الجمهوريَّة العربيَّة السوريَّة
وزارة التَّعليم العالي والبحث العلميّ
جامِعَة دِمَشق
كُليَّة الحُقوق- قسم القانون الخاصّ

زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه

رسالة أُعِدَّت لنَيْل درجة الماجستير في القانون الخاصّ

إعداد الطَّالبة

نـهـى حسن غصـن

إشراف الدُّكتور

فوّاز صالـح

الأستاذ في قسم القانون الخاصّ
كُليّة الحقوق- جامعة دمشق

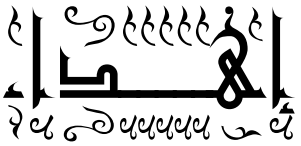
1443 هـ - 2022 م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

«وَقُلِ ٱعْمَلُواْ فَسَيَرَى ٱللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَٱلْمُؤْمِنُونَ ۖ وَسَتُرَدُّونَ إِلَىٰ عَالِمِ ٱلْغَيْبِ وَٱلشَّهَادَةِ فَيُنَبِّئُكُم بِمَا كُنتُمْ تَعْمَلُونَ*»

صَدَقَ اللَّهُ الْعَظِيمِ

(سُورَةُ التَّوبة، الآية 105)



إلى روح والدي (رحمه الله تعالى)...

إلى والدتي العزيزة (حفظها الله تعالى)...

إلى زوجي الغالي (سندي في هذه الحياة)...

إلى أولادي (قُرَّة عيني)...

إلى إخوتي الأحبَّاء...

إلى أصدقائي الأوفياء...

شكر وتقدير

أشكُرُ الله سُبحانه وتعالى وأحمدُه؛ فمِنْهُ وَحْدَهُ التَّوفيقُ والسَّدادُ والرَّشاد.

بدايـــةً، أتقـــدَّمُ بجزيـــل الشُّـــكر وخـــالص الامتنـــان لأُســـتاذي **الدُّكتور فوّاز صالح**، الَّذي تفضَّل بالإشراف على هذه الرِّسالة؛ وفائق تقديري لعونه، ومنحي مِنْ وقته لإنارة طريق البحث بالتَّوجيه والإرشاد؛ فله منِّي أسمى عبارات الشُّكر والتَّقدير.

كما أتقدَّمُ بخالص الشُّكر والتَّقدير للأساتِذَة الأفاضِل، أعضاء لجنة الحُكم؛ لتفضُّلهما بقبول الاشتراك في الحُكم على هذه الرِّسالة؛ ولِمَا بذلاه مِنْ جُهدٍ في قراءتها، وما قدَّماه مِنْ مُلاحظاتٍ وتوجيهاتٍ قيِّمة، والَّتي كان لها بالغُ الأثر في تقويم هذه الرِّسالة وإثرائها.

وأتوجَّهُ بوافِر الامتنان والعِرفان بالجميل إلى أساتِذَتي الكِرَام في قسم القانون الخاصّ؛ لِمَا أسْدَوه مِنْ نُصْحٍ وعِلْمٍ في السَّنة التَّمهيديَّة للماجستير؛ مُتمنِّياً لهُم مزيداً مِنَ التَّقدُّم والرُّقيِّ بالعِلْم.

وأخيراً، أشكُرُ كُلَّ مَنْ ساندني في إنجاز هذه الرِّسالة، ولو بكلمة؛ فجزى الله عنِّي الجميع خير الجزاء.

المُقدِّمة

التعاقُد عن بُعد ليس أمرًا جديدًا؛ فبينما كان التسوّق عن بعد أمرًا مُثيرًا للدهشة والغَرَابة مُنذ أمدٍ بعيد، فإنّه ومع بزوغ أجهزة الاتصال الحديثة، بات هذا الواقع أمرًا بديهيًّا، لا بل مفروغًا منه. فلا شكَّ في أنّ الثورة التكنولوجيّة قد خلقت تغييرًا جذريًّا في العلاقات على جميع الأصعدة، فلم يعُد يقتصر ذلك على الجوانب التجارية وحدها، بل تجاوزها ليمتدّ إلى المجال الثقافي ليصل بعدها إلى العلاقات الاجتماعية، وهذا هو الدافع والباعث للتفكير في كيفيّة استيعاب كل ما ينتجه الفكر البشري من تطوّر في مجال المعلوماتيّة، خاصّةً وأن التكنولوجيا أفرزت تقنيّة جديدة للوسائط الإلكترونيّة. فالأمر بات يتعلّق بالشابكة (الإنترنت)، والتي أضحت منارًا للتواصل الاجتماعي، فمهّدت سُبلًا عديدة لإزالة الحدود الجغرافيّة الدوليّة، التي بدأت تتلاشى شيئًا فشيئًا، بفرضها مناهج جديدة وطُرقًا حديثة للتواصُل والتعاقُد، لصالح بيئةٍ افتراضيّة، عالم بلا حدود، ففتحت الباب على مصرعَيْه أمام الدول العظمى والتشكيك في سيادة الدّول وقدرتها على ترسيم حدودها من خلال محاولتها السيطرة على أراضيها.

فالشابكة (الإنترنت) تجمّع بين ملايين البشر رغم تباين أفكارهم وثقافتهم ولغاتهم ومستوياتهم في اتّصال مُباشر، وقد أصبحت هذه التقنية موضع دراساتٍ قانونيّة حول مستقبل القواعد القانونية التقليدية لتتناسب مع عصر التكنولوجيا الإلكترونيّة بما يخدم التقدّم الاجتماعي والقانوني والثقافي بين مواطنيها.

وبحسبان أن الشابكة عالمية، بمعنى آخر أي أنها تتيح لمستخدميها الاتصال بجهات عديدة بغض النظر عن الحدود الجغرافية والمعوّقات الاجتماعية، فالمكان والزمان عنصران لا يكون لهما– في الغالب– أي أثر في أنشطة تبادل المعلومات والعلاقات الناشئة في بيئة الشابكة "الإنترنت" إلا في الجانب القانوني من خلال ضرورة حسم بعض المسائل المرتبطة بتحديد لحظة إبرام العقد ومكانه. ذلك أن تحديد لحظة انعقاد العقد تبرز بشكلٍ كبير في حالات التعاقد بين غائبين، التي تتم عبر المُراسلات ووسائل الاتصال الحديثة، بحيث يكون هناك فاصلٌ زمانيٌّ بين صدور القبول وعلم الموجب به، الأمر الذي يثير إشكالًا حول التوقيت الذي انعقد فيه هذا النوع من العقود.

لذا، فقد انبرى الفقه القانوني منذ القدم في ابتداع النظريّات الهادفة إلى الوصول إلى حلٍّ مناسب، وأساس عادل في تحديد اللحظة التي يكون فيها العقد قد انبرم، ولا تزال هذه المشكلة قائمة حتّى اللحظة حول العقول الإلكترونيّة.

ولعلّ الكمّ الهائل من مستخدمي الشابكة "الإنترنت"، إنْ دلّ على شيء فإنما يدل على الفوائد العظيمة التي يحقّقها هؤلاء، فمن خلالها يستطيع المشتري أن يقوم بالاطّلاع الهادئ على السلع والخدمات، دون أن يبرح مكانه بشكلٍ متواصل، وفي أي وقت شاء، دون أن يتكبّد مشقّة السفر والانتقال للحصول على سلعةٍ ما، فضلًا عن أنها قد أسهمت وبشكلٍ كبير في ازدهار المشاريع التجارية ورفع الحواجز أمام كافّة المنتجات المنافسة، وكسر الحاجز الجغرافي للعاملين بها، وما ينطوي عليها من توسيع نطاق الأسواق المحليّة.

لكن، وفي المقابل، فإنّ هذا الواقع المرتبط بعالميّة التجارة الدوليّة، يدعو إلى التشكيك في سيادة الدول وقدرتها على السيطرة على كل ما يدخل ويخرج من أراضيها، ذلك أنها قد واجهت العديد من الصعوبات، من بينها ما يتعلّق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكترونيّ في حالة وجود نزاع، فمن المُرجّح إذًا أن تقوم العلاقة بين أفراد من جنسيَّات مُختلفة، ومن المتصوّر أيضًا أن تكون بين أفراد من جنسيَّة واحدة، ولكنّها تنفّذ في إقليم دولة غير الدولة التي ينتمي إليها المتعاقدون بجنسيّتهم، وهكذا دواليك.

وتلافيًا لهذه المسألة كان لا بدّ من تدخّل بعض المنظّمات المعنيَّة لإصلاح الإطار القانوني الذي يحكم هذه العلاقات الدوليّة، وإيجاد القانون الأنجع والأصلح لحل وتنظيم العلاقة محلّ النزاع.

هذا، وتنفرد العقود الإلكترونيّة بثلّة من الخصائص المهمّة. فالأصل في التعاقد التقليدي (بين حاضرين) هو اجتماع الطرفين المتعاقدين في مجلس عقد حقيقي لتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين من أجل الاتفاق على تفاصيل العقد المُزمع إبرامه، في حين أن التعاقد الإلكترونيّ يتمّ عن بعد عبر تقنيّات الاتصال الحديثة مع غياب التواجد المادي لكلا أطرافه؛ حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول عن بعد.

ومن ناحيةٍ أخرى، فإن التعاقد عبر الشابكة قد يكون دوليًّا، أي يتضمّن عُنصرًا أجنبيًّا أو أكثر، وهذه هي السمة الغالبة لها، وقد يكون داخليًّا من الاتجاهات كافَّة، ولكن هذا لا يُغيّر من حقيقة كون هذا النوع من التعاقد هو تعاقد بين غائبين من حيث المكان، وذلك بسبب التباعد المكاني بين

المتعاقدين. فالعقد الأخير هو عقد عابر للحدود، ولا ريب في أن ذلك قد سهّل على الأشخاص في كل دول العالم إتمام عقودهم، بصرف النظر عن أماكن تواجدهم أو انتماءاتهم. فيمكن أن تبرم هذه العقود بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة في غضون لحظات، لا بل في لمح البصر.

ولأنّ كل دولة لها مطلق الصلاحيّة في السيطرة على كل ما هو كائن على إقليمها من أموالٍ وأشخاص، وهو بالطبع من الحقوق التّقليديَّة المتأصّلة في الأنظمة الدستوريّة والقوانين الدوليّة، ولكنها تصطدم بعدّة جهات فاعلة تعمل على الشابكة " الإنترنت، الأمر الذي يثير عدّة تساؤلات حول المحكمة المختصة بفض النزاعات الناجمة عن هذا النوع من التعاقد. وعلى الرغم من أن هذه المسألة قد ظهرت بدايةً في الشريعة الإسلاميّة، وذلك منذ أمدٍ بعيد، فقد بحث الفقهاء هذه المسألة تحت مسمّى "القاضي المختص"، وقد اختلفوا في تحديد القاضي المختص بالنظر في النزاع المعروض أمامهم عند اختلاف الأطراف المتنازعة في مكان الإقامة، مع اتفاقهم على أنّه إذا كان المدّعي والمدّعى عليه في مدينة واحدة فإن القاضي المختص عندئذٍ هو قاضي المدينة.

غير أن حاجة العصور القديمة إلى هذه المسألة كانت ضيّقة إلى حدٍّ ما إذا ما قورنت بحاجات العصر التكنولوجي الحديث، فقد أدى انتشار العقود الإلكترونيّة إلى إثارة العديد من المشكلات القانونيّة، من أهمّها مسألة تحديد الاختصاص القضائي الدولي في المنازعات الناشئة عنها.

لذا، توجّب على التشريعات الوطنية، إضافةً إلى جهود المجتمع الدولي السعي من أجل توفير البيئة الملائمة لهذا النوع من التعاقد، عبر تحقيق اليقين والتوقّع اللذين يستحيل بدونهما إقامة علاقات تجارية دوليّة تتمتّع بالثقة والاستقرار.

وبناءً على ما تقدّم، فقد انصرف الحديث في هذه الدراسة إلى أحد أهم الموضوعات المرتبطة بالعقد الإلكترونيّ. وعلى وجه الخصوص اللحظة التي ينعقد فيها العقد الإلكترونيّ ومكانه، والأساس الذي يركن إليه في تحديد تلك اللحظة، وفقًا لما أخذ به المشرّع السوريّ مقارنةً ببعض التشريعات الوطنيّة والدوليّة، مع بيان الآثار القانونيّة والأهميّة العمليّة لتحديد تلك المسألة.

- إشكاليَّة البحث:

تتلخّص إشكاليّة البحث في مدى إمكانيّة تطبيق النظريّة التقليديَّة للعقد على العقد الإلكترونيّ، وبعبارةٍ أخرى، مدى فعاليّة الأحكام المطبّقة على العقد في حماية الأطراف المتعاقدة عبر الشابكة "الإنترنت"؟

وتطرح هذه الإشكالية مجموعةً من التساؤلات تتلخّص في الآتي:

- هل يمكن أن تستوعب النظرية العامة للالتزامات التحدّيات القانونيّة المحيطة بالعقود الإلكترونيّة، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلّق بمسألة زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، أم ينبغي إدخال بعض التعديلات عليها بما يتناسب وطبيعة هذا النوع من التعاقد؟.

- هل يمكن تطبيق القواعد العامة في القانون الدولي الخاص على العقد الإلكترونيّ الدوليّ، دون أن يكون هذا التطبيق حجر عثرة أمام القضاء؟.

– هل الحلول المعمول بها لتحديد القانون واجب التطبيق فيها من الكفاءة والمنفعة ما يكفي للاستغناء عن البحث والتقصّي عن أساليب وأنماط جديدة تتكيّف والسياق الرقمي، أم ينبغي ترك تلك المسألة لطرق بديلة (طرق غير قضائيّة) تنسجم والعصر التكنولوجي الحديث، أم أن الوسائل البديلة لفض النزاعات ستشكّل بديلًا رائعًا لفض النزاعات واستبدالها بقضاء الدولة وعدالتها؟.

– ما هو زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه؟.

– أهميَّة البحث:

لا عجب أن تجد هذه المسالة اهتمامًا دوليًّا متزايدًا في الاتفاقيّات الدوليّة والقوانين النموذجية والتوجيهات الأوروبيّة وأيضًا الكثير من التشريعات الوطنيّة. فمسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه على قدرٍ من الأهميّة في المنازعات، لأنها تتعلّق بمدى قبول النظام القانوني للتعاقدات المبرمة عبر الشابكة "الإنترنت" بشكلٍ مهني، وما إذا كان القبول خلالها قد صدر صحيحًا أم لا، خاصّةً وأن التعاقد الإلكترونيّ يغلب عليه طابع التعاقد بين غائبين الذي يصعب معه تحديد زمان القبول. وتظهر أهميّة تحديد لحظة انعقاد العقد بالنظر إلى ما يشترط في ممارسة بعض الدعاوى وسريان بعض المواعيد من وقت تمام العقد، وغير ذلك.

ولتحديد مكان القبول أهميّة كبرى في العقود الإلكترونيّة، فهي تتسم بطابع الدوليّة لمجرّد أن الانعقاد يتم بالوسائط الحديثة كالشابكة "الإنترنت"، وهذه الأخيرة تشكل مكانًا افتراضيًّا، لذلك يثار التساؤل في هذا الصدد حول ما إذا كانت هذه العقود المبرمة عن بعد تنعقد بين حاضرين أم بين غائبين، وذلك من

أجل تحديد المحكمة المختصة للفصل في المنازعات حول العقد، زد على ذلك القانون واجب التطبيق على العقد الإلكترونيّ.

فموضوع البحث ذو غاية من الاهميّة العلميّة والعمليّة، إذ أنه أصبح مدار نقاش على المستوى القانوني وعلى المستوى القضائي، الأمر يتعلّق بالعقد الإلكترونيّ الذي بات واقعًا ملموسًا في حياة الدول المتقدّمة.

وتتمثّل الأهميّة العلميّة القانونيّة للدراسة في أن موضوعها يهدف إلى إيجاد مناخ مناسب للثقة بين المتعاملين في هذا المجال، تشجيعًا لنمو الاقتصاد الوطني في سورية بشكلٍ خاصّ. كما ترمي إلى توعية الساعين لإبرام عقودهم الإلكترونيّة، ومساعدتهم قدر الإمكان في استيعاب العمليات الإلكترونيّة والصعوبات المحيطة بها من كل حددٍ وصوب، فهذه الدراسة تستعرض القضايا القانونيّة التي ينظر إليها على أنها تشكّل عقبات تحدّ من استخدام الشابكة في التجارة الدوليّة، وتركز على بعض الجوانب القانونيّة المرتبطة ببعض المسائل المهمّة.

في حين تظهر الأهميّة العملية للبحث بأن هذه الدراسة تحرص على تقديم بعض الحلول المتاحة لحل المشكلة الناجمة عن هذا النوع من التعاقد، من خلال الإشارة إلى بعض القواعد المستحدثة والتي توصّل إليها الفقه القانونيّ في هذا الصدد، وبيان مدى صلاحيّتها للتطبيق من خلال تبيان أوجه القصور التشريعي التي انتابت النصوص القانونيّة الناظمة لهذه المسألة، ومن ثمّ الخروج ببعض النتائج والتوصيات لمعالجة أوجه القصور قدر الإمكان.

- أهداف البحث:

في الحقيقة، إن التنظيم القانوني يكون على المستوى الوطني، في حين أن العقد الإلكترونيّ بطبيعته هو عقد دوليّ-غالبًا- الأمر الذي يعكس التوتّر الواقع ما بين الوجود الكلي للبيئة الافتراضيّة، وما بين الرغبة الحقيقيّة للدول في ترسيم الحدود من أجل فرض القواعد والممارسات المنسجمة مع فكرة النظام العام. مع هذا التفاوت الوظيفي، تسعى الدولة بكل ما أوتيت من قوّة إلى العثور عن مكانها في سبيل فرض سيادتها على إقليمها.

لذا، فإن هذه الدراسة تهدف إلى تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد الإلكترونيّ، والأساس الذي يُستند إليه في تحديد تلك اللحظة، بما في ذلك النتائج المرتبطة بهذه المسألة، مع تبيان أهم النظريات الحديثة التي تعنى بتحديد مكان انعقاد العقد موضوع البحث، وتسليط الضوء على بعض الحلول المتاحة لتذليل الصعوبات المرتبطة بتحديد تلك المسألة، مع الإشارة إلى القواعد المستحدثة التي توصّل إليها الفقه في هذا الصدد، ومدى صلاحيّتها للتطبيق، من خلال الأحكام الناظمة لقانون المعاملات الإلكترونيّة السوري بشكلٍ أساسيّ، مقارنةً ببعض القوانين العربية والقوانين الدولية الرائدة في المجال.

- الصعوبات التي واجهت البحث:

من أبرز الصعوبات التي واجهت البحث ما يأتي:

1- حداثة البحث القانوني في هذا المجال، وندرة المراجع المُتعلقة بموضوع البحث في المكتبات الوطنية، وعدم تغطيتها للموضوع بالقدر اللازم في التحليل.

2- إن هذه المسألة موضوع الدراسة، تفرض على البحث التطرّق إلى العديد من الفروع القانونيّة إلى جانب القانون المدني.

3- ندرة الأحكام القضائية المتعلقة بموضوع البحث في القضاء العربي، والتي تساعد الباحث في الاهتداء إلى الحل المناسب للمشكلات العمليّة التي خلّفتها المسألة موضوع الدراسة.

- منهج البحث:

تمّ اتباع المنهج التحليليّ من خلال استعراض الاتفاقيّات الدوليّة، والقوانين النموذجيّة، والقوانين الوطنيّة، وجهود المنظمات الدوليّة المتعلّقة بموضوع البحث وتحليل أحكامها. وكذلك المنهج المُقارن من خلال مقارنة القواعد العامّة للعقد في كلٍّ من القانون المدني السوري والمصري والفرنسي، إضافةً إلى تناول كل من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة لعام 1996، وقانون المعاملات الإلكترونيّة السوري رقم (3) لعام 2014، مع تسليط الضوء على ما أتى به التوجيه الأوروبي لحماية المستهلك وبعض التقنينات الأوروبيّة، مثل التقنين الفرنسي وتعديلاته، كما سيتم التطرّق إلى اتفاقيّة الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980، واستعراض جميع الآراء المتعلّقة بأهم القضايا والمسائل المرتبطة بالبحث وتحليلها والمقارنة فيما بينها، وترجيح أحدها أو اتخاذ موقف خاص مع بيان الأسباب والدوافع والمبرّرات التي دفعت الباحث إلى ذلك.

- مُخطَّط البحث:

ترتيبًا على ما تقدّم، فإن موجبات بلوغ هذا البحث أهدافه اقتضت تقسيمه إلى فصلين رئيسين، بحيث يتضمّن الفصل الأول زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ بما فيه النظريات الفقهية الشائعة في هذا المنوال، والنظريّات المتبنّاة منها في كُلٍّ من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري رقم (3) لعام 2014 والتشريعات محلّ المقارنة، والاهميّة العمليّة والنتائج المترتبة على تحديد تلك المسألة. بينما يتضمّن الفصل الثاني الحديث عن مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، مع إلقاء الضوء على أهم النتائج المترتبة على تحديد ذلك المكان. وذلك وفقًا للمنهج اللاتيني الذي يعتمد التقسيم الثنائي، وذلك على النحو الآتي:

الفصل الأوَّل: زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ

المبحث الأوَّل: النَّظريَّات الَّتي عالجت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ.

المطلب الأوَّل: نظريَّة إعلان القبول وتصديره.

المطلب الثَّاني: نظريَّة وصول القبول والعلم به.

المبحث الثَّاني: تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ وَفْقًا للتَّشريعات والآثار المُترتِّبة عليه.

المطلب الأوَّل: موقف التَّشريعات الدَّوليَّة والوطنيَّة حول زمان العقد الإلكترونيّ.

المطلب الثَّاني: الآثار الَّتي تترتَّب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ.

الفصل الثَّاني: مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ

المبحث الأوَّل: النَّظريَّات الَّتي عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ وموقف التشريعات إزاء ذلك.

المطلب الأوَّل: النظريات التي عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ.

المطلب الثَّاني: تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ وفقًا للتشريعات الوضعيّة.

المبحث الثَّاني: الآثار الَّتي تترتَّب على تحديد مكان العقد الإلكترونيّ.

المطلب الأوَّل: الجهة القضائية المختصة بفض نزاعات العقود الإلكترونيّة.

المطلب الثَّاني: القانون واجب التطبيق لفضّ النزاعات الناجمة عن التعاقد الإلكترونيّ.

الفصل الأوَّل

زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ

يعدُّ العقد أهمّ مصادر الالتزام؛ نظرًا لشُيوع استخدامه في التعامل بين أفراد المُجتمع. فالفرد الواحد في اليوم الواحد ربَّما يُبرم عددًا من العقود دون أن يشعر بذلك. إلا أنها في النهاية، تعدُّ عُقودًا تُنشئ الحُقوق وتُرتِّب الالتزامات. فعندما يشتري الفرد قلمًا، فهو بذلك يُبرم عقد بيع؛ وعندما يُفوِّض غيره بأن يشتري له قلمًا، فهو بذلك يُبرم عقد وكالةٍ بالشراء. هذا بالطبع إلى جانب بعض العُقود المُهمَّة التي يُبرمها بين الفينة والأخرى.

وإذا كان الأصل في التعاقُد أنْ يجتمع المُتعاقدان، ويتفاوضا على شُروط التعاقُد، وماهيَّته، ومضمونه، حتَّى يتوصَّلا إلى اتِّفاقٍ تامٍّ حوله، إلا أن ظهور الشابكة "الإنترنت"، والتطوُّر التقنيّ والتكنولوجيّ في استخدام وسائل الاتصال الحديثة قد أتاح للمُستخدمين إمكانيَّة التعاقُد عن بُعد، وذلك دون الالتقاء المادِّيِّ لأطراف العقد. وهذا الأمر قد يُثير بعض الصعوبات العمليَّة الَّتي لا يُمكن تفاديها. لذلك، فقد اتجهت النظم القانونيّة في مُختلف الدول إلى إضفاء شيءٍ من الخُصوصيَّة لهذا النوع من التعاقُد.

هذا، وقد أثارت العُقود الإلكترونيّة الكثير من الإشكالات؛ منها تحديد اللحظة التي تنعقد فيها تلك العُقود، الأمر الذي أثار اختلاف الآراء بين الفُقهاء حول تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ، وظهرت نتيجة ذلك نظريَّات فقهيَّة مُتباينة. ومن ثمَّ، فإن لتحديد زمان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونيّة أهميَّة خاصَّة؛ نظرًا للآثار المُهمَّة التي تترتَّب على تحديد تلك اللحظة.

وعليه، قد يكون أمرًا مُناسبًا لو تطرَّقنا بدايةً للنَّظريَّات التي عالجت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ (المبحث الأول)، للولوج من خلاله إلى المحور الأساسي، ألا وهو الآثار التي تترتب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ، وموقف التشريعات الدولية والوطنية من ذلك (المبحث الثاني).

المبحث الأوَّل

النَّظريَّات الَّتي عالجت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ

تبدأ عملية التعاقد، عندما يطرح أحد الأطراف المتعاقدة على الطرف الآخر عرضًا ما (يسمى إيجابًا)، بالطبع، إذا تضمن هذا العرض الأمور الجوهرية للعقد المراد إبرامه،[1] وللطرف الآخر الموافقة على العرض المقدم كما هو، ومن ثمَّ ينعقد العقد، أما إذا رفض الإيجاب، فإنه يسقط وكأنه لم يكن.

وبمعنى آخر، ينعقد العقد عندما يُقدّم أحد الأطراف المتعاقدة إيجابًا ما، ويوافق عليه الطَّرف الآخر وهو (القابل) دون أدنى زيادة أو نقصان، مما يؤدي إلى إتمام العقد في تلك اللحظة، وهذا ما ذهبت إليه المادة /92/ من القانون المدني السوري، التي نصّت على أنّه: ((يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين)). وبما أن التعاقد هنا يتم بين طرفين حاضرين مكانًا وزمانًا، بحسبان أن الموجب والقابل على اتصال مباشر في مجلس واحد، ممّا لا يُثير اي إشكال حول زمان انعقاد العقد ومكانه؛ فلحظة انعقاد العقد هي

[1] فوّاز صالح، القانون المدني (المصادر الإراديّة للالتزام)، منشورات جامعة دمشق– كلية الحقوق، 2020، ص: 163.

تـاريخ تمامــه وســاعته، أي (لحظــة اقتـران القبـول بالإيجـاب دون إجـراء أي تغيير).[2]

بيد أن التعاقد ليس على صورة واحدة، بل إنه على صورتين اثنتين؛ فعندما يتم البحث عن نقطة اقتران الإيجاب بالقبول، وبعبارة أخرى، تحديد اللحظة الزمانية التي يتصل فيها القبول بالإيجاب، ومن ثمَّ ولادة العقد، ينبغي التفرقة بين ما إذا تمّ الاقتران بين طرفين حاضرين مكانًا وزمانًا (التعاقد بين حاضرين)، أم تمّ بين طرفين لا يجمعهما مجلس واحد (التعاقد بين غائبين).

وفـي الحقيقـة، تظهـر الحاجـة المُلحّـة إلـى تحديـد زمـان انعقـاد العقـد، وبشكل أكبر، في موضوع بحثنا في التعاقد بين غائبين، بحسبان أن هناك فترة زمانية فاصلة ما بين إعلان القبول والعلم به. فهل ينعقد العقد بمجرد صدور القبول، أم بعد إرساله بشكل لا يسمح للقابل بالتراجع عنه، أم أنه لا ينعقد إلا بالعلم الحقيقي به من قبل مقدم العرض (الموجب)؟. وهل تصلح النظريات التقليدية المتعارف عليها في نظرية العقد لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ، أم لا بد من إيجاد نظريات غير تقليدية تتماشى مع الطبيعة الخاصة للعقود التي تبرم عبر الشابكة (الإنترنت)؟

وللإجابة عن هذه التساؤلات، لا بد لنا من استعراض النظريات الهادفة إلى تحديد اللحظة التي يكون فيها العقد قد انعقد، وذلك من خلال: نظرية إعلان القبول وتصديره (المطلب الأول)، ونظرية وصول القبول والعلم به (المطلب الثاني).

---

[2] فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 199.

المطلب الأوَّل

نظرية إعلان القبول وتصديره

هناك أربع نظريات تتحدث عن اللحظة التي ينعقد فيها العقد، إلا أن بعض الفقهاء[3] يرون أن هذه النظريات محصورة فعلًا في نظريتين، هما: نظرية صدور القبول، ونظرية العلم به. أمّا النظريتان المتبقيتان، فعدَّتا مشتقتين من الأولى والثانية.

وفي هذا المطلب ستتم دراسة نظرية إعلان القبول (الفقرة الأولى)، ونظرية تصدير القبول (الفقرة الثانية).

الفقرة (1)- نظرية إعلان القبول:

مُؤدّى هذه النظرية أن التعاقد بين غائبين يتم في اللحظة التي يعلن فيها القابل عن قبوله للإيجاب الموجه إليه دون أدنى حاجة إلى إرساله للموجب أو حتى علمه به. وقد تبنى الفقه الإسلامي،- الفقه الحنفي على وجه الخصوص-، هذه النظرية، مبررًا ذلك بأن العقد تطابق إرادتين، فإذا أعلن القابل قبوله للإيجاب الموجه إليه يولد العقد، ولا أهمية بعد ذلك أن يعلم الموجب أو لا يعلم بالقبول.[4]

وقد أخذ المُشرِّع السوري بهذه النظرية، حيث نصت المادة /98/ من القانون المدني السوري على أنه: ((يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في

---

[3] محسن شفيق، اتفاقيّة الأمم المتحد بشأن البيع الدولي للبضائع- دراسة في قانون التجارة الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، دون سنة نشر، ص: 115.

[4] معن ادعيس، زمان انعقاد العقد في اتفاقية فيينا المتعلقة بعقد البيع الدولي- دراسة مقارنة، فلسطين، ديوان الفتوى والتشريع، 2009، ص: 6.

المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك)). ويعود سبب ذلك إلى كثرة المعاملات في سورية ولبنان، وقانون الموجبات والعقود اللبناني يأخذ بنظرية إعلان القبول في المادة /184/[5]. كما جاء في قرار محكمة النقض السورية بأن التعاقد بين الغائبين يتم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول.[6]

ومن مزايا هذه النظرية، اتفاقها مع طبيعة العلاقات التجارية، وما تتطلبه من شفافية وسرعة في التعامل. فبمجرد أن يعلن القابل قبوله ينعقد العقد دون حاجة إلى إرسال القبول أو اتصاله بعلم الموجب، مما يبعث السكينة والطمأنينة في نفس القابل، فيجري معاملاته مع الغير على هذا الأساس.[7]

غير أنها، في المقابل، لا تصبّ في مصلحة الموجب، بل تجعله في حالة اضطراب؛ لجهله بإرادة الطرف الآخر (القابل)، وفيما إذا كان قد قبل إيجابه أم لا، مما يجعل مسالة تقرير مصير انعقاد العقد في يد القابل. إذ يستطيع هذا الأخير العدول عن القبول أو سحبه متى أراد، ما دام لم يتصل بعلم الموجب، وهذا من شأنه زعزعة استقرار المعاملات.[8]

---

[5] محمد وحيد سوار، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة بالفقه العربي، الطبعة الثانية، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979، بند رقم: 84.

[6] نقض سوري، الغرفة المدنية، قرار (105)، تاريخ 1964/3/30، مجلة القانون لعام 1964، ص: 394. أشار إلى ذلك: فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 202.

[7] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكترونيّ– دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006، ص: 296.

[8] نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري تيري وزو– كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012، ص: 169.

ومن ناحية أخرى، قد أبدى بعض الفقهاء[9] اعتراضًا عمليًّا، مفاده أن هذه النظرية، وإن كان لها فائدة من الناحية النظرية، بحسبان أن لحظة الإعلان هي عين اللحظة التي يقترن فيها الإيجاب بالقبول، غير أنها من الوجهة العملية قد لا تتفق في جميع الاحوال مع الواقع. فليس من الضرورة بمكان أن تتطابق الإرادتان بمجرد أن يعلن القابل قبوله للإيجاب الموجه إليه، فقد يكون الموجب،- على سبيل المثال-، قد عدل عن إيجابه، ولم يصل هذا العدول للطرف الآخر إلا بعد إعلان قبوله. وبعبارةٍ أخرى، إن هذه النظرية ربما تتجاهل إرادة الموجب، فمن حق هذا الأخير أن يرجع عن إيجابه طالما أنه لم يقترن بقبول، إلا إذا كان إيجابه محددًا بمدة زمانية، فعندئذ لا يستطيع العدول إلا إذا انقضت هذه المدة.[10]

غير أن قسمًا آخر من الفقهاء[11] قد قلل من أهمية النقد السالف الذكر قائلًا: "إن النقد الموجه لهذه النظرية، وعلى الرغم من وجاهته ومحاولته الانطلاق من منطق الإنصاف، باعتبار أن هذه النظرية توفر الطمأنينة للقابل على حساب الموجب، إلا أن هذا المنطق في النقد يقلل من أهميته بأكثر من جهة. فمن جهة أولى، على الموجب أن ينتظر وصول القبول إليه في جميع الأحوال، والقول إن انعقاد العقد بصدور القبول فيه ظلم للموجب ليس ذي قيمة، فالموجب أمام خيارين، إما أن يحدد مدة لإيجابه ومن ثمَّ يتعين على

---

[9] رامي صالح الوريكات، التعاقد الإلكترونيّ عبر الهاتف الخلوي- دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الأردن، جامعة الشرق الأوسط- كلية الحقوق، 2013، ص: 84.

[10] المرجع السابق، ص: 84.

[11] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 7.

القابل قبوله خلالها، وإما أن لا يحدد مدة، ومن ثمَّ يتعين على القابل أن يصدر قبوله خلال مدة معقولة (وهي المدة اللازمة لتمكين القابل من القبول)، وهنا يجب على الموجب أن ينتظر حلول تلك المدة في جميع الأحوال؛ وبناءً على ذلك، ليس من المنطق القول إن الأخذ بهذه النظرية من شأنه أن يجعل الموجب تحت رحمة القابل. ومن جهة أخرى، حتى وإن كان الموجب يرغب في العدول عن إيجابه فهناك وسائل اتصال تمكنه من إيصال تراجعه قبل وصول الإيجاب نفسه".[12]

وعليه، بموجب نظرية الإعلان ينعقد العقد الإلكترونيّ منذ اللحظة التي يعلن فيها القابل قبوله للعرض الموجه إليه، وتختلف هذه اللحظة باختلاف صور التعاقد الإلكترونيّ، فهي اللحظة التي ينتهي فيها القابل من تحرير الرسالة الإلكترونيّة التي تعبر عن قبوله دون تصديرها إذا كان التعاقد عن طريق البريد الإلكترونيّ.

ويرى أحد الشرَّاح أنه يمكن إعلان القبول عن طريق إقدام القابل على النقر على الخانة المخصصة لذلك على الشاشة، حيث تظهر كلمة "موافق"، على أن القابل هنا قد لا يضغط على المفتاح الخارجي بالإرسال إنما بالضغط على مفتاح التوقف الموجود في أعلى صفحة البريد الإلكترونيّ، حيث أن القبول لن يخرج في هذه الحالة عن سلطة القابل، وسيبقى ذلك في مرحلة

[12] معن ادعيس، المرجع السابق ، ص: 7.

إعـلان القبـول.[13] أمّـا إذا كـان التعاقُـد عـن طريـق الموقـع الإلكترونـيّ فيكفـي لانعقاد العقد الضغط على أيقونة القبول.[14]

ومن الملاحظ أن الأخذ بهذه النظرية لن يؤدي إلا إلى زيادة وتعقيد المشكلات الخاصة بإثبات التعاقد عبر الشابكة (الإنترنت)، والتي تعد من أكثر المشكلات الناجمة عن استخدام الشابكة في إتمام العقود، فغالبًا ما ينكر القابل قبوله تاركًا الموجب تحت رحمته وسلطانه؛ فإن شاء أعلن قبوله، وإن شاء أنكر ذلـك؛ ممـا يزعـزع اسـتقرار التعامـل التجـاري، فـالقبول سـيتواجد حصـرًا لـدى الحاسوب الخاص بالقابل، ومن ثمّ سيتعذر على الطرف الآخر إثباته.[15]

وعليـه، يتضـح ممـا سـبق بـأنّ هـذه النظريـة لا تتناسـب البتّـة مـع المعاملات الإلكترونيّة، سيما إذا كان الإيجاب موجّهًا إلى الجمهور ومن ثمَّ لن يكـون باسـتطاعة الموجـب بهـذه الحالـة اسـتنتاج عـدد الأشـخاص الـذين قبلـوا الإيجـاب الموجـه إلـيهم، إضـافة إلـى أن الموجـب قـد يجـد نفسـه أمـام آلاف الدعاوى القضائية المقامة ضده لمطالبته بتنفيذ عقودٍ هو ذاته لا يعلم بأنها قد أُبرمـت معـه، علمًـا أنـه لا يوجـد بـين التشـريعات المُنظّمـة للتعاقـد الإلكترونـيّ تشريعًا يأخذ بها.[16]

---

[13] إبـراهيم أبـو الهيجـاء، القـانون الواجـب التطبيـق علـى عقـود التجـارة الإلكترونيّـة، أطروحـة دكتـوراه– حقـوق القاهرة، 2004، ص: 56. أشار إليه: بلقاسم حامدي، إبرام العقد الإلكترونـيّ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية– جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015، ص: 101.

[14] المرجع السابق، ص: 101.

[15] المرجع السابق، ص: 101.

[16] لما سلهب، مجلس العقد الإلكترونـيّ، رسالة ماجستير، فلسطين– نابلس، جامعة النجاح الوطنية، 2008، ص: 125.

وبناءً على ما سبق بيانه، يمكن القول إنه وإن كان باستطاعتنا الإلمام بجميع التشريعات في جميع أرجاء العالم، إلا أنه قد تبين لنا خلال هذه الدراسة المتواضعة التي تم إجراؤها أن جُلّ التشريعات الوطنية والدولية كانت قد استبعدت نظرية إعلان القبول لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ، كما أنه يمكن تصور هذه النظرية في حالة التعاقد عن طريق التفاعل المباشر (الدردشة) بالصوت والصورة، وذلك إذا لم يكن ثمّة خللٌ ما يتخلل هذه العملية التعاقدية. فالتعاقد في هذه الحالة هو تعاقُد بين حاضرين، وفي التعاقد بين حاضرين لا تثار مشكلة زمان انعقاد العقد.

الفقرة (2)- نظرية تصدير القبول:

يتفق أنصار هذه النظرية مع أنصار النظرية السالفة الذكر بالاكتفاء بإعلان القبول لانعقاد العقد، إلا أنهم يحاولون تفادي النقد الموجه للنظريّة السابقة باشتراط أن يكون القبول نهائيًا لا رجعة فيه مع حصول واقعة مادية هي تصدير القبول. ويتم ذلك إذا كان من صدر منه القبول قد بعث فعلًا بقبوله إلى الموجب، بحيث لا يملك استرداده، كأن يلقيه في صندوق البريد أو بإخبار الرسول به أو الموظف المختص بإرساله.

وقد جاءت هذه النظرية لتجنب الانتقاد الموجه لنظرية الإعلان. وما دام يخشى من الاخذ بنظرية إعلان القبول، ألَّا يُستطاع إثبات صدور القبول، وتعيين وقت صدوره، فإن الحل هو الاعتماد على الزمان الذي يثبت فيه

تصدير القبول بصفة قاطعة، كإرسال القبول بالبريد الذي يمكن إثباته من خلال إيصال البريد وختمه.[17]

أوَّلًا- حجج أنصار هذه النظريّة:

تذرَّع أنصار هذه النظرية بعدّة حجج منها:

1- نظرية التصدير هي الأقرب للعدالة كونها توفر السرعة في إتمام العقد ضمانًا لاستقرار المعاملات، لا سيّما وأن تأخير إتمام العقد غلى أن يصل إلى علم الموجب ربما يولد الضرر لأحد أطراف العلاقة العقدية، إذ قد يطرأ على الأسعار تغيير خطير في تلك الفترة.[18]

2- نظرية التصدير من شأنها أن تقود إلى التخلص من بعض الظروف الخارجة عن إرادة كلٍّ من أطراف التعاقد، والتي من شأنها أن تودي بحياة العقد، كوفاة الموجب أو فقدانه لأهليّته. فإذا ما تمّ الأخذ بهذه النظرية فإن العقد سينعقد لحظة تصدير القبول، أما إذا ما تمّ الأخذ بنظرية العلم بالقبول فإن العقد لا يتم إذا أصدر القابل قبوله، ومن ثم توفي الموجب قبل أن يصل القبول إلى علمه، مما سيلحق بالقابل ضرر عدم إبرام العقد، على الرغم من وضوح إرادة القابل بإرسال قبوله.[19]

---

[17] بشار طلال المومني، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت- دراسة مقارنة، جامعة اربد الأهلية، عالم الكتب الحديث، 2004، ص: 74.

[18] محمد صديق عبد الله، مجلس العقد- الموقف التشريعي والفقهي في تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه في مجلس العقد الحكمي، ص: 125- 146، منشور على الموقع الإلكترونيّ:
https://almerja.com/reading.php?idm=48835 (تاريخ الزيارة: 2021/2/14)

[19] محمد صديق عبد الله، المرجع السابق، ص: 146.

ثانيًا- الانتقادات الموجّهة إلى هذه النظريّة:

على الرغم من الإضافة التي جاءت بها هذه النظرية، إلا أنها لا تخلو من بعض الانتقادات، ومنها:

1- إن تصدير القبول لا يحول دون استرداده[20] من الناحية العملية. وبذلك، فإن هذه النظرية وإن حاولت التغلب على إشكالية إثبات الموجب وجود القبول، فإنها لم تتغلب على إشكالية استرداد القابل لقبوله، أو الإعلان عن عدوله عن القبول قبل وصوله إلى الموجب، فقد يُسرع القابل إلى إبلاغ الموجب بالرجوع عن قبوله، وذلك قبل وصول القبول إليه، فلا ينعقد العقد في ذلك الحين رغم تصدير القبول.[21]

2- ومن العيوب الجليّة لهذه النظرية، هو أنه على الموجب أن يتحمل مخاطر رسالة القبول في حال تأخّرها أو فقدانها. وتجسيدًا لما تقدّم، ثمّة قضية متعلقة بشركة التأمين ضد غرانت، وفيها تقدم الموجب (المدعى عليه) بشراء أسهم من شركة القابل (المدعي)، ومن ثم أقدم سكرتير الشركة على كتابة رسالة تخصيص لمصلحة المدعى عليه، وأرسلها إليه عن طريق البريد الإلكترونيّ؛ إلا أن مضمونها لم يصل إلى الموجب (المدعى عليه). وقد أفلست الشركة بسبب عدم شراء الموجب للأسهم، إلا أن الموجب قد أنكر مسؤوليته لدفع ثمن الأسهم، مُتذرّعًا بأن رسالة القبول لم تصل إليه ولم يعلم

---

[20] إن بعض الدول تسمح أنظمتها باسترداد الرسالة، ما دامت لم تصل إلى المرسل إليه، حيث نصت المادة (15) من قانون البريد العراقي رقم /97/ لعام 1973 على أنه: ((للمرسل أن يطلب استرداد مادة بريدية ما لم تصل إلى المرسل إليه)). وعلى عكس ذلك ذهب القضاء الإنكليزي إلى أن مجرد وضع الرسالة في صندوق البريد تصبح محجوزة لصالح المرسل إليه. انظر: نور الدين مرزوق، المرجع السابق، ص: 170.

[21] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص: 103.

بها، ومع ذلك، فإن محكمة الاستئناف البريطانية قررت أن العقد قد تم لحظة تصدير رسالة القبول.[22]

هذا فيما يتعلق بنظرية تصدير القبول. ولكن السؤال الذي يتبادر إلى الذهن، ما مدى انطباقها على العقد الإلكترونيّ؟ فهل تصلح هذه النظرية لاعتمادها في التعاقد الإلكترونيّ؟

في الحقيقة، تختلف طريقة تصدير القبول باختلاف صور التعاقد الإلكترونيّ:

ـ **التعاقد عبر البريد الإلكترونيّ:** وهنا ينعقد العقد في لحظة خروج الرسالة الإلكترونيّة المتضمنة للقبول، وولوجها في سيطرة مقدم الخدمة. كما أنه لا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكترونيّ الموجود في موقع الموجب على الشابكة.[23]

ـ **التعاقد عبر الموقع الإلكترونيّ:** تكون طريقة القبول هنا بإرسال القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الموجب، وذلك عن طريق الضغط الذي يقوم به القابل على خانة القبول بوساطة المؤشر المتحرك في الحاسوب.[24]

ـ **التفاعل المباشر:** ينعقد العقد الإلكترونيّ لحظة إرسال القابل رسالة نصية تتضمن القبول إلى الطرف الآخر في خدمة غرفة المحادثة. ولا بد من الإشارة

---

[22] أشار إلى ذلك: محمد صديق عبد الله، المرجع السابق، (2009)، ص: 125،146

[23] زينب بوطالبي، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكترونيّ، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2014، ص: 55.

[24] المرجع السابق، ص: 105

في هذا الصدد إلى أن بعض الشرَّاح[25] يرى أن انعقاد العقد في هذه الصورة ليس لحظة تصدير القبول، وإنما لحظة إعلان القبول أو لحظة تسلّمه، وفي الواقع لا يتصور أن يتم تصدير القبول دون تسلمه في تقنية الشابكة، وإن حدث ولم يُسلَّم، فذلك يعود إلى سبب تقني، وإذا توافر هذا السبب التقني الذي حال دون إرسال الرسالة، فهذا يعني أن الإرسال لم يتم، وعلى ذلك ستبقى الرسالة الإلكترونيّة التي تعبر عن القبول حبيسة جهاز الحاسوب الخاص بالقابل. ونبقى حينها في نطاق إعلان القبول دون تصديره، وليس في نطاق إرساله دون تسلُّمه، فإذا ما أرسل القبول فإنه يُستلم على الفور، ولا وجود للفاصل الزماني بين إرسال القبول ووصوله.

وبناءً على ذلك، إذا تم إرسال القبول دون وجود أي سبب فني يمنع الإرسال، فلا وجود للحظة تصدير؛ لأنها هي ذاتها لحظة الاستلام، فالتصرفات الإلكترونيّة تصرفات عن بعد، قد تكون فورية، عندما لا يكون هناك فاصل زماني بين صدور القبول وعلم الموجب به، كما في حالة التفاعل المباشر. إذًا، فهذا الأمر يتوقّف على طريقة التعاقد.

وعلى خلاف ذلك، يرى آخرون بأنه ثمَّة هناك لحظتين، لحظة تصدير القبول ولحظة استلامه، فمن الممكن نجاح إرسال الرسالة الإلكترونيّة دون أي عطل فني، ورغم ذلك قد لا تصل إلى المرسل إليه، ولا تبقى حبيسة جهاز الحاسوب الخاص بالمرسل، كأن يرفض نظام المعلومات الخاص بالطرف الآخر استلامها لعدم وجود حيّز كافٍ لتخزينها على ذلك النظام أو لاحتوائها

[25] زياد خليف شداخ العنزي، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونيّة من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2010، ص: 136- 137.

على برامج مفيرسة أو بسبب تلفها أو لأي سبب آخر، وعندئذٍ نكون أمام لحظة إرسال القبول دون تسلُّمه.[26]

وفي الحقيقة، إن الرأي القائل إنه ثمّة هناك لحظة تصدير القبول في البيئة الإلكترونيّة، ولكن وجود هذه النظرية لا يعني تسلُّم القبول حتمًا، لوجود احتمال دائم لحدوث خللٍ ما في جهاز الموجب أو لدى مقدّم الخدمة أو ربمّا انقطاع البثّ على الشابكة، مما يؤدي إلى مساءلة الموجب عن عدم وفائه بالتزام عقدي لا علم له به أساسًا.[27]

وفي جميع الأحوال لا يمكن الأخذ بهذه النظرية لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ، فهي تؤدي إلى نتائج غير منطقية، فيما لو أرسلت رسالة القبول ولكنها لم تصل إلى الموجب لسببٍ أجنبي لا يد للموجب فيه ، حيث يفترض هنا وفقًا لهذه النظرية بأن العقد قد انعقد، في حين أن الموجب لا علم له أصلًا بذلك، لا بل قد يتصرف بمحل العقد إلى شخصٍ آخر.

المطلب الثَّاني

نظرية وصول القبول والعلم به

يبدو أن التعاقد الإلكترونيّ قد أعاد من جديد لمسألة تحديد زمان انعقاد العقد أهميتها في نظرية العقد، وخصوصًا أن هذا التعاقد يتم غالبًا بين أفرادٍ ينتمون إلى دول مختلفة. وعلى الرغم من أن الوسط الذي تتم من خلاله هذه

---

[26] أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مجلد 1، 2000، 92- 93.

[27] محمد فواز محمد المطالقة، الوجير في عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص: 71.

العقود قد تغيّر، إلا أن الإشكاليات التقليدية تظهر من جديد عند تكوّن العقد الإلكترونيّ.

وقد تبين بعد دراسة المطلب الأول، والذي تضمن (نظرية إعلان القبول وتصديره) أنها لا تتلاءم مع الطبيعة الخاصة التي تتمتع بها العقود الإلكترونيّة، لذا، قد يكون من المفيد لو تناولنا في هذا المطلب الحديث عن (نظرية وصول القبول والعلم به).

فما هو المقصود بنظرية وصول القبول، وما الفارق بينها وبين نظرية العلم بالقبول، وما مدى ملاءمتها للتعاقد الإلكترونيّ؟ وهذا ما سيتم بحثه بشيء من التفصيل في هذا المطلب من خلال: (الفقرة الأولى) نظرية استلام القبول، (والفقرة الثانية) نظرية العلم بالقبول.

الفقرة (1)- نظرية استلام القبول:

بموجب هذه النظرية، يتم العقد بمجرّد وصول رسالة القبول إلى الموجب، حتى لو لم يطّلع هذا الأخير على مضمونها، فهي لا تعدو أن تكون واقعة مادية لا يوجد لها قيمة قانونية. فالعبرة بعلم المرسل إليه بقبول المُرسِل.[28]

هذا، وقد حدّدت المادة (24) من اتفاقية الأمم المتحدة لبيع البضائع الدولي المقصود بوصول القبول إلى الموجب بنصِّها: ((إن هذا الإعلان يُعدّ قد وصل إلى الموجب إذا بُلّغ إليه شفويًّا أو سُلِّم إليه بأيّ وسيلة للاتصال شخصيًّا

[28] عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دون سنة نشر، ص: 224.

أو في منشأته أو في عنوانه البريدي أو في محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له منشأة أو عنوان بريدي)).

أوَّلًا- مبررات هذه النظريّة:

ومن أهم المبررات التي استندت إليها هذه النظرية الآتي:

1- إن وصول الرسالة التي تعبر عن القبول إلى الموجب يعدّ قرينةً على العلم بمضمونها.

2- إن وصول الرسالة التي تعبر عن القبول إلى الموجب تجعل منها نهائية، إذ تنفي إمكانية استردادها بعد ذلك.

3- إن التسليم بهذه النظرية يؤدي لتوزيع المخاطر بين طرفي العقد على نحوٍ يحقّق العدالة؛ فالقابل يتحمّل تبعة تأخُّر وصول القبول للموجب، كما يتحمّل هذا الأخير مخاطر عدم الاطّلاع على مضمون الرسالة الإلكترونيّة رغم استلامه لها.[29]

ثانيًا- نقد هذه النظريّة:

في الحقيقة، إن هذه النظرية،- شأنها شأن النظرية السابقة-، لم تسلمْ من النقد الموجه إليها. ذلك أنّ اشتراط وصول القبول لعدّه قرينة على العلم به، فإن تلك القرينة غير قاطعة، وقابلة لإثبات العكس. وقد أشار بعضهم[30] إلى أن الانتقادات الموجهة إلى هذه النظرية لا ترد فيما لو استخدمت في بيئة

[29] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 173- 174.

[30] إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونيّة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003، ص: 118.

إلكترونيـة، خاصـة وأن أغلـب المواقـع التجاريـة علـى الشـابكة، والتـي توجّـه عروضـها إلـى الجمهـور وتنتظـر الـردّ عبـر رسـائل البريـد الإلكترونـيّ أو عبـر الضغط على خانات القبول في نماذج العقود المطروحة على مواقعها، تستخدم التعاقد عن طريق البرامج الإلكترونيّة، والتي تكون مبرمجة للتعامل مع هذه الرسائل، ومعالجتها وتجهيز الطلبيات، ويكون الدور البشري هو توجيه وإشراف على عمل تلك الوسائط، ومن ثمَّ، فإن وصول رسائل إلكترونية إلى صندوق البريد يؤدي إلى الاطلاع عليها مباشرة من قبل الوسائط الإلكترونيّة والعلم بمضمونها، ويكون وصول رسالة القبول متزامنًا مع العلم بها. أمّا إذا كان مرسل الإيجاب شخصًا لا يستخدم برامج إلكترونيّة خاصّة، ولا يملك وسائط مؤتمتة، ومن ثم لا يمكن القول إن هذا الشخص قد علم بالقبول لحظة وصوله فعلًا. بل يفترض به أن يطّلع على مضمونها إذا كان جادًّا في التعاقد، وأن العقد ينعقد ويرتب آثاره في لحظة وصول رسائل القبول التي تظهر بعد فترة وجيزة على شاشة الحاسوب والتي تقول: "لقد تم إرسال الرسالة بنجاح إلى العنوان...".[31]

إضافةً إلى ما سبق، فإن هذه النظرية لا تتجاهل إرادة كل من المرسل والمرسل إليه، فالموجب بإمكانه أن يعلم بإبرامه عقد مع طرفٍ ما بمجرّد استلامه للرسالة الإلكترونيّة، ويرتب أموره على هذا الأساس، والقابل يعلم بأن رسالة القبول التي وجهها قد وصلت إلى الموجب؛ لأن مقدم الخدمة الذي يتعامل معه سيؤكد له ذلك، فيعد الضغط على الأيقونة المخصصة للإرسال

[31] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص: 106- 107.

تظهر بعد فترة وجيزة على شاشة الحاسوب رسالة تتضمن عبارة "لقد تم إرسال الرسالة بنجاح"، وعندها يتأكد القابل من وصول رسالته، وأن العقد قد انعقد ورتّب آثاره من هذه اللحظة. غير أن ذلك ليس قطعيًّا، ففي بعض الأحيان، وعلى الرغم من ظهور رسالة التأكيد من الموجب، والتي تفيد إرسال الرسالة بنجاح، فإن مقدم الخدمة يعود بعد فترة زمانية، قد تطول أو تقصر، ليرسل إلى القابل ويعلمه بتعذر إيصال بريده الإلكترونيّ إلى العنوان الإلكترونيّ الذي أرسل إليه الرسالة، ومن ثمَّ، لو افترضنا أن القابل كان قد أغلق جهازه الخاص، وانتقل إلى موقع آخَر، فإنه لن يعلم بأن عملية الإرسال قد فشلت، إلا بعد أن يعود ويفحص البريد الإلكترونيّ الوارد الخاص بحسابه.[32]

وعليه، فإن قيام هذه النظرية على أساس أن استلام البريد الإلكترونيّ يُعدّ نهائيًّا، لانتفاء القدرة على استرداده بعد دخوله إلى صندوق الموجب، فإن هذه الفرضية قد سقطت ما دام القابل يستطيع استرداد الرسالة من صندوق البريد الإلكترونيّ للموجب قبل أن يطّلع عليها، وذلك باستخدام برنامج (Microsoft Outlook). إضافةً إلى ذلك، وبما أن العقد الإلكترونيّ وفقًا لهذه النظرية ينعقد بمجرّد دخول الرسالة الإلكترونيّة التي تحمل القبول إلى صندوق الوارد الخاص بالموجب، فإن هذا الأمر يُلغي أي إمكانية لعدول القابل عن قبوله، سواءً عن طريق المكالمة الهاتفية أو أي وسيلةٍ من وسائل الاتصال

[32] لما سلهب، المرجع السابق، ص: 127.

الفوري الأخرى؛ لأن العقد يكون قد انعقد بمجرد دخول الرسالة الإلكترونيّة إلى صندوق الموجب، وترتبت آثاره القانونيّة.[33]

الفقرة (2)- نظرية العلم بالقبول:

يتم التعاقد وفقًا لهذه النظرية من اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول الصادر عن الجهة الموجّه إليها الإيجاب. حيث يرى أنصار هذه النظرية أن الإيجاب تعبير إرادي يُقصد به إثارة الطرف الآخر للتعاقد. لذا، من حقّ الموجب أن يعلم بردّة فعل الطرف الآخر بقبوله، لا سيّما وأن الإرادة لا تنتج أثرها إلا إذا وصلت إلى علم مَنْ وُجِهَّت إليه، فعندها يكون هناك توافق بين الإرادتين من الناحية القانونية.[34]

وعلى الرغم من أن هذه النظرية تقوم على أسس ثابتة، إذ يمتنع على الموجب العدول عن إيجابه من وقت اقتران القبول بالإيجاب من جهة، كما يمتنع على القابل التصرف بمحل العقد إلى حين التأكّد من أن قبوله هذا قد وصل إلى علم الموجب، قبل أن يعدل هذا الأخير عن إيجابه من جهةٍ أخرى.[35]

غير أن الأخذ بهذه النظريّة بشكلٍ مطلق يجعل القابل تحت رحمة الموجب؛ فعلم الموجب بالقبول أمرٌ شخصيّ قد يصعب على الطرف الآخر

---

[33] لما سلهب، المرجع السابق، ص: 127-128.

[34] المرجع السابق، ص: 128.

[35] بشار طلال المومني، المرجع السابق، ص: 73.

إثباته، وقد يدّعي الموجب بالمقابل بأنه لم يعلم بالقبول على الاطلاق، وهذا من شأنه عرقلة التجارة والبطء في السير بإجراءات التعاقد.[36]

هذا، وقد تختلف لحظة العلم بالقبول في مجال التعاقد الإلكترونيّ، ومن ثمَّ انعقاد العقد، وذلك باختلاف طريقة التعاقد عبر الشابكة وفق الآتي:

ـ بالنسبة إلى التعاقد عبر البريد الإلكترونيّ: فإن لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ هي لحظة علم الموجب بالقبول، وتتجسد هذه اللحظة بالوقت الذي يقوم فيه الموجب بالدخول إلى صندوق بريده الخاص، وفتح الرسالة والاطلاع على مضمونها، وفي هذه الصورة باستطاعة القابل تفادي النقد الموجّه إلى نظرية العلم بالقبول في مجال التعاقد التقليدي، ومن ثمَّ لن يكون القابل تحت رحمة الموجب في مجال التعاقد الإلكترونيّ. حيث أن تطوّر البرمجيات المستمر أتاح إمكانية معرفة ما إذا كان البريد الإلكترونيّ الذي أرسل لشخصٍ ما قد تم العلم به، حيث أن برنامج آوت لوك يوفِّر هذه الميزة بحيث يُظهرُ لدى مرسل البريد تقريرًا في اللحظة التي يطَّلع فيها الطرف الذي استلم البريد على الرسالة، كما يوضّح هذا التقرير الساعة والتاريخ، الذي تم فيه فتح الرسالة، وبذلك يسهل إثبات علم الموجب بالقبول.[37]

---

[36] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص: 116.

[37] لما سلهب، المرجع السابق، ص: 128.

المبحث الثاني

زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ وفقًا للتشريعات الوضعية والآثار المترتبة عليها.

رغبةً في مواجهة المخاطر التي يتعرض لها التعاقد الإلكترونيّ، كان على الاتحاد الأوروبي التدخل لوضع إطار تشريعي موحد للتعاقد بشكل عامّ، ومسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ بشكلٍ خاصّ، ومنذ ذلك الحين، تضاعفت المبادرات التشريعية على نطاقٍ واسع (المطلب الاوَّل).

هذا أمرٌ على غايةٍ من الأهمية ليس بشأن تحديد لحظة انعقاد العقد فحسب، بل لتحديد الآثار القانونيَّة المتوقفة على تلك اللحظة (المطلب الثاني).

المطلب الأوَّل

موقف التشريعات الدولية والوطنية حول زمان العقد الإلكترونيّ

سأحاول في هذا المطلب تسليط الضوء على الاتفاقيات الدولية، والقوانين النموذجية، والقوانين الوطنية ومقارنة القواعد العامة للعقد في كل من القانون المدني السوري والمصري والفرنسي؛ إضافةً إلى اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980 م، وقانون المعاملات الإلكترونيّة السوري رقم (3) لعام 2014 م، مع بيان ما أتى به التوجيه الأوروبي رقم (31) لعام 2000 م بشأن التجارة الإلكترونيّة، وذلك من خلال الفقرتين الآتيتين:

الفقرة (1)- موقف التشريعات الدولية:

تباينت الاتفاقيات الدولية في تحديد زمان العقد الإلكترونيّ، فبعضها اعتمدت على إحدى النظريات التقليدية كما هي (اتفاقية فيينا)، وأخرى كانت قد أدخلت بعض التعديلات عليها تماشيًا مع الطبيعة الخاصة التي يتمتع بها هذا النوع من التعاقد (كالتوجيه الأوروبي رقم /31/ لعام 2000 م بشأن التجارة الإلكترونيّة).

أولًا- موقف الاتفاقيات الأوروبية:

1- الاتفاقيّة الأوروبيّة النموذجيّة للتبادل الإلكترونيّ للبيانات:[38] اعتمدت هذه الاتفاقية على نظرية الوصول في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ بقولها: ((يعد العقد الذي تم باستخدام التبادل الإلكترونيّ للبيانات مبرمًا في الوقت والمكان الذي تصل فيهما الرسائل التي تشكل قبولًا لعرض بواسطة التبادل الإلكترونيّ للبيانات غلى نظام كمبيوتر مقدّم العرض)).[39] وقد وافقه في هذا العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات بدلالة المادة (3) منه، إذ جاء فيها أنّه:

---

[38] تعد الاتفاقية الأوروبية النموذجية للتبادل الإلكترونيّ للبيانات من النماذج العقدية، التي تعد من المصادر المهمة التي يقوم عليه بناء القانون الموضوعي الإلكترونيّ الدولي للمعاملات التي تتم عبر الشابكة "الإنترنت"، ويقصد بالعقود النموذجية تلك التي تبرم بين الموردين والمستخدمين سواء أكانوا مهنيين أم مستهلكين. انظر: أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونيّة وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري الإلكترونيّ، المكتب الجامعي الحديث، 2009، ص: 196.

[39] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 177.

((تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكترونيّ للبيانات في اللحظة والمكان اللذيْن تستقبل فيهما الرسالة الإلكترونيّة الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي للموجب)).[40]

2- اتفاقية التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية الأوروبية لعام :1995[41] وقد أخذت هذه الاتفاقية أيضًا بنظرية استلام القبول من خلال ما تضمنته المادة (3/4) منها، إذ جاء فيها أنّه: ((يعتبر العقد المُنشأ باستخدام التبادل الإلكترونيّ للبيانات متى استُلِمَت الرسالة المُرسلة كقبول لعرض وفقًا للمادة 1/3 من الاتفاق)).[42]

3- التوجيه الأوروبي رقم (31) لعام 2000 م بشأن التجارة الإلكترونيّة: اعتمد هذا التوجيه على نظرية تأكيد وصول القبول، لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ، وذلك في المادة الخامسة منه، والتي نصّت على أنه: ((يعد العقد قد أُبرم في اللحظة التي يتسلّم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارًا إلكترونيًّا مُؤكّد من القابل بقبوله، وقد حدّد وقت استلام القبول في اللحظة التي يمكن للموجب خلالها من الدخول للبريد الإلكترونيّ)).[43]

وبناءً على ما تقدم، فإن التوجيه الأوروبي لم يكتفِ بانعقاد العقد بلحظة استلام القبول، بل لا بُدَّ من تأكيد من مُقدِّم خدمة الشابكة "الإنترنت" مُرسَل من القابل بصيغة القبول.

---

[40] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 178.

[41] أعدت هذه الاتفاقية بغرض الاستعمال التجاري الدولي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات عام 1995م. انظر: أمير فرج يوسف، المرجع السابق، ص: 196.

[42] المرجع السابق، ص: 178.

[43] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 113- 114.

ثانيًا– موقف اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع:

جاءت هذه الاتفاقية خالية من أي نص يتعلق بالعقود التي تبرم عبر الشابكة "الإنترنت"، فهي تُعنى بتنظيم عقود البيع الدولي للبضائع، بغض النظر عن الوسيلة التي أُبرمت فيها، وذلك بدلالة المادّة (11) منها، حيث نصت على أنّه: ((لا يُشترط أن يتم انعقاد عقد البيع أو إثباته كتابة ولا يخضع لأي شروط شكليّة...)). وعليه، فإن أحكامها تنطبق على العقود التقليدية والعقود الإلكترونيّة على حدٍّ سواء.[44]

هذا وقد حددت المادة (2/18) من هذه الاتفاقية لحظة التقاء الإرادتَيْن، ومن ثمَّ انعقاد العقد، بنصها: ((يُحدِث قبول الإيجاب أثره من اللحظة التي يصل فيها إلى الموجب إعلان يفيد الموافقة على إيجابه)). بشرط أن يكون وصول الإعلان إلى الموجب خلال المدة التي اشترطها أو خلال مدة معقولة في حالة عدم وجود مثل هذا الشرط.[45]

يُستنتج من خلال ما تقدم، أن اتفاقية فيينا تعتمد بشكل مباشر على لحظة استلام القبول، لتحديد لحظة انعقاد العقد، حيث نصت المادة (23) منها على أن العقد ينعقد في اللحظة التي يُحدِث فيها قبول الإيجاب أثره، وهو انعقاد العقد، وفقًا لأحكام هذه الاتفاقية، وهو ما يتحقق وفقًا لنص المادة (2/18) المذكورة أعلاه.

---

[44] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 111.

[45] سلطان عبد الله محمود الجواري، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون واجب التطبيق– دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010، ص: 81.

وفيما يتعلق بوصول إعلان القبول إلى الموجب، فقد حددته المادة (24) منها بقولها: ((إن هذا الإعلان يُعدّ قد وصل إلى الموجب إذا أُبلغ به شفويًّا، أو سُلِّم إليه باي وسيلة للاتصال شخصيًّا أو في مُنشأته أو في عنوانه البريدي أو في محل إقامته المعتادة إذا لم يكن له مُنشأة أو عنوان بريدي)).

وعلى ذلك، فإن عقد البيع الدولي للبضائع ينعقد إذا جرى التعاقد عن بعد وفقًا لاتفاقية فيينا عند وصول رسالة القبول إلى الموجب، سواءٌ تسلَّمها شخصيًّا أو أُرسلت في مُنشأته أو في عنوانه البريدي، وسواءٌ علم الموجب بمضمون قبوله أو لم يعلم.

وأخيرًا يمكن القول: إنّ الجيّد في هذه الاتفاقية أنها تعتمد على نظرية واحدة لتحديد زمان العقد التقليدي، كما الإلكترونيّ، وهي لحظة وصول القبول.

ثالثًا- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيّة (الأونسيترال):[46]

لقد تجاوز القانون النموذجي مسألة تحديد زمان انعقاد العقد، واستعاض عن ذلك بتنظيم مسألة زمان إرسال رسائل البيانات واستلامها، إذ أجاز القانون للأطراف المتعاقدة الاتفاق على تحديد زمان إرسال رسائلهم الإلكترونيّة واستلامها، بحسبان أن تلك الرسائل هي الاداة المُعبّرة عن إرادة المتعاقدين، إيجابًا وقبولًا. حيثُ نصت المادة (15) من هذا القانون على أنه: ((1- ما لم

[46] صدر القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة عام 1996م، والذي أعدته لجنة قانون التجارة الدولية التابعة للأمم المتحدة (الأونسيترال)، والتي تضم في عضويتها غالبية دول العالم الممثلة لمختلف النظم القانونيّة الرئيسية. وقد وُضع هذا القانون ليكون منارًا تقتدي به الدول عندما تقوم بتنظيم قوانينها الخاصة بالتجارة الإلكترونيّة. انظر: سامح التهامى، التعاقد عبر الإنترنت- دراسة مقارنة، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية، 2008م، ص: 22.

يتّفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المُنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابةً عن المنشئ. 2- ما لم يتفق المُنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو الآتي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عيّن نظام معلومات لغرض استلام رسالة البيانات ويقع الاستلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات، أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا ارسلت رسالة إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه، ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه.

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

إذًا، يتّضح من خلال ما تقدّم، أن وقت إرسال رسالة البيانات هو وقت دخول الرسالة نظام معلومات خارج سيطرة المرسل أو مَنْ ينوب عنه، ومثال ذلك: دخول الرسالة إلى النظام التابع للمرسل إليه.[47] أمّا وقت استلام رسالة البيانات، فإن القانون النموذجي يفرّق ما بين فرضيَّتين:

الفرضيّة الأولى: إذا عيّن المرسل إليه نظام معلومات لتسلّم رسالة البيانات، فتعدّ الرسالة قد تم تسليمها إلى ذلك النظام من وقت دخولها حتى لو لم يطّلع عليها المرسل إليه. أما إذا ارسلت إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه

[47] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص: 82- 83.

غير الذي تم تحديده من المرسل إليه، فيُعدّ وقت تسلمها هو وقت اطّلاع الأخير عليها.[48]

الفرضيّة الثانية: إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات لتلقي الرسالة، فيعد وقت تسلم الرسالة هو وقت دخولها إلى أي نظام معلومات إلكتروني تابع للمرسل إليه، وهذا بصرف النظر عن اطّلاع هذا الأخير على الرسالة أم لا.[49]

كما أن المُشرِّع في هذا القانون يعتمد على نقطة دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات الخاص بالمرسل إليه، بمعنى أن تكون رسالة البيانات موجودة وقابلة للمعالجة داخل نظام معلومات المرسل إليه، فلا يكفٍ مُجرّد وصولها إلى هذا النظام، فقد يكون هناك خلل فني في النظام، مما يفقدها قيمتها العملية، أضفْ إلى ذلك، أن المقصود باستلام رسالة البيانات هو دخولها إلى النظام الخاص بالمرسل إليه، وليس مُجرّد وصولها.[50]

ويبقى من المُفيد الإشارة إلى أنّ الدليل الإرشادي لهذا القانون سبق وأنْ برّر موقفه بصدد عدم تحديده لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ، ذاكرًا بأن موقفه هذا ينبع عن احترام سيادة الدول وسلطتها على قوانينها الوطنية، حتى لا يظهر أي تباين بين القوانين الوطنية والقانون النموذجي في حالة تبنّيها لنظريةٍ ما، تاركًا المجال للقوانين الوطنية في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ.[51]

---

[48] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق ، ص: 83.

[49] المرجع السابق، ص: 83.

[50] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 181.

[51] المرجع السابق، ص: 182.

ولا بُدّ من التنويه إلى أن المُشرِّع السوري قد كرّس الأحكام الموجودة في قانون الأونسيترال النموذجي الدولي للتجارة الإلكترونيّة فيما يتعلق بتحديد زمان إرسال رسائل البيانات واستلامها، وذلك من خلال نص المادة الثامنة من قانون المُعاملات الإلكترونيّة السوريّ رقم (3) لعام 2014 م، والتي نصّت على أنّه:

((أ- تعد الرسالة الإلكترونيّة قد أرسلت منذ وقت دخولها إلى نظام معلومات إلكتروني لا يخضع لسيطرة المرسل أو مَنْ ينوب عنه، هذا ما لم يتّفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك.

ب- إذا كان المرسل إليه قد حدّد نظام معلومات إلكتروني لتسلّم الرسائل الإلكترونيّة، فتعد الرسالة قد تم تسلّمها منذ وقت دخولها إلى ذلك النظام؛ فإذا أرسلت الرسالة إلى نظامٍ غير الذي تم تحديده، فيعد وقت تسلّمها هو وقت اطّلاع المرسل إليه عليها أول مرّة.

ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات إلكتروني لتسلّم الرسالة الإلكترونيّة، فيُعد وقت تسلم الرسالة هو وقت دخولها لأي نظام معلومات إلكتروني تابع للمرسل إليه، حتى لو لم يطلع المرسل إليه عليها فعليًّا)).

إذًا، يتبيّن من ذلك أن المُشرِّع السوري قد اعتمد على ما ذهب إليه القانون النموذجي بصدد مسالة تحديد زمان إرسال رسائل البيانات واستلامها، غير أنه قد اعتمد في صياغته على مصطلح "الاطّلاع" في الفقرتين (ب- ج) من المادة الثامنة من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري،

بـدلًا مـن مصـطلح "الاسـترجاع" المُشـار إليـه فـي المـادة (15) مـن قـانون الأونسيترال.

وهكـذا، فقـد تباينـت الاتفاقيـات الدوليـة فـي تحديـد وقـت انعقـاد العقـد الإلكترونـيّ، ولكن مـاذا عن التشريعات الوطنية؟ هذا مـا سيتم تناولـه فـي الفقرة الآتية.

الفقرة (2)– موقف التشريعات الوطنية:

تتباين قوانين الدول فيما بينها في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونـيّ، ومن ثمّ فاختلاف ذلك يخلق تباينًا تبعًا لتضارب الأحكام التشريعية بين دولـةٍ وأخرى؛ فما يعدُّ عقودًا مُبرمة فـي القانون السوري قد لا يعد كذلك فـي القانون المصري، او غيره من التشريعات الأخرى، الأجنبيـة منها والعربيـة، وذلك كلـه تبعًا للنظرية التي اعتمدتها كل دولةٍ على حدا في تشريعاتها.

أولًا– موقف القوانين الأجنبية:

1– في التشريع والقضاء الفرنسي: تردّد القضاء الفرنسي بدايةً بصدد تحديد لحظة انعقاد العقد بين نظريّتَيْن، إرسال القبول وتأكيد وصوله متضمّنًا تـاريخ الوصـول، وفـي النظريـة الأخيـرة فإنـه إذا كـان اتصـال متلقـي الرسـالة بالشبكة يجري عن طريق أحد موردي الخدمات عليها، فإن وقت إرسال تأكيد وصول الرسالة يتوقف على أولويات الإرسال التي يتحكم فيها المورد. وعليه، فإن ضبط زمان انعقاد العقد الإلكترونـيّ يعتمد على نظام ضبط الوقت على الأجهزة المستخدمة في الاتصال على الشابكة والخادمة لها. ولذلك، فإنه إذا لم

يخضع مثل هذا الاتصال لرقابة مركزة، فإنه من المتصور حدوث عمليات غش يترتب عليها سلب الحقوق دون وجه حق، وعلى سبيل المثال، لو أن شخصًا ما قد لجأ إلى التعاقد مع شركة تأمين في وقت يعلم فيه بأن الحادث المُؤمَّن ضده قد وقع من قبل، عندئذ سنكون أمام نزاع يتعلق بمدى استحقاق المُؤمّن لمبلغ التأمين، وكما هو معلوم، فإن تسوية هذا النزاع يعتمد على وقت إبرام عقد التأمين مقارنةً بوقت حدوث الحادث المؤمن ضده. لذا، فمن الضروري جدًّا، حفظًا لحقوق أطراف العلاقة العقدية، التأكّد من حقيقة وقت استقبال الرسالة والمسجل في جهاز الحاسوب.[52]

وقد جاء تقنين نابليون لعام 1804 خاليًا من أي قاعدة قانونيَّة خاصّة بتنظيم مسألة زمان انعقاد العقد بين غائبين، في حين يظهر من اجتهادات محكمة النقض الفرنسيّة أنَّها قد ارتكنت إلى نظريَّة صدور القبول، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك.[53] وفي عام 2004م صدر القانون الفرنسي رقم (575) المتعلق بتدعيم الثقة في الاقتصاد الرقمي المعدّل للقانون المدني، متأثِّرًا بالتوجيه الأوروبي الخاصّ بالتجارة الإلكترونيّة فخطّط لجعل صياغته خاضعة لإجراءاتٍ معيّنة، وذلك بدلالة المادة (5/1369) من القانون المدني الفرنسي، والتي نصّت على أنه: ((ليتم إبرام العقد بشكلٍ صحيح، يجب أن يكون متلقي العرض لديه إمكانية التحقق من تفاصيل الطلب وسعره الإجمالي وتصحيح الأخطاء والتأكد الجيد قبل التعبير عن قبوله للعرض)). وبهذا النص، يكون المُشرِّع الفرنسي قد خطا خطوة إضافية في عملية التعاقد الإلكترونيّ،

[52] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص: 75- 76.

[53] فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 201.

وبناءً على ذلك، هناك أربع خطوات ضرورية للانتهاء من العقد الإلكترونيّ (العرض– القبول– الإقرار بالاستلام من قبل العارض– تأكيد القبول). حتى القبول الأول لن يكون له أي تأثير قانوني بعد الآن، إذا لم يتم تأكيده ثانيةً من قبل العارض، وقد أضاف المُشرِّع الفرنسي هذه الشكلية لحماية المستهلك، وذلك من خلال فرض موافقة مزدوجة على العقد من قبل المشتري، مما دفعه إلى اختراع نظرية جديدة تسمى "نظرية إصدار تأكيد القبول"، وقد تم اعتماد هذا الخيار لاستعادة التوازن في تشكيل العقد.[54]

وقد نوّه بعضهم إلى أن اعتماد هذا الخيار لاستعادة التوازن في تشكيل العقد، يعارض بشكلٍ مباشر أحكام التوجيه الأوروبي، وبالمثل فليس من المؤكد أن إطالة عملية تكوين العقد الإلكترونيّ التي هي طويلة بما فيه الكفاية والمعقّدة نوعًا ما، هو الحل الأفضل لحماية المستهلك.

هذا، ولا بُدَّ من الإشارة إلى أن المُشرع الفرنسيّ قد أدخل مؤخَّرًا على النظريَّة العامَّة للالتزام تعديلاتٍ،[55] تبنَّى من خلالها نظريّة استلام القبول لتحديد لحظة انعقاد العقد بين غائبين، وذلك بصريح المادَّة (1121) من القانون المدني الفرنسيّ في صياغتها الجديدة، حيث نصَّت على أنَّه: ((ينعقد العقد بمُجرَّد أن يصل القبول إلى الموجب، ويعتبر منعقدًا في مكان وصول

[54] Mickael / BOUTROS, Le droit du commerce électronique: (Une appjroche de la protection du cyber consommateur), thèse de doctorat, *UNIVERSITÉ DE GRENOBLE,France, 2014, P75.*

[55] صدرت هذه التعديلات عام 2018 بموجب الأمر الرئاسي الصادر عام 2016 والمصادق عليه من قبل البرلمان الفرنسيّ

القبول)).[56] ومن ثمَّ، فإن العقد ينعقد بمجرَّد وصول القبول إلى الموجب حتى لو لم يطَّلع عليه هذا الأخير.

2- في القانون التجاري الأمريكي الموحد الصادر عام 1999 م: نصت المادة (201) من هذا القانون في فقرتَيها الأولى والثانية على أنه: ((يقع التزامًا على عاتق البائع بأن يقوم بإرسال تأكيد للمشتري بتمام إبرام العقد، وذلك خلال مدة عشرة أيام على الأكثر من تاريخ إرسال القابل لقبوله)). وعليه، فقد أخذ هذا القانون بنظرية تأكيد وصول القبول لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ.[57]

ثانيًا- موقف القوانين العربية:

1- موقف المُشرِّع المصري والعراقي: بالرجوع إلى القاعدة العامة في القانون المدني المصري نجد أن المُشرِّع المصري قد أخذ بنظرية العلم بالقبول في سبيل تحديد لحظة انعقاد العقد التقليدي، بدلالة المادة (97) من هذا القانون، حيث نصت على أنه: ((1- يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك. 2- ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول)). لذا، فالعبرة تكون بزمان علم الموجب بالقبول في حال غياب الاتفاق على خلاف ذلك، ولكن القانون المصري يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في الزمان الذي يصل فيه ما لم يقم الدليل

---

[56] أشار إلى ذلك: فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 203.

[57] أشار إلى ذلك: زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 114.

على غير ذلك، بمعنى آخر، ما لم يقم الدليل على أنه لم يعلم بالقبول على الرغم من وصوله إليه، وذلك بدلالة المادة (91) من القانون المدني المصري، والتي تقضي بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم مَنْ وجّه إليه، ويُعتبَر وصول القبول قرينة على العلم به، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك. وعليه، فالقانون المصري يأخذ بقاعدة وصول القبول إلى الموجب على أساس أن هذا يدل على علمه به، فإذا ثبت غير ذلك وجب الأخذ بقاعدة علم الموجب بالقبول.[58]

وقد ساير المُشرِّع العراقي نظيره المصري، فاعتمد كذلك على نظرية العلم بالقبول، وذلك يُستدل من نص المادة (87) من القانون المدني العراقي، والتي جاء فيها: ((1- يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. 2- ويكون مفروضًا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما)). إذًا يتضح من نص هذه المادة أن المُشرِّع العراقي قد أخذ بنظرية العلم بالقبول.

وخلافًا للقاعدة العامة، فقد تبنى المُشرِّع المصري نظرية تأكيد وصول القبول لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ، حيث عالج مشروع قانون التجارة الإلكترونيّة هذه المسألة في الشق الاخير من المادة الثانية منه والتي نصت على أنه: ((يسري على الالتزامات التعاقدية في مفهوم أحكام هذا القانون، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا

[58] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص: 74- 75.

موطنًا يسري قانون الدولة التي تم فيها العقد ما لم يتفق المتعاقدين على غير ذلك، ويعتبر العقد قد تم بمجرد تأكيد وصول القبول)).

يُستنتج مما تقدّم، أن العقد الإلكترونيّ لا ينعقد إذا لم يقم الموجب بإرسال تأكيد للقابل وإشعار بتسلمه القبول، وقد عالج المُشرِّع مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ في الجزء المخصص لتنازع القوانين من حيث المكان، وهو ما كان يجدر به أن يعالجه ضمن نص خاص.[59]

وإن كان ليس باستطاعتنا معرفة السبب الذي دفع المُشرِّع المصري إلى صياغة هذه المسألة (لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ)، ضمن الجزء المخصص لتنظيم مسألة القانون واجب التطبيق على المنازعات الناشئة عن العقد، إلا أنه ربما يكون قد أحسن في اختياره نظرية تأكيد وصول القبول لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ، تماشيًا مع الطبيعة الخاصة التي يتمتع بها هذا النوع من التعاقد.

2- موقف المُشرِّع الأردني والإماراتي: اعتمد المُشرِّع الأردني في القاعدة العامة لانعقاد العقد على نظرية إعلان القبول لتحديد لحظة انعقاد العقد التقليدي، إذا كان المتعاقدان لا يضمهما مجلس واحد، حيث نصت المادة (101) من القانون المدني الأردني على أنه: ((إذا كان المتعاقدان لا يضمهما مجلس واحد، يعتبر التعاقد قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك)).

[59] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 121.

وقد أشار بعض الشرّاح[60] إلى أن المُشرِّع الاردني لدى تبنّيه لهذه النظرية لم ينطلق من أساسٍ مدروس، بقدر انطلاقه من خلفيات تاريخية ودينية، حيث أشارت المذكّرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إلى أنه قد تم اعتماد هذه النظرية من بين النظريات المطروحة، ترجيحًا للرأي الذي جاء به المذهب الحنفي إزاء ذلك.

وفيما يخصّ العقد الإلكترونيّ، فقد نصت المادة (13) من قانون المعاملات الإلكترونيّة الأردني رقم (15) لعام 2015 م على أنه: ((أ- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص أو الوسيط الإلكترونيّ الذي أرسل الرسالة نيابةً عنه، ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك. ب- يتم تحديد وقت تسلّم رسالة المعلومات على النحو التالي: 1- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسليم رسائل المعلومات، فتعتبر الرسالة قد تم تسلّمها عند دخولها إلى ذلك النظام. 2- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات لتسلّم رسائل المعلومات، فيعتبر وقت تسلّم الرسالة عند دخولها إلى أي نظام معلومات يتبع للمرسل إليه)).

ويستنتج مما تقدّم، أن المُشرِّع الأردني أخذ بما جاء به القانون النموذجي بهذا الخصوص، وتبنّى نظرية استلام القبول، والقاسم المشترك بين المُشرِّع السوري والأردني أن كلاهما قد لجأ إلى تحديد زمان إرسال واستلام رسائل البيانات، فمثلما فعل المُشرِّع في قانون الأونسيترال النموذجي الدولي،

[60] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 13- 14.

ولكن المُشرِّع السوري في قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري أوجد نصًّا خاصًّا لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ في المادة الثامنة منه.

أمّا المُشرِّع الإماراتي في القانون الاتحادي رقم (1) لعام 2006، فقد سار على نهج القانون النموذجي، وأخذ بنظرية استلام القبول، حيث نصّت المادة (15) منه على أنّه: ((أوّلًا: ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك: 1- يكون إرسال الرسالة الإلكترونيّة قد تمَّ عندما تدخل نظام معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابةً عن المنشئ. 2- يتحدّد وقت استلام الرسالة الإلكترونيّة على النحو الآتي: (أ) إذا كان المرسل إليه قد عيَّن نظام معلومات لغرض استلام الرسالة الإلكترونيّة يكون الاستلام قد تمَّ وقت دخول الرسالة الإلكترونيّة نظام المعلومات المعيَّن أو وقت استخراج المرسل إليه الرسالة الإلكترونيّة إذا كانت قد أرسلت إلى نظام معلومات تابع له غير نظام المعلومات المعيّن لاستقبال الرسالة. (ب) إذا لم يعيّن المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل الرسالة الإلكترونيّة نظام معلومات تابع للمرسل إليه...)). إذًا لا يختلف موقف المُشرِّع الإماراتيّ عن نظيرَيْه السوري والأردنيّ في تبنّي نظريّة استلام القبول، حيثُ ينعقد العقد لحظة دخول الرسالة الإلكترونيّة التي تتضمّن القبول إلى نظام المعلومات وفق ما هو مُشار إليه في نص المادة السابقة.

ثالثًا- موقف المُشرِّع السوري:

اتجه المُشرِّع السوري في القاعدة العامة لانعقاد العقد إلى تبنّي نظرية إعلان القبول في تحديد اللحظة التي ينعقد فيها العقد التقليدي، وذلك بخلاف

اتفاقية فيينا، حيث نصت المادة (98) من القانون المدني السوري، بصدد تحديد زمان انعقاد العقد بين غائبين، على أنّه: ((يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك)).

فالمبدأ السائد في القانون السوري، كما في القوانين الأخرى، وتطبيقات القضاء، أنه يجوز للمتعاقدين باتفاق بينهما، تحديد الوقت الذي ينعقد فيه العقد. فهذا النص تكميلي ولا يتعلق بالنظام العام. وفي حال غياب الاتفاق بين المتعاقدين، فيعد العقد قد أبرم بمجرد إعلان القبول عن صاحبه. فالعقد تطابق إرادتين، فإذا أعلن القابل قبوله للإيجاب الموجه إليه، يتحقق التطابق ويولد العقد، ولا أهمية بعد ذلك فيما إذا كان القبول قد وصل إلى الموجب أم لا، حيث رجّح القانون السوري الاتجاه الذي سار عليه المذهب الحنفي، من بين النظريات المطروحة، هذا فيما يتعلق بالعقد التقليدي. ولكن ماذا عن العقد الإلكترونيّ؟ وما هي النظرية التي يتبنّاها المُشرِّع السوري لتحديد وقت انعقاده؟

في الواقع، لقد اتخذ المُشرِّع السوري في هذا المجال موقفًا مغايرًا عما اتخذه بشأن تحديد وقت انعقاد العقد التقليدي، هذا ما يتضح من خلال المادة العاشرة من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري رقم (3) لعام 2014 م، والتي تنص على أنه: ((يعد العقد الإلكترونيّ قد تم في المكان والزمان الذي استلم فيه القبول، ما لم يُتفق على غير ذلك)). يظهر جليًّا من هذا النص أن المُشرِّع قد تبنّى نظرية الاستلام، أي أن العقد يتم عندما يتسلم الموجب رسالة القبول من الطرف الآخر ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. وفيما يتعلق

بالمقصود باستلام القبول فقد حددته المادة الثامنة في فقرتيها (ب- ج) حيث نصت على أنه: ((ب- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معلومات إلكتروني لتسلّم الرسائل الإلكترونيّة، فتعد الرسالة قد تم تسلمها منذ وقت دخولها إلى ذلك النظام؛ فإذا أرسلت الرسالة إلى نظام غير الذي تم تحديده، فيعد وقت تسلمها هو وقت اطلاع المرسل إليه عليها أول مرة. ج- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معلومات إلكتروني لتسلّم الرسائل الإلكترونيّة، فيعد وقت تسلم الرسالة هو وقت دخولها لأي نظام معلومات إلكتروني تابع للمرسل إليه، حتى لو لم يطّلع المرسل إليه عليها فعليًّا)).

- الرأي الشخصي:

لقد كثّف المُشرِّع السوري، كباقي المُشرِّعين في الدول الأخرى، جهوده في الإشراف على مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ، وأوجد نصًّا خاصًّا لتحديد هذه المسألة وحسنًا فعل، فالقانون له وظيفة منظمة مطمئنة، فهو يخلق إطار مرجعي واضح. ولكن، وعلى الرغم من ذلك، قد يكون من المفيد لو أن المُشرِّع السوري اعتمد على نظرية إعلان القبول أيضًا لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ، كما فعل في العقد التقليدي، مع إضافة شرطٍ واقف يتناسب مع طبيعة هذا النوع من التعاقد الإلكترونيّ، وذلك بالإشارة إلى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره بانعقاد العقد إلا بعد وصوله إلى مَنْ وُجّه إليه (الموجب)، بحيث لا يكون الوصول عنصرًا من العناصر المكونة للتراضي في العقد. وردًّا على الاتجاه القائل إن الأخذ بهذه النظرية (الإعلان) من شأنه أن يجعل الموجب تحت رحمة القابل، يمكن القول: إن الأصل في هذا التعاقد أن يكون

الموجب هو المهني، وهو الطرف المهيمن، وهو الذي أرسل بإيجابه إلى الطرف الآخر، والقابل هو المستهلك، وهو الطرف الأولى بالرعاية، وإلا لَمَا ظهر قانون حماية المستهلك.

وفي الختام حول هذه النقطة، يبدو لدينا أن حماية المستهلك ضرورية جدًّا، نظرًا للصعوبات التي تحيط بالبيئة الإلكترونيّة من إعلاناتٍ مضلّلة وغيرها مما يثير الحاجة إلى اعتماد نظرية الإعلان، ولاستعادة التوازن بين الأطراف يُعلَّق أثر التعبير عن الإرادة إلى حين وصوله إلى الموجب.

المطلب الثَّاني

الآثار التي تترتّب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ

تتجلّى أهمية تحديد لحظة انعقاد العقد في معرفة اللحظة التي لم يعد بإمكان أي من المتعاقدين العدول عن التعبير الصادر عنه، سواءٌ أكان هذا التعبير إيجابًا أم قبولًا، بحسبان أن العقد قد أصبح واقعًا وحالًّا ومُبرمًا، ولم يعد من الجائز قانونًا الرجوع عنه أو تعديله من حيث المبدأ. هذا، وتظهر أهمية تحديد لحظة انعقاد العقد أيضًا في الآثار القانونيّة والنتائج العملية التي تترتب على العقد؛ فهناك الكثير من المسائل المرتبطة في وجودها أو تحديدها أو العلم بها بلحظة انعقاد العقد.

وعلى الرغم من أن الفقه قد أجمع على أن العقد يتم لحظة اقتران القبول بالإيجاب، لكنّه اختلف فيما إذا كانت هذه اللحظة هي إعلان القبول أم تصديره أم استلامه أم العلم به، وما يُثير الحاجة كذلك إلى الإسراع في تحديد

زمان انعقاد العقد مسألة تحديد سريان بعض المواعيد. وهذا ما سنتناوله من خلال تقسيم هذا المطلب إلى الفقرتين الآتيتين:

الفقرة (1)- الآثار التي تترتّب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ في التشريعات الوطنية:

تكمن أهمية تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ في الآثار القانونية والنتائج العملية التي تترتب على ذلك، فبه يمكننا معرفة الوقت الذي يحق للموجب فيه العدول عن إيجابه، وللقابل سحب قبوله، والقانون الساري المفعول وقت التعاقد، وكذلك تحديد وقت انتقال الملكية وتحمّل تبعة الهلاك، وفي حالة إفلاس التاجر الذي أبرم عقودًا، وغير ذلك...، وهذا ما سيتم الحديث عنه على النحو الآتي:

أولًا- حق الموجب بالعدول عن إيجابه، وحق القابل في سحب القبول الصادر عنه:

هناك قوة مُلزمة للإيجاب الصادر عن الموجب تُلزم هذا الأخير بالبقاء على إيجابه إذا وصل إلى علم الموجه إليه، وبمفهوم المخالفة يحق للموجب العدول عن إيجابه طالما أنه لم يصل إلى علم الموجه إليه، بحسبان أن هذا العدول لا يسبب أي ضرر للطرف الآخر من حيث المبدأ، ويحق للموجب علاوةً على ذلك أن يعدل عن إيجابه حتى لو علم به الطرف الآخر،

طالما أنه لم يقترن بقبول. وبناءً على ذلك، يعدّ الإيجاب غير ملزم لصاحبه طالما أنه لم يكن مقترنًا بميعادٍ للقبول.[61]

هذا وتبرز أهمية تحديد زمان انعقاد العقد في تحديد الوقت الذي يجوز فيه للموجب العدول عن إيجابه، فعلى سبيل المثال، لو أننا أخذنا بنظرية الإعلان يتعذر على الموجب آنذاك العدول عن إيجابه بمجرد أن يعلن الموجه إليه الإيجاب عن قبوله، لأن العقد يكون قد انعقد بمجرد الإعلان، أما في حال الأخذ بنظرية العلم بالقبول فيجوز للموجب العدول عن إيجابه؛ لأن العقد ينعقد من تاريخ العلم به.[62]

أمّا فيما يتعلق بحق القابل في سحب القبول، فإنه يجوز للأخير سحب قبوله بعد انعقاد العقد وإحداث القبول لأثره، وبذلك يجوز للقابل سحب قبوله طالما أن الموجب لم يعلم بقبول إيجابه، وفقًا لنظرية العلم بالقبول، في حين يمتنع عليه ذلك بعد إعلان القبول وفقًا لنظرية إعلان القبول.[63]

ثانيًا- تحديد وضعيّة القبول عندما يفقد مَنْ صدر عنه القبول أهليّته، أو في حالة وفاته بعد إعلان قبوله، وقبل علم الموجب به:

فمن الحالات التي يسقط فيها الإيجاب موت الموجب أو فقدانه أهليته قبل صدور القبول، وكذلك بموت الموجه إليه الإيجاب أو بفقده أهليته قبل أن يعبّر عن إرادته. أمّا إذا توفي أحدهما بعد وقوع القبول فإن العقد يكون قد انعقد

---

[61] فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 167- 168.

[62] لما سلهب، المرجع السابق، ص: 130.

[63] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 26.

بمجرد القبول في القانون المدني السوري، لأنه تبنى نظرية إعلان القبول في تمام إنشاء العقد التقليدي.[64]

فالأخذ بهذه النظرية يجعل من العقد منعقدًا في مثل هذه الحالة، في حين يسقط القبول ولا ينعقد العقد وفقًا لنظرية تصدير القبول إذا مات القابل قبل أن يرسل قبوله إلى الموجب، لأن الأخذ بهذه النظرية يستوجب إرسال القابل قبوله إلى الموجب، وهذا ما لم يتحقق في حال توفي القابل قبل أن يرسل قبوله.

أمّا في القانون المدني المصري، فقد نصت المادة (92) منه على أنه: ((إذا مات مَنْ صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم مَنْ وُجّه إليه، هذا ما لم يتبيّن العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل)). وعليه، فلا ينعقد العقد بمجرد إعلان القابل قبوله، بل يشترط لانعقاده علم الموجب بالقبول.[65]

والجدير بالذكر، أن اتفاقية الأمم المتحدة لم تتطرق لهذه الحالة بحسبانها لا تنظّم المسائل المرتبطة بصحة العقد، والتي استثنيت من الخضوع لأحكامها بموجب المادة (4/ أ).[66]

---

[64] فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 172.

[65] فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 172.

[66] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 9.

ثالثًا- انتقال الملكية وتحمّل تبعة الهلاك:

من حيث المبدأ، على البائع تسليم المبيع إلى المشتري بالحالة التي كان عليها وقت البيع،[67] ومن ثم، فإن المبيع يهلك على حساب صاحبه (مالكه) بحسب الأصل، فإنه من الضروري تحديد زمان انتقال الملكية لتحديد مَنْ يتحمّل تبعة الهلاك. فمن النتائج العملية التي تترتب على تحديد لحظة انعقاد العقد والمرتبطة بآثاره لحظة انتقال الملكية وتحمّل تبعة الهلاك. ففي الأموال المنقولة المعيّنة بالذات تنتقل الملكيّة بانعقاد العقد، وذلك استنادًا إلى ما جاء في نص المادة (205) من القانون المدني السوري.[68] ((الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر، ينتقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئًا معيّنًا بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون الإخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل)).

فالأشياء تقسم إلى قيميّة ومثليّة؛ فالشي المثلي (المنقول المعيّن بالنوع) هو الشيء الذي يوجد له نظير من جنسه يتشابه معه. أما الشيء القيمي (المنقول المعين بالذات): هو الشيء الذي لا يوجد له نظير من جنسه. وتتجلّى أهمية هذا التقسيم من ناحية انتقال الملكية بحسبان أن ملكية الشيء القيمي تنتقل لحظة انعقاد العقد، أما ملكية الشيء المثلي فلا تنتقل إلا بالفرز.[69]

---

[67]- نقض سوري، قضية اساس /602/ لعام 2009، قرار /1321/ لعام 2011، مجلة المحامون، العددان 3-4، 2011، ص: 486.

[68] تقابلها المادة (204) من القانون المدني المصري.

[69] محمود جلال، عقد البيع، الموسوعة القانونية المتخصصة، منشور على الموقع الإلكترونيّ: http://arab-ency.com.sy/law/details/25915 (تاريخ الزيارة: 2021/3/3)

وبمعنى آخر، تنتقل ملكية المبيع إلى المشتري بمجرد انعقاد العقد، دون أن يكلَّف البائع بنقلها، فإذا كان المبيع شيئًا معيّنًا بالذات، يصبح المشتري مالكًا للمبيع وثماره من لحظة انعقاد العقد،[70] أي وقت إعلان القبول، إذا ما أخذنا بنظرية الإعلان، ومن وقت الإرسال وفق نظرية التصدير، وهكذا دواليك...

رابعًا- الوسائل التي يمنحها القانون للدائن لحماية حقّه:

1- الدعوى البولصية (دعوى عدم نفاذ التصرّف): نصّت المادة (238) من القانون المدني السوري على أنّه: ((لكل دائن أصبح حقّه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرّف ضارّ به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقّه، إذا كان التصرّف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته، وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية)).

إذًا، وبناءً على ما تقدّم، ينبغي لسماع دعوى عدم نفاذ التصرّف توفّر جملة من الشروط منها ما هو متعلق بالدائن ومنها ما هو متعلق بالتصرف المطعون فيه. ومن الشروط المهمة لسماع دعوى عدم نفاذ التصرف أن يكون التصرف المطعون فيه والصادر عن المدين لاحقًا لنشوء حق الدائن، بمعنى

[70] المرجع السابق.

آخر أن يكون حق الدائن سابقًا على التصرّف المطعون فيه، والعبرة بأسبقيّة حقّ الدائن هي بتاريخ نشوء الحق لا تاريخ استحقاقه.[71]

ومن ثم، لا يحق للدائن الطعن في عقد صدر عن مدينه إضرارًا بحقّه، إلا إذا كان هذا العقد متأخرًا عن الحق الثابت له في ذمّة المدين، وتظهر أهمية تحديد لحظة انعقاد العقد بشكلٍ جلّي في هذه المرحلة لمعرفة فيما إذا كان حق الدائن قد نشأ قبل التصرف المطعون فيه أم لا، وتطبيقًا لما تقدّم، لو افترضنا أن حق الدائن قد نشأ في ذمة المدين بعد إعلان القبول وقبل إرساله، فإنه يجوز الطعن بالتصرف وفق نظرية إرسال القبول، ولا يجوز له ذلك تبعًا لنظرية الإعلان، لأنه وفق نظرية إعلان القبول يكون العقد المراد الطعن فيه قد انعقد، ومن ثمَّ يكون قد نشأ حق الدائن بعد نشوء التصرف الصادر عن المدين، ومن ثمَّ لا يحق للدائن الطعن فيه وفق نظرية إعلان القبول، وعكس ذلك نظرية إرساله.[72]

وكذا، إذا ثبت الحق في الفترة الفاصلة بين استلام القبول والعلم به في العقد المراد الطعن فيه، فإنه يجوز الطعن فيه تبعًا لنظرية العلم، ولا يجوز له ذلك تبعًا لنظرية الاستلام.[73]

2- شهر إفلاس المدين وإعساره: تبرز أهمية تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ في حالة إشهار إفلاس التاجر؛ فالعقود التي يبرمها التاجر بعد

---

[71] أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)- الجزء الثاني: أحكام الالتزام، منشورات جامعة حلب- كلية الحقوق، 2007، ص: 132.

[72] لما سلهب، المرجع السابق، ص: 131.

[73] المرجع السابق، ص: 131.

إشـهار إفلاسـه لا تنفذ فـي حـق دائنيـه، ويتوقـف مصـيرها علـى معرفـة وقـت تمامها، ويختلف حكمها من حيث نفاذها بحقِّ الغير، بحسب ما إذا كانت قد تمت قبل فترة الريبة،[74] أو خلالها أو بعد التوقف صدور الحكم بشهر الإفلاس، مما يثير الحاجة إلى تحديد لحظة انعقاد العقد.[75] وكذلك الأمر أيضًا في حالة شهر إعسار المدين وفق أحكام المادَّة (250) من القانون المدني السوري وما يليها.

خامسًا– القانون واجب التطبيق من حيث الزمان:

لتحديد زمان التعاقد الإلكترونـيّ أهمية خاصة تبرز في تحديد القانون واجب التطبيق من حيث الزمان، فالقانون واجب التطبيق على العقد هو القانون النافذ لحظة انعقاد العقد، فإذا صدر قانون جديد قبل علم الموجب بالقبول عُدَّ العقد لاحقًا لصدور القانون الجديد وانطبق هذا القانون عليه،[76] وذلك وفقًا لنظرية العلم بالقبول. أمّا في حال صدور القانون الجديد بعد إعلان القابل قبوله وقبل علم الموجب به عُدَّ العقد قد انعقد قبل صدور القانون الجديد، ويعد القانون القديم هو القانون النافذ بحقّه، وذلك وفقًا لنظرية الإعلان التي أخذ بها المُشرِّع السوري لتحديد لحظة انعقاد العقد التقليدي.

[74] فترة الريبة: هي الفترة الممتدة ما بين توقف التاجر المفلس عن الدفع وتاريخ صدور حكم الإفلاس بحقّه.

[75] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 94.

[76] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 94.

سادسًا– مسألة تحديد سريان بعض المواعيد:

من المسائل المهمّة، والمتعلقة بزمان انعقاد العقد، مسألة تحديد مواعيد تسري من وقته، ومنها: دعوى الإبطال بسبب الغبن الاستغلالي، فقد أوجب القانون الادعاء بها خلال سنة واحدة من تاريخ العقد، وذلك تحت طائلة سقوط هذا الحقّ.[77] ومن هنا تبدأ أهمية تحديد لحظة انعقاد العقد ليتم بعد ذلك حساب هذه المدة لمعرفة فيما إذا كانت تلك الفترة قد سقطت بالتقادم أم لا.

ومنها أيضًا، معرفة بداية حساب مواعيد التقادم في الالتزامات التي تنشأ من العقد، حيث أن هذه المواعيد تسري من وقت إعلان القبول وفقًا لنظرية الإعلان، ومن وقت العلم استنادًا لنظرية العلم بالقبول.[78]

سابعًا– العقد شريعة المتعاقدين:

المبدأ العام أن العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الأطراف، أو للأسباب التي يقرّرها القانون، هذا ما ذهبت إليه المادة (148) من القانون المدني السوري، وعليه، فالقول بانعقاد العقد التقليدي في لحظةٍ معيّنة يمنع على أيٍّ من أطراف العلاقة التعاقدية نقضه أو تعديله أو التراجع عنه، عكس ذلك العقد الإلكترونيّ، فقد نظَّم المُشرِّع السوري حق المستهلك في العدول عن العقد الإلكترونيّ في الفصل السابع من قانون

[77] فوّاز صالح، المرجع السابق، ص: 267.

[78] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 93.

المعـاملات الإلكترونيّـة. وعليـه، وفـي جميـع الأحـوال، وسـواءً أتـمَّ العقـد وفقًـا لشروطه وبنوده، أم لا يجوز للمتعاقد الآخر (المستهلك) العدول عن العقد.[79]

الفقرة (2)- الآثار التي تترتّب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ في اتفاقية البيوع الدولية للبضائع:

إن النتائج التي تترتب على تحديد زمان انعقاد العقد بشكلٍ عامّ تكاد تكون مشتركة في جميع التشريعات، والخلاف يدور فقط حول النظرية التي يتبنّاها كل مشرع على حدا لتحديد تلك المسألة، هذا وقد نظّمت اتفاقية فيينا جملة من النتائج لا تظهر إلا بعد تحديد زمان التعاقد، بعضها يتعلق بنطاق تطبيقها، وبعضها الآخر يتعلّق بتكوين العقد وآثاره، فما هي الآثار التي تترتب على تحديد زمان انعقاد العقد والمرتبطة بنطاق الاتفاقية؟ وما هي الآثار التي تترتب على تحديد زمان انعقاد العقد والمرتبطة بآثار العقد، وفقًا لما أخذت به اتفاقية فيينا للبيوع الدوليّة؟.

أولًا- النتائج المرتبطة بنطاق تطبيق اتفاقية فيينا:

نصت المادة (2/1) من اتفاقية فيينا على أنه: ((لا يلتفت إلى كون أماكن عمل الأطراف توجد في دول مختلفة إذا لم يتبيّن ذلك من العقد أو من أي معاملات سابقة بين الأطراف، أو من المعلومات التي أدلى بها الأطراف قبل انعقاد العقد أو في وقت انعقاده)). يُستنتج من نص هذه الفقرة أن من شروط تطبيق الاتفاقية أن يكون مقر عمل أطراف العلاقة العقدية في دولٍ

[79] راجع نص المادة (20) من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري.

مختلفة. ويتّضح ذلك من خلال المعاملات السابقة بين الأطراف، أو من خلال العقد، أو من خلال المعلومات التي يدلي بها المتعاقدان قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده. وعليه، فإن تحديد قيمة تلك العبارات وتأثيرها في تطبيق الاتفاقية من عدمه، لا يتأتى إلا بمعرفة الوقت الذي قيلت فيه، وهنا تبرز أهمية تحديد زمان انعقاد العقد، فإذا صرّح بتلك المعلومات قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده كان لها أثرها في تحديد مكان العمل المعتبر؛ أما إذا أدلى بها بعد الانعقاد، فلا أثر لها.[80]

كما نصت المادة (2/أ) من اتفاقية فيينا على أنه: ((لا تسري أحكام هذه الاتفاقية على البيوع الآتية: أ- البضائع التي تشتري للاستعمال الشخصي أو العائلي أو المنزلي، إلا إذا كان البائع لا يعلم قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده، ولا يفترض فيه أن يعلم بأن البضائع اشتريت لاستعمالها في أي وجه من الوجوه المذكورة)).

ويمكن القول في هذا الصدد: إن هناك بيوعًا استبعدتها اتفاقية فيينا من نطاق تطبيقها، قد حددتها المادة السالفة الذكر، ومنها البيوع للمستهلكين والتي تتعلق باستعمالهم الشخصي أو العائلي أو المنزلي.[81] وبمفهوم المخالفة، تطبّق أحكام هذه الاتفاقية إذا كان البائع لا يعلم بالغرض من الشراء قبل انعقاد العقد أو وقته. وعلى ذلك، فتحديد زمان الانعقاد يفيد في تحديد القيمة القانونية لعلم البائع.

---

[80] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 24.

[81] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص: 81.

ومن جهتها، نصت المادة (10/ أ) من الاتفاقية على أنه: ((إذا كان لأحد الطرفين أكثر من مكان عمل واحد، فيقصد بمكان العمل المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه. مع مراعاة الظروف التي يعلمها الطرفان أو التي كانا يتوقعانها قبل انعقاد العقد أو وقت انعقاده)).

إذًا، فالقاعدة أن مكان العمل المعتبَر عن تعدد الأمكنة، هو المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه، والاستثناء أن تشير الظروف التي كان يعلمها المتعاقدان أو يتوقعانها قبل أو وقت التعاقد، إلى اتجاه النية إلى أنّ مكان العمل هو مكان مختلف عن المكان الذي له صلة وثيقة بالعقد وبتنفيذه.[82]

هذا فيما يتعلق بالنتائج التي تترتب على تحديد لحظة انعقاد العقد، والمرتبطة بنطاق تطبيق اتفاقية فيينا، ولكن ماذا عن النتائج المترتبة على تحديد زمان التعاقد والمرتبطة بآثار عقود البيوع الدولية؟.

ثانيًا- النتائج المترتبة على تحديد زمان انعقاد العقد والمرتبطة بآثار العقد:

تنص المادة (55) من اتفاقية فيينا على أنه: ((إذا انعقد العقد على نحوٍ صحيح دون أن يتضمن، صراحةً أو ضمنًا، تحديدًا لثمن البضائع أو بيانات يمكن بموجبها تحديده، يعتبر أن الطرفين قد أحالا ضمنًا في حالة عدم وجود ما يخالف ذلك، إلى السعر الاعتيادي الموجود وقت انعقاد العقد...)). وعليه، إذا لم يُحدّد طرفا التعاقد سعر البضاعة في العقد المبرم بينهما، يتم تحديده بحسب سعرها وقت إبرام العقد، لذا، من المفيد تحديد لحظة انعقاد العقد

[82] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 26.

من أجل تحديد السعر المعتبَر للبضاعة، والذي ينبغي على المشتري دفعه، وهو السعر المعتاد وقت إبرام العقد.[83]

كما تنص المادة (31) في فقرتيها (ب- ج) على أنه: ((ب- وفي الحالات التي لا تندرج تحت الفقرة الفرعية السابقة، إذا كان العقد يتعلق ببضائع محددة أو بضائع معينة بالجنس ستسحب من مخزون محدد أو تصنع أو تنتج، وعرف الطرفان وقت إبرام العقد أن البضائع موجودة في مكان معيّن أو أنّها ستصنع أو ستنتج في مكان معين، يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرّف المشتري في ذلك المكان. ج- وفي الحالات الأخرى، يلتزم البائع بوضع البضائع تحت تصرف المشتري في المكان الذي كان يوجد فيه مكان عمل البائع وقت إبرام العقد)). وعلى ذلك، فمكان تسليم البضاعة هو المكان الذي علم الأطراف وقت انعقاد العقد بأن البضاعة ستكون موجودة فيه أو ستصنّع فيه، وهذا هو الأساس، وفي ما عدا ذلك تُسلّم البضاعة في مكان عمل البائع وقت إبرام العقد، مما يثير الحاجة إلى تحديد زمان انعقاد العقد من أجل تحديد مكان تسليم البضاعة.[84]

ومن ناحيةٍ أخرى، يتوجَّب على البائع تسليم البضاعة إلى المشتري خلال مدة معقولة من تاريخ إبرام العقد، وبذلك ينبغي تحديد زمان انعقاد العقد أولًا، حتى يتم البدء في حساب المدة المعقولة. فعلى سبيل المثال يتم حساب المدة المعقولة منذ لحظة وصول القبول للموجب وفقًا لنظرية استلام القبول، أما

[83] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 28.

[84] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 28.

بموجب نظرية العلم بالقبول، يتم حساب تلك المدة ابتداءً من تاريخ علم الموجب بالقبول الصادر عن صاحبه.[85]

ومن ناحيةٍ ثالثة، ينبغي على المشتري أن يُقْدِم على فحص البضاعة التي تسلّمها في أقرب وقت ممكن بعد وصولها إليه ليتأكد من مطابقتها لشروط العقد. ولكن ربما تتغير مدة الفحص إذا كان المشتري قد غيّر وجهة البضاعة أو أعاد إرسالها إلى جهةٍ أخرى، دون أن تتاح أمامه فرصة مناسبة لفحصها، وكان البائع يعلم أو من واجبه أن يعلم وقت إبرام العقد باحتمال تغيير وجهة البضاعة أو إعادة إرسالها. وعليه، لا بد من تحديد لحظة انعقاد العقد من أجل تحديد أثره وأثر علم البائع في تأخير فترة فحص البضاعة من عدمه.[86]

وأخيرًا، لا بدّ من الإشارة إلى أن العقود التي تخضع لاتفاقية فيينا، هي العقود المبرمة من تاريخ بدء سريان الاتفاقية، وعليه، ينبغي أولًا تحديد زمان انعقاد العقد لمعرفة فيما إذا كان هذا العقد يخضع لأحكام اتفاقية فيينا أم لا. ولكن السؤال الذي يطرح نفسه هنا، هل يتم تحديد لحظة انعقاد العقد وفقًا لأحكام اتفاقية فيينا أم وفقًا لأحكام القانون الوطني الذي يخضع له التصرف القانوني؟

ربما يكون الحل الأفضل هنا هو تحديد ما إذا كان العقد قد انعقد قبل أو بعد سريان الاتفاقية، وفقًا لنصوص الاتفاقية؛ لأنّ مصطلح (العقود المعقودة) المشار إليه في المادة (100) الفقرة الثانية منها، ينبغي أن يفسر

---

[85] المرجع السابق، ص: 29.

[86] المرجع السابق، ص: 30.

باعتباره مصطلحًا خاصًّا بالاتفاقية، ووجد فيها وفقًا للنظرية التي تبنّاها. وبناءً على ذلك، تتحدّد لحظة انعقاد العقد وفقًا لنظرية استلام القبول[87]، وهي النظرية التي تبنتها اتفاقية الأمم المتحدة للبيوع الدولية لعام 1980 م.

نستخلص ممَّا تقدَّم، أن العقد الذي ينعقد بوساطة الوسائل الإلكترونيّة مثله مثل أي عقد آخر يُبرم عن طريق الوسائل الكلاسيكية (التقليدية)، وذلك بالتعبير عن إرادتين متطابقتين تمام التطابق، مع مراعاة ما يقرره القانون علاوةً على ذلك من أوضاع أخرى لانعقاده.

وبعد عرض النظريات التقليدية التي تعنى بتحديد وقت انعقاد العقد التقليدي بشكلٍ عامّ، والعقد الإلكترونيّ بشكلٍ خاص، وبعد عرض الآثار القانونية التي تترتب على هذا التحديد، علاوةً على موقف بعض الاتفاقيات الدولية (مثل اتفاقية فيينا)، وبعد عرض رأي القانون النموذجي الدولي والتوجيه الأوروبي رقم (31) لعام 2000 م، وموقف المُشرِّع الفرنسي والمصري والسوري وغيره إزاء ذلك، يتبيّن لنا أن هذه المسألة التقليدية والتي سبق أن أثيرت في النظرية العامة للعقود، على غايةٍ من الأهمية. هذا وقد اختلفت التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في تحديد القاعدة العامة للحظة التي ينتج فيها القبول أثره بانعقاد العقد، كما اتجهت كل دولة إلى تبني نظريةٍ مختلفة عن الأخرى، ففي الوقت الذي ينعقد فيه العقد في التشريع السوري، قد لا يعدّ كذلك في التشريع المصري، أو غيره من التشريعات الأخرى. لذا قد يبدو من الصعب جدًّا ترجيح نظرية على أخرى، فلكل نظرية ما يبرّرها، ولكل نظرية

[87] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 30- 31.

ما يُؤخذ عليها. ولكن هذا لا يمنع من الإبقاء على القواعد العامة لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ مع إضفاء شيء من الخصوصية له يتناسب وطبيعة هذا النوع من التعاقد.

الفصل الثَّاني

مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ

لقد أزال التَّعاقد الإلكترونيّ الحُدود الدَّوليَّة، بفرضه مناهج جديدة وطُرق حديثة للتَّواصُل والتَّعاقُد عن بُعد. وهذا الأمر أثار الجدل الفقهي والقانوني حول مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، بالنَّظر إلى الآثار القانونيَّة المُترتِّبة على ذلك.

فعندما يتمُّ العقد بحُضور الطَّرفين، يُعَدُّ مكان وجودهما مكانًا لانعقاد العقد، ومن ثمَّ، يخضع لقانون ذلك المكان، غير أنَّ الإشكال الَّذي يطرح نفسه في هذا الصَّدد، هُو مكان انعقاد العقد عندما يتمُّ في بيئةٍ افتراضيَّة مُصطنعة، دون أن يرتكز إلى أقاليم جُغرافيَّة مُحدَّدة. فالعقد الإلكترونيّ من العقود التي تغلب عليها الصفة الدَّوليَّة. كما أن استخدام الوسائل الإلكترونيّة في إنجاز هذه العقود غالبًا ما يُؤدي إلى اختراق الحواجز الإقليمية بين الدول؛ فقد يكون البائع في مكان والمُشتري في مكان آخر، ومقرُّ وحدة الخدمة في مكانٍ ثالث، في حين أن تنفيذ العقد يكون في دولة مختلفة؛ الأمر الذي يجعلها مجالًا خصبًا لتنازع الاختصاص التَّشريعي، كما القضائي.

والمقصود بتنازع الاختصاص القضائي، هو أن يدفع المدعى عليه بعدم الاختصاص أمام المحكمة المعروض عليها النزاع، وبناءً عليه، يتمُّ إلزامها بالتحري حول موضوع اختصاصها المكاني من عدمه، بغية تجنُّب ضياع الوقت، وذلك بأن تُصدر أحكامًا، وهي ليست مختصَّة أساسًا بالنَّظر في النزاع المعروض أمامها.

وعلى فرض أن الاختصاص القضائي الداخلي لا يُثير أي إشكال فيما يتعلَّق بالمحكمة المُختصة بالنَّظر في النزاع، بيد أن الإشكال يُثار إذا تعلَّق الأمر بالاختصاص القضائي الدوليّ العامّ، فما هي المحكمة المُختصَّة بالنَّظر في مثل هذه النزاعات؟

ولا تظهر أهميَّة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ في تحديد المحكمة المختصة فحسب، بل تظهر أهميته أيضًا في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع. ذلك أن مكان انعقاد العقد يُتَّخذ كضابط إسناد لتحديد القانون واجب التَّطبيق؛ فالعقد يرتبط بعلاقة وثيقة بمكان إبرامه، ومن ثمّ، فتحديد مكان الانعقاد يُسهِّل على المُتعاقدين الرجوع إليه عند التعاقد، للتأكّد من السلامة القانونية للشروط التي يعزمون إدراجها في العقد، وأيضًا فإن تطبيقه يكفل وحدة القانون واجب التطبيق على الرابطة العقديّة.[88]

لذا، فقد سعت جلُّ التشريعات الوضعية إلى تنظيم هذا النوع من العقود، من خلال وضع قواعد وقوانين خاصة تحكُم المسألة المطروحة في هذا المقام، من أهمها: القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيّة، وقانون المبادلات والتجارة الإلكترونيّة التونسي[89]، وقانون المعاملات الإلكترونيّة السوريّ...

هذا، وقد تبنَّت العديد من التشريعات فكرة التلازم بين زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، ومن ثمّ، فإن النظريّة المحددة لزمان انعقاد العقد حسب

---

[88] زياد خليف العنزي، المشكلات القانونية للعقود الإلكترونيّة من حيث إثبات وتحديد مكان وزمان العقد الإلكترونيّ، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2010، ص: 156.

[89] يُعَدُّ قانون المبادلات والتجارة الإلكترونيّة التونسي من أوائل القوانين المنظمة للتجارة الإلكترونيّة على مستوى الدول العربية. انظر: محمد سعيد أحمد اسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونيّة، كلية الحقوق– جامعة عين شمس، منشورات الحلبي الحُقوقية، 2009، ص: 154.

تشريع دولة ما هي نفسها المطبَّقة على مكان انعقاده؛ فإنْ تبنَّت الدولة نظرية استلام القبول، فإن مكان انعقاد العقد أيضًا هو مكان استلام القبول (وصوله)، أمَّا إذا أخذت بنظريَّة العلم، فإنَّ مكان الانعقاد هو مكان العلم بالقبول.

في حين اتَّجهت التَّشريعات الأخرى إلى الأخذ بنظريَّة عدم التلازم ما بين زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، وذلك خلافًا للنظريَّات التقليديَّة، بحيث تؤكِّد هذه النظريَّة على عدم إمكانية ربط اقتران الإيجاب بالقبول بمكانٍ محدد.

لذا، قد يكون من المفيد تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين رئيسين، وذلك على النحو الآتي:

المبحث الأوّل: النظريّات التي عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، وموقف التشريعات إزاء ذلك.

المبحث الثاني: الآثار التي تترتب على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ.

المبحث الأوَّل

النَّظريَّات الَّتي عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ وموقف التشريعات إزاء ذلك

ظهر التعاقد عبر الشابكة (الإنترنت) نتيجة التحوّلات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصالات والمعلومات، والتي كان لها انعكاسها على

مختلف الأصعدة دون استثناء، وخاصَّةً في مجال التصرّفات القانونية. وقد أخذت هذه التصرّفات في التّزايد يومًا بعد يوم، وتمكّنت من تخطّي حاجزَيْ المكان والزمان بالوصول إلى معظم الأسواق العالمية في لحظات، ودون الحاجة إلى التنقل بين الحدود، وذلك من خلال المواقع الإلكترونيّة وتصفّحها.

ويتمّ العقد الإلكتروني،- كالعقد التقليدي-، بمجرّد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين، ومن ثم فالتبادل البسيط للإرادة من كلا طرفي التعاقد يسهم في ولادة العقد. وقد تتم عملية التعاقد في مجلسٍ واحد يضمُّ كُلًّا من الموجب والقابل، وهذا هو التعاقد بين حاضرين،[90] حيث ينعقد العقد في مكانٍ واحد وفي زمانٍ واحد. والأصل في التعاقد التقليدي هو اجتماع الطرفين المتعاقدين في مجلس عقد حقيقي لتبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين من أجل الاتفاق على تفاصيل العقد المزمع إبرامه؛ أما التعاقد الإلكترونيّ فيتم إبرامه عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة مع غياب التواجد المادي لكلا أطرافه.

وعلى الرغم من أن الوضع الغالب في التعاقد أن يتم بين حاضرين، وفي مجلس واحد، إلا أنه قد يتعذّر أحيانًا اجتماع طرفَيْ العقد في مكانٍ وزمانس واحد، مما يدفعهما للالتجاء إلى وسائل أخرى تمكنهم من الالتقاء مع بعضهما لإتمام التعاقد فيما بينهما؛ وقد أضحت تلك الوسائل في متناول جميع الأفراد في المجتمع، وهو ما يسمّى (بالتعاقد بين غائبين). ويبدو أن التعاقد عبر الشابكة قد أعاد من جديد لهذه الصورة أهميتها في نظرية العقد،

[90] زينب بو طالبي، المرجع السابق، ص: 89.

وخصوصًا أن هذا التعاقد قد يتمّ بين أفرادٍ ينتمون إلى دولٍ مختلفة، ومن كافَّة أنحاء العالم. ولهذه الصورة أهميتها في التعاقد بين التجار عمومًا، وعلى النطاق الدولي خصوصًا.[91]

هذا، وقد أُثير خلاف فقهي حول العقود الإلكترونيّة، فلم يتّفق الفقه القانونيّ على رأي موحّد فيما إذا كان تعاقدًا بين حاضرين أم بين غائبين، واتّجه الفقهاء في ذلك إلى اتّجاهاتٍ شتّى.

فذهب بعضهم إلى أن التعاقد الإلكترونيّ هو تعاقد بين حاضرين من حيث المكان، إذ يكون المتعاقدان على اتصال مباشر فيما بينهما، وإن عدم تواجد الأطراف المتعاقدة في المكان ذاته لا يعني بالضرورة أن التعاقد يكون بين غائبين، والعبرة هي بإمكانية وصول القبول إلى علم مَنْ وُجِّه إليه فور صدوره، لا بوجودهما في المكان ذاته؛ ومن ثم يكون مجلس العقد حُكميًّا، وليس حقيقيًّا، وتطبق عليه قواعد التعاقد بين حاضرين. ويتذرّع أصحاب هذا الاتّجاه بأن المتعاقدين يكونون على اتصال مباشر عبر الشابكة (الإنترنت)، وقد يتم التعاقد بينهم عن طريق الكتابة، وقد يكون بالصوت، وقد يكون بالصوت والصورة والكتابة معًا، إذا كان الجهاز مُزوّدًا بكاميرا وميكروفون، الأمر الذي يتحقق به الحضور في مجلس العقد الإلكترونيّ، ومن ثمّ يكون التعاقد الأخير تعاقدًا بين حاضرين، حتى لو كان الحضور اعتباريًّا.[92]

---

[91] مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مصر، دار الكتب القانونية، 2010، ص: 84.

[92] زينب بو طالبي، المرجع السابق، ص: 98.

وقد انتُقد هذا الاتجاه وبشدّة، وذلك بسبب تجاهله حقيقة مهمّة، تتلخص في أن التعاقد الإلكترونيّ قد لا يتم بشكلٍ آني، وبمعنى آخر قد لا يكون هناك تزامن بين الإيجاب والقبول، مثل ذلك القبول عن طريق البريد الإلكترونيّ، فقد لا يتحقق الاتصال الفوري، نظرًا لأن جهاز الموجب قد يكون مغلقًا وقت بثّ الرّسالة التي تفيد القبول، وربما يكون هناك عطل ما في الشابكة من شأنه عرقلة وصول القبول إلى الموجب فيحول ذلك دون الاتصال الفوري.[93]

في حين ذهب اتّجاه آخر إلى أن التعاقد الإلكترونيّ هو من قبيل التعاقد بين غائبين من حيث المكان. فأطرافه يتواجدون في دول مختلفة هذا من جهة، ومن جهةٍ أخرى، فإن التعاقد الإلكترونيّ يكون إما بالكتابة، وذلك عن طريق استخدام جمل محددة أو عن طريق الصوت والصورة، وهو في جميع الحالات يعدّ تعاقدًا بين غائبين[94]. شأنه في ذلك شأن التعاقد عبر المراسلة أو التعاقد عن طريق الهاتف، ولا يختلف عنهم إلا بالوسيلة التي يُبرم من خلالها[95].

ومهما يكن، فإن مكان انعقاد العقد، تبرز أهميته وبشكلٍ أكبر في العقود التي تتم بين غائبين، والتي تحتاج إلى تحديد مكان انعقادها، من أجل تحديد الكثير من المسائل المترتبة على ذلك. لذلك، فقد تعددت النظريات

---

[93] زينت بو طالبي، المرجع السابق، ص: 98.

[94] عبد الفتاح الكيلاني، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونيّة عبر الإنترنت، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011، ص: 53.

[95] مدحت عبد الحليم رمضان، الحماية الجنائية للتجارة الإلكترونيّة– دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، 2001، ص: 21.

الفقهية الساعية لإيجاد الحل القانوني لمسألة مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ. لذا، سيتم دراسة هذا الموضوع على النحو الآتي:

المطلب الأول: النظريات التي عالجت مسألة تحديد مكان العقد الإلكترونيّ.

المطلب الثاني: موقف التشريعات الدولية والوطنية حول مكان العقد الإلكترونيّ.

المطلب الأوَّل

النظريات التي عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ

تمتاز التصرفات المبرمة عبر الشابكة أنّها عالميّة، تغطي كافة أرجاء العالم، ولا تقتصر على رقعةٍ جغرافية محددة. وقد عالجت بعض التشريعات الدولية مسألة تحديد مكان انعقاد العقود الإلكترونيّة بنوعٍ من الخصوصية عن القوانين التقليدية، وقد تباينت مواقف الدول تجاه هذا الموضوع، وهناك من الفقهاء مَنْ يعتدّ بالنظريات التقليدية لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، فهل تصلح هذه النظريات الأخيرة لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ؟ أم أن الأمر يستلزم تدخل القوانين الخاصة بالتجارة الإلكترونيّة للبحث عن نظريات حديثة تتماشى مع الطبيعة الخاصة بهذا النوع من التعاقد؟ وهذا ما سيتم بيانه من خلال الفقرتين الآتيتين:

الفقرة (1)- النظريّات التقليديّة:

من أدقّ المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد الإلكترونيّ، مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، والتي عجزت مختلف النظريّات عن تفسيرها، ومن أهمها نظرية التلازم، ونعتها بعضهم بالنظرية الأحاديّة؛ وذلك بحسبان أنها تقدّم حلًّا واحدًا لتحديد زمان الانعقاد ومكانه[96]. وعليه، فإن النظرية المحددة لزمان انعقاد العقد هي نفسها النظرية المطبّقة على مكان انعقاده. فلو أنّ شخصًا ما (س) يقيم على أراضي الجمهورية العربية السورية، أرسل إيجابًا إلى آخر (ع) يقيم في مصر على سبيل المثال، وقبل هذا الأخير بالإيجاب الموجّه إليه، فالسؤال الذي يتبادر إلى الذهن للوهلة الأولى، متى ينعقد هذا العقد؟ وأين؟ فحسب هذه النظرية الأخيرة يكون هناك تلازمًا حتميًّا ما بين زمان الانعقاد ومكانه، فإنْ تبنّت الدولة نظرية إعلان القبول، فإن مكان انعقاد العقد هو أيضًا مكان إعلان القبول؛ أمّا إذا أخذت بنظرية استلام القبول، فإن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يتسلّم فيه الموجب القبول، وهذه النظريّات هي النظريات التقليدية التي سبق وأن تمَّ بيانهما في موضع سابق عن هذا.

أوَّلًا- عرض النظريَّات الأحاديّة:

إن النظريات الأحادية هي التي لا تفصل بين زمان انعقاد العقد ومكانه، وتجسّدت بنظرية إعلان القبول وإرساله، واستلام القبول والعلم به.

---

[96] وداد طورش، مجلس العقد الإلكترونيّ، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2018، ص: 61.

1- نظرية إعلان القبول: يذهب أنصارها إلى أن العقد يتم في المكان الذي يعبّر فيه القابل عن إرادته بانعقاد العقد، وهو في العقد الإلكترونيّ المكان الذي يُحرر فيه القابل رسالة إلكترونية تتضمن القبول أو اللحظة التي يضغط فيها هذا الأخير على الأيقونة المخصصة للقبول. والأخذ بهذا الاتجاه قد يواجه بعض الصعوبات في الإثبات في هذا المجال، لا سيّما وأن الطرفين يفتقران إلى الحضور المادي في المكان من جهة، ومن جهةٍ أخرى، لن يكون للقبول وجود إلا على جهاز الكمبيوتر الخاص بالقابل.[97] أمّا في التعاقد التقليدي فيكفي على سبيل المثال لا الحصر، أن يعبر القابل عن إرادته بالتعاقد شفاهةً[98] حتى ينعقد العقد ويرتّب آثاره وفق هذه النظريّة.

2- نظريّة تصدير القبول: وبموجب هذه النظرية ينعقد العقد في المكان الذي يصدر فيها القابل قبوله، فلا يكفي لانعقاد العقد أن يعلن القابل عن قبوله، بل يتوجّب عليه أن يرسل هذا القبول إلى الموجب، وهذا التصدير هو بمنزلة دليل على صدور القبول عن صاحبه، وهذه النظريّة كالسابقة، لا يشترط فيها علم الموجب بالقبول، ولكن ينبغي أن يكون إعلان القبول نهائيًّا، وهذا ما يتحقق بإرسال القبول إلى الموجب، مما يؤدي إلى سقوط النقد الموجّه إلى النظرية السابقة (إعلان القبول).

---

[97] أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، مصر، المحلة الكبرى، دار الكتب القانونيّة، 2005، ص: 92.

[98] رامي صالح الوريكات، التعاقد عبر الهاتف الخلوي- دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2013، ص: 85.

هذا، وقد توجّهت بعض الاجتهادات القضائية الفرنسية سيرًا وراء هذه النظريّة، فقضت محكمة النقض الفرنسية، بأن وضع الكتاب أو البرقية في مكتب البريد يؤدي إلى خروجه من يد القابل خروجًا لا رجوع فيه. ولولا تصدير القبول بشكله النهائي، لتمتع القابل بإمكان الرجوع عن قبوله، ما دام لم يصل إلى الموجب.[99]

واستنادًا إلى هذه النظريّة، فإن مكان العقد الإلكترونيّ هو المكان الذي يضغط فيه القابل من أجل إرسال قبوله للموجب،[100] وقد وجّه أنصار النظريّة الأولى (نظرية الإعلان) نقدًا إلى هذه النظرية، مفاده أن إرسال القبول لا يزيد أي قيمةٍ قانونيّة، علاوةً على إعلانه سوى واقعة التصدير، وهذه بحدّ ذاتها ليس لها أي أثر قانوني. فإذا صحَّ عدّ إعلان القبول غير كافٍ لتوافق إرادة المتعاقدين، فإن تصديره أيضًا لا يكفي لذلك،[101] وهذا ما دفع الفقه إلى تبنِّي نظريّةٍ أخرى هي نظرية وصول القبول.

3- نظرية استلام القبول: وبمقتضى هذه النظرية، ينعقد العقد في المكان الذي يتلقى فيه الموجب جواب القابل، ولا عبرة بعد ذلك للمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول.

وفي سبيل تحديد مكان العقد الإلكترونيّ ينبغي التفرقة ما بين صوره. فالنسبة إلى التعاقد عن طريق التفاعل المباشر ينعقد العقد في المكان الذي

---

[99] أشار إلى ذلك: إلياس ناصيف، العقود الدولية- العقد الإلكترونيّ في القانون المُقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009، ص: 112.

[100] أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص: 92.

[101] رامي صالح الوريكات، المرجع السابق، ص: 218.

يتواجد فيه الموجب في أثناء صدور القبول؛ ذلك أن الموجب يعلم بالقبول فور صدوره في هذه الحالة.[102] واستنادًا لنص المادّة (15/أ) من قانون الأونسيترال، فإن رسالة البيانات تكون قد استُلمت منذ وقت دخولها إلى نظام معلوماتٍ خاصٍّ بالمرسل إليه. أمّا بالنسبة إلى لتعاقد عبر البريد الإلكترونيّ، فبمقتضى هذه النظرية ينعقد العقد الإلكترونيّ في الوقت الذي تصل فيه الرسالة الإلكترونيّة التي تتضمّن القبول إلى صندوق البريد الإلكترونيّ الخاصّ بالموجب، ولا يهمّ بعد ذلك فيما إذا كان الموجب قد اطّلع على مضمون الرسالة أم لم يطّلع عليها.

ولكنّ المشكلة ليست هنا، المشكلة تكمن في تحديد مكان إبرام العقد الإلكترونيّ، وذلك في حالة وجود صندوق البريد الإلكترونيّ الخاصّ بالموجب على وحدة خدمة[103] في مكان مختلف عن المكان الذي يتواجد فيه الموجب صاحب البريد الإلكترونيّ. فأين يقع العقد الإلكترونيّ آنذاك، هل يقع في مكان وحدة الخدمة؟ أم أنّه يقع في المكان الذي يتواجد فيه الموجب نفسه؟[104]

فعلى سبيل المثال، إذا ذهب الموجب لإنشاء بريد إلكترونيّ على موقع (Hotmail) وهو موقع توجد وحدة الخدمة الخاصّة به في الولايات المتحدة الأمريكية، بينما يكون الموجب نفسه موجودًا في مكانٍ آخر، كأن يكون موجودًا في مصر، ووصلت رسالة إلكترونية تفيد القبول على هذا الموقع، فأين ينعقد

---

[102] سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص: 218.

[103] وحدة الخدمة: هي حاسب آلي يعمل كنقطة تحكّم مركزيّة لأي شبكة من أجل إدارة التطبيقات. انظر: سامح التهامى، المرجع السابق، ص: 218– الهامش.

[104] المرجع السابق، ص: 218.

العقد؟ هل ينعقد في المكان الذي يتواجد فيه الموجب (مصر)، أم أنّه ينعقد في مكان وحدة الخدمة (أمريكا)؟

في الواقع، لقد تضاربت الآراء حول ذلك،[105] فبعضهم يرى بأن مكان انعقاد العقد هو مكان وجود وحدة الخدمة، مستندين في ذلك على أن التقاء الإيجاب والقبول قد تمّ على هذه الوحدة، لذا ينبغي أن يكون مكان الانعقاد هو مكان وجود وحدة الخدمة. في حين ذهب اتجاه آخر إلى القول إن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يتواجد فيه الموجب، لا مكان وجود الخدمة،[106] وقد استند أنصار هذا الاتجاه في ذلك إلى المعيار الذي أخذ به التوجيه الأوروبي للتجارة الإلكترونيّة لتحديد مكان المنشأة، بدلالة الحيثيّة رقم (19) منه، حيث جاء فيها: ((مكان الشركة التي تقدّم خدمات على شبكة الإنترنت ليس هو مكان وجود وحدة الخدمة التي يوجد عليها موقعها، ولكن هو المكان الذي تمارس فيها نشاطها)). وكذا، قانون الأونسيترال الخاص بالتجارة الإلكترونيّة، اعتمد على هذا الاتجاه، فقد نصّت المادة (3/15) منه على أنّه: ((تطبّق الفقرة /2/ ولو كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات مختلفًا عن المكان الذي يعتبر أن رسالة البيانات استلمت فيه بموجب الفقرة /4/)).[107]

ولا بُدَّ من التنويه إلى أن معظم التشريعات الوطنية، كما المُشرِّع السوري، تميل إلى اعتماد هذه النظرية. غير أنها لم تسلم من الانتقادات الموجّهة إليها؛ ومن أبرزها، أنها تؤدي إلى خضوع المتعاقدين لقانون دولة

---

[105] سامح التهامى، المرجع السابق، ص، 218.

[106] المرجع السابق، ص: 218- 219.

[107] المرجع السابق، ص: 219- 220.

مختلفة عن تلك التي ينتمون إليهان وهذا ما يؤدي بالضرورة إلى التداخل بين القوانين، وإذا كان من المنطق تطبيق قانون غير وطني (أجنبي) على عقدٍ دوليّ، غير أنه ليس من المنطق تطبيق قانون أجنبي على عقد وطنيّ.[108]

وبمعنى آخر، لو أن طرفي العقد سوريّان، ويقيمان على أراضي الجمهورية العربية السورية، وأرادا تنظيم عقد بينهما، غير أن الرسالة الإلكترونيّة التي تفيد القبول وصلت إلى البريد الإلكترونيّ الخاص بالموجب في الوقت الذي كان فيه هذا الاخير في دولةٍ أخرى غير سوريّة كألمانيا على سبيل المثال. فعندئذٍ، وحسب هذه النظريّة يكون مكان إبرام العقد هو ألمانيا؛ لأن المُشرِّع السوري يستند إلى نظريّة استلام القبول لتحديد زمان انعقاد العقد ومكانه، وعليه، فإن القانون الألماني هو القانون الذي سيطبّق على العقد، ما لم يتّفق المتعاقدان على خلاف ذلك.

ومن الانتقادات التي وُجّهها أصحاب النظرية السابقة (وصول القبول) إلى هذه النظرية هو أن وصول القبول لا يضيف أي قيمةٍ قانونية على سابقاتها، ولكن هذا النقد لا يمكن الاعتداد به؛ لأنّ النظريّات السابقة كانت قد وُضعت لمصلحة القابل، أمّا هذه النظريّة فينبغي أن تكون لمصلحة الموجب؛ إذ باستلامه للقبول يصبح بإمكانه الاطلاع عليه، وإذا لم يطّلع عليه، ولم يعلم به رغم وصوله إليه، فهذا يعني أنّه هو مَنْ قصَّر بحقِّ نفسه، فمن المفترض

[108] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 189- 190.

أن يكون متشوّقًا لتلقّي أي رسالةٍ تتضمن القبول، سيّما وأنه هو الطرف الذي أطلق المبادرة التعاقديّة.[109]

4- نظرية العلم بالقبول: ينعقد العقد وفق هذه النظرية في المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول الصادر عن الطرف الآخر بالعملية التعاقدية. إذ يشترط أنصارها علم الموجب بالتعبير الصادر عن القابل بالقبول، ذلك أن الإرادة، من وجهة نظرهم، لا تنتج أثرها بانعقاد العقد ما لم تصل إلى علم الموجب.[110] وعند تطبيق هذه النظرية في المجال الإلكترونيّ، لا بدّ من التفرقة ما بين العقد المبرم عن طريق البريد الإلكترونيّ، والعقد المبرم من خلال التفاعل المباشر أو الموقع الإلكترونيّ، وكذلك التعاقد بوساطة المزاد الإلكترونيّ.

أ- التعاقد بواسطة البريد الإلكترونيّ: إن مكان العقد هنا هو المكان الذي يعلم فيه الموجب علمًا يقينيًّا بالقبول، وذلك كأن يقوم بفتح البريد الإلكترونيّ الخاص به، وأن يقرأ ويطّلع على مضمون رسالة القبول وأن يعلم حقيقةً بأنّ القابل قد قبل فعلًا بالعرض الموجّه إليه، إذ أنّه لا يكفي أن تصل الرسالة الإلكترونيّة، والتي تفيد القبول إلى صندوق البريد الإلكترونيّ الخاص بالموجب، بل يجب أن يصل القبول إلى علم الموجب.[111]

ب- التعاقد من خلال المزاد الإلكترونيّ: ينعقد العقد في هذه الحالة في المكان الذي يعلم فيه المزايد برسو المزاد عليه، ولا فرق بعد ذلك فيما إذا

---

[109] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 6.

[110] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص: 113.

[111] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 175.

كان على اتصال مباشر بالموقع الإلكترونيّ المقام فيه المزاد أثناء رسوّه، أم تمَّ إرسال رسالة إلكترونيّة إليه تحيطه علمًا برسوِّ المزاد عليه، كونه صاحب أكبر عطاء.[112]

ج- التعاقد عن طريق التفاعل المباشر: يُبرم العقد هنا في المكان الذي يوجد فيه الموجب لحظة صدور القبول من القابل، بحسبان أن الموجب في هذه الصورة يعلم بالقبول فور صدوره من الطرف الآخر، حيث أن التعاقد عن طريق هذه الصورة يُعَدُّ تعاقُدًا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.[113]

د- التعاقد عن طريق الموقع الإلكترونيّ: إن تحديد وقت التعاقد من خلال الموقع الإلكترونيّ أمرٌ سهلٌ إذا ما قُورن بالتعاقد عن طريق البريد الإلكترونيّ، فهذه الصورة تُظهر تواصلًا فوريًّا ما بين القابل والموجب. هذا، ويُبرم العقد الإلكترونيّ في هذه الحالة في المكان الذي يتواجد فيه الموجب أو مَنْ ينوب عنه في أثناء علمه بالقبول الصادر عن المتعاقد الآخر.[114]

ويُؤخذ على هذه النظريّة أنها تجعل الموجب هو الطرف المهيمن على العملية التعاقدية، سيّما وأنه لا يوجد ما يُلزمه بالاطلاع على مضمون الرسالة الإلكترونيّة، ما دام وصولها إليه لا يكفي لانعقاد العقد وترتيب آثاره القانونيّة، زد على ذلك أن عدم استطاعة القابل إثبات علم الموجب بمضمون رسالته،

---

[112] سامح عبد الواحد التهامى، المرجع السابق، ص: 216.

[113] المرجع السابق، ص: 216.

[114] المرجع السابق، ص: 216.

يتيح الفرصة أمام الأخير لتحقيق مصالح الشخصية بحسب زعم أصحابها، مما يثير صعوبة الأخذ بها، خصوصًا في مجال التعاقد الإلكترونيّ.[115]

ثانيًا- النقد الموجّه للنظريات الأحادية:

انتقد جانب من الفقه هذه النظرية، نظرًا للصعوبات التي تثيرها في التعاقد الدولي بشكلٍ عامّ، والتعاقد الإلكترونيّ بصفةٍ خاصَّة، فقد أدى التقدّم التقني الهائل في مجال الاتصالات إلى طرح العديد من المُشكلات القانونيّة، فالطرف المتعاقد يستطيع الدخول إلى أي موقع إلكتروني خاصّ به، وفي أي ناحية من أرجاء العالم، ومن ثمّ، فإن الأخذ بهذه النظريّة ربّما يُؤدّي إلى حدوث تداخل بين القوانين، وقد يؤدّي إلى إخضاع المتعاقدين إلى قوانين دولة غير تلك التي ينتمون إليها. وعلى الرغم من أن هذا الأمر لا يطرح إشكالًا في العقود التي تحتوي على عنصر أجنبيّ؛ لأنها تتمّ بين أفراد يقيمون أو ينتمون إلى دول مختلفة، فالعقود الإلكترونيّة غالبًا ما تكون دوليّة، إلّا أنه يطرح إشكالًا في حال إبرام العقد الداخلي، ضمن حدود الدولة الواحدة، فيرى ناقدو هذه النظرية بأنه من غير المنطقي أن يطبّق قانون أجنبيّ على طرفي العقد في العقود الداخلية التي لا تحتوي على عنصرٍ أجنبيّ.[116]

وبسبب الانتقادات الموجّهة إلى هذه النظرية، فقد لجأ بعضهم إلى القول إن مكان العقد الإلكترونيّ هو الشابكة (الإنترنت) بحسبانها عالمًا افتراضيًّا قائمًا بذاته، غير أنّ هذا الاتجاه لا يمكن الأخذ به، كونه يتجاهل

[115] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 176.

[116] المرجع السابق، ص: 188.

المتعاقدين المرتبطين بالعالم المادي، ولا يمكن فصلهم عنه، ممّا دفع بعضهم إلى القول إن نظرية التلازم لا تتواءم وطبيعة العقود الإلكترونيّة، الّتي تُبرم عن بُعد، لذا ينبغي التمسّك بمبدأ سلطان الإرادة لتحديد مكان العقد الإلكترونيّ أو الاستناد إلى النظريّات الحديثة.[117]

الفقرة (2)- النظريات غير التقليدية (الحديثة):

لقد لجأت العديد من التشريعات إلى إيجاد بعض النظريات المُستحدثة وغير النمطيَّة؛ تماشيًا مع الطبيعة الخاصّة التي تحكم العقود الإلكترونيّة؛ بيد أنَّ الخلاف لا يزال قائمًا حول النظرية الأكثر تلاؤمًا وتجاوبًا مع هذه العقود، ومنها النظريّات الثنائية، ومن أهم روّادها الأستاذان مالوري وشيفاليه.

وتستند فكرة هذه النظرية إلى عدم ضرورة التلازم الحتمي بين زمان العقد الإلكترونيّ ومكانه، حيث استندت في معالجة التعاقد ما بين غائبين على الفصل بينهما، كما ظهرت بعض النظريات التي حاولت التوفيق ما بين نظرية تصدير القبول والعلم به، وأمام ما سبق بيانه، قد يكون من المفيد التطرق إلى هذه النظريات في هذا الإطار على النحو الآتي:

أوَّلًا- النظريّات الثنائية (عدم التلازم):

يذهب أنصار هذه النظرية إلى عدّ مسألة مكان العقد مسألة مستقلة تمامًا عن مسألة زمان انعقاده، وتقوم على وضعٍ قانونيّ مُغاير، ذلك أن مكان العقد هو المكان الذي تلتقي فيه إرادة المتعاقدين، ولا يمكن تصور ربط الإرادة

[117] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 189.

بمكان ما، وعليه فمسألة ربط مكان العقد بزمانه ليست سوى مسألة افتراضيّة، وإذا كانت الفائدة المرجوّة من تحديد لحظة انعقاد العقد معرفة الوقت الذي تترتّب فيه آثاره أو سريان بعض المواعيد، غير أن الفائدة المتوخّاة من معرفة مكانه هي تحديد المرجع القضائي المختص بالنظر في النزاعات المعروضة أمامه والناجمة عن العقد، ومن ثمّ معرفة القانون واجب التطبيق.[118]

هذا، وقد تنبّه واضعو القانون النموذجي (الأونسيترال) إلى ضرورة الأخذ بهذه النظرية بدلالة نص المادة (15) منه في الفقرة (4) منها والتي تنصّ على أنه: ((مكان إرسال الرسالة الإلكترونيّة يتحدد بالمكان الذي يقع فيه عمل المنشئ، وإن مكان استلامها هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يتّفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك)).

وعلى ضوء ما سبق، فالعقد الإلكترونيّ يتم في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المُرسل، إذا ما أخذنا بنظرية التصدير، وفي المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، إذا ما أخذنا بنظرية الاستلام، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، ولكن إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يُشار عندئذٍ إلى محل الإقامة المُعتاد.[119]

وقد قال بها كُلٌّ من الفقيهين مالوري وشيفاليه، وكلاهما يتفق على أن الحل المتبع لتحديد زمان العقد الإلكترونيّ ينبغي أن يكون مغايرًا عن ذلك المتّبع لتحديد مكانه، بينما يختلفان فيما يأتي:

---

[118] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص: 117- 118.

[119] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 190- 191.

1- نظريـة مـالوري: اعتمد الأستاذ مالوري على النظريـة المزدوجـة فـي أثنـاء معالجتـه لأحكـام التعاقد بين غـائبين، مستندًا فـي نظريتـه إلـى أحكـام القضـاء الفرنسي، حيث اتّجه في مساره إلى ضرورة الفصل ما بين مسألة زمان انعقاد العقد ومكانه، فيكون حل مسألة زمان انعقاد العقد مختلفًا عن الحلّ المتّبع في مسألة مكانه.

ففي حالة تحديد زمان العقد، ينبغي الأخذ بنظرية العلم بالقبول، تماشيًا مع ما قال به الفقيه مالوري عندما ذكر بأنّ ((الموجب ليس مجبرًا بأن يلتزم تجاه الموجب له فبل أن يعلم بقبوله)) وقال أيضًا: ((لما كانت الإرادة التي يُعبّر عنها الموجب عن إيجابه، يترتّب عليها أنه إذا قبل الإيجاب فإنه لا يجوز الرجوع عنه، تحتم أنه يجوز للموجب أن يرجع عن إيجابه إلى الوقت الذي يعلم فيه بقبول القابل)).[120]

أما فيما يتعلق بمكانه فينبغي الأخذ بنظريّة تصدير القبول، انطلاقًا من مبدأ مفاده: عدم جواز إجبار القابل للتقاضي بعيدًا عن محلّ إقامته، بل إن الذي ينبغي أن يُتقاضى بعيدًا عن محلّ إقامته هو الموجب، لا سيّما وأنه هو الطرف الأوّل الذي أطلق المبادرة التعاقديّة.[121]

وتأسيسًا على ما سبق يتحدّد مكان العقد الإلكترونيّ بمكان القابل في أثناء قيامه باستخدام رسالة البيانات للتعبير عن قبوله.

---

[120] أشار إلى ذلك: لما سلهب، المرجع السابق، ص: 132.

[121] المرجع السابق، ص: 134.

2- نظريّة شيفاليه: يرى الفقيه شيفاليه أن العقد لا يعدو عن كونه مُجرّد فكرة افتراضيّة لا وجود لها في الواقع، وهي كالنظريّة السابقة (نظرية مالوري)، تفصل بين زمان انعقاد العقد ومكانه، خلافًا لما جاءت به النظريات التقليدية، والتي سبق وأن أكّدت على "وجود علاقة حتميّة ما بين زمان انعقاد العقد ومكانه". فهم ينكرون فكرة العقد الرضائي؛ لأنَّ هذه الفكرة تتعارض مع الوجود، وبمعنى آخر إنّ تطابق الإرادتين يتحقق في زمان معيّن، غير أنه لا يتحقق في مكانٍ معيّن، لأن الإرادة بنظرهم لا تقبل الانتقال ولا الوجود في مكان وزمان موحّد.[122]

ويرى الأستاذ شيفاليه أن العقد ينعقد في المكان الذي يتواجد فيه القابل، غير أنه عند سكوت المتعاقدين عن القواعد التي تطبق على صحّة العقد أو تفسيره، ينبغي العودة إلى المكان الذي يتواجد فيه الموجب، ذلك أن المبادرة التعاقديّة التي يطلقها الموجب إلى عدّة أشخاص يكون لها ذات المعنى، وإن اختلف الأشخاص الموجّه إليهم الإيجاب، هذا وقد فضّل الأستاذ شيفاليه نظرية العلم على غيرها من النظريّات الأخرى، في تحديد وقت انعقاد العقد، حيث قال: ((ليس من المحتّم أن تنشأ التزامات كل من المتعاقدين في وقت واحد، فكل منهما يمكن أن ينشأ التزامه بمجرّد إصدار إرادته كما في حال الموجب الذي يلتزم بإيجابه قبل حصول القبول))، أي قبل تمام العقد. كما قال شيفاليه:

[122] رامي الوريكات، المرجع السابق، ص: 91.

((إنّه من المستحيل وضع وقت تنشأ فيه التزامات كل من الموجب والقابل، لأن التزامات أحدهما تنشأ في وقت غير الوقت الذي تنشأ فيه التزامات الثاني.[123]

ثانيًا- النّظريّة المُختلطة:

1- عرض النظريّة: حاولت هذه النظريّة التوفيق بين نظريّة تصدير القبول والعلم به، إذ أنّ العقد ينعقد بتصدير القبول من قبل الموجّه إليه الإيجاب، غير أن هذا الانعقاد يبقى معلّقًا على شرطٍ واقف، وهو علم الموجب بالقبول، قبل انقضاء المدّة المعقولة التي تكفي عادةً لوصول القبول إليه، أو قبل انقضاء المدّة التي حددها الموجب للقبول، وعليه فإذا تحقّق الشرط (وهو علم الموجب بالقبول بالوقت المناسب) انعقد العقد بصورةٍ نهائيّة وأنتج جميع آثاره منذ لحظة تصدير القبول، ويرى أنصار هذه النظريّة أن هذا الاتجاه ليس بجديد عن الفقه والقانون، ذلك أن الالتزام العقدي مرتبط بشرط واقف، فإن وقت العقد يبقى هو وقت التقاء الإرادتين لا وقت تحقّق الشرط، وإن كانت الآثار لا تترتّب قبل تحقّق الشَّرط.[124]

2- حجج أنصار هذه النظريّة:[125]

تتمثّل حجج أنصار هذه النظريَّة بما يأتي:

---

[123] أشار إلى ذلك: لما سلهب، المرجع السابق، ص: 146- 147.

[124] محمد صديق عبد الله، مجلس العقد (النظريّات غير التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه)، 2016/5/25، ص: 120- 122. منشور على الموقع الإلكترونيّ الآتي: https://almerja.com/reading.php?idm=48837 (تاريخ الزيارة: 2021/6/6)

[125] المرجع السابق، ص: 125- 146.

أ- تحقّق هذه النظريّة التوازن الفعلي، ذلك أن العقد ينعقد لحظة اقتران الإيجاب بالقبول من جهة، ومن جهةٍ أخرى لا تترتّب آثاره إلا بعلم الموجب بالقبول، مما يؤدي إلى استقرار التعامل بين المتعاقدين.

ب- إن اعتماد هذه النظريّة يقودنا إلى التخلص من الظروف الخارجة عن إرادة المتعاقدين، والتي تمنع حدوث العقد مثل وفاة الموجب أو فقدانه لأهليته، فإذا وقعت حادثة الوفاة مثلًا بعد صدور القبول وقبل علم الموجب به، فإن العقد يعدّ نافذًا منذ وقت علم خلف الموجب بالقبول، ذلك أن العلم بالقبول يُعدّ كاشفًا للعقد، لا مُنشئًا له، والقول بخلاف ذلك يخالف الواقع؛ لأن العقد قد سبق وأن تم، والموجب سبق أن عبّر عن إرادته عند إرسال إيجابه، والقابل عبّر عن قبوله بتصديره له.

ج- إن اعتماد هذه النظريّة يتماشى مع القاعدة التي تقول إنّه: ((لا يجوز إجبار القابل الذي لم يصدر منه الإيجاب للتقاضي بعيدًا عن محلّ إقامته، فالموجب هو الذي أطلق المبادرة التعاقديّة، وهو الذي ينبغي أن يتقاضى بعيدًا عن مكان إقامته))، ذلك أن العقد سينعقد لحظة تصديره أي (مكان القابل).

د- إنّ اعتماد هذه النظرية يقودنا إلى عدّ العقد منعقدًا ونافذًا في حالة عدم علم الموجب بالقبول بسبب إهماله أو تقصيره، فليس من المنطق في شيء عدّ الموجب قد تحلّل من إيجابه إذا أهمل أو قصد في اطّلاعه على قبول الطرف الآخر (القابل).

وباستعراض هذه النظريّات (الحديثة منها والتقليديّة)، يظهر لدينا بشكلٍ واضح، مدى صعوبة تحديد أيٍّ منها الأنسب في التعامل الإلكترونيّ، عندما

يغيب الالتقاء الماديّ بصفةٍ نهائيّة بين أطراف العلاقة التعاقديّة، فكلّ واحدة من هذه النظريّات السابقة لها ما يبرّرها ويميّزها عن غيرها من النظريات الأخرى. ويبدو أنّه غير كافٍ لحل جميع المشكلات الناشئة عن تحديد مكان الانعقاد، إيجاد قواعد محدّدة لهذه المسألة، بل ينبغي إعطاء الأولويّة لمبدأ سلطان الإرادة في تحديد مكان الانعقاد كقاعدة أساسية، ومن ذلك، فقد أحسن المُشرِّع السوريّ باقتدائه في ذلك بقانون الأونسيترال، والذي يقرّ بمبدأ حريّة الأطراف في تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه. وفيما يتعلّق باتجاهات القوانين الأخرى في المسألة محل البحث، فإن غالبيتها تتفق على أن المسالة تخضع لما يجري عليه الاتفاق بين المتعاقدين، وفي غياب الاتفاق المُشار إليه، فإن القوانين تختلف في الاختيار بين الحلول المتاحة، وقد يكون من المفيد التطرق إلى هذه المسالة من خلال المطلب الآتي.

المطلب الثَّاني

تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ وفقًا للتشريعات الوضعيّة

لقد سارت بعض الدول التي سنّت تشريعاتها الخاصة بالمعاملات الإلكترونيّة على غرار القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيّة (الأونسيترال)، فانتهجت النهج ذاته المتّبع في تنظيم المسألة محلّ البحث، كالمُشرِّع السوري، نظرًا لعجز القواعد التقليدية عن مسايرة ركب الثورة التكنولوجيّة، في حيث لم تولِ بعض التشريعات الأخرى أهمية كافية لهذه المسألة. ومن ثمّ لم يتم العثور على أيِّ نصٍّ قانونيّ خاصّ بتنظيم مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، وبذلك دعت الحاجة إلى العودة إلى القواعد التقليديّة المتعلقة بهذه المسألة.

وبحسبان أن هذه المسألة من المواضيع الشائكة، نظرًا لدخولها في دائرة تنازع القوانين، فقد كرّست أغلب التشريعات الوضعيّة مبدأ سلطان الإرادة، ومنحته دورًا فعّالًا في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ.

وسأحاول في هذا المطلب بيان رأي المُشرِّع السوريّ في قانون المعاملات الإلكترونيّة ومقارنته مع القواعد العامة للعقد، كما سيتم التطرّق أيضًا إلى بعض المحاولات التي أتت بها بعض القوانين النموذجيّة والاتفاقيّات الدوليّة لحلّ هذه الإشكاليّة، وذلك من خلال الفقرتين الآتيتين:

الفقرة (1)- موقف الاتّفاقيّات الدوليّة:

تناولت معظم الاتفاقيّات الدوليّة المُنظّمة للمعاملات والتجارة الإلكترونيّة قواعد وأحكامًا خاصّة بتحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، بعضها قدّمت حلًّا موحّدًا للمسألتين السابقتين، ويطلق عليها بالنظريّات الأحاديّة، وهو الموقف الذي استقرّ عليه العقد النموذجيّ الأوروبيّ للتبادل الإلكترونيّ للبيانات، وكذلك اتفاقيّة التبادل النموذجي للجنة الاقتصادية لأوروبا.

وأخرى استندت إلى النظريّات الثنائيّة، والتي لا ترى أن هناك تلازمًا حتميًّا بين زمان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونيّة ومكانها، مثل القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة (الأونسيترال).

أوّلًا- الاتّفاقيّات الدوليّة التي استندت إلى النظريّات الأحاديّة:

1- العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات: يرتكز العقد النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات إلى فكرة التلازم بين زمان

انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، وعليه، فالنظريّة المحددة لزمان انعقاد العقد هي النظريّة ذاتها المطبقة على مكان انعقاده، وذلك بدلالة نص المادة (3) منه، حيث جاء فيها: ((تعد لحظة ومكان انعقاد العقد المبرم من خلال التبادل الإلكترونيّ للبيانات في اللحظة والمكان اللذين تستقبل فيه الرسالة الإلكترونيّة...)).[126]

ومن ثمّ، فمكان انعقاد العقد الإلكترونيّ هو المكان الذي تستقبل فيه الرسالة الإلكترونيّة الخاصة بقبول الإيجاب في النظام المعلوماتي الخاص بالموجب، أي المكان الذي يتواجد فيه الموجب لحظة وصول القبول إليه.

2- الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات: يعتمد الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات على نظرية الوصول أيضًا في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ وزمانه، حيث نصت على أنه: ((يعد العقد الذي تمّ باستخدام التبادل الإلكترونيّ للبيانات مبرمًا في الوقت والمكان الذي تصل فيهما الرسائل التي تشكل قبولًا لعرض بواسطة التبادل الإلكترونيّ للبيانات على نظام كمبيوتر مقدّم العرض)).[127]

وتطبيقًا لما سبق بيانه، إذا أُبرم عقد إلكتروني بين أفراد تلك الدول، فإن مكان انعقاد العقد يتحدد بالموازاة مع زمان وصول الرسالة التي تتضمن قبول الإيجاب إلى بريد الموجب بصرف النظر عن اطّلاع هذا الأخير عليه أم لا. وعلى العكس من ذلك اتفاقية فيينا، حيث أنها لم تتضمّن أحكامًا

[126] أشار إلى ذلك: نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 178.

[127] أشار إلى ذلك: المرجع السابق، ص: 177.

خاصّـة بمكـان انعقـاد العقـد ومـا تضـمّنته مـن نصـوص لا يتعلـق سـوى بزمـان الانعقاد، ومن ثمّ لا يمكن أن نزاوج بين المكان والزمان بأنْ نخضعهما لذات القاعدة، بل يتحدّد مكان الانعقاد في هذا الصدد وفقًا للقانون واجب التطبيق بمقتضى قواعد القانون الدولي الخاصّ.[128]

ثانيًا- الاتّفاقيّات الدوليّة التي أخذت بالنظريات المزدوجة (عدم التلازم):

1- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيّة (الأونسيترال): لم يتعرّض القـانون النمـوذجي للتجـارة الإلكترونيّـة مباشـرةً لمسـألة مكـان انعقـاد العقـد، واستعاض عن ذلك بتنظيم مسألة مكان إرسال واستلام رسائل البيانات،- كما تمّ بيانه في موضع سابق من هذا البحث-، حيث جاء في الفقرة (4) من المادة (15) من هذا القانون أنّه: ((ما لم يتّفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يُعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المنشئ، ويُعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه)).

واستنادًا لذلك، يمكن استنباط بعض النقاط حول تحديد مكان إرسال واستلام رسائل البيانات، على النحو الآتي:

أ- تختلف المعايير التي يستند إليها القانون النموذجي، بصدد تحديد زمان إرسال واستلام رسائل البيانات ومكانها، ذلك أن المُشرِّع في القانون السابق لم يستند إلى معيار (موقع نظم المعلومات) لتحديد مكان إرسال واستلام رسائل البيانات، كما فعل عند تحديد مسألة زمان إرسال واستلام رسائل البيانات، بل على العكس تمامًا، حيث استند إلى معيار آخر، وهو معيار (مقرّ الأعمال)،

[128] معن ادعيس، المرجع السابق، ص: 31.

وبهذا يكون المُشرِّع في هذا الصدد قد وضع في حسبانه، خصوصًا بشأن تحديد مكان الاستلام، وهو المكان الذي يتسنّى للمرسل التحقّق منه بسهولة، وهو ما يتحقّق بالنسبة إلى مكان مقر أعمال المرسل بالنسبة إلى تحديد مكان إرسال الرسالة من جهة، وبالمكان الذي يقع فيه مقرّ أعمال المرسل إليه بالنسبة إلى متلقّي الرسالة من جهةٍ أخرى.[129]

ب- عالج المُشرِّع في هذا القانون إشكاليّة تحديد مكان إرسال واستلام رسائل البيانات الإلكترونيّة عن طريق افتراض أماكن معيّنة على أنها أماكن إرسال واستلام الرسائل الإلكترونيّة، وذلك بغضِّ النظر عن الأماكن الحقيقية التي وقع فيها الإرسال والاستلام على أرض الواقع، حيث افترض أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونيّة هو المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل، أما مكان استلام الرسالة الأخيرة فهو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه. وعليه، فلا يعتدّ هنا المُشرِّع بالمكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الذي تمّ إرسال الرسالة الإلكترونيّة عن طريقه، وإنّما يعتدّ بمكان مقر عمل المرسل، وكذلك الأمر إذا استلم المرسل إليه الرسالة الإلكترونيّة عن طريق نظام معلومات لا يقع في المكان الذي يوجد فيه مقرّ عمل المرسل إليه، لا يعتدّ بهذا المكان، وإنّما تعدّ الرسالة الإلكترونيّة قد استلمت في المكان الذي يوجد فيه مقر عمل المرسل إليه.[130]

فلو أنّ المُرسل الذي يقع مقرّ عمله الأساسي على أراضي الجمهورية العربية السورية، كان قد أرسل الرسالة الإلكترونيّة من دولةٍ أخرى غير تلك

---

[129] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص: 82.

[130] المرجع السابق، ص: 85.

التي يقع فيها مقر عمله (كفرنسا مثلًا)، فالعبرة هُنا لمقرّ عمل المُرسل وهو (سوريَّة)؛ لأن المعيار المُعوّل عليه هو معيار مقرّ العمل، وقد اعتمد المُشرِّع في القانون النموذجي على المعيار الأخير، نظرًا لصعوبة تحديد المكان الذي يوجد فيه القابل أو الموجب، وقت إرسال أو استلام الرسالة الإلكترونيّة، ويعود سبب ذلك إلى عدم وجود تقنيّة يمكن التعويل عليها في تحديد المكان الذي يوجد فيه القابل أو الموجب وقت استلام أو إرسال الرسالة الإلكترونيّة، كما يرى بعضهم.[131]

ج- يجيز القانون النموذجي للأطراف المتعاقدة الاتفاق على مخالفة أحكامه فيما يتعلّق بمكان إرسال واستلام رسائل البيانات، حيثُ نصّت الفقرة (4) من المادة (159) منه على أنّه: ((ما لم يتفق المنشئ أو المرسل إليه على غير ذلك...)) لذا، يحقّ للموجب والقابل اعتماد معيار آخر غير معيار (مقرّ العمل) لتحديد مكان الإرسال والاستلام.

د- ينبغي التنويه إلى المُشرِّع في القانون النموذجي وفي أثناء تنظيمه لمسألة زمان إرسال الرسائل الإلكترونيّة ومكانها، لم يتأثّر بالنظريّات الأحاديّة، والتي من شأنها أن تقدّم حلًّا موحّدًا، بل على العكس، فقد تنبَّه المُشرِّع في هذا القانون، وفي أثناء تحديد مكان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونيّة، إلى ضرورة الاعتماد على معيار مغاير لذلك المعيار المعتمد عليه في تحديد زمان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونيّة، تاركًا مسألة تحديد مكان الانعقاد، وما ينجم عنه من آثار تتعلق بالاختصاص القضائي والقانون واجب التطبيق على المنازعات

[131] زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص: 172- 173.

إلـى القواعد العامّـة للقوانين الوطنيّـة للدول من حيث تبنّـي نظريّـة معيّنـة دون أخرى، إضافةً إلى قواعد القانون الدولي الخاص لديها.[132]

وقد يُثار التساؤل في هذا الصدد، فيما إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقرٍّ للعمل، فما هو المكان المُعوّل عليه إذًا، وهل اعتمد المُشرِّع في القانون النموذجي معيارًا معيّنًا في تحديد المكان؟.

فـي الحقيقـة، إن المـادة (4/15) مـن هـذا القـانون تجيبنـا عـن هـذا التساؤل، حيث أشارت إلى أنّه: ((ولأغراض هذه الفقرة (أي الفقرة /4/): أ- إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعينة، أو مقرّ العمل الرئيسي، لذا لم توجد مثل تلك المعاملة. ب- إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقرّ عمل، يشار من ثمّ إلى محل إقامته المعتاد)).

ووفقًا لذلك، إذا كان لأحد الطرفين، سواءٌ المُنشئ أو المرسل إليه، أكثر من مكان عمل، فيقصد بمكان العمل، المكان الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنيّة، أو مقرّ العمل الرئيس إذا لم توجد مثل تلك المعاملة. ومثال ذلك: بائعٌ، له عدّة مستودعات، في أماكن مختلفة، يمارس فيها أنشطة متنوعة، فالعبرة في تحديد مكان إرسال رسالة البيانات، هو لمقرّ العمل الذي له علاقة وثيقة بالمعاملة، أو لمقرّ العمل الأساسي،- حسب الحال-، ضف إلى ذلك، أنّه إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقرّ عمل، يُشار عندئذٍ إلى المكان الذي يقيم فيه صاحب الرسالة (المنشئ أو المرسل) عادة.

---

[132] لما سلهب، المرجع السابق، ص: 155.

2- اتفاقيّة الأمم المتحدة المتعلّقة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدوليّة: وأيضًا، من الاتفاقيّات التي جاءت بنصوص مماثلة إلى حدٍّ ما لنصّ الفقرة (4) من المادة (15) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدوليّة[133]، حيثُ نصّت المادة (6) منها على أنّه: ((1- لأغراض هذه الاتفاقية، يفترض أن يكون مقرّ عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف، ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقرّ عمل فيه.

2- إذا لم يعين الطرف مقرّ عمل وكان له أكثر من مقرّ عمل واحد. كان مقرّ العمل، لأغراض هذه الاتفاقيّة هو المقرّ الأوثق صلة بالعقد المعنيّ، مع إيلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علمٍ بها أو تتوقعها في أيّ وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه.

3- إذا لم يكون للشخص الطبيعي مقر عمل، أخذ بمحلّ إقامته المُعتاد.

4- لا يكون المكان مقرّ عمل لمُجرّد أنّه:

أ- توجد فيه المعدّات والتكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد.

---

[133] تهدف هذه الاتفاقية إلى تسهيل استخدام الخطابات الإلكترونيّة في التجارة الدولية عن طريق التأكد من أن العقود المبرمة وغيرها من الخطابات المتبادلة إلكترونيًا صحيحة وقابلة للتنفيذ، بقدر مثيلاتها من العقود والخطابات الورقيّة التقليديّة. وقد تمَّ اعتمادها في 2005/11/3 م. انظر نصّ هذه الاتفاقيّة على الموقع الإلكتروني:
https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/conventions/electronic_communications
(تاريخ الزيارة: 2021/6/28).

ب- أو يمكن فيه لأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني.

5- إن مُجرّد استلام الطرف اسم النطاق أو عنوان بريد إلكترونيّ ذا صلةٍ ببلد مُعيّن لا ينشئ قرينةً على أن مقرّ عمله يوجد في ذلك البلد)).

وفي هذا الصدد، لا بدّ من الإشارة أيضًا إلى أن المادة (3/10) من الاتفاقيّة المذكورة قد نصّت على أنّه: ((يُعتبر الخطاب الإلكترونيّ قد أُرسل من المكان الذي يوجد فيه مقرّ عمل المنشئ ويعتبر قد تُلقي في العنوان الذي يوجد فيه مقرّ عمل المرسل إليه، حسبما تقرّره المادة /6/)).

واستنادًا إلى النصوص السابقة، يمكن استنباط بعض أوجه الخلاف[134] بين قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونيّة، واتفاقيّة الأمم المتحدة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدولية، وعلى وجه الخصوص فيما يتعلّق بمسألة (تحديد مكان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونيّة) كالآتي:

أ- حدّدت اتفاقيّة الأمم المتحدة المتعلّقة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدوليّة مكان إرسال واستقبال الرسائل الإلكترونيّة بصيغةٍ آمرة، ومن ثمّ فلا يجوز للأطراف الاتفاق على مخالفتها بهذا الصدد. على العكس من ذلك قانون الأونسيترال الذي يجيز للمتعاقدين الاتفاق على مخالفتها بدلالة نصّ المادّة (4/15/) منه عندما نصّت على أنّه: ((ما لم يتّفق...)).

[134] زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص: 159- 161.

ب- وفقًا للمادّة (4/6) من اتفاقيّة الأمم المتحدة لاستخدام الخطابات الإلكترونيّة لا يجوز الاعتداد بمكان نظام المعلومات أو مكان المعدّات التكنولوجيّة كأماكن عمل، ولكن في القانون النموذجيّ لم يرد مثل هذا النصّ.

ج- من المحتمل أن يعيّن أحد الأطراف مقرّ عمله فيما يخصّ عقدٍ ما، وهذا أمر متوقّع في التجارة الإلكترونيّة، فهذا التحديد لمقرّ العمل يُعدّ قرينةً على وجود مقر عمل المتعاقد في ذلك المكان المُحدّد من قبله، غير أنها قرينة قابلة لإثبات العكس كأن يثبت المتعاقد الآخر أن المتعاقد الذي عيّن المكان لا يوجد له مقرّ عمل فيه بدلالة المادة (1/6) من اتفاقية الأمم المتحدة المتعلّقة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة، ولكنّ قانون الأونسيترال النموذجيّ الدولي لم يأخذ بهذا الاحتمال.

أمّا بالنّسبة إلى نقاط الاتفاق بينهما: فقد عالجت اتفاقيّة الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة، وكذلك القانون النموذجي، مشكلة تعيين مكان إرسال واستلام الرسائل الإلكترونيّة عن طريق معيار أساسي وهو مقرّ العمل، وذلك بغض النظر عن الأماكن الحقيقية التي يتم فيها الإرسال أو الاستلام، فكلاهما يفترض أن مكان إرسال الرسالة الإلكترونيّة هو المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل، وأن مكان استلام الرسالة الإلكترونيّة هو المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل إليه، ومن ثمّ إذا كان المكان الذي يوجد فيه نظام المعلومات الذي تم إرسال الرسالة الإلكترونيّة عن طريقه لا يوجد في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل لا يؤخذ به (أي مكان نظام المعلومات)، وتعدّ الرسالة الإلكترونيّة قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقرّ

عمل المرسل،[135] وهكذا دواليك...، وإذا لم يكن للمرسل أو المرسل إليه مقرّ عمل يتحدّد مكان إرسال الرسالة الإلكترونيّة أو استلامها في المكان الذي يقيم فيه المنشئ أو المرسل إليه عادة، وذلك حسب الحال.

الفقرة (2)- موقف التشريعات الوطنيّة:

لقد تباينت قوانين الدول العربية فيما بينها في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، فما هو موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونيّة؟ (أوّلًا)، وما هو رأي المشرّع السوريّ إزاء ذلك؟ (ثانيًا).

أوّلًا- موقف التشريعات العربيّة:

1- موقف المشرّع التونسي: تبنّى المُشرّع التونسي نظرية إعلان القبول كقاعدة عامّة في تحديد مكان انعقاد العقد بين غائبين، وذلك في الفصل (28) فقرة (1) من القانون المدني التونسي، فنصّ على ما يأتي: ((يتمّ العقد بالمراسلة في وقت ومكان إجابة الطرف الآخر بالقبول والتعاقد بوساطة رسولٍ أو غيره يتم في الوقت والجهة التي تحصل فيها الإجابة بالقبول من الطرف الآخر للرسول)).

ومن ثمّ، فقد أخذ القانون التونسي- في التعاقد بواسطة الرسول- بنظرية إعلان القبول، أي يُعَدّ العقد منعقدًا في مكان وزمان حصول القبول، وتحديدًا إعلانه، أي حالما يعلن القابل عن إرادته بالتعاقد.

[135] زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص: 159- 161.

ومن الواضح تمامًا، أن المشرع التونسي قد حدد مكان العقد التقليدي من خلال تحديد زمانه، بحسبان أن الوقت الذي يتم فيه تطابق الإرادتين يرتبط بمكان معين واحد لا يتجزّأ، وهذا المكان هو مكان القابل، فمكان انعقاد العقد هو المكان الذي تمّ فيه تطابق الإرادتين، وهو المكان الذي تمّ فيه إعلان القبول، ما لم يوجد اتّفاق أو نصّ قانونيّ يقضي بخلاف ذلك.

أمّا فيما يتعلّق بالعقد الإلكترونيّ، فقد خرج المشرع التونسي عن القاعدة التي تبنّاها في القانون المدني بصدد مكان انعقاد العقد بين غائبين، وذلك بدلالة الفصل (28) من قانون المبادلات والتجارة الإلكترونيّة التونسي، رقم (83)، لعام 2000 م، حيث جاء فيها: ((ينشأ العقد الإلكترونيّ بعنوان البائع، وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبيّة بواسطة وثيقة إلكترونيّة ممضاة وموجّهة للمستهلك، ما لم يتّفق الطرفان على خلاف ذلك)).

وكما هو بيّنٌ في النصّ السابق، فقد اتّجه المشرع التونسي إلى تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ بصورة واضحة، فافترض بأن مكان العقد هو المكان الذي يتواجد فيه البائع، ما لم يتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، فقد جرى التعامل في معظم القوانين الوضعيّة على أنه في العقود الإلكترونيّة، يجوز لطرفي العقد الاتفاق على تحديد مكان معين لانعقاد العقد، ولو كان هذا المكان يخرج أساسًا عن المكان المعتبر في القانون.

وقد تعرّض هذا الاتجاه للنقد، لا سيّما في المجال الإلكترونيّ، فالبائع قد يسجّل في موقع إلكتروني لدى دولةٍ أخرى غير تلك التي يكون لها علاقة وثيقة بالنشاط التجاري والاقتصادي للبائع أو مقرّ عمله، مما يؤدّي إلى اشتباك

القوانين وخضوع الاطراف المتعاقدة إلى قانون دولةٍ أخرى غير تلك التي ينتمون إليها، وهذا ما يعيق تقدّم التجارة الإلكترونيّة.[136]

وفي الواقع، وعلى الرغم من الجهود التي كرّسها المشرع التونسي، بشأن هذه المسألة (تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ)، إلا أنها وبمعزلٍ عن ذلك، تُعدّ مقتضياتها غير كافية لمواكبة التطوّر التكنولوجي وما وصلت إليه تشريعات الدول المتقدّمة، فقد عالج المشرّع التونسي هذه المسألة الاخيرة، وأشار إلى أن المكان المعوّل عليه في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، هو المكان الذي يتواجد فيه البائع، ولكن هذا لا يكفي، فماذا يقصد المشرع التونسي بمكان البائع؟ وهل العبرة لمكان عمله أم لمكان إقامته الفعليّة؟، فضلًا عن ذلك، لم يتطرّق المشرّع التونسي إلى مسالة تعدّد الأمكنة التي يتواجد فيها مقرّ عمل البائع.

2- موقف المُشرِّعَيْن المغربي والجزائري: اتّجه المشرع المغربي في الفصل (24) من قانون الالتزامات والعقود إلى الأخذ بنظريّة الإعلان،[137] بشأن تحديد مكان انعقاد العقد بين غائبين،[138] وجاء فيه: ((يكون العقد الحاصل

---

[136] نور الهدى مرزوق، المرجع السابق، ص: 193.

[137] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص: 113.

[138] اتجه أغلب الفقهاء إلى أن المشرع المغربي قد أخذ بنظريّة إعلان القبول، لتحديد مكان انعقاد العقد ما بين غائبين، في حين اتجه بعضهم إلى أن المشرع قد أخذ بنظرية التصدير؛ لأن كلمة (الرد) الواردة في صياغة المادة (24) تفيد معنى التصدير. انظر: مروة أبو العلا، تحديد زمان ومكان انعقاد العقد في مجلس العقد الحكمي حسب الفقه والقانون، تاريخ النشر 2018/2/22، بحث منشور على الرابط الإلكترونيّ الآتي: https://www.mohamah.net/law/%D8%AA%D8%AD%D8%AF%D9%8A%D8%AF-%D8%B2%D9%85%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%85%D9%83%D8%A7%D9%86%D8%A7%D9%86%D8%B9%D9%82%D8%A7%D8%AF%D8%A7%D9%84%D

بالمراسلة تامًّا في الوقت والمكان اللذين يردّ فيهما مَنْ تلقّى الإيجاب بقبوله والعقد الحاصل بواسطة الرسول أو وسيط يتم في الوقت والمكان اللذين يقع فيهما ردّ مَنْ تلقّى الإيجاب للوسيط بأنه يقبله)).

أمّا فيما يخصّ مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، وأمام سكوت القانون المغربيّ رقم (53،05)[139] لعام 2007 عن تحديده، ظهرت مجموعة من النقاشات حول هذه النقطة، فيما يتعلق بالعقود الإلكترونيّة الدوليّة، التي تحتوي على عنصرٍ أجنبيّ، فما هو مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، هل هو مكان الموجب أم مكان القابل، وهل لا يزال المشرع المغربي متمسّكًا بنظريّة التلازم التي استند إليها في تحديد مكان العقد التقليدي؟؟

أمّا بالنسبّة إلى مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ في القانون رقم (05،18) المتعلق بالتجارة الإلكترونيّة الصادر عام 2018 م، فلا يزال غير واضحٍ تمامًا، وذلك بسبب افتقار القانون الأخير إلى أي نصٍّ خاص يوضّح بالتفصيل مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ.

وبإسقاط ما جاء في القواعد العامّة على أحكام التعاقد الإلكترونيّ في ظلّ الفراغ التشريعي المتمثّل في انعدام نصٍّ خاصّ بتنظيم هذه المسألة، يتّضح من ذلك أن المشرّع الجزائري قد أخذ بنظريّة العلم بالقبول بصدد تحديد مكان انعقاد العقد بين غائبين، حيث نصّت المادّة (67) من قانون التجارة

8%B9%D9%82%D8%AF%D9%81%D9%8A%D9%85%D8%AC%D9%84%D8%B3-%D8%A7/ (تاريخ الزيارة: 2021/8/2).

[139] القانون المغربي (53،05) المتعلق بالتبادل الإلكترونيّ للمعطيات القانونية، لعام 2007.

الإلكترونيّة[140] على أنّه: ((يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تمّ في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق أو نصّ قانونيّ يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول)).

وما هو واضح من نصّ هذه المادة أن المشرع الجزائري، كغيره من العديد من التشريعات، فسح المجال أمام المتعاقدين لتطبيق اتفاقهما لتحديد مكان انعقاد العقد، وهذا تكريسٌ لمبدأ سلطان إرادة الأطراف المتعاقدة.

غير أنّه، وفي حال عدم وجود اتفاق أو نصّ قانونيّ يحدد مكان انعقاد العقد نطبق نظرية العلم بالقبول حسب المادة المذكورة أعلاه، فتطابق الإرادتين يكون بعلم الموجب بإرادة المتعاقد الآخر، وعند تطبيق هذه النظريّة (نظرية العلم بالقبول) على صور التعاقد الإلكترونيّ ينبغي التمييز بين ما يأتي:

ـ **التعاقد من خلال البريد الإلكترونيّ:** ينعقد العقد الإلكترونيّ في المكان الذي يتواجد فيه الموجب في أثناء فتحه البريد الإلكترونيّ الخاص به، واطّلاعه على الرسالة الإلكترونيّة الموجّهة من قبل القابل والتي تفيد القبول.[141]

ـ **التعاقد عبر المواقع الإلكترونيّة:** ينعقد العقد الإلكترونيّ في المكان الذي يتواجد فيه الموجب في اللحظة التي يفتح فيها الموقع المُتعاقَد من خلاله، واطّلاعه على الرسالة الإلكترونيّة، أو في المكان الذي يكون فيه هذا الأخير

---

[140] القانون رقم (05،18) المؤرخ في 2018/5/10، والمتعلق بالتجارة الإلكترونيّة. انظر الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية، العدد 28.

[141] وداد طورش، المرجع السابق، ص: 62.

فـي أثنـاء وصـول موافقـة القابـل فـي حـال التعاقـد عبـر الضـغط علـى زر الموافقة.[142]

ـ **التعاقـد بـالمزاد الإلكترونـيّ:** ينعقد العقد فـي المكـان الـذي يعلـم فيـه المُزايـد برسـو المـزاد عليـه، سـواءٌ أكـان هـذا الأخيـر علـى اتصـال بـالموقع الإلكترونـيّ المقـام فيـه المـزاد فـي أثنـاء رسـو المـزاد عليـه أم تـمّ إرسـال رسـالة إلكترونية إليه لإعلامه برسوّه عليه.[143]

ـ **التعاقـد عبـر غـرف الدردشـة والمحادثـة المباشـرة:** ينعقـد العقـد الإلكترونـيّ فـي المكـان الـذي يتواجـد فيـه الموجـب فـي أثنـاء صـدور القبـول مـن القابـل، بحسـبان أن الموجـب سـيعلم بـالقبول فـور صـدوره مـن قبـل الموجّـه إليـه الإيجـاب، ذلـك أن التعاقـد فـي هـذه الحالـة هـو تعاقـد بـين حاضـرين مـن حيـثُ الزمان، وغائبين من حيثُ المكان.[144]

غير أنّ هذه النظرية لا تتلاءم مع الطبيعة القانونيّة للعقود الإلكترونيّة، بحسبان أن المتعاقد يستطيع أن يبرم عشرات العقود عبر الشابكة، ومن أي دولة، ومن أي مكان، نظرًا لعالميتها وسهولة التعامل بها، ومن ثمّ فالأخذ بهذه النظريّة قد يتيح تطبيق قانون دولة أجنبية عن طرفَي العلاقة العقديّة، دون رغبتهما بذلك.[145]

---

[142] وداد طورش، المرجع السابق، ص: 62.

[143] سامح التهامى، المرجع السابق، ص: 216.

[144] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص: 119.

[145] وداد طورش، المرجع السابق، ص: 62- 63.

ثانيًا- موقف المشرع السوري:

1- مكان انعقاد العقد التقليدي بين غائبين: بالرجوع إلى القاعدة العامة في القانون المدني، يتبين أن المشرع السوري قد استند إلى نظريّة الإعلان في سبيل تحديد مكان انعقاد العقد التقليدي[146]، بدلالة المادّة (98) من هذا القانون، وفق ما تمت الإشارة إليه عند الحديث عن موقف المشرع السوري بصدد تحديد زمان انعقاد العقد بين غائبين، حيث نصّت هذه المادّة على أنّه: ((يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول...))، فالعقد ينعقد في المكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول، ممَّن وجّه إليه العرض. وهذا ما يؤكّد الوحدة بين زمان ومكان العقد، فقد اتّجه المشرع السوري إلى اعتماد النظريات الأحاديّة (مبدأ التلازم بين زمان الانعقاد ومكانه)، ومن ثمّ يتم العقد في المكان الذي يتواجد فيه القابل، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك؛ إذ أن النص السابق إنّما هو نصٌّ تكميلي يجوز لأطراف العلاقة العقدية الاتفاق على مخالفته، إذا ما أرادوا ذلك.

2- مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ: يعتمد المشرع السوري، في قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري رقم (3) لعام 2014، على نظرية الوصول في تحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، كما فعل المشرّع في العقد

---

[146]- هذا بخلاف المشرّع المصريّ الذي أخذ بنظريَّة العلم بالقبول، وفق ما نصت عليه المادّة (91) من القانون المدني.

النموذجي الأوروبي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات، وكذلك الاتفاق الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكترونيّ للبيانات.

ويُستدل على ذلك من المادّة العاشرة من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري، حيث جاء فيها: ((يعدّ العقد الإلكترونيّ قد تمّ في المكان والزمان الذي استُلم فيه القبول، ما لم يتفق على غير ذلك)). فالمشرّع قد اعتمد نظرية استلام القبول كأساس لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، مخالفًا في ذلك النهج الذي اتّبعه في تحديد مكان انعقاد العقد بين غائبين؛ رغبةً منه في مواكبة التطور التكنولوجيّ.

ولا شكّ في أنّ المشرع قد تأثر بالقواعد العامة المطبقة في العقود التقليدية، حيث استند إلى إحدى النظريّات الفقهية المتعارف عليها في تحديد مكان انعقاد العقد التقليدي (الوصول). ولكن، وأمام صعوبة تحديد ذلك، خصوصًا في مجال البيئة الإلكترونيّة، حاول المشرّع في قانون المعاملات الإلكترونيّة افتراض كون الرسالة الإلكترونيّة قد استلمت في مقر عمل المرسل إليه (الموجب)، ويتّضح ذلك من خلال المادة التاسعة، والتي نصّت الفقرة (أ) منها على أنه: ((تعدّ الرسالة الإلكترونيّة قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل، وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقرّ عمل المرسل إليه؛ وإذا لم يكن لأيّ منهما مقرّ عمل، فالعبرة لمكان إقامته، هذا ما لم يتّفق المرسل والمرسل إليه على غير ذلك)).

وبالتَّمعُّن في هذا النصّ، يتّضح بأن المشرع السوريّ في قانون المعاملات الإلكترونيّة، قد سار على نهج القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيّة

(الأونسيترال)، ذلك أن المشرع السوري في القانون المذكور لم يستند إلى معيار (موقع نظم المعلومات) لتحديد مكان إرسال رسائل البيانات واستلامها، كما فعل عند تحديد مسألة زمان إرسال رسائل البيانات واستلامها، بل ارتكز إلى معيار آخر، وهو معيار مقرّ العمل، وذلك بالطبع، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك، تمامًا كما فعل المشرع في القانون النموذجي، وفقًا لنص المادة (4/15) منه. وعلى العكس من ذلك، اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدوليّة، والتي حددت مكان إرسال الرسائل الإلكترونيّة واستقبالها بصيغة آمرة، ومن ثمّ فلا يجوز للأطراف المتعاقدة الاتفاق على مخالفتها بهذا الصدد.

ولكنّ السؤال الأكثر أهميّة في هذ الإطار مفاده: ما هو مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ في حال تعدد مقرّات عمل المرسل إليه؟.

لقد أورد المشرع السوري حلًّا لذلك من خلال المادة (9/ب) من قانون المعاملات الإلكترونيّة، والتي جاء فيها: ((إذا كان للمرسل أو المرسل غليه أكثر من مقر عمل، فيعدّ المقر الأكثر صلة بالمعاملة هو مكان الإرسال أو التسلّم، وعند تعذّر الترجيح، يعدّ مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال أو التسلّم، وذلك مع عدم الإخلال بالأحكام الخاصّة بالشخص الاعتباريّ)).

ومن ثمّ، فقد أوضحت هذه الفقرة قاعدة عامة بهذا الخصوص، مفادها، أنّ مقرّ عمل المرسل إليه هو المقرّ الذي له الصلة الأوثق بالمعاملة المرتبطة بالرسالة المعنيّة، وفي حال غياب وجود مثل تلك المعاملة فيعدّ مقر عمل

المرسل إليه، هو مقر العمل الرئيس، ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك. أمّا إذا لم يكن للمرسل إليه مقرّ عمل، فيشار عندئذٍ إلى مكان إقامته المُعتاد.

- الرأي الشخصي:

لقد صاغ المشرع السوري هذه المسالة بدقّة عاليّة، آخذًا بالحسبان الإيجاب الموجّه إلى الجمهور، خصوصًا في حال صدور القبول من عدّة أشخاص ينتمون إلى عدّة دول مختلفة لإيجاب موجّه إليهم عبر البريد الإلكترونيّ، فعند نشوب نزاع بينهم وبين الموجب، لا يمكن لهذ الأخير أن يقصد مكان إقامة كل واحد منهم، بيد أن المنطق يقتضي توجّه القابلين إلى مقرّ عمل الموجب[147] وفقًا لذلك، فقد تغلّب المشرع السوري على هذه الإشكالية، بتبنيه نظرية استلام القبول لتحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ، مستنيرًا في ذلك بقواعد القانون النموذجي، غير أنها وفي المقابل لا تخدم مصلحة القابل، وإنما تجعله في حالة عدم استقرار، فقد يكون من العسير على القابل تحديد المكان الذي يتواجد فيه مقرّ عمل الموجب عند استلام الرسالة الإلكترونيّة. ومن ثمّ فإن الصعوبات الخاصة بالبيئة الإلكترونيّة تبرر حماية أكبر للقابل، ولا يختلف اثنان في أنّ هذا القلق الذي يعيشه القابل، ليس في صالح التجارة الإلكترونيّة الدولية، بل من معوّقاتها الأساسية، خصوصًا في البلدان النامية.

وعادةً لا تنشأ هذه الصعوبات في ظل العقود المبرمة داخليًّا في البيئة التقليدية، بيد أن الأمر ليس بهذه السهولة فيما يتعلق بالعقود الدولية المبرمة في

[147] لما سلهب، المرجع السابق، ص: 148.

بيئة افتراضية (غير ماديّة)، وهذا الاختلاف بين الدول التي ينتمي إليها المتعاقدون، سينجم عنه لا محالة اختلاف في التشريعات الناظمة لمسألة مكان الانعقاد.

علاوةً على ذلك، كثيرًا ما يفلت الموجب (المهنيّ) من العقاب، بسبب تقاعس الطرف الآخر (المستهلك) عن المطالبة بحقّه في ظل التباعد المكاني بين الأطراف المتعاقدة. ومن هنا تبرز الإشكالية التي جاءت هذه الدراسة المتواضعة لمحاولة الإجابة عنها. فمسألة مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ هي واحدة من اكثر المسائل القانونية المربكة دوليًّا، وقد باتت مصدر قلق قانونيّ لدى أغلب التشريعات القانونية، بحسبانها أمكنة مفترضة (غير ماديّة)، لذا، قد يكون من المفيد إعطاء الأولوية إلى إرادة ذوي الشأن (الموجب والقابل) في العقود الإلكترونيّة، وترك الحرية للمتعاقدين لتحقيق المساواة بين المراكز القانونية لأطراف العلاقة العقدية، فالمتعاقدين أعلم بظروف العقد من غيرهم.

المبحث الثاني

الآثار التي تترتّب على تحديد مكان العقد الإلكترونيّ

تظهر أهمية تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ فيما يترتّب على ذلك من آثار قانونية مُهمَّة؛ فالعقد الإلكترونيّ من العقود التي تغلب عليها الصفة الدوليّة، ومن ثمَّ فإن استخدام الوسائل الإلكترونيّة في إنجاز هذه العقود غالبًا ما يؤدّي إلى اختراق الحواجز الإقليمية بين الدول، الأمر الذي يجعلها مجالًا خصبًا لتنازع الاختصاص القضائي، والمقصود بتنازع الاختصاص القضائي

هو أن يدفع المُدّعى عليه بعدم الاختصاص أمام المحكمة المعروض عليها النزاع، وبناءً عليه يتم إلزامها بالتحرّي عن موضوع اختصاصها من عدمه، بغية تجنّب ضياع الوقت، وذلك بأن تصدر أحكامًا وهي ليست مختصة أساسًا بالنظر في النزاع المعروض أمامها. وعلى فرض أن الاختصاص القضائي الداخلي لا يثير أي إشكال فيما يتعلق بالمحكمة المختصة بالنظر في النزاع، بيد أن الإشكال يُثار إذا تعلّق الأمر بالاختصاص القضائي الدولي العامّ. فما هي المحكمة المختصة بالبتّ في مثل هذه النزاعات؟ وهل يتم اللجوء في منازعات العقود الإلكترونيّة إلى المحاكم الكلاسيكية (التقليدية) أم إلى المحاكم الافتراضية؟ (المطلب الأول).

ومن ناحية أخرى، يعدّ مكان العقد أحد نقاط الإسناد التي يلجأ إليها المُشرعون في تحديد القانون واجب التطبيق عليه في حالة تنازع القوانين، وهو ما أخذ به المُشرع السوري في المادة (20) من القانون المدني السوري، في حالة عدم وجود اتفاق على تحديد ذلك القانون أو اختلاف موطن أطراف العلاقة العقدية. لذلك من المفيد استعراض الحلول القانونية القائمة حاليًّا في تلك القوانين (المطلب الثاني).

المطلب الأوَّل

الجهة القضائية المختصة بفض النزاعات الناشئة عن العقود الإلكترونيّة

إذا كان العقد الإلكترونيّ من زمرة العقود التي تغلب عليها الصفة الدولية، على الرغم من أنها في بعض الأحيان لا تكون كذلك، فقد نصت المادة (12) من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري رقم (3) لعام 2014

على أنه ((تنطبق على العقود الإلكترونيّة القواعد المتعلقة بالاختصاص الدولي العامّ، المنصوص عليها في قانون أصول المحاكمات وتعديلاته، إذا كان طرفا العقد في بلدين مختلفين، أما إذا كانا في سوريّة فتنطبق القواعد العامة في الاختصاص)).

فإذا كانت العقود الإلكترونيّة في غالبها تتم بين متعاقدين مختلفي الجنسية، ومن ثم ينتمون إلى دول مختلفة، وربّما لا يمكن الجزم بالمكان الذي تتم فيه، غير أن ذلك لا يمنع من أن تتم هذه العقود ضمن أرجاء الدولة الواحدة، وأمام هذا الوضع كان لا بُدّ من التفرقة ما بين قواعد الاختصاص القضائي الخاصّ (العقد الداخلي) وقواعد الاختصاص الدولي العام (العقد الدولي).

فإذا نشب نزاع بشأن عقد وطني (داخلي)، وأراد صاحب المصلحة رفع دعوى قضائية، فيتوجّب عليه قانونًا رفعها أمام المحكمة المختصة نوعيًّا أو قيميًّا ومحليًّا. هذا ويستند الاختصاص المكاني للمحاكم على جملة من المبادئ والأسس منها ما هو مقرر لمصلحة المدعي ومنها ما هو مقرر لمصلحة المدعى عليه، ويختلف الاختصاص الأخير باختلاف صفة العقد المراد إبرامه. فإذا كان العقد مدنيًّا ينعقد الاختصاص بشأن النزاع المطروح لمحكمة موطن المدعى عليه أو مكان سكنه المؤقت، وإذا تعدّد المدعى عليهم كان الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن أحدهم؛[148] أما إذا اتفق المدعي والمدعى عليه على اختيار محكمة معينة محليًّا لحسم أي نزاع قد ينشأ

[148] المادة (82) من قانون أصول المحاكمات السوري رقم /1/ لعام 2016.

بينهما حول العقد الأخير، فإن المحكمة المتفق عليها هي المحكمة المختصة مكانيًّا، بشرط أن تكون مختصة نوعيًّا للنظر فيها كذلك.

وكان لزامًا التنويه إلى أنّه حتى لو اتفق الخصوم على محلّ مختار لتنفيذ العقد، فإنّ ذلك لا يحرم المدعي من حقه برفع دعواه أمام محكمة موطن المدعى عليه، وبمعنى آخر، للمدعي حق الخيار بين رفع الدعوى أمام محكمة موطن المدعى عليه أو أمام المحكمة المتفق عليها لتنفيذ العقد موضوع الدعوى.[149]

أما إذا كان ذلك العقد تجاريًّا فإن النظر في النزاع الذي يثور بشأنه يكون منوطًا بمحكمة موطن المدعى عليه أو المحكمة التي كان يجب الوفاء في دائرتها أو أمام المحكمة التي وقع الاتفاق عليها وتسليم البضاعة.[150]

ويقضي المبدأ العام، أنه لا ولاية للمحاكم الوطنية في محاكمة الأجانب الذين لا يقيمون على إقليم الدولة، لأنه لا فائدة من حكم يصدر على أجنبي ويصعب تنفيذه عليه فيها، غير أن تطبيقه ربما يلحق ضررًا كبيرًا بالمواطنين الذين يدخلون في تعامل مع أجنبي.[151] لذا، فقد نظم المشرع السوري جملةً من القواعد يمكن من خلالها رفع الدعوى أمام المحاكم السورية على الأجنبي، كاستثناء على المبدأ العام عن طريق ما يسمى بالاختصاص الدولي العام للمحاكم. ويطرح هذا الموضوع الأخير عندما تتضمن الدعوى عنصرًا أجنبيًّا، والعنصر الأجنبي إما أن يكون جنسية الأطراف المتعاقدة، أو موطنهم أو مكان

---

[149] المادة (86) من قانون أصول المحاكمات السوري المشار إليه سابقًا.

[150] المادة (90) من قانون أصول المحاكمات السوري المشار إليه سابقًا.

[151] محمد واصل، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، 2011، ص: 305.

إقـامتهم الفعليـة، أو مكـان تنفيـذ العقـد، وقـد حـدّد المشـرع السـوري قواعـد الاختصـاص الـدولي العـام فـي قـانون أصـول المحاكمـات فـي المـواد (4-11) منه.

إذًا، فقـد ذهـب المشـرع السـوري إلـى إمكانيـة الاسـتناد إلـى المحـاكم التقليديـة، وذلك لحلّ المنازعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونيّة، وهذا استنادًا إلى القواعد العامّة لتحديد الاختصاص القضائي. فهل تعدّ هذه الأخيرة كافية بحـدّ ذاتهـا لتحديـد المحكمـة المختصـة فـي المنازعـات الناشـئة عـن التعاقـد الإلكترونيّ، والتي تتم غالبًا في فضاء افتراضي يتفادى الاصطدام مع الطابع المادي لهذه القواعد؟ هذا ما سيتم تناوله من خلال الفقرتين الآتيتين.

الفقرة (1)- الاختصاص الرضائي:

تكريسًـا لمبـدأ سـلطان الإرادة، فقـد ذهـب الكثيـر مـن الفقهـاء،- كمـا القوانين الوضعية-، إلى إعطاء الإرادة دورًا لا يُستهان به في هذا المجال. فمن مبـادئ فقـه الأصـول المدنيـة الدوليـة جـواز اتفـاق الخصـوم علـى الخـروج عـن قواعد الاختصاص القضائي الدولي، وذلك باتفاقهم على اختيار محكمة أخرى غير محكمة جنسية المدعى عليه أو موطنه المختار أو مسكنه (أولًا)، أو عن طريق اللجوء إلى الطرق غير القضائية لفض النزاعات (ثانيًا).

أولًا- حق الأطراف في اختيار المحكمة المختصّة:

علـى الـرغم مـن أن العقـد الإلكترونـيّ لـيس عقـدًا تقليـديًّا، غيـر أن فقـه قانون التجارة الإلكترونيّة يؤكد خضوعه للقاعدة العامّة التقليدية التي تحكم العقد

الدولي عمومًا، وهي مبدأ حرية اختيار المحكمة المختصة من قبل الطرفين المتعاقدين، وهذا ما أكدته المادة (39) من القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتّجارة الإلكترونية، وجاء فيها: ((إذا اتفق طرفا المعاملة الإلكترونيّة على ولاية محاكم دولة ما لنظر النزاع الذي ينشأ بينهما بشأن تلك المعاملة أو بسببها، فإن محاكم تلك الدولة تكون هي المختصة بنظر النزاع)).[152]

وكذلك اتفاقية لوجانوا[153] والتي أشارت بدورها إلى حرية الأطراف المتعاقدة في تحديد السلطة القضائية المختصة. في حين ذهب المشرع الفرنسي مبدئيًّا إلى أن كل شرطٍ يخالف بصورة مباشرة أو غير مباشرة قواعد الاختصاص المكاني يعدّ كأن لم يكن، ليعود بعد ذلك ليستثني من حكمه هذا العقود التي يكون فيها الأطراف تجّارًا، وذلك بدلالة المادة (48) من قانون أصول المحاكمات المدنية الفرنسي. ولا بدَّ من الإشارة هُنا إلى أن الرأي السائد في الفقه والقضاء الفرنسي هو عدم إعمال هذا النص في مجال المعاملات التي تحتوي على عنصرٍ أجنبيّ.[154]

أمّا بالنسبة إلى موقف للمشرّع السوري، فقد أخذ بضابط المحكمة المختارة بصورة جليّة، إذ أنه منح الاختصاص للمحاكم السورية بالفصل في الدعوى إذا قبل الخصم ولايتها صراحةً أو ضمنًا، وهذا ما نصّت عليه المادة التاسعة من قانون أصول المحاكمات السوري، والتي جاء فيها: ((يجوز

---

[152] انظر المذكرة الإيضاحيّة للقانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتجارة الإلكترونيّة، المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم (812/د25) تاريخ 2009/11/19.

[153] اتفاقية لوجانوا المبرمة فيما بين دول اتحاد التبادل الحر المنضمة غلى الاتحاد الأوروبي بتاريخ 1988/9/16.

[154] أشار إلى ذلك: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص: 314.

للمحكمة أن تحكم في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها دوليًّا طبقًا للمواد السابقة إذا قبل المدعى عليه السير فيها صراحةً أو ضمنًا)).

في الواقع ومن خلال استقراء النص السباق يتبين أن ضابط المحكمة المختارة لا يتعلّق بالنظام العام، ذلك أن الفكرة الأخيرة لا تحتمل المساومة والقبول أو عدم القبول من قبل المتعاقدين.[155]

إذًا، فالمبدأ السائد في الكثير من القوانين الوضعيّة أنّه يحقّ للمتعاقدين باتفاق بينهما تحديد المحكمة المختصة بحلّ النزاع الواقع أو المحتمل الوقوع في المستقبل، احترامًا لمبدأ سلطان الإرادة، حتى لو كان هذا النزاع لا يدخل أساسًا في ولاية المحكمة المتفق على اللجوء إليها من قبل الأطراف المتعاقدة، وفقًا للقواعد العامة للاختصاص، مما يثير التساؤل في هذا المقال حول هذه الحريّة الممنوحة للمتعاقدين، فهل تعدّ مطلقة أم أنها مقيّدة ببعض الشروط والقيود؟.

1- القيود الواردة على حريّة الأطراف في تحديد المحكمة المختصّة: في الحقيقة حتى ينتج هذا الاختيار الرضائي أثره ينبغي أن تتحقق عدّة شروط، من أهمها:

أ- ينبغي أن تكون هناك رابطة جديّة بين النزاع من جهة، وبين المحكمة المختارة من قبل المتعاقدين للخضوع لولايتها القضائية من جهة أخرى، وأن تقوم مصلحة مشروعة للأطراف من وراء هذا الاختيار، ولا يهم بعد ذلك فيما

[155] محمد واصل، المرجع السابق، ص: 46.

إذا كان الاتفاق على الاختصاص سابقًا على نشوب النزاع أم لاحقًا له،[156] وذلك لإضفاء القوة والفعالية للأحكام الصادرة عن المحكمة المختارة من قبل الأطراف المتعاقدة، فكما هو متعارف عليه عندما يصدر القرار عن محكمة مختصة أساسًا بالنزاع يحمل من القوة ما لا يحمله القرار الصادر عن المحكمة المختارة، لذا ينبغي أن تتوافر هذه العلاقة الجديّة ما بين هذه المحكمة الأخيرة وما بين النزاع المعروض أمامها حتى لا تتجرد أحكامها من القوة والفعالية وتصبح دون جدوى، وعلى هذا، يجب على المتعاقدين العثور على رابطة جديّة بينهما، وهذا بالطبع ليس أمرًا يسيرًا، خصوصًا مع غياب المعيار المنضبط الواضح الذي يتحدد على أثره طبيعة هذه الرابطة.

ب- اشتراط الصفة الدولية للنزاع محل نظر، وعليه فإذا كان الاتفاق المانح للاختصاص متعلّقًا بنزاع داخلي بحت، فإن هذا الاتفاق يكون مجرّدًا من أثره، وذلك بدلالة المادة التاسعة من قانون أصول المحاكمات السوري، وهذا ما استقرّ عليه العديد من التشريعات الأخرى.[157]

ج- ويشترط أيضًا، أن لا ينطوي هذا الاتفاق على غش أو تحايل نحو الاختصاص القضائي، فإذا كانت القوانين الوضعية منحت الأطراف المتعاقدة حريّة تحديد المحكمة المختصة بنظر نزاع قائم أو محتمل، امتثالًا لمبدأ سلطان الإرادة، غير أن هذه الحرية مقيدة بشرط وهو سلامة الإرادة من أي غش أو

---

[156] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 145.

[157] سمير خليفي، حل النزاعات في العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010، ص: 95.

تحايل ربما يؤدي إلى الإفلات من الأحكام المتعلقة بالنظام العام،[158] ويستوي في هذا المجال أن يكون الاتفاق الرضائي صريحًا أو ضمنيًّا، ويكون الاتفاق الأخير صريحًا إذا كان مدوّنًا في متن العقد، وذلك بإدراج بند في العقد يركن الاختصاص إلى محكمة دولة معينة دون غيرها من باقي الدول الأخرى، أو في وثيقة أخرى لاحقة لإبرامه، ويقصد بالكتابة في مجال العقود الإلكترونيّة "الكتابة الإلكترونيّة"، وفي سبيل ذلك فقد ذهب مجلس الاتحاد الأوروبي من جهته إلى إدراج تعديل على المادة (17) من معاهدة بروكسل[(159)] لتنسجم مع الطبيعة الخاصة بالتعاقد الإلكترونيّ ومفاده: ((يعتبر في حكم الكتابة، كل ما يتم تداوله بالطريقة الإلكترونيّة، مع إمكانية الاحتفاظ به بصورة دائمة، ومن ثم، يكون البند الرضائي الاتفاق على المحكمة المختصة بالنظر في النزاع صحيحًا ومنتجًا لأثره، إذا تمّ تأكيده بموجب رسالة إلكترونية، شرط أن يحفظ المتعاقد هذه الرسالة في ذاكرة جهازه على نحو يسمح بالاطلاع عليها فيما بعد ولا يعد سندًا كافيًا، مجرّد طبع الرسالة على سند ورقي والاحتفاظ بها.[160] أما بالنسبة إلى الاختيار الضمني للاختصاص فأبرز مثال عليه، حضور المدعى عليه جلسة المحاكمة أمام المحاكم غير المختصة أساسًا بالنظر في النزاع المعروض أمامها وإجابته عن ذلك فيما يتعلق بالدعوى، دون أن يدفع بعدم

---

[158] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 96.

[(159)]– أبرمت هذه الاتفاقية في 27 سبتمبر عام 1968 بين دول الجماعة الأوروبية الاقتصادية، وامتد تطبيقها إلى الدول الأعضاء في الجمعية الأوروبية للتجارة الحرة، بمقتضى اتفاقيّة لوجانو المبرمة في عام 1988، وقد حققت اتفاقية بروكسل حرية تبادل وانتقال القرارات القضائية، وأصبحت نافذة في عام 1988، بموجب اتفاقية لوجانو. انظر: سمير خليف، المرجع السابق، ص: 99.

[160] أشار إلى ذلك: إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص: 315.

الاختصاص الدولي كأول دفع، وقبل الخوض في موضوع النزاع، فيُعدّ قبوله ضمنيًّا، ولا بدّ من التنويه إلى أن الغياب عن الحضور في الدعوى رغم تبلّغه المدعى عليه لا يعدّ قبولًا ضمنيًّا بالاختصاص.[161]

2- ملاءمة الضابط الرضائي للعقود الإلكترونيّة: في الواقع، من غير المتصور أن ينعقد الاختصاص للمحكمة المتفق عليها، لحلّ النزاع الناشئ عن التعاقد الإلكترونيّ، سيّما وأن هذا النوع من التعاقد يولد في مكان افتراضي وهو البيئة الإلكترونيّة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى ربّما يصطدم هذا الضابط بإنكار أحد المتعاقدين له، لا سيّما إذا لم يتمّ تدوين الاتفاق صراحة في متن العقد أو في أي وثيقة أخرى مرفقَة له من قبل الأطراف المتعاقدة، ولتفادي هذا الإشكال يجب تدوين هذا الاتفاق الأخير من قبل أصحاب المصلحة.[162]

هذا، وقد يتعمّد بعضهم نشر بيانات كاذبة على الموقع الخاص به، أو استخدام نطاق غير مملوك له لترويج بضاعته، مما يجعل المتعاقد مع ذلك الشخص يجهل الطرف الآخر، مما يثير إشكالية تحديد الهوية للتمكّن من تحديد المحكمة المختصة لحل النزاع، ومن ثمّ، حتّى لو اتفق المتعاقدان على المحكمة المختصة، فالطرف الآخر غير معني بالنزاع بحسبانه قد استخدم مواقع ليست مملوكة له.[163]

---

[161] محمد واصل، المرجع السابق، ص: 95.

[162] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 145.

[163] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 96.

ثانيًا- الوسائل البديلة لفض النزاعات (الطرق غير القضائية):

بعد أن أثبت القضاء عجزه عن حسم المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونيّة، سواءٌ من حيث تحديد الجهة القضائية المختصة بالنظر فيها، أو من حيث القواعد الإجرائية المطبقة عليها، اتجه الفقه القانوني الحديث للبحث عن آليات أخرى (غير قضائية) أثبتت نجاعتها وفعاليتها في فض منازعات العقود الإلكترونيّة، على الرغم من تواجد بعض الصعوبات التي تحد من تطبيقها، كونها تنتمي إلى عالم افتراضي، ولكن يُشترط لإعمالها وتفعيلها اتفاق الأطراف المتعاقدة على اللجوء إليها قصد الوصول إلى حلّ يرضى به كلا المتعاقدين.[164]

1- الوساطة: شهدت الوساطة تقدّمًا ملحوظًا كوسيلة لحسم النزاعات بطريقةٍ وديّة. والوسيط هو عامل محايد يختاره الأطراف لإصلاح ذات البين، يقوم بدوره باقتراح سبل الحلّ، دون أن يملك سلطة إجبار المتنازعين على قبوله. ومن ثمّ يمكن لأحدهم ألا يأخذ به، وأن يعدّل في كل وقت عن السير قُدُمًا في هذا السبيل ليختار الطريق القضائي بدلًا عنه.[165]

هذا ومن المبادرات المهمّة التي سعت لإقامة مؤسسة تقوم بدور الوسيط في حلّ المنازعات مؤسسة "Le Cyber Tribunal". وقد أنشأتها جامعة مونتريا ل الكندية، عام 1995، وهي عبارة عن نظام مجاني متاح لكافة مستخدمي الشابكة "الإنترنت"، أي للتجار والمستهلكين، وتختص بإجراء

---

[164] سمير خليف، المرجع السابق، ص: 121.

[165] الطاهر محروق، الوسائل البديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونيّة (التحكيم الإلكترونيّ أنموذجًا)، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي- أم البواقي-، 2017، ص: 16.

الوساطة التي تكلّف بها في جميع المنازعات الناشئة عن استخدام التكنولوجية الحديثة[166].

2- التحكيم: لقد بات التحكيم الإلكترونيّ من أنجع الوسائل البديلة لتسوية الخلافات، خاصّة في المجال الإلكترونيّ؛ ذلك أن التحكيم على خلاف الوساطة. فالمحكّم له سلطة إصدار حكم مُلزم لطرفي النزاع، في حين لا يتمتّع الوسيط في الوساطة الإلكترونيّة بهذه السلطة، ومن ثم يبقى القرار الصادر عن هذا الأخير مجرّد اقتراح يخضع لإرادة الأطراف، إن شاؤوا قبلوه وإن شاؤوا رفضوه. كما يحقّ لهم الانسحاب في أي لحظة عن متابعة السير بالوساطة ليعودا إلى الطريق العادي في التقاضي، في حين أنهما لا يتمتّعان بالمُكنة ذاتها المخولّة لهما في حالة التحكيم الإلكترونيّ، الذي يصبح ملزمًا لهما بموجب اتفاقهما على اللجوء إليه. ونظام التحكيم كالوساطة، فلا يجوز اللجوء إليه إلا بناءً على اتفاق الأطراف، سواء قبل حدوث النزاع وذلك في صورة شرط تحكيم أو بعد وقوعه بتوقيع اتفاق التحكيم.[167]

هذا ومن المسلّم به في فقه التحكيم الدولي أن الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع قد يتّخذ شكل بند يُدرج في العقد الاصلي، وقد يكون متضمنًا في اتفاق مستقل، مما يجعله عقدًا قائمًا بذاته، قد يتفق الأطراف على إخضاعه لقانون مختلف تمامًا. ويكاد يجمع الفقهاء على إخضاع اتفاق التحكيم لقانون الإرادة، فقد يتفق الأطراف أنفسهم على تنظيم آلية التحكيم، وهو ما يُعرف في فقه التحكيم التجاري الدولي بـ "التحكيم العائم"، أي التحكيم الذي

---

[166] إلياس ناصيف، المرجع السابق، ص: 316.

[167] الطاهر محروق، المرجع السابق، ص: 16-17.

يتحرّر فيه الأطراف من جميع القواعد الوطنية، حيث تتولى إرادة الأطراف أمر صياغة القواعد الإجرائية التي تحكم سير المنازعة بشكل مفصّل، أو ترك الأمر للمحكمين أو إخضاع المسألة لقانون دولةٍ معينة دون غيرها. ولكن في حالة غياب هذا الاتفاق، نجد أن الفقه والقانون المقارن قد اختلفا بخصوص هذه المسألة، بين اتّجاه يرجّح إخضاعه لقانون مقر التحكيم، وهو الطريق الذي سلكته اتفاقية نيويورك[168] في المادة (2/5) حيث نصّت على ما يأتي: ((وفقًا للقانون المختار من قبل الأطراف، وفي حالة عدم وجود اختيار من قبلهم وفقًا لقانون الدولة التي صدر فيها حكم التحكيم))، في حين يميل اتّجاه آخر لترك الحريّة لهيئة التحكيم.[169]

الفقرة (2)- الاختصاص غير الرضائي:

من مبادئ قواعد فقه الأصول الدولية، جواز اتفاق الخصوم على الخروج عن قواعد الاختصاص القضائي الدوليّ، وذلك باتفاقهم على

---

[168]- تعد هذه الاتفاقية الأكثر أهميَّةً في مجال التحكيم الدولي، وهي إحدى الاتفاقيات المتعلّقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبيّة، وقد تم اعتماد هذه الاتفاقية من قبل المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة في 10 يونيو عام 1958، وقد دخلت حيّز التنفيذ في 7 يونيو عام 1959، وتطلب هذه الاتفاقية من محاكم الدول المتعاقدة إعطاء تأثير اتفاقيات خاصة إلى التحكيم والاعتراف وإنفاذ قرارات التحكيم المحرز في الدول المتعاقدة الأخرى. انظر الرابط الإلكتروني الآتي:
https://ar.wikipedia.org/wiki/%D8%A7%D8%AA%D9%81%D8%A7%D9%82%D9%8A%D8%A9_%D8%A7%D9%84%D8%A7%D8%B9%D8%AA%D8%B1%D8%A7%D9%81_%D8%A8%D9%82%D8%B1%D8%A7%D8%B1%D8%A7%D8%AA_%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%AD%D9%83%D9%8A%D9%85_%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AC%D9%86%D8%A8%D9%8A%D8%A9 (تاريخ الزيارة: 2021/8/30)

[169] رقيق بلعربي العربي، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة- دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والاتفاقيّات الدوليّة، رسالة ماجستير، جامعة خميس مليانة، 2014، ، ص: 94.

اختصاص محكمة غير محكمة جنسية المدعى عليه، أو موطنه المختار أو سكنه، ولكن في حالة غياب الاتفاق الصريح للخصوم على تسمية الجهة القضائية المختصة بالنظر في النزاعات المتعلقة بعقودهم المبرمة من قبلهم، ارتكزت قوانين الأصول على العديد من الضوابط تحت مسمّى الضوابط العامة. ومن خلال استقراء أحكام بعض القوانين الوضعية تبين أن هناك ضوابط مشتركة، بعضها متعلّق بشخصيّة المدعى عليه، وأخرى مرتبطة بموضوع النزاع. فما هي الضوابط؟ وما هو مدى ملاءمتها للعقود المبرمة عن بعد؟ وما هي الحلول المقترحة من قبل التشريعات الدولية والوطنية لحل الإشكاليات الناجمة عن التعاقد الإلكترونيّ؟.

أولًا- الضوابط الشخصية ومدى ملاءمتها للعقود الإلكترونيّة:

وتتمثّل بضابطين اثنين هما: ضابط الجنسية وضابط الموطن، وهي ضوابط مستمدة من ارتباط المتعاقدين بالدولة، إما عن طريق الإقامة على إقليمها أو عن طريق التمتع بجنسيّتها.

1- جنسيّة المدّعى عليه ودورها في تحديد المحكمة المختصة في العقود الإلكترونيّة: يعدّ ضابط الجنسية من الضوابط التقليدية الشخصية التي تستند إلى المركز القانوني للمدعى عليه، والتي تركن إلى الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتمتع هذا الأخير بجنسيتها. وهذا يعني أن الجنسيّة الوطنية للمدعى عليه كافية بحدّ ذاتها لانعقاد الاختصاص القضائي لمحكمة الدولة التي يتمتع هذا الأخير بجنسيّتها، دون حاجة إلى اشتراط أي علاقة أخرى بين النزاع الواقع

والدولة التي ينتمي إليها المدعى عليه بجنسيّته.[170] وهذا ما أكّدته المادة (3) من قانون أصول المحاكمات السوري، حيث نصّت على أنه: ((تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على السوري سواء أكان مقيمًا في سورية أو خارجها)). ومؤدّى هذا النص أن المشرع السوري اكتفى بمجرد تمتّع الشخص بالجنسية السورية حتى ينعقد الاختصاص لمحاكم الجمهورية العربية السورية، سواء أكان هذا الشخص طبيعيًّا أم اعتباريًّا، فقد جرى العمل على اختصاص المحاكم السورية، كمعظم التشريعات الوضعية، بالنظر في الدعاوى التي ترفع على رعاياها بصرف النظر عن مكان إقامتهم الفعلية، ودون أي شرط أو قيد آخر، تأسيسًا على ما للدولة من قدرة على كفالة آثار أحكامها في مواجهة المتمتعين بجنسيّتها.[171]

ومن خلال استقراء أحكام بعض التشريعات الوضعية، تبين أن معظمها قد عولت على ضابط جنسية المدعى عليه،[172] وهذا ما أخذ به المشرع المصري في المادة (28) من قانون المرافعات المصري رقم /13/ لعام 1968م، والتي نصت على أنه: ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على المصري، ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج)). كما تبنّاه المشرع العراقي من

---

[170] محمد بلاق، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونيّة بين الاتجاهين التقليدي والحديث، بحث منشور في مجلة البحوث والعلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2016، ص: 16- 17.

[171] محمد بلاق، المرجع السابق، ص: 4.

[172] وكذلك نصت المادة (27) من قانون أصول المحاكمات المدنية والتجارية الفلسطيني رقم /2/ لعام 2001 على أنه: ((تختص المحاكم في فلسطين بنظر الدعاوى المدنية والتجارية التي تقام على الفلسطيني ولو لم يكن له موطن أو محل إقامة في فلسطين.. وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار موجود في الخارج)).

خلال المادة (14) من القانون المدني العراقي رقم /40/ لعام 1951 م، والتي جاء فيها: ((يُقاضى العراقي أمام محاكم العراق عما ترتّب في ذمته من حقوق حتى ما نشأ منها في الخارج)). ولا يشترط وجود ضابط آخر إلى جانب ضابط الجنسية لعقد الاختصاص للمحاكم الوطنية، لأن هذا الضابط الأخير يكفي بحدّ ذاته لعقد الاختصاص القضائي الدولي العام، وإذا كان من السهل تحديد جنسية المدعى عليه في أثناء التعاقد التقليدي، غير أن تطبيقه في مجال التعاقد الإلكترونيّ قد يثير بعض الصعوبات، ومن أهمها صعوبة التحقق من جنسية المدعى عليه، لا سيّما وأن أغلب العقود الإلكترونيّة حتى تلك التي تحتاج إلى ملء استمارة إلكترونية تحتوي على جملة من البيانات الشخصية تمهيدًا لإتمام عملية التعاقد، وهذه البيانات في الأعم الأغلب تتعلق باسم المتعاقد ومكان إقامته وبريده الإلكترونيّ، وغير ذلك من البيانات التي من شأنها أن تساهم في إتمام العملية التعاقدية.[173]

كذلك، فمن الصعب مراقبة العناوين الإلكترونيّة التابعة للمتعاقدين في سبيل التحقق من البيانات المتعلقة بالمتعاقد الآخر، وبالأخص التجّار الذين لا يحق لهم تخزين عناوين عملائهم على قاعدة البيانات الخاصة بهم، بحسبان أن هذا العمل قد يتعارض مع القانون الخاص بحماية المعلومات المتعلقة بالحريّات الشخصيّة، وهذا ما أكّده التوجيه الأوروبي رقم (46) الصادر في عام 1995 والمتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي وحرية تداولها عبر الأقاليم. لذا، فمن الصعب جدًّا التأكد من جنسيّة الأطراف المقبلة على التعاقد، فقد

[173] محمد بلاق، المرجع السابق، ص: 16- 17.

ذهب جانب من الفقه إلى عدم مُلاءمة هذا الضابط (جنسيّة المدعى عليه) لتحديد المحكمة المختصة في النزاعات الناجمة عن العقد الإلكترونيّ، لا سيّما وأن ضابط الجنسية من المفاهيم المادية، والتي لا تتناسب البتّة مع فكرة العالم الافتراضي الإلكترونيّ، مما ساهم في تراجع هذا الضابط في هذا المنوال.[174]

2- ضابط الموطن ودوره في تحديد المحكمة المختصة في العقود الإلكترونيّة: من المبادئ المهمّة التي يرتكز عليها الاختصاص القضائي الدولي والداخلي على حدٍّ سواء، هو أن المدعي يتَّبع المدعى عليه، أي أن المدعي هو الذي ينبغي أن يسعى إلى محكمة موطن المدعى عليه للمثول أمامها، فليس من المنطق أن يلجأ المدعى عليه إلى محكمة المدعي، ومن ثم قد يتّضح بعد ذلك أن الدعوى التي تقدّم بها أمام القضاء ما هي إلّا دعوى كيديّة.[175]

والحكمة من هذا المبدأ الدولي إنْ صحّ التعبير هي أنه: "حتى يكون القرار الصادر عن المحكمة الأجنبية نافذًا بحقّ المدعى عليه وملزمًا له ينبغي أولًا أن يصدر عن محاكم دولة لها صلاحية الولاية القضائية عليه، وإلا فما الفائدة إذًا من حكم صادر عن قضاء دولة أجنبيّة إن لم نستطع تنفيذه، ومن أسباب تلك الولاية تلك أن يكون للمدعى عليه موطنًا أو سكنًا في الدولة التي أصدرت القرار بحقه".[176]

---

[174] المرجع السابق، ص: 17.

[175] سمير خليف، المرجع السابق، ص: 98.

[176] المختار لمجيدري، العقد الإلكترونيّ في القانون الدولي الخاص، مقال منشور في مجلة القانون والاعمال الدولية، 2019/3/28 م، على الرابط الإلكتروني الآتي:

وقد استندت عليه العديد من القوانين الوضعية، إذ تنص المادة (29) من قانون المرافعات المصري على أنه: ((تختص محاكم الجمهورية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأخير الذي له موطن أو محلّ إقامة في الجمهورية، وذلك فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج)).

وكذلك المشرع العراقي الذي نصّ في الفقرة الأولى من المادة (15) من القانون المدني على أنه: ((يقاضى الأجنبي أمام محاكم العراق– إذا وُجِدَ في العراق)). وعليه، فالمحاكم العراقية هي المختصة بالدعاوى التي ترفع على الأجنبي بمجرّد وجوده العَرَضي على الأراضي العراقية، حتى لو لم يكن له موطنٌ فيه، لذا فالمحاكم العراقية تكون مختصة سواءٌ أكان للأجنبي موطنٌ فيها أم لم يكن له، ولكنه قد تم العثور عليه على الاراضي العراقية، حتى لو كان وجوده عرضيًّا.

أمّا بالنسبة إلى المشرع السوري فقد أخذ بهذا الضابط في المادة (4) من قانون أصول المحاكمات، والتي نصت على أنه: ((تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على غير السوري الذي ليس له موطن أو سكن في سورية في الأحوال الآتية: "إذا كان له في سورية موطن مختار")). والموطن هو مكان الإقامة المعتاد للفرد، ويمكن أن يكون الموطن عاديًّا، ويمكن أن يكون مختارًا، والفرق بينهما هو أن الموطن العادي هو الذي يباشر فيها الشخص حياته

---

https://www.droitetentreprise.com/%d8%a7%d9%84%d8%b9%d9%82%d8%af-%d8%a7%d9%84%d8%a5%d9%84%d9%83%d8%aa%d8%b1%d9%88%d9%86%d9%8a%d9%81%d9%8a%d8%a7%d9%84%d9%82%d8%a7%d9%86%d9%88%d/9%86-%d8%a7%d9%84%d8%af%d9%88%d9%84%d9%8a-%d8%a7%d9%84-2/

(تاريخ الزيارة: 2021/9/10).

الاعتيادية من مأكل وملبس ومشرب ومنامة، أما الموطن المختار فهو الموطن المتفق عليه من قبل المتعاقدين لتنفيذ عمل قانوني معين فيه،[177] كأن يتّفق المدعى عليه الأجنبي مع المتعاقد الآخر على سبيل المثال، أن تكون الدولة السورية أو أي جزء فيها موطنًا مختارًا لتنفيذ عقدهما أو تنفيذ بعض الالتزامات المترتبة على هذا التعاقد، وبذلك تكون المحاكم السورية هي المختصة مكانيًّا بنظر هذه الدعوى.

أكثر من ذلك، إذا تعدّد المدعى عليهم وكان لأحدهم موطن أو سكن في سورية ينعقد الاختصاص أيضًا للمحاكم السورية وتحديدًا المحكمة التي يقع في دائرتها موطن ذلك المدعى عليه المقيم في سورية، ويحق لها محاكمتهم جميعًا بصرف النظر عن موطنهم أو محلّ إقامتهم.[178]

وفي هذا المجال، لا بدّ من التنويه إلى أن اتفاقية بروكسل لدول الاتحاد الأوروبي كانت قد ارتكنت على هذا الضابط فاعتمدت بشكل مبدئي على قاعدة اختصاص محكمة موطن المدعى عليه، لتعود بعد ذلك وتستثني من هذا المبدأ المنازعات الخاصة بعقود المستهلكين على وجه الخصوص، وذلك بدلالة ما جاء في اتفاقية لوجانو في المادة (14) منها التي تنص على ما يأتي: ((في حالة عدم وجود اتفاق صريح في شأن الاختصاص بين طرفي العقد على أن يكون للمستهلك أن يرفع دعواه أمام محاكم الدولة التي يقع فيه

[177] محمد واصل، المرجع السابق، ص: 38- 39.

[178] الفقرة (د) من المادة (5) من قانون أصول المحاكمات السوري رقم /1/ لعام 2016.

موطن المتعاقد معه، أو محاكم الدولة التي يقع فيها موطن محل إقامة المستهلك.[179]

هذا، وقد تعرّض الضابط المعني لجملةٍ من الانتقادات فيما يخص تطبيقه على منازعات العقود الإلكترونيّة، ما أدى إلى التقليص من فرص إعماله، نظرًا لصعوبة تحديد هذا الضابط في حال ما إذا كان موقع المدعى عليه مُنشأ على الشابكة، لا سيّما وأن العقود الإلكترونيّة في الأعم الأغلب لا تحتوي على أماكن واضحة، وخصوصًا أنه لا يوجد التزام على كاهل الاطراف يقيدهم بتدوين بياناتهم أو محلّ إقامتهم في العقود التي تبرم أو تنفّذ عبر الشابكة، إضافةً إلى أنه في المعاملات التقليدية التي تتم عبر وسائل الاتصال الحديثة كالفاكس والتلكس أو الهاتف، يكون من السهل تحديد موطن أو محلّ إقامة المدعى عليه، وذلك من خلال ما يسمّى بالرقم الكودي الذي يطلبونه، بينما يفتقر التعاقد الإلكترونيّ إلى ذلك التحديد، لا سيّما وأن العنوان الإلكترونيّ الذي يتم التعامل من خلاله لا يرتبط بدولة معينة، كالعنوان الذي يتم التنويه عنه في المقطع الاخير منها بـ (com)ن وهذا العنوان لا يشير إلى الموطن الحقيقي المقصود بالاتفاقيّات الدولية.[180]

علاوةً على ذلك، ثمّة عناوين إلكترونية لا تحتوي على أي مؤشر صحيح يشير إلى موطن المدعى عليه، لا بل حتى لو لجأ التاجر إلى إنشاء موقعه على عنوان إلكتروني يسمح بالتوطين، إلا أنه لا يوجد أي تقنية تضمن التطابق ما بين الموطن الحقيقي والمؤشر الوطني الذي تم فيه تسجيل العنوان

[179] سمير خليف، المرجع السابق، ص99.

[180] محمد بلاق، المرجع السابق، ص: 18.

الإلكترونيّ. إزاء كل هذه الصعوبات المشار إليها فيما تقدّم، فقد ذهب بعضهم إلى الاعتماد على ما يسمّى بالموطن الافتراضي كحلٍّ بديل عن الموطن الماديّ المشار إليه في قواعد الاختصاص الدولي العام، بينما انتقد بعضهم الآخر هذه الفكرة، بحسبان أنها تفتح الباب على مصرعيه أمام المورد ليتلاعب من خلاله فيستخدمه تارةً ويخفيه تارةً أخرى كيفما شاء وأراد. وهذا ما تنبّه إليه التوجيه الأوروبي المتعلق بالتجارة الإلكترونيّة لعام 2000 م، حيث أشار إلى أن وجود مسألة تقنية وتكنولوجية لتوريد المعلومات لا يمثّل منشأة للمُورّد، وهذا بحد ذاته يعد كافيًا لرفض مسألة الموطن الافتراضي. أكثر من ذلك، فقد اعتمدت اتفاقية الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدولية التي أعدّتها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي عام 2005، على معيار موسّع يتضمّن "المقرّ ذي الصلة الأوثق بالعقد". واستنادًا لذلك، فقد مُنِحَ القضاء سلطة تقديرية لتعيين هذا المكان في ضوء الظروف المحيطة بالعقد بدلالة الفقرة الثانية من المادة (6) منها، والتي تنص على أنه: ((إذا لم يعيّن الطرف مقر عمل أو كان له أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر عمله هو المقر الأوثق صلةً بالعقد المعني، مع الأخذ بعين الاعتبار الظروف التي كان الأطراف على علم بها أو توقعوها عند إبرام العقد أو قبل إبرامه)). كما استندت هذه الاتفاقية على فكرة "مقر الإقامة المعتاد" بالنسبة إلى الشخص الطبيعي الذي يتعاقد عبر الشابكة، مستبعدةً في ذلك فكرة المقر ذي الصلة الأوثق بالعقد كدليل على مقر عمل هذا الشخص أو موطنه.[181] غير أن هذا الضابط يثير الكثير من العقبات عند تطبيقه على العقود الإلكترونيّة، فقد يكون موطن الأخير (المدعى عليه) بعيدًا

[181] محمد بلاق، المرجع السابق، ص: 19.

عن موطن المدعي، فيتقاعس هذا الأخير عن المطالبة بحقّه، مما يؤدّي إلى ضياع الحقوق عن أصحابها.[182]

ثانيًا- الضوابط المتعلقة بموضوع الدعوى ومدى ملاءمتها للعقود الإلكترونيّة:

من أجل تلافي الصعوبات التي تعتري الضوابط السابقة، لجأ الفقه القانوني إلى اعتماد ضوابط نوعيّة أخرى تتمثّل في ضابطي مكان إبرام العقد ومكان تنفيذه.

1- ضابط محل إبرام العقد ودوره في تحديد المحكمة المختصة المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونيّة: تملك المحاكم السورية محاكمة الأجنبي ولو لم يكن له موطن أو سكن في سورية، ولو لم يكن متمتّعًا بالجنسية العربية السورية، حتى لو لم يقبل صراحةً أو ضمنًا باختصاصها، وحتى لو لم يتفق مع المتعاقد الآخر على الخضوع لمحاكمها، إذا كانت هذه الدعوى مرتبطة بعقد قد نشأ في سورية أو نفذّ فيها أو نشأ في الخارج واشترط تنفيذه على أراضيها بدلالة الفقرة /ب/ من المادة الخامسة من قانون أصول المحاكمات السوري، حيث نصّت على أنه: ((تختص المحاكم السورية بالدعاوى التي ترفع على غير السوري الذي ليس له موطن أو سكن في سورية في الأحوال الآتية: ب- إذا كانت ناشئة عن عقد أبرم أو نفّذ أو كان مشروطًا تنفيذه في سورية..))

وكذلك قانون المرافعات المصري الذي نص في المادة (30) منه على أنّه: ((تختص محاكم الجمهورية بالنظر في الدعاوى التي ترفع على الأجنبي

[182] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 128.

الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الجمهورية.. إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ أو نفّذ أو كان واجب تنفيذه بالجمهورية)).

وهنا تكمن الصعوبة، فليس من السهل تحديد المكان الذي يبرم فيه العقد، لا سيّما إذا كان هذا العقد من زمرة العقود التي تبرم عن بعد، فقد أثارت محاولة توطين العقد في مجال العقود التقليدية انتقادات عدّة، فكيف إذا كان الأمر يتعلّق بمكان إبرام العقد الإلكترونيّ مع غياب التواجد المادي للأطراف المتعاقدة. ويعود سبب صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكترونيّ إلى صعوبة تحديد مكان إرسال واستلام رسائل البيانات التي تتم عبر الفضاء الإلكترونيّ.[183]

هذا، وقد تمّ التنويه سابقًا من خلال هذا البحث إلى أن القوانين الوضعيّة الوطنية والدولية كانت قد اختلفت في تحديد مكان انعقاد العقد، نظرًا لاختلافها في تبنّي إحدى النظريّات التقليديّة على حالها أو إدخال بعض التعديلات عليها بما يتواءم وطبيعة هذا النوع من التعاقد؛ لذا، فالقوانين لم تقف عند حلٍّ موحّد لهذه المسألة.

والجدير بالذكر أنه على الرّغم من اختلاف التشريعات في تحديد مكان انعقاد العقد من خلال محل إبرامه، إلا أن المتفق عليه أن هذا الضابط يكتنفه الكثير من العُيوب، فضلًا عن الصعوبات التي لا يستهان بها.

2- مكان تنفيذ العقد ودوره في تحديد المحكمة المختصة في منازعات العقود الإلكترونيّة: مكان تنفيذ العقد هو المكان الذي تتجسّد فيه الالتزامات التعاقدية،

[183] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 149.

ويطبّق هذا الاختصاص غالبًا على الأطراف الأجنبيّة التي ليس لها موطن في المكان الذي تم فيه تنفيذ العقد محل النزاع، وتنفيذ الالتزام في إقليم دولة معيّنة يفيد أن ثمّة ارتباطًا وثيقًا بين الالتزام وبين تلك الدولة على نحو يبرر انعقاد الاختصاص به لمحاكمها، ومن ثمّ يكون حُكم هذه الدولة عبارة عن ترجمة لهذه الصلة وتعبيرًا عن هذا الارتباط الوثيق.[184]

هذا، ويعود المرجع في تحديد مكان التنفيذ إلى القاضي حسب قانونه الوطني، مسترشدًا بنيّة الاطراف وطبيعة العقد وعادات التجارة. وتعرّض هذا الاتجاه الذي يقضي بإمكانية اللجوء إلى محل تنفيذ العقد طبقًا لضوابط المحاكم التقليدية انتقادات، فبعض المعاملات الإلكترونيّة تتم وتنفذ بطريقة إلكترونية، مما يصعب معه تحديد مكان تنفيذ العقد.[185]

وفي هذا المقام قد يكون من المفيد التمييز بين فرضيّتين لا ثالث لهما:[186]

– **الفرضيّة الأولى:** الحالة التي يتم فيها العقد وينفّذ عبر الشابكة (الإنترنت)، أي العقود التي تبرم وتنفّذ على الخط مباشرة، كأن يكون موضوع العقد خدمة أو أي شيء غير ماديّ، فالمستفيد من هذه العقود يمكن لمحاكم دولته أن تختص بالنزاع الناشئ عن تنفيذه، ولكن ألا ينبغي أولًا تحديد هذه الدولة التي

---

[184] سمير خليف، المرجع السابق، ص: 103.

[185] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 146.

[186] أشارت إليهما قواعد الاختصاص القضائي الدولي بشأن العقود الإلكترونيّة من خلال مؤتمر لاهاي للقانون الدولي الخاص لعام 2000 م، حيث ناقش الخبراء مشروع اتفاقيّة دولية للاختصاص القضائي للمحاكم وتنفيذ الأحكام الأجنبية في المواد المدنية والتجارية، وذلك انسجامًا مع التطورات المستجدة في مجال العقود الإلكترونيّة. انظر: محمد بلاق، المرجع السابق، ص: 21.

تم تنفيذ العقد فيها حتى نعلم مَنْ هي المحكمة صاحبة الاختصاص؟ ففي هذه الفرضيّة قد يتعذّر تحديد مكان التنفيذ. ومن ثمّ قد يتعذر تحديد المحكمة المختصة، لا سيّما وأن الأمر يتعلّق بأشخاص المجتمع الافتراضي بأدواته وخصائصه.[187]

– **الفرضيّة الثانية:** الحالة التي يتم فيها العقد عبر الشابكة، ولكن يتم تنفيذه تنفيذًا ماديّا على ارض الواقع (العقود التي تنفّذ خارج الخط المباشر): وهنا يكون من اليسير تحديد المحكمة المختصة، لا سيّما وأن التنفيذ سيكون في مكان ماديّ ومعيّن في العقد بصورة مسبقة من قبل الأطراف المتعاقدة.[188]

المطلب الثَّاني

القانون واجب التطبيق لفضّ النزاعات الناجمة عن التعاقد الإلكترونيّ

من الثابت أن مشكلة تنازع القوانين هي مشكلة قائمة بذاتها ومستقلّة عن مشكلة تنازع الاختصاص القضائي الدوليّ. ومن ثمّ، إذا ثبت الاختصاص القضائي دوليًّا للمحاكم السورية، فهذا لا يعني بالضرورة أنّ القانون السوري هو القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، فقواعد الإسناد الوطنية هي التي تتولى مسألة تحديد القانون واجب التطبيق على موضوع النزاع، وقد يكون القانون السوري أو قانون دولة أخرى.[189] هذا، وقد نظّم المشرع السوري هذه المسألة في المادّة (11) من قانون المعاملات الإلكترونيّة، وقد جاء فيها: ((ما لم يوجد اتفاق بين أطراف العقد الإلكترونيّ على القانون الواجب التطبيق،

---

[187] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 112.

[188] سمير خليفي، ص: 112.

[189] فؤاد ديب، القانون الدولي الخاص (1)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص: 7.

يطبّق على القانون الواجب التطبيق قواعد القانون الدولي الخاص المنصوص عليها في القانون المدني)).

وما يهمّنا من قواعد الإسناد هنا القاعدة المنظّمة للالتزامات التعاقدية، وتنصّ المادة (20) من القانون المدني السوري على أنّه: ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنًا، فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها التعاقد. هذا إذا لم يتفق المتعاقدان، أو تبيّن من الظروف أن قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه)).

فمن المسلّم به، أن المشرع قد وضع ثلاثة ضوابط، وقد أدرجها في المادة الأخيرة على سبيل التدرّج لا على سبيل التخيير، ومن ثمّ يلزم إعمال ضابط الإسناد الأول، فإذا لم يوجد فيُعمل بالتالي، وهكذا دواليك.

وأمام هذا الوضع كان التساؤل حول مدى تجاوب ضوابط الإسناد التقليدية مع خصوصيّات العقود الإلكترونيّة؟

الفقرة (1)- القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة:

للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقد وتحديد الآثار التي تترتب عليه، ولا يحدّ من هذا السلطان سوى فكرة النظام العام، وقد ترتب على هذا المبدأ (مبدأ سلطان الإرادة) جملة من المبادئ القانونيّة، منها المبدا القائل: "دعه يعمل دعه يمر"، أي دعه يتعاقد بلا قيود تشجيعًا للاقتصاد.[190]

[190] مختارية شيباني، تفعيل مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونيّة، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية المقارنة، المجلد 6، العدد 2، 2020، ص: 382.

ولكن في حال غياب اتفاق الأطراف على تحديد ذلك القانون في العقود الإلكترونيّة ينبغي على القاضي أن يجتهد حتّى يصل إلى تحديده.

أوّلًا- اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق (الإسناد الشخصي):

على الرغم من أن العقد الإلكترونيّ ليس عقدًا تقليديًّا، كونه يتم عبر وسائل الاتصال الحديثة، بيد أن فقه قانون التجارة الإلكترونيّة يُؤكّد خضوعه للقاعدة الكلاسيكيّة التي تنظم العقد الدولي بشكلٍ عامّ، وهي مبدأ حريّة انتقاء القانون واجب التطبيق من قبل الأطراف المتعاقدة.

1- قانون الإرادة:

أ- تمتّع الأطراف المتعاقدة بحقّ الاختيار:

يفضّل أطراف التعاقد في غالب الأحيان تضمين عقودهم حلولًا للمنازعات التي يمكن أن تُثار عند تنفيذه، وفي هذا الصدد يثار النقاش حول مدى اشتراط أن تكون إرادة المتعاقدين صريحة لإعمال القانون المختار من قبلهم، أم يكفي أن تكون إرادتهم ضمنيّة، بحيث يمكن استنباطها من نيّة المتعاقدين أو ملابسات العقد ويُترك أمر تقديرها لقاضي الموضوع؟ وبمعنى آخر، هل يُعتدّ بالإرادة الضمنيّة في هذا المنوال إذا أمكن التحرّي عنها من قبل القاضي؟.

في الواقع، من الثابت قانونًا، أن للأطراف المتعاقدة الحقّ في اختيار القانون الذي يحكم عقدهم، ويستوي بعد ذلك أن يكون هذا الاختيار صريحًا،

كتحديد القانون واجب التطبيق في بند من بنود العقد، أو ضمنيًّا يمكن استنتاجه باستخدام بعض المؤشرات في حال غياب الإرادة الصريحة.[191]

مثل هذا الاختيار أخذ به المشرع السوري في المادة (20) من القانون المدني، التي تنص على أنه: ((يسري على الالتزامات التعاقدية... هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أنّ قانونًا آخر هو الذي يُراد تطبيقه)).[192]

ومن ثم، إن إرادة المتعاقدين هي التي تحدد القانون واجب التطبيق على العقد، من حيث المبدأ، لا في إطار التعاقد الداخلي فحسب، إنما في إطار التعاقد الدولي أيضًا، وعند غياب الإرادة الصريحة في اختيار القانون ينبغي على القاضي المختص أن يستنبط بطريقة مؤكدة الإرادة الضمنيّة، مستندًا في ذلك إلى نيّة المتعاقدين أو المُلابسات المحيطة بالعقد المعني.

ومن الاتفاقيات الدولية التي تميل إلى التسوية ما بين الإرادة الصريحة والضمنيّة، اتفاقيّة روما لعام 1980 م بدلالة المادة (3/1) فنصّت على ما يأتي: ((أن يكون اختيار المتعاقدين لقانون العقد صريحًا أو مستخلصًا بصورة مؤكّدة من نصوص العقد أو ظروف الحال)).[193]

والأصل أن يُحدد القانون واجب التطبيق من قبل المتعاقدين بشكل صريح، وتكون الإرادة صريحة إذا عبّر عنها المتعاقدان حسب المألوف بين

---

[191] مختارية شيباني، المرجع السابق، ص: 382.

[192] قضت المادة (1/19) من القانون المدني المصري بحكم مماثل: ((يسري على الشروط الموضوعية للتصرف القانوني وما يترتب عليه من التزامات القانون الذي اتجهت إليه الإرادة الصريحة أو الضمنيّة)).

[193] زياد خليف العنزي، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقًا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد2، 2016، ص: 390.

الناس بالكتابة أو الإشارة أو الكلام أو ما شابه ذلك، غير أن الطريقة الأكثر شُيوعًا للتعبير الصريح عن الإرادة تتجلّى بالتعبير الكتابي، كأن يُدرج المتعاقدان صراحةً في متن العقد بندًا يُحدّدان من خلاله القانون واجب التطبيق تفاديًا لما يمكن أن يُثار من نزاع فيما لو غاب مثل هذا الاختيار الصريح، ويظهر الاتفاق الصريح على تحديد القانون واجب التطبيق في العقود الإلكترونيّة، عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونيّة بين الموجب والقابل، عبر البريد الإلكترونيّ، أو من خلال غرف الدردشة (المحادثة)، والتي تمكّن المتعاقدين من مناقشة جميع الأمور المتعلقة بالعقد ومن ضمنها الموضوع المتعلق بتحديد القانون واجب التطبيق على العقد موضوع النزاع، كما أنه من المتصوّر أيضًا، كما يرى بعضهم، أن يتم هذا الاختيار عبر الموقع الإلكترونيّ من خلال الرسائل الإلكترونيّة التي يتم تبادلها من قبل الأطراف المتعاقدة في الوقت ذاته.[194]

ويجوز للأطراف المتعاقدة اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم سواء في العقد الأصلي، أو في وثيقة مستقلة عنه. وأكثر من ذلك، يحق لهؤلاء تعديل الاختيار الذي سبق لهم وأن حدّدوه في السابق إلى اختيار آخر، بتاريخ لاحق على إبرام العقد، مثل هذا التسليم، قد تبنّاه المشرّع في اتفاقية روما لعام 1980 م[(195)] في المادة (2/3) منها وجاء فيها: ((يحق للأطراف في أي وقت

---

[194]ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 11.

[(195)]–اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، وتعمل هذه الاتفاقية على توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق في شأن المسائل التي كانت محلًا للتنظيم بين الدول المتعاقدة، انظر: سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 79.

الاتفاق على إخضاع العقد لقانون آخر غير الخاضع له من قبل، وسواء أتم ذلك بإجراء اختيار لاحق تبعًا لنفس المادة أو بمقتضى نصوص أخرى)).[196]

وهذا ما تضمنته المادة (2/3) من مبادئ مؤتمر لاهاي[197] لعام 2015 م وجاء فيها: ((يجوز للمتعاقدين إجراء اختيار القانون أو تعديله في أي وقت، على ألا يمس أي اختيار أو تعديل لاحق لإبرام العقد بصحة العقد الرسمية ولا بحقوق الغير)).

فالأصل أن يتّفق المتعاقدان على تعيين القانون المختار على علاقاتهم التعاقدية عند إبرام العقد، غير أنه لا يوجد ما يمنع هذا الاختيار بوقت لاحق له، فمن حق الأطراف المتعاقدة اختيار القانون في أي وقت، ويعدّ اختيارهم صحيحًا ومنتجًا لآثاره القانونية، بشرط ألا يتعارض هذا الاختيار وصحة العقد وسلامته من جهة، وألا يمس بحقوق الغير التي كان يقرّها لهم القانون المُعدَّل من جهةٍ أخرى. فيجب ألا تؤدي حرية الأطراف في تعديل اختيارهم للقانون واجب التطبيق إلى المساس بحقوق الآخرين التي كان يقرّها لهم القانون السابق، كأن يكون الغير قد تمتّع ببعض الحقوق وفقًا للقانون المُختار في السابق، وكذا ينبغي أن لا يؤدي التعديل الأخير لقانون العقد إلى بطلانه، بحيث يكون العقد تامًّا وصحيحًا طبقًا للقانون القديم، وباطلًا وفقًا للقانون المُعدّل الجديد، كأن يبرم المتعاقدان عقدًا إلكترونيًّا تتحقّق فيه كافة الشروط

---

[196] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 12.

[197] –ساهمت اتفاقيّة لاهاي في إرساء المبادئ القانونيّة الماديّة في مجال معاملات التجارة الدوليّة، ويظهر ذلك من خلال المادة (1/1) من اتفاقيّة لاهاي لعام 1955 بشأن القانون واجب التطبيق على المبيعات الدوليّة للبضائع، ويقتصر نطاق تطبيق أحكامها على الدول المتعاقدة فقط. انظر: ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 27– 28.

التي يتطلبها قانون الدولة التي تم اختيارها في السابق من قبل المتعاقدين، ومن ثم يتفقان على اختيار قانون دولة أخرى، بحث يكون العقد باطلًا وفقًا لقانون الدولة الأخيرة، لأنه لم يفِ بالشروط الشكلية وفقًا لقانون هذه الدولة، فالشروط الواجب توافرها في العقود لتعدّ صحيحة تختلف من قانون إلى آخر.[198]

وأخيرًا إذا لم يتفق الأطراف في العقد صراحةً على القانون واجب التطبيق، ينبغي إذا التحرّي والبحث عن الإرادة الضمنيّة للمتعاقدين، لأنه اختيار حقيقي ولكنّه غير معلَن، ويتم ذلك إمّا بأن يتولّى القانون مباشرةً تحديد ذلك القانون، وإما أن يتولّى القاضي ذلك من خلال دراسته ظروف العقد وملابساته.

ب- حدود تطبيق قانون الإرادة:

1- الصلة الحقيقية بين العقد والقانون المختار: وينبغي التوضيح في هذا الصدد أنّه وعلى الرغم من الأهميّة التي استحوذت عليها هذه المسألة في القوانين الوضعيّة، غير أنها قد أثارت جدلًا فقهيًّا حول حدود ممارسة الأطراف لحريّتهم التعاقديّة في اختيار القانون واجب التطبيق، فهناك اتجاه يضيّق من حريّة الأطراف المتعاقدة فيرى وجوب اختيار قانون ذو صلة وثيقة بالعقد المعني، والصلة إما أن تكون قانون دولة الانعقاد، أوالتنفيذ، أو الموطن أو الجنسية. فإذا انعدمت الصلة انعدم الاختيار، كما أن دور الإرادة في تحديد القانون واجب التطبيق لا تعدو عن كونه مجرّد تركيز العقد في مكان محدّد، ومن ثم يحقّ للقاضي استبعاده والاستغناء عنه إذا كان هذا القانون الذي وقع

[198] زياد خليف العنزي، المرجع السابق، ص: 283- 284.

علهه الاختيار، من قبل الساعين لإبرام عقودهم، منعدم الصلة بالعلاقة العقدية. ويعزّز أنصار هذا الاتجاه خيارهم بقولهم: "إنّه على القاضي ألّا يتلقّى اختيار الأطراف مكتوف الأيدي، بل ينبغي أن يعيد النظر في هذا القانون للتأكّد من مدى توافر الصلة الحقيقية بينه وبين العقد".[199]

مثل هذا الاختيار أخذ به المشرّع الجزائري في القانون المدني، إذ نصّت المادة (18) منه على ما يأتي: ((يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت الصلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد)).[200]

يتّضح مما تقدّم، أن المشرّع الجزائري قد وضع القانون المختار من قبل المتعاقدين كضابط أساسي، لكن بشرط أن تكون له صلة حقيقية (وثيقة) بالمتعاقدين أو بالعقد. وعليه، استبعد المشرّع الجزائري فرضيّة أن يختار المتعاقدان قانون لا صلة له بالعلاقة العقدية محاولةً منهم في التهرّب من أحكام القانون الذي من المفترض أن يطبّق.[201]

ولكن هناك اتجاه آخر يوسّع من مجال الخيار، ومن ثم لا يشترط أن تكون هناك صلة وثيقة بين العقد والقانون المختار، ويسمّى هذا الاتجاه (بالمذهب الشخصي). ويرى بلزوم تحرير إرادة المتعاقدين من كل قيد وشرط، عدا حالة الغش نحو القانون، ومن ثم فالقاضي لا يتمتّع بأي سلطة في هذا المجال، احتراماً لتوقّعات الساعين لإبرام عقودهم الإلكترونيّة وتحقيقًا للأمان

---

[199] رقيق بلعربي بلعربي، المرجع السابق، ص: 44.

[200] انظر الأمر 75/ 58 الذي يحتوي على القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بموجب قانون رقم (10/05) تاريخ 2005 الجريدة الرسمية، العدد 44، الصادر في 2005/6/26.

[201] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 22.

القانوني الذي ينتظرونه؛ فهذا الاتجاه يمنح الإرادة دورًا متقدّمًا لتنظيم العلاقات التجارية. مثل هذا التسليم قد تبنّاه المشرّع في القانون التجاري الموحّد للولايات المتحدة الأمريكية، حيث نصّت المادة (301/أ/2) منه على ما يأتي: ((الأطراف في المعاملات الدولية أيًّا كانت حقوقهم والتزاماتهم لهم الحريّة الأساسية في اختيار القانون واجب التطبيق على عقدهم، سواء كانت المعاملة ذات صلة بالدولة أو الولاية المعنية أم لا)).[202]

2- الإخلال بالنظام العام: من المسلم به، أن النظام العام يرجّح مصلحة الجماعة على المصلحة الفردية للأطراف المتعاقدة، مما يسهم في تقيّد الإرادة على النحو الذي يحول دون حريّتها من التصرّف والاختيار، وفكرة النظام العام لا تقتصر على العلوم القانونية فحسب، بل إنها القاسم المشترك بين جميع العلوم الإنسانيّة، سواءٌ السياسية منها أم الاقتصادية أم القانونية أم غير ذلك. فهي الرابط الذي يربط هذه العلوم ببعضها كونها المؤشر الاساسي في الدولة والمجتمع.[203]

هذا وقد أكّد الفقه القانوني،- في غالبيّته-، على اهميّة النظام العام كأداة لاستبعاد القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة للتطبيق على العقد المعني، إذا تعارض مضمون القانون الأخير والقيم الجوهرية في المجتمع.

إذًا، ينبغي أن يكون اختيار القانون واجب التطبيق لدولة معيّنة، لا يتعارض بأيّ حال مع النظام العام، وإلا سيلجأ القاضي إلى استبعاده ليعيّن القانون الأقرب صلة والعلاقة العقدية موضوع النزاع، وتظهر فكرة النظام العام بصورة جليّة في مجال التجارة الإلكترونيّة من خلال النصوص التي تحظر

---

[202] أشار إلى ذلك: سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 23.

[203] الهادي خضراوي- بشير جعيرن، اختيار قانون الإرادة وتحديد مدى ملاءمته لعقود الدولة الاستثمارية، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد: 9، العدد: 1، دون تاريخ نشر، ص: 135.

ممارسة الأنشطة غير المشروعة في هذا الصدد، وعليه يكون الجزاء من جنس العمل وتطبّق أحكام القانون المختص الذي سعت إرادة الأطراف إلى تجنّبه باتفاقهم.[204]

3- الغش والتحايل نحو القانون: قد يلجأ المتعاقدان إلى إسناد الاختصاص التشريعي إلى قانون الدولة التي يريدان تطبيق قانونها على العقد موضوع النزاع، وذلك عن طريق التغيير في عناصر العلاقة التي يتحدّد ضابط الإسناد المحدد للقانون الذي يحكم العقد على أساسها، لما يحققه ذلك (القانون المختار من قبل الأطراف المتعاقدة) من مصالح ما كان ليحققها لهما القانون الأوْلى بالتطبيق على العقد في حال أن خضع الأطراف لأحكامه، فإذا تأكّد القاضي من توفّر نيّة الغش والتحايل من قبل ذوي الشأن يعود إلى استبعاد التغيير الذي أجراه هؤلاء، بحسبان أن القصد من التحايل هو الإفلات من أحكام القانون ذات الصلة بالعقد موضوع النزاع. وعليه، يكون الجزاء من جنس العمل، وتطبّق أحكام القانون المختص الذي سعت إرادة الأطراف المتعاقدة غلى تجنّبه باتفاقهم.[205]

2- صعوبات تطبيق مبدأ سلطان الإرادة:

أ- **الاختيار الصريح:** تتجسّد صعوبة إعمال الاختيار الصريح في نقاطٍ عدّة، منها:

1- صعوبة التحقّق من تطابق الإرادتين: بخلاف ما هو عليه الحال عند التعبير عن الإرادة بصفة مباشرة، دون تدخّل الوسيط، عبر شاشات الحاسوب،

---

[204] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 31- 32.

[205] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 31- 32.

تثار مشكلة التعبير عن الإرادة عندما يتم بصفة غير مباشرة، أي عند تدخّل الوسيط الإلكترونيّ، فهذا الأخير لا يملك الإرادة أصلًا، كما أنّ تدخّله قد يعرّض الرسائل الإلكترونيّة إلى عيوب في صحّتها، الأمر الذي يتعارض والإرادة الحقيقيّة للطرف الذي يعمل الحاسوب لصالحه، ومن ثمّ يصعب التأكد من وجود الإرادة، مما يثير التساؤل حول الآثار القانونية المترتبة على الخطأ في التعاقد الإلكترونيّ، فهل تُنسب إلى الحاسوب، أم إلى المتعاقد القائم به،[206] هذا من جهة. ومن جهةٍ أخرى، فمن حيث المبدأ يحقّ للمتعاقدين التفاوض حول كافّة بنود العقد بما في ذلك البند الخاص بتحديد القانون واجب التطبيق على النزاع الواقع أو المحتمل الوقوع والمفاضلة بينها إلى أن يتوصّل الطرفان إلى الشروط التي تتناسب وأهدافهما التعاقديّة، ومن ثمّ يتم اختيار قانون العقد بناءً على إرادة الطرفين، وهذا ما نجده في التعاقد عبر البريد الإلكترونيّ، إذ من الممكن حدوث مفاوضات بين المتعاقدين وذلك عن طريق تبادل الرسائل الإلكترونيّة. بيد أنّ الإشكال يُثار بالنسبة إلى العقود التي تتم عبر المواقع الإلكترونيّة ينعتها بعض الفقهاء بـ (عقود الإذعان) غالبًا، حيث تظهر صفحة الموقع الإلكترونيّ على شكل عقد نموذجي يحتوي على كافّة الشروط العامة والتفصيلية، وما على المتعاقد الآخر سوى قبول العلاقة العقدية أو رفضها جملةً وتفصيلًا، الأمر الذي يُشكّل حدًّا للحريّة التعاقدية للقابل، سواءٌ أكان مهنيًّا أم مُستهلكًا، مما يسهم تبعًا لذلك في تراجع حرية التفاوض بشأن الاختصاص التشريعي.[207]

---

[206] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 34- 35.

[207] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 130.

2- صعوبة التحقّق من أهلية الأطراف المتعاقدة: غالبًا ما يحرص المتعاقد على معرفة هويّة الطرف الآخر حتّى يتأكّد من أهليته، بحسبان أن العقد لن يكون سليمًا من الناحية القانونيّة إلّا إذا تمّ بين شخصين يتمتّعان بالأهلية القانونيّة، إلّا أن مثل هكذا أمر ليس بالهيّن فيما يتعلّق بالعقود المبرمة في بيئة رقميّة، في ظل لا ماديّة هذه البيئة، الأمر الذي يصعب معه التحقّق من هويّة الساعين لإبرام معاملاتهم القانونية عبر وسائل الاتصال الحديثة، فالمتعاملين عبر الشبكة يفتقرون إلى معيار التحديد، بحسبان أن العنوان الإلكترونيّ لا يكون أصلًا مرتبطًا ببلدٍ معيّن، مثال ذلك(العناوين الإلكترونيّة التي تشير في نهايتها إلى com).[208]

ب- الاختيار الضمني: كان هذا الاختيار مثارًا لانتقادات عديدة، أهمها:

1- إذ يرى بعض فقهاء القانون الدولي الخاص، عدم صحّة التحرّي عن الإرادة الضمنيّة للمتعاقدين من قبل القاضي، بل يتوجّب على هذا الأخير البحث عن تركيز الرابطة العقدية وإسنادها إلى القانون الأكثر صلةً وارتباطًا بالعقد، الأمر الذي من شأنه أن يحقق أمانًا قانونيًّا أفضل بكثير من تخويل القاضي حريّة البحث عن إرادتهم الضمنيّة، حتّى لا يلجأ القاضي إلى الكشف عن قانون حسب إرادته الخاصّة، مما يُخلّ بتوقّعات الأشخاص الساعين لإبرام عقودهم الإلكترونيّة.[209]

2- يعود سبب استبعاد إسناد الإرادة الضمنيّة للمتعاقدين في تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة إلى صعوبة الارتكان إلى القرائن

---

[208] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 34- 35.

[209] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 37.

والعناصر الدّالة على هذه الإرادة، ذلك أن العقود الإلكترونيّة في غالبيّتها تنعقد باللغة الإنكليزية، حتى لو تم استخدام لغة أخرى غير اللغة الإنكليزية، فإنها قد تترجم أوتوماتيكيًّا إلى هذه اللغة بطريقة ما موجودة على الحاسوب. الأمر الذي يصعب معه الاعتماد على اللغة التي حُرّر فيها العقد في سبيل تحديد الإرادة الضمنيّة للأطراف المتعاقدة. كما يتّضح عدم فعاليّة معيار العملة التي يتم الوفاء بها أيضًا لتحديد الإرادة الضمنيّة للأطراف المتعاقدة، فاليوم أصبح بإمكان المتعاقد (المشتري) دفع الثمن بطريقةٍ إلكترونيّة عن طريق تحويل الأموال إلكترونيًّا أو عن طريق بطاقات الوفاء، الأمر الذي يخوّل المشتري دفع الثمن بأي عملةٍ وفي أي وقت كان.[210]

ثانيًا- القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة في ظل غياب اتفاق الأطراف (الإسناد الموضوعي):

تلجأ الجهة التي يُطرح النزاع أمامها إلى إعمال ضوابط الإسناد الاحتياطيّة، عند غياب التعيين الصريح أو الضمني للقانون واجب التطبيق من قبل المتعاقدين، فلا يجوز للقاضي أن يخضعه مباشرةً إلى قانونه الوطني، بل عليه الاستناد إلى مؤشرات موضوعيّة تبين ارتباط العقد بالقانون المعني، والتي قد تكون جامدة أو مرنة.

1- الإسناد الجامد: عند غياب الاختيار الصريح أو الضمني للأطراف الساعية لإبرام عقودها بشأن تحديد القانون واجب التطبيق، يتم الإسناد في

[210] ضياء الدين ناصر اسماعيل، المرجع السابق، ص: 14.

تحديد ذلك إلى ضوابط ذات صلة وثيقة بالعقد، منها: قانون دولة إبرام العقد أو تنفيذه، وقانون دولة جنسيّة المتعاقدين أو موطنهما المشترك.[211]

وهو ما تنصّ عليه معظم القوانين الوضعية، بما فيها القانون المدني السوري في المادة (20) منه والتي نصّت على أنه: ((يسري على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين، إذا اتحدا موطنًا فإن اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد)). يبدو أن هذه المادة لم تنص على قانون دولة تنفيذ العقد، وكذا ضابط الجنسيّة المشتركة للمتعاقدين. ومن الصعب تطبيق هذه المعايير في مجال البيئة الإلكترونيّة الأمر الذي يثير بعض العقبات، منها:

أ- صعوبة تحديد الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين:

1- الموطن المشترك: منحت بعض التشريعات الوطنية، كما فعل المشرع السوري، الأفضليّة لهذا الضابط بحسبانه معيارًا مهمًّا يشفّ عن علم المتعاقدين بأحكامه أكثر من غيره من المعايير الأخرى كونهم قد اعتادوا عليه، هذا من جهة، وتطبيقًا للقاعدة القانونيّة التي تقضي بأنه "لا جهل بالقانون" من جهةٍ أخرى.[212] ولكن، من الصعب تطبيق هذا المعيار في مجال التعاقد الإلكترونيّ، فالعناوين الإلكترونيّة لا تُقدّم دلالة واضحة على العنوان الحقيقي، مثل العناوين التي تنتهي بـ com. أضف إلى ذلك، أن العناوين الأخيرة لم تصمّم بمنظور جغرافي إذ أنّها تُنعت بعدم التوطين، كما تمّ بيانه في موضع سابق من هذا

[211] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 50.

[212] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 53.

البحث، وقد أشار بعض الشرّاح[213] إلى أن هذا المعيار من المعايير المستبعدة في اتفاقيّة فيينا؛ ذلك أن هذه الاتفاقية تشترط بصريح العبارة اختلاف موطن المتعاقدين من أجل تطبيق أحكامها، وإن لم يكن المقصود منها مكان الإقامة بل موطن العمل.

2- الجنسيّة المشتركة: وهو مؤشّر قد استندت إليه العديد من القوانين الوطنيّة،[214] نظرًا لأهميّته في تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكترونيّ.

بيد أنه قد تعرّض أيضًا لعدّة انتقادات، من أهمّها صعوبة التحقّق من هويّة الأطراف وتحديد أماكن تواجدهم لحظة انعقاد العقد.[215] وهو أمر لا تعيره التجارة الإلكترونيّة أي اهتمام، وقد استبعدته اتفاقيّة فيينا بصريح العبارة في الفقرة الثالثة من المادة الأولى منها، حيث جاء فيها: ((... لا تأخذ في الاعتبار جنسيّة الأطراف))، وهو أمر كافٍ بحدّ ذاته لاستبعاده والقول بعدم صلاحيّته مع العقد الإلكترونيّ كما يرى بعض الشرّاح.[216]

ب- صعوبة تحديد قانون الدولة التي تم فيها العقد أو نفّذ فيها:

1- قانون الدولة التي تم فيها العقد: من الضوابط الاحتياطيّة المعمول بها في مجال تنازع القوانين، ضابط مكان العقد، فقد يحدث أن لا يحدّد الطرفان

---

[213] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 54.

[214] على عكس المشرع السوري، فهو لا يأبه به أصلًا كمؤشّر احتياطي لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد التقليدي وكذا الإلكترونيّ. راجع نص المادة (20) من القانون المدني السوري.

[215] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 24.

[216] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 53.

اختيارهما بطريقة صريحة أو ضمنيّة للقانون واجب التطبيق على العقد. وكذلك قد يختلف موطن كلٍّ منهما، وهنا لا مفرّ أمام القاضي من العمل بمعيار (قانون محل إبرام العقد) غير أنّه في التعاقد عن بعد يصعب تطبيق هذا المؤشر، إذ أنّ التركيز على ضابط المكان في تحديد ذلك يتناقض تمامًا مع مميزات الشابكة (الإنترنت)، بحسبانها فضاءً مستقلًّا قائمًا بذاته لا يمكن أن يُحدد من خلاله مكانًا لإبرام العقد، والدليل على ذلك ما أثارته هذه المسألة من حوارات ومناقشات حولها (مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ).[217]

2- ضابط قانون مكان تنفيذ العقد: يثير إعمال هذا المعيار بعض الصعوبات في ظل العقود التي تبرم وتنفّذ عبر الشابكة بحسبان أن هذا النوع من العقود قد ينفّذ في أماكن متعددة، الأمر الذي قد يسهم في خضوع العقد الإلكترونيّ لأكثر من قانون، مما يصعب معه تحقيق الانسجام بين هذه القوانين.[218] وتجدر الإشارة إلى أن المشرع السوري لم ينص على مكان تنفيذ العقد[219] في المادة (20) من القانون المدني السوري، واكتفى بالنص على الموطن المشترك ومكان إبرام العقد.

2- الإسناد المرن (معيار الأداء المميز): أوجد الفقه القانوني هذا المنهج لتحديد القانون الأكثر ارتباطًا بالعقد عند غياب تحديد الأطراف لذلك القانون. ونظرًا للمزايا المهمّة التي يتسم بها هذا الأخير فقد تبنّته العديد من الاتفاقيّات والقوانين الوطنيّة، ومن أهمّها اتفاقيّة روما لعام (1980) المتعلقة بتحديد

---

[217] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 54.

[218] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 26.

[219] وكذلك المشرع الجزائري في المادة (18) من القانون المدني الجزائري، واكتفى بالنص على الموطن المشترك والجنسية المشتركة ومكان إبرام العقد كضوابط احتياطية لتحديد القانون واجب التطبيق.

القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقديّة.[220] ولكن ما المقصود بمنهج الأداء المميز؟ وما مدى ملاءمته للعقود الإلكترونيّة؟

أ- التعريف بمنهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد:

أمام تلك الانتقادات التي وجّهت إلى المعايير السابقة، أفرز التطوّر الحديث في إطار منهجيّة الإسناد الموضوعي للعقد الدوليّ منهجًا خاصًّا يتم من خلاله تركيز العقد في نظام قانونيّ معيّن من خلال طبيعته الذاتيّة بعيدًا عن ظروف التعاقد ومُلابساته، ويطلق عليه "منهج الأداء المميز". ويتميّز هذا المنهج بمرونته وملاءمته لجميع فئات العقود واحترامه لتوقّعات الساعين لإبرام عقودهم بتكريسه الحل المناسب وطبيعة كل عقد على حِدَة.[221]

وفي الحقيقة إن هذا المنهج قد حقّق الهدف الأساسي من الإسناد المرن وهو إدراكه لمقتضيات العدالة كونه يميز بين طوائف العقود المتنوّعة عكس الإسناد الجامد، الذي له طابع موحّد يشمل جميع فئات العقود بصرف النظر عمّا يتمتّع به كل عقد من سمات تميّزه عن غيره من العقود الأخرى.[222]

ولقي هذا المنهج قبولًا واستحسانًا كبيرًا من قبل فقهاء القانون في مجال التعاقد الإلكترونيّ بحسبانه معيارًا مسبقًا يتحدّد وقت إبرام العقد، ويقوم على

---

[220] تنص المادة (4) من هذه الاتفاقية على أنه: ((في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون البلد الذي له به أكثر الروابط وثوقًا، وتتوفر تلك الروابط مع البلد الذي يقيم فيه عادةً وقت إبرام العقد الذي يقدم الأداء المميز)). أشار إلى ذلك: سهيلة حزفلاوي وفهيمة آيت عبد الوهاب، القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة- بجاية، 2017، ص: 43.

[221] عبد السلام علي الفضل- نعيم علي العتوم، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 1، الملحق 1، 2019، ص: 575.

[222] عبد السلام علي الفضل- نعيم علي العتوم، المرجع السابق، ص575.

فرضيّة مفادها أن مكان تنفيذ الأداء المميّز هو مكان إقامة المدين به، الأمر الذي يحول دون تجزئة العقد وإخضاعه لقانون موحّد.[223]

ويقصد بمنهج الأداء المميز كما عرّفه التقرير المفسّر لاتفاقيّة روما لعام 1980 بأنه ذلك: ((الأداء الذي بمقتضاه يكون دفع المقابل النقدي واجبًا)) في حين ذهب بعضهم إلى تعريفه بأنه: ((الأداء الذي يسمح بتمييز كل عقد عن آخر، بحيث يكون هذا الأداء الجوهري في العقد هو الذي يميزه عن غيره من العقود)).[224] فعلى الرغم من تعدد الالتزامات في العقد الواحد غير أن أحد هذه الالتزامات هو الذي يميز العقد ويعبّر عن جوهره، ومن ثم يجب الاعتماد عليه لتحديد القانون واجب التطبيق على العقد في جملته.[225]

ب- مدى ملاءمته للعقود الإلكترونيّة:

على الرغم من الأهميّة البالغة التي استحوذ عليها هذا المنهج في فقه القانون الخاص، غير أن إعماله في مجال التجارة الإلكترونيّة لا يخلو من بعض الصعوبات، لا سيّما بخصوص بعض العقود التي تبرم وتنفّذ على الخط مُباشرة، فمن الصعب جدًّا تركيز الرابطة العقدية في العقود الإلكترونيّة التي يكون موضوعها أشياء غير ماديّة، مثل بيع البرامج التجارية والخدمات المالية على الخط المباشر، الأمر الذي يصعب معه تحديد مكان إبرام العقود، كذا مكان تسليم الأشياء غير الماديّة.[226]

---

[223] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 55.

[224] أشار إلى ذلك: سهيلة حزفلاوي وفهيمة آيت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص: 565.

[225] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 27.

[226] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 27- 28.

ولا تختلف العقبات التي تحدّ من تعيين القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة وفقًا لضابط الأداء المميز كثيرًا عن العقبات المُشار إليها سابقًا في الإسناد الجامد. فالقاضي عندما يبحث عن القانون الأوثق صلة بالعقد المعني يتوجّب عليه أن يأخذ بالحسبان كل ضوابط الإسناد المتزاحمة، ثمّ يقدّر أيّ من هذه الضوابط تعبّر عن مركز ثقل في العقد محل النزاع، ومن ثمّ يُحدد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكترونيّ، ولا شكّ في أن هذه المؤشرات والمعايير المتعارف عليها في القانون الدولي الخاص والتي يستند إليها القاضي إنّما تقوم على اعتباراتٍ جغرافية، ذلك أنها قد وضعت من أجل عالم ماديّ محسوس، ومن ثم لا تتواءم وطبيعة العقود التي تبرم في فضاء الشابكة "الإنترنت"، والتي لا تعترف بالروابط المكانية والمرتكزات الجغرافية.[227]

الفقرة (2)- القواعد الموضوعيّة المُستحدثة واجبة التطبيق على العقود الإلكترونيّة:

اتّجه الفقه الحديث في غالبيّته إلى عدم ملاءمة مناهج القانون الدولي الخاص لحل النزاعات الناجمة عن العقود الإلكترونيّة، ذلك أن القواعد السابقة، قواعد القانون الدولي الخاص، لا تظهر فعاليّتها إلا أمام القضاء، إذ أنها تقوم على أسس جغرافية لا تعترف بها البيئة الافتراضيّة التي تأبى الخضوع لقواعد ولدت لحكم عالم ماديّ ملموس، مما يُحتّم وجود منهج آخر موضوعي، وذلك لإرساء قواعده والعمل على تطويرها لتنسجم والمعاملات التي تتم عبر الشابكة

[227] زينب بوطالبي، المرجع السابق، ص: 141.

الدوليّة والتي تتزايد يومًا بعد يوم، نظرًا لشيوع استخدام الشابكة "الإنترنت" في إبرام العقود الإلكترونيّة الدوليّة.[228]

أولًا- مفهوم القانون الموضوعي الإلكترونيّ الدوليّ:

1- تعريفه: يُعرَّف بأنّه ((كيان قانوني موضوعي ذاتي خاص بالعمليّات التي تتم عبر الشابكة "الإنترنت"، مما يجعله نظير للقانون الموضوعي للتجارة الدولية، ويتكوّن من مجموعة من العادات والممارسات المقبولة التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي، وطوّرتها المحاكم ومستخدمو الشابكة وحكومات الدّول في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات. إذًا هو قانون تلقائي النشأة وُلِدَ ليتلاءم مع حاجات مجتمع قوامه السرعة في التعامل عن طريق بيانات رقميّة تتم بها المعاملات والصفقات عبر الشاشات)).[229]

ويمكن تعريفه أيضًا بأنّه: ((القانون الموحّد للمعاملات الإلكترونيّة، والذي من شأنه أن يجعل القانون معاصرًا للتقدّم التكنولوجيّ، والتغيّر المتسارع في طبيعة الشابكة "الإنترنت" وهو القانون الذي يُستند إليه لحلّ النزاعات الناشئة بين المتعاقدين عندما لا تكون مرتبطة بمكان محدّد)).[230]

يتبيّن مما تقدّم أنّ الفقهاء اختلفوا في وضع تعريف محدّد لهذا القانون، مما ساهم تبعًا لذلك في حدوث خلاف فقهي حول مصادره، لذا فبعضهم يسرد هذه المصادر دون التقيّد بأي تقسيم، وبعضهم الآخر يرى أن هناك مصادر

---

[228] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 60.

[229] أشار إلى ذلك: رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 63.

[230] سمير خليفي، المرجع السابق، ص: 56.

رسمية وأخرى غير رسمية على غرار التقسيم الوارد في القانون التقليدي. في حين يحصرها آخرون في مجموعة الاتفاقات والتوصيات الدولية المنظمة للتجارة الإلكترونيّة إلى جوار بعض الأعراف وقواعد السلوك والعقود النموذجيّة.[231]

إذًا، تتمثّل مصادر القانون الموضوعي الإلكترونيّ الدولي وبشكلٍ عام في بعض الأعراف والعادات وتقنيّات السلوك وبعض الاتفاقيّات والتوصيات الدوليّة، وهذا ما سيتم التطرّق إليه فيما يأتي:

2- مصادره:

أ- **الأعراف والعادات المستقرة:** وهي العادات والأعراف التي استقرّ عليها العمل تلقائيًّا من قبل مستخدمي الشابكة، والتي ابتعدت بدورها عن التطوّر الخجول والذي لا ينسجم والطبيعة الخاصّة بالمعاملات الإلكترونيّة، وهذه الأعراف لا تصدر عن سلطة رسميّة، بل هي وليدة التنظيم الذاتي لمستخدمي الشابكة، إذ أنهم يطبّقونها ويعدُّونها ملزمةً لهم، فالعرف سلوك يتواتر الأفراد على انتهاجه، ليشعروا بعد ذلك بأنه ملزمٌ لهم، وهذا الشعور هو الركن المعنوي للقاعدة العرفية، ولأن هذه المسالة من المسائل التي يصعب التحقّق منها في مجال البيئة الافتراضيّة، فقد دعا بعضهم إلى إنزال مفهوم التوقّع مكان العنصر النفسي للتحقق من وجود القاعدة العرفيّة، فمن الصعب جدًّا نقل هذه الفكرة الماديّة بمواصفاتها التقليدية إلى مجال التعامل الإلكترونيّ. فالحقيقة تؤكّد في كل مرة بروز أكبر للتجارة الإلكترونيّة الدوليّة، لذا ينبغي البحث عن القواعد

[231] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 65.

التي تنظّمها لتفادي القصور القانوني الناجم أساسًا عن حداثة هذا الموضوع، كما أنّ الاستمرار في إعمال هذه القواعد كفيل بتحويلها إلى أعراف ملزمة وفعّالة في مجال التجارة الإلكترونيّة.[232]

ب- الاتفاقيّات الدوليّة والإقليميّة: بادئ ذي بدء ظهرت بعض الاتفاقيات التي سعت إلى توحيد قواعد الإسناد لتحديد القانون واجب التطبيق في المسائل التي كانت محلًّا للتنظيم بين الدول المتعاقدة، كاتفاقيّة لاهاي، واتفاقيّة روما.

وقد لجأ المتعاملون في مجال البيئة الإلكترونيّة إلى استنباط بعض الأحكام التي تنظّم عقودهم من هذه الاتفاقيات التي تعد أحد المصادر التي يمكن الاستناد إليها لتنظيم القانون الإلكترونيّ، لكن ونظرًا لكثرة الانتقادات التي اصطدمت بها هذه الاتفاقيات بسبب عدم ملاءمتها للبيئة الإلكترونيّة، سعت بعض اللجان الدولية إلى وضع تنظيم خاصّ بالتجارة الإلكترونيّة على غرار القانون النموذجي، الذي وضعته لجنة الأمم المتحدة، للتجارة الإلكترونيّة الدّوليّة لعام 1996 م.[233] وإلى جانب المساهمات التي أنجزت على المستوى الدولي من أجل خلق إطار قانوني للتجارة الإلكترونيّة هناك أعمال تحقّقت في هذا المنوال على المستوى الإقليمي، من بينها أعمال الاتحاد الأوروبي، إذ أبدى اهتمامًا بالغًا بإعداد نصوص قانونيّة، ينظّم بمقتضاها هذا المجال الحيوي تحقيقًا للأمان القانوني. ومن بين هذه المسائل التي تطرّق إليها التوجيه الأوروبي مسالة تحديد القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة. حيث

---

[232] سمير خليفي، المرجع السابق، ص:82.

[233] حوالف عبد الصمد، القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة، جامعة أبي بكر بلقايد- تلمسان، مجلّة الحقيقة، المجلد 13، العدد 4، ، 2014، ص: 61.

ركّز على ضرورة وأهميّة منح الأطراف المتعاقدة الحريّة في تحديد القانون واجب التطبيق على النزاعات الناشئة عن العقود التي تبرم عبر الشابكة "الإنترنت".[234]

1- قانون دولي: قرر أنصار القانون الموضوعي الإلكترونيّ أن الطبيعة الخاصة التي ينفرد بها العالم الافتراضي تأبى الانسجام والخضوع للقواعد الوطنيّة، بحسبان أنّها قد صيغت أساسًا لتنظيم مسائل ماديّة ملموسة وأن العالم الافتراضي له معطيات أخرى تقتضي قواعد تتفق مع ذلك. فالقانون موضوع الدراسة قانون لا يعترف بالحدود الإقليمية، ذلك أن المسائل التي ينظّمها مسائل عابرة للحدود وتتصل بأكثر من دولة واحدة في الوقت ذاته، لهذا الاساس سُمّي بالقانون الدولي.[235]

2- العقود النموذجيّة: وهي عبارة عن نماذج محدّدة معدّة مسبقًا، تأخذ شكل الشروط العقدية، وتتضمّن جميع الأحكام التفصيليّة للعقد، ومن الخصائص التي تتّسم بها هذه العقود أنّها تُغني الأطراف المتعاقدة عن الولوج في مفاوضات قد تكون شاقّة ومرهقة قصد التوصّل إلى اتفاق حول جزئيّة معيّنة في العقد المراد إبرامه، إذ يكفي أن يُقْدم الأطراف على ملء الفراغات الموجودة في النموذج. إذًا، فالعقود النموذجيّة من المصادر المهمّة التي تساعد في إثبات العادات المتداولة في الوسط التجاري، إذ أنها تعدّ بمنزلة وسيلة تقنين أساسيّة، مما يجعلها مرجعًا عامًّا للفصل في منازعات العقد الدولي. كما أنها تساهم بدورها في خلق عادات تجاريّة حديثة. إذ تتحوّل الأحكام الواردة فيها من مجرّد

---

[234] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 36- 37.

[235] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص: 175.

بنـود عقديّـة إلـى قواعـد قانونيّـة، ويتمحـور ذلـك عـن طريـق التـداول التلقـائي للمتعاملين في التجارة الإلكترونيّة، على استعمال هذه النماذج ليتكوّن بعد ذلك لـدى هـؤلاء اعتقـاد بـأن إتمـام أي عمليّـة تعاقديـة لا يتحقّـق إلّا وفقًـا للعقـد النموذجي المحدّد من قبل التنظيم الذي ينتمون إليه.

أكثر من ذلك، فقد لجأت بعض التنظيمات المتخصصة إلى صياغة نماذج منظمة في غاية الدقّة والوضوح، الأمر الذي ساهم في تحقيق مبدأ الكفاية الذاتيّة عند الفصل في أي نزاع يتعلّق بالعقود الإلكترونيّة.[236]

3- تقنيّات السلوك: يُطلق هذا المصدر على مجموعة القواعد المدوّنة من قبل المؤسسات المعنيّة بسيادة أخلاقيّات قويمة في التعامل عبر الشابكة الدوليّة.[237] وقد وُجدت هذه التّقنيّات السلوكيّة تلبيةً لمتطلّبات محدّدة تختلف من فئةٍ إلى أخرى.[238]

3- خصائصه:

أ- قانون طائفي ونوعي: يُنعت بالقانون الطائفي، كونه موجّه لطائفة معيّنة من الأشخاص، فهذا القانون لا يخاطب جميع الافراد بل هو مخصّص لطائفة محدّدة من الاشخاص وهم المتعاملون عبر الشابكة الدولية للاتصالات. وأمّا القول إنه قانون نوعي، فمعنى ذلك أنّ قواعده وأحكامه لا تنظّم سوى نوعًا واحدًا من المعاملات، وهي المعاملات التي تنشأ عن التجارة الإلكترونيّة

---

[236] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 51.

[237] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 67.

[238] نذكر منها تقنيّة السلوك الموحّد في مجال التوثيق والتصديق على المعاملات الإلكترونيّة والتي أعدّتها غرفة التجارة الدوليّة وذلك في عام 1996. انظر: حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص: 181.

والمسائل المرتبطة بها كالدفع الإلكترونيّ، والبريد الإلكترونيّ، وكذلك العقود الإلكترونيّة الدوليّة،[239] وهكذا دواليك.

ب- قانون تلقائي النشأة: يتّسم هذا القانون بأنه قانون تلقائي النشأة، لأنّه لم يمرّ عبر القنوات الرسميّة لسن القوانين، بل ظهر نتاج عادات وأعراف وممارسات سادت بين أفراد المجتمع الافتراضي مع مرور الوقت. وكذا، إنّ تطبيق هذا القانون كنشأته يعد تلقائيًّا، ولا يحتاج إلى تدخّل سلطة عليا تسهر على تطبيقه واحترام أحكامه. فضلًا عن المرونة التي يتمتّع بها بحسبان أنه وليد الظروف الواقعيّة التي تعبّر عن حاجات المستخدمين للشابكة. لذا، يمكن القول أن قواعد القانون الموضوعي الإلكترونيّ يتلاءم بشكلٍ كبير مع التطوّر المتلاحق للتجارة الإلكترونيّة، وذلك على خلاف القوانين الوضعيّة التقليديّة.[240]

ثانيًا- مدى تمتّع القانون الموضوعيّ الإلكترونيّ بصفة النظام القانونيّ:

انقسم فقهاء قانون التجارة الإلكترونيّة إلى اتجاهين متباينين بين مؤيد ومعارض، حول منح صفة النظام القانوني للقواعد الماديّة التي تشكل القانون الموضوعي الإلكترونيّ بالمعنى الدقيق لهذا المصطلح. وهذا ما سيتم التطرّق إليه فيما يلي.

1- الاتّجاه المعارض لصفة النظام القانونيّ للقانون الموضوعي الإلكترونيّ: توصّل أنصار هذا الاتجاه إلى نفي هذه الصفة عن القانون الإلكترونيّ الموضوعي، وذلك لأسباب شتّى:

---

[239] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص: 51.

[240] رقيق بلعربي العربي، المرجع السابق، ص: 70- 71.

أ- **مدى حقيقة المجتمع الافتراضي:** قرر أنصار هذا الاتّجاه أنّه لا يمكن الجزم بوجود مجتمع متناسق وملائم لجميع المتعاملين مع الشابكة، قادر على خلق قواعد سلوكيّة ملزمة لهم، إنّما هو مجتمع افتراضي تتعارض أصلًا مصالح أفراده، كما أن الدول غير متعاونة في هذا الشأن، فهل يُعقل أن تتعاون الدول المتقدّمة مع الدول النامية من أجل فرض الحماية على الشابكة "الإنترنت"، ومن ثمّ لا يمكن القول عن هذا المجتمع إنه مجتمع يسوده الانسجام الذي يخلق قواعد سلوك ملزمة. وعليه، لا وجود لنظام قانوني مستقل يحكم المعاملات الإلكترونيّة.[241]

ب- **غياب عنصر الإلزام:** لأنّ قواعد القانون الموضوعي الإلكترونيّ هي قواعد سلوك محدّدة وتلقائية في نشأتها، كما تمَّ بيانه في موضع سابق، وتتميّز بالصفة الاختياريّة إذ وضعت على أسس الاتفاق الاختياري للمتعاملين عبر الشابكة. لذا تفتقر هذه القواعد إلى عنصر الإلزام والذي يعدّ شرطًا لازمًا لتحويل العادة إلى عرف واجب الاحترام. ناهيك عن تخلّف الجزاء الذي يضمن احترامها كونها قواعد منبثقة عن الإرادة الذاتية للمتعاملين، كما يعتمد تطبيقها على إرادة هؤلاء، وهو أمر غير مقبول في العمل التجاري، وخاصّة تلك القواعد الآمرة التي تضمن حمايةً للمستهلكين، فمجتمع الشابكة "الإنترنت" هو مجتمع مكوّن من فنيين ومستهلكين بحاجة إلى حماية قانونيّة بموجب قواعد صارمة. ومن ثمّ فالحاجة مستمرّة إلى تدخّل الدولة لابتداع الجزاءات القانونيّة الوطنية ذات الصلة، مما يعزز الاتجاه القائل بانعدام صفة النظام القانوني الإلكترونيّ، خاصّة وأن الشابكة لا تخضع لأي جهة مركزية تسهر على رقابتها والإشراف

[241] رقيق بلعربي العربين المرجع السابق، ص: 73- 74.

عليها. الأمر الذي يؤكّد بالضرورة غياب عنصر الإلزام في هذه القواعد، وحتى إن وجد، تنعدم الجهة التي تسهر على فرضه وتطبيقه.[242]

ج- نقص وقصور قواعده: تتصف مواضيع التجارة الإلكترونيّة بالحداثة. لذا فهي تعاني من فراغ قانوني كبير، نظرًا لمرونتها وسرعتها في مواكبة التطورات التكنولوجيّة على المستوى العالمي، وإذا كانت هذه القواعد قد اهتمّت ببعض الإشكالات القانونيّة التي استحدثتها التكنولوجيا الرقمية في إبرام العقود، فإن هناك العديد من المسائل القانونيّة التي لا تزال الحاجة فيها قائمة إلى الرجوع النظم الداخلية، مثل القانون واجب التطبيق على أهليّة الأطراف المتعاقدة، والتقادم، وكذا مقدار التعويض المستحق للمضرور.. ومن ثمّ يمكن القول إنّ هذه القواعد قد تعجز عن تغطية كل ما يثيره التعامل عبر الشابكة من مشكلات، الأمر الذي سيترك فرصًا سانحة لتقدير المحكمين والقضاة الفاصلين في النزاعات ذات الطابع الإلكترونيّ، وهو تقدير سيخضع لا محالة للانطباعات والقناعات الشخصيّة لهؤلاء، بما قد لا ينسجم وصحيح الحل القانوني السليم. وعليه، فإن الحاجة ستظل قائمة إلى قواعد القانون الموضوعي التقليدي وحتى لقواعد القانون الدولي الخاص لتكملة النقص، ذلك أن القانون المعني لا زال في مراحله الأولى، وقواعده لا تخلو من الثغرات والعثرات.[243]

---

[242] ضياء الدين ناصر اسماعيل محمد، المرجع السابق، ص: 44.

[243] رقيق بلعربي العربين المرجع السابق، ص: 75.

إذًا من الصعب جدًّا أن يشمل القانون الموضوعي الإلكترونيّ على جميع القواعد القانونية. وبمعنى آخر، لا شكّ أن التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونيّة يحتاج قبل إصداره إلى دراسة أبعاده وانعكاساته القانونيّة.[244]

2- الاتّجاه المؤيّد لصفة النظام القانونيّ للقانون الموضوعي الإلكترونيّ:

خلافًا للاتجاه السابق، يرى أنصار هذا الاتجاه أن القواعد الماديّة للتجارة الإلكترونيّة تشكّل نظامًا قانونيًّا قائمًا بذاته، وتشتمل على العادات والممارسات التي استقر العمل بها في المجتمع الافتراضي، وهو مجتمع حقيقي دوليّ يتولّى أعضاؤه وضع القواعد السلوكيّة التي تحكم معاملاتهم، كما يتميّز بقضائه الخاص والمستقل، وكذا يتمتّع بأحكامه الجبرية. ومن ثمّ فمسالة وجود النظام القانوني لهذه القواعد أضحت مسألة واقع يتخطّاها البحث. إذًا، فالمشكلة لا تتعلّق بوجود النظام القانوني أو بعدم وجوده لأنه موجود لا محالة، بل في مدى تشكيله للنظام القانوني المستقل عن بقيّة الأنظمة الأخرى.[245]

---

[244] حوالف عبد الصمد، المرجع السابق، ص: 177- 178.

[245] رقيق بلعربي العربين المرجع السابق، ص: 77- 79.

الخاتمـــة

تعدُّ العقود الإلكترونيّة هي أحد أهمّ دعائم النظام الاقتصادي العالميّ الجديد. فقد كان لانتشارها عظيم الأثر في خدمة أهداف البشريّة والسير بها قُدُمًا نحو التقدّم والازدهار. غير أنها لم تخلُ من بعض التحدّيات، ولم تكفّ عن طرح العديد من الثغرات العمليّة المرادفة للبيئة الافتراضيّة، ولعلّ من أهمها تلك المتعلقة بمسألة زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه.

وقد تضمّنت هذه الدراسة تحليلًا شاملًا لأهم القضايا القانونيّة التي تنطوي عليها تلك المسألة، بما في ذلك اختبار النطاق المحتمل لإمكانيّة تطبيق القواعد التقليدية لقانون العقد السائد في المجال الماديّ على العقود الإلكترونيّة. وقد بدأ البحث بدراسة تحليلية موجزة للنظريّات التي عالجت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه. ومن ثمّ تَبِعَ ذلك مناقشة أحكام بعض الاتفاقيّات الدوليّة والقوانين النموذجيّة والقوانين الوطنيّة فيما يتعلّق بهذا الخصوص. ومن ثمّ تحليل مدى مُلاءمة قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري مع تلك المسألة، بعد ذلك تمّ تسليط الضوء على أهم الآثار القانونيّة والعمليّة التي تترتّب على تحديدها.

وقد خلُصت هذه الدراسة إلى جملةٍ من النتائج والمُقترحات:

أوَّلاً– النَّتائج:

من أهمّ النتائج التي توصّلت إليها هذه الدراسة هي:

1– لا يعدّ التعاقد الإلكترونيّ تعاقدًا بين غائبين من حيث الزمان والمكان في جميع الحالات، فهناك بعض الحالات التي يعدّ فيها تعاقدًا بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان. كأن يتم التعاقد عبر وسائل اتصال مباشرة، ومن ثمّ لا يؤدي استخدامها إلى وجود فاصل زماني بين صدور القبول وعلم الموجب به.

2– أجمع الفقه القانوني على أن العقد ينعقد لحظة اقتران القبول الصادر عن صاحبه بالإيجاب الموجّه إليه، بيد أنّه قد اختلف فيما إذا كانت هذه اللحظة هي لحظة إعلان القبول أم تصديره أم استلامه أم العلم به. وجميع هذه النظريات تثير جدلًا فقهيًّا واسعًا وحيرة كبيرة، تجعل من غير اليسير على المشرّعين تبني نظرية دون سواها، خاصّة وأن لكل نظريّ من هذه النظريّات ما يبررها.

3– استندت بعض التشريعات الحديثة إلى نظريّات جديدة لم تعرف سابقًا في الساحة القانونية لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونيّ، من قبيل نظريّة تأكيد وصول القبول، وهو ما تبنّاه المشرّع المصري.

4– خلافًا للقاعدة العامّة، فقد تبنّى المشرّع السوري نظريّة استلام القبول لتحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ ومكانه، ما لم يوجد اتّفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذلك؛ بدلالة المادة العاشرة من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري.

5- على الرغم من أن المشرع السوري قد استند إلى نظريّة مغايرة للنظريّة التي تبنّاها في العقود التقليديّة (إعلان القبول)، بيد أنه لم يخرج عن إطار النظريّات الكلاسيكيّة القديمة والمطبّقة في العقود التقليديّة؛ حيث أنه قدّم مصلحة الموجب على القابل، بيد أنّه قلّل من حدّة تغليب جانبه والتطرّف لمصلحته بأنْ ارتكز على نظريّة (الاستلام).

6- تبرز أهميّة تحديد لحظة انعقاد العقد، وبشكلٍ أكبر في العقود التي تجري بين غائبين، والتي تحتاج إلى تحديد وقت انعقادها، من أجل تحديد الكثير من المسائل المهمّة المترتّبة على ذلك. فتحديد تلك المسألة يسهم تباعًا في تحديد وضعيّة القبول عندما يفقد مَنْ صدر منه القبول أهليّته، أو في حالة وفاته بعد إعلانه قبوله وقبل علم الموجب به. كما يسهم في معرفة الوقت الذي يحق فيه للموجب الرجوع عن إيجابه وللقابل العدول عن قبوله، وتحديد شريان بعض المواعيد وغير ذلك.

7- تبيّن من خلال هذه الدراسة عدم ملاءمة قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص مع معطيات الشابكة "الإنترنت"؛ لأن هذا القانون يرتكز أصلًا على ظاهرة الحدود السياسيّة للدولة، أمّا العالم الافتراضي فلا يعترف بهذه الحدود، ذلك أن طبيعة التعامل الإلكترونيّ تتعارض مع فكرة الإقليم الجغرافي.

8- حسم المشرّع السوري مشكلة تحديد القانون واجب التطبيق على العقد الإلكترونيّ في المادة الحادية عشر من قانون المعاملات الإلكترونيّة السوري، فاعتمد على قواعد الإسناد الواردة في القانون الدولي الخاص، ومؤدّى ذلك أنّه إذا اتفق المتعاقدان على تحديد قانون معين يحكم العقد الإلكترونيّ، فإن الاتفاق

صحيح ويُعمل به، فإن لم يكن ثمّة اتفاق بينهما، فإن الالتزامات الناشئة عن هذا العقد تكون محكومة بقانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطنًا، فإنْ اختلفا موطنًا سرى قانون الدولة التي تمّ فيها العقد، وهو الأمر المنصوص عليه في القانون المدني السوري في المادة (20) منه.

9- ذهب المشرّع السوري إلى إمكانيّة الاستناد إلى المحاكم التقليديّة، وذلك لحلّ المنازعات الناجمة عن المعاملات الإلكترونيّة، مستندًا في ذلك إلى القواعد العامّة الواردة في قانون أصول المحاكمات. حيثُ أنّه قضى بتطبيق قواعد الاختصاص الدولي العام إذا كان طرفا العقد في بلدين مختلفين، أمّا إذا كان طرفا العقد في سورية فتطبّق عندئذٍ قواعد الاختصاص الداخلي، وذلك بدلالة المادّة (12) من قانون المعاملات الإلكترونيّة.

10- للإرادة السلطان الأكبر في تكوين العقود وتحديد الآثار التي تنجم عنها، ولا يحدّ من هذا السلطان سوى فكرة النظام العامّ.

11- تُعنى اتفاقية فيينا بتنظيم عقود البيع الدولي للبضائع، بصرف النظر عن الوسيلة التي أبرمت من خلالها، وذلك استنادًا إلى ما جاء في المادّة (11) منها، ومن ثمّ، تعتمد هذه الاتفاقيّة على نظريّة واحدة لتحديد وقت العقد التقليدي، كما الإلكترونيّ، وهي نظريّة استلام القبول.

12- كرّس المشرّع السوري الأحكام الموجود في قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونيّة فيما يتعلّق بتحديد مكان إرسال رسائل البيانات واستلامها،

فـافترض أن مكـان الانعقـاد هـو مكـان مقـر عمـل الموجـب، أو مكـان إقامتـه المعتـادة بحسـب الحـال، إذ أنّـه اعتـدّ بنظريّـة الاسـتلام فـي قـانون المعـاملات الإلكترونيّة.

13- يعدّ التحكيم من أنجع الوسائل البديلة لفض النزاعات الناجمة عن العقود الإلكترونيّة، لما يتمتّع به من خصوصيّة وسرعة فائقة وقوّة ملزمة.

ثانياً- المُقترحات:

يمكن في نهاية هذا البحث تقديم المُقترحات الآتية:

1- أقترح أن يـدرج المُشـرع السـوري العقـد الإلكترونـيّ وتنظـيم أحكامـه ضـمن النظريّة العامة للعقد، مسترشدًا في ذلك بالمشرّع الفرنسي، فالمشرّع الأخير يعدّ أكثـر تقدّمًا فـي هـذا المجـال مـن نظيـره المشـرّع السـوريّ، حيـث يحتـلّ العقـد الإلكترونـيّ مكانًـا رئيسًـا فـي التقنـين المـدني الفرنسـي، ووجـه ذلـك أن العقـد الإلكترونـيّ لا يتطلّب إطارًا قانونيًّا جديدًا، ثمّ إن استخدام الشابكة لا يغيّر من حقيقة أن العقد الإلكترونـيّ مـا هـو إلا عقـد عاديّ يخضـع للقواعـد العامّـة. لـذا، قيـد يكـون مـن المفيـد العـودة إلـى القوانين المتواجـدة ومراجعتهـا وإدخـال بعـض التعديلات عليها لسدّ الثغرات والفجوات الواقعة ما بين الجهود الإقليميّة والسوق العالميّـة، بحيـث يجـد هـذا العقـد مكانـه فـي النظـام القـانونيّ التقليـديّ مـع إزالـة العقبات التي تعترض تنميته.

2- أقترح أن يتبنّى المشرّع السوري نظرية إعلان القبول لتحديد لحظة انعقاد العقد الإلكترونـيّ مـع إضـافة شرط واقف يتناسب مـع طبيعـة العقد الإلكترونـيّ،

وذلك بالتنويه إلى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره بانعقاد العقد إلّا بعد استلامه من قبل الموجب؛ لأن القابل – في الغالب– هو المستهلك وهو الطرف الأولى بالرعاية.

3– ضرورة إيجاد مناخ مناسب من الثقة بين المتعاقدين، تشجيعًا لنمو الاقتصاد الوطني في سوريّة. وعلى سبيل المثال، قد يكون من المفيد لو أنّ المشرع السوري قد استند إلى محكمة المدعي لتحديد المحكمة المختصة بالنظر في النزاعات الناجمة عن التعاقد الإلكترونيّ، ما لم يوجد اتفاق يقضي بخلاف ذلك. ووجه ذلك أن المدّعي هو منشئ الخصومة وهو المستهلك غالبًا، وقد يكون هو الطرف الأضعف تقنيًّا في العلاقة العقديّة، فينبغي حمايته ورعاية مصالحه والسماح له برفع دعواه أمام المحكمة التي يقع في دائرتها موطنه، حتّى لا يتقاعس عن المطالبة بحقّه خوفًا من الخسائر الفادحة التي قد تلحق به، زيادةً على مشقّة السفر.

4– ضرورة مراعاة فكرة النظام العام وحمايتها، عند تطبيق ما ذهبت إليه إرادة ذوي الشأن في عقود التجارة الإلكترونيّة، بالشكل الذي تراعى فيه مصالح الدول أيضًا وحقّها في السيطرة على أراضيها.

قائمة المصادر والمراجع

أوَّلًا- باللُّغة العربيَّة:

1- الكُتب:

- (أبو الليل) إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونيّة، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003.
- (إبراهيم) خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكترونيّ- دراسة مقارنة، الاسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2006.
- (إسماعيل) محمد سعيد أحمد، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونيّة، كلية الحقوق- جامعة عين شمس، منشورات الحلبي الحُقوقية، 2009.
- (التهامى) سامح، التعاقد عبر الإنترنت- دراسة مقارنة، جامعة الزقازيق، دار الكتب القانونية، 2008م.
- (الجواري) سلطان عبد الله محمود، عقود التجارة الإلكترونيّة والقانون واجب التطبيق- دراسة قانونية مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.
- (ديب) فؤاد، القانون الدولي الخاص (1)، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018.
- (السنهوري) عبد الرزاق، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، الجزء الأول، دون سنة نشر.

- (سوار) محمد وحيد، التعبير عن الإرادة في الفقه الإسلامي– دراسة مقارنة بالفقه العربي، الطبعة الثانية، الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، 1979.
- (شفيق) محسن، اتفاقيّة الأمم المتحد بشأن البيع الدولي للبضائع– دراسة في قانون التجارة الدولي، القاهرة، دار النهضة العربية، دون سنة نشر.
- (صالح) فوّاز، القانون المدني (المصادر الإراديّة للالتزام)، منشورات جامعة دمشق– كلية الحقوق، 2020.
- (عبد الدائم) أحمد، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)– الجزء الثاني: أحكام الالتزام، منشورات جامعة حلب– كلية الحقوق، 2007.
- (العجارمة) مصطفى موسى، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، مصر، دار الكتب القانونية، 2010.
- (العنزي) زياد خليف، المشكلات القانونية لعقود التجارة الإلكترونيّة من حيث الإثبات وتحديد زمان ومكان العقد، دار وائل للنشر، الطبعة الأولى، 2010.
- (الكيلاني) عبد الفتاح، المسؤولية المدنية الناشئة عن المعاملات الإلكترونيّة عبر الإنترنت، الإسكندرية، دار الجامعة الجديدة، 2011.
- (مجاهد) أسامة أبو الحسن، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، مجلد 1، 2000.
- (مجاهد) أسامة أبو الحسن، التعاقد عبر الإنترنت، مصر، المحلة الكبرى، دار الكتب القانونيّة، 2005.

- (المطالقة) محمد فواز محمد، الوجير في عقود التجارة الإلكترونيّة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
- (المومني) بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الإنترنت- دراسة مقارنة، جامعة اربد الأهلية، عالم الكتب الحديث، 2004.
- (ناصيف) إلياس، العقود الدولية- العقد الإلكترونيّ في القانون المُقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط1، 2009.
- (واصل) محمد، أصول المحاكمات المدنية، الجزء الأول، منشورات جامعة دمشق، 2011
- (يوسف) أمير فرج، عالمية التجارة الإلكترونيّة وعقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري الإلكترونيّ، المكتب الجامعي الحديث، 2009.

2- الرَّسائل الجامعيَّة:

أ- أطروحات الدُّكتوراه:

- (حامدي) بلقاسم، إبرام العقد الإلكترونيّ، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015.

ب- رسائل الماجستير:

- (بوطالبي) زينب، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكترونيّ، رسالة ماجستير، جامعة امحمد بوقرة بومرداس، 2014.

- (حزفلاوي) سهيلة– (عبد الوهاب) فهيمة آيت، القانون واجب التطبيق على منازعات العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، جامعة عبد الرحمن ميرة– بجاية، 2017.
- (خليفي) سمير، حل النزاعات في العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2010.
- (سلهب) لما، مجلس العقد الإلكترونيّ، رسالة ماجستير، فلسطين– نابلس، جامعة النجاح الوطنية، 2008.
- (طورش) وداد، مجلس العقد الإلكترونيّ، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، 2018.
- (العربي) رقيق بلعربي، تنازع القوانين في العقود الإلكترونيّة– دراسة مقارنة بين التشريعات العربية والاتفاقيّات الدوليّة، رسالة ماجستير، جامعة خميس مليانة، 2014.
- (محروق) الطاهر، الوسائل البديلة لحل منازعات التجارة الإلكترونيّة (التحكيم الإلكترونيّ أنموذجًا)، رسالة ماجستير، جامعة العربي بن مهيدي– أم البواقي–، 2017.
- (مرزوق) نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونيّة، رسالة ماجستير، الجزائر، جامعة مولود معمري تيري وزو– كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2012.
- (الوريكات) رامي صالح، التعاقد الإلكترونيّ عبر الهاتف الخلوي– دراسة في التشريع الأردني، رسالة ماجستير، الأردن، جامعة الشرق الأوسط– كلية الحقوق، 2013.

3- الأبحاث العلميَّة المُحكَّمة:

- (بلاق) محمد، ضوابط تحديد الاختصاص القضائي الدولي في منازعات العقود الإلكترونيّة بين الاتجاهين التقليدي والحديث، بحث منشور في مجلة البحوث والعلوم السياسية، المجلد الثاني، العدد الرابع، 2016.
- (العنزي) زياد خليف، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقًا لمبادئ مؤتمر لاهاي 2015، بحث منشور في مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد 13، العدد2، 2016.
- (الفضل) عبد السلام علي- (العتوم) نعيم علي، منهج الأداء المميز في تحديد قانون العقد الدولي، بحث منشور في مجلة علوم الشريعة والقانون، المجلد 46، العدد 1، الملحق 1، 2019.

4- المقالات القانونيَّة:

- (ادعيس) معن، زمان انعقاد العقد في اتفاقية فيينا المتعلقة بعقد البيع الدولي- دراسة مقارنة، فلسطين، ديوان الفتوى والتشريع، 2009.

5- القوانين والأنظمة:

أ- القوانين الوطنيَّة:

- القانون المدنيّ السُّوريّ، الصادر بالمرسوم التشريعي رقم (84) تاريخ 1949/5/18 وتعديلاته.
- قانون المعاملات الإلكترونية السوري رقم (3) لعام 2014.
- قانون أصول المحاكمات السوري رقم (1) لعام 2016.

- القانون المدني المصري، رقم (131) لعام 1948.
- قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (13) لعام 1968 وتعديلاته.
- مشروع قانون التجارة الإلكترونيّة المصري.
- القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951 وتعديلاته.
- القانون المدني الأردني رقم (43) لعام 1976.
- قانون المعاملات الإلكترونيّة الأردني رقم (15) لعام 2015.
- مجلَّة الالتزامات والعقود التونسية الصادرة في 1906/12/15.
- قانون المبادلات والتجارة الإلكترونيّة التونسي رقم (83) لعام 2000.
- قانون الالتزامات والعقود المغربي الصادر بتاريخ 1913/8/12 وتعديلاته.
- القانون المغربي (53،05) المتعلق بالتبادل الإلكترونيّ للمعطيات القانونية، لعام 2007.
- القانون المدني الجزائري، الصادر بالأمر رقم (58/75) تاريخ 1975/9/26، المُعدَّل والمُتمَّم.
- القانون الجزائري رقم (05،18) المؤرخ في 2018/5/10، والمتعلق بالتجارة الإلكترونيّة.
- قانون الموجبات والعقود اللبناني الصادر بتاريخ 1932/3/9.
- القانون الاتحادي الإماراتي رقم (1) لعام 2006، بشأن المعاملات والتجارة الإلكترونية.

ب- الاتّفاقيّات الدَّوليَّة:

- اتفاقيّة لاهاي لعام 1955 بشأن القانون واجب التطبيق على المبيعات الدوليّة للبضائع.
- اتفاقيَّة نيويورك المتعلّقة بالاعتراف بقرارات التحكيم الأجنبيّة، المعتمدة من المؤتمر الدبلوماسي للأمم المتحدة في 10 يونيو عام 1958.
- اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن الولاية القضائية وتنفيذ الاحكام في المسائل المدنية والتجارية.
- اتفاقيّة الأمم المتحدة (فيينا) بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام 1980.
- اتفاقية روما لعام 1980 المتعلقة بالقانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية.
- اتفاقية لوجانوا المبرمة فيما بين دول اتحاد التبادل الحر المنضمة غلى الاتحاد الأوروبي بتاريخ 1988/9/16.
- القانون النموذجي (الأونسيترال) بشأن التجارة الإلكترونيّة الصادر عام 1996.
- اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونيّة في العقود الدوليّة، المعتمدة بتاريخ 2005/11/3.
- القانون العربي الاسترشادي للمعاملات والتّجارة الإلكترونية، المعتمد بقرار مجلس وزراء العدل العرب رقم (812/د25) تاريخ 2009/11/19.

ج- التوجيهات الأوروبيَّة:

- التوجيه الأوروبي رقم (46) الصادر في عام 1995 م والمتعلق بحماية البيانات ذات الطابع الشخصي.
- التوجيه الأوروبي رقم (31) لعام 2000 م بشأن التجارة الإلكترونيّة.

د- الاجتهادات القضائيَّة:

- مجلة المحامون الصادرة عن نقابة المُحامين في الجمهورية العربية السوريَّة، العددان 3-4، 2011.

ثانيًا- باللُّغة الأجنبيَّة:

- Mickael / BOUTROS, Le droit du commerce électronique: (Une appjroche de la protection du cyber consommateur), thèse de doctorat, UNIVERSITÉ DE GRENOBLE,France, 2014.

ثالثًا- المواقع الإلكترونيَّة:

- https://almerja.com/
- http://arab-ency.com.sy/
- https://uncitral.un.org/
- https://www.mohamah.net
- https://ar.wikipedia.org
- https://www.droitetentreprise.com/

فهرس الموضوعات

المُقدِّمة ..... **– 1 –**

الفصل الأوَّل: زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ..... **– 13 –**

المبحث الأوَّل: النَّظريَّات الَّتي عالجت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ..... **– 14 –**

المطلب الأوَّل: نظرية إعلان القبول وتصديره .....– 16 –

الفقرة (1)– نظرية إعلان القبول: .....- 16 -

الفقرة (2)– نظرية تصدير القبول:.....- 21 -

أوَّلًا– حجج أنصار هذه النظريّة:.....- 22 -

ثانيًا– الانتقادات الموجّهة إلى هذه النظريّة:.....- 23 -

المطلب الثَّاني: نظرية وصول القبول والعلم به .....– 26 –

الفقرة (1)– نظرية استلام القبول: .....- 27 -

أوَّلًا– مبررات هذه النظريّة:.....- 28 -

ثانيًا– نقد هذه النظريّة:.....- 28 -

الفقرة (2)– نظرية العلم بالقبول: .....- 31 -

المبحث الثاني: زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ وفقًا للتشريعات الوضعية والآثار المترتبة عليها. ..... – 33 –

المطلب الأوَّل: موقف التشريعات الدولية والوطنية حول زمان العقد الإلكترونيّ.....– 33 –

الفقرة (1)– موقف التشريعات الدولية: .....- 34 -

أولًا– موقف الاتفاقيات الأوروبية: ..... - 34 -

ثانيًا– موقف اتفاقية الأمم المتحدة للبيع الدولي للبضائع: ..... - 36 -

ثالثًا– القانون النموذجي للتجارة الإلكترونيّة (الأونسيترال): ..... - 37 -

الفقرة (2)– موقف التشريعات الوطنية: .....- 41 -

أولًا– موقف القوانين الأجنبية: ..... - 41 -

ثانيًا– موقف القوانين العربية: ..... - 44 -

ثالثًا– موقف المُشرِّع السوري: ..... - 48 -

المطلب الثَّاني: الآثار التي تترتّب على تحديد زمان العقد الإلكترونيّ – 51 –

الفقرة (1)– الآثار التي تترتّب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ في التشريعات الوطنية: .....- 52 -

أولًا– حق الموجب بالعدول عن إيجابه، وحق القابل في سحب القبول الصادر عنه:- 52 -

ثانيًا– تحديد وضعيّة القبول عندما يفقد مَنْ صدر عنه القبول أهليّته، أو في حالة وفاته بعد إعلان قبوله، وقبل علم الموجب به: ..... - 53 -

ثالثًا– انتقال الملكية وتحمّل تبعة الهلاك: ..... - 55 -

رابعًا– الوسائل التي يمنحها القانون للدائن لحماية حقّه: ..... - 56 -

خامسًا– القانون واجب التطبيق من حيث الزمان:..... - 58 -
سادسًا– مسألة تحديد سريان بعض المواعيد: ..... - 59 -
سابعًا– العقد شريعة المتعاقدين: ..... - 59 -
الفقرة (2)– الآثار التي تترتّب على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكترونيّ في اتفاقية البيوع الدولية للبضائع:..... - 60 -
أولًا– النتائج المرتبطة بنطاق تطبيق اتفاقية فيينا:..... - 60 -
ثانيًا– النتائج المترتبة على تحديد زمان انعقاد العقد والمرتبطة بآثار العقد:..... - 62 -
الفصل الثَّاني: مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ..... – 67 –
المبحث الأوَّل: النَّظريَّات الَّتي عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ وموقف التشريعات إزاء ذلك ..... – 69 –
المطلب الأوَّل: النظريات التي عالجت مسألة تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ.....– 73 –
الفقرة (1)– النظريّات التقليديّة: ..... - 74 -
أوَّلًا– عرض النظريَّات الأحاديّة:..... - 74 -
ثانيًا– النقد الموجّه للنظريات الأحادية:..... - 82 -
الفقرة (2)– النظريات غير التقليدية (الحديثة):..... - 83 -
أوَّلًا– النظريّات الثنائية (عدم التلازم):..... - 83 -
ثانيًا– النّظريّة المُختلطة:..... - 87 -
المطلب الثَّاني: تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ وفقًا للتشريعات الوضعيّة .....– 89 –
الفقرة (1)– موقف الاتّفاقيّات الدوليّة:..... - 90 -

أوّلًا– الاتّفاقيّات الدوليّة التي استندت إلى النظريّات الأحاديّة: ..... - 90 -
ثانيًا– الاتّفاقيّات الدوليّة التي أخذت بالنظريات المزدوجة (عدم التلازم): ..... - 92 -
الفقرة (2)– موقف التشريعات الوطنيّة: ..... - 99 -
أوّلًا– موقف التشريعات العربيّة: ..... - 99 -
ثانيًا– موقف المشرع السوري: ..... - 105 -
المبحث الثاني: الآثار التي تترتّب على تحديد مكان انعقاد العقد الإلكترونيّ– – 109
المطلب الأوّل: الجهة القضائية المختصة بفض النزاعات الناشئة عن العقود الإلكترونيّة .....– 110 –
الفقرة (1)– الاختصاص الرضائي: ..... - 113 -
أولًا– حق الأطراف في اختيار المحكمة المختصّة: ..... - 113 -
ثانيًا– الوسائل البديلة لفض النزاعات (الطرق غير القضائية): ..... - 119 -
الفقرة (2)– الاختصاص غير الرضائي: ..... - 121 -
أولًا– الضوابط الشخصية ومدى ملاءمتها للعقود الإلكترونيّة: ..... - 122 -
ثانيًا– الضوابط المتعلقة بموضوع الدعوى ومدى ملاءمتها للعقود الإلكترونيّة:..... - 130 -
المطلب الثَّاني:القانون واجب التطبيق لفضّ النزاعات الناشئة عن التعاقد الإلكترونيّ– 133 –
الفقرة (1)– القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة: ..... - 134 -
أوّلًا– اتفاق الأطراف على تحديد القانون واجب التطبيق (الإسناد الشخصي): ..... - 135 -
ثانيًا– القانون واجب التطبيق على العقود الإلكترونيّة في ظل غياب اتفاق الأطراف (الإسناد الموضوعي): ..... - 145 -

الفقرة (2)– القواعد الموضوعيّة المُستحدثة واجبة التطبيق على العقود الإلكترونيّة: ...- 151 -

أولًا– مفهوم القانون الموضوعي الإلكترونيّ الدوليّ: ..... - 152 -

ثانيًا– مدى تمتّع القانون الموضوعيّ الإلكترونيّ بصفة النظام القانونيّ:..... - 157 -

الخاتمـــة ..... **– 161 –**

قائمة المصادر والمراجع..... **– 167 –**