريب أن هذه المادة أضافت عبارة "أو بأي طريق مماثل" والتي لا ندري ماذا قصد المشرع من ورائها ؟

إن القانون المدني الجزائري وضع في وقت لم تكن فيه وسائل الاتصال بالتطور الذي هي عليه الآن، والمعروف آنذاك أن الهاتف كان من أحدث وسائل الاتصال لذلك من غير المستساغ أن يفسر النص ليشمل وسائل الاتصال الحديثة ، وإلا نكون قد حملناه ما لا يطيق ، وفسر النص على غير ما أراد واضعيه .

إلا أنه لا يمكن التسليم بهذه النتيجة لأن الوسيلة الإلكترونية امتد أثرها في حياتنا لكل النواحي الاقتصادية والاجتماعية وغيرها، ولا يمكن استبعاد المعاملات الالكترونية بسبب عدم انسجامها مع النصوص القانونية الموجودة، والأكيد أن عدم الإقرار بأثرها على القانون هو أحد أمرين، إما أن يوصف القانون بالجمود أو أن يوصف فكرنا بالجمود، ولتبيين هذا الأثر فإننا نحاول إعطاء صورة حول الإيجاب عبر وسائل الاتصال الحديثة:

فالإيجاب إذا تم عن طريق الهاتف سيد الخطابات الشفوية فإنه يأخذ حكم المادة 64 من القانون المدني الجزائري الذي يعتبر تعاقد بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا ، إلا أن هذا الرأي قد يكون بحاجة لمراجعة في ظل التطورات الحديثة التي يشهدها الهاتف ، و خاصة مع ظهور الهاتف النقال وما أصبح يقدمه من خدمات مختلفة .

كما يتصور أن يتم الإيجاب عن طريق الفاكس و التلكس ، و هي وسائل نقل الكتابة بالصورة ، فإن المسألة تتعلق بالتعبير عن الإرادة بالكتابة ، وهي أحد الوسائل القانونية التي أقرتها المادة من القانون المدني ، ولا يثور أي إشكال في ذلك إلا ما يتعلق بإثبات هذه التصرفات .

كما أنه يكون الإيجاب عبر الإنترنت إما عبر البريد الإلكتروني أو على صفحات الواب أو عن طريق غرف المحادثة المباشرة :

– الإيجاب عبر البريد الإلكتروني والذي يفترض فيه وجود فترة زمنية فاصلة بينه وبين القبول[13]، ويكون هذا الإيجاب إما موجه لشخص واحد فيكون عند البعض إيجاب غير ملزم إلا إذا تضمن إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه، ويعتبر حينها غلق جهاز الكمبيوتر رفضا له، وإما يكون موجه لعدة أشخاص فإنه يكون عند الشك مجرد دعوة للتعاقد وليس إيجاب بالمعنى القانوني[14]، أما الإيجاب في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة. فيقترب هنا القبول من الإيجاب عبر

التلكس، حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب وهنا نكون أقرب إلى مجلس العقد، ولا نخرج عن القواعد العامة[15]، إلا أن الفاصل الزمني يبقى موجودا ولو بصورة صغيرة جدا لأن الرسالة الإلكترونية لا تمر من المرسل إلى المرسل إليه مباشرة، بل عبر جهاز مقدم هذه الخدمة على حد علمنا ، وحتى وإن كان الفاصل الزمني ضئيلا مهملا إلا أنه يبقى موجودا لأنه ليس معدوما .

– الإيجاب عبر شبكة المواقع الواب: وهو لا يختلف كثيرا عن الإيجاب الصادر عبر الصحف والمجلات والقنوات التلفزيونية المخصصة لعرض السلع وتوصيلها إلى المنازل[16]، ويتميز هذا الإيجاب بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة وموجه للجمهور، فهو إما أن يكون إيجابيا أو أن يكون مجرد إعلان أو دعوة للتعاقد أو التفاوض وذلك حسب ظروف كل حالة ، وهنا يشترط أن يتضمن الموقع وصفا كاملا لمحل التعاقد من حيث مقداره ونوعه وكميته وثمنه والطريقة التي يتم أداء الثمن بها، وغيرها من المسائل الضرورية[17]، وهو ما نصت عليه التشريعات المتعلقة بالتجارة الإلكترونية حماية المستهلك تحت عنوان الحق في الإعلام[18] ، وهو حق خالص للمستهلك في الرجوع عن العقد في أجل محدد .

ونجد بصدد هذا الإيجاب محاولة الباعة الإلكترونيين الالتفاف حول الطابع الجازم للتهرب من المسؤولية بإضافة بعض العبارات : كإرسال "رسالة تأكيد" تؤكد القبول، أو دون التزام إذا لم يتم القبول، وذلك حتى يعطون الإيجاب صبغة الدعوة للتعاقد[19]، و يتملصون من الطابع الملزم للإيجاب وما يترتب عنه من آثار قانونية ، ويعتبر رفضا للإيجاب تغيير موقع الموجب بموقع آخر كما يسقط الإيجاب هنا كذلك بسحب الإعلان من صفحة الواب، كما أن غلق جهاز الكمبيوتر يعد رفضا للإيجاب ، وهي أحد صور الانشغال بغير العقد .

– كما يمكن أن يكون الإيجاب عبر المشاهدة والمحادثة عبر الإنترنت من خلال غرف المحادثة المباشرة ، فنكون أمام مجلس عقد افتراضي يقترب إلى حد كبير من المجلس الحقيقي[20]، فغرف المحادثة تجعل الأشخاص يشاهدون بعضهم وكأنهم في مجلس عقد حقيقي ، يتبادلون الحديث و النقاش و ينشغلون بالعقد رغم التباعد المكاني ، لأن المقصود بالتواجد البدني في مجلس العقد هي اقتران الإيجاب بالقبول .

### ب– **القبول الالكتروني** :

القبول هو التعبير الثاني عن الإرادة في العقد الصادر ممن وجه إليه الإيجاب، ويشترط فيه ما يشترط في التعبير عن الإرادة من إرادة جازمة وأن يكون مطابقا للإيجاب وأن يصدر القبول والإيجاب مازال قائما لم يسقط [21] ، وإعمالا لمبدأ سلطان الإرادة فإن للأشخاص الحرية في قبول ما يشاءون من العقود، لكن ذلك في حدود عدم التعسف في استعمال هذا الحق خاصة إذا سبق العقد مرحلة مفاوضات شاقة وعسيرة ، كانت حتما سوف تنتهي من خلال ملابساتها إلى إبرام العقد .

ولا يختلف القبول الإلكتروني عن القبول العادي إلا من حيث الوسيلة المستخدمة في التعبير عنه مثله مثل الإيجاب ، إلا أن هذا ليس دون أثر، بل يثير بعض الإشكالات القانونية، لأن القبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب وله طرق محددة رسمها القانون لا يمكن الخروج عنها

فأما عن مطابقة القبول للإيجاب والذي هو يعد شرط من شروطه ، فلو تخلف بأن كان القبول يغير في الإيجاب زيادة أو نقصانا اعتبر إيجابا جديدا[22]، وقد اتفقت التشريعات المدنية على قبول الاتفاق على المسائل الجوهرية التي ينعقد بها

العقد، وترك الأمور التفصيلية فإذا قام خلاف بشأنها تقضي المحكمة فيها[23]، إلا أنه يثور إشكال حول المعيار المعتمد لاعتبار مسألة ما جوهرية أو تفصيلية ثانوية .
في سبيل ذلك ظهر معياران[24]: معيار شخصي يأخذ بالإرادة المشتركة لطرفي العقد والتي يتم الكشف عنها بجميع الطرق، ومعيار موضوعي والذي يضم أركان العقد الثلاثة التي حددها المشرع المدني .

إلا أنه في مجال العقود الإلكترونية، يصعب اعتماد أحد المعيارين بسبب تعقد العلاقات القانونية الناشئة من خلال استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التعاقد، و التي تجعل الوصول إلى نية مشتركة لطرفي العلاقة التعاقدية أمرا من الصعوبة بما كان .

أما فيما يخص المعيار الموضوعي الذي يقتضي الاتفاق على أركان العقد ، فإن الملاحظ أنه يصعب معاينة محل العقد في العقود الإلكترونية عموما ، وحتى في العقود المبرمة عبر الإنترنت التي تعد أهم وسائل الاتصال الحديثة في هذا العصر ، فإن ما يتم عرضه إنما هو صور ونماذج لمحل العقد وليس المحل ذاته ، والذي هو غير ملموس[25]، كما أنه قد يبرم عقد يتعلق ببيع برنامج عبر الإنترنت ويحدد فيه شروط محددة وعندما يقوم العميل بتنزيل البرنامج على حاسوبه الشخصي يفاجأ بمجموعة من الشروط المتعلقة بالعقد[26] في صيغة قواعد تشغيل ، لكنها تشكل في الحقيقة اشتراطات متعلقة بالعقد ، فهل هي أمور جوهرية أم ثانوية ؟

و رغم كل هذا فإن المعيار الموضوعي يوفر للعقد أكثر استقرارا وانسجاما نظرا لعدم التوازن الفني بين أطراف العلاقة التعاقدية بين فني خبير و متعامل مستهلك ، ويكون وفق هذا الرأي القبول مطابقا للإيجاب إذا تم التوافق على أركان العقد من محل و تراضي وسبب، وهذا الرأي ما ذهب إليه بعض المؤلفين[27]، أما عدم معاينة محل العقد من طرف الموجب له فإن التشريعات تمنح له بالمقابل الحق في الرجوع عن العقد في مهلة معينة باعتباره مستهلكا في العقود المبرمة عن بعد يتعامل مع مهني خبير بالمسائل الفنية و التقنية ، وهو حق خاص بالمستهلك دون المهني الخبير .

أما عن وسائل التعبير عن القبول فإنه في البداية نشير إلى أن التعبير عن القبول يكون بكل وسائل التعبير عن الإرادة مثله مثل الإيجاب، فيمكن أن يتم عن طريق الهاتف والفاكس ويمكن أن يتم عبر الانترنت من خلال البريد الالكتروني أو مواقع الواب أو غرف المحادثة المباشرة ، لكن هل يصلح السكوت الملابس كطريق من طرق القبول في العقود الإلكترونية ؟ أي أن يقترن السكوت بعرف أو طبيعة معاملة أو تعامل سابق، أو أن يكون الإيجاب لمصلحة من وجه إليه[28] ، كما هو الحال في العقود التقليدية .

في الحقيقة إن السكوت كوسيلة تعبير عن الإرادة هو استثناء عن القاعدة الفقهية التي مفادها ألا ينسب لساكت قول، و هذا الاستثناء ربطته التشريعات المدنية بحالات على سبيل الحصر ، و هو ما أوردته المادة 68 من القانون المدني الجزائري ، التي اعتبرت السكوت الملابس وسيلة من وسائل التعبير عن القبول ، وقد ذكرت هذه المادة حالات السكوت الملابس .

فبالنسبة للعرف التجاري يصعب تصوره في هذا المجال نظرا لحداثة هذه العقود، حيث يقوم العرف في ركنه المادي على التكرار و هو مالا يتصور في العقود الالكترونية نظرا لحداثتها ، إلا أننا بهذا الرأي نغالط في مفهوم العرف، فالعرف يقع على العقد والمعاملة التجارية ولا تؤثر الوسيلة على العرف، أضف إلى ذلك أن المعاملة التجارية تتسم بالسرعة واستقر العرف عليها أيضا أن يتم بسرعة، وفي هذا يذهب البعض إلى اعتبار ما يستشف من العرف أو طبيعة المعاملة في العقود الإلكترونية إذا تمت بين مهنيين متخصصين قبولا، أما إذا تعلق الأمر بالمعاملات الإلكترونية بين مهني متخصص و

متعامل مستهلك فإنه لا يمكن اعتبار إيجاب أرسل إلى مستهلك تعود التسوق إلى متجر معين بطريقة الكترونية ، ومجرد أن يقترن هذا الإيجاب في حالة عدم رد من وجه إليه بمدة معينة أعتبر قبولا، وإلا كنا أمام حالة يفرض فيها على المستهلكين التعاقد[29]، وهذا يناقض مبدأ حرية القبول و مبدأ سلطان الإرادة أصلا الذي أصبح اليوم أحد الركائز الأساسية لنظرية العقد ، وقد ذهبت اتفاقية فينا 1980 بشأن البيوع الدولية للبضائع إلى رفض الأخذ بالسكوت كتعبير عن القبول[30] و ذهب البعض إلى ربط اعتبار السكوت الملابس قبولا بوجود اتفاق صريح أو ضمني مسبق بين أطراف العلاقة التعاقدية على ذلك[31].

ومن ناحية أخرى فإن القبول قد يعبر عنه كتابيا أو شفهيا، كما قد يكون ضمنا بأن يقوم الموجب له بسلوك إيجابي[32]، لا يدع شكا في قبوله إبرام العقد ، كأن يقوم بتنزيل البرنامج في عقد بيع برنامج أو يقوم بكتابة رقم بطاقته في الإطار المخصص لذلك فيقوم التاجر بالمعاملات الموالية لاستيفاء الثمن، كما قد يكون بالضغط على أيقونة القبول المخصصة لذلك

ويثير الضغط على أيقونة القبول بهذا المعنى مشكل حول صلاحية هذه الطريقة للتعبير عن الإرادة ، و إن كان يكفي من الناحية القانونية الضغط عليها للتعبير عن القبول ، إلا أن ذلك قد يحدث خطأ ، لذلك ينصح لتجنب أخطاء اليد بأن يكرر الضغط مرتين على الخانة المخصصة للقبول ، أو تأكيد القبول عن طريق إرسال رسالة الكترونية وهذا ما أخذ به العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الإلكترونية[33]، و يكون الشخص بذلك اتخذ موقفا لا يدع شكا على مقصوده .

**2- توافق الإرادتين :**

ينعقد العقد بتوافق الإرادتين، ومعنى توافق الإرادتين أن يقترن الإيجاب بقبول مطابق له في لحظة معينة فينعقد العقد، وتحديد هذه اللحظة أي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في العقود الإلكترونية له صعوبات خاصة تظهر كأثر من آثار استعمال الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود، كما أن لتحديد لحظة إبرام العقد أهمية كبيرة سواء من حيث الزمان أو المكان ، محددين من خلال ذلك هل العقد الإلكتروني عقد بين حاضرين أم غائبين ؟

أ- تحديد زمان ومكان إبرام العقد

إن بيان هل التعاقد بين حاضرين أو غائبين يكون من خلال بيان مفهوم مجلس العقد والذي هو فكرة من صنع الفقه الإسلامي ، ويعرف مجلس العقد أنه"مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد" ويتنوع مجلس العقد إلى نوعين:مجلس عقد حقيقي وآخر حكمي[34]، ويكون التعاقد في مجلس عقد حقيقي تعاقد بين حاضرين، بينما التعاقد في مجلس حكمي هو تعاقد بين غائبين بسبب عدم حضور أحد المتعاقدين كما هو الحال في العقد الإلكتروني، وهذا ما يظهر من خلال بعد المسافة رغم أن الوسيلة الإلكترونية تختصر الزمن، إلا أن هذا التعاقد يبقى بين غائبين لأنه لا يمكن تحقيق التواجد المادي لأطراف العقد، رغم التعاصر الزمني، ونحن نعلم أن مجلس العقد يقوم على عنصرين ركن مادي: المكان وركن معنوي: الزمان.

ولا يمكننا الجزم بصحة هذه النتيجة قبل التحقق منها ومناقشتها، وقبل هذا نورد أن الفقه في تحديده لزمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين انقسم إلى أربع نظريات : إعلان القبول، تصدير القبول، تسليم القبول والعلم بالقبول[35]، وتقدم هذه النظريات حلا واحدا لزمان انعقاد العقد ومكانه لذلك أطلقت عليها اسم النظريات الأحادية وظهرت نظريات حديثة ثنائية

مؤداها عدم التلازم الحتمي بين زمان ومكان انعقاد العقد[36]، و بموجبها يمكن أن يكون العقد بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا .

و قد أخذ القانون المدني الجزائري بنظرية العلم بالقبول[37]، ولم يفرق في ذلك بين الزمان والمكان أما القانون النموذجي الصادر عن اليونسترال فقد أخذ بنظرية استلام القبول لتحديد زمان انعقاد العقد[38] أما مكان استلام القبول فهو مقر عمل المنشأ ، وعلى نهجه سارت بعض التشريعات العربية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية[39].

وفي هذا ذهب بعض الفقه إلى أن نظرية تسليم القبول هي الأكثر قبولا وانسجاما مع بيئة التجارة الإلكترونية[40]، لأنها تحقق التوازن بين مصلحتي الطرفين وبين استقرار المعاملات عكس النظريات الأخرى التي لا تنسجم مع السرعة والثقة المطلوبتين في التجارة الإلكترونية

أما المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية فقد فرق بين حالة أن يكون للقابل نظام معالجة بيانات خاص به فأخذ بنظرية العلم بالقبول، وحالة عدم توفر نظام معالجة خاص به فإنه أخذ بنظرية تسليم القبول[41]لأنه في هذه الحالة الأخيرة عليه مطالعة المركز الذي يقوم من خلاله بالمراسلات ومعرفة ما وصله من رسائل الكترونية و ردود.

وهذا و أمام اختلاف نظرة القوانين فإن للأفراد أن يتفقوا على ما يخالف هذا كله بأن يشترطوا ما يشاءون في عقودهم، وذلك إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة من ناحية ومن ناحية أخرى فإن تحديد زمان ومكان إبرام العقود ليس من النظام العام، فللأفراد أن يتفقوا على زمان ومكان لإبرام العقود وهذا ما يحدث عمليا في مجال العقود الالكترونية .

وتثير الطبيعة الفنية للوسائل الإلكترونية مشكل كبير حول معرفة الوقت الحقيقي للقبول ومن ثمة زمن اقترانه بالإيجاب حيث يمكن برمجة الحاسوب والتحايل على وقته، أو ما يعرف بسرقة وقت الحاسوب، كما أنه قد يحدث أن يكون العقد المبرم في لحظة معينة يوافق يومين مختلفين على وجه الأرض، ونعتقد أن هذه المشاكل التي أنجبتها التكنولوجيا والسرعة الفائقة المميزة لها، إنما هي مشاكل تقنية على التقنية نفسها أن تجد لها حلا بتطويرها.

كذلك ومن الناحية العملية نجد أن التعاقد عندما يكون عن طريق وسائل الاتصال الحديثة فإن المجلس قد يكون حكميا يقترب من الحقيقي، كما في العقود عن طريق المشاهدة والمحادثة الفورية عبر شبكات الإنترنت فهو تعاقد لحظي أي تعاقد بين حاضرين زمانا، إلا أن الفارق الزمني، لأنه يتوفر فيه ما يتوفر في التعاقد عن طريق الهاتف وأكثر، ومن ثمة يمكن القياس عليه، أما إذا كان التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فإنه سوف يكون هناك فارق زمني ملاحظ ولا يتطابق الإيجاب والقبول فورا، مما يوحي أن التعاقد هنا يكون بين غائبين زمانا لأن مجلس العقد هنا يعتبر حكمي وتطبق عليه أحكامه[42].

أما مسألة مكان إبرام العقد، وأمام الطابع اللامادي الذي تفرضه التكنولوجيا الحديثة على العقود فإن قانون اليونسترال النموذجي لسنة 1996 سارع إلى اعتماد ما يسمى مقر عمل منشئ الرسالة ومستلمها،الموجب، مكانا لإرسال الرسالة الإلكترونية، أما مكان استلام الرسالة فهو مكان المرسل إليه، ذلك كله يحدث إذا لم يتم الاتفاق بين طرفي العقد على تحديد مكان إبرام العقد لأن المشرع أبقى الحرية لمبدأ سلطان الإرادة في كافة عناصر العقد[43].

ويذهب البعض إلى أن العقد الإلكتروني ينعقد في المكان الذي يقع ضمن النطاق الإقليمي لمقر عمل الموجب[44]، وفي حال توفر أكثر من مقر عمل فيؤخذ بمقر العمل الرئيسي وإذا لم يكن له مقر عمل معتاد فيشار إلى مقر إقامته المعتادة على احتمال كبير أن الموجب هنا هو التاجر.

بينما يذهب البعض الآخر أنه يمكن تطبيق محل إقامة المستهلك كمكان لإبرام العقد الإلكتروني[45] ما لم يتفق طرفا العقد على خلاف ذلك، ولهذا الرأي ما يبرره في ظل التوجه التشريعي إلى إضفاء الحماية القانونية على المستهلك في مواجهة المهني.

وفي الأخير نخلص إلى أنه إذا كان البعض قد ذهب في تفريقه بين التعاقد بين حاضرين وبين غائبين إلى اعتماد معيار مكون من عناصر ثلاث:الزمان والمكان والانشغال بشؤون العقد[46] و هو ما يتناسق و العقود التقليدية، فإن هذا المعيار لا يمكن اعتماد عناصره مجتمعة بالنسبة للعقد الإلكتروني، لأن المسألة تختلف حسب كل حالة، فزمان إبرام العقد يؤخذ حكم التعاقد بين حاضرين إذا كان التطابق فوريا، والتعاقد بين غائبين إذا وجد فاصل زمني أما من حيث المكان فهو تعاقد بين غائبين لأن عنصر البعد يبقى مؤثرا، والذي يبقى دائما ينطوي على عنصر زمني و لو مهمل .

### ب- **أهمية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد**

تترتب على تحديد وقت انعقاد العقد ومكانه نتائج قانونية مهمة، تبدوا مظاهرها موزعة في فروع القانون كله[47]، فمن حيث الزمان فإن تحديده يرتب[48]:

- معرفة الوقت الذي يمكن فيه العدول عن إرادة التعاقد سواء للموجب أو للقابل، ويختلف هذا حسب النظرية المتبناة في القانون.
- تحديد الوقت الذي تترتب فيه آثار العقد وانتقال الملكية وانتقال تبعة الهلاك
- وتترتب عليه حساب مواعيد التقادم في الالتزامات المنجزة التي تنشأ عن العلاقة التعاقدية .
- وفي دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن، فإن الدائن لا يستطيع الطعن في عقد صدر من مدينه إضرارا بحقه إلا إذا كان هذا العقد متأخرا في التاريخ عن الحق الثابت له في ذمة المدين.
- كما أنه في حالة إفلاس التاجر فإن وقت إبرام العقد له أهمية كبيرة من حيث أن العقود التي يبرمها التاجر في فترة الريبة أو بعد إشهار الإفلاس هي عقود غير نافذة في مواجهة جماعة الدائنين[49].
- كما لوقت إبرام العقد علاقة بالقانون النافذ من حيث الزمان فلا يخضع العقد للقانون الذي يصدر بعد إبرامه إعمالا لمبدأ عدم رجعية القوانين.

أما من حيث المكان فإن تحديد مكان إبرام العقد يرتب أثرا يتعلق بالقانون الواجب التطبيق، والجهة القضائية بنظر النزاعات التي تنشأ عن العقد سواء كانت تتعلق بإبرامه أو آثاره وفقا للقواعد العامة في تحديد الاختصاص القضائي[50]، ذلك أنه في قانون الإجراءات المدنية الجزائري يتوقف تحديد الاختصاص المحلي في بعض الأحوال على معرفة مكان انعقاد العقد بموجب المادة 11/08 منه بالإضافة إلى الحالات التي تقضي فيها قواعد القانون الدولي الخاص بسريان قانون الدولة التي انعقد فيها العقد[51].

## الخاتمة

من خلال هذا البحث المتواضع نصل إلى أن مجلس العقد الالكتروني هو نفسه مجلس العقد التقليدي ، و الفرق بينهما هو الوسيلة المستخدمة في التعاقد ، و التي تضفي سمة الالكترونية على مجلس العقد ، إلا أن لاستخدام الوسائل الالكترونية أثر في ظهور طرق جديدة للتعبير عن الإرادة تتميز بالسرعة و اختصار الوقت ، حتى هناك من يطلق عليها وسائل الاتصال الفورية ، فينعقد العقد المبرم من خلالها فورا مباشرة بعد تعبير القابل عن إرادته و الذي قد يكون في نفس لحظة إصدار الإيجاب ، أو في الوقت الذي يليه ، و المقصود ألا ينشغل القابل بغير العقد بين لحظة الإيجاب و لحظة القبول .

كما أن زمان توافق الإرادتين يختلف من وسيلة إلى أخرى ، بل ويختلف في الوسيلة المستعملة من تقنية إلى أخرى ، فمثلا التعاقد عن طريق البريد الالكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا لوجود الفارق الزمني بين الإيجاب والقبول عادة، أما التعاقد عن طريق غرف المحادثة المباشرة هو تعاقد بين حاضرين زمانا لعدم وجود الفارق الزمني ، و تحقق هذه التقنية التواجد المتزامن لأطراف العالقة التعاقدية في فضاء الانترنت ، رغم التباعد المكاني

و مع ذلك فإن التشريعات مازالت تعتبر التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة تعاقد بين غائبين مكانا ، و ذلك نظرا لعدم التواجد في مكان واحد ، لأن غرضها الأساسي هو ربط التواصل بين أطراف في أماكن متباعدة .

و الحال هكذا فقد حاول قانون اليونسترال بشأن التجارة الالكترونية وضع قواعد عامة، تسترشد بها الدول عند تنظيمها لمسألة المعاملات الالكترونية ، قصد توحيد الإطار القانوني الذي يحكم هذه المعاملات .

**الهوامش :**

[1]– أ. نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان 2005 ، ص 15 .

[2]– المادة 54 من القانون المدني الجزائري .

[3]– د. عباس حسني محمد ، العقد في الفقه الإسلامي، الجزء الأول ، دون دار نشر، الطبعة الأولى1993، ص133. و أنظر أ. خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية2006 ، ص 284 .

[4]– د. عباس حسني محمد، مرجع سابق ، ص 135 .

[5]– لجنة اليونسترال هي لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية ، نشأت عام 1966، و هي هيئة فرعية تابعة للأمم المتحدة، أنظر ، د. محسن شفيق، اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع، دون طبعة، القاهرة 1988، ص 16 .

[6]– د. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، الجزء الأول، التصرف القانوني ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية 1999، ص 67 .

[7]– أ. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 69 .

[8]– أ. محمد أمين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الطبعة الأولى، الاسكندرية2004، ص 94.

[9]– د. عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن 1997، ص 94.

[10]– د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، عمان 2006، ص 62.

[11]– اتفاقية فينا بشأن البيوع الدولية للبضائع لسنة 1980.

[12]– المادة 63 من القانون المدني الجزائري .

[13]– أ. أحمد خالد العلجوني، التعاقد عن طريق الانترنت، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، و دار الثقافة للنشر و التوزيع، الطبعة الأولى، الأردن 2002 ، ص 70 .

[14]– أ. محمد أمين الرومي ، مرجع سابق ، ص 91.

[15]– أ. أحمد خالد العلجوني، مرجع سابق، ص 72 .

[16]– أ. محمد أمين الرومي ، مرجع سابق ، ص 92.

[17]– أ. سمير عبد السميع الأودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الإسكندرية 2005، ص 50 .

[18]– قانون المعاملات الالكترونية الأردني لسنة 2001 .

[19]– د. محمد فواز المطالقة، مرجع سابق ، ص 62 .

[20]– أ. أحمد خالد العجلوني ، مرجع سابق، ص 74.

[21]– د. بلحاج العربي، مرجع سابق، ص 75 .

[22]– المادة 66 من القانون المدني الجزائري .

[23]– المادة 65 من القانون المدني الجزائري .

[24]– أ. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق، ص 279.

[25]– د. محمد فواز المطالقة، مرجع سابق ، ص 65.

[26]– أ. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر 2005 ، ص 88 .

[27]– د. محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص66.
[28]– المادة 68 من القانون المدني الجزائري .
[29]– أ. أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 83 .
[30]– اتفاقية فيينا حول البيوع الدولية لسنة 1980 .
[31]– أ. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 271 .
[32]– قانون المعاملات الالكترونية لإمارة دبي .
[33]– أ. أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق ، ص 85 .
[34]– أ. خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 284 .
[35]– د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، مصادر الالتزام بوجه عام، الجزء الأول، المجلد01، دار إحياء التراث العربي، بيروت دون سنة، ص 241.
[36]– د. عباس العبودي ، مرجع سابق، ص 146.
[37]– د. بلحاج العربي ، مرجع سابق ، ص 82.
[38]– قانون اليونسترال بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996.
[39]– قانون المعاملات الالكترونية لإمارة دبي .
[40] – D . Michel Jaccard , la conclusion de contrat par ordinateur, éditions staempfli + Cie SA berne 1996 , p 76 .
[41]– د. محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص 74.
[42]– أ. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 287 .
[43]– قانون اليونسترال بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996.
[44]– د. محمد فواز المطالقة، مرجع سابق، ص75 .
[45]– أ. خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 207 .
[46]– أ. أحمد خالد العجلوني، مرجع سابق، ص 86 .
[47]– د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 173 .
[48]– د. عباس العبودي ، مرجع سابق ، ص 174 .
[49]– د. راشد راشد، الأوراق التجارية ، الإفلاس و التسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، الطبعة الثانية، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر 1994، ص230.
[50]– د. محمد فواز المطالقة ، مرجع سابق ، ص 74 .
[51]– د. بلحاج العربي، مرجع سابق ، ص 85 .