جامعة مولود معمري– تيزي وزو–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

مجلس العقد في ظل الإستهلاك الإلكتروني

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر تخصص قانون الاعمال

إعداد الطالبين:

– عزوق مصطفى

– أوكريف ياسمين

تحت إشراف:

الدكتور نسير رفيق

د– براهيمي صفيان، أستاذ محاضر "أ".....رئيسا.
د– نسير رفيق، أستاذ محاضر "أ" ..... مشرفا.
أ– لملوم كريم ، أستاذ محاضر "ب" ..... ممتحنا.

السنة الجامعية: 2021/2020

إهداء

الحمد لله سبحانه وتعالى الّذي ييسّر لنا طريق العلم، وأعاننا على إتمام هذه الدّراسة بأنامل تحيط بقلم أعيته الكلمة وأرقته الخطوط أهدي ثمرة جهدي إلى:

-كل أفراد عائلتي.

- إلى كلّ أحبتي.

- إلى كلّ من أعاننا من قريب أو بعيد

ياسمين.

كلمة شكر

الحمد لله أولا وأخيرا لإتمام هذا العمل البسيط فهو الموفق والمعين في كلّ الأمور.

تحيّة احترام وتقدير وعرفان بالجميل إلى الأستاذ الدكتور المشرف " **نسير رفيق**" الّذي لم يبخل علينا بنصائحه القيّمة وأيضا لجنة المناقشة الموافقة على مناقشة هذا البحث.

كما نقدم بالشكر للسادة الأساتذة أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بقبول قراءة هذا العمل وتصحيحه وإثراءه فلهم منا جزيل الشكر.

إهداء

الحمد لله سبحانه وتعالى الّذي ييسّر لنا طريق العلم، وأعاننا على إتمام هذه الدّراسة بأنامل تحيط بقلم أعيته الكلمة وأرقته الخطوط أهدي ثمرة جهدي إلى:

-كل أفراد عائلتي.

- إلى كلّ أحبتي.

- إلى كلّ من أعاننا من قريب أو بعيد

عزوق مصطفى.

مقدمة:

عرف العالم ثورة تكنولوجية في أواخر القرن العشرين جعلت المجتمعات عبارة عن قرية صغيرة تتواصل فيما بينها عبر وسائل الإتصال الحديثة و بظهور الأنترنت أصبح العالم نوعين النوع الأول العالم الواقعي و النوع الثاني العالم الإفتراضي أو الإلكتروني و من أهم المجالات الأكثر تأثرا بهذا التغيير نجد مجال التجارة التي بدورها تتسم بالسرعة و المرونة مما جعل دخول التكنولوجيا في هذا المجال سهلا و سريعا و أصبحت تسمى التجارة الإلكترونية والتي عرفت رواجا كبيرا في كل دول العالم لسهولة تطبيقها و حصر نشاطها في مواقع إلكترونية أنشأت خصيصا لترويج و تسويق السلع و الخدمات.

كما ساعد التطور المستمر للتكنولوجيا معالجة و نقل المعلومات عبر الأنترنت على إيجاد إتصال أكثر سرعة و إيجابية بين الأفراد في شتى بقاع الأرض و قد كان من الطبيعي التحول من البيئة التقليدية للتعاقد إلى البيئة التكنولوجية للتعاقد مما أدى إلى إنتشار نمط جديد من العقود تسمى العقود الإلكترونية .

إن العقود الإلكترونية تعتبر أحد صور التعاقد التي كان لها تأثير بالغ في نظرية العقد فقد واجهت هذه العقود بعض الصعوبات و المشكلات القانونية في التطبيق ككيفية التحقق من شخصية المتعاقدين و مكان و زمان إبرام العقد و توثيق و تسجيل هذه التعاقدات و غيرها.

لذا عملت التشريعات الوضعية على إحاطة هذه العقود بمجموعة من النصوص القانونية التي تنظم هذا النوع الجديد من العقود بما يتناسب مع طبيعتها الخاصة فتسارعت في إيجاد الحلول القانونية لمشكلات إبرام العقود الإلكترونية و من أهم المشكلات القانونية نجد مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني و الذي يختلف تماما عن مجلس العقد الحقيقي فهو مجلس إفتراضي يكون عبر وسائل الإتصال الإلكترونية مما يؤدي إلى وجود خصوصيات

نابعة من طبيعة هذا المجلس الذي يفتقر للتواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية مما تظهر أهمية تحديد القواعد التي تحكم هذا النمط الحديث في التعاقد خاصة في التزايد المستمر و المتواصل على التعاقد الإلكتروني على المستوى العالمي.

أما في الجزائر فتوسع نطاق تطبيق التجارة الإلكترونية في الأونة الأخيرة مما أدى إلى تداول التعاقد الإلكتروني بين أفراد المجتمع مما إستلزم إيجاد حلول قانونية لمشكلات التجارة الإلكترونية في الجزائر خاصة التحقق من صحة مجلس العقد الإلكتروني و الذي يصعب تطبيق القواعد الخاصة بالعقود التقليدية عليه و ظهور قصور في الجانب العملي من إثبات لزمان و مكان التعاقد.

عليه أصبح من الضروري وضع نصوص قانونية خاصة بالتعاقد الإلكتروني و هو ما كرسه المشرع الجزائري بسنه قانون خاص بالتجارة الإلكترونية سنة 2018 و الذي وضع القواعد القانونية المتعلقة بالعقود الإلكترونية و بالتالي تحديد مجلس العقد الإلكتروني كمجلس يختلف عن مجلس العقد الحقيقي من حيث الأحكام و الإجراءات.

من خلال ما سبق نطرح التساؤل التالي

كيف نظم المشرع الجزائري مجلس العقد الإلكتروني في ظل قواعد القانون المدني و قانون التجارة الإلكترونية

للإجابة على هذه الإشكالية قسمنا الموضوع إلى فصلين

الفصل الأول: النظام القانوني لمجلس العقد الإلكتروني

الفصل الثاني: إجراءات إنعقاد مجلس العقد الإلكتروني.

الفصل الأول

ماهية مجلس العقد الإلكتروني

يعد العقد الإلكتروني عقدا يتك عن بعد، أي أن طرفي العقد لا يكونان في نفس المكان فلا يجمعهما مجلس واحد في أغلب الحالات وبوسائل إلكترونية، فالإيجاب والقبول يصدر بهذه الوسائل فينعقد العقد عند تلاقي الإيجاب الإلكتروني المستكمل لشروطه مع القبول الإلكتروني الموافق له، مما أدى إلى تأثر مجلس العقد بهذه الوسائل فأصبح هو الآخر يسمى مجلس العقد الإلكتروني والذي فيه يتم إكرام العقد الإلكتروني، ونظرا للتباعد المكاني لأطراف التعاقد يطرح هذا الإشكال وجوب تحديد مجلس العقد بالضبط من الناحية القانونية، لذا سنتناول ماهية مجلس العقد الإلكتروني من خلال تحديد مفهوم مجلس العقد الإلكتروني (المبحث الأول)، وكذلك نظرا لتعدد الوسائل الإلكترونية المعتمدة للتعاقد نجد أن هناك عدة أنواع لمجلس العقد الإلكتروني فيجب تحديد أنواع مجلس العقد الإلكتروني. (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مفهوم مجلس العقد الإلكتروني

يتم إبراز العقود الإلكترونية من خلال تطابق الإيجاب الإلكتروني مع البريد الإلكتروني، وذلك بانعقاد مجلس العقد الإلكتروني الذي يعد الإطار القانوني لتفاصيل العقد، ففيه يتم التطرق إلى تفاصيل العقد ومضمونه ونظرا للخصوصية التي تتمتع بها طرق إبرام العقود الإلكترونية فإنه بطبيعة الحال يصبح لمجلس العقد له خصوصية سواءًا من حيث الإجراء أو المضمون، فأصبح عبارة عن مجلس العقد الإلكتروني الذي يختلف عن مجلس العقد التقليدي، وعليه يجب تحديد مفهوم مجلس العقد الإلكتروني وخصائصه(المطلب الأول)، وتحديد صور مجلس العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف مجلس العقد الإلكتروني

وخصائصه

ينشأ مجلس العقد الإلكتروني عندما يتم التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، فهذا المجلس يهدف إلى حماية العقد ذاته ويؤدي إلى إستقرار العقود الإلكترونية، ونظرًا لأهميته وجب تعريف مجلس العقد الإلكتروني (الفرع الأول)وذكر خصائصه التي تميزه عن مجلس العقد التقليدي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف مجلس العقد الإلكتروني

المجلس لغة: مشتق من مادة جلس يجلس جلوسًا فهو جالس، فالجلوس هو القعود، والمجلس بفتح اللام المصدر، والمجلس موضع الجلوس، ومن قوله تعالى " **يا أيها الذين آمنوا إذا قيل لكم تفسحوا في المجلس فافسحوا يفسح الله لكم** "[1] قيل يعني مجلس النبي (ص)، أما تعريف المجلس إصطلاحًا أورد الفقهاء مصطلح" إتحاد المجلس " شرطًا من شروط صحة العقد، فهم لا يريدون مطلق المجلس، وإنما يريدون المجلس الذي تم فيه العقد، وللإشارة فإن الفقهاء القدامى لم يذكروا تعريفًا لمجلس العقد في كتبهم، وإنما صاغوا أحكامه من خلال العقود، ومن خلال هذه الأحكام نسب بعض الفقهاء المعاصرين سواء من فقهاء الشريعة الإسلامية، أو من فقهاء القانون يصورون مجلس العقد على أنه وحدة مكانية وإن كان يمتاز بالتركيز والبعض الآخر نسب إليهم أنهم يعرفونه على أنه وحدة زمانية، وفريق ثالث نسب إليهم أنهم يقولون أن مجلس العقد عبارة عن هيئة معينة، في حين أن البعض نسب إليهم أنهم يرون أن مجلس العقد وحدة معنوية.[2]

أما مجلس العقد في الفقه المعاصر فقد ذهب الفقهاء المعاصرون إلى تعريف مجلس العقد بأنه مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال بالتعاقد، يفهم من هذا التعريف أن مجلس العقد يمنح المتعاقدين مهلة كافية للتفكير والتدبر في أمر التعاقد، ومن هنا تتجلى أهمية مجلس العقد ، فللطرفين الحق في التراجع عن إرادتهما طالما أنهما لم يلتقيا، فيثبت للموجب حق خيار الرجوع عن إيجابه، ويثبت للقابل خيار الرجوع عن قبوله، طالما لم ينقض المجلس ما يعرف بخيار المجلس.

كما يعرف البعض مجلس العقد بأنه إجتماع المتعاقدين في زمان محدد ومكان محدد بقصد الاتفاق على عقد، والواقع أن هذا التعريف، وإن كان يمتاز بالتركيز وبيان عناصر مجلس العقد، إلا أنه يصدق فقط على مجلس العقد الحقيقي ولا يمتد ليشمل مجلس العقد الحكمي

[1] - سورة المجادلة: الآية 11

[2] - جابر عبد الهادي، الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996، ص86-87

الذي يعبر عنه الفقه التشريعي بالتعاقد بين غائبين، ويعني ذلك عدم شمول هذا التعريف لمجلس العقد الإلكتروني الذي ينتمي وفقا للأغلبية الساحقة للفقه لطائفة التعاقد بين غائبين على الأقل من حيث المكان.[1]

أما في العقد الإلكتروني نجد أن مجلس العقد هو مكان افتراضي لأنه يتم في فضاء إلكتروني، ولذلك ذهبت لجنة الأونسترال لوضع مشروع قانون العقد الإلكتروني وقامت بتحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني فيكون على حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد، وعما إذا كان يتم عبر البريد الإلكتروني أو مواقع الويب أو المحادثة أو غيرها.[2]

كما يمكن تعريف مجلس العقد الذي يشمل مجلس العقد الإلكتروني أنه: الإطار الزماني والمكاني الذي يجمع المتعاقدين حقيقة أو حكما والذي ينشغلان خلاله بإبرام العقد، يتبادلان فيه التعبير عن الايجاب والقبول بالوسائل التقليدية أو المتحدة "

ويحرص هذا التعريف على شمول وبيان عدة أمور لعل أهمها:

1- التأكيد على عنصري مجلس العقد وهما: العنصر الزماني والمكاني، وقد يتواجد العنصر الزمني وحده في حالة مجلس العقد الحكمي (التعاقد بين غائبين).
2- شمول التعريف لمجلس العقد الحقيقي والحكمي وكذلك للتعاقد بالوسائل التقليدية أو المتحدثة كالتعاقد الإلكتروني.
3- شمول التعريف بما قد يستجد من وسائل لنقل الإرادة وتبادل الإيجاب والقبول، إستخدام عبارة الوسائل التقليدية أو المتحدثة.[3]

من خلال ما سبق عرضه يمكن القول بأن جل التعاريف السابقة لم تتكلم عن تعريف مجلس العقد الإلكتروني وإنما بينت تعريف مجلس العقد الإلكتروني وإنما بينت تعريف مجلس العقد التقليدي، ومن ذلك فإنه لا يختلف مجلس العقد الإلكتروني الذي يتم عبر وسائل

[1]. - خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 284
1- عبد الحميد بادي: الايجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2012، ص 40
[3]. - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 363

إلكترونية عن مجلس العقد التقليدي إلا أن من خلال الوسيلة التي يتم بها التعاقد، ويمكن تقديم تعريف لمجلس العقد الإلكتروني بأنه المجال أو الإطار الزماني والمكاني الذي يتم بها التعاقد، ويمكن تقديم تعريف لمجلس العقد الإلكتروني بأنه المجال أو الإطار الزماني والمكاني الذي يتم خلالها إنعقاد العقد عبر وسائل إلكترونية بحيث يبدأ هذا المجلس بصدور الإيحاب الإلكتروني وينتهي بصدور القبول الإلكتروني الموافق للايجاب، دون الانشغال عما يخص المسائل المتعلقة بالعقد.[1]

الفرع الثاني

خصائص مجلس العقد الإلكتروني

يتميز مجلس العقد الإلكتروني بمجموعة من الخصائص وهي:

1- مجلس العقد الإلكتروني مجلس يبرم عن بعد:

عرف بعض الفقهاء العقد الذي يبرم عن بعد بأنه:

عقد بين شخصين لا يكون وجودهما وجودًا حقيقيًا أي لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي وهو ما يسمى أيضا بالعقد المبرم بين غائبين.[2]

ولعل المقصود في هذا التعريف بعبارة....وهو ما يسمى أيضا بالعقد المبرم بين غائبين، أن طرفي العقد متباعدين بينهما إما من حيث المكان او مم حيث الزمان والمكان معا، وهذه الخاصية جاءت نتيجة لما يشهده قطاع الاتصالات عن بعد في الوقت الحالي من تطور مستمر ومتنوع، حيث يمكن إبرام العقد عن بعد بطرق مختلفة كالتلغراف، الهاتف والفاكس، الإذاعة، التلفزيون وأهم هذه الطرق شبكة الإنترنت التي تمكن أطراف العقد بتبادل الايجاب والقبول مهما بعدت المسافة بينهم.[3]

1- بن خضرة زهيرة: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016، ص23

2- وداد طورش: مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2018، ص 13

3. - محمد سعيد الرملاوي: التعاقد بالوسائل المستحدثة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص 100

2- مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس يبرم بوسيلة إلكترونية يتم مجلس العقد الإلكتروني بواسطة إستخدام الوسائل الإلكترونية، فهي تعتبر من أهم الخصائص التي تميزه عن مجلس العقد التقليدي، وتلك الوسائل هي التي أدت إلى إختفاء الكتابة التقليدية التي تقدم على الدعائم الورقية ليحل مكانهما الكتابة الإلكترونية التي تقوم على دعائم إلكترونية.[1]

3- مجلس العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع الدولي، إن العلاقات الناشئة عن المعاملات الإلكترونية لا تقتصر في مكان جغرافي محدود، كما أنها لا تخضع لأي سيطرة أو التقيد بحدود معينة، بل تنساب عبر الدولة بكل حرية، والعقد الإلكتروني يفترض عدم تواجد الطرفين في مجلس عقد واحد، إذْ أن طرفي العقد قد يتواجدان في دولة واحدة أو قد يتواجدون في دولتين مختلفتين حيث أن البعد المكاني لا يؤثر في إبرام وتنفيذ العقد مادام الرضا متبادل بينهما.[2]

يرى بعض الفقهاء، أن البعد الدولي لمجلس العقد الإلكتروني هو الغالب في العقود التي تتم عبر الخط مهما كان نوعها إستنادًا إلى أن شبكة الإنترنت تعد تجسيدًا لفكرة العولمة، وعليه يصعب تحديدها أو تحديد المعاملات القانونية التي تجري في إطارها، ومن خلال ما سبق يتبين أن مجلس العقد الإلكتروني ذو طبيعة دولية، سواء تم في دولة واحدة أو في دولتين مختلفتين، ذلك أن شبكة الانترنت باتت عابرة للحدود، حيث أن شبكة الإنترنت تتسم بالطابع العالمي، إذ يمكن لأي شخص وفي أي مكان الاتصال بها والانتفاع منها، وعليه فإن حضور شبكة أسقط الحدود بين العقد الدولي والداخلي.[3]

1- العيشي عبد الرحمن: ركن الرضا فيةالعقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2017، ص23

2- مخلوفي عبد الوهاب: التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2012، ص 59

3- أرجيلوس رحاب: الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2018، ص 29

المطلب الثاني

صور مجلس العقد الإلكتروني

تعددت الاتجاهات الفقهية حول بيان الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني: فمنهم من يرى أن مجلس العقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين (الفرع الأول)، ومنهم من يرى أن مجلس العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين (الفرع الثاني)، ومنهم من يرى أن مجلس العقد الإلكتروني ذو طبيعة مختلطة (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مجلس العقد الإلكتروني

هو تعاقد بين حاضرين

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين، لكن أطراف التعاقد على اتصال مباشر فيما بينهما، فعلى الرغم من أن المتعاقدين غائبين فإنه لا يفصل ما بين صدور القبول والعلم به زمن في التعاقد ويكون مجلس العقد حكيما لا حقيقيا.[1]

حيث يرى أصحاب هذا الاتجاه أن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين لكون أطراف التعاقد على اتصال دائم عبر شبكة الإنترنت، برروا ذلك على أساس أنه وإذا كان هناك تباعد، فجميع لوازمها متوافرة في الحال، فمجرد صدور الصيغة يعلم كل طرف بتعبير الآخر، وحسب رأيهم فإن تلاشي الحدود الجغرافية التقليدية إنما هو نتيجة حامية لتطور وسائل الاتصال الحديثة التي سهلت الصعاب ويسرت التواصل بين الأشخاص عبر كافة أنحاء المعمورة، بحيث جعلت هذه الوسائل المتحدثة الأطراف تلتقي إفتراضًا مما يمكننا يعني بأن أحدهما قد انتقل حكميا إلى مكان تواجد الآخر، وعندئذٍ يصبح التعاقد تعاقدًا بين حاضرين حضورًا مفترضًا من حيث الزمان والمكان،[2] ففي كل الحالات يتحقق الحضور

[1]. - وداد طورش، المرجع السابق، ص 15

1- بولمعالي زكية: مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013، ص 22.

في مجلس العقد الإلكتروني، وبذلك نكون أمام تعاقد بين حاضرين وإن كان حضورًا إعتباريًا.

ويعبر هذا الرأي عن وجهة نظره باتجاه الوحدة الزمانية لمجلس العقد، وبذلك فمجلس العقد بينهما هو زمن الاتصال عبر الإنترنت، يبدأ ببدء الاتصال وينفض بإنتفاضه.

أما نقد هذا الرأي فيفترض هذا الرأي أن لمجلس العقد ركن واحد هو الزمان، وينظر إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمانية فقط، ولكن مجلس العقد يقوم على ركنين هما: المكان والزمان، فالركن المكاني يعتبر ركنا ماديًا للمجلس، والركن الزماني هو الركن المعنوي ولكل واحد منهما شروط وأحكام، فإن قصر المجلس على أحدهما دون الآخر ترتب عليه خلل في ضبط الكثير من الأمور.[1]

ضف إلى هذا فقد بالغ الفقه في الانحياز لهذا الرأي، بعد أن جعل التعاقد عبر خدمة البريد الإلكتروني بأخذ نفس الحكم بخصوص التعاقد عبر شبكة الإنترنت من خلال التفاعل المباشر بالصوت والصورة معًا في الآن ذاته، ضف إلى هذا فإن بعضًا من الفقهاء قال بأن هذا التعاقد هو تعاقد حقيقي وليس حكمي وهو أكثر مبالغ فيه.[2]

الفرع الثاني

مجلس العقد الإلكتروني

هو تعاقد بين غائبين

يرى البعض من الفقهاء أن مجلس العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا شأنه في ذلك شأن التعاقد بطرق المراسلة أو التعاقد بطريق التليفون، ولا يختلف عنهما من حيث الوسيلة المستعملة التي أصبحت إلكترونية ويستندون في ذلك على عدم صدور إيجاب وقبول في لحظة واحدة إضافة إلى إختلاف مكان المتعاقدين[3] ولقد إعتنق هذا الاتجاه مجلس

[1]. - جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع السابق، ص 282
[2]. - بو لمعالي زكية: المرجع السابق، ص 23
[3]. - سامر حامد عبد العزيز، الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008، ص 102

الفقه الإسلامي في الدورة السادسة بجده في مارس 1990، والذي قرر نا يلي: " إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد، ولا يرى أحدهما الآخر معاتبة، ولا يسمع كلامه وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة او السفارة، وينطبق ذلك على البرقية والتلكس والفاكس وشاشات الحاسوب، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.[1]

هناك من يعتبر التعاقد عبر الإنترنت تعاقد بين غائبين لعدم صدور إيجاب وقبول في نفس اللحظة، إضافة إلى إختلاف مكان المتعاقدين، مما يجعل مجلس العقد في هذه الحالة حكميا تطبق على أحكامه، ويرجع البعض الآخر إعتبارًا التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين إلى إستفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحه إياه المشروع في حالة التعاقد عن بعد.[2]

أما نقد هذا الرأي فيلاحظ فيه أنه يتجاهل التعاقد الإلكتروني الذي يتم مباشرة بين المتعاقدين، ولا يفصل بين الايجاب والقبول إلا أجزاء من الثانية، أن يكون هناك تعاصر بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما هو الشأن في التعاقد عبر المحادثة المباشرة، مما يلعب معه إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقدًا بين غائبين.[3]

كما يعاب على هذا الرأي أن أصحابه قد تجاهلوا دور وسائل الاتصال الحديثة، ففيه تحقيق للتفاعل المباشر بين طرفي التعاقد، بحيث يتبدد الفاصل الزمني مما يستبعد القول باعتبار أن مثل هذا التعاقد يعد تعاقدًا بين غائبين في كل الحالات.[4]

وعليه يرى بعض من الفقه أن مجلس العقد الإلكتروني هو تعاقد بين غائبين ذو طبيعة حاكمة، ولا يمكن بأي حال من الأحوال القول بأنه تعاقد بين حاضرين ذلك أن تبادل صيغته الإيجاب والقبول بين طرفي العقد لا يكون إلا من خلال الوسائل التقليدية المعتادة التي تستغرق فترة زمنية بين إرسال القبول وصوله إلى من وجه إليه، إنما يكون بتبادل الرسائل عبر شبكة الإنترنت إلكترونيا، حيث يتاح التفاعل المباشر بين الطرفين، فنحن وإن

[1]. - جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع السابق، ص 282
[2]. - خالد ممدوح إبراهيم: المرجع السابق، ص 288
[3]. - وداد طورش، المرجع السابق، ص 16
[4]- مرزوق نور الهدى: التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012، ص 162.

كان هناك تباعد مادي مكاني بينهما، فإن التقارب الافتراضي الزماني متوافر والحجة التي على أساسها أطلق على التعاقد الإلكتروني وصف التعاقدين غائبين هو أن هذا الأخير يقوم على فكرة تفاوت المسافات والزمن معًا حيث أن التفاوت الزمني غير موجود بالنسبة للتعاقد الإلكتروني حيث يتاح للطرفان التفاعل المباشر.[1]

الفرع الثالث

مجلس العقد الإلكتروني

هو ذو طبيعة مختلطة

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن مجلس العقد الإلكتروني ذو طبيعة مختلطة يتم من خلال مجلس عقد حكمي إفتراضي، بحيث أن يكون تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان، باعتبار أن الأمر يتم بوسائل سمعية بصرية تسمح بالتفاعل بين طرفين يضعها مجلس واحد حكمي افتراضي، شأنه شأن التعاقد عن طريق الهاتف، فحسب هذا الرأي يعتبر العقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين في الزمان لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به ويعد تعاقدًا بين غائبين لتواجد الطرفين في دول مختلفة.[2]

فرق أصحاب هذا الاتجاه بين الحالات حسب الأساليب التي يتم بها التعاقد الإلكتروني وذلك على النحو التالي:

- الحالة الأولى : إذا كان التعاقد يتم عن طريق الانترنت فيكون التفاعل بين طرفي التعاقد تفاعل مباشرا، بحيث يرى كل منهما الآخر ويستمع إليه مباشرة في الآن ذاته، فإن هذا المجلس يطلق عليه وصف مجلس العقد الحقيقي، فيعتبر تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان.

- الحالة الثانية: إذا كان التعاقد يتم عن طريق الشبكة العنكبوتية والمتاح هو نقل الصوت دون الصورة بين الموجب والموجب له، فإنه في هذه الحالة يكون التعاقد تعاقدًا

[1]. - بولمعالي زكية: المرجع السابق، ص 25
[2]. - مرزوق نور الهدى: المرجع السابق، ص 162-163

بين حاضر من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان مثله مثل التعاقد بواسطة الهاتف.

- الحالة الثالثة: إذا كانت الوسيلة المتاحة هي البريد الإلكتروني بحيث يتبدد الفاصل الزمني بين إرسال الرسالة الإلكترونية ووصولها إلى الشخص الموجه إليه أو قصر هذه المدة فإننا نكون في هذه الحالة بصدد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان لكن إذا كانت التقنية المستخدمة هيوالبريد الإلكتروني وكان الفارق الزمني في التواصل بين الموجب والموجب له فارق معتبر، بحيث لا يعلم الموجب له فورًا بعرض الموجب فإننا بصدد تعاقد بين غائبين زمانا ومكانًا.[1]

- لم يسلم هذا الرأي كذلك من النقد، فهناك من يرفض فكرة إعتبار التعاقد عن بعد تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان لعدم جواز تجزئة مجلس العقد.[2]

لأن هذا الأخير يتطلب وحدة المكان وإستمرارية زمانية متصلة، إلا أن هذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هاتين الوحدتين، فضلا عن كونه يخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، فلا وجود لمجلس مختلط، مما يؤدي إلى صعوبة تطبيق أحكام المجلس الحقيقي على زمان المجلس وأحكام المجلس الحكمي على مكان المجلس.[3]

بعد عرض كل هذه الآراء المتناقضة حول الطبيعة القانونية للعقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة يمكن إستنتاج الوصف الأكثر ملائمة لهذا النوع من التعاقد من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد وبالتحديد وسيلة القبول.

لا شك أن هناك فرق جوهري بين القبول الصادر عن طريق البريد الإلكتروني والقبول الصادر عن طريق زر الموافقة أو الوسائل المرئية، ففي جميع هذه الحالات يكون الاتصال بين مقدم العرض والمتبقي له إتصالاً لفظيًا، إلا أنه إستثناءًا قد يتحقق الاتصال اللفظي في خالة إستعمال البريد الإلكتروني لعدم وصول القبول لوجود عائق ما، كغلق

[1]. - أبو عمرو مصطفى أحمد: مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011، ص 96-99

2- مداوي بو عبد الله: الإيجاب والقبول في العقد الإلكترونية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون قضائي، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2019، ص 51- 52

[3]. - جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع السابق، ص 296-297

جهاز الكمبيوتر من طرف الموجب أو حدوث عطب في الشبكة.....إلخ، وعليه ينبغي التفرقة بين حالتين في حالة الاتصال عن طريق البريد:

- الحالة الأولى: إن كان الاتصال فوريًا أي لا وجود لفاصل زمني نكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان.

- الحالة الثانية: إن كان التعاقد غير لفظي، فإننا نكون بصدد تعاقد بين غائبين زمانًا ومكانًا.

يتبين بأن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانًا وغائبين مكانًا إلا في حالة التعاقد غير اللفظي، حيث يكون بين غائبين زمانًا ومكانًا، وهذا ما يثير مشكلة زمان ومكان تلاقي الإرادتين وتثير هذه المسألة أهمية كبيرة في تحديد القانون الواحد التطبيق، وقت ....العقد، بيان تاريخ الالتحاق والالتزام....إلخ.[1]

[1]. - مرزوق نور الهدى: المرجع السابق، ص 164-165

المبحث الثاني

أنواع مجلس العقد الإلكتروني

يمكن لمجلس العقد الإلكتروني أن يأخذ صورًا، فنجد صورتين له أو نوعين، وذلك بالنظر إلى وجود المتعاقدان في نفس المجلس، فإذا كان المتعاقدان قد حضرا مجلس العقد وتم التعاقد بالوسائل الإلكترونية فنكون في صورة مجلس العقد الحقيقي (المطلب الثاني)، أنا إذا كان المتعاقدان غائبان في نفس مجلس العقد وتم التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية فنكون في صورة مجلس العقد الحكمي (المطلب الثاني)، فهاتان الصورتان تعدان نوعي مجلس العقد الإلكتروني التي تتم بواسطة الوسائل الإلكترونية.

المطلب الأول

مجلس العقد الحقيقي

تعد الصورة الأولى لمجلس العقد الإلكتروني هي صورة مجلس العقد الحقيقي التي تتم بين المتعاقدان، لذا سنتناول تعريف مجلس العقد الحقيقي (الفرع الأول) وشروط مجلس العقد الحقيقي (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف مجلس العقد الحقيقي

يمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه ذلك المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضورًا يقينًا معًا وجها لوجه، ويسمى التعاقد في هذه الحالة بالتعاقد بين الحاضرين، ويعرفه البعض بأنه التعاقد بين حاضرين بتوافق الإرادتين في مجلس واحد، فعندما يجتمع الموجب والقابل في ذات المكان يكونان في مجلس واحد فيعتبر التعاقد بين حاضرين.[1]

ويعرفه البعض أيضا بأنه المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يظلان على إتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة في حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما

[1]. - عبد الحميد بادي: المرجع السابق، ص 25

عنه شاغل، ويقوم مجلس العقد في الفقه الإسلامي على وحدة المكان ووحدة الزمان ومؤدي ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول بنفس المكان ونفس الجلسة.[1]

فالأصل أنه عند إبرام العقد يجب أن يلتقي الموجب والقابل، أو من ينوب عنهما أو عن أحدهما، بشكل مباشر يسمح لهما بالتفاوض على شروط العقد والاتفاق على بنوده وتوقيع مستنداته العقدية، فيجتمع المتعاقدان في نفس المكان والزمان، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة.[2]

وقد لاقت فكرة مجلس العقد عناية كبيرة، وذلك بقصد تحديد المدة التي يجب أن تفصل بين الإيجاب والقبول ومجلس العقد هو إصطلاحي شرعي يقصد به إجتماع المتعاقدين في نفس المكان والزمان بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة، حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وعليه ينفض مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد المتعاقدين أو كليهما، ولكنه يعتبر منفضًا كذلك ولو لم يبرح العاقدان المكان، إذا شغلهما أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل[3]، ففي مجلس العقد الحقيقي يقوم هذا المجلس على ركنين أساسين هما الركن المادي وهو المكان، والركن المعنوي وهو الزمان، أي الفترة الزمانية بين الإيجاب والقبول، فقد يجمع المتعاقدين مكان واحد فيكونان على إتصال مباشر، فيعرف هذا المجلس بالمجلس الحقيقي.[4]

ذهب الفقهاء المعاصرون إلى تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالإنشغال الباث بالصيغة وينفض بإنتهاء الانشغال بالتعاقد، ما يفهم من هذا التعريف أن مجلس العقد يمنح المهلة الكافية للمتعاقدين من أجل التمعن والتفكير قبل الإقبال على قبول التعاقد، وهنا تتجلى الفائدة التي يوفرها مجلس العقد، فيمن للطرفين الحق في العدول عن إبداء الرغبة في التعاقد طالما لم يترتب عليهما أثر قانوني يتمحص عنه نشوء إلتزام في ذمة صاحبه، فللموجب حق العدول عن الايجاب طالما لم يقترن بقبول مطابق، وللقابل

[1]. - بن خضرة زهيرة: المرجع السابق، ص 25
[2]. - مداوي عبد الله: المرجع السابق، ص 47
[3]. - أبو عمرو مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص 239
[4]. - جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع السابق ص 252

خيار القبول طالما أنه في حيرة من أمره، ولم ينفض المجلس بعد وهو ما يصطلح عليه بخيار المجلس.

ما يستنتج من هذا التعريف أنه أقام مجلس الحقيقي على ثلاثة أركان أولهما المكان وهو الخير المادي الذي يضم طرفي التعاقد، مما يمكنهما من الالتقاء والمباشر والتفاعل عن قرب، أما الركن الثاني فهو الزمان ، وهو الإطار المعنوي الذي يحوي إبداء أطراف التعاقد للرغبة في إتمام العقد، أما الركن الثالث هو إنشغال الطرفين بأمر التعاقد دون غيرها من الأمور.[1]

الفرع الثاني

شروط مجلس العقد الحقيقي

لكي نكون بصدد مجلس العقد الحقيقي فإنه يجب توافر عدة عناصر أو شروط، وتعد هذه العناصر في ذات الوقت بمثابة ضمانات لتحقيق الاتصال الفعال بين الايجاب والقبول الذي يؤدي لانعقاد العقد على النحو المنصوص قانونا وأهم هذه الشروط تتمثل فيما يلي:

1- الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس حتى يبدأ المجلس الحقيقي فإنه يتعين تواجد كلا من الطرفين فعليًا (جسديا) في مكان إنعقاد ذلك المجلس، ويستوي في ذلك أن يحضر الطرفان لمقر المجلس في وقت واحد أو أن يحضر أحدهما قبل الآخر.[2]

وعليه يشترط لمجلس العقد الحقيقي حضور كل من المتعاقدين حضورًا حقيقيًا وجهًا لوجه، يتعين التميز بين وقت حضور الطرفين ووقت بدأ مجلس العقد فعلاً لكي يكون حضور الطرفين فعليًا في مجلس العقد ذا جدوى فيجب أن يكون النطاق المكاني لمجلس العقد الحقيقي يسمح لهما بتبادل الإيجاب والقبول ويتيح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه

[1]. - بلمعالي زكية:المرجع السابق، ص ص 17-18
[2]. - أبو عمرو مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص 82-83

بوضوح ويمر، فالسماع والعلم بإرادة الطرف الآخر هما أساس الإتصال بين الإرادتين ويمكن من تحقيق الموافقة بينهما.[1]

كما رأينا سابقًا أن مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد على إتصال مباشر وهو الذي يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولاً أو رفضًا وإما بانفضاضة دون رد، بمعنى آخر فإن النطاق المكاني للمجلس يجب أن يتيح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه دون أي عوائق والغاية من إجتماع المتعاقدين في مكان واحد هو أن يرى طرف نظيره ويسمعه ويفهم ما يصدر عنه من تعبير عن الإرادة.[2]

2- أن يتم العلم بالايجاب لحظة صدوره: بمعنى يجب أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في وقت واحد هو وقت مجلس العقد، لأن مجلس العقد الحقيقي يقتضي أن يكون المتعاقدين حاضرين معًا حضورًا حقيقيًا وهذا لا يعني لزوم فورية الرد على الايجاب بمجرد صدوره فلا يوجد ما يمنع من إنقضاء فترة زمنية معقولة لين صدوره الإيجاب والعلم به والرد عليه، مثال ذلك أن يكون الإيجاب قد صدر بلغة غير التي يفهمها الموجب له فيحال الأمر لبعض الوقت لترجمة الإيجاب إلى لغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن التعاقد وهو على بينة.[3]

المطلب الثاني

مجلس العقد الحكمي

تعد الصورة الثانية لمجلس العقد الإلكتروني الميزة المعروفة في التعاقدات الإلكترونية الميزة المعروفة في التعاقدات الإلكترونية لبعد المسافة بين المتعاقدين، لذلك يمكن انعقاد مجلس العقد الإلكتروني بالمجلس الحكمي الذي هو نوع من أنواع مجلس العقد الإلكتروني، وعليه سنتطرق إلى تعريف مجلس العقد الحكمي (الفرع الأول) .

[1]. - بلقاسم حامدي: إبرام العقد الإلكتروني،رسالة دكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2015، ص 92-93
[2]. - خالد ممدوح إبراهيم: المرجع السابق، ص 83
[3]. - جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع السابق، ص 239

الفرع الأول

تعريف مجلس العقد الحكمي

المقصود بمجلس العقد الحكمي هو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير مجلس للثاني وهو ما أصطلح عليه الفقهاء بالتعاقد بين غائبين، فالتعاقد بين غائبين هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يشبههما وهو ما كان عليه الحال إلى وقت قريب إلى أن ظهرت الإلكترونيات وأصبحت البديل في إظهار الرغبة من خلال عرض الإيجاب المفضي إلى التعاقد من طرف الموجب جاء أيضا في تعريف مجلس العقد الحكمي بأنه المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه، كما هو الحال في العقد الإلكتروني فالأصل أن يكون مجلس العقد مجلس بين حاضرين، فإذا حدث ما يخالف هذا الأصل وكان التعاقد بين غائبين فيسمى مجلس العقد حينئذٍ بمجلس العقد الحكمي وهو ما ينطبق على التعاقد بالوسائل المستخدمة، حيث يوجد أحد المتعاقدين في مكان والآخر في بمكان آخر، ويتم التعاقد عبر وسيط إما أن يكون الهاتف أو الفاكس أو شاشة الحاسوب.[1]

كما يعرفه جماعة من الفقه مجلس العقد الحكمي (الافتراضي) بأنه ذلك المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه وبعبارة أخرى فإن مجلس العقد الإلكتروني هو التعاقد الذي يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد واحد يتم التعبير عن الإرادة بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكات الإتصال الحديثة، ففي مجلس العقد الحكمي قد يفصل صدور الايجاب أو القبول عن العلم به فترة زمنية طويلة لا يمكن معها الإتحاد الفعلي لمجلس العقد.[2]

كما يعلم لدى الكل أن لكل أصل إستثناء، ففي عديد من الأحيان يفصل بين صدور الإيجاب أو القبول أو العلم بهذا الأخير فترة زمنية قد تطول أو تقصر لا بل وقد يتدخل ضابط المكان في هذا المجلس إذ قد يفصل بين المتعاقدين فاصل مكاني يكون حائل دون الحضور

[1]. - بولمعالي زكية: المرجع السابق، ص 19-20
[2]. - العيشي عبد الرحمن: المرجع السابق، ص 209-210

الفعلي للمتعاقدين في المكان ذاته، فنفصلهما أميال ودول وعندئذً تثور فكرة مجلس العقد الحكمي كمقابل لفكرة المجلس الحقيقي.[1]

ففي بعض الأحيان قد لا يتحقق هذا المجلس لعدم تمكن أحد الأطراف من الحضور لسبب أو لآخر كبعد المسافة، أو كثرة الأعمال، أو صعوبة الظروف، أو التعرض لحادث طارئ، أو غيرها من الأسباب التي تضعه من الإلتقاء بشكل مباشر وحقيقي بالطرق الآخر، أو يقوم الموجب بإرسال رسالة إلى القابل، وهذا ما بعد تخفيفًا على المتعاقدين الذين يصعب عليهما الالتقاء الحقيقي، لأنه لو قلنا أن الفقه لا يبرم إلا بين حاضرين في مجلس عقد حقيقي، لا .... الكثير من الأشخاص من إبرام تصرفاتهم القانونية، كما في ذلك من تعسف ومشقة قد لا يستطيعون تحملها، ولوقع الأشخاص في حرج وضيق شديدين بسبب تعريض مصالحهم للخطر، وهي أمور من شأنها أن تؤدي إلى النهاية إلى تقليص دائرة التعاقدات، وللحد من تلك الإشكالات ومع ظهور وسائل الاتصال لم تكن موجودة من قبل، أصبح من الممكن إبرام التصرفات القانونية ولو لم يكن الأطراف حاضرين بشكل حقيقي وهو ما يسمى بمجلس العقد الحكمي أو الإفتراضي، أو بعبارة أخرى هو المجلس الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير حاضر إلا أن إرادته تكون حاضرة، كما هو الحال في العقد المبرم عبر الوسائل الإلكترونية، فمجلس العقد الإلكتروني هو مجلس حكمي وليس حقيقي، فالمتعاقدان يستعملان وسائل إلكترونية تساهم في التفاعل بينهما بشكل مباشر، فإما أن يتم إبرام العقد بالكتابة المباشرة، أو يتم بالصوت فقط، أو يبرم بالصوت والصورة، إن مجلس العقد الذي ينتمي بالوسائل الإلكترونية يساهم في أن يكون بين شخصين لا يجمعهما مكان واحد من الفعل والواقع إلا أنه لا يوجد فاصل زمني بين إصدار أحد المتعاقدين للإيجاب ووصوله في ذات اللحظة إلى المتعاقد الآخر فتعتبر هذه الوسائل الوسيط بين المتعاقدين في نقل الإرادة بينهما دون الالتقاء المادي ببعضهما البعض وهو ما يأخذ نفس حكم التعاقد عن طريق التلفون الثابت أو التلفون المحمول، فالمتعاقدان يجمعهما زمان واحد ولا يجمعهما مكان واحد.[2]

[1]. - جابر عبد الهادي الشافعي: المرجع السابق، ص 297
[2]. - عبد الحميد بادي: المرجع السابق، ص 45

ويختلف مجلس العقد فيوالتعاقد عبر الإنترنت ومن ثم الخيارات الواردة فيه حسب الطريقة التي تتم بها هذا التعاقد، فالتعاقد عن طريق شبكة الإنترنت يعد تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وبين غائبين من حيث المكان لأن هذا القول يؤدي إلى الخلط بين مجلسةالعقد الحقيقي أي أن بين التعاقد بين الحاضرين وبين مجلس العقد الحكمي وهو التعاقد الذي يكون فيه أحد المتعاقدين غير موجود بالمجلس.[1]

ففي التعاقد عبر البريد الإلكتروني إذا كان التعاقد يتم بالكتابة المباشرة بين الطرفين فإن مجلس العقد يبدأ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى خروج أحد الطرفين من الموقع، أما إذا كان التعاقد لم يتم مباشرة فإن المجلس يبتدئ من حيث إطلاع القابل على المعروض عليه ويستمر حتى تنتهي المدة المحددة إذا وجدت، وإلا رجع في ذلك إلى الأعراف.

وفي حال التعاقد عبر المحادثة والمشاهدة فإن مجلس العقد يبتدئ من حين صدور الإيجاب ويستمر حتى الإنتهاء من المحادثة.[2]

وعليه مجلس العقد الحكمي يعد مجلسًا زمنيًا، حيث ينعقد باستخدام الوسائل الحديثة، مادام على إنشغال في التعاقد ولم ينقطع عنه لشيء آخر، حتى لو إختلاف خلال الزمن مكان المتعاقدين، ومن خلال التمييز بين نوعي مجلس العقد، فإذا كان الذي يفرق بينهما هما عنصرا الزمان والمكان، إلا أن عنصر الزمن ببعض هو العنصر الأساسي في التفرقة بينهما.[3]

الفرع الثاني

شروط مجلس العقد الحكمي

يتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظيره الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة، ومن ثم يتوافر الايجاب والقبول وتطابقهما، على أن المجلس الحكمي يختلف من حيث مكان وزمان صدور الإيجاب وزمان وصوله إلى علم الموجب له والعكس.

[1]. - وداد طورش: المرجع السابق، ص 14
[2]. - أبو عمرو مصطفى أحمد: المرجع السابق، ص 91-92
[3]. - بن خضرة زهيرة: المرجع السابق، ص 28-29

وتتمثل شروط مجلس العقد الحكمي فيما يلي:

1- وجود الايجاب والقبول وتوافر وسيلة لعلك الطرق الآخر:

وجوب صدور الإيجاب والقبول وفقا لما منصوص عليه قانونا، بحيث ينوب وصول الإيجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصل الإيجاب، إذا يتم نقل الإيجاب والقبول بوسائل الاتصال وأهمها الانترنت، وذلك من أجل التغلب على التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد، فبدون صدور الإيجاب أو القبول لا قيمة للوسيلة وبدون هذه الأخيرة لا يتحقق التطابق بين الإرادتين وبالتالي فإن العقد لا ينعقد، ومن البديهي أن كل متعاقد حين يعبر عن إرادته فإنه يقصد وصولهما لعلم الآخر ويكون منتظر الرد بغية التعاقد.

2- أن يظل المتعاقدين منشغلين بالتعاقد:

يجب أن يظل الموجب على إيجابه، بحسن لا يصدر عنه ما يوحي عدوله أو إعتراضه عنه، كما يجب أن يظل القابل كذلك مهتمًا بأمر التعاقد وأن لا يشغله شاغل آخر، وعلى سبيل المثال: إذا اتصل جزائري بمصري عن طريق الانترنت وعرض عليه أن يبيعه منزلًا بالقاهرة فبدأ الأخير يسأل عن مادساحة المنزل ثم إنحرف بالحديث إلى أحوال المصريين ومشكلة رغيف الخبز....إلخ، فإن العقد لا ينعقد لأن أحد الطرفين إنشغل عن مواصلة الإهتمام بأمر التعاقد وهذا يعني أنه لم تتوافر شروط المجلس الحكمي، وكذلك تجدر الإشارة إلى ضرورة ان يصدر القبول خلال المدة التي يبغي فيها الإيجاب ملزماً، فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة، فليس هناك مشكلة أما إذا لم يحددها الموجب فإن القاضي بما يتمتع به من سلطة تقديرية يتولى تحديدها على ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد وأهمية محله.

على ذلك فإذا أرسل الموجب رسالة عبر البريد الإلكتروني (email) للموجب له تتضمن إيجابًا محددًا وباتًا وساريًا لمدة أسبوع فإن القبول المطابق يجب أن يصدر خلال هذه المدة، فإذا صدر ذلك القبول بعد ذلك فلا ينعقد العقد لأن هذا القبول المتأخر لا بعدو عندئذٍ أن

يكون مجرد إيجاب جديد يحتاج هو ذاته للقبول، كذلك الشأن لو صدر القبول خلال المدة لكنه لم يكن مطابقًا للايجاب.[1]

[1]. - بلقاسم حامدي: المرجع السابق، ص 95

الفصل الثاني

إجراءات إنعقاد مجلس العقد الإلكتررروني

تعد العقود المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من العقود التي تتطلب عناية خاصة من التشريعات الوضعية و ذلك لخطورتها على المتعاقدين خاصة أن مجلس العقد يكون في غالب الأحيان بين غائبين عن المجلس الواحد و عليه تكون إجراءات إنعقاد مجلس العقد الإلكتروني خاصة و تتسم بإستعمال الوسائط الإلكترونية المتعددة .

حاولت التشريعات الوضعية إحاطة مجلس العقد الإلكتروني بمجموعة من الضمانات والإجراءات الكفيلة بضمان حقوق المتعاقدين و تسهيل عمليات إبرام العقود الإلكترونية خاصة إذا كانت دولية فيتطلب وضع إجراءات تتماشى مع طبيعة هذه العقود و تحديد القانون الواجب التطبيق ومن أهم الإجراءات القانونية التي يجب تحديد كيفية القيام بها نجد عملية الإيجاب و القبول الإلكتروني و التي من خلالها تتم كل بنود العقد الإلكتروني (المبحث الأول) كما يتميز مجلس العقد الإلكتروني بأنه له خصوصية فيما يتعلق بمكان و زمان إنعقاده حيث يتطلب تحديد مكان و زمان مجلس العقد الإلكتروني (المبحث الثاني)

المبحث الأول

الإيجاب والقبول الإلكتروني

نظرا للتّطوّر الهائل الّذي لحق بوسائل الاتصال الحديثة واستخدامها من طرف الأفراد لإنجاز معاملاتهم عبر وسائل الاتصال الحديثة لم تقف التشريعات مكتوفة الأيدي، وإنّما سعت جاهدة نحو تنظيم هذا النوع الجديد من المعاملات؛ بحيث أقرّته بالإضافة إلى إعطاءها الضوء الأخضر لإجازة التعبير عن الإرادة من خلال الوسائل الإلكترونية، وهو ما ساهم بشكل كبير في تطور التراضي في العقود فالتقاء الإيجاب (المطلب الأول) مع القبول (المطلب الثاني) إلكترونيا يكون كافيا لإبرام العقد متى استوفى شروط صحته.

المطلب الأول

الإيجاب الإلكتروني

لإنعقاد أيّ عقد إلكتروني مهما كان نوعه لابدّ أن يمرّ بعدّة مراحل، ولعلّ أهمها صدور إيجاب إلكتروني بات من أحد الطرفين للآخر معربا عن إرادته في التعاقد، ولدراسة الإيجاب علينا، أولا التطرق لمفهوم الإيجاب الإيجاب الإلكتروني وذلك من خلال تعريفه وتبين صوره وتميزه (الفرع الأول)، بالإضافة إلى تحديد لغة ونطاق الإيجاب الإلكتروني (الفرع الثاني) وأخيرا التطرق إلى موضوع سقوطه (الفرع الثالث).

الفرع الأول

مفهوم الإيجاب الإلكتروني

يتحدد مفهوم الإيجاب الإلكتروني من خلال تحديد تعريفه و صوره أولا: تعريف الإيجاب الإلكتروني

1-التعريف الفقهي: عرف الإيجاب الإلكتروني بأنه: «تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال -سواء كانت مسموعة أو مرئية أو كليهما- ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه؛ بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول»[1].

2- التعريف القانوني:

***اتفاقية فيينا 1980 الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع:** حيث نصت م 14 «يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه إرادة الموجب إلى الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محدّدا بشكل كاف إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبها تحديدها.

ولا يعتبر العرض الّذي يوجه إلى شخص أو أشخاص غير معنيين دعوة للإيجاب ما لم يكن الشخص الّذي صدر عنه العرض قد أبان بوضوح عن اتجاه بقصده إلى خلاف ذلك»[2].

***المشرع الجزائري:** لم ينص المشرع الجزائري صراحة من خلال القانون 05/18، وإنّما اقتصر على تعريف العقد الإلكتروني في المادة 06، والتي تنص «... ويتمّ إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريّا لتقنية الاتصال الإلكتروني»[3].

وبهذا يكون المشرع قد عرف العقد الإلكتروني من خلال وسيلة الإبرام وهي وسائل الاتّصال الإلكتروني، كما ذكر الإيجاب الإلكتروني بصورة عرضيّة فقط في المادتين 10 و11 من القانون 05/18 تحت تسميّة "العرض التجاري الالكتروني" وعليه يتوجّب على المشرع

---

[1]- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 62.

[2]- اتفاقية فيينا 1980 الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع تاريخ الاعتماد 11 أبريل 1980، بدء السريان 01 يناير 1988، لم تصادق عليها الجزائر.

[3]- القانون 05/18 المؤرخ في 01 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية عدد (28) لسنة 2018 الصادرة في 16 ماي 2018.

إضافة نصوص أخرى يبيّن من خلالها المقصود بالإيجاب الالكتروني أسوة بالتشريع البحريني[1].

ثانيا: صور الإيجاب الإلكتروني

أ/الإيجاب بالمراسلة الالكترونية: يتمّ استخدام هذه الصورة في العقود المبهمة عبر الأنترنت عن طريق البريد الإلكتروني، وهنا يكون العرض موجه إلى شخص محدد، والّذي يمكنه من معرفة مضمون هذا العرض بدخوله إلى بريده الالكتروني؛ حيث تسمح هذه التقنية العلم بالعروض التعاقدية بكلّ سهولة، كما تسمح بتحقيق الشروط المطلوبة في الإيجاب دون صعوبة كبيرة، وهكذا ينبغي أن تحرر الرسالة الالكترونية على النحو الّذي يجعلها بمثابة الإيجاب وهو ما لا يتحقق إلاّ إذا تضمنت جميع الالتزامات التي سيتمّ الالتزام بها[2].

ب/ الإيجاب عبر المواقع التجارية الإلكترونية: يعدّ الإيجاب عبر صفحات الويب موجه لكافة الجمهور.

[1]– محمد الصالح بن عومر، التراضي الالكتروني بين المنتج والمستهلك في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، القانون الخاص مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلد عدد 01 مارس 2019، ص 364.

[2]– عادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2009، ص 177.

المبحث الثاني

زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني

يحظى تحديد الزّمان والمكان بأهميّة خاصة في كل ما يتصل بالتعاقد، فمن تحديد مكان انعقاد العقد إلى زمان انعقاده، مسائل متنوعة نظّمتها القواعد العامة في التّعاقد في القانون المدني، وكان من الواجب تناول تنظيمها في هذا المجال بما يتّفق والبيئة الإلكترونية[1].

يباعد المكان بين أطراف العقد الإلكتروني وبالتالي يكون الأطراف بحاجة إلى مرحلة وقتية تبدأ من لحظة صدور الإيجاب إلى غاية وصوله إلى من وجّه إليه، كما يكون المتعاقدان بحاجة لوقت يفصل بين ردّ القبول إلى الموجب وعلمه بالقبول[2]، فإنّنا نتساءل **متى وأين ينعقد العقد الالكتروني؟** الّذي ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد والّذي يعد من حيث مجلس العقد، تعاقدا بين غائبين من حيث المكان وحاضرين من حيث الزّمان[3].

ولبيان ذلك فإنّ هذا المبحث سيُوزّع على المطلبين التاليين:

المطلب الأول: زمان انعقاد العقد الالكتروني.

المطلب الثاني: مكان انعقاد العقد الالكتروني.

المطلب الأول:

زمان انعقاد العقد الالكتروني

ومؤدّى هذه الفكرة أنّ العقد الالكتروني يبرم بتلاقي الإيجاب والقبول وتطابقهما، فهل يعتبر العقد تمّ إبرامه بوصول رسالة البيانات إلى حاسوب الموجب فقط أم لحظة الإطلاع عليها من الموجب؟ لقد أثارت التكنولوجيا الحديثة عدّة إشكالات وصاغت حلولا لإشكالات

[1]– عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 49.

[2]– مصطفى أحمد أبو عمور، المرجع السابق، ص 110.

أخرى، فقد مكنت هذه الآلية الحديثة من حل مشكلة تاريخ المعاملات باليوم والشهر والسنة والساعة والدقيقة[1]، وبالتبعية حلّ إشكال آخر يبقى مطروحا، يتحدّد في الفارق الزّمني بين الدّول واعتماد خطوط الطول لحساب الوقت الذي لم يرق إلى حد ما يعيق التعاقد عبر الإنترنت، ولنا أن نحدّد وقت انعقاد العقد بين وقت إعلان إرادة القبول أو لحظة علم الموجب بالقبول؟

الفرع الأول

نظريات تحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني

هناك عدة نظريات تتعلق بتحديد زمان إبرام العقد الإلكتروني و هي:

أولا: نظرية إعلان القبول:

ومقتضي هذه النظرية أنّ العقد يتمّ بمجرّد إعلان القبول من قبل من وجّه إليه الإيجاب، أو اللّحظة التي يتخذ فيها هذا الأخير قرار قبول الإيجاب، فإذا أعلن من وجّه إليه الإيجاب قبوله فقد توافقت الإرادتان وتمّ العقد دون توقف على علم الموجب أو عدم علمه بالقبول، فالقبول وفقا لهذه النظرية يعتبر إرادي غير واجب الاتصال، فيكفي بالتالي مجرد إعلانه من صاحبه[2].

وبتطبيق هذه النظرية على التعاقد من خلال شبكة الإنترنت، يمكن القول بأنّ لحظة إعلان القبول، باعتبارها اللحظة التي ينعقد فيها العقد وفقا لهذا الاتجاه، هي اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول، أو اللحظة التي يضغط فيها على الأيقونة المخصصة للقبول[3]، أما في مجال العقود التي تبرم من خلال البريد الإلكتروني E-mail

[1]- قارة مولود، خصوصية التعاقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون الخاص، كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، 2012، ص 20.

[2]- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990، ص 34.

[3]- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2014، ص 152.

فاللحظة التي يمكن القول بانعقاد العقد فيها –وفق هذه النظرية هي تلك التي يعلن فيها القابل إرادته بالقبول حتى قبل قيامه بالضغط على زرّ الإرسال[1].

وعلى الرّغم من أنّ هذه النظرية تستجيب لمقتضيات الحياة التجارية التي تستلزم وجود السرعة في التعامل، إلاّ أنه أخذه على هذه النظرية أنها لا تتفق والواقع في جميع الأحوال، ذلك أنّها تجعل القول أنّ الفصل في إبرام العقد أو عدم إبرامه بين يدي القابل ويكون في وسع هذا الأخير، أن ينكر صدور أو أن يعدل عنه دون أن يتمكّن الموجب من إثباته، طالما أنه لم يصل إليه شيء يثبت ذلك، إذ لن يكون للقبول وجود إلاّ على الحاسوب الخاص بالقابل، ولذلك سيكون من الصعوبة أن يثبت الموجب أنّ القابل قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول ولم يرسلها، وعليه لا أثار للإرادة من وقت صدورها وإنّما من اللحظة التي نعلم بمضمونها[2].

ثانيا :نظرية تصدير القبول:

تشترط هذه النظرية حدوث واقعة مادية هي تصدير أو إرسال القبول، فالعقد لا ينعقد من الوقت الذي يعلن فيه القابل قبوله، ولكن من الوقت الّذي يرسل فيه هذا القبول فعلا إلى الموجب، أي خروج القبول من يدّ صاحبه بحيث لا يملك أن يسترده، كأن يقوم بإرسال قبوله بالبريد، أو عن طريق برقية تلغرافية أو عن طريق الفاكس أو التلكس أو عن طريق قيام القابل بالنقر بالفأرة على أيقونة القبول، أو الضغط على زرّ الإرسال في البريد الالكتروني لإرسال قبوله إلى الموجب[3].

رغم الإضافة التي أتت بها هذه النظرية عن سابقتها[4] إلاّ أنّ أوجه النقد التي وجهت للنظرية الأخيرة تصدق بشأن الأولى أيضا، ومن هذه الانتقادات:

---

[1]– تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، الطبعة الأولى، 2009، ص 88.

[2]– عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 51.

[3]– مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 121.

[4]– تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص 89.

1-أنّ تصدير القبول لا يمثّل سوى واقعة ماديّة ولا يتمتع بقيمة قانونية، وعلى ذلك فإنّ تصدير القبول شأنه شأن إعلان القبول، لا يكف لانعقاد العقد[1].

2- كما أخذ على هذه النظرية، أنه يبقى في ظلها للقابل إمكان استرداد رسالته التي تتضمن قبوله قبل أن تصل إلى الموجب، فهي تبقى ملكا له إلى ما قبل لحظة الوصول إلى المرسل إليه.

ويُلاحظ أنّ التصور السابق يفترض أو هناك فارقا زمنيا بين تصدير القبول وتسليمه، وهو ما يمكن التسليم به في حالة البريد التقليدي[2]، أمّا في مجال تقنية الإنترنت فلا يتصور تصدير القبول دون تسليمه إلاّ في حالة التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني والفرض الّذي قد يطرح ليس هو وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسلمه، ولكن المتصور هو عدم تسليم الرسالة الإلكترونية لسبب فني مثلا، وفي هذه الحالة فإنّ المانع الفني من التسليم يعني أيضا أنّ الإرسال لم يتم هو الآخر[3]، بمعنى أنّ الرسالة التي تتضمّن القبول مازالت حبيسة جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل، وبذلك فإننا نظل في نطاق إعلان الإيجاب دون إرساله أو تصديره وليس في نطاق تصديره دون تسلّمه، وهو ما دفع بعض الفقه إلى القول أنّ «كل ما يقابل في هذا الشّأن في القانون التقليدي عن وجود فاصل زمني بين التّصدير والوصول هو على وشك الاندثار لأنّه لا يوجد على الإنترنت هذا التفاوت في الزمن بين الإيجاب والقبول، فالتصرفات الإلكترونية هي تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومعاصرة».

ثالثا: نظرية تسليم القبول:

وفق هذه النظرية يعتبر العقد تاما في الوقت الّذي يصل إلى الموجب ولو لم يعلم به[4]، فإذا وضعت الرسالة البريدية في صندوق الموجب فإنّ العقد يكون قد تمّ.

---

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 122.

[2]- تامر محمد سليمان الديماطي، المرجع السابق، ص 90.

[3]- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص 93.

[4]- علي علي سليمان، المرجع السابق، ص 35.

فالعقد يتمّ في الوقت والمكان اللذين يصل فيهما القبول إلى الموجب، أي عند تسليم الموجب قبول الموجب له، إذ يصبح العقد نهائيا فلا يستطيع الموجب التراجع عن إيجابه ولا الموجب له عن قبوله[1]، وبموجب هذه النظرية فإنّ وصول القبول إلى الموجب يعدّ قرينة على علمه به.

من مزايا هذه النّظريّة، أنّ الحلّ الوارد فيها يُسهّل إثبات صدور القبول، كما يوزّع المسؤولية القانونيّة النّاشئة عن عدم انعقاد العقد بين الموجب والقابل، إذ يتحمل الموجب المسؤولية سواء علم أو لم يعلم بالقبول لأنّ العقد ينعقد بوصول القبول ويعدّ ذلك قرينة على العلم به.

يُؤخذ على هذه النظرية بأنّها غير كافيّة لحماية الطرفين (الموجب والقابل) لأنّ القابل هو الّذي يتحمّل عبء إثبات وصول القبول وتسلمه من قبل الموجب في حالة تعرض الرسالة التي تحمل القبول إلى مخاطر أثناء تصديرها، هذا بالنسبة للقابل، أمّا الموجب فإنّ هذه النّظريّة تفترض علمه بالقبول لمجرد تسلمه من قبله بصرف النّظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول حتّى ولو كان عدم علمه هذا يرجع إلى أساليب خارجة عن إرادته[2].

ينعقد العقد الإلكتروني عبر الإنترنت بمقتضى هذه النظرية اعتبارا من وقت دخول رسالة البيانات التي تتضمّن القبول إلى نظام المعلومات للمرسل إليه الخاص باستقبال رسائل البيانات أو نظام المعلومات الّذي تمّ تعيينه من قِبل المرسل إليه لهذا الغرض، حتى ولو لم يطّلع الموجب على محتوى تلك الرسالة، فينعقد العقد مثلا من الوقت الّذي تدخل الرسالة إلى حقل الوارد في صندوق البريد الإلكتروني دون أن يأخذ بعين الاعتبار العلم الفعلي للموجب بمحتوى القبول الإلكتروني.

[1]– علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، طبعة منقحة ومعدلة، 2008، ص 122.

[2]– أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2006، ص 182.

فالنّظريّة هذه تبيّن أنّ العقد ينعقد في اللّحظة الّتي تصل فيها الرسالة إلى الشخص الموجب بدون البحث فيها إذا اطّلع على الرّسالة أم لا[1].

أمّا فيما يتعلّق بمدى إمكانية تطبيق هذه النظرية على التعاقد عبر الإنترنت، فإنّه من الممكن الأخذ بكلّ الوارد فيها، لأنّه من شأنه أن يسهل إثبات وصول القبول الإلكتروني إلى الموجب ما دام لم يستطيع القابل أن يسترد الرسالة من صندوق البريد الإلكتروني للموجب قبل أن يطّلع عليها[2].

رابعا: نظرية العلم بالقبول:

يتمّ العقد حسب هذه النّظريّة في الوقت الّذي يعلم فيه الموجب بالقبول، وهذا يقتضي أن يطلع هذا الأخير على الرسالة المتضمنة للقبول[3].

فلا يتمّ التعاقد إلاّ بعلم الموجب فعلا بالقبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب[4]. وذلك على أساس أنّ الأصل في التعبير أنه لا ينتج أثره إلاّ عند وصوله إلى علم من وجّه إليه، وأثره هنا هو انعقاد العقد[5].

وفي مجال العقود الإلكترونية التي تتمّ عن طريق البريد الإلكتروني، فإنّ لحظة انعقاد العقد هي الوقت الّذي يعلم فيه الموجب بقبول من وجّه إليه الإيجاب، كأن يطلع على بريده الإلكتروني[6]ويعلم برسالة القابل التي وافق فيها على ما تمّ توجيهه إليه.

أهمّ ما يؤخذ على هذه النّظريّة هو صعوبة إثبات علم الموجب بالقبول الصادر عن القابل، لأنّ العلم بالقبول يعدّ أمرا شخصيّا متعلقا بالموجب ويصعب على القابل إثباته، فقد

---

[1]– مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009، ص 102.

[2]– أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 182-183.

[3]– علي فيلالي، المرجع السابق، ص 123.

[4]– عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010، ص 195.

[5]– لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارية الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2010، ص 99.

[6]– رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2002، ص 258.

يدعي الموجب بأنه لم يعلم بالقبول أو وصل إليه متأخرا، لذلك يتخذ أنصار هذه النظرية من وصول القبول وتسلمه من قبل الموجب قرينة على علم الموجب به، لكن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها بكافة طرق الإثبات[1].

أخذت معظم التشريعات المدنية بهذه النظرية ومنها التشريع الوطني في المادة 67 مدني، والتي تنصّ «يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان والزّمان اللذين يُعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتّفاق أو نص قانوني يقتضي بغير ذلك.

ويفترض أنّ الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول».

كما أخذت قوانين مدنيّة أخرى بغير هذه النّظريّة ولا تثير مسألة الأخذ بإحدى هذه النّظريّات مشكلة على صعيد القانون الوطني؛ بل المشكلة تثور عند التداخل بين عدّة قوانين وطنية، كما هو الحال في التعاقد عبر الإنترنت، والذي يمارس على نطاق دولي واسع لاسيما في مجال التجارة الإلكترونية[2]، الأمر الّذي يؤدي إلى اختلاف الحلول المتعلقة بتحديد لحظة الانعقاد للعقود المبرمة عبر الإنترنت تبعا لاختلاف الدول في حلّ هذه المشكلة.

أمّا على المستوى الدولي فإنّ اتفاقيّة فيينا للبيع الدّولي للبضائع الموقّعة في 11 أفريل 1980 أخذت بنظرية وصول القبول (تسليم القبول)، إذ يُعدّ العقد منعقدا في عقود البيع ذات الصّفة الدّولية للأموال المنقولة بمجرّد وصول القبول إلى الموجب، سواء علم بالقبول أم لا وقد توصّلت الاتفاقية إلى هذه القاعدة من خلال ثلاثة نصوص، إذ يُعدّ العقد منعقدا في عقود البيع ذات الصّفة الدّولية للأموال المنقولة بمجرّد وصول القبول إلى الموجب، سواء علم بالقبول أم لا، وقد توصّلت الاتفاقية إلى هذه القاعدة من خلال ثلاثة نصوص، إذ وضعت المادة 23 المبدأ العام القاضي بأنّ: «العقد ينعقد في اللحظة التي يحدث فيها القبول أثره على وفق أحكام هذه الاتفاقيّة» وبيّنت المادّة (2/18) متى يحدث القبول أثره

[1]– أمانج رحيم، المرجع السابق، ص 183–184.

[2]– عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص ص 196–197.

فنصّت على ما يلي: «ينتج قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه»، كما نصت المادة 24 على وصول القبول: «في حكم هذا الجزء من الاتفاقية يُعدّ الإيجاب أو الإعلان عن القبول أ أيّ تعبير آخر عن القصد، قد وصل إلى المخاطب عند إبلاغه شفويّا أو تسليمه في مكان عمله أو في عنوانه البريدي أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن لديه مكان عمل أو عنوان بريدي»[1].

وتفيد هذه النصوص أنّ أيّ عقد بيع دولي يتمّ عبر الإنترنت يعدّ منعقدا في اللحظة التي يتسلّم فيها الموجب القبول، أمّا العقود التي تتمّ داخل الدّولة الواحدة فتخضع للقانون الوطني[2]، ولكن تبقى مشكلة العقود الدولية التي بين دولتين لم تنظّم إحداهما أو كلتاهما إلى الاتفاقية.

كذلك أخذ القانون النّموذجي للتّجارة الإلكترونية الّذي اعتمدته الجمعيّة العامّة للأمم المتّحدة بقرارها 162/51 في 16 ديسمبر 1996 بنظريّة وصول القبول (تسليم القبول) أيضا وذلك في المادة 15 منه، ففيما يتعلّق بالزّمان بيّنت المادة 1/15 أنّ وقت إرسال رسالة البيانات يتحدّد عند دخول الرّسالة نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه فحسب هذه المادّة فإنّ زمان انعقاد العقد الإلكتروني هو الوقت الّذي تخرج فيه الرّسالة من نظام المعلومات الخاص بالمنشئ وتدخل ضمن نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، وهذا يعني بالضّرورة أنّ العقد قد ينعقد قبل أن يعلم المرسل إليه بمحتويات الرّسالة الإلكترونية[3] ومثال ذلك أن يرسل شخص رسالة الكترونية إلى آخر تتضمّن إيجابا لشراء بضاعة، ويُقرّر المرسل إليه قبول الصفقة فيبعث رسالة إلكترونية تتضمّن القبول، ففي هذا الغرض ينعقد العقد عندما يضغط الموجّه إليه الإيجاب على مفتاح الإرسال مُخرجا الرّسالة من تحت

[1]– اتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع (فيينا 1980).

[2]– عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 198.

[3]– نسرين محاسنة، انعقاد العقد الالكتروني: دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 31، العدد 2، سنة 2004، ص 333.

سيطرته ومُدخلا إيّاها إلى نظام معالجة المعلومات الخاصة بالموجب مع ملاحظة أنّ فاصلا زمنيّا سيفصل بين وقت انعقاد السابق بيانه، والوقت الّذي سيفتح الموجب فيه بريده الإلكتروني ويعلم بالقبول، فالعبرة هنا بالإرسال والاستلام وليس العلم بمضمون الرّسالة الإلكترونية.

إلاّ أنه يحق للمتعاقدين أن يُحدّدا باتفاقهما مكان العقد وزمانه، فإذا لم يتّفقا يعدّ العقد قد تمّ في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول، ويفترض علم الموجب بهذا القبول في الزّمان والمكان اللذين وصل فيهما هذا القبول، على أساس أنّ ذلك يتماشى مع المألوف من علم الشّخص بمضمون الرّسالة التي تصله فور وصولها إليه[1] ومع ذلك يجوز إثبات العكس أي إثبات أنّ الرّسالة على الرّغم من وصولها إلى الموجب لكنّه لم يعلم بها إلاّ في وقت لاحق.

خلاصة القول وبعد عرض هذه النّظريّات، نرى أنّ شبكة الإنترنت لها جوانب تقنية تجعلها تختلف عن وسائل الاتصال العاديّة، ويجب مراعاة هذا الجانب التّقني في اختيار النّظريّة التي تحدّد زمان ومكان إبرام العقد عبر الإنترنت، بما يتّفق مع المنطق ويحقّق العدالة ويُراعي مصالح طرفي العقد (الموجب والقابل)، وأقدر النّظريات على تحقيق ذلك هي نظريّة العلم بالقبول، وهذا حسب ما جاء به المشرع في المادة 1/67 من القانون المدني الوطني والتي تنص: «يُعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان والزّمان اللذين يُعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتّفاق أو نصّ قانوني يقضي بغير ذلك».

الفرع الثاني:

الآثار المترتبة على تحديد زمان اقتران الإيجاب بالقبول

إنّ تحديد زمان انعقاد العقد له أهميّة من عدّة أوجه نذكر منها:

[1]– عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص 200.

– معرفة إلى أيّ وقت يُمكن للموجب أن يرجع في إيجابه، وللقابل أن يرجع في قبوله إذ القاعدة أنّ لصاحب التعبير أن يرجع في تعبيره إلى ما قبل انعقاد العقد، وهذا وذاك يختلفان بحسب ما إذا كان العقد يتمّ وقت إعلان القبول أو وقت العلم به.

– معرفة الوقت الّذي تترتب فيه آثار العقد، والمعروف أنّ العقد يبدأ في إنتاج أثاره عادة بمجرّد انعقاده، كانتقال الملكية مثلا في بيع منقول معيّن بالذات وانتقال حقّ المشتري في الثمار[1].

– تحديد القانون الواجب التّطبيق والّذي يعتمد بالدّرجة الأولى على إرادة الأطراف وما يضمن الأمان القانوني للمتعاقدين[2] بحكم علمهم المسبق المطبق على العقد عند قيام أيّ نزاع محتمل، ومعرفة القانون الواجب التّطبيق من حيث الزّمان أمرا ضروريا، فإذا صدر قانون جديد قبل علم الموجب بالقبول اعتبر العقد لاحقا لصدور القانون الجديد وانطبق هذا القانون عليه.

ولذلك يبدو من المهم تحديد لحظة انعقاد العقد بمعرفة ما إذا كان يخضع للقانون الجديد أم يظلّ محكوما بالقانون القديم[3].

– معرفة مدى نفاذ العقود التي أبرمها تاجر أشهر إفلاسه في حق دائنيه، فإذا أبرمها بعد الإشهار لا تنفذ في حقّ الدّائن ويتوقّف مصيرها على معرفة وقت تمامها، أمّا العقد الّذي يبرمه التّاجر المفلس فيختلف حكمه بحسب ما إذا كان قد تمّ قبل فترة الريبة أو أثناء هذه المدّة أو بعد التوقف عن الدّفع أو بعد إشهار الإفلاس[4].

[1]– محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 41.

[2]– عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 57.

[3]– محمد السعيد رشدي، المرجع السابق، ص 42.

[4]– عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 58.

– معرفة بدء سريان تقادم الالتزامات المترتبة على العقد، ففي الالتزامات المنجزة يبدأ سريان التقادم من وقت تمام العقد، لأنّ الدّين حينئذ يكون مستحقّ الأداء، ولهذا فإنّ تحديد وقت انعقاد العقد مسألة بالغة الأهميّة، إذ به يبدأ ميعاد سريان التّقادم.

المطلب الثاني

مكان اقتران الإيجاب بالقبول

يتّخذ تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني أهميّة خاصة، لأنّه يسمح بتحديد القانون الواجب التّطبيق، وكذلك المحكمة المختصة في حالة وجود أيّ نزاع[1]، وترجع صعوبة تحديد مكان إبرام العقد إلى صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسائل، لأنّها تتمّ عبر فضاء إلكتروني، وبالتالي يثور التساؤل حول الاعتبار بإقامة الموجب/ أو المكان الّذي استلم فيه الموجب القبول؟ أم مكان تسجيل موقع الويب؟

الفرع الأول

تحديد مكان اقتران الإيجاب بالقبول

نجد أن تحديد مكان إقتران الإيجاب بالقبول يكون حسب القوانين التي يتم الأخذ بها:

أولا: حسب ما جاء في مختلف القوانين:

حدّد القانون النّموذجي للتّجارة الإلكترونية مكان إبرام العقد الإلكتروني في المادة 4/15 منه؛ حيث قرّر أنّ مكان إرسال الرّسائل الإلكترونية يتحدّد بالمكان الّذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتّفق المرسل والمرسل إليه على خلاف ذلك[2].

وعليه فإنّ العقد الإلكتروني يكون قد أبرم في المكان الّذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل إليه، وذلك بالطّبع ما لم يتّفق طرفا العقد على خلاف ذلك، وإذا كان للمرسل إليه أكثر من مقرّ عمل واحد، فإنّ مقرّ العمل هو المكان الّذي يكون أكثر صلة بالمعاملة المعنية، أو مقرّ

[1]– لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص 103.

[2]– لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 103.

العمل الرّئيسي، أمّا إذا لم يكن للمرسل أو المرسل إليه مقرّ عمل رئيسي اعتبر محل الإقامة المعتادة هو مقرّ عمل كلّ منهما.

أما الاتفاق الأوروبي النّموذجي للتبادل الالكتروني للبيانات فقد نصّ على: «اعتبار العقد الّذي تمّ باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات مبرما في الوقت والمكان الذي تصل فيهما الرّسالة التي تشكّل قبولا لعرض، بواسطة التبادل الإلكتروني للبيانات إلى نظام كمبيوتر مقدّم العرض».

أمّا قوانين المعاملات الإلكترونية العربية فقد تأثّرت بالقانون النموذجي للتّجارة الإلكترونية.

فقد جاءت المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[1]، متطابقة تماما مع القانون النّموذجي، فقد أخذ المشرع الأردني بمقرّ العمل سواء للمرسل أو للمرسل إليه كمعيار لتحديد مكان إرسال وتسلّم رسائل المعلومات[2]؛ حيث نصّ على: «أ–تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الّذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل إليه، وإذا لم يكن لأيّ منهما مقرّ عمل يُعتبر مكان إقامته مقرّا لعمله، ما لم يكن مُنشئ الرسالة والمرسل إليه قد اتّفقا على غير ذلك.

ب– إذا كان المُنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرّ لأعماله، فيعتبر المقرّ الأقرب صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التّسليم، وعند تعذّر التّرجيح يُعتبر مقرّ العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو مكان التسلم».

أمّا القانون البحريني فقد أضاف فقرة خاصة بالشّخص الاعتباري فنصّت المادة 3/15 على أنّه: «يعتبر مقرّ إقامة الشّخص الاعتباري هو المكان الّذي أسس فيه»[3].

[1]– المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2001.

[2]– عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 59.

[3]– المادة 3/15 من قانون المعاملات الالكترونية البحريني، رقم 28 لسنة 2002.

وكذلك اتّجه قانون المعاملات والتّجارة الإلكترونية لإمارة دبي إلى إضافة فقرة تتعلّق بالشخص الاعتباري، فنصّت المادة 5/17: «مقرّ الإقامة المعتاد فيما يتعلّق بالشّخص الاعتباري، يعني مقرّه الرئيسي، أي المقرّ الاجتماعي للشركة المذكور في عقد تأسيس الشركة»[1].

أمّا قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي رقم 8 لسنة 2000 فقد أشار إلى عنوان البائع في المادة (28) منه التي تنص على أنه:

«ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجّهة للمستهلك، ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك»[2] ولم يبيّن النص ما هو المقصود بعنوان البائع وما هو الحل فيما لو كان للبائع أكثر من عنوان.

يتبيّن من تشريعات التّجارة الإلكترونية أنّها تفرّق بين المكان المحدّد لانعقاد العقد أو مكان إرسال واستلام الرّسائل الإلكترونية، والمكان الّذي يعلم فيه الموجب بالقبول نظرا لاختلاف الوسيط الّذي تتمّ من خلاله هذه المعاملات، وبذلك فإنّ هذه القوانين تُعتبر استثناء من القواعد العامة، والتي تقضي بأنّ التعاقد بين غائبين يتمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ويُلاحظ بأنّ هذه القوانين لم تحدّد ما سيعتبر مكانا للعقد بين مكان الإرسال والاستلام.

لذلك ذهب البعض[3] إلى اعتبار مقرّ عمل الموجب مكانا لإبرام العقد الإلكتروني وكذلك يُمكننا اعتبار محلّ إقامة المستهلك مكان لإبرام العقد الإلكتروني ما لم يتّفق الطرفان على خلاف ذلك؛ حيث أنّ قوانين حماية المستهلك تنصّ على أنّ عقود الاستهلاك الإلكترونية تُعتبر قد أبرمت في محلّ إقامة المستهلك.

---

[1]- المادة 5/17 من قانون المعاملات والتّجارة الإلكترونية لإمارة دبي، رقم 2، 2002.

[2]- المادة 28 من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، رقم 83، 2000.

[3]- مصطفى أحمد عمرو، المرجع السابق، ص 143-144.

ومن الأفضل أن يتمّ تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني بمحلّ إقامة المستهلك، وذلك استنادا إلى أنّ المستهلك يكون دائما في مركز ضعف لنقص خبرته مقارنة بالتاجر.

ثانيا: النظريات الثنائية لتحديد مكان انعقاد العقد التقليدي وتطبيقاتها على العقد الإلكتروني

تمثّل هذه النظريات الاتّجاه الحديث في معالجة مسألة تحديد مكان انعقاد العقد في العالم المادي، ومن أشدّ مؤيدي هذه النظريات الأستاذان "مالوري وشيفاليه"[1].

1-نظرية مالوري:

اعتمد الأستاذ "مالوري" في معالجته لأحكام التّعاقد ما بين غائبين الفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكان انعقاده[2]، ففيما يتعلّق بتحديد زمان انعقاد العقد يتحدّد وفق الأستاذ "مالوري" بالوقت الّذي يعلم الموجب بالقبول، وتأكيدا على ذلك يقول الأستاذ "مالوري": «الموجب ليس مجبرا بأن يلتزم اتجاه الموجب له قبل أن يعلم بقبوله»[3]، كما يقال أيضا «لما كانت الإرادة التي يعبّر عنها الموجب في إيجابه يترتّب عليها، أنّه إذا قبل الإيجاب فإنه لا يجوز الرّجوع عنه، تحتّم أنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الّذي يعلم فيه بقبول القابل»[4].

أمّا فيما يتعلّق بمكان انعقاد العقد، ليس هو المكان الّذي يعلم فيه الموجب بالقبول كما جاء في نظريّة العلم بالقبول، بل توصّل الأستاذ "مالوري" إلى أنّ أحكام القضاء الفرنسي استقرّت على الأخذ بنظريّة تصدير القبول، والتي تقضي بأنّ مكان انعقاد العقد هو المكان الّذي يصدر فيه القبول، ويبرّر استنتاجه هذا على أساس أنّه لا يجوز إجبار المتعاقد الّذي لم يصدر عنه الإيجاب إلى التقاضي بعيدا عن محلّ إقامته، بل أنّ الّذي يجب أن يقاضي

---

[1]- أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 200-201.

[2]- عبد الحميد بادي، المرجع السابق، ص 59.

[3]- أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 201.

[4]- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين، 2008، ص 34.

بعيدا عن محلّ إقامته هو من صدرت عنه المبادرة التّعاقديّة، وتطبيقا لذلك على العقد الإلكتروني، فإذا قام القابل باستخدام رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فهنا ينعقد العقد في المكان الّذي أرسلت منه الرّسالة المتضمّنة للقبول وهو مكان القابل[1].

2- نظريّة "شيفاليه":

هذه النّظريّة أخذت ذات الفكرة التي ذهبت إليها النظرية السابقة؛ بحيث أنّها هي الأخرى تفصل بين زمن انعقاد العقد ومكانه، وذلك خلافا للنظريات التقليدية التي سبق التطرق إليها (نظرية الإعلان، نظرية التصدير، نظريّة التسليم، نظريّة العلم الفعلي بالقبول) حيث تؤكّد هذه النظرية على عدم إمكانيّة ربط اقتران الإيجاب بالقبول بمكان معيّن في حالة التّعاقد بين غائبين، ويقول الأستاذ "شيفاليه" تأكيدا على ذلك بأنه: «إذا كان تطابق الإرادتين المنشئ للتراضي يتحقق في وقت معيّن، غير أنّه لا يتحقق في مكان معيّن، فالإيجاب والقبول لا يمكن أن يتواجدا في مكان معيّن وفي وقت معيّن»[2]، وقد اعتبر "شيفاليه" مكان انعقاد العقد هو المكان الّذي أرسل فيه الإيجاب، أي المكان الّذي يتواجد فيه الموجب له وعند سكوت الطّرفين على القواعد المطبّقة على كلّ نزاع يمكن أن ينشأ عن هذا التعاقد فإنّ القانون الواجب التطبيق هو مكان الإرسال الّذي انطلقت منه المبادرة التّعاقديّة[3]؛ أي أنّ مكان انعقاد العقد هو المكان الّذي يصدر فيه القبول.

وفي ضوء ذلك ينعقد العقد الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت في المكان الّذي يصدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتّعبير عن قبوله، ففي هذه الحالة ينعقد العقد في المكان الّذي أرسلت منه الرّسالة المتضمنة للقبول وهو مكان القابل، ويتّفق

[1]- عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994، ص 147.

[2]- أمانج رحيم أحمد، مرجع سابق، ص 200.

[3]- عباس زبون عبيد العبودي، المرجع السابق، ص 150.

هذا مع ما أخذ به قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي[1] في إطار العلاقة بين البائع والمستهلك وذلك في المادة 28 منه، والتي جاء بأنه: «ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجّهة للمستهلك، ما لم يتّفق الطّرفان على خلاف ذلك».

وتقضي الفقرة الرابعة من المادة 15 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية[2] بأنّه: «ما لم يتّفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يُعتبر أنّ رسالة البيانات أرسلت من المكان الّذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل إليه».

وبنفس الاتّجاه نصّت الفقرة الرّابعة من المادة 14 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية بأنه «ما لم يتم الاتفاق على خلاف ذلك فيما بين المنشئ والمرسل إليه فإنّ السّجل الإلكتروني يعدّ مرسلا إلى المكان الّذي يوجد فيه مقرّ عمل المنشئ، ويعدّ أنه قد تسلم في المكان الّذي يوجد به مقرّ عمل المرسل إليه...»[3].

وهذا ما سار عليه قانون إمارة دبي للمعاملات والتّجارة الإلكترونية في الفقرة الثالثة من المادة 17 منه[4]، وكذلك المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني[5].

وضعت هذه النصوص قاعدة عامة في هذا المجال، مفادها أنّ مقر" عمل المنشئ يُعدّ المكان الّذي أرسلت منه رسالة البيانات، كما يعدّ مقرّ عمل المرسل إليه المكان الّذي استلمت فيه الرّسالة ما لم يتّفق الطّرفان على خلاف ذلك.

وقد يكون للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرّ عمل واحد، كالتاجر الّذي يمارس أنشطة وأعمالا تجاريّة متعدّدة، أو الشّركة التّجارية قد تكون ذات فروع تمارس أنشطة

---

[1]– قانون رقم 2000–83 مؤرخ في 09 أوت 2000، الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 11 أوت 2000.

[2]– عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الإلكتروني في مصر والدول العربية، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، 2012، ص 71–72.

[3]– قانون التجارة الإلكترونية البحريني لسنة 2002.

[4]– قانون تنظيم التعاملات الإلكترونية في إمارة دبي 2 لسنة 2002.

[5]– المادة 18 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001.

مختلفة[1]، ففي هذه الحالة تظهر الصّعوبة في تحديد مقرّ عمل المرسل إليه من بين هذه الأماكن الّتي يعدّ كلّ واحد منها في نفس الوقت مقرّا للعمل، فمن أجل معالجة ذلك نصّ قانون الأونسترال النموذجي معيارا بهذا الخصوص في الفقرة الرابعة أ من المادة 15 منه بقولها: «أ-إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرّ عمل واحد، كان مقر العمل هو المقرّ الّذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقرّ العمل الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة».

وفي نفس الإطار نصّت الفقرة الرابعة من المادة 14 من قانون مملكة البحرين للمعاملات الإلكترونية بأنّه: «إذا كان لدى المنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرّ عمل واحد يكون مقرّ العمل هو المكان ذا العلاقة الأوثق بالمعاملة المرتبطة بالسجل الإلكتروني، أو في حالة عدم وجود أيّة معاملة يكون ذلك المقرّ هو المقرّ الرئيسي للعمل»، أمّا إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقرّ عمل أصلا يُشار من ثم إلى محل إقامته المعتاد، وهذا ما قضت به الفقرة الرابعة ب من المادة 15 من القانون النموذجي، ما لم يتّفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك.

وفي هذه الحالة، لابدّ من الرّجوع إلى القواعد العامة المنظمة للمواطن، سواء بالنسبة للشخص الطبيعي أو الشخص الاعتباري، وقد يكون الموطن عاما أو خاصا، **فالموطن العام** هو الموطن الّذي يعتدّ به القانون بالنسبة لنشاط الشخص وأعماله وعلاقاته بوجه عام[2]، والأصل أنّ الشّخص يختار موطنه بنفسه وفقا للشروط التي يحدّدها القانون[3]، إلاّ أنّه في بعض الأحيان قد يلزم القانون بعض الأشخاص باتّخاذ موطن معيّن.

---

[1]- أمانج رحيم أحمد، المرجع السابق، ص 204.

[2]- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002، ص 92.

[3]- طبقا للمادة 36 من القانون المدني الجزائري فإنّ الموطن العام: "**هو المكان الّذي يوجد به المسكن الرئيسي للشخص، أو هو المكان الّذي يقيم فيه عادة حالة عدم توفر المسكن الرئيسي**".

الموطن القانوني أو الإلزامي: تنصّ المادّة 1/38 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود أو الغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانونا»[1].

فيتحدّد موطن القاصر بموطن وليّه أو وصيّه، وموطن المحجور عليه هو موطن القيّم عليه، وموطن المفقود أو الغائب هو موطن وكيله، لأنّ كلّ هؤلاء لا يباشرون التصرفات القانونيّة بأنفسهم ولكن يقوم بها نيابة عنهم الأولياء أو الأوصياء أو القوام أو الوكلاء[2].

الموطن الإرادي: الموطن العام الإرادي هو المكان الّذي يختاره الشّخص ليقيم فيه وسُميّ موطنا عامّا لأنّ الشخص يباشر فيه جميع تصرّفاته المدنيّة وكلّ حقوقه، ويتحدّد قانونا على أساس الإقامة الفعليّة والتي تتحدّد بالمكان الّذي يوجد في سكن الشّخص، وعند عدم وجود سكن يحلّ محله مكان الإقامة العادي، ويُشترط في الإقامة أن تكون إقامة مستقرّة.

أمّا **الموطن الخاص** فهو يتعلّق بنشاط معيّن أو علاقة معيّنة للشخص، فهو خاص ببعض أعماله وعلاقاته القانونية، وللموطن الخاص ثلاثة أنواع وهي:

أ-الموطن التجاري أو الحرفي أو موطن الأعمال:

يكون للشّخص الّذي يحترف تجارة أو صناعة معيّنة موطنان، موطن عام وموطن خاص بأعمال تجاريّة أو صناعته، ويكون موطنه هذا المكان الّذي يمارس فيه تجارته أو حرفته، ويكون خاصّا بالمعاملات المتعلّقة بالتّجارة أو المهنة[3]، وهو ما نصّت عليه المادّة 37 من القانون المدني الجزائري: «**يُعتبر المكان الّذي يمارس فيه الشّخص تجارة أو حرفة موطنا خاصا بالنسبة إلى المعاملات المتعلقة بهذه التّجارة أو المهنة**».

---

[1]- رأفت محمد حماد، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 82- 83.

[2]- جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1996، ص 111.

[3]-حمدي فريدة زواوي، المرجع السابق، ص ص 93-94.

ب- موطن القاصر المأذون له بالتّجارة ومن في حكمه:

وهو ما نصّت عليه المادة 38 الفقرة الثانية من القانون المدني الجزائري: «**غير أنّه يكون للقاصر المرشد موطن خاص بالنسبة للتصرفات التي يعتبرها القانون أهلا بمباشرتها**».

فالأصل أنّ القاصر لا يُباشر أعماله بنفسه، وإنّما يباشرها بواسطة من ينوب عنه قانونا، إلاّ أنّ المشرع أجاز للقاصر الّذي بلغ ثماني عشرة سنة مباشرة بعض الأعمال بنفسه، وهي الأعمال المتعلّقة بإدارة أمواله وبعض التّصرفات[1]، ويكون القاصر بالنسبة لهذه الأعمال موطن خاص، وفيما عدا هذه الأعمال التي سمح له القانون بمباشرتها بنفسه يظلّ القاصر ناقص الأهلية، ويكون موطنه العام هو موطن من ينوب عنه قانونا، وهو موطنه القانوني أو الإلزامي.

ج- الموطن المختار:

يجوز للشخص أن يختار مكانا معيّنا كموطن له لتنفيذ عمل قانوني معيّن، وهذا ما نصّت عليه المادة 1/39 من القانون المدني بقولها: «يجوز اختيار موطن خاص لتنفيذ عمل قانوني معيّن»، فالموطن المُختار هو الموطن الخاص للشّخص في صدد عمل قانوني معيّن، وهذا الموطن يثبت للشّخص بناء على إرادته المنفردة، وذلك لتنفيذ عمل قانوني معين، كما إذا اختار الشّخص موطنا له مكتب محاميه، كما قد يتحدّد بموجب عقد يربط صاحبه بآخر في خصوص العمل محلّ هذا العقد[2].

[1]- بالنسبة للشخص القاصر يكون له موطنا خاصا بالنسبة للتصرفات التي رُشد لمباشرتها بنفسه، بالإضافة إلى موطنه القانوني الّذي هو موطن من ينوب عنه قانونا بالنسبة لباقي الأعمال التي لم يرشّد فيها لأنّه لا زال قاصرا.

[2]- رأفت محمد أحمد، مرجع سابق، ص ص 58-86.

الفرع الثاني

الآثار المترتبة عن تحديد مكان توافق الإرادتين

تحديد مكان انعقاد العقد له أهميّة من عدّة نواحي:

أوّلا: من حيث الاختصاص القضائي:

فتبدو أهميّة تحديد مكان انعقاد العقد بوجه خاص فيما يتعلق بتحديد المحكمة المختصة بنظر النّزاع الّذي يثور بشأن العقد دوليّا ومحليّا[1].

ثانيّا: من حيث تطبيق قواعد القانون الدّولي الخاص:

فالقاعدة في حالة عدم وجود اتّفاق خاص بالنسبة إلى العقود التي يدخل فيها عنصر أجنبي أنّها تخضع في شكلها لقانون البلد الّذي تمّت فيه، وهو ما نصّت عليه المادة 18 من القانون المدني الجزائري: «يسري على الالتزامات التّعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقيّة بالمتعاقدين أو بالعقد، وفي حالة عدم إمكان ذلك، يُطبّق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة وفي حالة عدم إمكان ذلك، يُطبّق قانون محل إبرام العقد غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه».

وعلى هذا، فإنّ لتحديد مكان العقد أثرا في تعيين القانون الّذي يحكم العقد، وأمام هذا الوضع، فإنّه من الضّروري التأكيد على ضرورة إيجاد حلول قانونية دوليّة بشأن تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني تأخذ بها معظم الدّول، وذلك بسبب الطّابع العالمي لشبكة الإنترنت وتجاوزها حدود بلدان العالم، والّذي جعل من إمكانية التعاقد بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة وأنظمة قانونية متباينة أمرا سهلا[2].

[1] – محمد السعيد رشدي، مرجع سابق، ص 32.

[2] – أمانج رحيم، مرجع سابق، ص 213.

وبما أنّ الحلول القانونية الواردة بصدد هذه المسألة هي نصوص قانونيو مكملة لإرادة المتعاقدين، فيمكن للمتعاقدين في العقد الإلكتروني الاتّفاق على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني مسبقا، من خلال اتفاقات التبادل الإلكتروني للبيانات.

أمّا بشأن الحول التي جاءت بها القوانين المنظّمة للتّجارة الإلكترونية بصدد هذه المسألة، فالحلّ الّذي جاء به قانون الأونسترال النّموذجي بشأن التّجارة الإلكترونية[1] وهو ما جعل مقرّ عمل المرسل إليه مكانا لانعقاد العقد الإلكتروني، وهو الأكثر تلاؤما مع البيئة الإلكترونية ومتطلّبات عقودها[2]، وإذا تعدّدت مقرّات عمله، فإنّ مكان الانعقاد يكون هو مقرّ العمل الّذي له أوثق علاقة بالعقد الإلكتروني المعني، وفي حالة تعذّر الترجيح بين هذه الأماكن فإنّ مكان الانعقاد هو مقرّ العمل الرئيسي.

أمّا ما جاء به المشرع الوطني في نظرية العلم بالقبول، وهو أنّ العقد ينعقد في المكان الّذي يصل إليه القبول، لأنّ وصول القبول يُعدّ قرينة على العلم به، وهو ما جاء به المشرع الوطني في المادة 2/67 مدني كما يلي: «ويفترض أنّ الموجب قد علم القبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل فيهما إليه القبول»، وهذا ما تؤكده المادة 61 من القانون المدني: «ينتج التعبير عن الإرادة أثره القانوني في الوقت الّذي يتّصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدّليل على عكس ذلك».

[1]– الفقرة الرابعة من المادة 15 من القانون النموذجي للتّجارة الإلكترونية.

[2]– أمانج رحيم، مرجع سابق، ص 214.

خاتمة:

أصبحت العقود الإلكترونية من أهم صور التعاقد في المجتمعات المعاصرة و التي عرفت رواجا واسعا في شتى أنحاء العالم ومن أهم مظاهر العقد الإلكتروني و خصوصياته نجد مجلس العقد الإلكتروني الذي يتم عبر وسائط إلكترونية تميزها عن مجلس العقد الحقيقي فمجلس العقد الإلكتروني هو المجال أو الإطار الزماني و المكاني الذي يتم بها التعاقد عبر وسائل إلكترونية بحيث يبدأ هذا المجلس بصدور الإيجاب الإلكتروني و ينتهي بصدور القبول الإلكتروني الموافق للإيجاب .

يتميز مجلس العقد الإلكتروني بطبيعة قانونية خاصة به فالتعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا إلا في حالة التعاقد غير اللفظي حيث يكون بين غائبين زمانا و مكانا فهذا التحديد الدقيق للطبيعة القانونية يسهل تحديد القانون الواجب التطبيق على هذا النوع من العقود.

وضعت التشريعات الوضعية تقسيم مجلس العقد الإلكتروني إلى صورتين الصورة الأولى هو المجلس الحقيقي و هو المجلس الذي يجتمع فيه المتعاقدين في مكان واحد و يكونان على إتصال مباشر دون إنشغالهما بشاغل بواسطة وسيلة إلكترونية أما الصورة الثانية لمجلس العقد الإلكتروني هو مجلس العقد الحكمي وهو المجلس الذي يكون أحد المتعاقدين فيه غير حاضر ويتم بالتواصل الإلكتروني بتقديم الإيجاب الإلكتروني و الرد بالقبول الإلكتروني.

نظرا لخصوصية مجلس العقد الإلكتروني فتتسم إجراءات إنعقاد مجلس العقد الإلكتروني بميزة أساسية و هي وجود الوسيلة الإلكترونية في إجراءات التعاقد فأول ركن يجب توفره هو الإيجاب الإلكتروني و الذي لم ينص عليه المشرع الجزائري صراحة من خلال القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية و إنما إقتصر على تعريف العقد الإلكتروني في المادة (06) منه و ذكر الإيجاب الإلكتروني بصورة عرضية فقط في

المادتين (10) و (11) من القانون رقم 18-05 تحت تسمية العرض التجاري الإلكتروني و عليه يتوجب على المشرع إضافة نصوص قانونية أخرى يبين من خلالها المقصود بالإيجاب الإلكتروني و يتم هذا الإيجاب إما بالمراسلة الإلكترونية أو عبر المواقع التجارية الإلكترونية.

كذلك بالنسبة للقبول الإلكتروني الذي لم يعرفه المشرع الجزائري و هو التصرف القانوني الذي يلي الإيجاب الإلكتروني و يكون الرد بنفس طريقة عرض الإيجاب و يتم تطابق الإيجاب و القبول الإلكترونيين طبقا لنظرية العلم بالقبول و هذا ما نصت عليه المادة (01/67) من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة لمكان إبرام مجلس العقد الإلكتروني فتعددت النظريات أهمها الأخذ بمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول نظرا لإختلاف الوسيط الذي يتم من خلاله هذه المعاملات و يلاحظ أن التشريع الجزائري لم يحدد ما سيعتبر مكان للعقد بين مكان الإرسال أو مكان الإستلام و عموما نستنتج أن المشرع الجزائري حاول مسايرة التطورات التي عرفتها العقود الإلكترونية من خلال تحديد مجلس العقد الإلكتروني خاصة في قانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لكن نلاحظ وجود نقائص و غموض في تحديد المصطلحات المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني مما يصعب تحديد الوصف القانوني الدقيق لأحكام مجلس العقد الإلكتروني مما يستلزم تدعيم النصوص القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية.

قائمة المراجع

أولا: الكتب.

1- جابر عبد الهادي، الشافعي: مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوصفي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1996.

2- ـ خالد ممدوح إبراهيم: إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006،.

3- محمد سعيد الرملاوي: التعاقد بالوسائل المستحدثة، ط1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006.

4- سامر حامد عبد العزيز، الجمال، التعاقد عبر تقنيات الإتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2008.

5- أبو عمرو مصطفى أحمد: مجلس العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، ط1، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.

6- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، ط 1، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

7- علي علي سليمان، النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1990.

8- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2014.

9- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دراسة مقارنة، دار الكتب المصرية، الطبعة الأولى، 2009.

10- علي فيلالي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، طبعة منقحة ومعدلة،الجزائر 2008.

11- أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، دراسة تحليلية مقارنة، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، الأردن، 2006.

12- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، طبعة 2009.

13- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، 2010.

14- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارية الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، 2010.

15- عبد الفتاح مراد، شرح قوانين التوقيع الإلكتروني في مصر والدول العربية، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، 2012.

16- محمدي فريدة زواوي، المدخل للعلوم القانونية، نظرية الحق، طبع المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، وحدة الرغاية، الجزائر، 2002.

17- رأفت محمد حماد، النظرية العامة للحق، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.

18- جلال علي العدوي، رمضان أبو السعود، الحقوق وغيرها من المراكز القانونية، منشأة المعارف، الإسكندريّة، 1996.

ثانيا: الرسائل والمذكرات الجامعية.

1- العيشي عبد الرحمن: ركن الرضا فيةالعقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في القانون تخصص قانون خاص، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2017. وداد طورش: مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أم البواقي، 2018.

2- بلقاسم حامدي: إبرام العقد الإلكتروني،رسالة دكتوراه في القانون، تخصص قانون الأعمال، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2015.

3- بن خضرة زهيرة: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق تخصص القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2016.

4- مخلوفي عبد الوهاب: التجارة الإلكترونية عبر الانترنت، رسالة دكتوراه في القانون، كلية الحقوق، جامعة باتنة، 2012.

5- أرجيلوس رحاب: الإطار القانوني للعقد الإلكتروني، دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه في الحقوق، تخصص قانون خاص معمق، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أدرار، 2018.

6- عادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة عين الشمس، القاهرة، 2009.

7- قارة مولود، خصوصية التعاقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه العلوم في القانون الخاص،كلية الحقوق جامعة سعد دحلب البليدة، 2012.

8- عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجتها في الإثبات المدني، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1994.

9- بولمعالي زكية: مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق، تخصص العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، 2013.

10- حميد بادي: الايجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة ماجستير في الحقوق، فرع العقود والمسؤولية، كلية الحقوق جامعة الجزائر 1، 2012.

11- مرزوق نور الهدى: التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، تخصص المسؤولية المهنية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، 2012.

12- لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، أطروحة لنيل شهادة الماجستير في القانون لكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية، في نابلس، فلسطين، 2008.

13- مداوي بو عبد الله: الإيجاب والقبول في العقد الإلكترونية، مذكرة ماستر في الحقوق، تخصص قانون قضائي، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، 2019.

ثالثا: المقالات.

1- محمد الصالح بن عومر، التراضي الالكتروني بين المنتج والمستهلك في التشريع الجزائري، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، القانون الخاص مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والإنسانية، مجلد عدد(01) مارس 2019.

2- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد الرابع، 2002.

3- نسرين محاسنة، انعقاد العقد الالكتروني: دراسة مقارنة بين قانون المعاملات الإلكترونية الأردني لسنة 2001 والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لسنة 1996، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، المجلد 31، العدد 2، سنة 2004.

4- حساني لامية، حق الشفعة في قانون الاستثمار الجزائري آلية لحماية الاقتصاد الوطني أم قيد تمييزي اتجاه المستثمر الأجنبي، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة بجاية، المجلد 12، عدد 02، 2015.

5- أيت منصور كمال، تشديد الرقابة اللاحقة على الاستثمار الخاص في القانون الجزائري، مداخلة في الملتقي الوطني حول التشريع وواقع الاستثمار الأجنبي في الجزائر، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، يومي 03 و 04 ديسمبر 2012.

6- تواتي نصيرة، نحو تجميد الاستثمار الأجنبي في الجزائر، القطاع المصرفي كنموذج، المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، كلية الحقوق، جامعة بجاية، مجلد 09، عدد 01، 2014.

7- بوسهوة نور الدين، دور القانون في تشجيع الاستثمار في الجزائر، مجلة العلوم القانونية، دار السلام للنشر و الطباعة و التوزيع، الرباط، عدد 01، 2013.

8- بوريحان مراد، واقع حرية الاستثمار في الجزائر: بين التكريس الدستوري و التجاهل التشريعي، مداخلة في الملتقي الوطني حول مستجدات الاستثمار في الجزائر في ظل القانون رقم 16-09 المتعلق بترقية الاستثمار، كلية الحقوق، جامعة بومرداس، يوم 08-05-2017.

9- وصاف سعيدي، قويدري محمد، واقع مناخ الاستثمار في الجزائر بين الحوافز و العوائق، مجلة العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، كلية العلوم الاقتصادية و التجارية و علوم التسيير، جامعة سطيف، عدد 08، 2008.

10- منصوري الزين، واقع و آفاق سياسة الاستثمار في الجزائر، مجلة اقتصاديات شمال إفريقيا، جامعة الشلف، عدد 02، 2005.

11- إرزيل الكاهنة، عن أقلمة محيط الأعمال في الجزائر، المجلة النقدية للقانون و العلوم السياسية، كلية الحقوق، جامعة تيزي وزو، عدد 01، 2013.

12- صالح أحمد الفرجاني، مبدا المساوة أمام القانون و تطبيقاته في القانون الليبي، مجلة العلوم القانونية و الشرعية، العدد 06، 2011.

13- فتيحة سدي عثمان، دور الإرادة في إنشاء العقد، مجلة العدل، السنة العاشرة، العدد 23، د ت ن.

رابعا: النصوص القانونية.

- **النصوص التشريعية:**

1- قانون رقم 16-09، المؤرخ في 03-08-2016، يتعلق بترقية الاستثمار، الجريدة الرسمية عدد 46 لسنة 2016.

2- القانون 05/18 المؤرخ في 01 ماي 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجريدة الرسمية عدد (28) لسنة 2018 الصادرة في 16 ماي 2018.

3- اتفاقية فيينا 1980 الخاصة بعقد البيع الدولي للبضائع تاريخ الاعتماد 11 أبريل 1980، بدء السريان 01 يناير 1988، لم تصادق عليها الجزائر.

4- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2001.

5- قانون المعاملات الالكترونية البحريني، رقم 28 لسنة 2002.

6- قانون المعاملات والتّجارة الإلكترونية لإمارة دبي، رقم 2، 2002.

7- قانون رقم 2000-83 مؤرخ في 09 أوت 2000، الخاص بالمبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، المنشور بالرائد الرسمي للجمهورية التونسية الصادر في 11 أوت 2000.

الفهرس

كلمة شكر

الإهداء

مقدمة 1

الفصل الأول: مبدأ سلطان الإرادة و المساواة في عقود الأعمال 4

المبحث الأول: مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال 5

المطلب الأول: الأسس التي يقوم عليها مبدأ سلطان الإرادة 5

الفرع الأول: تعريف مبدأ سلطان الإرادة 6

الفرع الثاني: النظريات التي يرتكز عليها مبدأ سلطان الإرادة 8

المطلب الثاني: النتائج المترتبة عن مبدأ سلطان الإرادة في عقود الأعمال 12

الفرع الأول: الإلتزامات الإرادية هي الأصل..... 12

الفرع الثاني: حرية التعاقد 14

الفرع الثالث الحرية في تحديد أثار العقد 15

الفرع الرابع العقد شريعة المتعاقدين.....17

المبحث الثاني: مبدأ المساواة في عقود الأعمال 18

المطلب الأول:التكريس الصريح لمبدأ المساواة في عقود الأعمال 18

الفرع الأول:تكريس مبدأ المساواة في القانون الجزائري (قانون الاستثمار الجزائري)..... 18

الفرع الثاني:تكريس مبدا المساواة في عقود الاعمال من خلال الإتفاقيات الدولية للإستثمار 22

المطلب الثاني: الأثار المترتبة عن تكريس مبدأ المساواة 24

الفرع الأول: إلغاء المعاملة التمييزية بين الإستثمارات 24

الفرع الثاني: مظاهر إلغاء المعاملة التمييزية بين الإستثمارات 27

الفصل الثاني: تكريس المبادىء الأساسية في بعض عقود الأعمال (عقدي الفرنشيز و التسيير كنموذجين) 40

المبحث الأول: دور عقد الفرانشيز 40

المطلب الأول: مزايا عقد الفرانشيز 41

الفرع الأول: المزايا بالنسبة لأطرافه.....42

الفرع الثاني: المزايا بالنسبة للإقتصاد الوطني..... 47

المطلب الثاني: مجالات عقد الفرانشيز 48

الفرع الأول: المجال الصناعي 48

الفرع الثاني: المجال التوزيعي..... 49

الفرع الثالث: مجال الخدمات.....40

المبحث الثاني:دور عقد التسيير..... 51

المطلب الأول: أهمية عقد التسيير 54

الفرع الأول:تطوير الملك المسير 54

الفرع الثاني:إدماج المؤسسة الإقتصادية في شبكة التسيير 57

المطلب الثاني: تطبيقات عقد التسيير 58

الفرع الأول: تطبيق عقد التسيير في القطاع الفندقي.....59

الفرع الثاني: تطبيق عقد التسيير في مجالات بأخرى..... 61

خاتمة 63

قائمة المراجع..... 69

الفهرس..... 70

ملخص:

عملت التشريعات الوضعية على إحاطة هذه العقود بمجموعة من النصوص القانونية التي تنظم هذا النوع الجديد من العقود بما يتناسب مع طبيعتها الخاصة فتسارعت في إيجاد الحلول القانونية لمشكلات إبرام العقود الإلكترونية و من أهم المشكلات القانونية نجد مجلس العقد في التعاقد الإلكتروني و الذي يختلف تماما عن مجلس العقد الحقيقي فهو مجلس إفتراضي يكون عبر وسائل الإتصال الإلكترونية مما يؤدي إلى وجود خصوصيات نابعة من طبيعة هذا المجلس الذي يفتقر للتواجد المادي لأطراف العلاقة التعاقدية مما تظهر أهمية تحديد القواعد التي تحكم هذا النمط الحديث في التعاقد خاصة في التزايد المستمر و المتواصل على التعاقد الإلكتروني على المستوى العالمي.

الكلمات الدالة: سلطان الإرادة، المساواة، عقود الأعمال، عقد الفرانشيز، المؤسسة الإقتصادية.