

مجلس التعاقد عبر الانترنت

د/ بعجي محمد

أستاذ محاضر - أ- كلية الحقوق

جامعة الجزائر - 1 -

مقدمة :

تناول القانون المدني مصادر الالتزام في الباب الأول من الكتاب الثاني وذلك من المادة 53 إلى المادة 159 ق. م ويتصدر هذه المصادر ، القانون ثم يليه العقد ، ومن بعده الإرادة المنفردة ثم الفعل المستحق للتعويض (العمل الضار) ، وأخيرا العمل النافع أو شبه العقود ، غير أن أهم هذه المصادر المذكورة هو العقد المنصوص عليه من المادة 54 إلى 123 ق. م.

و العقد وفقا للمادة 54 ق. م هو " اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص بمنح ، أو فعل ، أو عدم فعل شئ ما "

والمقصود بالاتفاق في هذه المادة هو ذلك الاتفاق الذي تتطابق من خلاله الإرادتين تطابقا تاما ، ومن شأن ذلك التطابق أن يحدث أثرا قانونيا (المادة 59 ق. م) ، وبالتالي فإن الاتفاق في العقد هو اتفاق أخص ، في حين أن الاتفاق في غير إبرام العقد أشمل .

و العقود حسب طبيعتها كثيرة ومتعددة ، غير أنها لا تختلف من حيث شروط تكوينها ، المنصوص عليها في القسم الثاني ، من الفصل الثاني ، من الباب الأول ، من الكتاب الثاني، تحت عنوان "شروط العقد"

ويقصد بهذا المشرع " أركان قيام العقد " والشروط الواجب توافرها في هذه الأركان وأركان العقد هي : التراضي - المحل - السبب ، ولعل أهم هذه الأركان هو ركن التراضي ، ذلك أن أغلب العقود رضائية ، إلا ما استثناه المشرع في بعض العقود و الذي اشترط فيها ركن الشكلية كركن رابع⁽¹⁾ .

ولكي يتم التراضي ينبغي علي طرفي العقد أن يعبرا علي ذلك ⁽²⁾ ، وأن تكون إرادتهما متطابقة تمام التطابق ⁽³⁾ ، وهو اقتران الإيجاب مع القبول ، ونعني بالاقتران هنا هو إتفاق المتعاقدين علي جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية التي يتضمنها العقد، وهذا دون حذف أو نقصان ، أو تعديل أو زيادة ، وإلا كان ذلك إيجابا جديدا ⁽⁴⁾

ولكي يتم الاقتران بين الإرادتين المولدتين للتراضي والتعبير عنهما فيما بين المتعاقدين ، فإما أن يكونا هذين الأخيرين حاضرين في مجلس العقد سواء كان حضورهما حضورا فعليا أو حضورا حكما ⁽⁵⁾ ، وأما أن يكون التعاقد بينهما في غير مجلس العقد ، وهو ما يسمي التعاقد ما بين غائبين ⁽⁶⁾ لا شك بأن هناك سيل من الأفكار والنظريات قيلت في شأن ما ذكر وفقا لإبرام أي عقد في صورته التقليدية ، غير أن أمر العقد قد أثير بشأن صورته المعاصرة ، بحيث أصبح يبرم عبر وسائط الشبكة العنكبوتية ، ولاسيما فيما يخص المعاملات التجارية الدولية المختلفة ، وهكذا أضحت هذه الشبكة وفي وقت واحد تجمع ما بين المتعاقدين ، وتقرب بينهما مهما كان أحدهما بأبعد نقطة في العالم ، ومن ثم وعبر هذه الوسائط يتبادلان التعبير عن إرادتهما ، ويترتب علي ذلك إبرام العقد وما ينتج عنه من آثار قانونية .

وبذلك فإن العقد المبرم بواسطة هذه الوسائط الإلكترونية ، هو أيضا يشترط فيه تطابق إرادتين تمام التطابق علي جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية ، وذلك باستعمال وسائط إلكترونية ، ويشترط فيه من أركان ما يشترط في العقود التقليدية ... وبهذا فإن العقد المبرم عبر الشبكة العنكبوتية لا يختلف عن العقود التقليدية ، إلا من حيث الوسائط الإلكترونية ومن حيث أن المتعاقدين لا يجتمع بينهما مجلس حضوري وفعلي واحد ، إنما الذي يجتمع بينهما هو مجلس حضوري حكمي ⁽⁷⁾ يعطي لهما فرصة التلاقي والتفاعل عبر وسيلة الانترنت ، ورغم المباشرة والمعاصرة في إبرام مثل هذه العقود إلا أنه عقد يبرم عن بعد ، ذلك لاختلاف المكان وقد يختلف فيه كذلك الزمان ⁽⁸⁾ ولذلك لا يمكنه إطلاق مصطلح بأنه تم ما بين متعاقدين حاضرين علي إطلاقه كما نري لاحقا ، بالرغم من المشرع فالمادة 64 ق م قد نص علي ذلك .

ذلك أن هذا المجلس الافتراضي (حكمي) في إبرام العقد عبر الانترنت قد لا يعطي المتعاقد الآخر فرصة لأن يعاين ويتحقق ليقدم علي إبرام العقد ، وهو علي بينة و

إدراك في مثل هذه العقود علي العكس فيما لو كان المتعاقدان حاضرين فعلا في مجلس واحد ، أو كان حضورهما حضور حكما ، بل ولو كان التعاقد فيما بينهما وهما غائبان عن مجلس العقد وهذا فيما يخص العقود التقليدية⁽⁹⁾

ولذلك يجب التحفظ في القول بأن صورة العقد المبرم عبر شبكة الانترنت بأنها لا تختلف عن صورة إبرام العقد التقليدي ، إلا في وسيلة الإبرام الإلكترونية .

ثم أنه يجب التساؤل عن ما حقيقة أنه عقد يبرم فيما بين حاضرين حضورا حكما أو افتراضيا والمكان غير المكان ، وقد يكون الزمان غير الزمان في بعض الحالات أيضا وبصيغة أخرى هل تعد صورة إبرام العقد عبر الانترنت هي صورة إبرام عقد ما بين غائبين ؟ أم تختلف تلك الصورة بحسب مكان وزمان إبرامه ، إن كان صورة إبرامه ما بين حاضرين حكما أم صورة إبرامه ما بين غائبين ؟ أم تري أن صورة إبرامه هي من نوع خاص ؟

وكيف يتم تطابق الإيجاب والقبول بين المتعاقدين عبر شبكة الانترنت بحسب صور مجلس العقد المختلف فيها والمشار إليها أعلاه بحسب صور مجلس العقد المختلف حولها الفقه

ولكي يتأتى معرفة ذلك ، يمكن التطرق إلي صور مجلس العقد في العقود التقليدية والمعاصرة (المبحث الأول) وإلى زمان ومكان تطابق الإرادتين في العقود عبر الانترنت (المبحث الثاني)

المبحث الأول : صور مجلس العقد

إن لإبرام العقد صوراً سواء تعلق الأمر بمفهوم صور مجلس العقد التقليدية (المطلب الأول) أو كان ذلك يخص مفهوم مجلس العقد في صورته المعاصرة (المطلب الثاني)

المطلب الأول : صور مجلس العقد التقليدية

لمجلس العقد في صورته التقليدية صورتان ، فإما أن يبرم العقد ما بين حاضرين في مجلس واحد (الفرع الأول) وأما أن يبرم العقد ما بين غائبين (الفرع الثاني)

الفرع الأول : صورة مجلس التعاقد ما بين حاضرين

يعد التراضي الركن الرئيس لقيام العقد ، وهو اقتران إيجاب الموجب بقبول الموجب له ، ولكي يتم ذلك هناك صورا لمجلس هذا العقد ، ومنها صورة مجلس التعاقد ما بين حاضرين ، سواء كان طرف العقد هنا هما الأصليين أو من ينوب عنهما ، والذي يجب أن يكون حضورهما في هذه الصورة إما حضورا فعليا في الزمان والمكان بحيث يتيح لأي طرف منهما أن يخاطب الطرف الآخر مباشرة ، ويشمل هذا الخطاب إيجاب الموجب والعلم بهذا الإيجاب وقت صدوره علي أن يرد الموجب له بصورة فورية ومباشرة علي ذلك ، إما بالقبول وبالتالي قيام العقد ، أو يرد بالرفض وبالتالي عدم تطابق القبول مع الإيجاب .

إن لفورية الرد بالقبول علي الإيجاب المذكورة آنفا لا يعني بها لزوم فورية الرد علي الإيجاب بعد صدوره من الموجب ، إذ لا يمنع من انقضاء فترة زمنية معقولة بين صدور الإيجاب والعلم به ثم الرد عليه ⁽¹¹⁾ .

أما إذا انشغل أحد المتفاعدين بأمر آخر خارج نطاق موضوع العقد أو ما يتعلق به ...أو حدثت مفارقة جسدية لأحد طرفي مجلس العقد ، فإن مجلس العقد ما بين حاضرين يعد منفضا ... إلا لضرورة ملحة ولمدة معقولة يعود علي أثرها المتعاقد الآخر إلي مجلس العقد لإكمال ما سبق تناوله لإبرام العقد وهذا قياسا علي ما ذكر أعلاه من أنه لا يمنع من انقضاء فترة زمنية معقولة ما بين صدور الإيجاب والعلم به ثم الرد عليه .

وفي كل الأحوال فإن مجلس العقد يعتبر قد انقضي بعد إبرام العقد ، وهذا يعني تطابق إيجاب الموجب مع قبول الموجب له ، كما يعتبر مجلس العقد ما بين حاضرين قد انقضي وانتهى بالإعراض عنه ، وذلك بالمفارقة الجسدية لأحد أطراف مجلس العقد لمدة فاقت المدة المعقولة ، أو بدون وجود ضرورة لتلك المفارقة الجسدية .

كما يعد مجلس العقد ما بين حاضرين منتهيا ومنفضا من خلال زوال حالة انشغال بالتعاقد ، والانشغال عنها بشيء آخر أو بكلام آخر تفوق مدته المدة المعقولة بين صدور الإيجاب والعلم به ، ثم الرد عليه ⁽¹²⁾ هذا بالنسبة لمجلس العقد ما بين حاضرين حضورا فعليا .

أما بالنسبة للتعاقد ما بين حاضرين حضورا حكيميا فقد ألحقت المادة 64/2 ق م بإتحاد المجلس واعتبرت الاتصال المباشر الذي يجري ما بين المتعاقدين وهما في مكانين متباعدين ، هو تعاقد ما بين حاضرين ولكنه حكيميا ... كالتعاقد المباشر والفوري عبر الهاتف أو بأي طريقة أخرى مماثلة .

والمعيار في إتحاد مجلس العقد فيما بين متعاقدين حاضرين سواء كان حضورهما فعليا أو حكيميا كما أشرنا ، هو عدم انقضاء الفترة الزمنية ما بين صدور الإيجاب من الموجب والرد عليه بالقبول من الموجب له ... وفي هذه الحالة يعد العقد قد تم إبرامه وتترتب عليه جميع الآثار القانونية المتفق عليها في هذا العقد .

أما إذا كان يفصل بين صدور الإيجاب والعلم بالقبول مدة طويلة من الزمن أو مدة غير معقولة يكون فيها أحد المتعاقدين قد انشغل بشيء آخر لا يخص موضوع العقد المراد إبرامه ، أو انشغل مع شخص آخر غير المتعاقد معه بواسطة الهاتف الثاني ... عند ذلك لا نكون بصدد إتحاد الزمان والمكان ... وعندها أيضا لا يمكن القول بإتحاد مجلس العقد لاحقيقة ولا حكما ، وبذلك يكون التعاقد ما بين غائبين لا بين حاضرين لعدم إتحاد الزمان والمكان بالنسبة لمجلس العقد كما هو الشأن في :

الفرع الثاني : صورة التعاقد ما بين غائبين

يكون التعاقد ما بين غائبين إذا كان كلا المتعاقدين لا يجمعهما مجلس عقدي واحد ، وبذلك يختلف المكان عن الزمان كما تختلف الفترة الزمنية ما بين صدور الإيجاب من الموجب والرد عليه من الموجب له بالقبول ، وعليه فلا إتحاد بين الزمان والمكان ولذلك نسمي هذه الصورة بالتعاقد ما بين غائبين⁽¹³⁾ ، والتعاقد ما بين غائبين يكون عادة عن طريق المراسلة ، والتي قل العمل بها بسبب تزايد ثورة الوسائط الإلكترونية ، أو يكون عن طريق ايفاد رسول بصفته وكيل لا نائبا عن الأصيل ، وإلا أعد مجلس تعاقد ما بين حاضرين ، وليس ما بين غائبين وعليه : فمتى ينتج التعبير عن الإرادة أثره في التعاقد ما بين غائبين ؟

لقد وردت في هذه المسألة عدة نظريات سنتعرض لها لاحقا ، وقد تعرضت معظم هذه النظريات للنقد ، مما جعل الفقه يلتجئ إلى نظرية العلم بالقبول والتي أخذ بها المشرع الجزائري في المادة 67 ق م .

تلك إذن صور مجلس العقد في إبرام العقود التقليدية ، ولكن ما هي الصور المعاصرة لمجلس العقد الذي يبرم عبر الوسائط الالكترونية ومنها الانترنت ؟

فمتى يبدأ مجلس العقد عبر هذه الوسيلة ؟ ومتى ينتهي ؟ وهل يعد مجلسا ما بين حاضرين كما سبق بيان ذلك ؟ أم يعد تعاقدًا ما بين غائبين ؟ خاصة وأن مجلس العقد عبر الانترنت يختلف حسب الطريقة التي يتم بها التعاقد ... نخصص لهذه التساؤلات مطلبًا نورد فيه ما يلي

المطلب الثاني : الصور المعاصرة لمجلس العقد

سبق القول بأن عنصر الزمن هو ما يميز بين ما إذا كان التعاقد ما بين حاضرين ... أو هو تعاقد ما بين غائبين ... ولكن إذا صح ذلك القول بصدد إبرام العقود التقليدية ، فهل يصح إسقاطه علي مجلس العقد المبرم عبر الانترنت ... ولذلك هل يعد مثل هذا مجلس عقد ما بين حاضرين حكما (الفرع الأول) أم يعد عقدا ما بين غائبين (الفرع الثاني)

الفرع الأول : صورة مجلس التعاقد ما بين حاضرين عبر الانترنت

يري بعض الفقه بأن العقد الذي يتم عبر الانترنت هو تعاقد ما بين حاضرين ؟ وذلك حسب الحالات التالية :

1 - ويبدأ مجلس العقد في هذه الصورة بدخول من يرغب في التعاقد عبر شبكة المواقع (web) الصادر منه الإيجاب ، وعليه إذا كان المتعاقدان يشاهد ويسمع بعضهما الآخر في ذات الوقت من خلال تبادل الحوار حول ما يتعلق بالعقد ... ويستمر مجلس العقد في الانعقاد فإذا حدث وتطابقت إرادتهما تمام التطابق فإن العقد في هذه الحالة ينتج أثره القانوني ، وبخروج الطرف القابل من الموقع عد مجلس العقد ما بين حاضرين قد انقضي

في التعاقد معه (الموجب له) وبالتالي قبوله للإيجاب الذي عرض علي الموقع ، ويكون التعبير علي ذلك بواسطة وجه مبتسم دال علي القبول في مقابل الإيجاب الذي كان قد اطلع عليه يعلم فيها الموجب أن الموجب له قد قبل إبرام العقد معه .

- 2 - كما يعد التعاقد ما بين حاضرين إذا ما أسقطنا أحكام المادة 64 ق م قياسا علي العبارة الواردة فيها (أوطريقة مماثلة) والذي يجري علي العقد المبرم عبر الانترنت ما بين متعاقدين بعيدين لا يجمعهما مكان واحد ولكن يجتمعان حكما لعدم انقضاء فترة زمنية بينهما ، وبالتالي فإن صورة تطابق الإيجاب مع القبول بينهما يحدث من خلال استخدامهما لمفتاح معين في الجهاز (وهو عبارة عن وجه مبتسم دال علي القبول في مقابل الإيجاب الذي كان قد اطلع عليه من خلال هذا الجهاز ورد علي ذلك العرض بهذا القبول عبر وجه مبتسم يعلم من خلاله الموجب أن الموجب له قد قبل ابرم العقد معه)
- 3 - ما يعد التعاقد ما بين حاضرين وفي مجلس واحد حكمي إذا ما رغب أحد الراغبين في التعاقد عبر

شبكة المواقع (WEB) الصادر منه الإيجاب ، ويبدأ الداخل إلي الموقع بالتفاوض ... وهكذا يستمر مجلس العقد حتى يخرج الموجب له القابل من الموقع (WEB) المذكور ، وذلك علي شرط أن يكون الاتصال مباشرا وفوريا ما بين الإيجاب المعروض علي الموقع وقبول المخاطب ، ففي مثل هذه الصورة يكون التعاقد ما بين حاضرين حضورا حكما علي افتراض أن الموقع المذكور (WEB) ما هو إلا أداة إلكترونية مجازية تتمتع بالشخصية المعنوية القانونية⁽¹⁴⁾ .

- 4 - ويعد التعاقد ما بين حاضرين أيضا عبر الانترنت إذا كانت هذه الوسيلة تنقل الصوت فقط بين الموجب والموجب له إذا ما اتفقا وتطابقت إرادتهما تمام التطابق ، غير أن في هذه الصورة من الفقه من يفرق بأنه يعد في شق منه مجلسا حضوريا ما بين المتعاقدين من حيث الزمان وتعاقدا ما بين غائبين من حيث المكان ... غير أن العبرة في التمييز ما بين المجلسين هو المعيار الزمني مثلما سبق ذكر ذلك .

- 5 - وما قيل أعلاه يقال كذلك في شأن التعاقد عبر البريد الإلكتروني بحيث إذا ما تم تبادل الرسائل وبصورة فورية ما بين الموجب والموجب له علي شرط ألا تنقضي فترة زمنية بين إرسال الرسائل الإلكترونية التي تحمل الإيجاب من الموجب ووصولها إلي علم الموجب له والرد عليها بالقبول فورا ، ولا بأس مثلما قيل سابقا أن مرت فترة زمنية قليلة بحيث لا ينشغل فيها المرسل إليه عن إبرام العقد .

6 - غير أن من الفقه من يذهب إلى أن العقد الذي أبرم عبر الانترنت ما هو إلا عقد أبرم ما بين حاضرين وهذا بحسب الأصل ، وعلي حسب الحالات المذكورة أعلاه ، و يكون استثناء هو عقد أبرم ما بين غائبين ، فما هي صور التعاقد إذن ما بين غائبين في العقد الذي يبرم عبر الانترنت .

الفرع الثاني : صور التعاقد ما بين غائبين عبر الانترنت⁽¹⁵⁾

أن لصور التعاقد ما بين غائبين عبر الانترنت حالات كذلك يراها الفقه وهي :

1) يكون التعاقد بين غائبين إذا كان التواصل عبر البريد الإلكتروني EMAIL ذلك أن كلا من الموجب والموجب له لا يضمهما مجلس عقدي واحد بالإضافة إلى فرضية أن الموجب له لا يكون موجودا على شبكة الانترنت أثناء قيام الموجب بعرض إيجابه قصد التعاقد إلى بريده الإلكتروني (الموجب له) وبعد إطلاع هذا الأخير على العرض المرسل إليه ... قبل به ومن ثم أرسل قبوله بالطريقة نفسها ... وعلي افتراض أن الموجب كذلك لا يكون موجودا على شبكة الانترنت إثناء رد الموجب لع علي عرضه بالقبول ... أي في كل الأحوال لا يكون هناك اتصال حي فيما بين عرض الموجب وقبول الموجب له ، و بالتالي يعد العقد قد تم ما بين متعاقدين غائبين من حيث الزمان ومن حيث المكان وفقا للمادة 67 ق م.

غير أن من الرأي في الفقه من لا يميز بين العقود التي تبرم عبر الانترنت من أنها في بعض حالاتها تعد عقودا أبرمت ما بين حاضرين في مجلس واحد حكمي ، وما بين أنها عقودا أبرمت ما بين غائبين ، وذهب هذا الرأي إلى التأكيد بأن العقود التي تبرم عبر الانترنت هي في جميع صورها تعد عقودا أبرمت ما بين غائبين من حيث الزمان ومن حيث المكان ، وسواء تم ذلك عن طريق الحوار بواسطة الكتابة أو بواسطة الصوت ، أو بواسطة الصوت والصورة معا ، وهذا قياسا على التعاقد بالكتابة والمرسل أو الهاتف .

بل من الرأي في الفقه من يري بأن التعاقد عبر الانترنت ما هو إلا تعاقد ما بين غائبين ولكنه ذو طبيعة خاصة⁽¹⁶⁾ ، غير أن هذا الرأي لم يشأ أن يذكر ما هذه الطبيعة الخاصة حتى يتسنى التفريق أو التمييز ما بين هذه العقود والعقود التقليدية ، أو ما بين التعاقد ما بين حاضرين اللذين يجمعهما مجلس واحد ، وبالتالي اتحاد الزمان والمكان

وما بين التعاقد ما بين غائبين اللذين لا يجمعهما مجلس واحد وبالتالي عدم إتحاد زمان ومكان إبرام العقد .

وفي الحقيقة يمكن النظر في هذه المسألة علي حسب الحالات التي تبرم خلالها العقود عبر الانترنت ، إذا ما كان الاتصال ما بين المتعاقدين فوريا ومباشرا ، سواء بواسطة الكتابة أو بواسطة الحوار الصوتي أو الصورة والصوت معا ، فيعد العقد قد أبرم ما بين حاضرين يجمعهما مجلس واحد من حيث الزمان .

أما إذا كان الاتصال ما بين المتعاقدين عبر الانترنت غير حي ، وبالتالي فلا إتحاد من حيث الزمان يجمع بينهما وبالتالي يعد العقد قد أبرم ما بين غائبين ، ولهذه المرونة يمكن التمييز ما بين التعاقد ما بين حاضرين والتعاقد ما بين غائبين وهذا عن طريق الانترنت ، وهذا الرأي قد أخذ به

واعتقد أن هذا الرأي الوسط هو الذي أخذ به كذلك بعض الفقه وهو ما أتناوله

في :

الفرع الثالث : الصور المرنة لمجلس العقد عبر الانترنت

إن من الرأي في الفقه من ينظر إلي مسألة التعاقد عبر الانترنت بمرونة ، وبالتالي يري التمييز ما بين إبرام هذه العقود بواسطة الانترنت علي حسب الحالات التي أبرمت فيها ، وعليه فقد تكون علي صورة التعاقد ما بين حاضرين (1) وقد تكون علي صورة التعاقد ما بين غائبين (2)

1 - صورة التعاقد ما بين حاضرين :

أ) إذا كان كل من المتعاقدين يسمعان ويريان كل منها الأخر في ذات الوقت الذي يتبادلان فيه الإيجاب والقبول عبر الانترنت ، فإن العقد يعد قد أبرم ما بين حاضرين من حيث الزمان والمكان وحضورهما يعد حضورا حقيقيا .

واعتقد أن حضور المتعاقدين حضورا زمنيا لا مكانيا وبالتالي فإن حضورهما في هذه الصورة هو حضور حكما لا حقيقيا ، شأنه في ذلك شأن العقود التي تبرم عن طريق الهاتف أو بطريقة أخرى مماثلة وهي هنا وسيلة الانترنت (م 64 ق م) .

ب) كما يعد من قبيل الحضور الحكمي في الحالة التي يكون فيها التعاقد عبر الانترنت والتي يتاح فيها للمتعاقدين الحضور من حيث الزمان أي الحضور في وقت واحد ، لا الحضور المكاني الذي يباعد بين المتعاقدين جسيما ... وذلك قياسا علي التعاقد بواسطة الهاتف أو بأي طريقة أخرى مماثلة كالتعاقد عبر الانترنت .

واعتقد أن لا فرق بين هذه الصورة و الصورة الأولى أعلاه ، إذ أن هذه الأخيرة كذلك يكون فيها مكان مجلس العقد غير متحد ، وبالتالي فإن هذين الافتراضيتين هما في الحقيقة افتراض واحد وفقا للمادة 64 ق م وهو أن مجلس العقد يكون ما بين متعاقدين حاضرين ولكن حضورهما يعد حضورا حكميا من حيث المكان حسب ما أري وحضورا حقيقيا من حيث الزمان ، وبالتالي إتحاد المكان والزمان مجازا .

- وما قيل أعلاه ينطبق أيضا علي العقود التي تبرم عبر البريد الإلكتروني إذا كان تبادل الرسائل بين المتعاقدين تبادلا فوريا وفقا لفترة زمنية معقولة تستغرق ما بين إرسال الرسائل الالكترونية ووصولها إلي علم من وجه إليه الإيجاب والرد علي الإيجاب بالقبول .

2 - صورة التعاقد ما بين غائبين :

إذا كان الأمر يخالف ما ذكر أعلاه سواء كان إبرام العقد عن طريق الانترنت أو بواسطة البريد الإلكتروني ، بمعنى ألا يكون تبادل الرسائل الإلكترونية حيا ما بين المتعاقدين ، وذلك بأن تنقضي فترة زمنية معتبرة ما بين إرسال الرسالة الالكترونية المتضمنة للإيجاب والرد عليها برسالة إلكترونية تحمل القبول ووجوب العلم به (17) فإننا حينئذ نكون بصدد تعاقد ما بين غائبين من حيث الزمان والمكان أي عدم إتحاد الزمان وعدم إتحاد المكان .

إن مجلس العقد بجميع صوره وحالاته الإلكترونية لمن العسير تحديده بصفة مطلقة ونهائية ، ذلك أن المتعاقدين يكون عبره متباعين ذاتين ومكانين إن لم نقل كذلك متباعين زمانيا كاختلاف التوقيت ما بين دولتي المتعاقدين إذا كان العقد دوليا ، ولذلك يمكن القول بأن طبيعة مجلس العقد فيما بين المتعاقدين قد يكون مجلسا حضوريا حكميا ، وقد يكون العقد قد أبرم ما بين متعاقدين غائبين عن مجلس العقد ،

وفي كلا الحالتين يجب النظر حسب الحالة التي ابرم من خلالها العقد ، وكما سبق و أن ذكرنا سواء في صور مجلس العقد التقليدية أو في صور مجلس العقد المعاصر فإن الزمن هو معيار التفرقة بين هذه الصور وتلك .

وفي كلا الحالتين يطرح السؤال عن زمان و مكان تطابق الإرادتين فيما بين هذين المتعاقدين عبر الانترنت

المبحث الثاني : التطابق ما بين الإرادتين في العقود المبرمة عبر الانترنت

إن من مميزات العقود التي تبرم ما بين المتعاقدين عبر الانترنت أنها تبرم عن بعد ... هذا البعد الذي اختلف فيه الفقه حول طبيعة مجلس العقد كما سبق بيان ذلك أعلاه ، وسواء اعتبرنا مجلس العقد الالكتروني هو مجلس ما بين متعاقدين حاضرين أو اعتبرناه عقد ابرم ما بين متعاقدين غائبين وهذا حسب حالة كل عقد ابرم عبر الانترنت ... ففي الحالتين متى تتطابق الإرادتين تمام التطابق عبر هذه الوسيلة من حيث الزمان (المطلب الأول) ومن حيث المكان (المطلب الثاني)⁽¹⁸⁾

المطلب الأول : زمان تطابق الإيجاب مع القبول في العقد المبرم عبر الانترنت

إن العقود التي تبرم بواسطة الانترنت ، أو بواسطة البريد الالكتروني ويكون الاتصال فيها فوريا و مباشرا ودون انقضاء فترة زمنية معتبرة أو دون إنصراف أحد المتعاقدين فيها إلي انشغال بشأن آخر غير شأن العقد ، فإن العقد هنا يعتبر قد تم في الزمان الذي علم فيه الموجب بقبول الموجب له وفقا للمادة 64 ق م

وبالتالي تطابق الإيجاب مع القبول تمام التطابق وفقا للمادة 59 ق م ويعني تمام التطابق اتفاق المتعاقدين علي جميع المسائل الجوهرية والتفصيلية م 65 ق م

وإذا كان هذا الأمر يبدو لا خلاف فيه بين الفقه حول زمان تطابق الإرادتين فيما بين المتعاقدين الحاضرين حكما في العقود التي تبرم عبر الانترنت ، فإن المسألة تثار فيما بين الفقه حول اقتران الإيجاب بالقبول في العقود التي تبرم ما بين غائبين عبر الانترنت أو البريد الالكتروني

لقد تنازعت فيما هو الزمان الذي تتطابق فيه الإرادتين تمام التطابق في مثل هذه العقود التي تبرم عبر الانترنت و يكون فيها المتعاقدين غائبين عن مجلس العقد عدة نظريات منها نظريتنا إعلان القبول وتصديره (الفرع الأول) ونظريتنا تسليم القبول والعلم به (الفرع الثاني).

الفرع الأول : نظريتنا إعلان القبول وتصديره

وهما نظريتان متقاربتان من حيث الحكمة المتوخاة منهما ، حيث في نظرية إعلان القبول يفصح ويعلم الموجب له بقبوله التعاقد ، ولو لم يصدره (1) أما في نظرية تصدير القبول فيبلغ إلي الرسول أو بصدوره عبر البريد أو وسائل أخرى مماثلة (2)

1 - نظرية إعلان القبول : ويتمثل إعلان القبول فيما يخص العقود التي تبرم عبر الانترنت أو البريد الإلكتروني في تلك اللحظة التي يعلن فيها الموجب له قبوله ، ويبدأ في تحرير الرسالة المتضمنة لهذا القبول ولو لم يرسلها إلي الموجب وبقي محتفظا بها في جهازه ... وعليه فقد واجهت هذه النظرية انتقادا مفاده أنها لا يمكن الاعتماد عليها فيما يخص أثر القبول لهذه الإرادة من وقت الإعلان ، ذلك أن بإمكان الموجب له أن ينكر أنه أعلن القبول أو يعدل عنه وبمحيه من جهاز الإرسال الخاص به ، ومن ثم فلا يستطيع الموجب وفقا لهذه النظرية ، أن يثبت بأن الموجب له قد حرر الرسالة التي تتضمن القبول لكن لم يشأ أن يرسلها⁽¹⁹⁾ لذلك استعيض عن هذه النظرية بنظرية تصدير القبول

2 - نظرية تصدير القبول : ويشمل إسقاط هذه النظرية فيما يخص تطابق الإرادتين ما بين المتعاقدين الكترونيا والذات لم يكن اتصالهما اتصالا فوريا ومباشرا في أن الإرادتين تتطابقان وفقا للزمان الذي يبدأ من اللحظة التي ينقر فيها الموجب له بالفأرة علي إيقونة القبول ، أو بالضغط علي زر الإرسال في البريد الإلكتروني لإرسال قبوله إلي الموجب ، وبالتالي وطبقا لهذه النظرية فإن القبول عبر وسائط الانترنت أو بواسطة البريد الإلكتروني والذي يتم في مقابل الإيجاب يتم بصفة فورية لحظة الضغط علي إيقونة القبول الموجه إلي الموجب ، وعليه فلا تفاوت من حيث الزمن بين الإيجاب والقبول وفقا لهذه النظرية ، حيث لا يتصور في العقود المبرمة عبر الانترنت تصدير القبول دون أن يتسلمه الموجب أو يطلع عليه ، وبالتالي لا يمكن للموجب له

أن يسترد القبول أو يعدل عنه⁽²⁰⁾... وللموجب في هذه الصورة إثبات ذلك بالرجوع إلى الحاسوب ليتبين ذلك ، فإذا لا اعتراض علي هذه النظرية فيما يخص تطابق الإرادتين ما بين متعاقدين غائبين عن مجلس العقد ، إنما الاعتراض يمكن في حالة تصور أن الموجب لم يتسلم الرسالة الالكترونية سبب خلل فني مثلا ، ويعني ذلك أن الإرسال لم يتم ، أو أن الرسالة الالكترونية وصلت متأخرة بسبب ذلك الخلل الفني ، أو أن الرسالة المتضمنة للقبول ظلت حبيسة جهاز الحاسوب الخاص بالموجب له بفعل ذلك المانع الفني ... مما يعطي للموجب الحق في أن يتحلل من إيجابه بحسب الأحكام الواردة في المادة 63 ق م ... وبالتالي فإن نظرية وعليه فإن نظرية تصدير القبول قد اعترافا ما اعترى نظرية اعلان القبول وكليهما إذن لا يخفقان أثرا قانونيا معيناً وهو توافق الإرادتين وتطابقها .

الفرع الثاني : نظريتا تسليم القبول والعلم به

استعيض عن كل من نظريتي إعلان القبول وتصديره كما يأتي تبعا بكل من نظرية تسليم القبول (1) ثم الأخذ بنظرية العلم بالقبول كما يري أنصار ذلك من الفقه (2)

1 - نظرية تسليم القبول : يري أنصار هذه النظرية بأنها تحقق المقصود من اقتران الإيجاب والقبول فيما يخص العقود المبرمة عبر الانترنت ، ويعتبر وفقها بأن العقد ينعقد من وقت دخول رسالة البيانات التي تتضمن القبول من الموجب له إلي نظام المعلومات الخاص باستقبال الرسائل بالنسبة للمرسل إليه وهو هنا الموجب ... أو من وقت دخولها (الرسالة) إلي نظام المعلومات الذي تم تعيينه من قبل المرسل إليه (الموجب) لهذا الغرض حتي ولو لم يطلع الموجب علي مضمون تلك الرسالة .

و الحال بالنسبة للعقود التي تبرم عبر البريد الالكتروني ، حيث يعتبر العقد قد تم من الوقت الذي تدخل كذلك فيه الرسالة إلي الحقل الوارد في صندوق البريد الالكتروني دون اعتبار بالعلم الفعلي للموجب محتوي القبول الالكتروني⁽²¹⁾ والعبرة حسب هذه النظرية لتسلم القبول حتى ولم يطلع علي مضمونه الموجب .

أن من إيجابيات نظرية التسليم بالقبول فيما يخص إبرام العقود عبر الانترنت أنها تسهل إثبات صدور القبول وتسلمه من الموجب ، ذلك أن الموجب له لا يكون بإمكانه

استرجاع الرسالة المتضمنة للقبول من صندوق البريد الالكتروني للموجب من قبل أن يطلع عليها هذا الأخير ، ومن جهة أخرى فإنها تحمل الموجب المسؤولية المدنية الناشئة عن عدم انعقاد العقد بينه وبين الموجب له ، سواء علم بالقبول أو لم يعلم ، لأن العقد وفقا لهذه النظرية يعد قائما بمجرد وصول القبول إليه (الموجب) ووصول القبول يعد بمثابة قرينة علي العلم به .

إلي أنه من الوجهة الأخرى تحمل الموجب له عبء إثبات وصول القبول وتسلمه من طرف الموجب ... وهذا في الحالة التي قد تتعرض فيها الرسالة التي تحمل القبول إلى مخاطر أو إلى عطب في كان قد أصاب الشبكة العنكبوتية .

كما أن الموجب يفترض فيه أنه علم بالقبول بمجرد تسلم الرسالة التي تحمل القبول وهو دخولها في صندوق بريده الالكتروني بغض النظر عن علمه الفعلي بالقبول حتى ولو كان عدم علمه راجع إلى أسباب خارج عن إرادته⁽²²⁾

ولذلك فإن هذه النظرية جاءت متأرجحة ما بين نظرية تصدير القبول ونظرية العلم بالقبول كما يرى ذلك الفقه .

2 - نظرية العلم بالقبول : وفقا لهذه النظرية ، فإن الإيجاب يتطابق مع القبول ابتداء من الوقت الذي يقرأ فيه الموجب مضمون رسالة قبول الموجب له ، ويكون ذلك بفتح جهاز الكمبيوتر وضغطه علي زر المعلومات المخصص لذلك فيظهر له الوجه المبسم الدال علي القبول ، أو يكون ذلك أيضا بإطلاع علي الرسالة المتضمنة للقبول والموجبة عبر البريد الالكتروني المخصص له (الموجب) ، وبذلك يكون الموجب علي علم برسالة القابل الذي وافق فيها علي إيجاب (الموجب) .

لقد تعرضت هذه النظرية أيضا للنقد حيث اعتراها ما اعترى نظرية تسلم القبول من نقد من حيث الموجب له الذي يصعب عليه إثبات علم الموجب بقبوله إذا ما ادعي الموجب بعدم علمه بالقبول ، أو أن قبول الموجب له قد وصله متأخرا خارج الفترة المحددة بمقتضي المادة 63 ق م .

هذا ما جعل من أنصار هذه النظرية يتخذون من وصول القبول وتسلمه من قبل الموجب بمثابة قرينة بسيطة علي العلم به ، ولكن أمام هذه القرينة فإن بإمكان الموجب أيضا أن ينفي علمه بالقبول بكافة طرق النفي .

لقد عجزت هذه النظرية كسابقاتها في تعيين الزمان الذي يتطابق فيه الإيجاب مع القبول بالضبط إلا إذا كانت القرينة المذكورة أعلاه قرينة قاطعة علي علم الموجب بالقبول ، وبالتالي لا يمكن فيها له أن ينفي علمه بوصول القبول وتسلمه ، إلا إذا نفي ذلك بواسطة السبب الأجنبي ومنها مثلا تعرض جهاز الانترنت مثلا للعطب .

ولقد اعتبر المشرع في المادة 67 ق م أن بوصول القبول وتسلمه من الموجب دلالة علي العلم به واعتبر ذلك قرينة بسيطة فكان في هذا الشأن اعتبارها قرينة قاطعة علي علم الموجب بالقبول ولا يمكن له نفي ذلك إلا بواسطة السبب الأجنبي ، سواء تعلق الأمر بزمان تطابق الإرادتين في العقود التقليدية ، أو العقود التي تبرم عبر الوسائط الالكترونية ، ولكن ما هو المكان الذي يعتد به كمكان لتطابق الإيجاب مع القبول في العقد الذي يبرم عبر الانترنت ؟

المطلب الثاني : مكان تطابق الإيجاب مع القبول في العقد عبر الانترنت

(23)

ليس من السهل تحديد مكان اقتران الإيجاب مع القبول في العقود التي تبرم عبر الفضاء الالكتروني ، فهل هنا يعتد بمكان إقامة الموجب له (الفرع الأول) أم بالمكان الذي استلم فيه الموجب الرسالة المتضمنة للقبول من خلال جهازه الالكتروني ، أم تري بمكان تسجيل موقع الويب (WEB) (الفرع الثاني)

الفرع الأول :الاعتداد بمكان إقامة المرسل إليه (الموجب)

يعتد في الغالب بمكان اقتران الإيجاب بالقبول في العقود الالكترونية وهو في الغالب بالمكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه أو مقر مؤسسته .

وقد يتفق المرسل إليه (الموجب) مع المرسل (الموجب له) فيحددان مكانا آخر لاقتران الإيجاب مع القبول دون المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه (الموجب) هذا إذا كان لهذا الأخير عمل واحد .

أما إذا كان للمرسل إليه أكثر من ذلك ، فإن مكان اقتران الإيجاب مع القبول هو المكان الذي لا علاقة بالمعاملة محل العقد الالكتروني ، أو في مقر الشركة أو المؤسسة الرئيسي

أما إذا كان لم يكن للمتعاقدين أو أحدهما مقرر عمل رئيسي فيعتد حينئذ بمكان الإقامة المعتاد لهما أو لأي واحد منهما ، وفي كل الحالات فإن للمتعاقدين الاتفاق علي مكان اقتران الإيجاب مع القبول ، أي مكان انعقاد العقد الإلكتروني

الفرع الثاني : الاعتراف بمكان تسجيل موقع الويب (WEB)

كما قد يعتد في مجال العقود الإلكترونية كذلك بمكان اقتران الإيجاب مع القبول وفقا للمكان الذي تسلم فيه الموجب للقبول حسب ما جاء في الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات ، وبالتالي يعتبر العقد الإلكتروني قد تم في الزمان والمكان اللذين يصل فيهما الرد الذي يتضمن قبول الموجب إلي نظام جهاز الموجب⁽²⁴⁾

الهوامش :

1 - المادة 324 مكرر ق م

2 - المواد 60 ، 61 ، 67 ق م

3 - المادة 59 ق م

4 - المادة 65 ق م

5 - المادة 66 ق م

6 - المادة 64 ق م

7 - المادة 67 ق م

8 - المادة 64 ق م

9 - كأن يتم توقيع العقد الإلكتروني في البابان يوم 07 / 1 في حين يصادف هذا اليوم 06 / 1 في لوس أنجلس ، ولذلك يثار مثل هذا السؤال هل العقد يعتبر قد أبرم و تم يوم 6 أم يوم 7 جانفي ؟ أنظر رحمان ياسين مبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الجزائر 1 - السنة الجامعية 2015 / 2016 صفحة 100 وما يليها

10 – المادة 67 ق م

11 – المادة 63/1 ، 64/1 ق م

12 – بن خضرة زهيرة ، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، أطروحة دكتوراه علوم ، قسم القانون الخاص – كلية الحقوق – جامعة الجزائر 1 – السنة الجامعية 2015/2016 صفحات 19 ، 20 ، 22 .

13 – المادة 67 ق.م

14 – بن خضرة زهيرة – المرجع السابق صفحة كل من 29 - 30 - 31 ، غير أن هذه الطريقة قد لا تخلو من المخاطر أو الغش بالنسبة لأحد المتعاقدين شأنها شأن التعاقد بواسطة الهاتف.

15 – ويحدث في الغالب أن التعاقد ما بين غائبين يكون إذا اتصل مثلا المشتري بمتجر افتراضي موجود علي شبكة الإنترنت والذي يمكن الاتصال به في أي وقت كونه كنائب حكيم عن التعاقد الأصيل لإنشاء التصرف القانوني ، وهذا إذا كان الاتصال بالمتجر غير فوري وغير مباشر .

أما إذا كان في هذه الحالة الاتصال فوريا و مباشرا ما بين المشتري و المتجر الافتراضي ممثلا في الآلة الإلكترونية المعروض من خلالها الإيجاب ، وهنا يأتي القبول من خلال المشتري (الموجب له) في اتصال مباشر فحينها يكون التعاقد ما بين حاضرين، ذلك أن المتجر الافتراضي ممثلا بالآلة الإلكترونية و ما هذه الآلة الإلكترونية الأذات الكترونية تتمتع بالشخصية المعنوية القانونية – بن خضرة زهيرة – المرجع السابق 31 - 30

16 - بن خضرة زهيرة – المرجع السابق 32

17 – المادة 63 ق م أن وصول الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول إلى الموجب تعد قرينة علي العلم بالقبول ولكنها قرينة بسيطة يمكن لأي طرف من العقد نفيها بكافة طرق النفي ، وخاصة من جانب الموجب الذي يمكنه نفي العلم بالقبول ، كما لو تعرضت الرسالة الإلكترونية للمحو

أما إذا مرت الفترة المعقولة ولم يرد الموجب له علي الإيجاب ... أورد ولكن كان رده نقصان التزام ، فإننا لا تكون بصدد تطابق إيجاب مع قبول وفقا للمادة 59 ق م إنما تكون بصدد إيجاب جديد وفقا للمادة 66 ق م

18 - إن تحديد زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني أهمية وبصفة خاصة ما يترتب عليه من أثارها معرفة الوقت الذي يحق للموجب الرجوع عن إيجابه ، أو تحديد وقت انتقال الملكية ، أو عمل تبعة الهلاك ، و حساب مواعيد التقادم ، كما يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق علي العقد و القانون الساري وقت إبرام العقد ، و تحديد المحكمة المختصة بالفصل في النزاع عن-رحماني ياسين مبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية الدولية المرجع السابق ، صفحة 100 .

19 - رحماني ياسين - المرجع السابق صفحة 104 - 105

- بن خضرة زهيرة - المرجع السابق صفحة 35 - 36

- د / بعجي محمد ، مصادر الالتزام - تكوين العقد ، مجموعة محاضرات أُلقيت علي طلبة السنة الثانية نظام (ل.م.د) السنة الجامعية 2016/2017 ، صفحة 73

20 - د / رحماني ياسين - المرجع السابق صفحة 105-106

- بن خضرة زهيرة المرجع السابق صفحة 36-37-38

- تصلح هذه النظرية (تصدير القبول) في العقود الالكترونية ، ولا تصلح في العقود التقليدية ، ذلك أن الموجب له يمكن أن يسترد الرسالة التي تتضمن القبول قبل أن تصل إلي الموجب ، وأن يرسل تلغرافا قبل أن يصل الرسول الحامل للقبول يعلن فيه رفضه الإيجاب د/ بعجي محمد المرجع السابق صفحة 74

ولكي يتم ذلك في العقود التقليدية فإن يفترض وجود فارق زمني بين تصدير القبول وتسليمه أو الإطلاع عليه علي العكس من العقود الالكترونية التي تكون التصرفات عبرها عن بعد ولكنها فورية ومعاصرة

21 - بن خضرة زهيرة - المرجع السابق صفحة 38 - 39

- رحماني ياسين المرجع السابق صفحة 107

22 - بن خضرة زهيرة - المرجع السابق صفحة 39

23 - أن مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني تكتسي أهمية بالغة في المجال الإلكتروني وذلك لحل النزاعات القائمة حول تحديد المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق كما يؤدي تباعد المكان بين طرفي العقد الإلكتروني إلى إثارة مشكلة الاختلاف حول تاريخ إبرام العقد

رحماني ياسين - المرجع السابق صفحة 100-101

24 - رحماني ياسين - المرجع السابق صفحة 102

- بن خضرة زهيرة - المرجع السابق صفحة 44

المراجع

1 - بن خضرة زهيرة - الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني ، أطروحة دكتوراه علوم قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 - السنة الجامعية 2015-2016

2 - ياسين رحماني ، مبدأ سلطان الإرادة في العقود التجارية الدولية ، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه علوم في القانون ، كلية الحقوق ، جامعة الجزائر 1 - السنة الجامعية 2015 - 2016

3 - بعجي محمد - مصادر الإلتزام - تكوين العقد - مطبوعة مجموعة محاضرات ألقيت علي طلبة السنة الثانية نظام (ل.م.د) جامعة الجزائر 1 - كلية الحقوق - السنة الجامعية 2010 - 2011 .