جامعة مولود معمري تيزي وزو
كلية الحقوق و العلوم السياسية
قسم الحقوق

التعاقد الإلكتروني في ظلّ التجارة الإلكترونية

مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر في القانون
تخصص: قانون خاص

من إعداد الطالبين:
- بوحايل محمود
- علواش فيصل

إشراف:
أد. يسعد حورية

أعضاء لجنة المناقشة

د. أرتباس ندير، أستاذ محاضر"ب"، جامعة مولود معمـــري، تيزي وزو، رئيسا

أ.د. يسعد حورية، أستاذ، جامعة مولود معمـــري، تيزي وزو، مشـــرفا ومقـــررا

د. بوخرس بلعيد، أستاذ محاضر"ب"، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، ممتحنا

السنة الجامعية
2020/2019

إهداء

إلى ذكرى المرحوم أبي

إلى أمي حفظها الله

إلى كل أفراد عائلتي، زوجتي و أبنائي

إلى كل أصدقائي

أهدي ثمرة جهدي.

م.بوحايل

أهدي هذا العمل إلى والداي حفظهما الله و أعزهما

إلى زوجتي و إبني ماسيل

إلى كل عائلتي كبيرا و صغيرا

إلى كل عائلة علواش ودبيش وعبددو

إلى أستاذتي و زملائي

إلى كل أصدقائي.

ف.علواش

شكر و عرفان

إعترافا بالفضل و الجميل، نتوجه بخالص الشكر و فائق التقدير و الإمتنان إلى الأستاذة الدكتورة المشرفة " يسعد حورية "، لقبولها الإشراف على هذا البحث و تقديم يد المساعدة و الإرشاد، كما نتقدم بالشكر الجزيل و التقدير لأساتذتنا أعضاء اللجنة، و نشكر كل من ساهم من قريب أو بعيد في إنجاز هذا العمل المتواضع.

" أنني رأيت أنه لا يكتب إنسان كتابا في يوم، إلآ قال في غده : لو غير هذا لكان أحسن، و لو زايد كذا لكان يستحسن و لو قدم هذا لكان أفضل و لو ترك هذا لكان أجمل، و هذه من أعظم العبر و هو دليل على استيلاء النقص على كافة البشر. "

العماد الأصفهاني

قائمة أهم المختصرات

1- باللغة العربية:

1- ج.ر: الجريدة الرسمية

2- ص ص: صفحة إلى صفحة

3- ص: صفحة

4- ق.ت.إ.ج: قانون التجارة الإلكترونية الجزائري

5- ق.ت.ج: القانون التجاري الجزائري

6- ق.م.ج: القانون المدني الجزائري

7- ق.م.ف: القانون المدني الفرنسي

8- د.س.ن: دون سنة النشر

9- ط: طبعة

2- باللغة الفرنسية:

1- P : Page

2- P .P : Page en Page

3- N : Numéro

4- ED : Editions

5- ART :Article

6- LGDJ: Librairie générale de droit et de jurisprudence

مقدمة

يوصف عصرنا الحالي بأنه عصر التكنولوجيا، بسبب التطور العلمي الذي مسّ شتى مجالات الحياة البشرية، فمنذ أن اخترع الإنسان الحاسب الآلي (1) و هو في تطوير مستمر، حتى طال مختلف المجالات، فأحدث تغيير جذري لحياته، فظهرت عدة مجالات بهذا المفهوم، وأبرزها ما يسمى بالاقتصاد الرقمي الذي تجسد بظهور شبكة الانترنت والذي سمي بمصطلح تجارة العصر والمستقبل أو ما يعرف "بالتجارة الإلكترونية".

أحدث ظهور شبكة الانترنت تغيير كبير في أنماط الحياة على اختلاف درجاتها، و أسهمت هذه الشبكة في إلغاء الكثير من الحواجز التي تفصل بين الدول، فأصبح العالم قرية صغيرة يسهل فيها التواصل، و لم يعد البشر أسرى لمكانهم فوق كوكب الأرض، و من ثم شاهد العالم أنماطا حياتية جديدة، منها العقود الإلكترونية و التجارة الإلكترونية. (2)

ساهم مفهوم التجارة الإلكترونية بشكل كبير في طريقة تسّوق المستهلك والمنتج بإحداثه قفزة نوعية ، في مجال التسويق المادي من أسواق عادية إلى عالم التسوق في بيئة رقمية بمختلق تقنيات الاتصال عن البعد الحديثة، إذ نجد أن موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة وموضوع التعاقد الإلكتروني بصفة خاصة، قد ساهما و بشكل كبير في انفتاح وتطور الاقتصاد العالمي على الصعيد الدولي، ولكي يتحقق كل هذا ظهرت العديد من الجهود الدولية من خلال وضعها لتشريعات مستحدثة و من بينها نجد قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية

01- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الأنترنت، دراسة تحليلية، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2007، ص17.

02- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014، ص11.

لسنة 1996، والذي يعد أول قانون يسعى إلى وضع نماذج قانونية لتشجيع الدول على القيام بتعديلات على مستوى تشريعاتها الداخلية في مجال التجارة الإلكترونية.(3)

لقيت هذه الفكرة استجابة العديد من الدول، من بينها الدولة الفرنسية التي قامت بتنظيم التعاقد الإلكتروني بصفة خاصة، و ذلك تكريسا لمبادئ التوجيه الأوربي(4) ، ومن بين التشريعات العربية السباقة في إصدارها لقانون ينظم المبادلات الإلكترونية، نجد المشرع التونسي بموجب القانون رقم 83 لسنة 2000 (5)، ثم يليه المشرع الأردني من خلال إصداره لقانون رقم 85/2001 الخاص بالمعاملات الالكترونية.(6)

أما المشرع الجزائري، فلقد قام بتنظيم المعاملات الالكترونية ضمن خطواته الأولى بإدخاله سلسلة من التعديلات المفترقة والتي نظم بها بعض الجوانب المتعلقة بالعقود الإلكترونية، وهذه التعديلات التي قام بها المشرع الجزائري هدفها جلب المتعاملين الأجانب للاستثما، إلا أن هذه التعديلات لم تكن كافية للاستجابة لخصوصيات و متطلبات هذا النوع من العقود وهذا ما ألزم المشرع الجزائري إصداره لقانون مستقل ينظم من خلاله هذا النوع من المعاملات الإلكترونية من أجل تحقيق الثقة والإئتمان ومواكبة التطورات الدولية في هذا الشأن، ويظهر هذا من خلال إصدار المشرع الجزائري لقانون ينظم به الجوانب القانونية الخاصة بالتجارة الإلكترونية و على وجه خاص التعاقد الإلكتروني، حيث نجد على سبيل المثـــــــال

03- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، منشورات الأمم المتحدة، أوستريا، فينا، 2001.

04- التوجيه رقم 97-07 ، الصادر في 20 ماي 1997، ج ر، عدد 144، صادرة بتاريخ 04جوان 1997، ص 119، متاح على موقع القوانين الفرنسية و الأوروبية: WWW . legifrance . gouv.fr

05- قانون رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000، يتعلق بالمبادلات والتجارة الإلكترونية، صادر عن الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، بتاريخ 11 أوت 2000، عدد 64، ص 2084.

06- القانون الأردني رقم 85-2001 الخاص بالمعاملات الإلكترونية، ص2010، ج ر، عدد 4524، بتاريخ 2001/12/03.

المبادئ الدستورية التي كرسها المشرع في نص المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 20-442 المتعلق بإصدار التعديل الدستوري، والتي نصت على أن: **"حرية التجارة والاستثمار والمقاولة مضمونة، وتمارس في إطار القانون"**(7)

يتبيّن من خلال هذه المبادئ الدستورية أنّ هدف قانون التجارة الإلكترونية في الجزائر يظهر في تنظيم النشاط الذي سيتم بموجبه توفير السلع والخدمات عن بعد ، لتشجيع نمو التجارة و كذا توفير الحماية للمستهلك من المعاملات التجارية غير النزيهة، حيث تظهر أهمية موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة والتعاقد الإلكتروني بصفة خاصة، في أن هذه التعاملات الإلكترونية أكثر بكثير من التعاملات التقليدية، حيث نجد معدلات التجارة الإلكترونية بين المتعاملين الاقتصاديين و المستهلك قد بلغت 1200 مليار دولار في العالم حسب الإحصائيات التي وضعتها مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية لسنة 2013.

نظرا للأهمية التي يكتسيها موضوع التعاقد الإلكتروني على الصعيد الدولي و تأثيره على الاقتصاد الدولي ، بالإضافة للمبادرات التي قامت بها العديد من الدول في مجالها التشريعي بإصدار قوانين خاصة لحماية الأطراف المتعاقدة عن بعد، إخترنا هذا الموضوع لدراسته، ومن بين هذه الدول نجد الجزائر التي قامت بخطوة تشريعية كبيرة في مجال تنظيم التجارة الإلكترونية، وذالك بإصدار قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية (8)، مما يدفعنا لتحديد المستجدات القانونية التي سوف تظمن للفاعلين الاقتصاديين مختلف الضمانات القانونية التي يستندون إليها لتوفير الحماية القانونية لهم في المعاملات الإلكترونية.

07- مرسوم رئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أوّل نوفمبر 2020، ج.ر، عدد82، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

08- قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر،عدد 28، صادرة بتاريخ 16ماي 2018.

يمكن إحاطة موضوعنا هذا بإشكالية تتمثل في: ماهية أحكام التعاقد في نطاق التجارة الإلكترونية ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية، اعتمدنا في دراستنا المنهج التحليلي-الإستقرائي بغرض تحليل النصوص القانونية إضافة إلى المنهج الوصفي الذي من خلاله نوصف بعض الآراء الفقهية التي قيلت بشأن التعاقد الإلكتروني، لننهي موضوعنا بالمنهج المقارن لمعرفة مدى تأثر المشرع الجزائري ببعض التشريعات عند تنظيمه لموضوع التعاقد الإلكتروني.

وعليه، سيتم التطرق إلى ضوابط التعاقد (العقد) الإلكتروني (الفصل الأول) ثم لكيفية إبرامه (الفصل الثاني).

الفصل الأول

ضوابط التعاقد في ظلّ التجارة الإلكترونية

مع نهاية القرن العشرين، وبفعل التطور التكنولوجي، أخذت الابتكارات والتقنيات التكنولوجية الجديدة وتيرة نمو سريعة، حيث انتقل المجتمع التقليدي في المعاملات إلى عصر العلوم والمعرفة المعلوماتية، وأخذت المعاملات منعرج جديد سهل الحياة اليومية للمجتمع.

إن في الامتلاك و السيطرة على التكنولوجيا قوة تمكن من إحداث تغيير جذري في طرق العمل في شتى المجالات التجارية والاقتصادية وغيرها، فبتطور التكنولوجيا تطورت التجارة الدولية والمحلية، حيث تحول نمط التفكير بتغيير سلوك المنتج والمستهلك، فبذلك تطورت قواعد التعامل التجاري، مما ساهم في ميلاد التجارة الإلكترونية المبنية على التدفق السريع للمعلومات والاستجابة الأسرع ومحوّ الحدود والقيود الجغرافية والمادية التي كانت عائقا أمام المبادلات التجارية.

لمّت التجارة الإلكترونية شمل العالم، حيث أصبح هذا الأخير كقرية صغيرة وسوقا واحدا متعادل الفرص للجميع. فما هو الإطار المفاهيمي للتجارة الإلكترونية؟ (المبحث الأول) ، وما هو الإطار المفاهيمي للعقد الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

الإطار المفاهيمي للتجارة الإلكترونية.

برزت التجارة الإلكترونية كظاهرة حديثة النشأة على الساحة الدولية وتمكنت من الانتشار والتحول إلى أهم معلم اقتصادي جديد يرمز إلى القوة والتحكم، لتوضيح هذا المفهوم الحديث، سنتطرق لمختلف تعاريفه (المطلب الأول)، ثم تبيان خصائصها و مميزاتها(المطلب الثاني).

المطلب الأول

تعريف التجارة الإلكترونية.

تعتبر التجارة الإلكترونية كما سبق الإشارة إليها، مفهومٌ حديث النشأة، شاع عالميا ودخل لحياتنا اليومية، وهي ظاهرة جديدة غامضة وغير مفهومة كون المصطلح حديث، لتوضيح هذا المفهوم نعرف التجارة الإلكترونية في التشريعات الداخلية (الفرع الأول)، وحسب المنظمات الدولية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تعريف التجارة الإلكترونية في التشريعات الداخلية.

التجارة الإلكترونية مصطلح حديث النشأة، أصبحت كثيرة التداول في الأدبيات المعاصرة تُعرّف على أنّها : شكلاً من أشكال التعامل التجاري الذي ينطوي على تعامل الأطراف، بحيث يكون التبادل إلكترونياً بدلاً منه مادياً أو مادياً مباشراً (09).

سنحاول تعريف التجارة الإلكترونية في القانون الفرنسي (أولا)، ثم في القانون المصري (ثانيا) وأخيرا في التشريع الجزائري (ثالثا).

أولا:تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع الفرنسي.

تعتبر فرنسا من الدول التي كانت سباقة إلى إيجاد تنظيـــم قانونـــي للتجـــارة

9- سعد غالب ياسين، بشير عباس العلاق، الأعمال الإلكترونية، دار المناهج للنشر و التوزيع، الأردن، 2006، ص209.

الإلكترونية حتى فيما قبل ظهور الأنترنت، فعلى سبيل المثال قانون حماية المستهلك الفرنسي بشأن الثمن الذي صدر بتاريخ الثالث ديسمبر1987، تنص المادة رقم (14) منه على أن ثمن كل سلعة أو خدمة معروضة على المستهلك وفق تقنية اتصالات عن بعد، يجب أن يكون ظاهرا بشكل واضح بالنسبة للمستهلك بأية وسيلة قبل إنشاء العقد. (10)

و من تلك الأمثلة تقنية الهاتف و الفاكس، رغم أن هذا النص شرع قبل ظهور الانترنت، إلا أنه قابل للتطبيق على العقود التي تتم من خلاله.

و تأكيدا على رغبة المشرع الفرنسي في تنظيم ما يخص المعاملات الإلكترونية نجد أنه أدخل عدة تعديلات على القانون المدني و ذلك من خلال القانون رقم 230/2000 الصادر بتاريخ 13 مارس عام 2000، حيث نصت المادة رقم 1316/1 على أن الوثيقة في شكلها الإلكتروني تكون مقبولة كدليل بنفس طريقة الوثيقة الورقية، بشرط أن تساهم في التعرف على هوية مرسلها، و تخزن في ظروف تحافظ على سلامتها، أما الفقرة (03) من تلك المادة فتنص على أن الوثيقة الإلكترونية لها نفس قيمة الوثيقة الكتابية (11).

و تفاعلا مع النهج ذاته بموجب القانون رقم 575/2004 بتاريخ 21 يونيو 2004 تم تعديل المادة رقم (1369/1) من القانون المدني الفرنسي لتصبح كالتالي: " إن الوسيلة الإلكترونية يمكن أن تستخدم من أجل تحديد الظروف التعاقدية أو المعلومات الخاصة بالبضائع أو الخدمات"(12).

10- Arrêté du 3 décembre1987, relatif à l'information du consommateur sur les prix, disponible sur : WWW.legifrance.gouv.fr.

11- Loi N°2000-230 du 13mars2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, disponible sur : WWW.legifrance.gouv.fr.

12- Loi n°2004-575 du 21juin2004 pour la confiance dans l'économie numérique, disponible sur : WWW.legifrance.gouv.fr.

ثانيا:تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع المصري.

إهتم المشرع المصري بتعريف مصطلح التجارة منفردا، فقانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، من خلال المواد من 01 إلى 07 (13)، نصت على مجموعة الأعمال التي تعد من قبيل الأعمال التجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها ولا الغرض من مزاولتها، وقد وردت تلك النصوص على سبيل المثال، لأن المشرع في المادة السابعة أكد على ما يلي: **" يكون عملا تجاريا كل عمل يمكن قياسه على الأعمال المذكورة في المواد السابقة لتشابه في الصفات و الغايات".**

بينما تخطى قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15لسنة 2004 (14) ما أغفله قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، عندما عرف الوسيط الإلكتروني في الفقرة (د) من المادة الأولى بأنّه:**" أداة أو أدوات أو أنظمة إنشاء التوقيع الإلكتروني"** ، و هو الوسيلة التي تتبع بشأن إتمام هذه التجارة.

و بمفهوم هذه المادة يمكن القول بأن الوسيط الإلكتروني هو كل الأدوات و الأنظمة التي تدخل في إنشاء التوقيع الإلكتروني المرتبط بمحرر ما و منه على سبيل المثال لا الحصر: أجهزة الحاسبات و المعالجات و ملحقاتها ، و أجهزة تسجيل البصمات ، و المجسات و أجهزة و أنظمة التشفير و شبكات الإتصال التي تربط بين هذه الأدوات و الأنظمة و البرامج المستخدمة في التشغيل و ما في حكمها.

13- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، دار القانون للمحاماة و الإستشارات القانونية، المعادي، مصر، 2020.

14- القانون المصري رقم 15 لسنة 2004، شأن تنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنلوجيا المعلومات، ج.ر ، عدد 17، الصادرة بتاريخ:22أفريل 2004.

أما بخصوص المعاملات التجارية الإلكترونية فهي تشمل كل معاملة ذات طابع تجاري في مجالات التعامل المختلفة مثل البيوع و غيرها من العقود و التصرفات القانونية التجارية الأخرى و الإستيراد و التصدير و التعاقدات وحجز تذاكر السفر و الفنادق و التعاملات المصرفية بكل أنواعها و التي تتم في شكل محرر إلكتروني موقعا توقيعا إلكترونيا.

ثالثا:تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري.

كان تكريس المشرع الجزائري للتجارة الإلكترونية محتشما، و ذلك بإصدار مجموعة من النصوص القانونية التي تنظم إستغلال وسائل الإتصال و تبادل المعلومات و ذلك لمواكبة التطور التكنلوجي الذي يحتاج إلى تنظيم قانوني.

إذا ألقينا نظرة على المنظومة التشريعية الجزائرية، فنجد أن المشرع قد نظم نشاط التجارة الإلكترونية ضمن القانون رقم 18-05، حيث جاء في نص المادة 06 منه بتعريف للتجارة الإلكترونية على أنها: **" يقصد بمفهوم هذا القانون بما يأتي: التجارة الإلكترونية: النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني، عن طريق الإتصالات الإلكترونية"**. (15)

يتضح من خلال التعريف الذي ساقه المشرع الجزائري أن التجارة الإلكترونية هي كل عملية تجارية بين المورد و المستهلك، التي تتم بواسطة وسيط إلكتروني، أين يكون فيها مجلس العقد إفتراضي (إلكتروني).

15- المادة 06 من القانون رقم 18-05 ، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، سالف الذكر

الفرع الثاني

تعريف التجارة الإلكترونية حسب المنظمات العالمية.

سنتطرق عبر هذا الفرع إلى تعريف التجارة الإلكترونية حسب المنظمات العالمية منها: المنظمة العالمية للتجارة (OMC)، المنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI)، مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية (CNUCED).

أولا:تعريف التجارة الإلكترونية حسب المنظمة العالمية للتجارة (OMC).

عرّفت التجارة الإلكترونية في ظل المنظمة العالمية للتجارة(OMC)، بأنها مجموعة متكاملة من عمليات إنتاج وتوزيع وترويج وبيع المنتجات من خلال شبكات الإتصالات ومن أمثلة السلع الموزعة إلكترونيا: الكتب والقطع الموسيقية (16).

تأخذ هذه المنظمة بتعريف واسع للتجارة الإلكترونية التي تشمل ثلاث أنواع من العمليات التجارية، وهي عمليات الإعلان عن المنتج وعمليات البحث عنه، عملية تقديم طلب الشراء وسداد ثمن المشتريات، و كذلك عملية تسليم المشتريات (17)

ثانيا:تعريف منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية (OCDE).

"التجارة الإلكترونية تشمل جميع المعاملات والصفقات التجارية التي تتم من قبل الأفراد والهيئات، وتقوم على أساس معالجة ونقل البيانات الرقمية على إختلاف أشكالها سواء كانت مكتوبة أم مرئية أو مسموعة" (18).

هذا التعريف كثير التركيز على وجهة طبيعة المتعاملين من أفراد وشركات، وطبيعة البيانات المتبادلة من صوت وصور، لكنه أشار إلى وجود وسيط إلكتروني يسهل عملية التبادل من خلال مصطلح البيانات الرقمية.

16- معلومات مستخرجة من الموقع الإلكتروني لمنظمة التجارة العالمية OMC على الرابط التالي: WWW .Wto.org/fr/e-commerce

17- إبراهيم العيسوي، "التجارة الإلكترونية"، المكتبة الأكادمية، القاهرة، مصر، 2003، ص12.

18- معلومات مستخرجة من الموقع الإلكتروني لمنظمة التعاون و التنمية الإقتصادية على الرابط التالي: WWW .oecd.org/publication

ثالثا:تعريف المنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI).

"التجارة الإلكترونية في شكلها الواسع تشمل كل الوسائل الإلكترونية المستخدمة لغرض التجارة" (19).

هذا التعريف يعرفنا بالوسائل المستخدمة في إبرام الصفقات التجارية وليس تعريفا للتجارة الإلكترونية، لأن المنظمة العالمية للملكية الفكرية تهتم بموضوع الحماية القانونية للمعاملات التجارية وحقوق التأليف و برائة الإختراع في مجال التجارة الإلكترونية.

رابعا:تعريف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية (CNUCED).

التجارة الإلكترونية هي كل الخدمات التجارية بين المؤسسات مع الأفراد أو بين المؤسسات فيما بينها أو الأفراد فيما بينهم، وتعتمد على المعالجة الإلكترونية للبيانات (نصوص، صوت و صور) (20).

أما بالنسبة للقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي إعتمدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (دليل تشريع قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية)، فقد إعتمد على تقديم تعاريف لرسالة البيانات، التبادل الإلكتروني للبيانات، المنشئ أو المرسل إليه، الوسيط و نظام المعلومات، وهذا من خلال المادة الثانية بعنوان التعاريف من الفصل الأول تحت عنوان أحكام عامة من الجزء الأول المعنون التجارة الإلكترونية عموما. (21).

نستخلص من كل هذه التعاريف أن معنى التجارة الإلكترونية يختلف حسب وجهة النظر التي يتبناها المؤلف أوالمنظمة، فيمكن تصنيف كل هذه التعاريف وفق المنظور الذي يتناول هذه الظاهرة الرقمية، فمعناها في منظور المجتمع هي ملتقى

19- معلومات مستخرجة من الموقع الإلكتروني للمنظمة العالمية للملكية الفكرية على الرابط التالي: .WWW .wipo.int

20- معلومات مستخرجة من الموقع الإلكتروني لمؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية على الرابط التالي: www .unitad.org.

21- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، المرجع السابق،ص 26.

يجمع عناصر المجتمع(أفراد ومنظمات) للتعليم والتبادل والتعاون فيما بينهم، أما من حيث منظور الأعمال التجارية فهي عملية تطبيق التقنية الرقمية من أجل جعل المعاملات التجارية تجري بصورة تلقائية وسريعة.

بينما من منظور الإتصالات، تعرف التجارة الإلكترونية بأنها وسيلة من أجل إيصال المعلومات أو الخدمات أو المنتجات عبر خطوط الهاتف أو عبر شبكات الأنترنت أو عبر أي وسيلة تقنية، أما من حيث الخدمات فهي أداة موجهة لإشباع رغبات الشركات والمستهلكين و المدراء في خفض تكلفة الخدمات والإسراع بزمن تقديم هذه الخدمة والرفع من كفاءتها، و من منظور الأنترنت هي أداة لتوفير وشراء المنتجات وتبادل المعلومات بصورة فورية أو لحظية من خلال شبكة الأنترنت(22).

المصدر: طارق طه،"التسويق و التجارة الإلكترونية"، دار الكتب للنشر، مصر،2005، ص317.

المطلب الثاني

خصائص و مميزات التجارة الإلكترونية.

يعتبر مفهوم التجارة الإلكترونية كما سبق الإشارة إليها، حديث النشأة، لذلك فلابدّ من تبيان خصائصها (الفرع الأول) كما يجب تمييزها عن كل ما يشابهها، والتفرقة بينها وبين التجارة التقليدية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

خصائص التجارة الإلكترونية

تتسم التجارة الإلكترونية بالعديد من الخصائص التي تجعلها متميزة في عصرنا الحالي و يمكن إبرازها فيما يلي:

22- طارق طه،"التسويق و التجارة الإلكترونية"، دار الكتب للنشر، مصر،2005، ص317.

أولا:الطابع العالمي للتجارة الإلكترونية

أنشطة التجارة الإلكترونية لا تعرف حدود جغرافية، فيمكن التعامل بين طرفين من نفس الرقعة الجغرافية، كما يمكن التغلغل إلى أسواق مختلفة عبر العالم بفضل الأنترنت (23).

ثانيا:غياب التعامل الورقي في معاملات التجارة الإلكترونية

تتم صفقة تجارية إلكترونية كاملةً، دون تبادل مستندات ورقية على الإطلاق (في حالة السلع القابلة للترقيم)، ما يدعم هدف التجارة الإلكترونية في خلق مجتمع اللاورقية، ومن هنا تظهر مشاكل في إثبات التعاملات والعقود وتوثيق الحقوق و الالتزامات، وإثبات صحة التوقيعات والحفاظ على حقوق الملكية الفكرية، لذلك شرعت حكومات ومنظمات دولية في وضع قانون خاص بالتجارة الإلكترونية يسبغ الصفة القانونية على المحررات والعقود والتوقيعات الإلكترونية والوفاء بالنقود إلكترونيا (24).

ثالثا:عدم الكشف عن هوية المتعاملين

تكون الأطراف المتعاقدة إلكترونيا متباعدة و يختلف التوقيت الزمني بينها، ما يخلق نقصا في المعلومات عن المتعاملين بين بعضهم البعض، و هذا ما أنتج سلبيات كتقديم معلومات زائفة أو بطاقات إئتمان مسروقة أثناء التعاملٍ(25).

رابعا:السرعة في إنجاز الأعمال و المهام

يظهر ذلك من خلال سرعة أجهزة الكومبيوتر في إنجاز الأعمال و براميج المحاسبة التي تسهل القيام بالمعاملات و العمليات التجارية، ضف إلى ذلك التطور المستمر للتكنلوجيا ما خلق سرعة في تغيير المفاهيم و الأنشطة في التجارة الإلكترونية، حيث أن اتساع نطاقها نظرا لارتباط أنشتطها بوسائل الإتصال

23- طارق طه، مرجع سابق، ص317.

24- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، الطبعة الأولى،2006 ، ص152.

25- إبراهيم العيسوي، مرجع سابق، ص34.

الإلكتروني التي تعرف تطور مستمر و سريع يعرّض التجارة الإلكترونية هي الأخرى للتغيير والتطور المتسارع(26).

الفرع الثاني

مميزات التجارة الإلكترونية

التجارة الإلكترونية هي النظام الذي يسمح عبر الانترنيت حركات البيع و الشراء و الخدمات و المعلومات، فأنشطتها بيع و شراء، تسويق، خدمة العملاء و التوصيل و الدفع الإلكتروني، سنحاول من خلال فرعنا هذا تقديم بعض من مميزات التجارة الإلكترونية، من خلال تعاريفها العامة و تمييزها عن التجارة التقليدية.

أولا:مميزات التجارة الإلكترونية من خلال تعاريفها العامة

1:التجارة الإلكترونية تشتمل على الاتصالات بين مختلف الشركات.

مفهوم التجارة الإلكترونية يشير إلى تسويق المنتجات عبر شبكة الانترنيت الدولية و تفريغ البرامج الإلكترونية دون الذهاب إلى المتجر أو إلى الشركة، و علاوة على ذلك فإن التجارة الإلكترونية تشتمل على الإتصالات بين مختلف الشركات على المستوى المحلي أو الدولي، مما يسهل عملية التبادل التجاري ويزيد من حجمها (27) ركز هذا التعريف على جانب واحد فقط، وهو مرونة التبادل التجاري في ظل التجارة الإلكترونية بفضل الاتصالات التي تساهم في ربح الوقت وتقريب المسافات.

2:التجارة الإلكترونية تبادل إلكتروني.

تمثل التجارة الإلكترونية شكلا من أشكال التعامل التجاري الذي ينطوي على تعامل الأطراف، بحيث يكون التبادل إلكترونيا بدلا منه ماديا أو ماديا مباشرا(28).

26- صراع كريمة، واقع وآفاق التجارة الإلكترونية في الجزائر، مذكرة لنيل شهادة ماجستر في العلوم التجارية، جامعة وهران، كلية العلوم الإقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية، المدرسة الدكتورالية للإقتصاد و إدارة الأعمال، 2013-2014، ص21.

27- عبد القادر بريش، محمد زيدان، "دور البنوك في تطوير التجارة الإلكترونية"، الملتقى الدولي حول التجارة الإلكترونية، كلية العلوم الإقتصادية و علوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 6-7 مارس 2004.

28- سعد غالب ياسين، بشير عباس العلاق، " الأعمال الإلكترونية"، دار المناهج للنشر و التوزيع، الأردن 2006، ص209.

هذا التعريف يبرز لنا أن التجارة الإلكترونية ما هي إلا عملية تجارية بمضمون السلعة أو الخدمة أو أداء العمل، بوجود وسيط إلكتروني يلم شمل الأطراف المتعاقدة في ظل غياب قيام العلاقة المباشرة بينهم(29).

3:التجارة الإلكترونية بيع و شراء عبر الأنترنيت.

تتمثل التجارة الإلكترونية في عمليات البيع و الشراء عبر الأنترنيت، بتبـادلالمعلومات و صفقات السلع الإستهلاكية و التجهيزات و خدمات العمليات المالية و القانونية...إلخ، مستعينة بالفاكس، الهاتف، الأنترنيت و الشبكات المعلوماتية و غيرها من الوسائل(30).

هذا التعريف عبارة عن إضافة نشاط تبادل المعلومات و البيانات عبر الأنترنيت، و التي يتم الحصول عليها بمقابل، إلى عمليات البيع و الشراء.

4:التجارة الإلكترونية عمليات تجارية عبرشبكة الأنترنيت والشبكات العالمية الأخرى.

التجارة الإلكترونية هي تنفيذ كل ما يتصل بعمليات شراء و بيع البضائع و الخدمات و المعلومات عبر شبكة الأنترنيت و الشبكات العالمية الأخرى و يشتمل ذلك: الإعلانات عن السلع و البضائع و الخدمات، تقديم معلومات حول السلع و الخدمات، علاقات العملاء التي تدعم عمليات الشراء و البيع و خدمات ما بعد البيع، التفاعل و التفاوض بين البائع و المشتري، عقد الصفقات و إبرام العقود، سداد الإلتزامات المالية و دفعها، عمليات توزيع و تسليم السلع و متابعة الإجراءات، الدعم الفني للسلع التي يشتريها العملاء، تبادل البيانات إلكترونيا EDI بما في ذلك:

29- سعد غالب ياسين، مرجع سابق، ص209.

30- Alain Charles LARTINET, Ahmed SILEM,« Lexique de gestion »,Dalloz, Lyon,2005,P 110.

- ❖ كتالوجات الأسعار
- ❖ المراسلات الآلية المرتبطة بعمليات البيع و الشراء
- ❖ الإستعلام عن السلع
- ❖ الفواتر الإلكترونية
- ❖ التعاملات المصرفية. (31)

من بين التعاريف المقترحة، هذا التعريف هو الأكثر تفصيلا و اتساعا، لأنه عرض كل أنواع عمليات التجارة الإلكترونية التي تتم عبر وسائل الاتصال الإلكتروني خاصة منها الانترنيت.

ثانيا:تمييز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية

هناك فرق جوهري بين التجارة الإلكترونية والتجارة التقليدية، فالأولى تختلف أشكالها تبعا لدرجة تقنية المنتج وتقنية العملية وتقنية الوسيط، وعلى هذا الأساس يمكننا تقسيم التجارة إلى ثلاث أنواع(32).

1:التجارة الإلكترونية البحتة (خالصة).

وتعني أن الزبون يزور موقعا لشركة على الأنترنيت، فعند إختياره للسلعة المناسبة يقوم بملئ استمارة الطلب من خلال جهاز الكمبيوتر و يبعث بها إلى البائع و يسوي مدفوعاته النقدية إلكترونيا، كما أن التسليم يكون فوريا على الأنترنيت(33).

31- طارق عبد العال حماد، "التجارة الإلكترونية: المفاهيم، التجارب، التحديات، الأبعاد التكنلوجية، المالية، التسويقية و القانونية"، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، مصر، 2003، ص 08.

32- سمية ديمش، التجارة الألكترونية حتميتها و واقعها في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير،جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،2011، ص 39.

33- سمية ديمش، المرجع نفسه، ص40.

2:التجارة التقليدية البحتة

هي تجارة تقليدية خالصة، فيكون فيها الوسيط و السلعة ملموسين، و بذلك فكل العملية ملموسة، كقصد متجر لشراء مواد غذائية أو ألبسة.

3:التجارة الإلكترونية الجزئية

هي مزيج بين التجارة التقليدية و التجارة الإلكترونية، حيث أن أحد العوامل الثلاثة رقمي و الباقي ملموس، مثل شراء كتاب من موقع شركة على الأنترنت، أي أن العمليات تم إنجازها إلكترونيا (الطلب و التسديد)، بينما التسليم يكون ماديا أي بأسلوب التجارة التقليدية و هذا عن طريق إرسال الشركة للكتاب عبر البريد العادي(34).

و من خلال هذه الأنواع يتضح لنا بأن :

التجارة التقليدية تعني أن يتجه المشتري إلى المتجر لشراء احتياجاته و متطلباته، بينما التجارة الإلكترونية هي سوق إلكتروني يتواصل فيه البائعون و المشترون و تعرض المنتجات من سلع و خدمات في صيغة رقمية، و تسمى هذه العملية بالتبادل الإلكتروني و التي تختلف كثيرا عن عملية التبادل التقليدي المتعارف عليها(35).

34- سمية ديمش، مرجع سابق، ص 40.

35- سمية ديمش، مرجع نفسه، ص40.

المبحث الثاني

مفهوم العقد الإلكتروني.

بظهور وسائل الإتصال الحديثة و سهولة استخدامها، ظهر تزايد في استخدام العقود الإلكترونية، و لعل السبب راجع إلى سهولة وسرعة إبرام تلك العقود بالنظر إلى شيوع وسائل الإتصال المتطورة و لجوء الأفراد إلى إبرام أغلب عقودهم و معاملاتهم بها.

لتحديد مفهوم العقد الإلكتروني في نظرنا، نتطرق إلى المقصود به من خلال تعريفه، عرض طبيعته القانونية وخصائصه، ومن ثم سنحاول تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له، و ذلك بتمييزه حسب طريقة التعاقد و تمييزه عن العقود المبرمة في نفس البيئة الإلكترونية.

المطلب الأول

المقصود بالعقد الإلكتروني.

للدراية الشاملة بالمقصود بالعقد الإلكتروني سنعرض أمامكم مختلف تعاريف العقد الإلكتروني من خلال عرض تعريفا له في المواثيق الدولية و القوانين الداخلية و التعريف الفقهي ، ثم إبراز طبيعته القانونية، من حيث كونه عقد إذعان أم عقد رضائي، و في الأخير سنكتفي بذكر خصائصه من حيث طريقة إبرامه و مجال ظهوره.

الفرع الأول

تعريف العقد الإلكتروني.

أثار تعريف العقد الإلكتروني جدلا و اختلافا في وجهات النظر، يراجع هذا لتنوع العقود و تقنيات إبرامه و تشعب مجالاته، نورد أهم تعارفه فيما يلي:

أولا:تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

أهم التشريعات و أسبقها في تعريف العقد الإلكتروني هو القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة المسماة/ **الأونسترال UNCITRAL**، لكنه لا يعد قانون ملزم للدول، كما لا يعد تنظيما تشريعيا للمعاملات الإلكترونية، و إنما مجرد وسيلة تقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دوليا بهدف إزالة عدد من العقبات القانونية، لذلك فإن نصوصه غير ملزمة.

لقد حاول هذا القانون وضع تعريف للعقد الإلكتروني من خلال تعريف الوسائل التي يتم من خلالها إبرامه، حيث جاء في نص المادة الثانية منه المخصصة للتعريفات في الفقرة "أ" ما يلي:

(أ) يراد بمصطلح رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إستلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"(36).

من خلال النص، يتضح لنا أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لمح إلى تعريف العقد الإلكتروني من خلال تعريف وسائل التعبير عن الإرادة عن طريق تقنيات الإتصال الحديثة.

و تكريسا للمبادئ التي وضعها قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 97-07 في 20 ماي 1997، الخاص بحماية المستهلك في العقود عن بعد (37)، و قد تضمن هذا التوجيه تعريفا للعقد الإلكتروني من خلال تعريف العقد عن بعد في المادة (2) منه الناصة على:

36- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، المرجع السابق، ص04.

37- المادة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 ، المرجع السابق.

العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد و مستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، و الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الإتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد(38).

يتضح من خلال النص، أن كل عقد تم بوسيلة اتصال حديثة هو عقد عن بعد، مما يعني أن العقد الإلكتروني الذي يتم بوسائل الإتصال الحديثة هو عقد عن بعد.

ثانيا:تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري

تنص المادة السادسة من القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية على ما يلي: (39)

"العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأول عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني"

يتضح لنا من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري حاول وضع تعريف للعقد الإلكتروني باعتباره عقد بمفهوم القانون رقم 04-02 ، يتم إبرامه عن بعد دون حضور مادي للأطراف في آن واحد حصريا بواسطة تقنية اتصال إلكترونية.

38- تجري صياغة المادة الثانية من التوجيه الأوربي باللغة الفرنسية كما يلي:

« Le contrat à distance comme tout contrat concernant des biens ou services, conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de services à distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication du contrat y-compris la conclusion du contrat elle-même »

39- القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، سالف الذكر.

ثالثا:التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

ذهب الفقه إلى تعريفات متعددة للتعاقد الإلكتروني، لا تختلف كثيرا عما ذهبت إليه بعض التشريعات الغربية و العربية في هذا المجال، فذهب بعضهم إلى التوسع بينما ذهب البعض الأخر إلى التضييق على النحو التالي : (40)

عرف بعض الفقهاء العقد الإلكتروني على أنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول عبر شبكة دولية للإتصال عن بعد و ذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب و القابل" (41) هذا التعريف قصر العقد الإلكتروني على معاملات تتم عبر الأنترنت فقط، رغم تعدد و إختلاف تقنيات الإتصال التي بالإمكان إبرام العقد عن طريقها، فلا يمكن ربط العقد الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة .

كما يلاحظ أن التعريف السابق للعقد الإلكتروني لم يبين النتيجة المترتبة على إلتقاء الإيجاب بالقبول ، و هي إحداث أثر قانوني و إنشاء إلتزامات عقدية. (42)

و هناك من الفقه من ركز في محاولته تعريف العقد الإلكتروني على الصفة الدولية فيه حيث رأى بأنه: " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع و الخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط بإتمام العقد"(43).

40- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، المملكة العربية المتحدة، 2009 ، ص18.

41- Olivier ITEANU, Internet et le droit , aspects juridiques du commerce électronique, éditions Ayrolle, France,1996, p.23

42- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، ص52.

43- صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006، ص12.

يعاب على هذا التعريف أنّه ليس دقيق من جانبين : فليس كل عقد إلكتروني عقدا دوليا بالضرورة ، فجغرافيا شبكة الإتصال الدولية لا تعرف الحدود الجغرافية، إذ من الممكن إبرام العقد بين شخصين من نفس الدولة عبر تلك الشبكة. كما أن الشبكة الدولية ليست الوسيلة الوحيدة لإبرام العقد الإلكتروني فهناك وسائل أخرى.

و في محاولة لإيجاد تعريف عام للعقد الإلكتروني بتفادي الإنتقادات السابقة، سعى جانب من الفقه إلى وضع تعريف له مركزا على وسيلى إبرامه و تنفيذه و بعض خصائصه فيرى أن : " العقد الإلكتروني هو إتفاق يبرم كليا أو جزئيا من خلال تقنية الإتصال عن بعد، بدون حضور مادي متزامن للمتعاقين، بإيجاب و قبول، يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسائط و ذلك بالتفاعل فيما بينهم لإشباع حاجاتهم المتبادلة بإبرام العقد"(44).

تدارك هذا التعريف بعض الإنتقادات الموجهة لتعريف العقد الإلكتروني، لكنه لم يشر للنتيجة المترتبة على التعاقد و هي إنشاء إلتزامات عقدية ، فقد إكتفى بإيراد الغرض من التعاقد و هو إشباع الحاجات المتبادلة للأطراف.

كما ركز على الوسيلة المستخدمة في إبرام العقد و إنعدام الحضور المادي للأطراف و ما سماه الصفة التفاعلية، غير أنه عاد وذكر أنها الوسيلة ذاتها في التعبير عن الإيجاب و القبول، رغم أن معنى الإبرام ينصرف إلى ذلك و هو تفصيل زائد ما كان ينبغي إيراده.

بعد هذا العرض لمختلف المحاولات التشريعية و الفقهية لضبط تعريف للعقد الإلكتروني، يمكننا القول أن العقد الإلكتروني هو **كل عقد يتم إبرامه أو تنفيذه كليا أو جزئيا بواسطة وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال الحديثة**، فنكون بذلك قد ركزنا على أن وصف العقد بأنه إلكتروني يعود إما لوسيلة تنفيذه أو إبرامه، كما إستبعدنا أية صفة أو خاصية من خصائصه سواء دولية أو استهلاكية أو تجارية.

44- صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص 14،15.

الفرع الثاني

التكييف القانوني للتعاقد الإلكتروني.

يعد التعاقد الإلكتروني من المستجدات المعاصرة التي أحدثت نوع من الإهتزاز في ظل العالمين الإقتصادي و القانوني، و الذي دفع بالعديد من المختصيين القانونيين إلى الإجتهاد في تحديد مختلف الجوانب القانونية التي تؤطر هذا التعاقد، من أجل ضمان نوع من الممارسة الفعالة له في ظل الأسواق التجارية الإفتراضية، و لكن عند بداية بناء نظام قانوني لأي تصرف كان، فإنه يفرض علينا الوضع معرفة أساسا طبيعته القانونية، من خلال تكييفه في قالبه القانوني الملائم.

لتحقيق ذلك، لابد أن يتم تحديد بنية ذلك التعاقد من حيث تكوينه و كيفية إنعقاده (أولا)، المراكز القانونية الجديدة للأطراف المتعاقدة (ثانيا)، التواجد المادي للمتعاقدين (ثالثا).

أولا:العقد الإلكتروني من حيث كيفية إنعقاده:

عملا بالمبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"(45)، أساس جميع التصرفات القانونية التي يعقدها الأفراد في حياتهم اليومية، مبدأ استمد من مبدأ "سلطان الإرادة"، فالحرية للأفراد في إبرام أي تصرف كان، شرط توفر الرضا المتبادل بينهما، لكنه هناك عقود معينة لها أحكامها الخاصة و طابع شكلي يترتب عن تخلفها عدم قيام العقد من أساسه.

1- العقد الإلكتروني عقد رضائي:

تنص المادة 59 من ق م ج على أنه **" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفـــــــان التعبيرعن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية"** فالأصل في كل العقود أنها خاضعة لمبدأ الرضائية.

45- المادة 106 من الأمر 58/75 مؤرخ في 26 سبتمبر1975، يتضمن القانون المدني الجزائري، ج.ر.ج.ج، عدد78، صادرة بتاريخ 30 سبتمبر 1975، المعدل والمتمم.

وتضيف المادة 60 من نفس القانون على أن:**" التعبير عن الإرادة يكون باللّفظ أوالكتابة، أوبالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه"**، مما يعني أن التعبير عن الإرادة يكون شفهيا، كتابيا، أو حركيا، المهم أن تكون قد عبرت عن رضا المتعاقد.

إذا ما طبقنا هذه القواعد العامة المتعلقة بمبدأ رضائية العقود على التعاقدات الإلكترونية، فإن العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة هذه العقود. لكن هناك حالات رغم كون التعاقد بوسائل إلكترونية إلا أنه يغلب عليها الطابع الشكلي، كالتعاقد عن طريق البريد الإلكتروني الذي لا يتم إلا من خلال الكتابة الإلكترونية.

أ- العقد الإلكتروني عقد شكلي:

تعد الشكلية كاستثناء من مبدأ سلطان الإرادة، بحيث يعرف العقد الشكلي بأنه ذلك العقد يشترط لإنعقاده صحيحا منتج لكافة آثاره القانونية، أن يفرغ التراضي المتبادل بين أطرافه المتعاقدة في قالب شكلي يفرضه القانون (46).

إشترط المشرط الجزائري هذه الشكلية في بعض العقود دون أخرى لتنبيه المتعاقدين على أهمية أوخطورة ذلك التصرف، فمثلا أكدّ في المادة 418 ق.م.ج على أنّ عقد الشركة يجب أن يكون مكتوبا و إلا كان باطلا، و كذلك على عدم إنعقاد الرهن إلا بعقد رسمي المادة 883 من نفس القانون، إضافة إلى ذلك فإنه على الرغم من خضوع أغلب العقود لمبدا الرضائية، لا يمنع أن يطالب المتعاقدين أحيانا بالشكلية، بإعتبارها الدليل الثبوتي ذو الحجية المطلقة في نظام الإثبات، و الذي يسمح بإثبات التصرفات القانونية (47)، و هوما كرسته المادة 1/333 من ق.م.ج، التي تنص على أنّه:**" في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على**

46- فيلالي علي، الإلتزامات: النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر، 2008، ص 67.

47- MEKKI Mustapha, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », 2eme partie, Revue des contrats, N°2, 01Avril 2009, P 453

100.000 دينار جزائري أو كان غير محدد القيمة فلا يجوز الإثبات بالشهود في وجوده أو إنقضائه ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك".

تتميز الشكلية بكونها كركن للإنعقاد أو وسيلة إثبات أن غياب الشكلية يترتب عنه عدم قيام العقد و بطلان التصرف القانوني بطلان مطلق ، أما إغفال شكلية الإثبات في العقود الرضائية التي تفوق قيمتها عن 100000 دينار جزائري ، فلا يؤثر في صحة العقد و لكن عند إثارة أية منازعة بشأن مبلغ التصرف القانوني كقيام أحدهم على إنكاره، فيتعذر على الطرف الأخر إثبات وجود العقد. فهل يمكن إعتبار العقد الإلكتروني رضائيا أم أن البيئة الرقمية التي يتولد فيها تجعل منه عقدا شكليا؟

إن ما يميز التعاقد الإلكتروني عن التعاقد التقليدي هو وسيلة الإبرام أين تكون وسيلة التعاقد في هذا الأخير هي الكتابة التقليدية، أما الوسيلة في التعاقد الإلكتروني هي الكتابة الإلكترونية التي هي بحد ذاتها وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة.

يتبين من خلال دراسة القواعد العامة في ظل التعاقد التقليدي، بأن العقد الإلكتروني بالفعل يعد من العقود الرضائية، ذلك أن البيئة الرقمية التي ينشأ في ظلها تسمح بشكل عادي من تبادل التعبير عن الإرادة بين الأطراف المتعاقدةعبر مختلف تقنيات الإتصال، و هذا ما نجد له تأكيد من قبل المشرع الجزائري في نص المادة 2/6 من ق.ت.إ.ج (48) ، حينما لم يشترط ضرورة توافر شكلية محددة في إبرام العقد الإلكتروني، معتبرا أن الشكلية الإلكترونية في حقيقة أمرها تعني الوسائل التقنية المستخدمة في التأمين على سلامة الوثائق الإلكترونية-العقد الإلكتروني- المتبادلة بين المتعاقدين، بحكم أن هذه الوثيقة سوف يتم الإعتداد بها كوسيلة إثبات في حالة قيام منازعة بشأن العقد الإلكتروني.

48- راجع المادة 2/6 من القانون رقم 18-05، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، سالف الذكر.

ثانيا:العقد الإلكتروني من حيث التوازن العقدي بين المتعاقدين:

تطور العقد الإلكتروني في بيئة رقمية، فتبين أن الأطراف المتعاقدة لا تتمتع بمراكز قانونية متساوية، فهناك إحتمال إذعان أحد الأطراف على إرادة الطرف الأخر (أ) ، لكنه يمكن للتعاقد الإلكتروني التمتع بنوع من المساواة (ب) و الحرية التعاقدية في تبادل وجهات النظر بخصوص بنود و شروط العقد المراد إبرامه.

1- العقد الإلكتروني عقد إذعان:

يعرف عقد الإذعان بأنه ذلك العقد الذي يملي فيه أحد المتعاقدين شروطه على المتعاقد الإخر الذي ليس له إلا قبول العقد، و يتميز هذا النوع من العقود بهيمنة أحد المتعاقدين على المتعاقد الأخر بفرض عليه شروط لا يسمح له بمناقشتها أو التفاوض بشأنها، و لعل أساس هذه الهيمنة التي يتمتع بها الطرف القوي راجعة في العادة إلى إحتكار فعلي أو قانوني للسلع و الخدمات المعروضة (49).

نص المشرع الجزائري على مصطلح الإذعان في المادتين 70 و 110 من ق.م.ج (50) و أضاف إليهما المادة 4/3 من الأمر 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية (51)، التي تنص على:**" يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: 4- عقد: كل إتفاق أو إتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقا من أحد أطراف الإتفاق مع إذعان الطرف الأخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه،**

يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات و المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سالفا."

49- فيلالي علي، المرجع السابق، ص 72-73.

50- أنظر المادتين 70 و110 من الأمر 58/75 ،المتضمن القانون المدني الجزائري ،المعدل والمتمم.

51- قانون رقم 04-02، مؤرخ في 23 يونيو2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.رعدد41 بتاريخ 27 يونيو2004.

من خلال معنى الإذعان المنصوص عليه في المادة 04/03 من القانون 04-02 المذكور أعلاه، يتضح لنا أنه معنا واسعا ليشمل عقد الإستهلاك عبر الأنترنيت المعد مسبقا و المعروض على شبكة الأنترنيت، أين لا يحق للمستهلك المناقشة أو تعديل محتواه.

تأسيسا على ما سبق، يعد التعاقد الإلكتروني من صميم عقود الإذعان لأن المستهلك- القابل- فيه لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المعروضة أمامه في موقع الموجب، على شبكة الأنترنيت على المواصفات التي يرغب فيها على سلع و خدمات، معدة سلفا وفقا لنمطية عقدية محددة الشروط من قبل الموجب الذي لا يقبل فيها أية مناقشة أو تعديل من قبل المتعاقد المستهلك –القابل- و ما يبقى على هذا الأخير سوى أن يقبل بالعقد بأكمله أو أن يتراجع عن فكرة التعاقد من أساسها. (52) العقد حتى يوصف بأنه عقد إذعان، لا يكفي أن يكون هناك طرف ضعيف فقط في العلاقة العقدية، إنما يجب أن تكون كل شروط عقد الإذعان مجتمعة فيه، من إحتكار لسلعة أو الخدمة، و أن تكون إحدى هاتين الأخيرتين ضروريتين للمستهلك، أما إذا توافر إحداها أو بعضها فلا يكون ثمة هناك عقد إذعان(53).

2- العقد الإلكتروني عقد مساومة:

عقود المساومة هي العقود التي يمكن التفاوض بشأن شروطها و مناقشتها و التوقيع عليها بحرية الطرفين و إرادتيهما(54)، فكل طرف يضع شروطه بقدر ما يحقق مصلحته، مما يجعل عقد المساومة يحقق نوعا من التوازن العقدي بين المتعاقدين، لكن هل يمكن إعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد يتحقق فيه مبدأ التفاوض بين المتعاقدين أو أن التباعد المكاني بينهما يضفي عليه صفة الإذعان؟

52- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 86.

53- إلياس ناصف، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت ،2003، ص46.

54- علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 89.

لقد ظهر إتجاه فقهي راجح، يميز بين وسائل إبرام التعاقد الإلكتروني لتحديد تكييفه، فإذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني أو أية وسيلة سمعية بصرية تتيح لأطرافه المتعاقدة إمكانية التلاقي في ظل مجلس عقد إفتراضي، مع إمكانية المناقشة و تبادل وجهات النظر حول شروط و تفاصيل التعاقد، فذلك التعاقد الإلكتروني عقد مساومة، أما إذا تم التعاقد على أحد مواقع الويب في شبكة الأنترنيت... في إطار ما يسمى " بالعقد النموذجي"، فما على المستهلك في هذه الحالة سوى أن يذعن نفسه بها ربما لضرورة إضطرته فنكون بذلك بصدد عقد إذعان إلكتروني(55).

إنّ التمييز بين عقود المساومة وعقود الإذعان يبرز لنا أهمية قانونية تتجلى في أنه إذا كنا بصدد عقود المساومة، فالعقد شريعة المتعاقدين، ما يكرس مبدأ التوتزن العقدي بين المتعاقدين، أما إذا كنا بصدد عقود الإذعان فهنا التدخل إلزامي للقاضي في إطار تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها وفقا للمادة 110 من ق.م.ج التي تنص على أنّه:**" إذا تم العقد بطريقة الإذعان، و كان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منه، و ذلك وفقا لما تقتضي به العدالة و يقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك"**.

كما أن الشك يفسر لمصلحة المدين في حالة وجود خلاف في تفسير بنود هذ العقد، بينما إذا كنا بصدد طرف مذعن فلا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة في العقد ضارا بمصلحة الطرف المذعن(56).

55- خلوي(عنان) نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنيت"دراسة مقارنة"،أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتورة علوم تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018، ص 108.

56- بن السيحمو محمد المهدي، مهداوي عبد القادر، الطبيعة القانونية للعقد لإلكتروني، مجلة الإجتهاد للدراسات القانونية و الإقتصادية، ، العدد06، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، المجلد07، 2018، ص 371.

ثالثا:العقد الإلكتروني من حيث التواجد المادي للمتعاقدين:

يعرّف مجلس العقد بأنه الحال التي يكون فيها المتعاقدون مقبلين على التفاوض في العقد، فيلغوا الإيجاب إذا أنفض المجلس قبل القبول، و لا عبرة لوجود القبول بعد ذلك.

هناك نوعان من مجالس العقد؛ مجلس العقد الحقيقي، وهوعند جمع المتعاقدين في مكان واحد، و مجلس العقد الحكمي أين يكون أحد المتعاقدين غير حاضر فيه.

التعاقد الإلكتروني له خصوصيات فهو عقد يبرم عن بعد، مما يجعل إمكانية تلاقي أطرفه المتعاقدة ليس في إطار مجلس عقد حقيقي مادي لوجود تباعد مكاني بين الطرفين (تعاقد بين غائبين)، لكن استطاعت تكنولوجيا الإتصالات الحديثة إحداث تقارب زمني في إطار مجلس عقد إفتراضي (تعاقد بين حاضرين)، فهل العقد الإلكتروني تعاقدٌ بين غائبين أم هوتعاقدٌ بين حاضرين؟

1- العقد الإلكتروني تعاقدٌ بين غائبين:

التعاقد بين غائبين تعاقد يكون أحد أطرافه غير حاضرة في مجلس العقد، فهناك مدة زمنية تفصل بين تطابق الإرادتين.

يرى جانب من الفقه أن التعاقد الإلكتروني هوتعاقد بين غائبين زمانا و مكانا. و نظرا لعدم صدور الإيجاب و القبول في اللحظة نفسها، بل يوجد فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول و صدوره، و لاختلاف مكان المتعاقدين، فقد يتم الإيجاب في مكان، و القبول في مكان أخر(57).

57- علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص ص147-148.

مسألة التباعد المكاني للمتعاقدين في التعاقد الإلكتروني، لا تثير أي خلاف- ليست محل لبس-، في حين أن التقارب الزماني للأطراف المتعاقدة لا يكون بصفة مطلقة (58) كون أن هذا التقارب يتحدد بحسب نوعية وسائل الإتصال المعتمدة في إبرام التعاقد، و مدى إمكانيتها في تحقيق إتصال فوري للإيجاب و القبول من عدمه، و عليه إذا تم التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني فيمكن تصور وجود فترة زمنية فاصلة بين تطابق الإيجاب مع القبول و منه يعد التعاقد بهذه الوسيلة تعاقد بين غائبين من حيث الزمان يقترب أكثر من التعاقد بواسطة البريد العادي أو التلكس (59).

2- العقد الإلكتروني تعاقدٌ بين حاضرين:

ينطبق مفهوم مجلس العقد حسب هذا الرأي على كل متعاقدين انصرفا إلى موضوع التعاقد دون أن يشغلهما شاغل أخر، و كان بينهما اتصال مباشر عبر الأنترنيت، بحيث يستمع أو يرى أحدهما الأخر، فلا يكون هناك فاصل زمني بين صدور التعبير و وصوله إلى علم الموجه إليه، دون النظر إلى البعد المكاني للمتعاقدين، فمجلس العقد هنا حكميا و ليس حقيقيا(60).

التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، فالمتعاقدين على اتصال مباشر فيما بينهنا رغم كونهما غائبان لا يفصل زمن في التعاقد بينهما ما بين صدور القبول و العلم به، فتطبق لهما قواعد التعاقد ما بين حاضرين وفق أصحاب هذا الإتجاه(61).

58- بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوره في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 118.

59- EL BADAWI Lamia, Les mutations du droit sous l'influence du commerce éléctronique, thèse de doctorat, Université Paris1, Panthéon-sorbonne, 2007, P/110.

60- محمد السعيد رشدي، الأنترنت و الجوانب القانونية لنظم المعلوماتية ، مؤسسة دار الكتب للطباعة و النشر و التوزيع، الكويت ، 1997، ص 33.

61- علاء محمد الفواعير، لمرجع سابق، ص ص 148- 149.

3- العقد الإلكتروني تعاقدٌ بين حاضرين و بين غائبين:

التعاقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان، فيتم بوسائل سمعية بصرية، تسمح بالتفاعل بين الطرفين، يضمهما مجلس واحد حكمي إفتراضي، شأنه شأن التعاقد عن طريق الهاتف، فهذا الرأي يعتبر العقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين في الزمان لانعدام الفاصل الزمني بين صدور القبول وعلم الموجب به، وتعاقدا بين غائبين كون الطرفين في دول مختلفة (62).

رغم أن وسائل الإتصال الحديثة هي البديل للتعاقد بالمراسلة و الهاتف، إلا أن التشريعات العربية تخلو من نصوص تبين حكم التعاقد عن طريق هذه الوسائل، و اكتفت بتكييف التعاقد الذي يحدث عبر الهاتف، لكنه عادة ما تكون هناك مراسلات مباشرة بين الطرفين حول طبيعة السلعة أو الخدمة محل التعاقد عليها، فيظهر أنه ثمة إيجاب و قبول، مما يجعل التعاقد قد تم بين حاضرين من حيث الزمان (63) فالمادة 64 من ق.م.ج تنص على أنّه:**" إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضردون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من ايجابه إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.**

غير أن العقد يتم، و لو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الإيجاب و القبول، و كان القبول قد صدرقبل أن ينفض مجلس العقد".

62- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 289.

63- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 94.

بعد عرض كل هذه الأراء، نستنتج أن الوصف الأكثر ملائمة لهذا النوع من التعاقد يتم من خلال تحديد الوسيلة المستخدمة في التعاقد وتحديدا وسيلة القبول، فالفرق جوهري بين القبول عن طريق البريد الإلكتروني والقبول الصادربزر الموافقة أوغرف المحادثة أو الوسائل المرئية، ففي جميع الحالات الإتصال بين مقدم العرض و المتلقي له لحظيا، إلا أنه استثناءا قد لا يتحقق الإتصال اللحظي في حالة استعمال البريد الإلكتروني لعدم وصول القبول لوجود عائق ما، كغلق جهاز الكومبيوتر من طرف الموجب، أو حدوث عطب في الشبكة، وعليه ينبغي التفرقة بين حالتين في حالة الإتصال عن طريق البريد الإلكتروني؛ عندما يكون الإتصال فوريا نكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان، وعندما يكون التعاقد غير لحظي، فإننا بصدد تعاقد بين غائبين زمانا و مكانا.

الفرع الثالث

خصائص العقد الإلكتروني.

اتضحت معالم الخصوصية في التعاقد الإلكتروني من خلال المحاولات الفقهية و التشريعية التي سعت لضبط تعريف دقيق لهذا العقد، فأصبح أساس المعاملات التجارية لتميزه بوسيلة إبرامه التي تضفي عليه طابع التعاقد عن بعد، و يمس أكبر شريحة في المجتمع و هي شريحة المستهلكين، كما أنه يتعدى حدود الدول، ليمتاز هذا التعاقد بكونه عابر للحدود، و كل هذا يمنحه السرعة في إنجاز المعاملات التجارية مما يجعله مفضل بالدرجة الأولى على التعاقد التقليدي.

أولا:العقد الإلكتروني من العقود التي تبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية:

السمة الأساسية للعقود الإلكترونية أنّها من العقود التي تبرم عن بعد باستخدام وسائل الإتصال الحديثة، و قد ورد تعريفٌ لعقد البيع عن بعد في التوجيه الأوروبي بشأن حماية المستهلك، بأنه:" **عقد يتعلق بتقديم منتج أو خدمة، يتم بمبادرة من المورد دون حضور مادي متزامن للأطراف، المورد و المستهلك، باستخدام تقنيـــة**

الإتصال عن بعد بغية نقل عرض المورد و طلب الشراء من المستهلك" (64).

أما المشرع الجزائري فقد عرفها من خلال المادة 2/06 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بأن:**" العقـد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأول عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، و يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني".**

نظرا لإتصاف التعاقد الإلكتروني بغيابه المادي و المتعاصر لأطرافه المتعاقدة الذي يجمعهم مجلس عقد حكمي إفتراضي، يجعل هذا النوع من التعاقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد – عقود المسافة- و الذي يقتضي فيه الحال إعمال الأحكام و القواعد الخاصة به(65)، التي تتماشى مع خصوصية هذا التعاقد، كون أن تبادل المتعاقدين التعبير عن إرادتهما – الإيجاب و القبول- يتم باستخدام وسائل إلكترونية (66)، وهذا ما أكد عليه التوجيه الأوروبي رقم 97/7/CE في تعريفه للإتصال عن بعد ، بأنه **:" كل وسيلة يمكن إستخدامها تتيح إبرام العقد بين أطرافه دون الحضور المادي لكل من المورد و المستهلك"**(67).

64- صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، طبعة 2013، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013، ص30.

65- GEOFFRAY Brunnaux, Le contrat à distance au XXI siecle, éd, LEX TENSO, Paris,P .227

66- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2008، ص 59.

67- Art2/4 de directive97/07/CE, en disposant « tout moyen qui, sans présence physique et simultanée de fournisseur et de consommateur, peut étre utilisé pour la conclusion du contrat entre ces parties. »

يتميز التعاقد الإلكتروني عن غيره من العقود التي تبرم عن بعد، بوجود صفة التفاعلية التي تسمح بوجود حوار مفتوح بين الأطراف المتعاقدة في آن واحد، خلافا لأنماط أخرى من التعاقدات عن بعد كالتعاقد بالمراسلة التقليدية مثلا(68).

يقصد بالتفاعل هو إمكانية التبادل بين مستعمل نظام المعلومات، و الألة بواسطة نهاية طرفية متصلة بشاشة الرؤية حيث تسمح هذه الصفة بالحصول على بعض السلع و الخدمات بصفة مباشرة من الشبكة، حتى أن مقابل الوفاء يكون بنفس الطريقة على الخط أو الشبكة(69).

ثانيا:العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري الإستهلاكي:

الواقع أنه لا وجود لعقود تجارية بالمعنى الدقيق المقصود بهذا الإصطلاح، وذلك أن العقود التي ينظمها التقنين المدني هي نفسها العقود التجارية إذا كان محلها عملا تجاريا سواء بحسب شكله أو موضوعه ، أو أن التاجر أبرمها لحاجات تجارية، و من ثم فإنه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية، فالعقد الإلكتروني يعد عقدا تجاريا لأسباب و ظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد و جوهره، و من تلك الأسباب ما يتعلق بطبيعة موضوع العقد أو بصفة من يبرمه، و عليه فإن العقد يكون عقد تجاريا أو مدنيا حسب ما إذا كان الشخص الذي أبرمه تاجرا أو غير تاجر و حسب الهدف المطلوب من إبرام العقد(70)، فالعقـــد الإلكتروني ليس دائما تجاريا بالنسبة لطرفيه، فبالنسبة إلى مقـــدم

68- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الغلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص49.

69- MAS Florence, La conclusion des contrats de commerce électronique ,éd L.G.D.J, Paris,2005,P69

70- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003، ص 273.

الخدمة يعتبر هـــذا العقد تجاري، لأن هدفه تحقيق الأرباح بالتوسط بين فئتين مـــن البشر، أما بالنسبة إلى العميل، الأمر يختلف فيما إذا كان تاجر أو غير تاجر، فإذا كان تاجر يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا لم يكن تاجرا فهذا العقد مدنيا بالنسبة إليه، كما يمكن لهذا العقد أن يكون مختلط بين التجاري و المدني و ذلك في حالة إبرام عقد الدخول إلى الشبكة بين مقدم الخدمة أي التاجر و العميل الذي يقوم بعمل مدني(71).

ويبنى على تجارية العقد الإلكتروني أنه يبرم غالبا بين تاجر مهني محترف و بين مستهلك مما يجعله عقدا من عقود الإستهلاك (72) و لذلك تسري عليه أحكام عقد الإستهلاك وما تفرضه هذه الأحكام من حماية المستهلك باعتباره طرفا تجب حمايته، ومن أهم صور تلك الحماية الإلتزام بالإعلام الملقى على عاتق المهني عند تعاقده مع المستهلك وهو الإلتزام الذي مفاده قيام المهني بإخطار المستهلك بكافة البيانات و المعلومات المتعلقة بالبضاعة أوالخدمة، وبكافة شروط البيع وكل ما يتعلق بالخصائص الأساسية و السمات الجوهرية للمنتوج الذي يسعى للحصول عليه(73).

شيوع المعاملات الإلكترونية بين أفراد المجتمع يعني أن أكبر نسبة منهم تدخل في فئة المستهلكين، فإن التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد ألزم المهني في المادة الرابعة منه بإعلام المستهلك بالبيانات الجوهريةللعقد المراد إبرامه و تأكيد تلك المعلومات كتابة، كما نصت على هذا الإلتزان المادة 121-18 من تقنين الإستهلاك الفرنسي(74).

71- الياس ناصف، المرجع السايق، ص 43.

72- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003، ص 19؛ إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 64.

73- VERBIEST(T), Contrats en ligne :quelle valeur juridique ? Article disponible sur www.juriscom.net

74- نبيل محمد أحمد صبيح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، دراسة مقارنة، مقال منشور في مجلة الحقوق، مجلد32، عدد02، جامعة الكويت، يونيو2008، ص 134.

ثالثا:العقد الإلكتروني ذات طابع دولي

تباينت أراء الفقهاء حول مفهوم الصفة الدولية لعقود التجارة الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للإتصالات، وهذه الأراء يمكن تصنيفها إلى إتجاهين؛ اتجاه يذهب إلى التمييز بين نوعين من عقود التجارة الإلكترونية: فالنوع الأول يضم العقود التي يكون أحد أطرافها مستخدم شبكة الأنترنت مقيما في دولة، ومورد خدمات الإشتراك في الشبكة مقيما في دولة ثانية، و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات و إدخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيمة في دولة ثالثة، فهذه العقود تمثل عقودا دولية، أو يكون للعقد طابع دولي إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية، و ذلك بأن يترتب عليه تدفق السلع و المنتجات والخدمات عبر الحدود.

أما النوع الثاني،تضم تلك العقود الداخلية كما هو الحال في حالة إقامة جميع الأطراف، سواء مستخدم شبكة الإتصال، ومورد خدمات الإشتراك في الشبكة في ذات الدولة، بينما النوع الثالث فتضم تلك العقود التي يكون أحد أطرافها مستخدم شبكة الأنترنت مقيما في دولة، ومورد خدمات الإشتراك في الشبكة مقيما في دولة ثانية، و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحميلها عبر الشبكة مقيمة في دولة ثالثة، فهذه العقود تمثل عقودا دولية، أويكون للعقد طابع دولي إذا ما تعلق بمصالح التجارة الدولية، و ذلك بأن يترتب عليه تدفق السلع و المنتجات و الخدمات عبر الحدود.

بينما الإتجاه الثاني يرى أن العقود الإلكترونية قد تكون عقودا دولية إستنادا إلى صعوبة توطين المعاملات القانونية التي تجرى في إطارها، إذ لا خلاف حول دولية تلك العلاقات لتوافر المعايير التي يتم استخدامها في تحديد دولية العقود، بالإضافة إلى أن العالم الرقمي الجديد أدى إلى إلغاء فكرة الحدود الجغرافية، و هو ما أدى إلى إمكانية إبرام العقود الإلكترونية دون الإنتقال من دولة إلى دولة أخرى(75).

75- صفوان حمزة إبراهيم عيسى، المرجع السابق، ص ص 33،34.

لما سبق ذكره، العقود الإلكترونية تتميز بالطابع الدولي، لكنه لا مانع من إعتبارها عقود داخلية إذا إقتصر النزاع على طرفين داخل دولة واحدة، و ارتضيا بتطبيق القانون الداخلي على هذا النزاع، دون النظر إلى وجود أطراف أجنبية شاركت في عملية التعاقد، طالما أن دور هذه الأطراف لا يتصل بالنزاع المعروض أمام المحكمة أو هيئة التحكيم.

المطلب الثاني

تمييزالعقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له

إنّ ظهورالتعاقد الإلكتروني في ظل بيئة رقمية لا يجعل منه العقد الوحيد القائم فيها، إنما هذه البيئة بفضل تقنياتها قد أدت إلى ظهور عدة عقود مماثلة للتعاقد الإلكتروني، فالبعض منها ظهرت تدعيما لهذا التعاقد، في حين أن البعض الأخر جاءت مشابهة له فقط، وبالتالي فمن أجل إزالة اللبس الذي سوف يقع من وراء إختلاط المفاهيم فيما بينها، فإنه لابد من رسم الحدود الفاصلة بينها، كون أن التعاقد الإلكتروني قد يتشابه مع إحدى هذه العقود (76).

يتطلب تحديد ماهية العقد الإلكتروني، تمييزه عن بعض العقود المشابهة له سواء من حيث طريقة انعقاده، (الفرع الأول) أومن حيث البيئة التي ينشأ فيها، البيئة الإلكترونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بالنظر لطريقة انعقاده.

تطور نظام التعاقد عصرا بعد عصر باستخدام وسائل كانت تساير التطور العلمي، حتى وصلت لاستخدام وسائل الإتصال و التقنيات الحديثة التي انتجت ما يسمى بالعقد الإلكتروني. و من تلك الوسائل التي يتشابه إبرام العقد بواسطتها مع العقد الإلكتروني، الهاتف، التلفزيون، الفاكس، التيلكس و المنينتل.

76- عمرون سيلية، عيسات بسمة، التعاقد الإلكتروني وفقا لقانون التجارة الإلكترونية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2019، ص 25.

أولا: التعاقد عن طريق الهاتف

يقصد بالتعاقد عبر الهاتف تبادل الإيجاب والقبول عن طريق هذا الجهازو يتم التعبير عن الإرادة بصفة شفوية، فالإيجاب هنا هو إيجاب موجه لشخص معين بذاته و ليس إيجابا موجها للجمهور(77)، وبظهور الهاتف المحمول وصلت هذه التقنية إلى أرقى مراتب تطورها، حيث أصبح بالإمكان التعاقد عن طريق الإتصال العادي، كما يمكن التعاقد بواسطتها عن طريق الرسائل الإلكترونية(78).

كما يتشابه العقد الإلكتروني الذي يتم باستخدام البريد الإلكتروني مع التعاقد بالهاتف الذي يتم عن طريق الرسائل القصيرة، بل يمكن القول بأن التعاقد عن طريق الهاتف المحمول يعد صورة من صور العقد الإلكتروني في هذه الحالة، إذ ينطبق على التعاقد عن طريق الهاتف النقال تعريف العقد الإلكتروني كما ينطبق عليه وصفه وحكمه وخصائصه(79).

يتبين لنا من الطريقة التي يتم بها العقد عبر الهاتف وطبيعة مجلس العقد فيه، أن التعاقد عبر الهاتف يتشابه مع العقد الإلكتروني في وجود الصفة التفاعلية بين الموجب والموجه إليه الإيجاب بحيث يمكن الطرفين الحديث ومناقشة مسائل العقد.

ثانيا: التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

الفاكس هو جهاز استنساخ بالهاتف، ينقل الرسائل والمستندات المطبوعة والمكتوبة باليد نقلا مطابقا لأصلها، وهناك فاصل زمني للرد على المرسل، أما التلكس هو جهاز لإرسال معلومات عن طريق طباعتها دون تواجد فاصل زمني بين الإرسال والإستقبال، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات وقت إرسالها.

77- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، بيروت، لبنان، دون سنة النشر، ص 198،199.

78- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، دار المناهج شتات للنشر، مصر،2008،ص39.

79- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص68.

ويختلف التعاقد الإلكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس في التواجد المادي للورقة، فالرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس أوالتلكس لا يتم معالجة بياناتها بلغة الكومبيوتر، بل يقتصر عملها على طبعها على الورق... بينما الرسائل الإلكترونية تكون على دعامة إلكترونية يتم معالجة بياناتـــها باستخـــدام جهـــاز الكومبيوتر، من جهة أخرى من السهل التأكد من أصل وصحة الرسائل عبر الفاكس أوالتلكس(80). كما يمتاز التعاقد عن طريق الفاكس بسهولة التحقق من شخصية المتعاقد معه، بخلاف التعاقد عبر جهاز الحاسوب الإلكتروني، ويوفر التعاقد عن طريق التلكس العديد من المزايا منها السرعة، ... والسرية أيضا، كما يتميز التلكس بالإتقان والوضوح، غير أنه من عيوب هذا الجهاز أنه لا يستطيع نقل الرسوم التوضيحية والهوامش والتوقيعات(81).

ثالثا: التعاقد عن طريق المينيتل MINITEL

يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الحاسوب الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكومبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف(82).

التعاقد عبر المينيتل هو تعاقد بين غائبين لوجود فترة زمنية بين صدور القبول و العلم به، وهو أيضا تعاقد عن بعد، وهو في هذه الجزئية الأخيرة، يتشابه مع العقـد

80- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص96.95.

81- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن،1997، ص28.27.

82- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشرو التوزيع،الجزائر 2008، ص 37.

الإلكتروني في صور التعبير عن الإرادة باستخدام البريد الإلكتروني لكنه أقل تطورا منه، فتالأول يسمح بنقل الصورة والملفات الصوتية والفيديو في حين يختلف عن العقد الإلكتروني في غياب الصفة التفاعلية ...(83).

رابعا: التعاقد عن طريق التلفزيون

يتشابه التعاقد الإلكتروني مع التعاقد عن طريق التلفزيون في أن الرسائل المنقولة هي نفسها لكافة العملاء و تتم بالصوت والصورة، إلا أن الإعلام عن طريق التلفزيون يكون بالإذاعة المرئية المسموعة، وهو إعلام وقتي يزول سريعا ويستمر خلال مدة الإذاعة فقط، ولمزيد من التفاصيل يجب الإتصال مع الشركة عن طريق الهاتف أوالمينيتل، أما في التعاقد الإلكتروني فيظل قائما والإستعلام عن طريق تصفح صفحات الموقع على الأنترنت.

في التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبرالإتصال بالهاتف أوالمينيتل، أما في التعاقد الإلكتروني فيتم عبر التبادل الإلكتروني للبيانات، أوعن طريق البريد الإلكتروني، أوبالضغط على عبارة الموافقة عن طريق لوحة مفاتيح الكومبيوتر الخاص بالعميل أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الإلكترونية عن القبول، إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أوأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الإلكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح بحضور إفتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أوأداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الإلكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الإلكترونية(84).

83- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 40.

84- خالد ممدوح إبراهيم،المرجع السابق، ص 69.

الفرع الثاني

تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة في نفس البيئة

توجد عقود تسمى بعقود الخدمات الإلكترونية، التي إذا تمت في بيئة إلكترونية هي عقود إلكترونية، أما إذا تمت في بيئة عادية فهي عقود عادية لا تطبق عليها المعاملات الإلكترونية، وعقود الخدمات الإلكترونية عديدة(85)، لذا سنحاول تمييز العقد الإلكتروني عن بعض هذه العقود.

أولا: عقد الدخول إلى شبكة الأنترنت

يعتبرعقد الدخول إلى الشبكة Le contrat d'accès à internet كل تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية يكون موضوعه السماح للطرف الأخر بالإنتفاع واستخدام شبكة الأنترنت، من خلال إتاحة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة، والتجول فيها، وتصفح مختلف المواقع من خلال توفير الموديم والخط الواصل معه، لربط الموديم بجهاز الحاسب والأقمار الصناعية التي من خلالها يتم بث إشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الأنترنت عليه(86)، وبدون هذا العقد لا يمكن استخدام شبكة الأنترنت ولا إجراء التعاقد عبرها، فبموجبه يتعهد مورد الخدمة للعامل بإمكانية دخوله للشبكة مقابل مبلغ مالي متفق عليه (87).

ثانيا: عقد إنشاء موقع contrat de création de site

يعرف موقع الواب WEB أنه:" خدمة تقدم عبر شبكات الإتصال المتعددة و يتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة الأصوات والمعالجـــــة بلغـــــة

85- عقود الخدمات الإلكترونية عقود خاصة بتجهيز و تقديم خدمات الأنترنت و كيفية الإستفادة منها، أي تلك التي تبرم بين القائمين على تقديم الخدمات المتوفرة على الشبكة و المستفيدين منه، بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الأنترنت،دار الثقافة للنشر و التوزيع،الأردن، 2006، ص 76.

86- شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة، مصر،2015، ص 68.

87- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 50.

كومبيوتر خاصة تسمى لغة HTLM والموضوع تحت تصرف مستخدم الشبكة"(88)، هذا العقد يتم بين مقدم الخدمة والعميل بطلب من هذا الأخير بواسطـــــة جهاز الحاسب الآلي الذي يملكه مقدم الخدمة والمتصل بشبكة الأنترنت، والموقع عبارة عن مكان ثابت للعميل يتمكن من خلاله عرض منتجاته وسلعه وخدماته، والعميل عندما يطلب إنشاء الموقع قد يفضل أن يكون ذلك خاصا به فقط دون أن يكون إنشاء هذا الموقع من خلال موقع آخر مملوك لشخص آخر، وهذا بهدف تحقيق الإستقرار والإستقلال لجميع العملاء(89).

ثالثا: عقد إنشاء المتجر الإفتراضي contrat de réalisation de la boutique

جاءت فكرة إنشاء متجر إفتراضي بغية تسهيل وتسيير الحصول على الخدمات والسلع بسرعة، وحتى يكون هناك متجرا إفتراضيا أنشأت مراكز إفتراضية تضم هذه الأخيرة فالتاجر لكي يفتح متجرا إفتراضيا عليه تقديم طلب المشاركة لهذا المركز الإفتراضي ، وأن يتم فتح متجر إفتراضي خاص به على الشبكة يمكنه من عرض سلعه وبضائعه عبر مختلف أنحاء العالم(90).

يعرف المركز الإفتراضي بأنه: خدمة إلكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الأنترنت، ومفتوحة لكل مستعمليها، وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أوخدماتهم من خلالها(91).

88- حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012، ص 131.130.

89- مناني فراح، المرجع السابق، ص 35.

90- شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص 71.70.

91- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 104.

تنقسم المراكز الإفتراضية إلى نوعين، فالنوع الأول يمكن الدخول إليه دون أي إجراءات أوأي قيود للتعرف على السلع والمنتجات والإطلاع عليها دون أن يتمكن من الشراء، بينما النوع الثاني يشترط رقم سري Code خاص بالزائر كلما أراد الدخول إلى المركز أوأن يذكر رقم بطاقته الإنتمائية ليتمكن من شراء المنتجات ودفع ثمنها (92).

رابعا: عقد الإيواء (الإيجار المعلوماتي)

يلتزم في هذا العقد مقدم خدمة الأنترنت بأن يضع تحت تصرف المشترك جانبا من إمكانيته الفنية لإستعمالها في تحقيق مصالحه وبالطريقة التي تناسبه، ويحدث ذلك من خلال إتاحة إنتفاع المشترك بجزء من إمكانيات الأجهزة والأدوات المعلوماتية كتخصيص مساحة القرص الصلب أوشريط المرور، وسيتقبل مقدم الخدمة المعلومات والرسائل الخاصة بالمشترك ويتيح لها فرصة الدخول إلى الشبكة، ويضمن المشترك تسيير إستخدام الموقع الذي خزن فيه معلوماته ، ويثور عن ذلك مسؤولية مقدم الخدمة تجاه المستخدم عن عدم تقديم الإمكانيات المطلوبة أوتقديمها بصورة معيبة أوناقصة(93).

من خلال خصائص هذا النوع من عقود الخدمات فإنه يتيح للمنتفع استخدام الشبكة وإجراءالتصرفات المباحة من خلالها كالتجول في المواقع والتسوق والتصفح، الذي قد يتيح إبرام العقود الإلكترونية بفضل هذه الخدمة، كما أن العقد في حد ذاته يمكن أن يكون من العقود الإلكترونية إذا أبرم إلكترونيا كليا أوفي أي مرحلة من مراحله عبر وسائل إلكترونية (94).

92- شحاتة غريب محمد شلقامي، المرجع السابق، ص 71.

93- محمد حسين منصور، المرجع السابق، ص 28 .27.

94- محمد لورونس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن،2009، ص 38.

خامسا: عقد الإشتراك في بنوك المعلومات

يقصد ببنك المعلومات الإلكترونية مجموعة المعلومات التي تتم معالجتها إلكترونيا من أجل بثها عبر شبكة الأنترنت بحيث يمكن للمشترك الوصول إليها من خلال ربط جهاز الحسوب الخاص به بشبكة الأنترنت (95).

الوظيفة الأساسية لبنوك المعلومات وفقا لهذا التعريف، تتمثل في تقديم المعلومات الكترونيا إلى المشتركين، والهدف من إنشاء بنك المعلومات الإلكترونية هو إتاحـة الإستفادة من المعلومات لكل من يدخل إلى الشبكة.

من الطبيعي أنه يجب أن تتوفر عدة شروط في تلك المعلومات، منها أن تكون حديثة، ومعينة أي أن يضيف المورد إليها كل جديد يتعلق بالمجال المطلوب، وعليه فإنه يمكن القول أن عقد الإشتراك في بنوك المعلومات هو ذلك العقد الـذي يضع بموجبه المورد تحت تصرف المستخدم إمكانية النفاذ إلى قاعدة المعلومات بهدف الحصول على ما يناسبه من معلومات تتفق مع حاجته(96).

و بذلك يرتب هذا العقد إلتزامات متبادلة تقع على عاتق طرفيه، فالمورد يلتزم أن يزود العميل بالوسائل الفنية التي تمكنه من الإتصال بقاعدة المعلومات كما يلتزم بالحفاظ على سرية مطالب العميل، في حين يلتزم هذا الأخير بحسن استخدام المعلومات و المحافظة عليها وأن يدفع المقابل النقدي المتفق عليه. (97).

95- فاروفق الأباصيري، عقد الإشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الأنترنت، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص 150.

96- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 80.

97- مراد محمود يوسف المطلق، التعاقد عن طريق وسائل الإتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2007، ص 92.91.

الفصل الثاني

خصوصيات إبرام العقد الإلكتروني

من حيث المبدأ، التراضي الإلكتروني لا يختلف عن التراضي التقليدي، إذ لا ينعقد عقد البيع الإلكتروني إلا بتوافر رضا طرفيه، وأن تكون إرادتهما متطابقة، وهو ما نصت عليه المادة59 من القانون المدني الجزائري التي نصت على أنه :**"يتم العقد بمجرد ان يتبادل الطرفين التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية "**

الإيجاب والقبول ما هما إلا تعبير عن الإرادة، فيتم التعبير عنهما بالكلام أو اللفظ أو الإشارة المعروفة لدى الجميع، كما أن الإرادة التي تنتج أثارها هي الإرادة الصحيحة الصادرة عن شخص يتمتع بالأهلية الكاملة بصفة عامة وله رضا سليم.

أهم ما يثيره ركن التراضي أثناء التعاقد الإلكتروني هو مدى إمكانية تحقق هذا الركن عبر شبكة الانترنت، حيث أنها الوسيلة في الكشف عن الإرادة الحقيقية للمتعاقد، وأيضا مدى صحتها وسلامتها من الأخطار الناتجة عن الوسيلة الإلكترونية المستعملة، وهي السرعة الفائقة والآلية والفضاء اللامادي الذي ينعقد فيه، ولهذا سيتم معالجة كيفية إبرام وتكوين العقد الإلكتروني وفقا لقواعد القانون الجزائري الملائمة له، وعند غيابها سنلجأ للتشريع المقارن المستحدث في هذا المجال لمواجهة الأخطار التي تهدد هذا الركن وبالخصوص القبول الصادر عن المشتري، حيث اقتضت الدراسة بتقسيم هذا الفصل لمبحثين؛ تطابق الإرادتين بين الواقع التشريعي والتطور الإلكتروني في المبحث الأول، زمان ومكان تطابق الإرادتين في المبحث الثاني.

المبحث الأول

تطابق الإرادتين بين الواقع التشريعي والتطور الإلكتروني

بفضل تقنيات الاتصال الحديثة المعتمدة في إبرام التعاقدات الإلكترونية القائمة في ظل البيئة الرقمية، التي وفرت للمتعاقدين إمكانية التعبير عن إرادتيهما

المكونة في التعاقد عن طريق ما يسمى بنظام (التبادل الإلكتروني للبيانات)، والذي يكون بواسطة إحدى تقنيات الاتصال المعتمدة في هذا الغرض، حيث يترتب على ذالك توافر إرادة أولى تسمى بالإيجاب الإلكتروني والتي تعبر عن المرحلة الأولية للدخول في علاقة تعاقدية (مطلب أول)، وتقابلها ضرورة صدور إرادة مطابقة لها يعبر عنها بالقبول أو بالموافقة عن العرض المقدم من صاحب الإيجاب (مطلب ثاني)

المطلب الأول

الإيجاب في التعاقد الإلكتروني

لا يختلف الإيجاب الإلكتروني من حيث المبدأ عن الإيجاب التقليدي، فالإيجاب مصطلح يدل على التعبير البات والجازم عن الرضا الأول، حيث ورد في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري**"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ،وبالكتابة،أو بالإشارة المتداولة عرفا،كما يكون باتخاذ موقف لا يدع آي شيء في دلالته على مقصود صاحبه،ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذ لم ينص القانون أو لم يتف الطرفين على أن يكون صريحا"**

الفرع الأول

المقصود بالإيجاب الإلكتروني

الإيجاب الإلكتروني يمر عبر الإشهار، لذلك اكتسب الإشهار الإلكتروني عبر شبكة الانترنت وظيفة أخرى تتمثل في توظيفه في التعاقد من خلال إحتوائه على مجموعة من بيانات مفصلة ودقيقة تكون كافية لإجراء التعاقد الإلكتروني.

أولا: تعريف الإيجاب الإلكتروني

لايوجد تعريف قانوني دقيق للإيجاب الإلكتروني في ظل الأنظمة القانونية الوطنية، فقام الفقه بالتصدي لهذا الفراغ بإعطائه العديد من التعريفات، كما حاولت بعض الدول و بعض الاتفاقيات الدولية وضع تعريف له.

1: تعريف الإيجاب الإلكتروني فقهيا و قانونا

الإيجاب الإلكتروني هو **"إبداء للإرادة، أحادي الجانب، يعلم فيه أحد الأشخاص عن نيته في التعاقد والشروط الأساسية للعقد، وقبول المرسل إليه شروط هذا الإيجاب يكون العقد"**(98). كما عرفه جانب أخر من الفقه على أنّه "تعبير لازم عن إرادة شخص، يتجه به لشخص أخر يعرض عليه رغبته في إبرام عقد معين، بقصد الحصول على قبول ينعقد به العقد.(99)

جل هذه التعريفات هي تعريفات فقهية للإيجاب بصفة عامة، ما يهمنا هو الإيجاب الالكتروني، عرفه جانب من الفقه على أنه **"تعبير عن إرادة الراغب في التعاقدعن بعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات مسموعة و مرئية، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع أن يوجه إليه و يقبل التعاقد مباشرة"**(100)، ويعرفه جانب أخر من الفقه على أنه **"تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أو مرئية او كلتاهما،ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه،بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول"**(101) ، كما يذهب فريق أخر من الفقه إلى تعريفه بأنه **:"كل ما يصدر أولا من احد المتعقدين سواء قول أو فعل أو كتابة أو غيره،عن طريق استعمال أحد وسائل الاتصال الحديثة متضمنا أحد العناصر الأساسية للعقد مما يدل على انصراف إرادته إلى إنشاء وانعقاد العقد بمجرد القبول"**(102)

98- جاك غستان،ترجمة منصور القاضي،المطول في القانون المدني،تكوين العقد،الطبعة الثانية،مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع،لبنان،2008،ص 292.

99- مصطفى العوجي،القانون المدني،العقد مع مقدمة الموجبات المدنية،الجزء الاول الطبعة الرابعة،منشورات الحلبي الحقوقية،لبنان،2007،ص 233.

100- أحمد راتب عبد الدائم، منصور عبد السلام السرايرة، التعاقد بطرق الحاسوب، دراسة في التشريع السوري والأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، العدد 5، 2008، ،ص312.

101- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان،2010،ص160.

102- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة، المملكة العربية السعودية،2010،ص120.

تجتمع التعريفات الفقهية على فكرة واحدة، فلتعريف الإيجاب الذي يتم عبر شبكة الانترنت يجب أن يتم ذلك في ظل تعريف الإيجاب في التعاقد التقليدي بوجه عام والتعاقد المبرم عن بعد على وجه التحديد، دون إغفال الخصوصية التقنية للوسيط الإلكتروني للمستخدم (103).

أما الإيجاب من الناحية القانونية، فنجد أن المشرع الجزائري لم يضع أي تعريف له سواء بصورته التقليدية أو الإلكترونية، بل اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم بواسطتها التعبير عن الإرادة، وهذا ما نص عليه في المادة 01/60 من ق.م.ج، التي تنص على أنّ:**"التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه"**.

من خلال هذ النص، المشرع الجزائري وضع وسائل التعبير عن الإرادة، اللفظ أو الكتابة أو الإشارة المتداولة عرفا، على سبيل المثال لا الحصر بدليل نصه على أنه:"....كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه" حيث يفهم من نص المادة أن المشرع الجزائري أقر إمكانية التعبير عن الإرادة عن طريق وسائل الإتصال الحديثة بمختلف أنواعها، وهذا ما أكدته المادة 323 مكرر 1 من ق.م.ج حيث تنص على:**"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"**.

وسائل الإتصال الإلكترونية طريقة من طرق التعبير على الإرادة بالكتابة إلا أنها كتـــابة من نوع خـــاص، فيتم تسجيل المعلومات في ذاكـــرة الحاســـوب بطريقة

103- تعريف الإيجاب الالكتروني هو تقريبا ذالك التعريف الذي قدم للإيجاب التقليدي سوى أنهما يختلفان من حيث الوسيلة المستعملة،فالأول يتم عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة ،أما الثاني فإنه يتم بطريقة تقليدية ، إما كتابة أو شفاهة أو بالإشارة وهذا دون وسيط.

إلكترونية ويمكن قرائتها من قبل الحاسوب ومن قبل المتعاقد بعد تحويلها من لغة الالة إلى لغته عن طريق نظام معالجة المعلومات الخاص بالحاسوب عبر تقنيات الاتصال سواء كانت مسموعة أم مرئية، حيث يتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه(104).

كما أن هناك بعض التشريعات التي وضعت قوانين داخلية بقواعد خاصة تنظم من خلالها التجارة الإلكترونية، منها **قانون المبادلات الإلكترونية التونسي** قد نص على أن العقود الإلكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني، وكذا صحتها وقابليتها للتنفيذ وعدم تعارضها مع أحكام هذا القانون(105)

كذلك نجد التشريع الأردني في نص المادة13 من قانون المعاملات الإلكترونية قد نص على وسائل التعبير عن الإرادة عبر الوسائط الحديثة بنصه على:**" تعتبر الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا،لإبداء الإيجاب أوالقبول من أجل قصد التعاقد"**(106)

بالإضافة لقانون المعاملات الإلكترونية لعام 2002 لدولة البحرين، حيث ينص في المادة 9 منه على أنه: **" في سياق صياغة العقود وما لم يتفق على غير ذالك يجوز التعبير عن العرض أو قبوله أو أي أمر أخر يكون جوهريا لصياغة أو تطبيق العقد (بما في ذالك أي تعديل طال العرض أو إلغائه أو قبوله بالكامل أو جزئيا)عن طريق السجلات الإلكترونية"**(107)

104- -شحاتى غريب محمد شلقامي، المرجع السابق،ص19.

105- -عبد الفتاح بيومي حجازي،المرجع السابق،ص189.

106- -عنادل عبد الحميد المطر،التراضي في العقد الإلكتروني،رسالة للحصول على درجة الدكتورة في الحقوق،كلية الحقوق،قسم القانون المدني،جامعة عين الشمس،2009،ص120.

107- -مصطفى أحمد إبراهيم نصر،المرجع السابق،ص 120.

2: تعريف الإيجاب الإلكتروني حسب الإتفاقيات الدولية

هناك العديد من الإتفاقيات الدولية التي تعرضت لموضوع التجارة الإلكترونية، منها التوجيه الأوربي، وهيئة الأمم المتحدة وغرفةالتجارة والصناعة بباريس؛ حيث عرفها التوجيه الأوربي الخاص بحمايـة المستهلكين بأنها:**"كل إتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة للتعاقد، بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"**(108)

أما غرفة التجارة والصناعة بباريس فقد عرفته على أنه:**"كل إتصال عن بعد يحتوى على كل العناصر اللازمة التي تمكن المرسل إليه من الموافقة مباشرة على الدخول في العقد"**(109)

نستخلص من هذين التعريفين أن للإيجاب الإلكتروني خصوصية تكمن في التعبير عنه من خلال شبكة اتصال عالمية عن بعد،تسمح للموجب تحديد نوع العقد المراد إبرامه بصفة نهائية،لكن يلاحظ أن هذين التعريفين السابقين يشوبهما غموض ونقص، كونهما لا يحتويان على خصائص الإيجاب الإلكتروني التي تسمح بتمييزه عن الإيجاب التقليدي، كما لم يحددان هذه الوسائل التي يتم بها الإتصال عن بعد.

رغم هذا النقص في التعريفان نجد الملحق الخاص بالتوجيه الأوربي رقم(97/07) قد ذكر وسائل الإتصال عن بعد (110)وهي المطبوعات غير المعنوية والغير معنوية والخطابات النموذجية للمطبوعات الصحفية مع طلب الشراء،الكاتالوكات والتليفون مع إظهار الصورة،والانترنت (111)

108- محمد إبراهيم أبو الهيجاء،عقود التجارة الإلكترونية،دار الثقافة للنشر والتوزيع،الأردن،2005،ص42.

109- نسرين المحا سنة"انعقاد العقد الإلكتروني"،(دراسة مقارنة)،دراسات،علوم الشريعة والقانون، العدد2، الأردن، 2004، ص236.

110- لقد ذكر هذا الملحق وسائل الاتصال عن بعد،لكنه ذكرها على سبيل المثال وليس الحصر،حيث ترك المجال مفتوحا ليشمل كل الاختراعات والاكتشافات الجديدة مواكبة العصر.

111- عنادل عبد الحميد المطر،المرجع السابق،ص.177

ثانيا:خصائص الإيجاب الإلكتروني

للإيجاب الإلكتروني مجموعة من الخصائص التي تعطي له طابع مميز خاص، يسمح بتكييفه قانونا، وتميزه عن الإيجاب بشكله التقليدي، حيث يتميز الإيجـاب الإلكتروني بمجموعة من الخصوصيات التي تتعلق بطبيعته حتى وإن كان يخضع لنفس قواعد الإيجاب التقليدي، وهذه الخصائص يمكن تلخيصها كما يلي:

1:الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

تتميزشبكة الأنترنت بأنها شبكة دولية للاتصال عن بعد تمّكن الموجب من عرض إيجابه خارج الأماكن التي إعتاد فيها عرضه (المحلات التجارية التقليدية، صحف، المجلات....)، فينتقل الإيجاب الإلكتروني عبر تقنيات الإتصال العابرة لحدود الدول بكل حرية، دون الاعتراف بالحدود السياسية والجغرافية لدول العالم، ودون أن يكون لأي أحد القدرة على إيقافه، فالموجب يعرض إيجابه عبر صفحات الانترنت بكل سهولة، أو البريد الإلكتروني أو في أي مكان من العالم، وهذا في لمح البصر، وذالك بفضل عصر الانترنت أو عصر تفجير المعلومات، فلإيجاب الذي يتم عبر الانترنت يعتبر إيجابا تاما(112)

يخضع الإيجاب الإلكتروني للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد وهذا حسب هذه الخاصية، والتي تلقي على عاتق المهني أو المورد التزامات عديدة منها تزويد المستهلك بمعلومات تتعلق بشخصية الموجب وعنوانه، ومركز عمله الرئيسي، وعنوان البريد الإلكتروني الخاص به، الخصائص الأساسية للخدمات والسلع والمتوجات المعروضة، وأثمانها وأوصافها، وطريقة التسليم، ووسائل الدفع والتسديدات، وخيار المستهلك في الرجوع في التعاقد(113)

112- مصطفى احمد إبراهيم نصر،المرجع السابق،ص.167-168.

113- عنادل عبد الحميد المطر،المرجع السابق، ص217.

2:الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

يلزم الإيجاب الإلكتروني وجود دعامة أو وسيط إلكتروني هو مقدم خدمة شبكة الانترنت، يتوسط الموجب لكي يقوم بعرض إرادته عبر المواقع الإلكترونية، وهذا يتطابق تقريبا مع الإيجاب الذي يتم عن طريق إحدى القنوات التلفزيونية لكونهما يصدران دون وجود دعامة ورقية، لكن هذا لا يعني أنهما لا يختلفان، فالاختلاف يظهر في المدة الزمنية المحددة لكل منهما، فالإيجاب الإلكتروني يعرض على المواقع الإلكترونية أو يتم إرساله عبر البريد الإلكتروني، فيكون الإيجاب مقترن بمساحة زمنية محددة، ما يجعل من وُجه إليه يستطيع الرجوع دائما إليه أكثر من مرة ليقرأ مضمونه أو الإطلاع على الإعلانات، فتكون له الحرية في القبول أو الرفض، أما بخصوص الإيجاب الذي يصدر عبر القنوات التلفزيونية، لا يستغرق مساحة زمنية طويلة لأن مدة البث محددة وسريعة، فعند انقضاءه تنتهي مدته، مما يجعل مَن وُجه إليه الإيجاب قد يبدي رغبته في التعاقد دون إمكانية التأمل في محتوى شروط الإيجاب (114)

3:الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا

يتم الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة دولية للاتصالات والمعلومات، فلا يتقيد بحدود الدولة السياسية والجغرافية فهو دوليا نظرا لما تتسم به شبكة الانترنت من انفتاح عالمي (115)، لكن هذا لا يمنع أن يكون محددا بإقليم معيّن، حيث أن المنتج يعرض منتجات أو خدمات تتلائم مع طبيعة تلك المنطقة الجغرافية التي حددها الموجب لتوافر إمكانية الترويج بأكبر عدد ممكن في المنطقة، ولتوافق المنتج مع هذه المنطقة مقارنة بالمناطق الأخرى، لتناسبه مع عادات وتقاليد تلك المنطقة (116)

114- عنادل عبد الحميد المطر، المرجع السابق، ص219

115- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعةوالنشروالتوزيع، الجزائر،2012، ص60

116- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية(دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008، ص63.

ثالثا:صور الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب هوالإرادة الأولى في ركن الرضا، وللإيجاب الإلكتروني عدة صورأهمها: الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني، الإيجاب عبر صفحات الويب، الإيجاب من خلال المشاهدة والمحادثة.

1:الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني(E-MAIL)

البريد الإلكتروني هو استخدام شبكة الانترنت في نقل الرسائل بدلا من الوسائل التقليدية، بحيث يسمح بتبادل المراسلات من وثائق ،مطبوعات و أفلام، ويتم ذالك بتخصيص صندوق بريد إلكتروني وهو عبارة عن ملف واحد أقراص ممغنطة التي تستخدم في استقبال الرسائل لكل شخص خاص به (117)

يطرح الإيجاب الإلكتروني في شكل رسالة بريدية إلكترونية، تصدر من الموجب لتستقر في الصندوق البريدي الإلكتروني لطرف الأخر، ومن هذه اللحظة تبدأ فعالية هذه الرسالة بالإيجاب، فالإيجاب عبرا لبريد الإلكتروني إما موجها لشخص واحد أو عدة أشخاص(118)، فالموجه لشخص واحد فقط عبر البريد الإلكتروني يكون إيجابا غير ملزم إلا إذا تضمن إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة، إذ يمكن استخلاص المدة من طبيعة الإيجاب والأعراف المتداولة لهذا الإيجاب.

أما إذا كان إيجابا غير ملزم فإنّه يمكن أن ينعقد به العقد متى كان باتا وجازما ومحددا، كما يمكن رفضه على البريد الإلكتروني إذا قام الشخص الموجه له الإيجاب بإغلاق حاسوبه أو أعطى إشارة على ذالك بانتقاله إلى موقع جديد، فيكون من وجه إليه الإيجاب قد قام بفعل دل على الاعتراض فأبطل الإيجاب (119)

117- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص63-64.

118- حمودي محمد ناصر،المرجع السابق، ص.180.

119- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004، ص.91.

2:الإيجاب الإلكتروني من خلال صفحات الواب(page web)

لا يختلف الإيجاب عبر شبكة الواب كثيرا مع الإيجاب الصادر عبر الصحف، والمجلات، والقنوات التلفزيونية المخصصة لعرض السلع والخدمات، ويتميز الإيجاب عبر الواب على أنه مستمر على مدار الساعة، يكون الإيجاب الموجه عبر شبكة المواقع موجها إلى الجمهور في كافة أنحاء العالم(120)، حيث أن الويب يقصد به - شبكة المواقع- هي مجموعة ضخمة من المواقع الموجودة على شبكة الانترنت، والتي تربط بعضها البعض عن طريق تقنية الوسائط المعددة، ويتم عبر الشبكة تبادل كافة المعلومات، مع انطلاق التجارة الإلكترونية عبر شبكة الانترنت حيث تحولت هذه المواقع لعرض السلع والخدمات (121)

غالبا يكون هذا الإيجاب معلقا على شرط يتمثل بعدم نفاذ السلعة، فهو وارد لكثرة عدد الأفراد وهذا يفوق قدرة المنتج أو البائع على تحقيق الاكتفاء على الطلبات الواردة إليه من الموجب(122) لذلك أغلبية العارضين يحرصون للاحتفاظ بحقهم في العدول على الإيجاب متى نفذ المنتوج، عبر شبكة الانترنت، أو الإشارة ان العقد هو دعوة للتعاقد، معبرين عن ذلك:"المخزون محدود" أو "الاستجابة في حدوده" أو "الإيجاب بلا التزام" وهنا يصدر إما صريحا أو ضمنيا، أو يفهم من الإرادة المفترضة للموجب من طبيعة المعاملة أو الظروف المحاطة به (123)، يحرص الشخص الموجب عبر شبكة الانترنت بجعل من وجه إليه العرض(المستهلك)، ويكون البائع أو المنتج للسلعة أو الخدمة هو الشخص القابل وهذا ما نصت عليه المادة 66 ق.م.ج على أنّه:**"لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا"**

120- Htt /WWW.Univ.Orleans.fr/Asso/dess-dicom/Mémoire loi- Contrat Internet.pdf p.6

121- عنادل عبد الحميد المطر، المرجع السابق، ص87.

122- الإيجاب الإلكتروني عادة يكون غير معلق، إلا وأنه وفي الكثير من الحالات الإيجاب الذي يعرض على شبكة الانترنت يكون موجه لكافة الجمهور وهذا ما يسبب تعليقه بسبب نفاذ وعدم كفاية المنتوج المعروض، مما يؤدي لسقوط الإيجاب وانتفاء العقد.

123- -مصطفى أحمد إبراهيم نصر، المرجع السابق، ص.ص127-128.

3:الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة(chating)

المشاهدة والمحادثة عبر الانترنت يقصد بها الاتصال المسموع المرئي الذي يتم عبر شبكة الانترنت،حيث يستطيع طرفي الاتصال أن يري الأخر عبر الشبكة،أو أن يتحدث معه،وذالك بواسطة كاميرا خاصة توصل بجهاز الكومبيوتر لكل طرف،وهنا الحاسوب يتحول إلى تلفون مرئي.

التعاقد من خلال عن طريق المحادثة يتم عن طريق التخاطب عبر شبكة الانترنت،ويتحقق ذالك بفتح كل طرف صفحة خاصة به على الجهاز في ذالك التوقيت،فينتقل ما يكتبه الموجب في صفحته لصفة المفتوحة للطرف الثاني-الموجه إليه الإيجاب-عبر صندوق البريد الإلكتروني،والعكس صحيح.

أما بخصوص التعاقد عبر المشاهدة يتم ذالك بربط الحاسوب بوسائل الاتصال الصوتية المرئية (عبر ميكروفون وكاميرة فيديو مثبة على جهاز كل طرف في وقت واحد)، وهذا ما يسمح لكل طرف سماع رؤية الطرف الثاني(124). وفي ذالك الوقت يتصور صدور إيجاب من أحد الأطراف يقابله قبولا من الطرف الأخر، وبعدها ينعقد العقد بتلاقي الإيجاب والقبول، وهذا ما يسمى بتعاقد حاضرين حكما(125).

رابعا:تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه

1:تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة الى التعاقد

يكون للعقد الإلكتروني عدة صور على التعبير عن الإرادة قبل إبرامه،منها ما يعتبر إيجابا تاما ينعقد به العقد العقد بمجرد اقترانه بالقبول،ومنها ما يعتبر مجرد دعوى للتعاقد.

124- لزهر بن سعيد ، المرجع السابق، ص.ص127-128.

125- كون كلا الطرفان يسمعان ويريان بعضهما البعض من خلال كاميرا فيديو وميكروفون، فإنهما يعتبران في مجلس عقد حقيقي.

يقصد بالدعوة للتعاقد، العرض الذي يقدمه أحد الأشخاص للتعاقد دون أن يحدد عناصر العقد وشروطه، وما يميز هذه المرحلة هو عنصر الاحتمال، حيث أنه من غير المؤكد أن يتوصل الطرفان إلى إبرام العقد(126)

وأهم ما يميز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التعاقد هو أن: الدعوة للتعاقد هي مجرد مبادرة أولية للتعاقد،أما الإيجاب فهو عرض جازم لإبرام العقد،ومنه لا يشترط أن تتضمن الدعوة إلى التعاقد العناصر الجوهرية للعقد،فمن المفروض أنها لم تحدد بعد،وكما أنهما يختلفان كذالك من حيث الوظيفة،فوظيفة الدعوة للتعاقد فهي مجرد الإعلان من صاحبها بغية استدراج من وجهت إليه الدعوة إلى تقديم عرض محدد للتعاقد أو إيجاب،أما وظيفة الإيجاب فهي صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحول لانعقاد العقد بمجرد إعلان القبول من الطرف الثاني(127).

بالرغم من الاختلاف الموجود بين الدعوة للتعاقد والإيجاب الإلكتروني،إلا أنهما يجتمعان في كونهما تعبير عن الإرادة،فالإيجاب هو تصرف قانوني ينتج أثر بمجرد تطابقه مع القبول،إذن تترتب عنه مسؤولية تعاقدية،أما الدعوة إلى التعاقد تعتبر مجرد عمل مادي لا ترتب أثار قانونية إلا إذا كانت مقترنة باتفاق سابق بالتفاوض بين الطرفين،وتقوم المسؤولية العقدية إذا عدل أحد الطرفين،باعتبار العقد حقيقي مؤقتا(128)

2:تمييز الإيجاب الإلكتروني عن أعمال الدعاية والإعلان

الإعلان وأعمال الدعاية هو كل شكل من أشكال الاتصال الحاصل في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو حرفي أو حر،بهدف الترويج لتوريد سلع أو خدمات(129)

126- معلومات مستخرجة من الموقع الإلكتروني التالي:WWW.WTO.ORG

127- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص.83.

128- مناني فراح ، المرجع السابق، ص 40.

129- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص.80.

اختلف الفقهاء فيما بينهم هناك من يقوا بأن الإعلان ,اعمال الدعاية يعتبر إيجابا قانوني،وهناك من يعتبره مجرد دعوة إلى التعاقد،هناك من اعتبر أن الإعلان لا يعد إيجابا بل هو دعوة إلى التعاقد،وذالك لعدم تعيين4 الشخص المقصود بالإعلان،وبالإضافة للضغط الذي يولده الإعلان في نفسية المستهلك،حيث تدفعه تلك الإدعاءات للتعاقد،وهذا مالا نجده في الإيجاب الإلكتروني(130).

هناك اتجاه أخرمن الفقه يرى أنه يمكن اعتبار أعمال الدعاية والإعلان إيجابا، إذا تضمنت هذه الإعلانات العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، وحددت هذه العناصر تحديدا تاما ونافيا للجهالة، مثل تحديد الثمن، نوع السلعة أو الخدمة...(131).

وحسب المادة 2/14 من اتفاقية فينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، العرض الذي يوجه لشخص أو لأشخاص غير معينين لا يعد سوى دعوى للتعاقد، ما لم يوضح المورد عن اتجاه قصده إلى غير ذلك، أما القانون الأمريكي فيرى أن عرض المواقع على صفحات الواب للبيع عبر الخط، والتي تعرض منتوجاتها من خلال كاتالوق بين إجراءات الطلب والتسليم الموجه إلى المشتريين المحتملين، فهذا يعد نموذج طلب يلزم أطراف التعاقد، ذلك بشرط قبول بنود العقد الخاص بالبائع.(132).

ومن المسلم به إذا تضمنت أعمال الدعاية والإعلام العناصر الجوهرية للعقد يعتبر ذلك إيجابا، وينعقد به العقد حال اقترانه بالقبول، ووجب الالتزام به، وبالتالي يفوت على وضع ذلك الإعلان فرصة الرجوع عنه، أما إذا خلت هذه الإعلانات تحديد العناصر الأساسية للعقد، فإنه تعتبر مجرد دعوة إلى التعاقد (133).

130- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، الكويت العدد 4، 2002، ص.244.

131- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص144.

132- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص176.

133- ممدوح محمد الجنبيهي، منيرمحمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، د س ن ، ص183.

في كل الأحوال، السلطة التقديرية تعود للقاضي في الفصل فيما إذا كانت تلك العناصر المحددة من قبل الأطراف جوهرية أم عناصر ثانوية لا يتأثر بها العقد.

الفرع الثاني

ضوابط الإيجاب الإلكتروني وأحكامه

الإيجاب الذي يتم عبر الوسائل الإلكترونية أحد عناصر القصد المشترك أو الإرادة المشتركة لأحد المتعاقدين، يجب أن يستوفي شروط معينة (أولا)، مع العلم أن للإيجاب الإلكتروني أحكام خاصة به (ثانيا).

أولا:ضوابط الإيجاب الإلكتروني

تتعلق شروط الإيجاب الإلكتروني بموضوع العقد وشكله.

1:الشروط الموضوعية

الإيجاب الإلكتروني يخضع من حيث المبدأ للقواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، فيجب أن يكون جازما ويتضمن العناصر الجوهرية المتعلقة بالعقد.

أ:العرض الجازم

يشترط في الإيجاب أن يكون واضحا تماما و محددا، لا يشوبه أي غموض، وأن يكون باتا منجزا، لا رجع فيه من الموجب وهذا ماجاء به المشرع الجزائري في نص المادة 60 من القانون المدني الناصة على:**"كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه"**(134).

يفهم من نص هذه المادة أنه يشترط أن يكون باتا ، محددا وواضحا، ولا يعني العزم النهائي القاطع على التعاقد عدم جواز الرجوع فيه مادام أنه لم يقترن بقبول ففي هذه اللحظة تتجلى أهمية العزم القاطع أما قبل صدور القبول فيمكن العدول عن الإيجاب في الأحوال التي يجوز على الموجب ذلك (135).

134- المادة 60 من الأمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني الجزائري.

135- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص60.

ب:تحديد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه

من الشروط الموضوعية للإيجاب الإلكتروني كذلك إلزامية تحديد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، ويقصد بالعناصر الأساسية للعقد، تلك المسائل التي هي قوام العقد ومادته الأساسية والتي لا يمكن إبرام العقد دونها، وتختلف هاته العناصر باختلاف نوع العقد المبرم(136)، و نأخذ على سبيل المثال عقد البيع عبر الانترنت كونه الأكثر إبراما حيث يجب أن يتضمن المعلومات التالية:

- وصف السلع أو الخدمة محل التعامل، فعلى الموجب إعطاء وصفا دقيقا، لكي يتمكن المستهلك من معرفة كل المعلومات عن المنتوج المعروض دون جهالة، حيث تنص المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري على:"يجب على كل متدخل أن يعلم كل مستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتج الذي يوضع للاستهلاك بواسطة الوسم ووضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة"(137).

- ثمن السلع او مقابل الخدمة، حيث يشترط في الإيجاب الإلكتروني أو الإعلان وقت صدوره، ان يتضمن تحديد المقابل النقدي أي الثمن لكل منتج أو لكل خدمة وفق محل الإيجاب، وبيان مصارف الشحن والضرائب الممكنة وخدمات ما بعد البيع ومدة الضمان.

- وهناك معلومات أخرى لا تقل عن التي ذكرناها منه؛ الموقع التجاري،فترة سريان الإيجاب، الطريقة التي يتم أداء الثمن بها وغير ذلك من المسائل التي يعدها صاحب الموقع ضرورية (138).

136- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص97.

137- قانون رقم 03/09، مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج ر، عدد15، صادرة في 08 مارس2009،معدل ومتمم.

138- لزهر بن سعيد،المرجع السابق،ص80.

في حالة تخلف أحد هذه العناصر الأساسية لا ينعقد العقد لأنه لا يعتبر إيجابا وإنما مجرد دعوى للتعاقد وهذا وا نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري:**"إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد،واحتفظ بالمسائل التفصيلية يتفقان عليها فيما بعد،ولم يشترطا ان لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها،واعتبر العقد مبرما..."**.

بالإضافة للشرطين السابق ذكرهما، يجب توافر شرطين آخرين لصحة الإيجاب الإلكتروني وهما تحديد هوية الموجب وحماية المعطيات الشخصية.

ج: **تحديد هوية الموجب**

لصحة العقد الإليكتروني لا بد من أن يكون صادر من متعاقدين ذو أهلية، لذلك فإنه يجب أن يتضمن الإيجاب بيانات كافية لتحديد الشخص الموجب، حيث أن الإيجاب يصدر من الموجب إلى العالم الخارجي عبر وسيط إلكتروني، فيجب في نطاق مبدأ حسن النية والثقة أن يعلم المستهلك بكافة البيانات التي تحدد شخصية الموجب بطريقة قاطعة (139).

فالمشرع الفرنسي نص في المادة 8/121 من قانون الاستهلاك على الموجب أو المحترف أن يدلي بكافة البيانات التي تحدد شخصيته بوضوح لا غموض فيها للمستهلك، مثل:إسم الشركة، طبيعتها القانونية، عنوانها ومقرها الرئيسي إذ كان لها فروع، وتوضيح أنه هو المسئول عن الموجب المعلن، وإلا عوقب الموجب بالغرامة عن إخلاله بتنفيذ الالتزام (104).

139- عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق، ص.ص172-173.

140- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص79.

كما أن التوجيه الأوربي رقم 31/2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية، أوجب أن يوضح البائع لعميله، إسم شركته، وعنوانها ، وعناصر تحديد هويته (141).

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فقد نص في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على ما يلي:**"يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الاليكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تتضمن سلامتها"**.

من خلال استقرائنا لنص هذه المادة نجد أن المشرع الجزائري لم يشترط لانعقاد العقد التحقق من هوية الشخص الموجب بل اشترط ضرورة التحقق من هوية المتعاقد لصحة الكتابة الالكترونية المعدة للإثبات.

ج:حماية المعطيات الشخصية

على المنتج أو مقدم الخدمة أن يضمن الأمان والثقة عند إفصاحه عن معلوماته الشخصية يتلك المعاملة العقدية،وذالك من خلال توضيحه للمستهلك سياسته المنتهجة ومهاراته في حماية المعطيات الشخصية،حيث لا يستطيع أي أحد الاطلاع عليها غلا أطراف العقد (142).

و لذالك تنتهج النظم المعلوماتية وسائل أمان عديد للحفاظ على المعومات الشخصية حيث تتسم هذه الوسائل بالسرية والقدرة على حماية هذه المعلومات منها:

141- إلياس ناصف، المرجع السابق، ص90.

142- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الالكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، مصر،2003، ص ص.244-245.

★ **الكتابة الكودية(la cryptologie)**

هي إعطاء الكتابة صورة لا يمكن قراءتها إلا باستخدام مفتاح خاص(clé d'accès)، أو كلمات السر أي الكتابة بالتشفير وتعني تحويل النص اللغوي إلى أرقام أو نص رقمي.

★ **تدخل طرف ثالث**

إلى جانب الكتابة الكودية يتم اللجوء إلى طرف ثالث يلعب دور الوسيط بين أطراف العقد، حيث يقوم بحماية تلك المعلومات الشخصية، و تأخذ هذه الوسائط أحد الشكلين، إما وسيط ضامن أو علامة الجودة.

وقد أشار عليه المشرع الجزائري لحماية المعلومات الشخصية، في نص المادة 323 مكر1 من القانون المدني والتي جاء فيها:"...وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها" .

من خلال نص هذه المادة يتبيّن لنا أن المشرع الجزائري قد اعتبرا لكتابة الالكترونية كالكتابة على الورق من حيث حجية الإثبات، و ذلك بتحقق شرطين وهما: التأكد من هوية صاحب الكتابة، و وجوب إعداد هذه الكتابة التي تتضمن المعلومات الشخصية للمتعاقدين في ظروف تضمن سلامتها، من أجل إمكانية الرجوع إليها عند الحاجة لها كدليل إثبات.

2:الشروط الشكلية

للتعاقد عبر شبكة الانترنت خصوصيات مقارنة ببقية العقود الأخرى،لذي أغلب التشريعات اشترطت ضوابط شكلية للإيجاب الالكتروني،ففي الشروط الخاصة بالشكل،يتم بتبصير المستهلك بالمعلومات الجوهرية والأساسية.

بمعنى أن يتضمـــــن الإيجاب الإلكتروني الخاص بعقود التجارة الإلكترونية،الصور الغالبة له هي عقد البيع الإلكتروني وتتمثل هذه المعلومات(143) في توفر اللغة المستعملة، الوسيلة المستعملة وتحديد المسائل الجوهرية في العقد.

ا:اللغة المستعملة

اشترط المشرع الجزائري على غرار باقي التشريعات الأخرى، إعلام المستهلك باللغة العربية حيث ورد في نص المادة18 من قانون رقم:09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش(144)،استعمال اللغة العربية بطريقة أساسية أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية ومقروءة، ويتعذر محوها.

أما المشرع الفرنسي اشترط أن يكون الإيجاب باللغة الفرنسية، حسب القانون345-94 الصادر في 04 أوت 1994 الخاص باللغة الفرنسية (قانون TOUBON)، بالرجوع لنص المادة الثانية من هذا القانون والتي تؤكد ضرورة استخدام اللغة الفرنسية، وبتفسيرها تفسيرا واسعا يمكن أن تشمل أيضا المعاملات التي تتم عبر الانترنت

وبناء على ما سبق يمكن أن نتساءل على مدى اعتبار اللّغة الوطنية قيدا على حرية التعامل عبر شبكات الانترنت وفي الواقع اللغة الوطنية ليست قيدا، فإذا كان القانون الفرنسي قد اشترط أن يكون الإيجاب باللّغة الفرنسية إلا أنه حدث تطور بعد ذالك(145)، إذ خففت الحكومة الفرنسية من هذا القانون بإصدار رئيس الوزراء منشورا في 19 ماي 1996 والذي يجيز أن يصاحب استخدام اللغة الفرنسية ترجمة بالإنجليزية أو بأي لغة أجنبية أخرى(146).

143- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص79.

144- المادة 18 من قانون رقم 09-03 ، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش المرجع السابق.

145- شحاته غريب شلقامي، المرجع السابق، ص ص.93-94.

146- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص66.

ب:الوسيلة المستعملة

الإيجاب في العقود الإلكترونية والعقود التقليدية هو نفسه وبنفس شروطه، لكن التعبير عنه مختلف (147)، لتمتعه بخصوصية التعبير عنه بوسائل الاتصال الحديثة كالبريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية، إذ عرفته المادة 01/11 من قانون الأونسيترال النموذجي:**"انه في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذالك،يجوز استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته ،لمجرد استخدام رسالة بيانات لذالك الغرض"**، و أضافت المادة 01/06:**"ليس في هذا القانون ما يتطلب من شخص أن يستخدم أو يقبل معلومات بشكل إلكتروني إلا أنه يجوز استنتاج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي.ويجوز أن يتفق الأطراف الذين لهم علاقة بإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين أو معالجة أي سجلات إلكتروني عن التعاقد بصور مغايرة بأي من الأحكام الواردة في الفصل الثاني حتى الفصل الرابع من هذا القانون"**(148).

ج:تحديد المسائل الجوهرية في العقد

يجب أن لا يتضمن التعبير تحديد المسائل الجوهرية في العقد.وإنما يجب فوق ذلك ألا يتضمن هذا التعبير ما ينفي توافر نية الارتباط قانونا بالتعاقد إذا قبله الطرف الأخر، فإذا تضمن التعبير ما ينفي هذه النية فإنه لا يعد تعبيرا عن الإيجاب بالتعاقد وإنما دعوة للتعاقد.

و إذا تضمن التعبير إلى جانب تحديد المسائل الجوهرية في العقد اشترط عدم انعقاده إلا اذا تم الاتفاق على المسائل التفصيلية، هذا التعبير لا يعد تعبيرا عن إيجاب

147- رامي محمد علوان، المرجع السابق، ص249.

148- تقابلها المادة 06 فقرة ج(Art.6§P.C) من التوجيه الأوربي رقم:CE/31/200 ، المؤرخ في 08 جوان 2000 والخاص بالتجارة الاليكترونية.

بالتعاقد لأن ما تضمنه من تعليق إنعقاد العقد على الإتفاق فيما على مسائله التفصيلية ينفي توافر نية الارتباط قانونا بالتعاقد اذا قبله الطرف الأخر(149).

ثانيا:أحكام الإيجاب الإلكتروني

الإيجاب هو الركيزة الأساسية لإبرام العقد، ويجب أن يحاط بقواعد معينة، من أهم الأحكام التي تحيط بالإيجاب أللالكتروني، التي يلزم التوقف عندها، نطاق الإيجاب الإلكتروني (**1**)، وقوته الملزمة (**2**)، وكذا أثر موت الموجب على تكوين العقد الإلكتروني (**3**)

1:نطاق الإيجاب الإلكتروني

أ:النطاق الزماني للإيجاب الالكتروني

الإيجاب الالكتروني أول تعبير عن إرادة التعاقد بشروط معينة، وإذا قابلته إرادة مطابقة خلال مدة زمنية معينة ينعقد العقد(150)، العقود عبر الانترنت تتطلب مدة زمنية معينة من أجل إيصال الإيجاب وصدور إرادة مقابلة له بالموافقة عليه، مما يتطلب تحديد المدة الزمنية التي يجب أن يظل الموجب ملتزما بإيجابه خلالها (151).

ولتحديد النطاق ألزماني للإيجاب الالكتروني، غالبا ما يكون وفق ما تتجه إليه إرادة الموجب، أين نصت المادة 2 و3 من قانون اليونسترال على أن مدة الإيجاب تحتسب اعتبارا من تسلم الإيجاب وفقا لمدة يحددها الموجب ما لم يتم الإشارة إلى غير ذالك،وإذا صدر القبول في توقيت لاحق في المدة التي يكون فيها الإيجاب قائما فغنه يتعامل مع القبول باعتباره إيجابا جديدا(152).

149- محمد أمين الرومي، المرجع السابق، ص99 .

150- وفقا لأحكام المادة 59 من ق.م.ج، فإن العقد هو توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، فلإيجاب يمثل أحد هاتين الإرادتين.

151- عمر خالد زريقات ، مرجع سابق، ص134.

152- المادتين 2 و 3 من قانون الأونسترال النموذجي بشان التجارة الإلكترونية.

يكون الإيجاب الالكتروني المتضمن لكافة الشروط الأساسية ملزما للموجب وينتج أثاره القانونية (153)، لكن قد يكون مقرونا بآجال، حيث يبدأ سريان العقد الإلكتروني من وقت إرساله عبر الانترنت، من خلال مختلف تقنيات التواصل، فمجرد إعداد الإيجاب لا يعني التزام الموجب به، إذ يجب على الموجب أن يحدد مدة معقولة لوصول الإيجاب لمن وجه إليه، وفي حال سقوط الآجال، على الموجب سحب إيجابه على الموقع الإلكتروني، وإلا اعتبر إيجابا جديدا غير مقرون بأجل يتم التعاقد عليه وفقا لنفس الشروط المعلنة (154).

يتم عرض الإيجاب الالكتروني عبر الشبكة العالمية لاتصال الانترنت، التي لا تعرف حدود جغرافية، مما ينعكس على الإيجاب الالكتروني، إذ يصعب على المحترف الالكتروني الوفاء بالطلبات العالمية، لذا يلجأ البعض لتحديد النطاق الجغرافي للإيجاب في حدود إقليم معين، وقد يكون مجموعة من الدول أو إحداهما فقط أو أن يكون مقتصرا على بعض المدن داخل الدولة الواحدة.

أ:النطاق المكاني للإيجاب الالكتروني

من بين المسائل التي يتم مراعاتها في إطار النطاق المكاني للإيجاب الالكتروني، التعاون داخل موطن المحترف تفاديا للقوانين الأمنية الأخرى التي لا يتقنها، أو يريد أن يتفاداها، كما قد يكون هذا التحدي المكاني متوقف على سوق معطيات العرض و الطلب، ومهما كان السبب الذي يدفع المحترف الإلكتروني من أجل وضع حدود مكانية لإيجابه، فإنه لا يلتزم بإيجابه إلا في حدود المكان الذي قام بتحديده، وإذا تم القبول في مواقع خارج عنه، فيعتبر هـذا الأخير منعـدم، بـل يحتـاج إلى قبول.

153- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص164.

154- إيمان مامون احمد سليمان، المرجع السابق، ص145.

كما يمكن أن يكون تحديد النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني للمرحلة اللاحقة للانعقاد، ويكون ذلك في مرحلة تسليم المنتوج، أين يدرج شرط تسليم المنتوج أو السلعة أو الخدمة في نطاق جغرافية معينة وذلك إذا كانت تكاليف التسليم على عاتق المحترف الإلكتروني (155) ، لذا فلا جدوى من القبول في غير المناطق التي يكون التسليم فيها ممكنا، إلا إذا كان استلام محل التعاقدي أي أن المكان لا يزعج القابل، لأن المحترف الالكتروني غير ملزم بأداء التسليم في غير المناطق التي حددها (156).

2:القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني

تقتضي القواعد العامة أن يكون الموجب غير ملزم بالإبقاء على إيجابه، بحيث يكون له الحق في العدول عنه أو سحبه في أي لحظة، ويكون ذلك في نطاق التعاقد الإلكتروني بإلغاء الموجب إيجابه عبر شبكة الانترنت، أو عبر رسائل إلكترونية، أو بالتفاعل المباشر بأن يرسل رسالة يبلغ فيه من وجه إليه الإيجاب بأنه قد عدل عنه، و أن يذكـرذلك بالكتابة أو الصوت لمن يتفاعل معه، طالما لم يصدر من الطرف الأخر القبول على ذلك الإيجاب، أو صدر هذا العدول من الموجب قبل علمه بقبول من وجه له الإيجاب، وذلك لعدم وصول رسالـــــة القبول الإلكتروني لصندوق بريد الموجب، أو موقعه حتى لحظة العدول عن الإيجاب، ولمعرفة مدى التزام الموجب بإبقائه على إيجابه يجب التمييز بين حالتين:

أ:عند تعيين ميعاد للقبول

نصت المادة 63 من القانون المدني الجزائري على أنه إذا حدد ميعاد للقبول يلتزم به الموجب لحين انقضاء ذلك الميعاد، وقد يستفاد الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة (157).

155- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق، ص285.

156- البند 4 من العقد النموذجي للمعاملات الإلكترونية، الصادرة عن غرفة التجارة والصناعة الفرنسية.

157- المادة 63 من الامر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني الجزائري.

ب:عند عدم تحديد ميعاد للقبول

نصت المادة 64 من ق م ج، على **"إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الوجب يتحلل من إيجابه إذ لم يصدر القبول فورا، وكذا إذا صدر الإيجاب من شخص أخربطريقة الهاتف أو بأي طريقة مماثلة**

غير أن العقد يتم ولو يصدر القبول فورا إذ لم يحدد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد" .

نستخلص من كل ما سبق أن الإيجاب يكون قائما إذا لم يعين أجل القبول، إلا انه غير ملزم،مع احتفاظ الموجب بحقه في العدول عن إيجابه طالما أنه لم يقترن بالقبول بعد، كما يمكن للإيجاب أن يسقط إذ رده من وجه إليه أو لرفضه صراحة أو ضمنيا، سواء كان هذا الإيجاب ملزما أو غير ملزما، و يسقط الإيجاب الإلكتروني الملزم إذا انقضى ميعاده الذي حدده الموجب بصدور القبول، فإذا صدر القبول بعد انقضاء هذه المدة فلا يلتزم به الموجب وإنما يعتبره إيجابا جديدا.

أما الإيجاب غير الملزم فإنه يسقط في حالتين وهما:

- **رجوع الموجب عن إيجابه قبل صدور القبول:** وفي هذه الحالة التعاقد بين حاضرين، حيث تتحقق في التعاقد عبر المشاهدة والمحادثة، إذ يعتبر تعاقد بين حاضرين حكما.
- **تكرار الموجب إيجابه قبل صدور القبول:** فتكرار الإيجاب يبطل الإيجاب الأول، وتكون العبرة للإيجاب الذي صدر أخيرا (158).

158- احمد راتب عبد الدائم، منصور عبد السلام السرايرة، المرجع السابق، ص ص.312-314.

3:اثر موت الموجب في تكوين العقد الإلكتروني

الإعلان عن الإرادة لا يتأثر بموت صاحبه، لكن يجب الفصل بعدم تأثر الإرادة بموت صاحبها، ومسألة انعقاد العقد، فلا ينعقد العقد إلا إذا كانت الإرادة المتضمنة قبولا قد وصلت إلى علم الموجب، فإذا توفي الموجب قبل علمه بإرادة القابل، فلا ينعقد العقد، وهذا ما أكد عليه المشرع الجزائري في نص المادة 62 من ق م ج على أنه :" **إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره،فغن ذالك لا يمنع من ترتيب هذا الأثرعند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه،هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل**" .

وينطبق هذا الحكم على الإيجاب الإلكتروني مراعيا الطبيعة الخاصة به، والمتمثله في طرحه عبر وسيط إلكترني، فالإيجاب الإلكتروني غالبا ما يتصف بأنه دولي، وهذه الصفة تحديدا هي ما يجب الإنتباه لها، فتطبق القواعد الخاصة بأثر الموت على الإيجاب الإلكتروني، فإذا مات الموجب قبل طرحه لإيجابه عبر الوسيط الإلكتروني، فإن مصير هذا الإيجاب يحدد وفق قانون دولة الموجب (159)

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول، فموت الموجب سيحول دون انعقاد العقد، لأن انعقاد العقد يرتهن بوصول القبول إلى علم الموجب (160).

المطلب الثاني

ماهية القبول في التعاقد الإلكتروني

القبول تعبيرا عن إرادة الطرف الثاني، وهو الرد عن إيجاب الموجب، وطبقا للقواعد العامة فإن قبول المتعاقد يجب أن يصدر في مدة الإيجاب، وأن يكون مطابقا له حتي ينعقد العقد ويرتب جميع أثاره، فإذا صدر لقبول من المتعاقد يزيد أو يعدل أو ينقص من الإيجاب فإنه طبقا لنص المادة 66 من القانون المدني الجزائري يعد

159- عنادل عبد الحميد المطر،المرجع السابق، ص247.

160- أنظر المواد 61 و 62 من الأمر رقم 58/75، يتضمن القانون المدني الجزائري.

القبول الذي يغير من الإيجاب إيجابا جديدا (161)، وعليه سنتناول مفهوم القبول الإلكتروني (فرع الأول)، وضوابط القبول الإلكتروني (فرع الثاني).

الفرع الأول

مفهوم القبول الإلكتروني

القبول الإلكتروني هو تعبير عن الإرادة، يصدر ممن وجه إليه الإيجاب، يتم من خلال استخدام وسيلة إلكترونية، يفيد موافقته على إبرام العقد طبقا للشروط الواردة في الإيجاب (162)، سنتعرض إلى القبول الإلكتروني (أولا) صور التعبير عن القبول الإلكتروني، (ثانيا) ثم عن مدى صلاحية السكوت كتعبير عن القبول الإلكتروني(ثالثا).

أولا:تعريف القبول الإلكتروني.(l'acceptation électronique)

1:تعريف القبول الإلكتروني فقها وقانونا

عرف الفقه القبول الإلكتروني بانه "تصرف بمقتضاه يعلن الموجب له إرادته بالموافقة على التعاقد، أي من وجه إليه الإيجاب يعلن صراحة أو ضمنيا موافقته على ما تم توجيهه إليه، ويجب أن يصدر القبول والإيجاب قائما، فالعقد لا ينعقد إلا بتلاقي الإرادتين ..."(163).

أما التعريف القانوني للقبول الإلكتروني، نجد أنّ المشرع الجزائري قد أغفل عن وضع تعريف للقبول وهذا ما فعله مع الإيجاب أيضا، حيث اكتفى بوضع الوسائل التي يتم التعبير عن الإرادة وذلك في نص المادة 60 من ق م ج ، لكن يجب أن يصدر القبول والإيجاب لازال قائما وأن يرتبط به في ذلك الموعد.

161- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتورة في العلوم، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012/2011، ص 120

162- العجلوني أحمد خالد، التعاقد عن طريق الانترنت-دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2002 ، ص76.

163- أحمد راتب عبد الدائم، منصور عبد السلام السرايرة، المرجع السابق، ص 314.

وأثناء المحادثة والمشاهدة يجب أن يصدر القبول أثناء المحادثة، وإذا انتهت المحادثة قبل صدور القبول فلا عبرة للقبول بعد ذلك.على عكس المشرع الجزائري، هناك بعض التشريعات التي وضعت تعريف للقبول، منها المشرع التونسي في قانون المبادلات الإلكترونية، حيث عرفه على أنه تعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول (164).

2:تعريف القبول الإلكتروني حسب الاتفاقيات الدولية

عرفه قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 في المادة 11 من الفصل الثالث منه ما يلي:"في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذالك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسائل البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا العرض " لكن المادة 1/14 من هذا القانون أضافت شيء لهذا المفهوم يتمثل في انه تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد إذا كان هو الذي أرسلها عبر تقنيات الاتصال الحديثة سواء بنفسه أو بواسطة نائب عنه.(165)

كما عرفته كذالك اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع في المادة1/18 لسنة 1980 على أنه:"يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف أخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب".(166)

164- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص85.

165- نورالهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، جامعة مولود معمري، تيزي وزو 2012، ص 123.

166- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص197.

ثانيا:صور التعبير عن القبول الإلكتروني

العقد الالكتروني من العقود الحديثة، عند إبرامه يتطلب طريقة إلكترونية، فمثلما للإيجاب الالكتروني طرقا وصورا إلكترونية حديثة يتم توجيهه عبرها، فإن للقبول الالكتروني طرق خاصة به تتلخص فيما يلي:

1:التعبير على القبول عن طريق البريد الإلكتروني

عند تلقي القابل إيجابا بالطريقة الالكترونية أو عبر موقع الويب بإمكانه عرض قبوله عبر البريد الالكتروني(167) ،فهناك تشريعات تمنح الخيار السابق للقابل، حيث ألزمت تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب، فالقانون الموحد لمعاملات المعلومات الأمريكي، في المادة 2/202 الناصة على أن"التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب(168). و هناك تشريعات فرضت ضرورة تأكيد الموجب علمه بالقبول الصادر عبر الانترنت لانعقاد العقد منها العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية، في البند الثامن، حيث يتم ذالك بإرسال البائع تأكيدا للمشتري بتمام إبرام العقد، خلال 10 أيام على الأكثر من تاريخ إرسال قبوله (169).

2:التعبير على القبول الإلكتروني من خلال صفحات الويب

من أجل التعبير عن إرادة المستهلك الالكتروني في قبوله والموافقة على عرض الموجب عبر مواقع الويب الأيقونة المخصصة للموافقة، والمتواجدة على شاشة الجهاز الالكتروني المعتمد في التعامل عبر الانترنت، إذ يرتبط القبول الالكتروني بالنقر على الأيقونة التي تحمل عبارة "موافق" أو "قبلت العرض"

167- مناني فراح ، المرجع السابق، ص93.

168- محمد ابراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص ص. 48-49.

169- إيمان مأمون أحمد سليمان، ابرام العقد الالكتروني وإثباته:الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2008، ص163.

إلا أنّ التعبير عن القبول عبر مواقع الويب يثير مسألة إمكانية ملامسة الموجب له لأيقونة الموافقة عن طريق الخطأ، لكن هذا ما يطرح حجية الضغط على الايقونة لمرة واحدة دون قصد التعبير عن الموافقة الفعلية، لذا لتأكيد القبول والموافقة يجب الضغط مرتين على الأيقونة المخصصة لذلك، أما إذا كان البرنامج المعلوماتي للموقع الإلكتروني يسمح بانعقاد العقد دون ضرورة التأكيد مرة ثانية فلا حاجة للضغط عليها مرة أخرى، لكنها تعتبر قرينة قانونية بسيطة قابلة لإثبات العكس، وهذا بإثبات الموجب له أنه تم النقر على أيقونة الموافقة عن طريق الخطأ، كما أن هناك فرض أخر بين الفرضين السابقين وهو أن برنامج المعلومات الخاص بالتعبير عن القبول يكون متضمنا ضرورة التأكيد، ومع ذلك فهو لا يمنع انعقاد العقد بدونه (170) .

3:التعبير على القبول الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية المؤتمنة

نقصد بها المعاملات التي تتم بواسطة برامج إلكترونية معدة سابقا للقيام بمهمة معينة، حيث يمكن لحاسوب مزود بمعلومات محرك ووفقا لبرامج آلية خاصة أن يقوم بإنجاز المعاملة بمجرد أن يطلب منه ذلك دون تدخل بشري(171)، فيترتب على هذا القبول كافة الآثار القانونية المترتبة على القبول الصادر بالطريقة التقليدية (172). ويكون صحيحا ونافذا دون التدخل البشري، والسر في ذلك يرجع للشخص الطبيعي أو المعنوي الواجب عليه الإيجاب مالك النظام الالكتروني الذي تم من خلاله التعبير عن قبوله من جهة، و كونه من برمج هذا النظام المعبر عن قبوله بكل إرادته (173).

170- لزهر بن سعيد، المرجع السابق، ص ص.88-89.

171- يجب أن يثبت ان القبول صدر عبر نظام قانوني إلكتروني :محمد سعيد أحمد إسماعيل، المرجع السابق، ص 196

172- راشدي صابر، المركز القانوني للكمبيوتر(الحاسب) في التعاقد الإلكتروني، مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 09، 2010، ص20.

173- Yousef Shandi, La formation du contrat a distance par voie électronique, thèse du doctorat, Faculté de droit de sciences politique et de gestion, Université Robert SCHUMAN, Strasbourg III , P 142.

ثالثا:مدى صلاحية السكوت لأن يكون قبول إلكتروني

السكوت ليس مفهوم معينا لأنه وضعا سلبيا، لكن استثناءا في حالة السكوت الملابس، أين يمكن أن يعتبر قبول في الحالات التي يقترن فيها بظروف معينة(174)، نصت المادة 68 ق م ج على مختلف الحالات التي يكون فيها السكوت تعبيراعن القبول ففي حالـــة العرف، لا يلعب العـــرف دورا فعليـــا في التعاقـــد الإلكترونـــي، نظرا لحداثة هذا الشكل من التعاقد، وعدم الاعتياد عليه من طرف كافة أطراف المجتمع، أما في حالة **مصلحة من وجه إليه الإيجاب،** فأغلب العقود التي تبرم عبر الانترنت هي عقود تجارية، دائما تشكل التزاما على عاتق من وجه إليه الإيجاب (175)، أما في الحالة المعروفة **بالتعامل السابق** بين المتعاقدين ، فهي الحالة التي تصادفنا كثيرا في التعاقد عبر الانترنت، كاعتياد أحد الزبائن على أحد المتاجر الافتراضية، هنا يعد السكوت في الرد قبولا، إذا اقترن بظرف أخر يرجح دلالة السكوت على القبول.

الفرع الثاني

ضوابط القبول الإلكتروني وأحكامه

إن كان القبول لا يعدو أن يكون تعبيرا عن إبدء الرغبة في التعاقد بناء على ما ورد في الإيجاب، يستلزم توافر شروط معينه، من أجل إعتبار الموافقة قبولا.

أولا:شروط صحة القبول الإلكتروني.

القبول عنصر ثاني للعقد، لكي ينتج أثر في انعقاد العقد يجب أن يتطابق تماما مع الإيجاب في كل جوانبه، وإلا فإن العقد لا ينعقد، فإذا اختلف القبول عن الإيجاب أعتبر إيجابا جديدا وليس قبولا إلا في حالة الإتفاق الجزئي والتي نصت عليه المادة 65 من القانون المدني الجزائري والذي يكون منشأ للعقد إذا توافرت الشروط التالية:

174- مصطفى موسى العجارمة ، المرجع السابق، ص 299.

175- مناني فراح ،مرجع سابق،ص94.

1:أن يكون الإيجاب مازال قائما

يجب أن يصدر القبول عن إرادة حرة صحيحة، وفي الفترة التي يكون فيها الإيجاب قائما ومنتجا لأثره خلالها(176)، وهذا ما نصت عليه المادة 96 من القانون المدني الأردني:"المتعاقدان بالخيار بعد الإيجاب إلى أخر المجلس فلو رجع الموجب بعد الإيجاب وقبل القبول أو صدر من أحد المتعاقدين قولا أو فعلا يدل على الإعراض يبطل الإيجاب ولا عبرة بالقبول الواقع بعد ذالك". إذا يجب أن يكون القبـــول فوري

من الطرف الأخر وقبل الإنتهاء من المحادثة وإن لم يبدي الموجب رغبته في قبول التعاقد أثناء المحادثة وقبل الإنتهاء منها يسقط الإيجاب(177).

وإذا حدث انقطاع للخط بعد صدور الإيجاب وقبل صدور القبول يسقط الإيجاب ولا يمكن أن يلحقه قبول حتى ولو أجريت مكالمة جديدة، فيشترط صدور إيجاب جديد ونفس الحكم إذا قام الشخص الموجب له بغلق جهاز الحاسوب الألي أو بإعطائه إشارة بأنه انتقل إلى موقع جديد فيسقط الإيجاب، أما إذا كان الإيجاب مقترن بمدة زمنية، فإن القبول يجب أن يرتبط بهذه المدة بحيث إذا وجد القبول بعد انتهاء المدة فإنه يولد ميتا، لأن الإيجاب سقط بانتهاء المدة (178).

2:موافقة القبول للإيجاب وتطابقه له*

القبول لا يتمثل في الرد الإيجابي فحسب، بل لابد أن يكون مطابقا للإيجاب (179).

176- مصطفى أحمد أبو عمر،مجلس العقد الإلكتروني ،دار الجامعة الجديدة،2011،ص.182.

177- برهم نضال سليم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، الجزائر 2009، ص ص.62-63.

178- برهم نضال سليم ، المرجع نفسه، ص63.

179- فبلالي علي، المرجع السابق، ص41.

فالمادة 99 من القانون المدني الأردني نصت على: "يجب أن يكون القبول مطابقا للإيجاب"،"وإذا اقترن القبول بما يزيد في الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه أعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا"، وهذا ما أكدته المادة 66 من القانون المدني الجزائري على أنه:" لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا" أي أن المطابقة ليس المطابقة التامة في الصيغ والألفاظ بل المطابقة في الموضوع من خلال صدور القبول بالموافقة على جميع المسائل الجوهرية التي يتضمنها الإيجاب (180).

هناك صور يكون فيها القبول مخالفا للإيجاب، كأن يقيد القابل الإيجاب ومثال على ذلك أن تشير صيغة الإيجاب من البائع بأن يدفع الثمن نقدا وبالدولار ويأتي القبول مشيرا بدفع الثمن بالتقسيط وبالدينار الأردني وفي هذه الحالة يعد القبول رفضا للإيجاب أو حسب التعبير الإنجليزي-الإيجاب المعاكس(181)

ويكون الحال كذلك إذا زاد القابل بالثمن فيعتبر رفضا للإيجاب ويتضمن إيجابا جديدا حتى ولو كانت الزيادة في مصلحة الموجب وهذا ما استقرت عليه النصوص القانونية محل المقارنة، وبتطبيق ذلك على الانترنت يمكن تناول الزيادة أو النقصان أو تعديل الإيجاب المعروض عبر الشبكة في حالتين للتعاقد عبر الانترنت وهما التعاقد عبر البريد الالكتروني والتعاقد عبر المحادثة المباشرة المشاهدة المرئية.

180- المومني بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، (دراسة مقارنة)، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، ط1، الأردن، 2004، ص67.

181- عباس العبودي ، المرجع السابق، ص162 ،

3:أن يكون القبول الإلكتروني صريحا وواضحا

يجب أن يتم إصدار القبول بشكل واضح على مراد القابل واتجاه إرادته إلى من صدر منه، حيث إذا وصل إلى الموجب دل على ذلك بوضوح على الرضا من جانب القابل، سواء تم القبول عبر المحادثة والمشاهدة، أو الكتابة عن طريق إرسال القبول كتابيا عبر البريد الإلكتروني، أو غيرها من الوسائل، حيث لا يشترط أن يكون القبول بلغة معينة، لكن يجب أن يتقن فهمها الطرف الأخر(182).

04:ان يصدر القبول عن طريق وسيلة الكترونية

يتميز القبول الإلكتروني عن القبول المتعارف عليه أي التقليدي في العالم المادي بالاستعانة واستخدام وسيلة إلكترونية في التعبير عنه، فلا يشترط فيه شكلية معينة، فيستوعب أي بيان أو تصرف من الموجب له يفيد الموافقة على العرض الذي تقدم به الموجب (183).

ثانيا:القوة الملزمة للقبول الإلكتروني

العقد له قوة ملزمة، فلا رجوع عنه متى التقى الإيجاب بالقبول وقام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما لا رجعة فيها، فعلى المستهلك بمعاينة السلعة قبل ابرام العقد، لذلك وجب تخويل القابل حق نقض العقد حتى بعد انعقاد (184)، أي إمكانية العدول عن قبوله والخروج عن قاعدة-العقد شريعة المتعاقدين. فالمشرع الفرنسي في القانون الخاص بالاستهلاك رقم(2001/741) الصادر في 23 أوت سنة 2001 في المادة 61/121، نص على حق مشتري المنتوج في الرجوع عن عمليات البيع عن بعد ، فالمشرع الفرنسي لا يطبق الحق في العدول عن القبول بالنسبة للخدمات بل اقتصـر

182- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، المرجع السابق، ص184.

183- المادة 18 من اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع، الصادرة عن أمانة الأونسيترال، فيينا، 2011.

184- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص272.

على المنتجات المادية فقط عكس التوجيه الأوربي خلال سبعة أيام من يوم تسلم السلعة وذلك بدون نفقات باستثناء نفقات الرد (185).

المبحث الثاني

نطاق تطابق الإرادتين

يعتبر تحديد لحظة القبول مهمة جدا في التعاقد الالكتروني، لكن قد تكون هناك صعوبات وعراقيل على تحديد لحظة القبول، إذ لا يكون الطرفان حاضرين ماديا في مكان واحد(186)، فهو تعاقد بين غائبين من حيث المكان، لكن هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان، وهو ما يحقق الوجود الافتراضي بين المتعاقدين.

لتحديد زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني، يجب تحديد القانون الواجب التطبيق، تحديد وقت نفاذ العقد، تحديد مدة سريان العقد، مدة التقادم، وأهلية الأطراف، والمحكمة المختصة. لكن التساؤل المطروح كيف نحدد زمان ومكان إبرام العقد الالكتروني؟

المطلب الأول

زمان اقتران الإيجاب والقبول الإلكتروني

لتحديد زمان انعقاد العقد سنتناول موقف الفقه، ثم موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية.

الفرع الأول

موقف الفقه من تحديد زمان انعقاد العقد

الفقه التقليدي طرح أربعة نظريات لتحديد لحظة انعقاد العقد و هي:

أولا: نظرية إعلان القبول: حسب هذه النظرية ينعقد العقد بمجرد إعلان القبول لقبوله دون الحاجة إلى علم الموجب له لأن التعبير عن الإرادة هو تعبيـــــــر

185- عنادل عبد الحميد المطر، المرجع السابق، ص272.

186- أسامة أبو الحسن مجاهد، المرجع السابق، ص82.

إرادي لا يحتاج للإتصال بالموجب له، إلا أن هذه النظرية لم تسلم من النقد على أساس أنه ليس بالضرورة أن تصل الرسالة المتضمنة للقبول على الشكل السليم الذي حررت فيه، لأنه من الممكن أن يحدث خلل كأن يصل مضمون الرسالة على شكل رموز فلا يمكن للموجب قرائتها وفهمها إن كانت تتضمن قبولا أم لا(187).

ثانيا: نظرية تصدير القبول

هي ذاتها نظرية إعلان القبول إلا أنها تستلزم أن يكون الإعلان عنه نهائيا، وذلك بخوجه عن حيازة وسيط القابل،على وجه لا يمكنه استرجاعه أو العدول عنه، بإرساله القبول فعلا للموجب، أي خروج القبول من يد صاحبه،كما أن العقد يعتبر يعد مبرما من لحظة خروج الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول،ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني مقدم خدمة الانترنت،ولا يشترط وصول الرسالة لصندوق البريد الإلكتروني الخاص بالموجب(188).

ثالثا: نظرية وصول أو تسلم القبول

وقت وصول الرسالة المتضمنة للقبول إلى الموجب هو وقت انعقاد العقد، والمقصود بالوصول هنا هو السيطرة الفعلية للموجب

على الرسالة، سواء كان الموجب قد علم فعلا بالقبول أو لم يعلم به، فلحظة إبرام العقد ليست لحظة دخول الرسالة الإلكترونية المحتوية على القبول في سيطرة مقدم خدمة الانترنت، بل هي لحظة وصولها إلى الموجب.

لكن يمكن للموجب أن لا يعلم بالقبول رغم وصوله، و هذا ما يعاب من هذه النظرية(189).

187- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص71.

188- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر، 2008، ص109.

189- GEOFFRAY BRUNAUX , Op-cit, P.235

رابعا: نظرية العلم بالقبول

حسب هذه النظرية فإن العقد ينعقد في الزمان والمكان الذين يعلم فيهما الموجب بقبول القابل، لأن الإرادة لا ينتج عنها أثر قانوني إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه، كما أن الإيجاب لا ينتج أثره إلا بعلم الموجب له كذلك القبول لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم الموجب (190).

ترى هذه النظرية بأن العقد الالكتروني ينعقد في الزمان والمكان الذي يقوم فيهما الموجب بفتح صندوق خطابته الالكترونية والإطلاع على الرسالة الالكترونية التي تعبر عن القبول(191)، وهي النظرية التي أخذ بها المشرع الجزائري من خلال ما كرسته المادة 67 من ق م ج (192).لم تسلم هذه النظرية من الانتقاد كون أن أساس علم الموجب بالقبول ليس شرط من شروط الانعقاد بل هو شرط لزوم ونفاذ (193).

الفرع الثاني

موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الالكترونية من زمان انعقاد العقد

سنتطرق إلى موقف قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، موقف قانون التوجيه الأوربي، ثم عرض موقف التشريعات الداخلية.

أولا: موقف قانون الأنسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الالكترونية

أخذ هذا القانون بنظرية استلام القبول فنصت المادة 1/15:"مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك، يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام

190- خالد ممدوح أبراهيم، المرجع السابق، ص ص. 298 -299.

191- بشار محمد دودين، الاطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الانترنت، دار الثقافة والتوزيع، الأردن، 2006، ص143.

192- تنص المادة 67 من ق م ج على أنه:"يعتبر التعاقد بين غائبين قد تم في المكان والزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول،ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذالك،ويفترض أن الموجب علم بالقبول في المكان وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول".

193- شحاتة غريب محمد الشلقامي، المرجع السابق، ص125.

معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو سيطرة الشخص الذي أرسل رسالة البيانات نيابة على المنشئ مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك" (194) .

كما حددت المادة 2/15 وقت استلام الرسالة ونصت على أنه، مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذالك،يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

1- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسالة البيانات يقع الاستلام في وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو في وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذ أرسلت رسالة البيانات إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه ولكن ليس النظام الذي تم تعيينه.

2- إذ لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه (195) .

حسب هذه المادة يجب أن نميز بين حالتين لتحديد وقت تحديد وقت الاستلام رسالة البيانات:

الحالة الأولى:حالة تعيين نظام معلومات استلام الرسالة

في هذه الحالة يقع الاستلام في وقت دخول رسالة البيانات إلى نظام المعلومات المعين من المرسل إليه،أو عندما يتم استرجاع رسالة البيانات من المرسل إليه،إذ تم الإرسال إلى نظام معلومات تابع للمرسل إليه،لكن ليس هو النظام المعين من قبل المرسل والمنشئ إليه،لأن وقت استرجاع البيانات هو الوقت الفعلي الذي يعلم فيه المرسل إليه برسالة المنشئ.

194- الياس ناصف، المرجع السابق، ص167.

195- قرار رقم 51/162، المتضمن قانون الأنسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية.

الحالة الثانية:حالة عدم تعيين المرسل إليه نظام معلومات

في هذه الحالة يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام معلومات تابع للمرسل إليه حتى وإن لم يطلع عليها(196).

وعليه قانون الأنسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية كرس مبدأ حرية إرادة الأطراف في الاتفاق على تحديد زمان إرسال واستلام رسالة البيانات، على أن يكون اتفاقا ملزما. ويتضح ذلك في عبارة :" ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذالك"(197)، كما اعتبر زمان إرسال واستلام الرسالة قواعد يمكن من خلالها تحديد وقت انعقاد العقد، وربما العبرة في ذلك عدم المساس بالقوانين الوطنية الداخلية التي تحكم تكوين العقود.

ثانيا: موقف التوجيه الأوربي.

بالنسبة لقانون التوجيه الأوربي رقم2000/31 نص في المادة 5 على أنه:"يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل قبوله"(198).

من خلال نص المادة نستنتج أن التوجيه الأوربي يعتبر زمان إبرام العقد الذي يتم بوسيلة إلكترونية هي لحظة استلام تأكيد القبول ممن وجه إليه العرض وذالك بعد مراجعته للعرض وتصحيح ما قد يشوبه من أخطاء محتملة لتحقيق الأمان القانوني عبر الوسائل الالكترونية (199).

من خلال ما سبق ذكره نستخلص إن قانون التوجيه الأوربي خرج من النظريات السابقة بإقراره نظرية مستقلة.

196- محمد سعيد محمد اسماعيل، المرجع السابق، ص199.

197- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص254.

198- خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص272.

199- حمودي محمد ناصر، المرجع السابق، ص252.

ثالثا: موقف التشريعات الداخلية

المشرع التونسي أخذ بنظرية العلم بالقبول في الفصل 28(200)، إلا أنه اشترط التوقيع على الرد الذي يؤكد على النية الجازمة على إبرام العقد،أما بالنسبة للمشرع الأردني فقد أخذ في نص المادة 17 بما أخذ به قانون الأونسيترال النموذجي الأمم المتحدة بشان التجارة الإلكترونية ونصت على :

1- تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من وقت دخولها إلى نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل الرسالة نيابة عنه ما لم يتف المنشئ أو المرسل إليه على غير ذالك.

2- إذا كان المرسل إليه قد حدد نظام معالجة معلومات لتسلم رسالة المعلومات فتعتبر الرسالة قد تم تسلمها عند دخولها إلى ذالك النظام،فإذا أرسلت الرسالة إلى نظـــــام غير الذي تم تحديده فيعتبر إرسالها قد تم منذ قيام المرسل إليه للإطلاع عليها أول مرة.

3-- إذا لم يحدد المرسل إليه نظام معالجة معلومات لتسلم رسائل المعلومات،فيعتبر وقت تسلم الرسالة عند دخولها لأي نظام معالجة المعلومات تابع للمرسل إليه" (201).

من خلال نص المادة نستنتج أن المشرع الأردني أخذ بنظرية العلم بالقبول إذ حدد كلا من المنشئ والمرسل إليه نظام معالجة المعلومات(202)، وفي حالة عدم توافر هذا النظام أخذ بنظرية استلام القبول.

200- ينص الفصل الثامن والعشرون على:"ينشأ العقد الالكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجهة للمستهلك،مالم يتفق الطرفان على خلاف ذالك".

201- قانون المعاملات الالكترونية الأردني، رقم 85 لسنة 2001.

202- عرف المشرع الأردني في المادة 2 من قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 المنشئ بأنه الشخص الذي يقوم بنفسه أو بواسطة من ينوبه بإنشاء أو إرسال رسالة معلومات قبل تسليمها وتخزينها من المرسل إليه، وعرف المرسل إليه بأنه الشخص الذي قصد المنشئ تسليمه رسالة المعلومات، كما عرف نظام معالجة البيانات بانها النظام الإلكتروني المستخدم لإنشاء رسالة المعلومات أو إرسال أو معالجتها أو تخزينها على اي وجه أخر.

الفرع الثالث

الآثار المترتبة على تحديد مكان اقتران الإيجاب بالقبول

أولا:تحديد الوقت

يعد تحديد الوقت من أمه المسائل عند دراسة النظرية العامة للعقد، وقد اختلفت النظريات التي قيل بها بشأن تحديد الوقت الذي يبرم فيه بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد،وإن لم يكن هناك عائق في سبيل تعاصر تبادلهما لإرادتهما من حيث الزمان(203)، فمثلا إذا أخذنا بنظرية الإعلان فهنا يتعذر على الموجب بالرجوع عن إيجابه في الحالات التي يكون له فيها ذالك لانعقاد العقد بإعلان القبول، أما إذا أخذنا بنظرية علم الموجب بالقبول فيجوز للموجب الرجوع طالما لم يقترن بإيجابـــه قبول كما يجوز للقابل العدول عن قبوله، لأن العقد ينعقد وقت علم الموجب القبول، فقـــد يرسل القابل قبوله بالبريد العادي أو عن طريق وسائل أخرى،يعلن بواسطتها عدوله علن القبول باعتباره أنه لم يكن،على أن يصل العدول قبل القبول.

ثانيا:تحديد بدأ سريان ميعاد التقادم بالنسبة لسماع الدعوى

فإذا كان الالتزام منجزا فإن ميعاد التقادم يبدأ من وقت إعلام القبول وفقا لنظرية الإعلام،او من وقت العلم بالقبول تبعا لنظرية العلم (204).

لتحديد انعقاد العقد أهمية كبيرة تظهر في حالة إشهار إفلاس التاجر الذي أبرم عقودا ما إذ ما كانت نافذة في حق الدائن أو أنها لا تنفذ بحسب الفترة التي أبرمت من خلالها، فإذا ابرمها بعد الإشهار لا تنفذ في حق الدائن ويتوقف مصيرها على معرفة وقت تمامها.

203- عرف المشرع الأردني في المادة 17 من قانون المعاملات الأردني رقم85 لسنة 2001 المنشئ بأنه الشخص الذي يقوم بنفسه أو بواسطة من ينوبه، لإنشاء أو إرسال رسالة المعلومات قبل تسلمها تخزينها من المرسل إليه كما أشارة أنه يتم تخزين رسالة المعلومات بوسائل إلكترونية أو بوسائل مشابها بما في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق...

204- أبو العز علي محمد أحمد، المرجع السابق، ص173.

أما العقد الذي يبرمه التاجر المفلس فيختلف حكمه بحسب ما إذا كان قد تم قبل المدة المشتبه فيها أو أثناء هذه المدة أو بعد التوقف عن الدفع أو بعد إشهار الإفلاس، وتظهر أهميته في اختلاف الحكم من حيث الصحة أو البطلان باختلاف النظرية التي يأخذ بها في مثل هذه الفروض(205).

ثالثا: تحديد القانون الواجب التطبيق

والذي يتم بالاعتماد على إرادة الأطراف، وهو ما يضمن الأمان القانوني للأطراف بحكم علمهم المسبق بالقانون المطبق على العقد عند نشوب أي نزاع محتمل،لكن في التعاقد عبر الانترنت يثير إشكالات لم تكن معروفة من قبل حتى بالنسبة لقانون العقد من قبل الأطراف مثل تقنية نزع الغلاف (CHERINK WRAP)، حيث يمكن لأحد الأطراف التقدم لإبرام العقد دون الإطلاع على كافة بنود العقد من بينها شروط قانون الواجب التطبيق(206).

المطلب الثاني

مكان اقتران الإيجاب والقبول الإلكتروني

ترجع صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني إلى صعوبة تحديد مكان إرسال واستقبال الرسالة التي تتم عبر فضاء إلكتروني، ولهذا يترتب تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة بالنظر في أي نزاع قد ينشأ.

الفرع الأول

تحديد مكان انعقاد العقد

رغم تباعد أطراف العقد وصعوبة تحديد مكان إبرام العقد إلا أن تحديد مكان إبرام العقد له أهمية بصفة خاصة، من حيث تحديد القانون المطبق والمحكمة

205- الصده عبد المنعم فرج، مصادر الالتزام دراسة في القانون اللبناني والقانون المصري، الطبعة الأولى، دار النهظة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1991، ص141.

206- تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة ماجستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2010-2011، ص84.

في حالة وجود أي نزاع سواء كان متعلق بإبرامه أو أثاره وفقا للقواعد العامة في تحديد الاختصاص القضائي (207).

وفي هذا الصدد نجد المشرع الجزائري قد وضع قاعدة مفادها ان مكان إبرام العقد هو مكان علم الموجب بالقبول،هذا ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بخلاف ذالك،وهذا ما نصت عليه المادة 67 من ق م ج السالفة الذكر، رغم صعوبة تطبيق هذه القاعدة على العقود الالكترونية نظر للطبيعة الدولية لشبكة الانترنت والعقود الالكترونية كونها متصلة بالعديد من الدول.

ولقد بينت معظم التشريعات الوطنية نظرية العلم بالقبول ومنها المشرع الجزائري في نص المادة 18 من ق م ج على أنّه :**"يسري على الالتزامات التعاقدية، القانون المختار من التعاقدين إذ كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد.**

وفي حالة عدم أمكان ذلك،يطبق قانون الموطن المشترك أو الجنسية المشتركة.

وفي حالة عدم إمكان ذلك،يطبق قانون محل إبرام العقد.

غير أنه يسري على العقود المتعلقة بالعقار قانون موقعه" .

عالج القانون النموذجي للتجارة الالكترونية هذه المسألة فأشاروا إلى تحديد مكان إرسال واستلام رسالة البيانات الحاملة للقبول، فأشار لتحديد مكان إرسال واستلام القبول ذاته، وهذا ما نص عليه القانون النموذجي للانستيرال في نص المادة 4/15 على أنه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذالك فإن رسالة البيانات تعد قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه (208) .

207- إيمان ماموني أحمد سليمان، المرجع السابق، ص148.

208- عمر خالد زيقات، المرجع السابق، ص168.

إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، فإذا لم يتضح من المعاملة المقر الأوثق صلة بها فتكون العبرة بمقر العمل الرئيسي(209).

أما إذا لم يكن المنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يتم التحويل إلى مقر إقامته المعتاد(210).

أما بخصوص المشرع الأردني فالمادة 18 من قانون المعاملات الالكترونية تنص على:

تعتبر رسالة المعلومات قد أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ وأنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه،وإذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعتبر مكان إقامتهما هو مقر العمل،ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلاف ذلك.

إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر لأعماله فيعتبر المقر الأقرب صلة بالمعاملات هو مكان الإرسال والتسليم، وعند تعذر الترجيح يعتبر مقر العمل الرئيسي هو مكان الإرسال و مكان التسليم.

الفرع الثاني

النظريات ذات الصلة

أولا: نظرية مالوري

اعتمد الأستاذ مالوري في معالجته لأحكام التعاقد مابين الغائبين الفصل بين مسألة زمان انعقاد العقد و مكان انعقاده دون الاعتماد على تحليل التراضي مستندا في نظريته إلى أحكام القضاء الفرنسي. حيث قدم لكل منهما حلا يختلف عن الاخر(2011).

209- إيما ن مامون أحمد سليمان، المرجع السابق، ص150.

210- نسرين المحاسنة، المرجع السابق، ص45.

211- العبودي عباس، المرجع السابق، ص164.

أما بالنسبة للانعقاد فقد توصل إلى أن أحكام القضاء الفرنسي استقرت على الأخذ بنظرية التصدير والتي تقضي بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي يصدر فيه القبول(212) أما قانون الأونسيترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية فقد نص في المادة4/15 بانه ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه.

تبين لنا أن هذه النصوص قد وضعت قاعدة عامة هي أن مقر عمل المنشئ يعد المكان الذي أرسلت منه رسالة البيانات، كما يعد مقر عمل المرسل إليه المكان الذي استلمت فيه الرسالة ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك.

ثانيا: نظرية شيفاليه

أخذت هذه النظرية بنفس فكرة النظرية السابقة، لكن بخلافها تؤكد هذه النظرية على عدم إمكانية ربط اقتران الإيجاب بالقبول بمكان معين إذ كنا بصدد التعاقد بين غائبين، على أن فكرة العقد ألرضائي تتعارض مع الوجود في مكان انعقاد العقد ما بين غائبين، أي أن تطابق الإرادتين يتحقق في زمان معين دون أن يتحقق في مكـــان معين، فقد اعتبر شيفاله أن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي أرسل فيه الإيجاب،أي المكان الذي يتواجد فيه المرسل إليه، فالقانون الواجب التطبيق هو المكان الرسالة الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية حتى وإن تعدد الموجب إليه (213)، لأنه في حالة إقرار الموجب إليهم مقاضاة الموجب .

212- فاطمة نواف نعيم، ألاء الدريوى، نور نادر المغربي، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، الجامعة الاسلامية غزة، كلية الشريعة، قسم الشريعة والقانون، فلسطين، 2011، ص8.

213- أبو عمر ومصطفى احمد، المرجع السابق، ص143.

فلا يمكن لهذا الأخير التنقل إلى كل دولة يتواجد بها الموجب إليه بذات الوقت، لكن بالمقابل من السهل على القابل التوجه إلى دولة الموجب (214).

أما تحديد زمان انعقاد العقد فهي نفس فكرة نظرية العلم بالقبول، فيحدد كل من شيفاليه و مالوري زمن انعقاد العقد بالوقت الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ،حيث أكد الأستاذ مالوري ذاك في قوله أن "الموجب ليس مجبرا بأن يلتزم تجاه الموجب له قبل أن يعلم بقبوله" كما انه فضل نظرية العلم بالقبول وذلك ان زمن انعقاد العقد هو الوقت الذي لا يستطيع فيه الموجب أن يرجع فيه عن إيجابه.

الفرع الثالث

ألآثار المترتبة على تحديد مكان اقتران الإيجاب بالقبول

كما تطرقنا سابقا لأثار المترتبة على تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني فلا بد من تحديد أثار مكان إبرام نفس العقد والمتمثلة في:

أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق

لقد قام الفقهاء الفرنسيين من خلال وضعهم مشاريع تقنين القانون الدولي الخاص في فرنسا ومن بينهم الفقيه باتيفول ويظهر ذلك من خلال نص المادة 7 من المشروع التمهيدي الثاني والمادة 2313 من المشروع التمهيدي الثالث بقولها ان العقد دا الطابع الدولي والالتزامات المتولدة عنه يخص القانون الداخلي لدولة ما، وهو القانون الذي يختاره أطراف العقد صراحة أو ضمنيا (215).

بمعنى أن الأطراف هم أحرار في اختيار القانون الواجب التطبيق، وفي الغالب يكون قانون الجهة التي تم فيها إبرام العقد، فمثلا إذ تم العقد بين طرفين.

214- عبد الله صادق سلهب لما، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا فلسطين2008، ص 114.

215- -خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق، 2008-2009، ص51.

وكان الطرف الذي صدر منه الإيجاب موجود في مصر، وعلم بالقبول هناك، وكان من صدر منه القبول موجودا في الجزائر وقت صدور القبول، فإن العقد يخضع لقانون دولة الجزائر عند أخذنا بنظرية الإعلان، ويخضع للقانون المصري إذ أخذنا بنظرية العلم، ولهذا فإن تحديد مكان العقد أثرا في تعيين القانون الواجب التطبيق(216).

ثانيا : تحديد المحكمة المختصة في النزاع

عند تعاقد الأطراف وحدث نزاع بينهما فمكان العقد هو الذي يحدد المحكمة المختصة بفصله، و هو المكان الذي تم فيه إعلان القبول من القابل وذلك حسب نظرية الإعلان، إلا إذ كان هناك اتفاق بينهما يقضي بغير ذلك، وإذا أخذنا بنظرية العلم فإن تحديد المحكمة المختصة في النزاع يختلف، لأن التحديد يتوقف على النظرية التي يؤخذ بها وقت تمام العقد(217).

216- أبو عبد العز علي محمد احمد، المرجع السابق، ص204.

217- عباس العبودي ، المرجع السابق، ص182.

الخاتـــــمة

لقد تبين من خلال الدراسة أن التطور التكنولوجي أدى إلى استحداث وسائل جديدة مغايرة لتلك المستعملة من قبل، حيث أن اكتشاف شبكة الانترنت كشبكة اتصال مميزة قد مكنت من التواصل القوي بين الأشخاص، فأصبحت وسيلة اتصال، و إنما وسيلة للالتقاء و تبادل المعارف و المعلومات ، و جعلت التعاقد قصد تبادل السلع و الخدمات عن بعد ممكنا على مدار الساعة دون الحاجة للالتقاء المادي، الأمر الذي أدى إلى نشأة التجارة الإلكترونية، أين بادرت العديد من الدول إلى تنظيمها لكونها مجال حساس يمس بكيان اقتصاد كل دولة.

لذالك يعدّ التعاقد الإلكتروني من أهم الوسائل القانونية المعتمدة عليها في تطوير و تعميم نشاط التجارة الإلكترونية، لتحقيق فعاليته في مجال الاقتصاد الرقمي و بالأخص على الصعيد الدولي، بحكم أن مثل هذا النوع من التعاقدات التي أسفرت عن ظهور ثورة الاتصالات و المعلومات ، و التي كشفت عن عصر ينادي بالسرعة و الرقمنة في كل المجالات و القطاعات ، و ذلك بهدف تسهيل جميع معاملات الأفراد.

بناءا على ذلك ، ظهرت هناك حتمية قانونية مفادها ضرورة وضع قواعد و أحكام تستهدف بالدرجة الأولى تنظيم جميع المسائل المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بهدف جعلها مستقرة في التعامل بها .

فعمل المشرع الجزائري على الاستجابة لذلك في ظل السنوات الماضية على الاكتفاء بإدخال تعديلات طفيفة في جل القوانين تقريبا بهدف ضمان استقرار هذه المعاملات ، لكن الملاحظ بأنها لم تكن كافية لتنظيم هذا النوع من المعاملات ، بحكم أنها ليست محققة لجانب الثقة و الائتمان بين هؤلاء المتعاملين.

وعليه أصدر المشرع الجزائري إصدار قانون ينظم نشاط التجارة الإلكترونية – بما فيه التعاقد الإلكتروني- مع العلم أن هذا القانون على الرغم من أنه يحقق إستقرار المعاملات الإلكترونية في ظل المنظومة القانونية الجزائرية، إلا أنه شابه الكثير من القصور و الغموض ، مما جعله عرضة للنقد من قبل رجال القانون و مختلف الباحثين في هذا المجال.

إستنادا على ما سبق ،توصلنا إلى مجموعة من النتائج حول موضوع التعاقد الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية، و أهمها ما يلي:

- يتسم التعاقد الإلكتروني بأنه تعاقد عابر للحدود، بفضل اعتماده على مختلف تقنيات الاتصال الحديثة، التي لا تعترف لا بالحدود الجغرافية و لا بالحدود السياسية، و بهذه الصورة تجعل التعاقد القائم في ظل البيئة الرقمية لا تجسد الالتقاء الفعلي و المادي للمتعاقدين، إنما تجعل من حضورهما من حيث المكان يحكمهما التباعد المكاني، و من حيث الزمان فإن الوسيلة الإلكترونية المستعملة في التعاقد هي التي تحدد عما إذا كان التعاقد قد تم بين حاضرين من حيث الزمان أو بين غائبين ، و لكن بصفة عامة يظهر التعاقد من حيث الزمان بأنه تعاقد بين حاضرين.

- المشرع لم بتعرض إلى تعريفات يستهدف بها الإيجاب و القبول الإلكتروني، إنما ترك ذلك من مهمة الفقه و القضاء، مع العلم أن مسألة إعطاء التعريفات في العادة هي من اختصاصهما بالدرجة الأولى، إنما بادر إلى تنظيم مختلف الأحكام القانونية المتعلقة بهما فقط.

- جاء تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني في القانون رقم:04-02 المعدل والمتمم، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، بأنه العقد الذي يتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي و المتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية

الإتصال الإلكتروني، علما أن المشرع لم يحدد وسائل التعاقد الإلكتروني، إنما إكتفى بالنص على تقنيات الإتصال الإلكتروني فقط.

- يعد التعاقد الإلكتروني من قبيل العقود الرضائية -شأنها شأن العقود التقليدية- التي تتطلب مجرد تطابق الارادتين لتمام انعقاد العقد ، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري في المادة 2/6 من القانون المتعلق بالتجارة الالكترونية، على إعتبار انه لو كان المشرع أراد أن يضفي الشكلية كركن لإنعقاد العقد الإلكتروني لا نص على ذلك، فقط أن الشكلية المقصودة في مثل هذه العقود هي مطلوبة للإثبات لا أكثر.

- أخذ المشرع الجزائري بعين الاعتبار المركز القانوني الضعيف الذي يتمتع به المستهلك الإلكتروني في ظل العقود الإلكترونية ، و ذلك بسبب ما تثيره البيئة الرقمية من صعوبات تجعل من إمكانية المستهلك إلى معاينة السلعة أمر غير متحقق منه، لذلك سعى المشرع من خلال هذا القانون تكريس حماية للمستهلك من خلال اشتراطه أن يتم عرض الإيجاب بطريقة واضحة و مفهومة، إلى جانب ضرورة تضمينه ببيانات و شروط خاصة بالإيجاب الإلكتروني بغض النظر عن الشروط المتطلبة في القواعد العامة، مع تشديد المشرع على وجوب ذكر هذه البيانات بتقريره لجزاء مدني أو جزائي في حالة مخالفة المورد الإلكتروني لذلك.

- إشترط المشرع الجزائري من خلال القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية ضرورة التعبير الصريح عن قبول التعاقد الإلكتروني، دون الأخذ بعين الإعتبار القبول الضمني و السكوت.

وبناء على هذه النتائج يقدم مجموعة من الاقتراحات في ما يلي:

يتعيّن على المشرع الجزائري وضع إستراتجية خاصة تلاؤم مجال التجارة الإلكترونية، و ذلك بتوفير المحيط المناسب للانخراط في الاقتصاد العالمي، خصوصا و أن الجزائر تمتلك الإمكانيات اللازمة لإقامة تجارة إلكترونية تساهم في تطوير

الاقتصاد الوطني لتجاوز الدهنيات التقليدية التي تؤمن فقط بالملموس ، ففي حالـــــــة

نجد أنه من الضروري أن المشرع الجزائري يراجع قانون التجارة الإلكترونية بأخذه:

- بالقبول الضمني في إبرام العقد الإلكتروني، دون اقتصاره على القبول الصريح، و ذلك في حالة قيام المستهلك مثلا بتحميل برنامج معين من شبكة الانترنت فهذا يعد قبولا ضمنيا، لا يجب أن يتم تضييع حقوق المستهلك الإلكتروني في ذلك.

- ضرورة سعي المشرع إلى تحديد اللغة التي يعتمد عليها في طرح الإيجاب الإلكتروني، فنقترح عليه سن نصوص قانونية تلزم الموجب بإصدار إيجابه بإحدى اللغتين الوطنيتين و الرسميتين المنصوص عليهما في الدستور، ألا و هما العربية و الأمازيغية.

قائمـــــة المراجع

I- المراجع باللغة العربية

أولا: الكتب

01- إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية، المكتبة الأكاديمية، القاهرة، مصر، 2003.

02- أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، مصر، 2003.

03- إلياس ناصف، العقود الدولية: العقد الإلكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2003.

04- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته: الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديد، الإسكندرية، 2008.

05- برهم نضال سليم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط 1، الإصدار الثاني، الجزائر، 2009.

06- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم على شبكة الأنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2006.

07- جاك غستان، ترجمة منصور القاضي، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ط 2، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، 2008.

08- حمودي محمد ناصر، عقد البيع الدولي الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الجزائر، 2012.

09- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط 1، 2006.

10- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، الدار الجامعية، مصر، 2008.

11- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنت، دار الكتب القانونية، دار المناهج شتات للنشر، مصر، 2008.

12- سعد غالب ياسين، بشير عباس العلاق، " الأعمال الإلكترونية"، دار المناهج للنشر والتوزيع، الأردن، 2006.

13- شحاتة غريب محمد شلقامي، التعاقد الإلكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، دار الجامعية الجديد، مصر، 2008.

14- صالح المنزلاوي، القانون واجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2006.

15- الصده عبد المنعم فرج، مصادر الإلتزام، دراسة في القانون اللبناني و القانون المصري، ط1، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1991.

16- صفوان حمزة إبراهيم عيسى، الأحكام القانونية للتجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2013.

17- طارق عبد العال حماد، التجارة الإلكترونية: المفاهيم، التجارب، التحديات، الأبعاد التكنولوجية، المالية، التسويقية و القانونية، الدار الجامعية للطباعة و النشر، الإسكندرية، مصر، 2003.

18- طارق طه،التسويق الالكتروني،دار الكتب للنشر،مصر،2005.

19- عباس العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني، مكتبة دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 1997.

20- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2010.

21- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، بيروت، لبنان، دون سنة النشر.

22- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2003.

23- عبد الفتاح بيومي حجازي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003.

24- العجلوني أحمد خالد، التعاقد عن طريق الانترنت، دراسة مقارنة، دار الثقافة، عمان، 2002.

25- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية، التراضي، التعبير عن الإرادة، دراسة مقارنة، ط 1، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2014.

26- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية، عقد البيع عبر الانترنت، دراسة تحليلية، ط 1، دار الحامد للنشر و التوزيع، الأردن، 2007.

27- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الإلكترونية، دراسة تطبيقية لعقود الانترنت، ط 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006.

28- فيلالي علي، الالتزامات، النظرية العامة للعقد، موفم للنشر، الجزائر 2008.

29- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر،2012.

30- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، ط1، المملكة العربية المتحدة، 2009 .

31- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

32- محمد السعيد رشدي، الأنترنت و الجوانب القانونية لنظم المعلوماتية، مؤسسة دار الكتب للطباعة و النشر و التوزيع، الكويت ، 1997.

33- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2004.

34- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر 2003.

35- محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

36- محمد لورونس عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، الأردن، 2009.

37- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الالكترونية، دراسة مقارنة، دار النهضة، المملكة العربية السعودية، 2010.

38- مصطفى أحمد أبو عمر، مجلس العقد الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2011.

39- مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدمة الموجبات المدنية، الجزء الاول، ط 4، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2007.

40- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

41- ممدوح محمد الجنبيهي، منير محمد الجنبيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، مصر، دون سنة النشر.

42- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشر و التوزيع، الجزائر، 2008.

43- المومني بشار طلال، مشكلات التعاقد عبر الانترنت، دراسة مقارنة، عالم الكتب الحديث للنشر والتوزيع، ط 1، الأردن، 2004.

44- نسرين المحاسنة، انعقاد العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، العدد2، الأردن، 2004.

ثانيا: أطروحات و مذكرات جامعية

1-الأطروحات الجامعية

01- مراد محمود يوسف المطلق، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الإلكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة عين الشمس، مصر، 2007.

02- خالد شويرب، القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي، أطروحة دكتوراه في الحقوق، فرع الملكية الفكرية، جامعة الجزائر1، ،كلية الحقوق،2009.

03- عنادل عبد الحميد المطر، التراضي في العقد الإلكتروني، رسالة للحصول على درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، قسم القانون المدني، جامعة عين الشمس، مصر، 2009.

04- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه في العلوم ، جامعة الجزائر 1 ، كلية الحقوق، السنة الجامعية 2012/2011.

05- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

06- بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في العلوم، تخصص قانون، كلية الحقوق، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017

07- خلوي (عنان) نصيرة، الحماية المدنية للمستهلك عبر الأنترنيت، دراسة مقارنة، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه علوم، تخصص قانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2018.

2-المذكرات الجامعية

أ- مذكرات الماجيستره

01- عبد الله صادق سلهب لما، مجلس العقد الالكتروني، مذكرة ماجستير، جامعة النجاح، كلية الدراسات العليا، فلسطين، 2008.

02- تكليت زوينة، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية الدولية، مذكرة ماجيستير، فرع قانون الأعمال، جامعة الجزائر 1، كلية الحقوق، 2010-2011 .

03- سمية ديمش، التجارة الإلكترونية حتميتها و واقعها في الجزائر، مذكرة مقدمة ضمن متطلبات نيل شهادة الماجستير في العلوم الاقتصادية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة منتوري قسنطينة، 2011.

04- نور الهدى مرزوق، التراضي في العقود الالكترونية، مذكرة ماجستير في القانون، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

05- صراع كريمة،واقع و أفاق التجارة الالكترونية في الجزائر،مذكرة لنيل شهادة ماجستر في العلوم التجارية،جامعة وهران،كلية العلوم الاقتصادية وعلوم التسيير والعلوم التجارية،المدرسة الدكتورالية للاقتصاد وإدارة الأعمال،2013-2014.

ب- مذكرة ماستر

01- عمرون سيلية، عيسات بسمة، التعاقد الإلكتروني وفقا لقانون التجارة الإلكترونية الجزائري، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في الحقوق، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية،2019.

ثالثا: المقالات

01- أحمد راتب عبد الدائم، منصور عبد السلام السرايرة، التعاقد بطرق الحاسوب، دراسة في التشريع السوري والأردني، مؤتة للبحوث والدراسات، العدد 5، 2008.

02- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، الكويت، المجلد 26، العدد 4، 2002، (ص.ص 240-255).

03- نبيل محمد صبح، حماية المستهلك في التعاملات الإلكترونية، مقال منشور في مجلة الحقوق الكويتية، الكويت،ملحق العدد الثالث، 2005،(ص.ص 122-134).

04- راشدي صابر، المركز القانوني للكمبيوتر(الحاسب) في التعاقد الإلكتروني، مجلة معارف، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، العدد 09 ،2010، (ص.ص 15-27).

05- بن السيحمو محمد المهدي، مهداوي عبد القادر، الطبيعة القانونية للعقد لإلكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية و الاقتصادية، جامعة العقيد أحمد دراية، أدرار، المجلد07، العدد06، 2018 ،(ص.ص 360-375).

06- فاطمة نواف نعيم، ألاء الدريوى، نور نادر المغربي، عقود التجارة الالكترونية عبر شبكة الانترنت، الجامعة الإسلامية غزة، كلية الشريعة، قسم الشريعة والقانون، فلسطين، 2011.

رابعا: مداخلة

- عبد القادر بريش، محمد زيدان، دور البنوك في تطوير التجارة الإلكترونية،مداخلة ضمن الملتقى الدولي حول :التجارة الإلكترونية، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة، يومي 6-7 مارس 2004.

خامسا: النصوص القانونية

1- النصوص القانونية

أ-النصوص التشريعية

01-مرسوم رئاسي رقم 20-442، مؤرخ في 30ديسمبر 2020، يتعلق بإصدار التعديل الدستوري، المصادق عليه في استفتاء أوّل نوفمبر 2020، ج.ر، عدد82، صادرة بتاريخ 30 ديسمبر 2020.

02- أمر رقم 58/75 مؤرخ 20 في 26 سبتمبر 1975 ،تضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية رقم 14 المؤرخة في 7 مارس 2016. ج ر، عدد 78،صادر بتاريخ 30 ديسمبر 1975،معدل و متمم.

03- قانون 04-02،مؤرخ في 23 يونيو 2004،يحدد القوانين المطبقة على الممارسات التجارية،ج ر،عدد41،صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

04- قانون 09-03،مؤرخ 25 فبراير 2009،يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش،ج ر، عدد15صادر بتاريخ 08 مارس2009،معدل و متمم.

05- القانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر عدد 28 الصادرة بتاريخ 16 ماي 2018.

2- النصوص القانونية الأجنبية

01- التوجيه الأوربي رقم 97-07 ، الصادر في 20 ماي 1997، ج ر رقم 144، ،الصادرة بتاريخ 04جوان 1997، ص 119ٍ، متاح على الموقع WWW . legifrance . gouv.fr

02- قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع دليل التشريع 1996، منشورات الأمم المتحدة، أوستريا، فينا، 2001.

03- التوجيه الأوربي رقم:CE/31/200 المؤرخ في 08 جوان 2000 والخاص بالتجارة الالكترونية.

04- قانون رقم 83 لسنة 2000، مؤرخ في 09 أوت 2000، يتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية، الصادر عن الرائد الرسمي للجمهورية التونسية، بتاريخ 11 أوت 2000، عدد 64، ص 2084.

05- قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999، دار القانون للمحاماة و الإستشارات القانونية، المعادي، مصر، 2020.

06- القانون المصري رقم 15 لسنة 2004، شأن تنظيم التوقيع الإلكتروني و إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنلوجيا المعلومات، الجريدة الرسمية ، عدد 17، الصادرة بتاريخ:22أفريل 2004.

07- المذكرة الإيضاحية لقانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004

08- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001، المنشور على الصفحة 2010من عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 بتاريخ 2001/12/03.

II- باللغة الفرنسية

A/Ouvrages

01- Lartinet Alain Charles, Silem Ahmed, « Lexique de gestion », Dalloz, Paris, 2005.

02- ITEANU Olivier, Internet et le droit ; aspects juridiques du commerce électronique, éditions Ayrolle, France, 1996.

03- GEOFFRAY Brunnaux, Le contrat à distance au XXI siècle, éd LEX TENSO, Paris, 2010.

04- MAS Florence, La conclusion des contrats de commerce électrique, éditions L.G.D.J, Paris, 2005.

B/Thèses

01- EL BADAWI Lamia, Les mutations du droit sous l'influence du commerce électrique, thèse de doctorat, université Panthéon-Sorbon, Paris, 2007.

02- SHANDI YOUCEF, La formation du contrat a distance par voie électronique, thèse de doctorat, faculté de droit et sciences politique et de gestion, Université Robert Schuman, Strasbourg III, France, 2005

C/Articles

01- VERBIEST Thibault, Contrats en ligne : Quelle valeur juridique ?, Article publier le 10 décembre 1999, disponible sur WWW.Juriscom.net.

02- MEKKI Mustapha, « La gestion contractuelle du risque de la preuve », 2eme partie, Revue des contrats, N°2, 01Avril 2009 , librairie LGDJ, Paris, France, p-p 445-475

D/Site internet

- htt//www.univ-orleans.fr/asso/dess-dicom/mémoire loi-contrat enternet pdf.
- VERBIEST(T), Contrats en ligne :quelle valeur juridique ? Article disponible sur www.juriscom.net
- WWW .Wto.org/fr/e-commerce
- WWW .oecd.org/publication
- WWW .wipo.int.
- WWW .unitad.org
- WWW.legifrance.gouv.fr

E/Directive Européenne

01-Directive 97/07/CE, concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, du 20 mai 1997, JO N°144, du 04 juin 1997.

F/ /Lois Française

01- Loi N°2000-230 du 13mars2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, disponible sur : WWW.legifrance.gouv.fr.

02- Loi n°2004-575 du 21juin2004 pour la confiance dans l'économie numérique, disponible sur : WWW.legifrance.gouv.fr.

الفهـرس

مقدمـــــة:----------01
الفصل الأول: ضوابط التعاقد الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية----------05
المبحث الأول: الإطار ألمفاهيمي للتجارة الإلكترونية----------06
المطلب الأول: تعريف التجارة الإلكترونية----------06
الفرع الأول: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريعات الداخلية----------06
أولا: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع الفرنسي----------06
ثانيا: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع المصري----------08
ثالثا: تعريف التجارة الإلكترونية في التشريع الجزائري----------09
الفرع الثاني: تعريف التجارة الإلكترونية حسب المنظمات العالمية----------10
أولا:تعريف التجارة الإلكترونية حسب المنظمة العالمية للتجارة (OMC)----------10
ثانيا: تعريف منظمة التعاون و التنمية الإقتصادية (OCDE)----------10
ثالثا: تعريف المنظمة العالمية للملكية الفكرية (OMPI)----------11
رابعا: تعريف مؤتمر الأمم المتحدة للتجارة و التنمية (CNUCED)----------11
المطلب الثاني: خصائص و مميزات التجارة الإلكترونية----------12
الفرع الأول: خصائص التجارة الإلكترونية----------12
أولا:الطابع العالمي للتجارة الإلكترونية----------13
ثانيا:غياب التعامل الورقي في معاملات التجارة الإلكترونية----------13
ثالثا:عدم الكشف عن هوية المتعاملين----------13
رابعا:السرعة في إنجاز الأعمال و المهام----------13
الفرع الثاني: مميزات التجارة الإلكترونية----------14

أولا:مميزات التجارة الإلكترونية من خلال تعاريفها العامة----------14
1-التجارة الإلكترونية تشتمل على الاتصالات بين مختلف الشركات----------14
2-التجارة الإلكترونية تبادل إلكتروني----------14
3-التجارة الإلكترونية بيع و شراء عبر الأنترنيت----------15
4-التجارة الإلكترونيةعمليات تجاريةعبرشبكةالأنترنيت والشبكات العالمية الأخرى----15
ثانيا:تمييز التجارة الإلكترونية عن التجارة التقليدية----------16
1-التجارة الإلكترونية البحتة (الخالصة)----------16
2-التجارة التقليدية البحتة----------17
3-التجارة الإلكترونية الجزئية----------17
المبحث الثاني: مفهوم العقد الإلكتروني----------18
المطلب الأول: المقصود بالعقد الإلكتروني----------18
الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني----------18
أولا: تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية----------19
ثانيا: تعريف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري----------20
ثالثا: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني----------21
الفرع الثاني: التكييف القانوني للتعاقد الإلكتروني----------23
أولا: العقد الإلكتروني من حيث كيفية انعقاده----------23
1-العقد الإلكتروني عقد رضائي----------23
2-العقد الإلكتروني عقد شكلي----------24
ثانيا: العقد الإلكتروني من حيث التوازن العقدي بين المتعاقدين----------26
1-العقد الإلكتروني عقد إذعان----------26
2-العقد الإلكتروني عقد مساومة----------27

ثالثا: العقد الإلكتروني من حيث التواجد المادي للمتعاقدين----------29
1-العقد الإلكتروني يعد تعاقد بين غائبين----------29
2-العقد الإلكتروني يعد تعاقد بين حاضرين----------30
3-العقد الإلكتروني يعد تعاقد بين حاضرين و بين غائبين-إتجاه مختلط----------31
الفرع الثالث: خصائص العقد الإلكتروني----------32
أولا: العقد الإلكتروني من العقود التي تبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية----------32
ثانيا: العقد الإلكتروني يغلب عليه الطابع التجاري الاستهلاكي----------34
ثالثا: العقد الإلكتروني ذات طابع دولي----------36
المطلب الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن العقود المشابهة له----------37
الفرع الأول: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود بالنظر لطريقة انعقاده--------37
أولا: التعاقد عن طريق الهاتف----38
ثانيا: التعاقد عن طريق الفاكس و التلكس--38
ثالثا: التعاقد عن طريق المينيتل-------39
رابعا: التعاقد عن طريق التلفزيون----------40
الفرع الثاني: تمييز العقد الإلكتروني عن غيره المبرمة في نفس البيئة الرقمية----------41
أولا: عقد الدخول إلى شبكة الانترنت------41
ثانيا: عقد إنشاء موقع----------41
ثالثا: عقد إنشاء المتجر الافتراضي----------42
رابعا: عقد الإيواء (الإيجار ألمعلوماتي)----------43
خامسا: عقد الاشتراك في بنوك المعلومات----------44

الفصل الثاني: إبرام العقد الإلكتروني----------45
المبحث الأول: تطابق الإرادتين بين الواقع التشريعي و التطور الإلكتروني----------45
المطلب الأول: الإيجاب في التعاقد الإلكتروني----------46
الفرع الأول: المقصود بالإيجاب الإلكتروني----------46
أولا: تعريف الإيجاب الإلكتروني----------46
1-تعريف الإيجاب الإلكتروني فقهيا و قانونا----------47
2-تعريف الإيجاب الإلكتروني حسب الإتفاقيات الدولية----------50
ثانيا: خصائص الإيجاب الإلكتروني----------51
1-الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد----------51
2- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني----------52
3-الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا----------52
ثالثا: صور الإيجاب الإلكتروني----------53
1-الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني----------53
2-الإيجاب الإلكتروني من خلال صفحات الواب----------54
3-الإيجاب عبر المحادثة و المشاهدة----------55
رابعا: تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه----------55
أ-تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة للتعاقد----------55
ب-تمييز الإيجاب الإلكتروني عن أعمال الدعاية و الإعلان----------56
الفرع الثاني: ضوابط الإيجاب الإلكتروني و أحكامه----------58
أولا: ضوابط الإيجاب الإلكتروني----------58
1-الشروط الموضوعية----------58
أ-العرض الجازم----------58

ب-تحديد العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه----------59
ج-تحديد هوية الموجب----------60
د-حماية المعطيات الشخصية----------61
★ الكتابة الكودية----------62
★ تدخل طرف ثالث ----------62
2-الشروط الشكلية----------62
أ-اللغة المستعملة----------63
ب-الوسيلة المستعملة----------64
ج-تحديد المسائل الجوهرية في العقد----------64
ثانيا: أحكام الإيجاب الإلكتروني----------65
1-نطاق الإيجاب الإلكتروني----------65
أ-النطاق الزماني للإيجاب الإلكتروني----------65
ب-النطاق المكاني للإيجاب الإلكتروني----------66
2-القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني----------67
أ-عند تعيين ميعاد للقبول----------67
ب-عند عدم تحديد ميعاد للقبول-- ----------68
3-أثر موت الموجب في تكوين العقد الإلكتروني----------69
المطلب الثاني: القبول في التعاقد الإلكتروني----------69
الفرع الأول: مفهوم القبول الإلكتروني--- ----------70
أولا: تعريف القبول الإلكتروني----------70
1-تعريف القبول الإلكتروني فقها و قانونا----------70
2-تعريف القبول الإلكتروني حسب الإتفاقيات الدولية----------71

ثانيا: صور التعبير عن القبول الإلكتروني----------72
1-التعبير على القبول عن طريق البريد الإلكتروني----------72
2-التعبير على القبول الإلكتروني من خلال صفحات الويب----------72
3-التعبير على القبول الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية المؤتمنة----------73
ثالثا: مدى صلاحية السكوت لأن يكون قبول إلكتروني----------74
الفرع الثاني: ضوابط القبول الإلكتروني و أحكامه----------74
أولا: شروط صحة القبول الإلكتروني----------74
1-أن يكون الإيجاب ما زال قائما----------75
2-موافقة القبول للإيجاب الإلكتروني----------75
3-أن يكون القبول الإلكتروني صريحا و واضحا----------77
4-أن يصدر القبول عن طريق وسيلة إلكترونية----------77
ثانيا: القوة الملزمة للقبول الإلكتروني----------77
المبحث الثاني: نطاق تطابق الإرادتين----------78
المطلب الأول: زمان إقتران الإيجاب و القبول الإلكتروني----------78
الفرع الأول: موقف الفقه من تحديد زمان انعقاد العقد----------78
أولا: نظرية إعلان القبول----------78
ثانيا: نظرية تصدير القبول----------79
ثالثا: نظرية وصول أو تسلم القبول----------79
رابعا: نظرية العلم بالقبول----------80
الفرع الثاني:موقف التشريعات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية من زمان انعقاد العقد-80
أولا: موقف قانون الأونسيترال النموذجي للأمم المتحدة بشأن التجارة الإلكترونية-----80
ثانيا: موقف التوجيه الأوروبي----------82

ثالثا: موقف التشريعات الداخلية----------83
الفرع الثالث: الأثار المترتبة على تحديد زمان إقتران الإيجاب بالقبول----------84
أولا: تحديد الوقت----------84
ثانيا: تحديد بدأ سريان ميعاد التقادم بالنسبة لسماع الدعوى----------84
ثالثا: تحديد القانون الواجب التطبيق----------85
المطلب الثاني: مكان إقتران الإيجاب و القبول الإلكتروني----------85
الفرع الأول: تحديد مكان انعقاد العقد----------85
الفرع الثاني: النظريات ذات الصلة----------87
أولا: نظرية مالوري----------87
ثانيا: نظرية شيفاليه----------88
الفرع الثالث: الآثار المترتبة على تحديد مكان إقتران الإيجاب بالقبول----------89
أولا: تحديد القانون الواجب التطبيق----------89
ثانيا: تحديد المحكمة المختصة في النزاع----------90
الخاتمـــة:----------91
قائمة المراجع:----------95
فهرس الموضوعات:----------103

التعاقد الإلكتروني في ظل التجارة الإلكترونية

الملخص

يعد التعاقد الإلكتروني أهم وسيلة من وسائل ممارسة نشاط التجارة الإلكترونية، و لهذا السبب جاءت القوانين الحديثة المتعلقة بتنظيم التجارة الإلكترونية بصفة عامة، إلى وضع نظام قانوني لتنظيم هذا النوع من التعاقد، انطلاقا من ذلك قام المشرع الجزائري بإصدار قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 مايو 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية بهدف ضمان استقرار المعاملات الإلكترونية بصفة عامة و التعاقد الإلكتروني خاصة.

الكلمات المفتاحية: التعاقد الإلكتروني، التجارة الإلكترونية، البيئة الرقمية، المستهلك الإلكتروني، المورد الإلكتروني.

Résumé

Le contrat électronique représente l'un des moyens les plus importants pour exercer l'activité de commerce électronique, et pour cela les nouvelles législations relatives au commerce électronique en général, ont abouti à la création d'un système juridique pour organiser ce type de contrat, à partir de là le législateur Algérien à promulguer la loi n°18-05 du 10 mai 2018 relative au commerce électronique, afin de mettre une garantie et la stabilité des transactions électronique généralement et le contrat électronique en particulier.

Les mots clés : contrat électronique, commerce électronique, environnement numérique, consommateur électronique, vendeur électronique.