*الفصل الأول
ماهية العقد الإلكتروني

و يعتبر العقد الإلكتروني العصـــب الأســـاســـي للتجارة الإلكترونية، لأنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي إرادتي البائع أو مقدم الخدمة ، من جهة، و المشـتري أو المسـتهلك من جهة ثانية، وهو يستند على الثقة، و يتطلب وسطا قانونيا ملائما، يحيطه بسياج من الضمانات ضد المخاطر التي تتعرض لها المعاملات المبرمة عن بعد.

إن العقد الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه أو تركيبه و أنواعه ومضـــمونه عن هذا الســـياق، ومن ثم فهو يخضـــع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، و ينبغي أن نشير أن البحث عن ماهية العقد الإلكتروني لن يكون من خلال التعرض للشروط العامة التي يتطلبها القانون في التعبير عن الإرادة العقدية و إنما من خلال التعرض لدي خصوصية ذلك الوليد الجديد في الأسرة العقدية و مدى تأثير الطابع الإلكتروني عليه.

و لتحديد ماهية العقد الإلكتروني، يعد أمرا مهما من الناحية القانونية، حيث يساعدنا في فهم الإشكالات القانونية التي يطرحها العقد الإلكتروني في أغلب مراحله سواء في الإبرام، التنفيذ، و الإثبات التي ستكون محل دراسة في الفصل الأول و الفصل الثاني ،حيث خصصنا في المبحث الأول حول مفهوم العقد التجاري الإلكتروني، و خصـــصـــنا المبحث الثاني حول الطبيعة القانونية للعقد التجاري الإلكتروني ،ثم نتطرق في المبحث الثالث إلى خصـــائص العقد الإلكتروني

المبحث الأول:مفهوم العقد الالكتروني

التطرق من خلال هذا المبحث إلى التعاريف المقترحة له من طرف المواثيق الدولية والقوانين المقارنة والفقه وخصائصه ونطاق تطبيقه.

/ المطلب الأول:تعريف العقد الالكتروني

- ليس للعقد الالكتروني تعريفا موحدا ، فهو يرتبط ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية، حيث لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث ضرورة توافر أركانه وشروط صحته.

- الفرع الأول:

التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

أولا: التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية في المادة الثانية "بتبادل البيانات الالكترونية l'échange de données informatique"[1]

حيث نصت هذه المادة الثانية بأنه يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

ورأت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعلامات المعلومات الالكترونية ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية

1- صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996 ، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة للزيادة في المستقبل، وهذه المواد مقسمة إلى بابين، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد من 1 إلى 10 ، أما الباب الثاني فمكون من فصل وحيد متعلق بعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و 17 منه، ويلحق بهذا القنون ملحق داخلي يوجه خطابا للدول الأعضاء بكيفية إدماجه ضمن تشريعاتها الداخلية، راجعwww.uncitral.org.

المختلفة وعليه فإن العقد الالكتروني حسب هذا القانون هو العقد الذي يتم التعبير فيـــه عـــن الإرادة بين المتعاقدين باستخدام الوسائل المحددة في المادة الثانية وهي: نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.

نقل الرسائل الالكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية، النقل بالطريق الالكتروني للنصوص باستخدام الانترنيت، أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس أو الفاكس.

ثانيا :التعريف الوارد في الوثائق الأوربية.

نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97 –07الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الاوربي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين في هذا المجال[1]، بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد " :كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، وعرفت تقنية الإتصال عن بعد في نفس النص بأنها" :كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه"، فهذا التوجيه قد عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

- الفرع الثاني:

التعريف الوارد في منظمة التجارة العالمية:

عرفت منظمة التجارة العالمية بأن التجارة الالكترونية "عبارة عن عملية إنتاج وترويج وبيع وتوزيع منتوجات من خلال شبكة اتصال ولم يقصرها على الانترنيت فقط"[2].

[1] -Directive n°97-07 CE du 20 Mai 1997, JO CE 04/06/1997 N°144,P19.

2 – منظمة التجارة العالمية هي إحدى المنظمات التي تهتم بالتجارة الالكترونية وتعمل على تحرير التجارة العالمية وتضم في عضويتها أكثر من 13 دولة حول العالم

ومن هذا التعريف يتضح أن التجارة الالكترونية تستعمل جميع الأنظمة الناشئة عن العلاقات ذات الطابع التجاري، سواءً كانت تعاقدية أم لم تكن. ومنها على سبيل المثال توريد أو تبادل أو بيع السلع، اتفاق التوزيع، الوكالة بالعمولة.

ولكن يعاب على هذا التعريف أنه قصر الأنشطة التجارية على المنتجات غير الخدمات، ومن ثمة لا يدخل في نطاق هذا التعريف الخدمات .

- الفرع الثالث:

تعريف الأنظمة المقارنة للعقد الالكتروني

في غياب تعريف للعقد الالكتروني في القانون الجزائري ينبغي العودة إلى تلك التي جاءت بها القوانين المقارنة في هذا المجال.

- تعريف المشرع الأردني: بالرجوع إلى أحكام المادة الثانية من قانون المعاملات الالكترونية الأردني عرفه على أنه: "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائط الكترونية كليا أو جزئيا".[1]

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة على أن العقد الالكتروني :" يعتبر أي تقنية لاستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات".

فيما عرفه المشرع التونسي في المادة الثانية[2] من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي: على أن "المبادلات الالكترونية هي المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية، وعرفت التجارة الالكترونية بأنها : "العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية"

1- أنظر قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2000 المؤرخ في 2001/12/11

2- انظر قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي الصادر في 2000/11/08 وللإشارة فإن تونس تعتبر أول دولة عربية أصدرت قانونا يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية.

ومن خلال هذين التعريفين يتضح أن المبادلات الالكترونية التي تعني مبادلة سلع بمال، أو خدمة بمال لابد أن تتم عن طريق وسيط إلكتروني أو وثيقة الكترونية وبالتالي يخرج من نطاقها الوثائق المكتوبة، كالعقود وإقرارات الاستلام والفواتير وغيرها، فكل هذه الأمور تتم بطريقة الكترونية، بحيث يتفاوض المتعاقدان ويصدر الإيجاب والقبول اللازمين لإبرام العقد ويتم الاتفاق على الشروط التفصيلية لتنفيذه وذلك بوسيلة الكترونية.

أما في فرنسا فقد شكلت لجنة خاصة برئاسة وزير الاقتصاد من أجل تنظيم المسألة، أين التجارة الالكترونية بأنها:" مجموعة المعاملات الرقمية المرتبطة بأنشطة تجارية بين المشروعات ببعضها البعض

وبين المشروعات والأفراد، وبين المشروعات والإدارة" فهذا التعريف يشمل العقود التي تبرم بين المشروعات فيما بينها، كعلاقة شركة بأخرى، وعلاقة المشروعات بالأفراد وكذا العقود التجارية التي تكون الإدارة طرفا فيها، موسعا من دائرة الوسيلة التي تبرم بها، وجعلها تشتمل على كل الوسائل الرقمية.

- الفرع الرابع:

التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الالكتروني، فمنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبرا أن "العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنيت"[1]

والملاحظ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الالكتروني في شبكة الانترنيت متجاهلا الوسائل الأخرى لإبرامه مثل التلكس والفاكس والمينيتيل في فرنسا.

1- عبد الفتاح بيومي الحجازي- **النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية**- الكتاب الأول- نظام التجارة الالكترونية وحمايتها مدنيا- دار الفكر الجامعي – 2002- ص47.

ومن هذه التعاريف أيضـا القائل أن العقد الالكتروني:" هو كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شـبكة دولية مفتوحة للاتصـال عن بعد، وذلك بوسـيلة مسـموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل[1]".

ويلاحظ أن هذا التعريف اشـترط وسـيلة مسـموعة مرئية، لكي يعتبر العقد الكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الالكترونية بدون اسـتعمال الوسـائل المسـموعة أو المرئية، مثل التعاقد عبر البريد الالكتروني الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسـطة الكتابة، ومع ذلك يعتبر العقد الكترونياً.

ومن التعاريف ما يكتفي بأن يكون العقد مبرما ولو جزئيا بوسـيلة الكترونية لاعتباره عقدا الكترونيا.

فمنه القائل:" أن العقد الالكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسـيلة الكترونية كليا أو جزئيا، أصالة أو نيابة"[2]

ومن التعاريف ما شمل جميع الوسائل الالكترونية، لكنه اشترط لكي يعتبر العقد الكترونيا أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الالكترونية، حتى إتمامه، معتبرا أنه:" كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة الكترونية، وذلك حتى إتمام العقد.

وهو نفس الاتجاه الذي سـارت عليه اللجنة التي شـكلت في مصـر لتنظيم التجارة الالكترونية، إذ عرفت عقود التجارة الالكترونية بأنها تنفيذ بعض أو كل المعاملات التجارية

[1] -Une convention par laquelle une offre et une acceptation se rencontrent sur un réseau de télécommunication international ouvert selon un mode audio-visuel, grâce à l'interactivité entre l'offrant et l'acceptant".
Beaure D'Agère (Guillaume), Breese (prière) et Thuiler (Stéphanie), paiement numérique sur Internet, Etat de l'art, aspect juridiques et impact sur les métiers,Thomson Publishing, 1997, P76.

2- أحمد خالد العجولي- **التعاقد عن طريق الانترنيت، دراسة مقارنة-** المكتبة الوطنية عمان- الأردن- طبعة 2002 ص123

في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري آخر، أو بين مشروع ومستهلك، وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصال[1]

ولذا فإننا نؤيد الفقه القائل بأنه يجب التركيز في تعريف العقد الالكتروني على خصوصيته التي تتمثل بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها ومن دون إغفال صفة عامة فيه، باعتباره ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد.

/ المطلب الثاني:

خصائص العقد الالكتروني.

يتميز العقد الالكتروني بخصائص تميزه عن غيره من العقود التي تبرم بين متعاقدين يجمعهما مجلس واحد[2].

لذا سنتطرق في هذا المطلب إلى أهم الخصائص التي يتميز بها العقد الالكتروني عن بقية العقود الأخرى.

1- عبد الفتاح بيومي الحجازي- المرجع السابق-ص46-49

2-في الحقيقة هناك خصائص أخرى للعقد الإلكتروني، ومنها أن نصوصه وبنوده تكون في الغالب محررة في وثيقة إلكترونية، كما يتم التوقيع عليه بطريق إلكترونية، ويكون الوفاء بالإلتزامات التي يرتبها إلكترونيا في الغالب أيضا.، وهي الخصائص التي سوف تتم دراستها بالتفصيل في الفصل الثاني من هذه المذكرة، المخصص لتنفيذ العقد الإلكتروني وإثباته.

- الفرع الأول:

العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد

يبرم العقد الالكتروني عن بعد عبر تقنيات الاتصال المختلفة[1]

ونقصـــد بالعقود التي تبرم عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد.

ويشهد قطاع الاتصالات عن بعد تطورا مستمراً ومتنوعاً، حيث يمكن إبرام العقد عن بعد بطرق مختلفة منها التلغراف والهاتف والفاكس والإذاعة والانترنيت.

وقد أدى انعقاد العقود الالكترونية عن بعد ومن دون حضور مادي للمتعاقدين إلى تحقيق مزايا متعددة.

1- م2 ف1 القانون الفرنسي الصادر سنة 1986م المتعلق بتنظيم حرية الاتصال، الاتصال عن بعد، 16 الجديدة من تقنين الإستهلاك الفرنسي التعاقد عن بعد بأنه: "...كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين عرفت المادة 121- 25 مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد".

L'article L. 121-16 du code de la consommation stipule que: "les disposition de la présente section s'appliquent à tout vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance."

Ordonnance n° 2001-741 du 23 Août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, JO.,25/08/2001. www.journal-officiel.gouv.fr

Directive n° 97-7 CE du 20mai 1997. P06 26

فبالنسبة للمشاريع التجارية أدى إلى تخفيض النفقات الداخلية، تقليل عدد العمال، إمكان الاتصال بالعملاء في منازلهم والرد على أسئلتهم وتلبية طلباتهم[1].

أما بالنسبة للعملات يوفر التعاقد عن بعد للعميل الوقت والجهد إذ يتمكن دون أن يتحرك من مكانه أن يقوم بالاطلاع على السلع وتوفر مشقة الانتظار والانتقال، وحمل البضائع.

كما يسهم التعاقد الالكتروني في خفض الأسعار بسبب عامل المنافسة الشريفة، وبما أن العقود الالكترونية من العقود المبرمة عن بعد فإنها تتمتع ببعض المسائل القانونية أهمها:

- استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر في التعاقد.
- التحقق من تلاقي الإرادتين أذا تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.
- التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.
- الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.
- التحقق من مكان إبرام العقد.
- اعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.2

أما تبادل التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة.

ويمكن القول هنا أن اعتبار العقد الالكتروني ضـــمن طائفة العقود المبرمة عن بعد، لا يعني أنه دائما تعاقد بين غائبين، كون أن التباعد المكاني لا ينفي إمكانية توفر مجلس العقد، الذي يكون افتراضـــيا في مثل هذه العقود كأن يكون العقد مبرم عبر الانترنيت باستعمال وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة.

1-سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة**، الطبعة الأولى، القاهرة، 2006، ص69-70

2- أسامة أبو الحسن مجاهد، **التعاقد عبر الإنترنت**، دار الكتب القانونية، مصر، الطبعة 2002 ص41-42

- الفرع الثاني:

العقد الالكتروني عقد تجاري

يتســـم العقـــد الالكترونـــي بالطابع التجاري ولذلك يطلق عليه عادة تسمية عقد التجارة الالكترونية[1] E-COMMERCE وهو ما يدور غالبا في عقود البيع أو تقديم الخدمات أو الإجارة أو الوساطة أو السمسرة أو الضمان أو القرض أو سواها من العقود.

ولكن يمكن التساؤل، وتطبيقا للقاعدة العامة في الصفة التجارية للعقد الالكتروني مما إذا كان هذا العقد تجاريا في جميع الأحوال أو بالنسبة للطرفين أو أن يكون مدنيا أو مختلطا.

بالنســـبة لمقدم الخدمة يعتبر هذا العقد تجاري لان مقدم الخدمة ينبغي عليه تحقيق الأرباح عن طريق التوسط بين فئتين من البشر، وهذا هو المعيار الأساسي لوصف العمل بكونه تجاريا.

أما بالنســـبة للعميل، فيختلف الأمر بين أن يكون تاجرا أو غير تاجرا، فإذا كان تاجرا، يكون العقد بالنسبة إليه تجاريا بالتبعية، أما إذا ما لم يكن تاجرا كما لو كان أستاذا أو باحثا أو محاميا مثلا فلا يكون هذا العقد تجاريا بل مدنيا، وبالتالي فإن عقد الدخول إلى الشـــبكة عقداً مختلفاً إذا تم التعاقد بين مقدم الخدمة التاجر والعميل الذي يقوم بعمل مدني [2].

1- تمثل التجارة الإلكترونية واحدة من موضوعي ما يعرف بالإقتصاد الرقمي القائم على حقيقتين، التجارة الإلكترونية وتقنية المعلومات، أ/يونس عرب، التجارة الإلكترونية E-COMMERCE، www.arablaw.org..

Rapport présenté par Mr Francis Lorentz au nom de la mission sur le commerce électronique définit le commerce électronique comme "l'ensemble des échanges électronique liés aux activités commerciales : flux d'information et transactions concernant des produits ou des services. Ainsi appréhendé, il s'étend au relations entre les entreprises, entre les entreprises et les administrations,
entres les entreprises et les particulier et prend appui sur toutes les formes de numérisation possibles; Internet,minitel, téléphone, télévision " www.finances.gouv.fr

2- إلياس ناصيف- **العقود الدولية، العقد الالكتروني في القانون المقارن**، منشورات الحلب الحقوقية، الطبعة الأولى، 2009، ص43

- الفرع الثالث:

العقد الالكتروني عقد مبرم بوسيلة الكترونية.

ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني بل إنها أساس هذا العقد حيث يتم إبرامه عبر شبكة الاتصال الالكترونية، فالعقد الالكتروني لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية ولكنه يختلف فقط من حيث طريقة إبرامه وكونه يتم باستخدام وسائط الكترونية وتلك الوسائط هي التي دفعت إلى اختفاء الكتابة التقليدية على الدعائم الورقية لتحل محلها الكتابة الالكترونية التي تقوم على دعائم الكترونية.

وتجدر الإشارة إلى أن إصلاح شبكة الاتصالات الالكترونية يأخذ مفهوما واسعا في مجال التعاقد الالكتروني، فهو ينطبق على كل نوع من أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب بطريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها.

وينطبق ذلك على الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية كما يشمل أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات المركزية، كما ينطبق كذلك على عروض الإيجاب التي تنقل عبر الأقمار الصناعية والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظرا لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن عرض أهمها فيما يلي:

أولا: التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة:

هناك العديد من الوسائل الحديثة التي ظهرت في فترة زمنية قصيرة نسبيا، والتي تستخدم في إبرام العقود ومنها:

المينيتل MINITEL : يعد جهاز المينيتل من وسائل إبرام العقود، وهو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر الشخصي لكنه صغير الحجم نسبيا، يتكون من شاشة صغيرة ولوحة مفاتيح

تشمل على حروف وأرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر، وهو وسيلة اتصال مرئية ينقل الكتابة على الشاشة دون الصور،ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف[1].

التيلكس: هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها وإرسالها مباشرة ولا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات واستقبالها، إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها.

الفاكس: هو عبارة عن جهاز استنساخ بالهاتف يمكن به نقل الرسائل والمستندات المخطوطة باليد والمطبوعة بكامل محتوياتها نقلا مطابقا لأصلها، فتظهر المستندات والرسائل على جهاز فاكس آخر لدى .. المستقبل، ويلاحظ أنه هناك فارق زمني للرد على المرسل.[2]

الهاتف المرئي: لقد تطور الهاتف العادي وأدخلت عليه تعديلات، فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، الذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص ومشاهدته في نفس الوقت، ويعد هذا الجهاز من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية وانتشارا في العالم المتطور.

وقد كان من المفروض أن يستخدم هذا الجهاز في شبكة الأنترنيت بالنظر لسهولة استخدامه ورخس ثمنه، وتعذر ذلك نظرا لظهور بعض المصاعب التقنية، إلا أن هناك جيل آخر لهذا الجهاز، يفترض أنه سوف يوفر هذه الإمكانية[3].

1- ظهر هذا الجهاز في فرنسا في منتصف الثمانينيات وكان ظهور خدماته نتيجة تعاون بين الهيئة العامة للاتصالات السلكية واللاسلكية التابعة لوزارة البرق والبريد، والهاتف وبين متعهدي الخدمات.لمزيد من التفصيل راجع، أ/محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، الطبعة 2004 .1 ، ص14

2- أحمد خالد العجولي، المرجع السابق، ص50

3- محمد امين الرومي، التعاقد الالكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر الطبعة الاولى2004، ص17

ثانيا: التعاقد عن طريق شبكة الأنترنيت.

تعرف الأنترنيت بأنها: "شبكة هائلة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها بواسطة خطوط الإتصال . عبر العالم"[1].

وقد بدأ استخدام هذه شبكة الأنترنيت في المعاملات التجارية سنة 1992 عندما ظهرت أين كانت هذه المعاملات تجري في بدايتها عن طريق المراسلات عبر البريد ، (World Wide Web) الالكتروني، إلا أ ن الأمر تطور بعد ذلك فأصبح بالإمكان عرض السلع و الخدمات من خلال شبكة المواقع Web[2].

وتجدر الإشارة هنا إلى أنه يجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنيت والتعاقد عبر شبكة الانترانيت فشبكة الانترانيت هي "عبارة عن سلسلة من شبكات ،EXTRANET و الإكسترانيت INTRANET المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، وهذه الشبكات قد تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان، أو تكون شبكات

1- أسامة أبو الحسن مجاهد، **المرجع السابق**، ص ص 5 ،6.

2- ويرمز لها اختصارا WWW وهي أحد فروع شبكة الأنترنيت، لكنها اكتسبت جاذبية خاصة جعلتها تتفوق على شبكة الأنترنيت ذاتها في وقت قصير حتى أصبحت هي الجزء الرئيسي المكون لشبكة الأنترنيت وهذا راجع إلى مميزاتها التي تعتمد على أسلوب الوصف والصور الملونة، وعلى طرق البحث السهلة والسريعة التي تقوم على مجرد الإشارة إلى الموقع المراد الدخول إليه، ، وكانت شبكة الانترنيت قبل ذلك تفتقر للأدوار الترويجية والإعلامية وتسديد مقابل السلع و الخدمات محل العقد المعروضة عليها إلا أنه تم تطوير وسائل فعالة لتسديد قيمة السلع بالاتصال المباشر بالكمبيوتر عبر الشبكة ذاتها، وقد ظهرت أولى المواقع التجارية على شبكة الأنترنيت سنة 1993 ، الا أن تجارة التجزئة لم تبدأ فيها الا في سنة 1996.

واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض بأماكن مختلفة، ويتم الربط بينها وبين شبكة الأنترنيت بواسطة جهاز كمبيوتر أو أكثر، يكون بمثابة المدخل الرئيسي لها على الأنترنيت".

أما شبكة الإكسترانيت وهي "جزء من شبكة الأنترانيت الداخلية الخاصة بالمنشأة أو المشروع ولكن تم إمداده وإتاحة استخدامه لأشخاص خارج المنشأة وفروعها".

ويتم استخدام عدة وسائل في التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنيت أهمها:

الكمبيوتر: هو أوسع الأجهزة انتشارا واستخداما في التعاقد عبر الأنترنيت، ويعرف بأنه: "جهاز إلكتروني يستطيع أن يقوم بأداء العمليات الحسابية والمنطقية طبقا للتعليمات المعطاة بسرعة ودقة كبيرتين، . وله القدرة على التعامل مع كم هائل من البيانات وكذلك تخزينها واسترجاعها عند الحاجة إليها".

لتجهيزات الذكية،: هي عبارة عن أجهزة تحتوي على رقائق تمكن من عملية الدخول على الأنترنيت وتبادل عمليات الإتصال وإرسال واستقبال الإشارات، وهي تنتشر بشكل واسع في الأجهزة المنزلية كالثلاجات الذكية، اذ تستطيع هذه الأخيرة أن تقوم بإصدار أمر شراء المستلزمات الغذائية إلكترونيا عندما ينقص عددها أو وزنها بداخلها، بإرسال أمر الشراء إلكترونيا إلى إحدى .المتاجر الإفتراضية المتواجدة عبر شبكة الانترنيت فتتم العملية دون تدخل بشري[1].

الهاتف المحمول :ظهرت منذ فترة قصيرة نسبيا أجهزة نقالة بإمكانها الدخول على شبكة الإنترنيت وقد أدى استخدام الهواتف النقالة في مجال إبرام العقود والتجارة الإلكترونية

1- ويطلق على هذه المعاملات إسم المعاملات الإلكترونية المؤتمتة ويقصد بها تلك المعاملات التي يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة وسائل أو سجلات إلكترونية، والتي لا تكون فيها هذه الأعمال أو السجلات خاضعة لأية متابعة أو مراجعة من قبل شخص طبيعي كما هو الحال بالنسبة لإنشاء وتنفيذ العقود العادية، بحيث تتم عن طريق برنامج آلي أو نظام الحساب الآلي يسمى بالوسيط الإلكتروني المؤتمت.

عبد الفتاح بيومي الحجازي، **مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية**، الكتاب الثاني، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الإمارات العربية المتحدة، دار الفكر .الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2003 ، ص 88 و89

، WAPوتعرف بخاصـية بصـفة عامة الى ظهور نمط جديد من التجارة عرفت بتجارة الهاتف المحمول او التجارة الخلوية، يرمز لها اختصارا بM-COMMERC[1] .

- الفرع الرابع:

العقد الالكتروني عقد إذعان

إذا كان العقد الالكتروني لا يختلف في مضـــمونه أو تركيبه عن العقد التقليدي إلا أن الأمر يدق بشأن طبيعة هذا العقد

حيث يثار التساؤل بشأنه هل هو عقد مساومة يخض لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف المتعاقدة أم هو عقد إذعان لا يكون للمســتهلك فيه حرية الإرادة والتراضـــي التي تمكنه من التفاوض حول شـروط العقد ولا يكون له إلا الاسـتجابة للشـروط الموضـوعة من الطرف الأخر دون أن يملك مناقشتها أو التعديل فيها أو الاعتراض عليها.

ومن ثمة اختلف الفقه في مســألة العقد الالكتروني وتكييفه أو عدم تكييفه بعقد إذعان، وهناك ثلاث اتجاهات:

فهنـاك من يرى أن العقد الالكتروني عقد إذعـان، وهنـاك من يرى أنـه ليس من عقود الإذعان، فيما ذهب اتجاه ثالث إلى وجوب توفر شروط الإذعان.

أ) **<u>الاتجاه الأول: العقد الالكتروني عقد إذعان:</u>**

يرى بعض الفقه الفرنسي أن العقود المبرمة عبر الانترنيت هي من قبيل عقود الإذعان، إذا كانت الشـــروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر فلا يكون أمام العميل (المشـــتري المحتمل) إلا أن يتقبلها جميعا فينعقد العقد أو لا يقبلها فلا يتعاقد.

ويرى بعض الفقه المصري أن المستهلك لا يملك فرصـة كافية لمعاينة المنتوج أو مواصـفات الخدمة المطلوبة، وبالتالي لا يمكنه التفاوض مع البائع أو المفاوض بحرية لأنها تكون مكلفة

1- المرجع نفسه والصفحة .

بالنسبة إليه، كما قد تكون بعض الشركات المقدمة للخدمة محتكرة للسلعة فلا يكون أمام المستهلك المحتاج إليها سوى القبول.

ب) الاتجاه الثاني: العقد الالكتروني ليس عقد إذعان

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقد الالكتروني هو عقد مساومة، لأنه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان، فالموجب مثلا لا يتمتع بأي احتكار قانوني أو فعلي نظرا إلى عالمية الشبكة وطبيعتها والخدمات المعروضة بواسطتها.

كما أن عنصر المناقضة لا يزال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، فدور المتعاقد الموجب لا يقتصر على مجرد الموافقة على شروط العقد المعدة سلفاً، إذ له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنيت، ويستطيع الانتقال من موقع إلى آخر واختيار ما يشاء وترك ما يشاء[1].

ج) الاتجاه الثالث: وجوب توافر شروط عقد الإذعان:

يذهب فريق ثالث إلى القول أن العقود الالكترونية يمكن أن تكون من عقود الإذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقود الإذعان، فلا يكفي أن تكون سلعة مهمة وضرورية ومحتكرة من جانب المنتج حتى نقول أنها من عقود الإذعان، فلابد من توفر شروط عقد الإذعان مجتمعة.[2]

لذلك لا يمكن أن تعد العقود الكترونية من عقود الإذعان بصفة مطلقة ونحن نؤيد هذا الرأي الذي يتلاءم مع القواعد العامة لأنه لكي يكون عقد إذعان لابد من اشتماله على شروط عقد الإذعان.

1- رباحي أحمد، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة حسيبة بن بوعلي الشلف ، ص96

2- إلياس ناصيف- مرجع سابق- ص46

- **الفرع الخامس:**

العقد الالكتروني عقد عابر للحدود

- ذلك لأن الطابع العالمي لشـــبكة الانترنيت وما يرتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم يسهل العقد بين طرف في دولة وطرف آخر في دولة أخرى.

بل تتعداها لتشـــمل أنحاء العالم، فقد يكون البائع مثلا في فرنســـا والمشـــتري في لبنان والمتوج في كندا.

ويكون العقد الالكتروني عقد دوليا وفقا لأحد المعايرين قانوني واقتصادي.

فبمقتضـــــى المعيار القانون يكون للعقد طابع دولي إذا كان المتعاقدون ينتمون إلى دول مختلفة ويتواجدون في هذه الدول.

وبمقتضـى المعيار الاقتصـادي يكون للعقد طابع دولي إذا تعلق بمصـالح التجارة الدولية عن طريق استيراد السلع والمنتجات والخدمات عبر الحدود.[1]

/ المطلب الثالث:

نطاق العقد الالكتروني وتمييزه عن باقي العقود

- **الفرع الأول: نطاق العقد الالكتروني**

رأينا من خلال تعريف العقد الالكتروني وبيان خصـــائصـــه بأن هذا النوع من التعاقد لم ينشـئ عقود جديدة ولم تحدث نظرية جديدة، بل هو وسـيلة تكنولوجية جديدة لإنشـاء العقود وما دام الأمر كذلك فللمتعاقدين الحرية الكاملة في إبرام كافة العقود بالوســـيلة الالكترونية أم أنهما مقيدان بإبرام أنواع محددة من العقود فقط؟

1- خالد ممدوح ابراهيم- إبرام العقد الالكتروني- دار الفكر الجامعي- الطبعة الأولى-2005- ص44.

أولا: المبدأ في إبرام العقود الالكترونية

هو حرية الأطراف في التعاقد وفي اختيار شـــكل التعبير عن إرادتها وهو الأصـــل الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني الجزائري، فتكون من العقود المبرمة الكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الالكترونية التي لا تخضـــع لأي قيود، إذ يخول لأطرافها إبرام مختلف العقود الرضـائية المسـماة منها وغير المسـماة بالوسـائل الالكترونية، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون.

ثانيا: الاستثناء في إبرام العقود

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها في انعقاد العقد إلى جانب الشروط الموضوعية في تكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشـكل المطلوب غير منتج لأثره القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشـكلية، وهي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة.

- **اشتراط قيام المتعاقد بفعل ما:** ومثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيادة على ركن التراضـي والمحل والسـبب تسـليم الشـيء المادي محل العقد، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسـائل الالكترونية، كون تسـليم الشـيء المادي عبر هذه الوسـائل لا يمكن تصوره[1].

مدى اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد

فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد سواء كانت عرفية أو رسمية، فإن التساؤل يثور في هذا الصـدد حول ما إذا كان من الممكن اسـتيفاء هذه الشـكلية في العقود الالكترونية أي مكتوبة على دعامات الكترونية.

1- علي فيلالي، الإلتزامات، النظرية العامة للعقد، مطبعة الكاهنة، 1997 ، ص56

1-- Loi n° 2000-230, portent adaptation du droit de la preuve aux technologie de l'information et relative à la signature électronique, JO, 14/03/2000,P.2968 . www.journal-officiel.gouv.fr

الواقع أنه بعد تعديل القانون المدني الجزائري ولا سيما المادة 323 منه المقابلة للمادة 1316 من القانون المدني الفرنسي[1]، أصبح تعريف الكتابة يتسع ليشمل بجانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الالكتروني أي تلك المثبتة على دعامة الكترونية.

وعليه فإذا كانت الكتابة المتطلبة لصحة التصرف تكون بالضرورة كتلك المتطلبة كأداة للإثبات، ويصح هذا المفهوم حتى في الحالة التي يشترط فيها القانون أن تكون هذه الكتابة موقعة، ففي هذه الحالة لا يوجد مانع يحول دون الكتابة في الشكل الالكتروني، وان يتخذ التوقيع كذلك الشكل الالكتروني كون المشرع الفرنسي أقر بالتوقيع الالكتروني وجعله مساويا في حجيته التوقيع الخطي، في المادة 1320 الفقرة الرابعة من القانون الفرنسي[2] المقابلة للمادة 327 فقرة 2 من القانون المدني الجزائري.

أما بالنسبة للتعديلات التي طرأت على القانون المدني الجزائري بموجب القانون 05-10 في هذا المجال فلم يتطور بشأنها النقاش بعد نظرً لحداثتها، ونعتقد في هذا الشأن أنه لا يمكن القول بإمكانية إبرام العقود التي تطلب المشرع إخضاعها للكتابة الرسمية في ظل القانون المدني الجزائري الكترونيا، كون هذه الأخيرة تشترط أن يشهد إبرامها الضابط العمومي، وان يوقعها ويختمها بيده.

أما بالنسبة للعقود التي تتطلب الكتابة العرفية، فهي تكاد تنعدم في القانون الجزائري.

وتجدر الإشارة في الأخير إلى أنه إذا اشترط القانون الكتابة الخطية كركن لانعقاد العقد أو تطلب أن تكون بعض البيانات إلزامية، يجب أن يتضمنها العقد مكتوبة بخط اليد، وان يكون التوقيع بخط اليد، فالكتابة في هذه الحالة لا يمكن أن تكون الكترونية، ولا يمكن بالتالي إبرام العقد بالوسيلة الالكترونية.[3]

2- محمد حسن قاسم- **التعاقد عن بعد- قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع الإشارة لقواعد القانون الأوروبي**- دار الجامعة الجديدة للنشر- الإسكندرية، مصر، 2005، ص ص 103،104.

3- مرجع نفسه – ص107.

- الفرع الثاني:

تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود

إن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الالكتروني تمثل أهم وجهة لخصوصيته كما يتضح أنه ينتمي إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد مع العلم أنه لا يشكل نوعاً جديدا من العقود تضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانونا، كما لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموما والواردة في القوانين المدنية، ومع ذلك فإن التعاقد الالكتروني يعد مميزا عن الصورة التقليدية للتعاقد وبالتالي يمكن إنجاز أهم الخصائص التي يتميز بها وذلك على النحو التالي:

أولا: تمييز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي

إذا كان العقد الالكتروني يتفق مع العقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن الثاني يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد في المواجهة، وهو ما يقتضي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد، ولا يتحقق ذلك في التعاقد الالكتروني، فمن المفترض أساسا وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين، بل يفصل بينهما مئات أو آلاف الأميال ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الالكتروني يجعل من طبيعة خاصة.[1]

أما من حيث الوفاء حيث حلت وسائل الدفع الالكترونية، في التعاقد الالكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الالكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه المعاملات.

[1]- خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني، دراسة مقارنة**- دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، طبعة 2006، ص67.

وتتضمن وسائل الدفع الالكترونية المستخدمة في التجارة الالكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية، والأوراق التجارية الالكترونية، والنقود الالكترونية، والتي تتمثل في نوعين هما النقود الرقمية، والمحفظة الالكترونية، بالإضافة إلى الوسائط الالكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا مثل الذهب الالكتروني، والشيك الالكتروني، وتتم عملية تحويل الأموال الكترونيا بين أطراف العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك والتي تسمى مشروع بوليرو Boléro Project.

ونتيجة ظهور طرق الدفع الالكترونية، ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الالكترونية مثل خدمات التوكيل الالكتروني، وخدمة الصراف الآلي، وخدمة نقاط البيع، وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من المنزل أو المكتب. والتي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف الذكي المزود بشاشة، وخدمات المقاصة الالكترونية.[1]

ثانيا: تمييز العقد الالكتروني عن العقود المبرمة عن بعد

01: التعاقد الالكتروني والتعاقد التقليدي:

إن التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف الاعتيادي يدخل ضمن التعبير عن الإرادة باللفظ حيث يعبر كل من الموجب والقابل عن إرادتهما بالكلام دون أن يكون بينهما وسيط يبلغ الكلام للطرف الآخر، و إن التعاقد عن طريق الهاتف هو دائما تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ما لم تفصل مدة من الزمن بين صدور القبول ولعم الموجب به، لأن كلا الطرفين المتعاقدين يسمع كلام الآخر في نفس اللحظة التي فيها الكلام أي يتحقق التزامن والتعاصر في تبادل التعابير الإرادية بين الأطراف المتعاقدة، ومن هذه الناحية يشبه التعاقد عن طريق الهاتف مع التعاقد عبر خدمات شبكة الانترنيت وخصوصا خدمة التخاطب في فضاء الانترنيت حيث يتم تبادل التعابير الإرادية في الزمن الحقيقي وهي خدمة يتحقق من خلالها التواصل والتزامن في تبادل التعابير الإرادية.

---

[1]- المرجع نفسه، ص ص 55، 56.

ويختلف الالكتروني عن التعاقد بواسطة الهاتف في كون شبكة الانترنيت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط وإنما في نفس الوقت الصورة والحركة والكتابة أيضا بشكل آني وتفاعلي، بل يمكن من خلالها إرسال ملفات النصوص والصور، ومن ناحية أخرى الهاتف يعد وسيلة للاتصال والتفاهم بين الطرفين أو ثلاثة أطراف فقط في حين التعاقد الالكتروني قد يكون متاحا لعدد غير محدود ولا يشترط فيه التزامن في وجود الأشخاص على طرفي الاتصال.[1]

02: التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التلفاز.

إذا كان التعاقد الالكتروني والتعاقد عن طريق التلفزيون يتشابهان في أن الرسالة المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء إذ تتم بالصوت والصورة، إلا أن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، والجوهري في هذا الإعلام أنه وقتي يزول سريعا، للحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة عن طريق الهاتف أو المينيتيل أما الإعلام في التعاقد الالكتروني فيظل قائما خلال أربعة وعشرين ساعة ويكون الاستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح صفحات الموقع على الانترنيت.

كما أنه في التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتلفون أو المنيتيل، أما العقد الالكتروني فإن التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الالكتروني للبيانات أو عن طريق البريد الالكتروني، أو بالضغط على عبارة الموافقة عن طريق لوحة مفاتيح الكمبيوتر الخاص بالعميل أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الالكتروني عن القبول.

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث ينتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون، فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل وذلك على عكس العقد الالكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين، وصفة التفاعلية هذه تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد،

---

[1]– آمانج رحيم أحمد– التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنيت– دار وائل للنشر، طبعة 2006،ص76–77

كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، وتسمح كذلك بالوفاء الالكتروني عبر الشبكة عن طريق وسائل الدفع الالكتروني.[1]

03: التعاقد عن طريق الفاكس والتلكس

أوضحت الفقرة 1 من المادة 2 من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية أن الفاكس يعتبر أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات.

ويعتبر الفاكس من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد وهو جهاز نقل المستندات والصورة ويطلق عليه الاستنساخ عن بعد ويمكن أن ينعقد العقد عبره، فعلى المتعاقد أن يدون رغبته في التعاقد في رسالة مكتوبة ثم يرسلها بالفاكس فتصل الرسالة مستنسخة طبقا لأصلها.

المبحث الثاني

انعقاد العقد الإلكتروني

بما أن العقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت لا تختلف في جوهرها عن العقود التقليدية، فإنها لا تخرج عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام العقد عموما وإن كانت هذه العقود في بعض جوانبها تحتاج إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها، فما ينبغي تناوله هو بعض أوجه الخصوصية التي يتعين على لأطراف أخذها بعين الاعتبار عند إبرام مثل هذه العقود، هذا ما نريد تبيانه في هذا المبحث بالتالي يكون تقسيمه كالتالي:

[1]– خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص68–69

- **المطلب الأول : التراضي في عقد التجاري الإلكتروني**
- **المطلب الثاني: المحل و السبب في عقد التجاري الإلكتروني**
- **المطلب الثالث: زمان ومكان إبرام عقد التجاري الإلكتروني**

/ المطلب الأول :

التراضي في عقد التجاري الإلكتروني

يشترط القانون لقيام العقد وجود التراضي وتوافق إرادتا المتعاقدين على إحداث الأثر القانوني المقصود من العقد، فالإرادة باعتبارها مكونة للرضا ليس لها أية قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها بفعل خارجي ظاهر.

فالعقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد

- الفرع الأول:

الإيجاب الالكتروني

الإيجاب بصورة عامة هو تعبير عن الإرادة الصادر، عن أحد المتعاقدين والموجه إلى الطرف الآخر، يقصد إحداث أثر قانوني.

وعرفت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع للإيجاب بأنه أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجبا إلى شخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كافي تبين منه اتجاه قصد الموجب الالتزام به في حالة القبول.[1]

وقد تطرقت بعض التشريعات العربية إلى مفهوم الإيجاب في العقود الالكترونية، حيث تنص المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000، المتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية على أنه:" يجري على العقود الالكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفهومها القانوني، وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون"[2]

وانطلاقا من التعريفات السابقة يتبين أن الإيجاب في العقد الالكتروني هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن البعد، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات ويشترط في التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنيت لكي يعتبر إيجابا الكترونيا ينعقد به العقد إذا اقترن به قبول مطابق توافر شروط وهي:

أولا: أن يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد حين يستطيع من يوجه له الإيجاب أن يقبل مباشرة التعاقد أي أن يكون الإيجاب كاملا ومحددا تحديدا كافيا.

ثانيا: أن يكون الإيجاب جازما وباتا وذلك بأن تتوفر في الموجب النية القاطعة لإحداث الأثر القانوني (إبرام العقد) وهذا ما يميز الإيجاب والمراحل التي تسبقه كالمفاوضات.

ثالثا: أما فيما يخص شكل الإيجاب فيستحسن أن يتم بشكل مكتوب يسمح بحفظ الشروط التعاقدية الواردة فيه واسترجاعها عند الضرورة، مع الإشارة إلى أن نظام المعلومات يعتمد اعتمادا على اللغة الانجليزية التي عادة ما توضع بها برامج المعلوماتية، ولكن هذا لا يمنع التعامل بأية لغة أخرى فيتم التوافق عليها.

---

[1]– محمود عبد الرحيم الشريفات– **التراضي في تكوين العقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 2009، ص129

[2]– إلياس ناصيف– مرجع سابق– ص79

رابعا: يجب أن يتضـمن الإيجاب الالكتروني وصـفا دقيقا واضـحا للمنتج أو الخدمة، وذلك بتحديد الاسم والكمية والنوع، وان يكون مقرونا بصور.

وكذا يجب أن يتضـمن الإيجاب الالكتروني بيان الثمن والعملة التي يدفع بها، وبيان إذا كان الثمن يشمل أو لا يشمل النفقات والرسوم الجمركية والضرائب وعنوان الإيفاء وغالبا ما يكون ثمن الإيفاء باستخدام وسائل الإيفاء الالكترونية، كبطاقة الاعتماد مثلا.

وللإيجاب الالكتروني قوة ملزمة بالنسـبة للموجب الذي يلتزم أن يحدد في إيجابه مدة معينة يكون ملزما على الإبقاء على إيجابه، وإذا لم يحدد هذه المدة فيأخذ بالمدة المعقولة ليتمكن العميل من العلم بالإيجاب والإجابة عليه، وهذا ما ذهب إليه المشـرع الجزائري في أحكام المادة 60 من القانون المدني الجزائري على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشـارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع مجالا لأي شـك في دلالته على مقصود صاحبه.

- الفرع الثاني:

القبول الالكتروني:

إن القبول هو الإرادة الثانية في العقد التي تظهر بصـورة جازمة باتة معبرة عن موقف الطرف الآخر الذي وجه إليه الإيجاب، فالعقد لا يتم إلا باكتمال عقد الرضـا، والرضـا لا يتم إلا باتفاق إرادتين، فالقبول كالإيجاب يجب أن يكون مرتبطا بوجود الإرادة واتجاهها إلى إحداث أثر قانوني، ويكون القبول كالإيجاب صريحا أو ضمنيا.

وعرفت المادة 18 الفقرة الأولى من اتفاقية فيينا من سنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع المنقولة، القبول على الوجه الآتي: "يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر عن المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"[1]

يجب أن يكون القبول حرا، بمعنى أن يكون للموجه إليه الإيجاب أن يقبله أو أن يرفضه، بدون أن يلتزم بعرض سبب رفضه، وبالتالي فلا يجوز أن يكون الموجه إليه الإيجاب مكرهاً على القبول، ويشترط أن يكون القبول مطابقا للإيجاب في جميع المسائل التي تناولها، كما يشترط القبول بإيجاب قائم.

وفيما يتعلق بالقبول الالكتروني يتم التعبير عنه عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة وهو لا يختلف عن القبول التقليدي إلا في أنه يتم بهذه التقنيات وما تتميز به من قواعد.

فمن الناحية العملية يتم القبول في العقد الالكتروني بمجرد الضغط على الزر المبين على شاشة جهاز الكمبيوتر تحت بند "قبلت" ... ومع ذلك فقد يشترط الموجب في إيجابه وبغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم عن طريق النقر مرتين "double clic" على الأيقونة المخصصة للقبول، والموجودة على الشاشة.[2]

وقد يتخذ الموجب بعض الإجراءات اللاحقة لصدور القبول كالإجابة على بعض الأسئلة التي توجه إلى القابل مثل تحديد محل إقامته الذي يتعين إرسال المنتج إليه، أو كتابة بعض البيانات التي تظهر على الشاشة كالرقم ونوع بطاقته الائتمانية وقد يكون ضمنيا كأن يقوم من وجه إليه الإيجاب بتنفيذ العقد الذي اقترح الموجب إبرامه كالدفع مثلا عن طريق بطاقة الائتمان أو إعطاء الموجب رقم البطاقة السري، دون أن يعلن صراحة قبوله فيتم العقد وفقا لهذا القبول الضمني.

<u>أولا: السكوت كطريقة للتعبير عن القبول الالكتروني</u>

1- إلياس ناصيف- مرجع سابق- ص92

2- Pierre Bresse Guide Juridique De L'internet Et Du Commerce Electronique, Op, P189

ذا كان الســـكوت وفقا للقواعد العامة لا يصـــلح تعبيرا لقبول الإيجاب، فإنه على العكس قد يصلح أن يكون قبولا في عدة حالات.[1]

كما يعد السكوت قبولا إذا اتفق أطراف التعاقد أثناء المفاوضات صراحة على اعتبار سكوت الموجه إليه الإيجاب قبولا في ظروف معينة، مثال ذلك أن يتفق الأطراف على اعتبار السكوت قبولا إذا مضت مدة معينة دون رد، أو كانت التعاملات تقتضي ذلك أو العرف، أو كان الإيجاب لمنفعة الموجه إليه كما لو كان هناك تبرع، أو كان هناك تعامل ســـابق بين المتعاقدين وهذه الحالة تصـادفنا كثيرا في التعاقد عبر الانترنيت ومثالها إعتياد الزبون شـراء السـلع من أحد المتاجر الافتراضـية سـواء عن طريق صـفحات الـــ WEB أو عبر البريد الالكتروني وهذا ما ذهب إليه المشرع الجزائري في المادة 68 من القانون المدني التي تنص على أنه "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصـريحا بالقبول ومع ذلك لم نجد في أي من التشـريعات العربية أو الأجنبية المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أي نص يشـير إلى اعتبار السـكوت وسـيلة يعتد بها للتعبير عن القبول: واسـتخلاص القبول يعد مسـألة موضـوعية تدخل في نطاق السـلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك لرقابة المحكمة.

ثانيا: العدول عن القبول الالكتروني

بموجب القوة الملزمة للعقد فإن أي كان من طرفيه لا يســـتطيع أن يرجع عنه ،فمن ثم إلتقاء الإيجاب بالقبول و قام العقد فإن تنفيذه يصبح ملزما و لا رجعة فيه.

و لكن نظرا لأن المستهلك في العقد الإلكتروني ليس لديه الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة و الإلمام بخصـــائص الخدمة قبل إبرام العقد ، فإنه يتمتع بحق العدول و هو ما يعد مخالفا

1- عبد الرزاق السنهوري- الوسيط في شرح القانون المدني الجزء الأول ، نظرية الإلتزام بوجه عام – مصادر الإلتزام ، دار إحياء التراث العربي، بيروت ،لبنان ص 280.

لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون و لذلك فإن هذا الحكم المخالف لتلك القاعدة يجب النص عليه صراحة إما في اتفاق الطرفين أو في القانون[1].

فيما ذهبت إليه العديد من التشريعات كالقانون الفرنسية والأمريكي والإنجليزي بأحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر.

فالقانون الفرنسي أعطى الحق للمشتري في إعادة المنتج خلال مدة 07 أيام كاملة تبدأ من تاريخ تسلمه سواء لاستبداله أو لاسترداد ثمنه.

كما نص القانون الأمريكي فقد حدد مدة 30 يوما لإتمام العقد أو إرجاع البضاعة.

1- القانون المدني الجزائري المادة 68 منه التي تنص على أنه "إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول. " قضية رقم 154760 بين (ب.م) و (ق.م زوجة ق.ع)، قرار مؤرخ في 1996/04/17، عدد 1، ص90، 100، 101-102.

قرار المحكمة العليا: إذا كان القانون يخول للقاضي سلطة إصدار حكم قضائي يقوم مقام العقد في حالة ما إذا كان الطرف الأخر نكل عن تنفيذ الوعد، فإنه اشترط توافر الشروط الشكلية في الوعد بالبيع، ومتى ثبت في قضية الحال انعدام وجود عقد رسمي لبيع الفيلا، ورفض البائع التوجه أمام الموثق لتوثيق البيع العرفي، فليس أمام المطعون ضدها إلا المطالبة بالتعويض كأثر قانوني لعدم تنفيذ التزام قانوني لا تتوافر فيه الشكلية القانونية، وان استجابة القضاة لمطلبها واصدار حكم يقوم مقام العقد العرفي، يكونوا قد أساؤوا تطبيق القانون وهي اجتهادات المحكمة العليا.

أما القانون التونسي نص على إمكانية المستهلك العدول عن الشراء خلال مدة 8 أيام.[1]

- الفرع الثالث

صحة التراضي في عقود التجارة الإلكترونية

لا يكفي أن يكون التراضي موجودا بل يجب أن يكون صحيحا وهو كذلك طالما كان صادرا من ذي أهلية ولم تكن إرادة أحد المتعاقدين معيبة كأن يشوبها غلط أو تدليس وهي المؤكد من حدوثها في العقد التجاري الإلكتروني.

أولا- الأهلية: يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لكسب الحقوق ، و تحمل الالتزامات، ومباشرة التصرفات القانونية.و قد نظم المشرع الجزائري أحكام الأهلية من القانون المدني.

باعتبار العقد الإلكتروني يتم عن بعد دون حضور مادي للأطراف المتعاقدة، و بالتالي يصعب على كل من المتعاقدين ، التأكد من شخصية المتعاقد الآخر و خصوصا أهليته ، كما أن عددا كبيرا من مستخدمي الانترنت هم المراهقين و صغار السن، فقد يستخدم الشخص ناقص الأهلية البطاقة المصرفية لأحد والديه في التعاقد مع متجر إلكتروني ، فهنا تثور مشكلة حول إبرام هذا العقد ،فبعض التشريعات والفقه تطرق إلى حل هذه المسألة .

اعتمد المشرع الأمريكي على جهة التصديق الإلكتروني التي تعتبر طرف ثالثا محايد في العملية التعاقدية، حيث يسند إليها مهمة ضمان صحة التعاقد عن طريق تحديد هوية الأطراف المسجلة لديه، وتوثيق أهليتهما القانونية من خلال إصدار شهادة موثقة. ونفس النهج الذي اعتمد عليه المشرع الجزائري ، من خلال إصدار جملة من المراسيم التنفيذية التي تنظم جهة التصديق و التوقيع الإلكتروني، وهذا ما سوف نتطرق

1-خالد ممدوح- مرجع سابق- ص ص272 ،275.

إليه لاحقا في الفصل الثاني.و لحل مشكلة أهلية المتعاقدين يمكن اللجوء إلى ما يسمى بسلطات الإشهار ، وهي عبارة عن طرف ثالث محايد تنظم العلاقة بين الأطراف على الخط ، فتقوم بتحديد هوية الطرفين و أهليتهما القانونية عن طريق إصدار شهادات تثبت حقائق معينة متعلقة بالتعاقد الذي يجري عبر الانترنت .[1]

يرى جانب من الفقه الفرنسي أنه يجب التوسع في الأخذ بنظرية الظاهر، بحيث إذا استخدم القاصر البطاقة الائتمانية لأحد والديه و استخدمها في إبرام عقد مع تاجر ، فيجوز للتاجر متى كان حسن النية أن يتمسك بأن هذا القاصر باستخدامهم هذه البطاقة قد ظهر بمظهر صاحبها ، و بالتالي فإنه من مصلحة الآباء الحفاظ على بطاقاتهم المصرفية و مراقبة أبنائهم القصر.

ثانيا: عيوب الإرادة في العقد التجاري الإلكتروني :

و تتمثل عيوب الإرادة التي حصرتها التشريعات المدنية في أربعة عيوب كالإكراه و الغلط و الاستغلال و التدليس .

وفي هذا الشأن يرى البعض أن عيوب الإرادة في عقد التجارة الإلكترونية لا تخرج من كونها أمثلة تقليدية تستوعبها القواعد العامة:

1-**الغلط :**

يعرف الغلط بأنه وهم يقوم في ذهن الشخص يجعله يتصور الواقع في خلاف حقيقة. وهو يؤدي إلى بطلان العقد إذا انصب على ماهيته، أو على شرط من شروط الانعقاد أو على محل العقد.

[1]: بلقاسم حامدي، **إبرم العقد الإلكتروني**، أطروحة دكتوراه، جامعة الحاج لخضر باتنة، كلية الحقوق و العلوم السياسية، قسم الحقوق، 2015/2014 ، ص 55

و يشـترط في الغلط الذي يصـيب الرضـا أن يبلغ الحد الذي يصـير معه هو الدافع إلى التعاقد، و يكون الغلط جوهريا إذا كان في صـفة جوهرية في الشـيء، أو في شـخص المتعاقد، كما يشترط اتصال المتعاقد الآخر بالغلط.[1]

و الغلط الذي نقصـده في التعاقد الإلكتروني هو الغلط الذي لا يؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيبها فقط ، و يخرج عن نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة كالغلط المانع و الغلط المادي ، وقد يثور التسـاؤل بشـأن الغلط في إبلاغ الرسـالة إلكترونية أو في الإعلان عبر شـبكة الانترنت – كأن يعرض التاجر في إعلانه أنه يبيع سـيارات من نوع معين بمبلغ 1000000 دج للسيارة الواحدة و لكن يقع تحريف في الرسـالة الإلكترونية فيظهر الإعلان على موقع الانترنت مبلغ 100000دج ،وإن كان يبدو هذا الغلط ماديا و بالتالي لا يكون له أي دور في تكوين الإرادة إذ طرأ بعد تكوينها و إنما يلزم تصحيحه، ولكن في حقيقة الأمر أن هذا الغلط المادي رتب غلطا آخر طرأ بعد تكوين الإرادة و هو وجود تحريف في نقل الإرادة و في هذه الحالة لا ينعقد العقد لعدم تطابق الإرادتين، إلا أن ذلك لا يمنع الموجب من الرجوع على مقدم الخدمة الانترنت بالتعويض لأن الغلط أو التحريف في نقل الإرادة راجع إلى خطأ منه أو لعيب في أجهزة الربط التي يستخدمها.2

1-التدليس:

هو اسـتعمال طرق احتيالية بقصـد إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد، و طرق التدليس و الغش في العقود الإلكترونية كثيرة و متنوعة و ذلك بسبب أن المستهلك لا يمكنه معاينة الشـيء المبيع كما ليس له خيار الرؤية أيضـا، ومن أهم أشـكال التدليس اسـتعمال العلامات التجارية لشـخص آخر،بحيث يعتمد على نشـر المعلومات و البيانات

[1]– لزهر بن السعيد ،**النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية**،دار هومة ،الطبعة الأولى 2012، الجزائر ، ص ص 99

[2]– الزهرة صولي ،**النظام القانوني للعقد الإلكتروني** ، مذكرة الماجيستير، جامعة محمد خيضر بسكرة ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،قسم الحقوق ،2007 – 2008 ، ص 62

الغير الصحيحة على الموقع وعن السلع والخدمات بقصد الترويج عنها، بالإضافة إلى إنشاء مواقع وهمية (1)، و يمكن الحد من ظاهرة الغش و التدليس عن طريق تنشيط دور الجهات التي تتعقب المواقع التجارية عبر الانترنت للتحري عن جديتها و مصداقيتها في التعامل، حيث ترسل رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة إذا تبين لها عدم مصداقية الموقع أو أنه وهمي أو غير مسجل لدى المنظمة العالمية للملكية الفكرية،أو غير مقيد لدى إحدى الشركات المكلفة بالتسجيل.(2)

2- الاستغلال :

أساسه أن نفسية المتعاقد قد شابها عيب أدى إلى إخلال الفادح بين ما أعطى وما تلقى ، والعيب النفسي قد يكون لقلة الخبرة ، أو الطيش البين ،أو الولع الشديد بالشيء، أو الحاجة الماسة إليه ، وينتهز الطرف الآخر حالة الضعف التي انتابت المتعاقد الآخر فيحصل منه على أداء مبالغ فيه.

و في مجال التعاملات الإلكترونية فإن أصحاب الخبرة يستغلون الأشخاص العاديين ، وهذا ما جعل مختلف التشريعات العالمية المنظمة للتجارة الإلكترونية تهتم بشكل كبير بحماية المستهلك وهو الطرف الضعيف في العلاقة. [1]

3-الإكراه:

يعرف الإكراه بأنه إجبار الشخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه، و يكون ماديا أو معنويا، أو هو التعاقد تحت سلطان رهبة تولدت نتيجة تهديد بخطر ، و يشترط في الإكراه الاعتبار عيب يشوب الرضا أن يتم تحت سلطان بعثت في نفس المتعاقد الآخر دون وجه حق، و أن تكون هذه الرهبة قد بعثت في نفس المتعاقد الآخر، أو على الأقل يكون المتعاقد الآخر عالما بها كما يشترط أن نكون هذه الرهبة هي الدافعة إلى التعاقد.

1- محمود عبد الرحيم الشريفات، **التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنت**، دار الثقافة للنشر و التوزيع،الطبعة الثانية 2011، الأردن، ص 213

و الإكراه بهذا المفهوم يصـعب تصـوره في مجال عقود التجارة الإلكترونية لأنه غالبا مـا يتم عرض المنتجـات على الانترنـت، كمـا أن العقد يتم بين طرفين في مكـانيين متباعدين، و مجلس العقد الذي يجمعهما هو مجلس حكمي و ليس حقيقي.[1]

/ المطلب الثاني:

المحل والسبب في العقد الالكتروني.

إضافة إلى ركن التراضي، يستلزم انعقاد العقد الالكتروني توافر ركني المحل والسبب، وسنحاول من خلال هذه الركن، تسليط الضوء على هذين الركنين، بتقسيمه عنوانين اثنين، نخصص الأول لركن المحل، ونتناول ركن السبب في المقام الثاني.

- **الفرع أول: ركن المحل في العقد الإلكتروني :**

محل الالتزام هو الشيء الذي يلتزم به المدين القيام به، ويشترط في محل العقد بصفة عامة، انو يكون موجودا أو ممكن الوجود، معينا أو قابلا للتعيين، وان يكون مشروعا، ويخضع المحل في العقود الالكترونية لنفس هذه الشروط.[2]

وقد نظم المشرع الجزائري ركن المحل في المواد من 92 إلى 95 من القانون المدني، حيث أجاز التعامل في الأشياء المستقبلية، بشرط أن تكون محققة الوجود، وليست من قبيل التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة، واشترط أن يكون المحل موجودا أو قبلا للوجود، وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، ولكي يكون محل العقد الالكتروني معينا أو قابلا للتعيين، يجب أن يتم وصف المنتج أو الخدمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة بصورة دقيقة وشاملة، مع تجنب الإعلانات الخادعة أو المضللة[3].أما عن مشروعية محل العقد الالكتروني فكثيراً ما تستغل

---

[1] –الزهرة صولى، المرجع السابق، ص 61

2– عبد الرزاق احمد السنهوري، المرجع السابق، ص408

3– سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد بوسائل الإتصال السريع ، مع التركيز على البيع بواسطة التلفزيون ، منشورات جامعة الكويت سنة 1997 ، ص176.

وسائل الاتصال الالكترونية، وخاصة الانترنيت في ممارسة التجارة غير المشروعة كالمخدرات ونشر الصور الإباحية، وارتكاب الجرائم المالية، وهذه التصرفات وغيرها تكون باطلة بقوة القانون، لكونها مخالفة للنظام العام والآداب العامة، وعليه لابد أن يكون محل العقد الالكتروني متفقا مع القوانين القائمة، والنظام والآداب العامة السائدة في الدولة، غير أن الطابع الدولي الغالب على العقود الالكترونية يجعل تحقيق ذلك صعبا، لذلك ألقي على عاتق المتعاقدين الالتزام المشترك بالحفاظ على ضوابط معينة، بحيث تبدو هذه العقود جميعها مشتركة في وظيفة واحدة، وهي الحفاظ على المشروعية، وحماية المعلومات الشخصية، واحترام القوانين، وكذا الالتزام بآداب السلوك، إلا أنه توجد قوانين في بعض الدول تحظر ممارسة بعض التصرفات، بنما تبيحها دول أخرى، وفي هذه الحالة يقوم الأفراد بالتوجه إلى مقدمي الخدمات المحظورة في الدول الأخرى التي تسمح قوانينها بممارستها، كما أن مقدم الخدمة الذي يرى أن قوانين دولته تحظر مباشرته لنوع معين من النشاط، لن يكون أمامه سوى تقديم هذه الخدمة أو المنتج من خلال دولة أخرى تسمح قوانينها بذلك، وليس هذا إلا تحايلا على القوانين الوطنية[1].

وقد تصدى المشرع الجزائري لهذه الحالة، في نص المادة 24 من القانون المدني، التي قضت بما يلي:" لا يجوز تطبيق القانون الأجنبي بموجب النصوص السابقة إذا كان مخالفا للنظام العام والآداب العامة في الجزائر، أو ثبت له الاختصاص بواسطة الغش نحو القانون ...".

1- المرجع نفسه، ص178.

الفرع ثاني:

ركن السبب في العقد الإلكتروني

السبب هو الغرض المباشر الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء التزامه[1]، ويشترط أن يكون السبب كركن من الأركان المكون للعقد بصفة عامة – والعقد الالكتروني بصفة خاصة– ، مشروعا وغير مخالف للنظام العام والآداب العامة، وهو ما قضت به المادة 97 من القانون المدني الجزائري، حيث نصت على:" إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع، أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلاً"، غير أن المشعر الجزائري لم يشترط أن يكون السبب مذكورا في العقد، وقد تم تفصيل ذلك في نص المادة 98، التي قضت بما يلي:" كل التزام مفترض أن له سببا مشروعا ما لم يقم الدليل على غير ذلك، فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه"

أما العقود المبرمة عبر تقنيات الاتصال الحديثة، والتي قد تتضمن مثلا، أفعالا خادشة للحياء، فإنها تكون باطلة لكون السبب غير مشروع، غير أن مفهوم الآداب العامة يتطور من زمن لآخر، ويختلف من دولة لأخرى، وعليه فإن ما يعتبر مناقضا للآداب العامة في دولة، قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وبالتالي فإن السبب كركن من أركان العقد، لا يثير أي إشكال في العقود المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة، وتبقى النظرية العامة كافية لتنظيمه في إطار التعاقد الالكتروني[2].

1– عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص451

2– سمير حامد عبد العزيز الجمال، المرجع السابق، ص184

- الفرع الثالث:

ركن الشكلية في العقد الإلكتروني

الأصل في العقود هي الرضائية، أي كفاية مجرد الرضا لقيام العقد وفي ذلك تنص المادة 59 من القانون المدني الجزائري (يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونية).

العقد الشكلي هو ذلك العقد الذي لا يتم بمجرد تراضي المتعاقدين، بل يجب لإتمامه زيادة على ذلك، إتباع شكل خاص يعينه القانون، وأكثر ما يكون هذا الشكل ورقة رسمية يدون فيها العقد[1]، والأصل العام أن العقود تكون رضائية، لان الأطراف لهم الحرية في اختيار شكل معين لإبرام العقد، أي يكفي تطابق الإيجاب مع القبول لانعقاد العقود بصفة عامة، وهو ما ينطبق على العقد الالكتروني، غير أن القانون قد يتطلب شكل محدد، كأن يشترط أن يكون العقد مكتوبا، وتكون الكتابة في هذه الحالة، ليست لإثبات العقد وإنما لانعقاده.

وفي إطار التعاقد الالكتروني، يثور التساؤل حول إمكانية استيفاء الشكلية بنفس الطريقة التي تتم بها في العقد التقليدي، وهل يمكن استيفاؤها بدعائم ومحررات الكترونية؟.

لقد انقسمت التشريعات الدولية حول إمكانية إبرام العقود التي تتطلب الشكلية بطريقة الكترونية، حيث يذهب الاتجاه الأول للقول بأن الشكلية في إبرام العقود، لا يمكن أن تستبدل بالكتابة الالكترونية أو التوقيع

الالكتروني وهو ما ذهب إليه المشرع الفرنسي في القانون رقم 2000-230، وذهب اتجاه ثاني، إلى أن الكتابة في صورتها الحديثة، أي الكتابة الالكترونية لم تعد مقتصرة على الكتابة كركن في التصرف أو شرط لصحته، وهو مأخذ به المشرع المصري في نص المادة 15 م قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 لسنة 2004، التي قضت بما يلي:" للكتابة الالكترونية

1- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص163

والمحررات الالكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في القانون ..."

طبقا لهذا النص، نرى أن المشرع المصري فرض مبدأ عام في الشكلية الالكترونية، وهو إمكانية استيفاء الشكلية التي يقررها القانون لإبرام العقد أو لترتيب آثاره، عن طريق المحررات والمستندات الالكترونية، وهو ما أخذت به تشريعات أخرى، غير أن البعض من هذه التشريعات، استبعدت بعض التصرفات التي لا يمكن أن تكون في شكل عقود الكترونية، وهذا نظرا لأهميتها، وتتمحور أهم هذه التصرفات المستثناة من مبدأ إمكانية إبرام التصرفات عبر الوسائل الالكترونية للاتصال، تلك التصرفات الخاصة بالأحوال الشخصية كالزواج والهبة والوصية والتصرفات الواردة على العقار أو الحقوق العينية العقارية.[1]

أما المشرع الجزائري فلا يزال بعيدا كل البعد عن المتغيرات الحديثة وما تزال القوانين على حالها خاصة التعديل الأخير للقانون المدني القانون رقم 10/05 المؤرخ في 20 جوان 2005 حيث تطرق عرضيا لمسألة الإثبات بالكتابة في المادة 323 مكرر 1 وبالتالي نستنتج أن المشرع الجزائري أبقى على القواعد الخاصة المتعلقة بالشكلية بالطرق التقليدية وبالتالي استبعاد الشكلية التي تقوم على الوسائل الالكترونية الحديثة.

1- جبار جميلة، **الصعوبات القانونية التي يثيرها العقد الالكتروني**، مطبوعة الملتقى الوطني الأول للقانون وقضاء الساعة، ص53.

/ المطلب الثالث

زمان و مكان انعقاد العقد الإلكتروني

يترتب على تحديد المكان تحديد القانون واجب التطبيق و المحكمة المختصـــة لنظر في النزاع، أما بالنســـبة لتحديد زمان التعاقد، حيث تنتقل الملكية و المخاطر التي تتعرض لها البضــاعة محل العقد إلى المشــتري، كما يبدأ العقد بترتيب آثار من لحظة انعقاده، بحيث لا يعود بوســع الموجب أن يتراجع عن العرض بعد قبوله، و يبدأ ويبدأ من هذه اللحظة حســاب مدة التقادم.

لا تثور مشكلة في تحديد زمان و مكان انعقاد العقد عندما يكون المتعاقدان حاضـرين، حيث لا يوجد فاصــل زمني بين قبول القابل و صــدور القبول، فالقابل يصــدر القبول فورا و ينعقد العقد من هذه اللحظة. ولكن عند الحديث عن العقود الإلكترونية و عدم وجود حضـور مادي بين أطراف العقد يثور تساؤل عن زمان و مكان انعقاد العقد.

- الفرع الأول

زمان إنعقاد العقد الإلكتروني

المقصــود بزمان العقد هو فترة أو مدة الانشــغال بالتعاقد، لوجود فاصــل زمني بين التقاء الإيجاب والقبول، لاعتبار التعاقد يتم بين غائبين، ومن المعروف أن العقد ينعقد في اللحظة التي يقترن فيها، قبول أحد الطرفين بالإيجاب المعروض عليه من الطرف الأخر وهذه القاعدة تسري بالنسبة لجميع صور التعاقد، سواء كان ذلك بين حاضـرين أم بين غائبين، غير أنه في العقود بين حاضـرين اللذين يجمعهما مجلس واحد، لا يثير إشـكالات كون أن لحظة تعبير القابل عن إ ا ردته بالقبول، هي ذاتها لحظة تلقها من الموجب وينعقد بعد ذلك

العقد، فالصعوبة كيف ما كانت تظهر في التعاقد بين غائبين أين لا يجمعهما مجلس عقد واحد تفترق بذلك لحظة التعبير عن الإ رادة عن لحظة تلقيها .ولما كانت عقود التجارة الإلكترونية، تنتمي إلى طائفة العقود التي تتم عن بعد –التعاقد بين غائبين.

فقد أعاد من جديد لهذه المسألة أهميتها في نظرية العقد، خصوصا أن هذه العقود تعتمد على وسائل الاتصال الحديثة لإبرام العقود، وبالتالي يكون هناك فاصل زمني في تعبير طرفي العقد، عن إرادتيهما مما ينتج عنه صعوبة تحديد زمان وصول الإيجاب والقبول.

تكمن صعوبة تحديد زمان إبرام عق ود التجارة الإلكترونية في نتيجة صعوبة تحديد وقت تطابق الإيجاب بالقبول، الذي يمكن أن يكون عند دخول الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، نظام الحاسوب الخاص بالمرسل للإيجاب، كما يمكن أن يكون عندما يصل القبول نظام الحاسوب الخاص بالموجب وسجلها الحاسوب، وفي الأخير قد يكون عندما يصل القبول، لنظام المعلومات الخاص بالموجب ويقوم بالإطلاع عليها ومعالجتها وتفسيرها.

من هنا تثور أهمية تحديد زمان انعقاد عق ود التجارة الإلكترونية على ضوء النظريات التي قيلت بهذا الشأن، وكذا موقف التشريعات التي نظمت التجارة الإلكترونية من هذه النظريات.

أ- **نظرية إعلان القبول:**

وفقا لأصحاب هذه النظرية تنعقد عقود التجارة الإلكترونية، في اللحظة التي يعلن فيها الموجه إليه الإيجاب عن قبوله، حيث تتوافق الإرادتان و به يتحقق وجود العقد وبغض النظر عن علم الموجب بالقبول، أو عدم علمه ويمتنع على الموجب من وقت إعلان القبول أن يعدل عن إيجابه .

يميز بعض الفقه، بين ما إذا كان إعلان القبول الإلكتروني من خلال البريد الإلكتروني، حيث ينعقد العقد بمجرد تحرير القابل للرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول دون قيامه، بالضغط على زر الإرسال أو في الوقت الذي يعلن فيه القبول على شاشة حاسوبه،

سواء بكتابة عبارة معينة تدل على القبول، أو بالنقر على الإيقونة المخصصة للقبول على هذه الشاشة. [1]

ويحتفظ بها في جهاز الحاسوب الخاص به دون تصديرها، وذلك بالنقر على زر التوقف الموجود أعلى صفحة البريد الإلكتروني وعلى رغم ما تحضى به هذه النظرية من محاسن في مجال إبرام العقود التي تتم بصفة سريعة، وهو ما يتفق مع عقود التجارة الإلكترونية التي تقوم على السرعة، في المعاملات تلبية لمتطلبات الحياة التجارية، يعاتب عليها في أنها تتناقض ومنطق التوافق بين الإرادتين الذي هو قوام العقد، فالتعبير عن الإ رادة لا ينتج أثره إلا إذا علم به من وجه إليه، وبالتالي لا يكون للقبول أثر قانوني إلا من لحظة اتصاله بعلم الموجب، ويضاف إلى ذلك صعوبة إثبات صدور القبول من القابل ، إذا ما قام بإنكاره دون أن يتمكن الموجب من الحصول على دليل لإثبات ذلك القبول الموجود بين يدي القابل.

ب – نظرية تصدير القبول:

لا تكتفي هذه النظرية بإعلان القبول، بل تشترط أن يكون القبول نهائيا لا رجوع فيه بخروجه فعلا، من حوزة القابل الذي يتعذر عليه استرداده، وهي اللحظة التي يرسل فيها القابل قبوله سواء عن طريق إرسال رسالته الإلكترونية المتضمنة قبوله، عن طريق البريد الإلكتروني أو عن طريق إرسال موافقته، سواء بكتابة عبارة القبول أو بالضغط على إيقونة القبول، وبعد ذلك لا يستطيع القابل استرجاعها ودخولها في سيطرة الوسيط الإلكتروني لمقدم خدمة الإنترنت، ولا يشترط وصول الرسالة إلى صندوق البريد الإلكتروني الموجود في موقع .الموجب على شبكة الإنترنت لا تختلف هذه النظرية عن سابقتها – إعلان القبول – سوى أنها تضيف واقعة مادية وهي واقعة تصدير القبول، الذي يمكن اعتباره دليلا على أن القبول قد صار نهائيا لا رجعة فيه، لكن القول بذلك يجب عدم أخذه على إطلاقه، لأن هذه

[1] خالد ممدوح أبراهيم، المرجع السابق،362

النظرية لا تزيد أي مفعول قانوني جديد للقبول، في عقد التجارة الإلكترونية طالما أن للقابل إمكانية استرداد رسالته التي تتضمن قبوله قبل أن تصل إلى الموجب.[1]

ج – نظرية وصول القبول :

يذهب أنصـــار هذه النظرية إلى أن وقت انعقاد العقد هو وقت وصـــول الرســـالة المتضـمنة القبول إلى الموجب ، و المقصـود بالوصـول هنا السـيطرة الفعلية للموجب على الرسـالة المتضـمنة للقبول بحيث تكون تحت تصـرفه ، فالقبول هنا السـيطرة الفعلية للموجب على الرســالة المتضــمنة للقبول بحيث تكون تصــرفه ، فالقبول بوصــوله إلى مكان الموجب يصــبح نهائيا لا يســتطيع القابل اســترداده، ومن ثم يعتبر العقد قد انعقد وذلك ســواء أكان الموجب قد يعلم فعلا بالقبول أم لم يعلم به .

د – نظرية العلم بالقبول

يرى أصـحاب هذه النظرية أن العقد ينعقد في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول فعلا، ويتحقق ذلك في عقود التجارة الإلكترونية، باسترجاع الموجب للمعلومات الموجودة في رســالة البيانات، التي أرســلها القابل إليه، حيث يقوم بفتح بريده الإلكتروني والإطلاع على رســالة القابل، كون أن الأمر يتعلق بالتعبير عن الإرادة التي لا ينتج أثرها إلا إذا اتصــل القبول بعلم من وجه إليه .ولما كان العلم الفعلي بالقبول من جانب الموجب، واقعة مادية محضــة يصــعب معها في الغالب إثباتها، وبالتالي يعتبر وصــول رســالة القبول إلى البريد الإلكتروني الخاص بالموجب قرينة على علمه بالقبول، ولكنها قرينة بســيطة قابلة لإثبات العكس بكافة طرق الإثبات المتاحة في القانون.

هـ –نظرية تأكيد وصول القبول:

بالإضـافة إلى النظريات الأربعة سـابق ذكرها، فإن هناك نظرية خامسـة ظهرت مع ظهور نظام التعاقد الإلكتروني، وهي نظرية تأكيد وصـول القبول، فبموجب هذه النظرية فإن لحظة انعقاد العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول، من قبل من وجه إليه الإيجاب بعد تمكينه من مراجعة قبوله، وعرض الموجب وتصـــحيح الأخطاء المحتملة، وإذا كان القبول

[1] المرجع نفسه ، ص 363

مجردا من تأكيد الواجب تصـديره لصـاحب العرض، فإنه لا يترتب عليه أثر بشـأن انعقاد العقد.[1]

- **الفرع الثاني:**

مكان انعقاد العقد الإلكتروني

إن لموضع تحديد مكان انعقاد العقد في البيئة الإلكترونية أهمية خاصة نظرا لتعلق المسألة بطبيعة الوســـط الإلكتروني من جهة وبالصـــفة الدولية الغالبة على التعاملات التجارية الإلكترونية من جهة أخرى، مما يترتب على ذلك من آثار قانونية بالغة الأهمية كمعرفة المحكمة المختصـة مكانيا في حالة وجود أي نزاع عن العقد والقانون الواجب التطبيق في حالة التنازع الدولي بين القوانين ويثير تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني صـعوبة خاصـة نتيجة صـعوبة تحديد مكان إرسـال واستقبال الرسـالة لأنها تتم عبر فضـاء الكتروني بالتالي يثور التسـاؤل حول مكان انعقاد العقد هل هو مكان إقامة المستهلك، أم المكان الذي استلم فيه الموجب القبول أو مكان نظام معالجة المعلومات؟

ومن أجل احتواء هذه الصـعوبات ظهرت نظريتان في تحديد مكان انعقاد العقد الإلكتروني نتعرض إليهما فيما يلي:

1/ نظرية محل إقامة الموجب

تقوم هذه النظرية على أن مكان انعقاد العقد الإلكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول، لأنه هو المكان الذي ينعقد فيه العقد، حيث تربط هذه النظرية بين زمان انعقاد العقد ومكانه، ونظرا لكون مجلس العقد الإلكتروني هو مجلس افتراضـي، فقد واجه أصـحاب هذه

1 فاتح بهلولي، **النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري**، أطروحة دكتورة، جامعة مولود معمري– تيزوزو ، كلية الحقوق و العلوم السياسية ، قسم الحقوق، الجزائر 2017 ص 187

النظرية عقبة في تحديد المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، هل هو مكان تسجيل موقع الواب؟ أو مكان تواجد مقدم خدمة الإنترنت؟ أو مكان إقامة الموجب؟.[1]

يعاب على هذه النظرية، لأنها تؤدي إلى حرمان المستهلك – وهو الطرف الضعيف في العقود الاستهلاكية الإلكترونية – من الحصول على حقوقه، لأنه إن أ راد رفع دعوى فإن عليه أن يرفعها في محل إقامة المهني، وبالتالي لا يتمتع بالحماية القانونية التي يوفرها له قانونه الوطني الخاص بحماية المستهلكين

2-نظرية محل إقامة القابل

تقوم هذه النظرية على أن مكان إبرام العقد الإلكتروني، هو مكان إقامة القابل بغض النظر عن مكان الموجب، وهذه النظرية ذات أهمية في التطبيق لما توفره من حماية للمستهلك، باعتباره طرفا ضعيفا في العلاقة العقدية، وقد سيطرت هذه النظرية على العديد من القوانين المدنية التي أخذت بها كقانون الالتزامات الكندي والسويسري والإنجليزي وكذا القانون المدني السوري والمغربي والتونسي.

تعرضت هذه النظرية للنقد على أساس أنها تخل بمبدأ المساواة بين طرفي العقد بمحاباة المستهلك على حساب المورد، وما من شأنه تعرضه لمخاطر خضوعه لقانون غير قانون دولته، وملاحقته كمستهلك في دولة ومحكمة غير دولته ومحكمته الطبيعية.

رغم هذا الانتقاد، نرى من جانبنا أن هذه النظرية تتفق مع متطلبات التجارة الإلكترونية إذ أن أغلب العقود، التي تبرم عن طريق الإنترنت تتم بين طرفين أحدهما مورد، يتخذ في الغالب صورة شركات تجارية ضخمة، والثاني مستهلك – الطرف الضعيف – الذي يحتاج إلى حماية، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها، باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الإلكتروني، الذي يعتبر مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية. [2]

---

[1] – المرجع نفسه، ص 97

[2] خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق ، ص 374

خلص أصحاب هذه النظرية إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني، هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه –الموجب، وفي حالة وجود أكثر من مقر عمل للموجب، فالعبرة إما بالمركز الرئيسي للموجب أو بمقر العمل الأكثر اتصالا بمحل العقد وموضوعه، وفي حالة عدم وجود مقر عمل أصلا للموجب، فالعبرة بمحل إقامته العادي أو المعتاد، هذا ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك، حيث يجوز تحديد مكان آخر بالاتفاق بينهما على أنه مكان ابرام العقد الإلكتروني الذي ينعقد بينهما.