وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
Ministère De L'enseignement Supérieur Et De La Recherche Scientifique

UNIVERSITE Abdelhamid Ibn Badis MOSTAGANEM

جامعة عبد الحميد بن باديس مستغانم

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون العام

المرجع:

مذكرة نهاية الدراسة لنيل شهادة الماستر

العقد الالكتروني في التشريع الجزائري

ميدان الحقوق والعلوم السياسية

الشعبة: حقوق

التخصص: القانون الاداري

من اعداد الطالبة:
حرشاوي الحاجة إكرام

تحت اشراف الاستاذ:
حيدرة محمد

أعضاء لجنة المناقشة:

الاستاذ(ة) بن عوالي علي	رئيسا
الاستاذ(ة) حيدرة محمد	مشرفا مقررا
الاستاذ(ة) بن قارة مصطفى عائشة	مناقشا

السنة الجامعية:2022/2021
نوقشت يوم: 13-07-2021

بِسۡمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحۡمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ

(سورة المائدة، من الآية الأولى)

شكـــر وعـــرفـــان

الحمد الله سبحانه وتعالى له عظيم الشكر والحمد بنعمته أتممت هذا العمل واعترافا بالفضل والجميل

أتوجه بخالص الشكر وعميق التقدير والامتنان

إلى الأستاذ المشرف الفاضل ذو الأخلاق النبيلة الدكتور: " **حيدرة محمد**" لقبوله لإشراف هذا

البحث وتقديم النصائح والإرشادات.

كما اشكر توأم روحي وقدوتي ورفيقي في الحياة ومعلمي في مدرسة الحياة

أبي الغالي الذي دفعني الى طريق العلم .

والى جنتي وسندي ومرشدتي والبسمة والأمل الذي

يدعمني في حياتي أمي العزيزة.

إهـــــــــداء

أهدي عملي الى نعم الرجل وذو الأخلاق الفاضلة أستاذي الفاضل

السيد الدكتور: {حيدرة محمد}

الى أكثر الناس صدقا في حبهم لي وجنتي ورحمتي وقدوتي والداي الغاليان

الى أمي الثانية وأول امرأة رعتني بحنانها جدتي رحمها الله

أتمنى ان يكون صدقة جارية لها الى يوم الدين

،

المقدمة

إن القانون هو ظاهرة اجتماعية لا يتصور إلا في المجتمع، لأن هدف القانون هو تنظيم العلاقات والوقائع الناشئة عن تعايش أكثر من شخص في مجتمع ما، فالقانون لم يوجد إلا لتنظيم العلاقات الاجتماعية بين أفراد المجتمع وبالتالي فيجب عليه أن ينظم هده العلاقات بتطورها الحديث، أي انه يتطور بتطور المجتمع، فلا يجوز أن يحدث تطورا في أي ميدان من الميادين ويبقى القانون بعيدا عنه وإلا حدت انفصال بين القانون والمجتمع وأصبح القانون تراثا ثقافيا قديما.

وقد شهدت البشرية تطورا كبيرا في وسائل الاتصال وتقنياته جعلت السلوك الإنساني يتغير من مختلف الجوانب الاقتصادية والثقافية والاجتماعية والقانونية أيضا، ولذلك فإن القانون أصبح في حاجة الى ملاحقة هذه التطورات الحديثة ليصبح قادرا على ضبط العلاقات الاجتماعية بشكلها الحديث والمتطور.

وساعد التطور المستمر لوسائل نقل المعلومات وتقنيات الاتصال على إيجاد روابط أكثر سرعة وأقل كلفة بين الأفراد في شتى بقاع العالم، وأثرت تأثيرا كبيرا في العلاقات الاجتماعية وأدت الى زيادة حجم هذه العلاقات كما أدت الى نمو علاقات جديدة لم تكن موجودة من قبل، بل وأدت الى أن تأخذ هذه العلاقات أشكالا حديثة، وكان طبيعيا في هذه البيئة التقنية أن يستخدم الإنسان هذه الوسائل المطورة في نقل إراداته والتعبير عنها.

فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على التليفون ثم الفاكس والتلكس ظهرت الانترنيت وأصبحت الوسيلة المثلى في الاتصال ونقل المعلومات وتقديمها، ويرجع ذلك للتقدم العلمي الهائل وشبكات الاتصالات الرقمية وبفضل هذه الشبكات أصبح العالم قرية صغيرة أو كما تسمى قرية واحدة الكترونية électronique globale village.

حيت تعرف الانترنيت على أنها مجموعة من شبكات الكمبيوتر المتصلة مع بعضها البعض بواسطة الخطوط الهاتفية أو كابلات الألياف الضوئية، وقد تم بدأ العمل بالانترنيت في

1969/1/2 بشبكة لا مركزية حيث كونت وزارة الدفاع الأمريكية فريقا بحثيا من العلماء بمشروع بحثي كان موضوعه هو تشبيك الحسابات لضمان استمرارية الاتصالات في حالة حدوث هجوم نووي وكان هذا المشروع البحثي هو تمرة التقدم العلمي العالمي في مجال الاتصالات وتبادل المعلومات.

وشاعت الانترنيت ولم تعد حكرا على الأجهزة العسكرية بل تطورت لتشمل الجامعات الأمريكية مما أدى بالحكومة الأمريكية الى إنشاء شبكة الانترنيت بصفة رسمية، وعلى إثر هذا امتدت الشبكة خارج حدود الولايات المتحدة الأمريكية لتدخل في حدود مختلف دول العالم،نتيجة الانفتاحية والعالمية التي تنفرد بها شبكة الانترنيت على باقي وسائل الاتصال الأخرى.

وأثرت الانترنيت في حياة كثير من الأفراد في المجتمع وأصبح التعامل معها هو أمر من أمور الحياة اليومية، بحيث اذا حدث عطل في الاتصال بهذه الشبكة حدث عطل لجانب كبير من حياة الأفراد،ولقد أترث شبكة الانترنيت تأثيرا كبيرا في العلاقات الاجتماعية،وأدت الى ظهور علاقات وطيدة بين أفراد لم يلتقوا في الواقع إطلاقا ومن الممكن ألا يلتقوا إطلاقا.

وقد ساعد التطور لوسائل نقل المعلومات وتقنيات الاتصال على إيجاد روابط أكتر سرعة وأقل تكلفة بين الأفراد في شتى بقاع العالم،وكان من البديهي أن يستخدمها الإنسان في التعبير عن إرادته ونقلها، وهذا الذي ادى الى ظهور طائفة جديدة تسمى بالعقود الالكترونية نسبة الى الوسائل اللمتطورة والتكنولوجية التي استخدمت لإبرامها.

فالتعاقد عبر الانترنت أصبح من الأمور المنتشرة في المجتمع خاصة لسهولة وسرعة هذه الطريقة من طرق التعاقد والتي لا تقتضي سوى الدخول الى الموقع على الشبكة أو القيام بإرسال رسالة إلكترونية، وذلك دون أن يتحرك من مكانه من المنزل أو بالعمل.

ولا يختلف العقد الإلكتروني عن العقود العادية في أركانه وشروطه وأسسه بل يختلفان فقط في طريقة الإبرام حيث يعتبر العقد الإلكتروني هو انتقال التعاقد من المحرر الورقي والتوقيع العادي إلى المحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني.

وتظهر أهمية دراسة هذا الموضوع في كون العقد الإلكتروني يتمتع بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية،كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات الاتصال العلمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، مما أدى الى تزايد الاهتمام الدولي والوطني عليه نظرا لدوره في حياة الأفراد والدول.

أما بالنسبة الى المناهج المعتمدة ارتأينا الى اتباع المنهج الوصفي الذي يعتمد على معلومات وحقائق تخص الموضوع ووضعها في قالب محكم ومكتمل، وذلك من خلال وصف ظاهرة التعاقد عبر الأنترنيت، والذي بدأ بفرض نفسه بقوة على فقهاء القانون في ظل التطورات والمستجدات الراهنة، في محاولة منا الوصول الى بعض النتائج ومعالجة بعض المشاكل التي قد يثيرها هذا التعاقد.

وبما أن المنهج الوصفي لا يجوز الاعتماد عليه فقط بل يجب بالاضافة اليه الاستعانة بأحد المناهج العلمية الأخرى، لذا أخدنا بالمنهج التحليلي وذلك من خلال تتبع النصوص القانونية وتحليلها للوصول الى أهم النتائج، واعتمدنا على المنهج المقارن الذي يعتمد أساسا على المقارنة بين القانون الجزائري والقوانين الأخرى.

ولمعالجة هذا الموضوع أطرح الإشكالية التالية:

"ما مدى توافق الأحكام العامة التي تنظم العقد في مراحل إبرامه وتنفيذه وإثباته مع الخصوصية الإلكترونية لها ؟".

وللإجابة عليها قسمت البحث الى فصلين حيت تطرقت في الفصل الأول الى مضمون العقد الإلكتروني، والذي قسمته الى مبحثين:

* خصصت المبحث الأول الى ماهية العقد الإلكتروني حيت يتناول تعريف العقد الإلكتروني والطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني وخصائصه.

* والمبحث الثاني يتناول محتوى العقد الإلكتروني من أركان العقد الالكتروني وأنواعه وصور التعاقد الالكتروني.

ثم تناولنا في الفصل الثاني ابرام العقد الالكتروني والعدول عنه فتطرقنا في المبحث الاول الى ابرام العقد الالكتروني فتناولنا مرحلة التفاوض في العقد الالكتروني، ومرحلة التعاقد الالكتروني، وكيف يتم اتبات العقد الالكتروني، أما المبحث الثاني فتكلمنا فيه عن العدول عن العقد الالكتروني من خلال تحديد مفهوم العدول وكيفية ممارسته وما هي الآثار المترتبة عنه.

وختمنا هذه الدراسة بجملة من النتائج نراها كفيلة بإرساء دعائم النظام القانوني للتعاقد الإلكتروني وحاولنا وضع خلاصة بحثنا بين أيدي المهتمين بالموضوع والقائمين على أمر التشريع لتطوير النظام التشريعي الجزائري لتفادي ما يعتريه من نقائص.

الفصل الأول

مضمون العقد الالكتروني

يحتل النظام القانوني للعقد الالكتروني مكانا متميزا ومهما في مختلف الانظمة التشريعية، فهو يعبر عن أهم التصرفات القانونية في تعاملات الافراد اليومية.

فالعقد الالكتروني يعتبر من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت مع التطور التكنولوجي نتيجة استخدام وسائل الاتصال الحديثة بحيث أحدثت ضجة كبيرة على المستوى الدولي والداخلي، والتي أثرت مجادلات فقهية وقانونية،نظرا لما يتسم به من خصوصية لم تشهد لها مثيل من الناحية العملية وخاصة الطابع المادي والافتراضي الذي تتميز به البيئة الالكترونية، مما أسفر العديد من التحديات والمسائل القانونية لتحديد الاطار القانوني الذي يتكون به العقد الالكتروني.

ولمعرفة مضمون العقد الالكتروني من خلال تحديد مفهومه الفقهي والتشريعي وفي الجزائر والقوانين الدولية، وتحديد طبيعته وخصائصه وهذا ما خصصناه للمبحث الاول،وأما المبحث الثاني فخصصناه لمحتوى العقد الالكتروني من أركانه وأنواع العقود الالكترونية وطرق ابرام العقود الالكترونية.

المبحث الاول
ماهية العقد الالكتروني

العقد الإلكتروني مفهوم تقني دخل مجال القانون، وهو من أهم نواتج الثورة المعلوماتية التي نجمت عن الاندماج بين التطور في مجال المعلوماتية والتطور في مجال تقنيات الاتصال عن بعد.

يعتبر تحديد مفهوم العقد الإلكتروني أمرا مهما من الناحية القانونية، يساعد على فهم الإشكاليات القانونية التي يطرحها العقد الإلكتروني في مرحلة الإبرام والتنفيذ والإثبات.

وعليه سنتطرق إلى تعريف العقد الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم إلى طبيعته القانونية (المطلب الثاني)، ثم إلى خصائصه (المطلب الثالث).

المطلب الاول

مفهوم العقد الالكتروني

نظرا لحداثة التعامل بالعقد الإلكتروني، فإنه لم يحض بتعريف موحد له، حيث أثار الكثير من الجدل، واختلفت فيه وجهات النظر ولعل مردّ هذا الاختلاف تنوع العقود التي تبرم بوسائل الاتصال وتقنياته، وتشعب مجالاتها، واختلاف وجهات النظر اليه.

ويعرف العقد بأنه اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما، وهو التعريف الذي بإمكانه الانطباق على العقد الإلكتروني؛ إذ أنه لا يختلف عن العقد العادي، إلا من حيث إنه يبرم بوسيلة إلكترونية تربط بين أطراف العقد.

وعليه، سنتطرق إلى التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني (الفرع الأول)، ونعرف العقد الإلكتروني تشريعيا(الفرع الثاني)، وبعدها نعرف العقد الإلكتروني في القانون الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الاول

التعريف الفقهي للعقد الالكتروني

وضع الفقه القانوني عدة تعاريف للعقد الإلكتروني، تضمنت أغلبها الاعتبارات الأساسية لتعريف أي عقد، مع مراعاة خصوصية هذا العقد، كونه يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية الأنترنيت، وعليه انقسم الفقه في تعريفهم للعقود الإلكترونية إلى قسمين: قسم اعتمد في تعريفه على وسيلة إبرامه، وقسم عرفه على أساس أنه من العقود المبرمة عن بعد.

أولا- تعريف العقد الالكتروني حسب وسيلة ابرامه:

عرفه جانب من الفقه على أنه"العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم ابرامه عن طريق الانترنيت".[1]

[1]- محمد السعيد بوخليفي قويدر، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية، مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة بسكرة، سنة 2016/2015، ص09.

نلاحظ في هذا التعريف أنه إقتصر في وسائل التعاقد على الانترنيت فقط دون التطرق الى وسائل اخرى كالتيلكس والفاكس والبيجر والميناتيل.

وعندما كان العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت يتميز بأنه يتم في الغالب على المستوى الدولي عرفه جانب من الفقه على أنه "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصا شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائط باتمام العقد".[1]

تم التركيز في هذا التعريف على صفة الدولية فيه، غير أن هذا التعريف لا يعبر بدقة عن العقد الالكتروني كون أن شبكة الاتصال الدولية لا تعرف الحدود الجغرافية،إذ من الممكن إبرام عقد الكتروني بين شخصين عن طريق شبكة دولية وهما في دولة واحدة، فليس كل عقد الكتروني عقدا دوليا بالضرورة، ومن جانب آخر إن الشبكة الدولية ليست الوسيلة الوحيدة لابرام العقد الالكتروني فهناك وسائل أخرى تستعمل لذلك.

وعرفه جانب آخر بأنه"هو التعامل الذي يشمل على أنواع ثلاثة ومختلفة من الصفقات وهي تقديم خدمات الانترنيت والتسليم الالكتروني للخدمات أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية واستخدام الانترنيت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل الكتروني". [2] نلاحظ في هذا التعريف أنه اقتصر أيضا على الانترنيت كوسيلة للتعاقد الالكتروني دون ذكر الوسائل الاخرى وأظهر الشكل أو الهيئة التي تتم بها المبادلات التجارية كونها تأتي في شكل معلومات مرقمة.

---

[1]– عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، منشورة، جامعة تيزي وزو، سنة 2014، ص 18.

[2]– ماجد محمد سليمان ابا خليل، العقد الالكتروني، مكتبة الرشد ناشرون، المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الاولى، 2009، ص 18.

وعرف أيضا بأنه : "العقد الالكتروني هو ذلك العقد الذي يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وأن هذا العقد له العديد من الصور، يأتي في مقدمتها التعاقدات التي تتم باستخدام الكمبيوتر".

هذا التعريف وسع من نطاق العقد الالكتروني، ولم يقصره فقط على التعاقد عبر الانترنيت، وان كان قد أقر أن التعاقد عبر الانترنيت هو أهم صور العقد الالكتروني.[1]

ومن اهم والتعريفات التي جاءت على العقد الالكتروني أنه"العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية كليا أو جزئيا، وتتمثل الوسيلة الالكترونية في كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية، أو أي وسيلة أخرى مشابهة صالحة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين".[2]

اختير هذا التعريف كونه جامعا وشاملا لكل وسائل الاتصال وذلك لما تحمله التكنولوجيا من تطورات مستقبلية وهذا ما يتفق مع قانون المعاملات الالكترونية الاردني.

ثانيا- تعريف العقد الالكتروني باعتباره من العقود المبرمة عن بعد:

ركز أصحاب هذا الاتجاه في تعريفهم للعقد الالكتروني على الخصوصية التي ينفرد بها العقد الالكتروني وتتمثل في أنه ينتمي الى العقود المبرمة عن بعد،وهذا الاتجاه بدوره اختلفت فيه التعاريف للعقد الالكتروني.

حيث عرفه الفقه الامريكي بأنه"هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونية، وتنشأ التزامات تعاقدية".

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، طبعة 2008، ص 18.

[2]- ماجد محمد أبا خليل، المرجع السابق، ص 19.

وعرفه الفقه اللاتيني بأنه :" اتفاق يتلاقى فيه الايجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجي والقابل".[1]

وعرفته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وكذلك البرلمان والمجلس الاوروبي بأن العقد عن بعد هو"كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات، أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد، نضمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد ، تقنية أو أكتر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيده".[2]

الفرع الثاني

التعريف التشريعي للعقد الالكتروني

اذا كانت تلك هي ابرز المحاولات الفقهية لتعريف العقد الالكتروني، فإن التشريعات الدولية والفرنسية والعربية قد حاولت بدورها وضع تعريف لهذا العقد.

أولا- تعريف العقد الالكتروني في المواثيق الدولية وتوجيهات الاتحاد الاوروبي:

نقتصر في هذه النقطة على التطرق إلى التعريف الذي جاء به القانون النموذجي للامم المتحدة حول التجارة الالكترونية، كونه أهم وثيقة دولية في هذا المجال تم التعريف الذي جاءت به المواثيق الاوروبية.

[1]-جحيط حبيبة، جعودي مريم، النظام القانوني للعقد الالكتروني، دراسة مقارنة، رسالة ماستر، جامعة بجاية، سنة 2013، ص 11.

[2]- ماجد محمد ابا الخليل، المرجع السابق، ص 16.

1- التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية:

ان أهم التشريعات وأسبقها في التعريفات هو القانون النموذجي المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة المسمات(uncitral أو cnudci) [1] حول التجارة الالكترونية.

لم يتضمن هذا القانون تعريف مصطلح العقد الالكتروني بالرغم من استخدام هذا المصطلح في العديد من مداولات لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، إلا أنه اعتبر مصطلح التعاقد الدولي كإشارة الى تكوين العقد الالكتروني عن طريق رسائل البيانات، حيث وضع تعريفا للعقد الالكتروني من خلال تعريف الوسائل التي يتم من خلالها ابرامه، وذلك ما نصت عليه المادة الثانية من هذا القانون [2] في فقرته الأولى على أنه:"يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك، على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أوالتيلكس، أو النسخ البرقي".

ونصت الفقرة الثانية من نفس المادة تعريف تبادل البيانات الالكترونية(l'échange de données informatisées) حيث نصت على ما يلي:" يراد بمصطلح تبادل البيانات الالكترونية: نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب الى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات."[3]

---

[1]- صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، وتم اقراره بناءا 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 من أجل الإطلاع على القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية وملاحقه المفسرة له.

[2] يقصد باللجنة لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي

[3] قرار رقم 162-51 المتضمن قانون الاونسيترال بشأن التجارة الالكترونية للأمم المتحدة

من خلال هذه المادة، نلاحظ أنه عرف رسالة البيانات بأنها كل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرساله أو استلامها أو تخزينها بوسيلة إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، ثم أعطى أمثلة عن الوسائل التي يمكن استخدامها في نقل المعلومات ومثال ذلك:

* نقل المعطيات من كمبيوتر الى كمبيوتر آخر وفقا لنظام عرض موحد.

* نقل الرسائل الالكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية.

* النقل للنصوص باستخدام الانترنيت، أو تقنيات أخرى كالتيلكس أو الفاكس.

في حين أنه عندما عرف تبادل المعلومات، فإنه قصر تبادل المعلومات على وسيلة واحدة تتمثل في الحاسوب لإتمام التعاقد، بالرغم من أن هناك وسائل أخرى يتم بها تبادل المعلومات وإتمام التعاقد مثل جهازي التيلكس والفاكس.

ونصت المادة 11 من هذا القانون على أنه:" في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض...".

بينت هذه المادة أنه يمكن استخدام رسالة البيانات في التعبير عن الايجاب أو القبول، وان العقد لا يفقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد ان الايجاب أو القبول أو أحدهما تم بواسطة رسالة بيانات.

ومن خلال المادتين يتضح لنا:

– أن قانون الأونسيترال لم يعرف العقد الالكتروني بطريقة مباشرة وصريحة، لكنه عرف الوسائل المستخدمة في ابرامه.

– توسع في تعداد وسائل ابرام هذا العقد، فالانترنيت حسبه ليست الوسيلة الوحيدة في ابرام العقد الالكتروني كما فعل بعض الفقهاء أثناء تعريفهم له.

– كما أنه تبين من هذا القانون أن العقد يمكن أن يوصف بأنه الكتروني بمجرد استعمال وسائل اتصال في الايجاب أو القبول.

وينبغي أن نشير الى أن قانون الاونسيترال لا يعد قانونا ملزما للدول، كما لا يعد نظاما تشريعيا للمعاملات الالكترونية، وانما هو مجرد وسيلة تقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة من القواعد المقبولة دوليا بهدف إزالة عدد من العقبات القانونية، وتساعد على تهيئة بيئة قانونية أكتر أمانا للمعاملات الالكترونية، كما يساعد القانون النموذجي على تدارك وتجاوز مواطن القصور في التشريعات الداخلية وتذليل العقبات التي تظهر من جراء شيوع استعمال تقنيات الاتصال العصرية في التفاوض على العقود وابرامها، ولذلك فان نصوصه غير ملزمة بل كان الهدف الرئيسي من وضعها توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالتجارة الالكترونية.[1]

2- التعريف الوارد في المواثيق الاوروبية:

تكريسا للمبادئ التي وضعها قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية أصدر البرلمان الاوروبي التوجيه رقم 97-07 في 1997/05/20 الخاص بحماية المستهلك في العقود عن بعد، وقد تضمن هذا التوجيه تعريفا للعقد الالكتروني من خلال تعريف العقد عن بعد في المادة الثانية منه، التي تنص على أنه:"العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى اتمام التعاقد".[2]

[1]– وقد بين الدليل التشريعي لقانون الأونيسترال أن الهدف من إعداد هذا القانون لم يكن الزام الدولة به، بل وضع منهج تتبعه عن سن قوانينها الداخلية.

[2]– التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20-05-97 الجريدة الرسمية ليوم 1997/06/04 عدد رقم 144، ص 119.

من خلال هذا النص نستنتج أن التوجيه الاوروبي لم يعرف العقد الالكتروني، بل اكتفى بتعريف التعاقد عن بعد، فالتعاقد عن بعد هو كل عقد مبرم بواسطة وسيلة اتصال حديثة بما فيها شبكة الانترنيت، ولأن هذا العقد يتم بوسيلة أو أكتر من وسائل الاتصال الحديثة، فقد عرف هذا التوجيه وسائل الاتصال بأنها :"أية وسيلة تستخدم في التعاقد ما بين المورد والمستهلك بدون التواجد المادي والمتزامن لهما وذلك حتى اتمام التعاقد بين الأطراف".

ويتضح من خلال نصوص التوجيه الاوروبي رقم 97-07 أن كل عقد تم بوسيلة اتصال حديثة هو عقد عن بعد، مما يعني أن العقد الالكتروني الذي يتم بوسائل الاتصال الحديثة هو عقد عن بعد.

ووفقا لأحكام هذا التوجيه، كان على دول الاعضاء في الاتحاد الاوروبي اصدار التشريعات اللازمة أو موائمة تشريعاتها القائمة بما يتفق ومقتضياته، بموجب المادة 15 منه التي ألزمت الدول أعضاء الاتحاد بموائمة تشريعاتها لمقتضى التوجيه خلال مدة أقصاها ثلاث سنوات من تاريخ دخوله حيز النفاذ.

وبتاريخ 2000/06/08 أصدر البرلمان الاوروبي التوجيه رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الالكترونية. ورغم أن هذا التوجيه لم يحدد المقصود بالتجارة الالكترونية، إلا أن المادة الاولى منه حددت الهدف منه ومجال تطبيقه، وهو انشاء مقدمي خدمات تكنولوجيا المعلومات،الاتصالات التجارية،العقود الالكترونية.[1]

[1]- تجري الصياغة الفرنسية لنص الفقرة الثانية من المادة الاولى من هذا التوجيه كما يلي:
« La présente directive rapproche, dans la mesure nécessaire à la réalisation de l'objectif visé au paragraphe 1, certaines dispositions nationales applicables aux services de la société de communication commerciales , les contrats par voie électroniques… »

ثانيا- تعريف العقد الالكتروني في التشريع الفرنسي:

التزاما من المشرع الفرنسي بأحكام التوجيه الاوروبي رقم 97-07 و 2000-31، صدر الامر رقم 2001-741 المتعلق بالبيع عن بعد، الذي تول فيه المشرع وضع مفهوم للعقد عن بعد، من خلال اضافة المادة 121-16 الى تقنين الاستهلاك الفرنسي التي تضمنت تعريفا للعقد عن بعد، وقد نصت على ما يلي: " تتطبق أحكام هذا القسم على كل بع لمال أو أداء خدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، والذين يستخدمان لابرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد".[1]

يتضح من هذا النص أن المشرع الفرنسي عرف العقد الالكتروني من خلال تعريفه للعقد عن بعد، وذلك لأن العقد الالكتروني يتم بوسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال الحديثة دون حضور مادي معاصر لأطراف العلاقة العقدية.

وقد عرف القانون الفرنسي 2004-575 الصادر في 21-06-2004 المتعلق بدعم الثقة في الاقتصاد الرقمي la loi pour la confiance dans l'économie numérique (LNES) التجارة الالكترونية في المادة 14 بأنها :" النشاط الاقتصادي الذي يقترح من خلاله الشخص أو يضمن عن بعد وبطريقة الكترونية التزويد بالسلع والخدمات".

وفي تعليقه على هذا القانون، رأى بعض الفقه أنه أعطى تعريفا واسعا جدا للتجارة الالكترونية، وقد رد الفقه ذلك الى حداثة هذا القانون، وتأثره بالتطور السريع لوسائل الاتصال الذي لا يقف عند حد.[2]

---

[1]- تجري صياغة المادة 121-16 من قانون الاستهلاك الفرنسي كما يلي:

« Les dispositions de la présente section, s'appliquent à tout vente d'une bien ou tout fourniture d'une prestation de service conclue, sans présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnelle qui, pour la conclusion de se contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance »

[2]- عجالي خالد، المرجع السابق، ص 25.

ثالثا- تعريف العقد الالكتروني في التشريعات العربية

اذا كان وضع تعريف العقد الالكتروني على هذا المستوى من الاهتمام على الصعيد الاوروبي والساحة التشريعية الفرنسية، فان بعض التشريعات العربية تصدت للعناية بتنظيم المعاملات الالكترونية، تعريفا للعقد الالكتروني أو بيانا لوسائل ابرامه.

1- تعريف العقد الالكتروني في القانون التونسي

قد كانت تونس أول دولة عربية تضع تقنينا خاصا بالمعاملات الالكترونية وهو التقنين رقم 83 لسنة 2000[1]، وقد نصت الفقرة الثانية من الفصل الاول منه على أن" العقود الالكترونية يجري عليها نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الارادة وصحتها وقابليتها للتنفيذ فيما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".

من خلال هذا التعريف نلاحظ أنه قد وضح المقصود ببعض المفاهيم المتعلقة بالتعاقد الالكتروني، حيث عرف المبادلات الالكترونية بأنها المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية، كما عرف التجارة الالكترونية بأنها عبارة عن العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية.

ونلاحظ بأن هذا القانون وان لم يورد تعريفا صحيحا للعقد الالكتروني، فقد حاول ايضاح معالمه بأنه عقد تنطبق عليه أحكام العقود الكتابية أو التقليدية، من حيث التعبير عن الارادة وآثارها القانونية، وصحتها وقابليتها للتنفيذ، وبأن العقد الالكتروني يختلف عنها في وسيلة ابرامه وهي الوسيلة الالكترونية.

[1]- صدر هذا التقنين في 09 اوت 2000، وقد تضمن 53 فصل (مادة) مقسمة على تسعة أبواب، يتعلق بالمبادلات والتجارة الالكترونية التونسية.

2- تعريف العقد الالكتروني في القانون الاردني والإماراتي والبحريني

اهتم المشرع الاردني بضبط المفاهيم المتعلقة بالمعاملات الالكترونية وكذلك فعل المشرع في امارة دبي وقانون مملكة البحرين على النحو التالي:

عرفت الفقرة الاولى من المادة الثانية من القانون الاردني الخاص بالمعاملات الالكترونية المعاملات بأنها: "إجراء أو مجموعة من الاجراءات، يتم بين طرفين أو أكثر لإنشاء التزامات على طرف واحد أو التزامات تبادلية بين أكثر من طرف ويتعلق بعمل تجاري أو التزام مدني أو بعلاقة مع أية دائرة حكومية".

وعرف بعد ذلك المعاملات الالكترونية بأنها" المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية"، كما عرفت الفقرة الثالثة من المادة نفسها مصطلح (الالكتروني) بأنه" تقنية استخدام وسائل كهربائية أومغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسائل مشابهة في تبادل المعلومات وتخزينها".

ثم عرفت الفقرة الثانية من نفس النص العقد الالكتروني بأنه:" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية، كليا أو جزئيا".[1]

كما تناولت المادة الثانية من قانون امارة دبي توضيح مقصود بالالكتروني حيث جاء فيها:" الالكتروني: ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة وذو قدرات كهربائية أو رقمية أو مغناطيسية أو لاسلكية أو بصرية أو كهرومغناطيسية أو ضوئية أو ما شابه ذلك".

ثم عرفت المعاملات الالكترونية بأنها: "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم ابرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية"، وعرفت التجارة الالكترونية بأنها:" المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الالكترونية". [2]

[1]- قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 المؤرخ في 2001.

[2]- قانون امارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية هو القانون رقم 02 لسنة 2002 الصادر في 2012/02/12.

كما ورد بالمادة الاولى من القانون البحريني الخاص بالمعاملات الالكترونية أنه يراد بمصطلح الكتروني "تقنية استعمال وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو بايومترتية أو فوتونية أو أي شكل آخر من وسائل التقنية المشابهة".[1]

ومن خلال هذه النصوص نلاحظ أنه:

أ* حرص القانون الاردني، في الفقرة الأولى من المادة الثانية على النص صراحة على أن المعاملات الالكترونية التي ينظمها هذا القانون قد تتعلق بعمل تجاري أو بالتزام مدني، وهذا حتى ينفي ما ذهب الية بعض الفقه في تركيزه على تعريف العقد الالكتروني، واقتصاره في التعريف على الصفة التجارية للعقد، أي أن المعاملات الالكترونية تشمل جميع المعاملات التي تتم بالطريق الالكتروني سواء كانت مدنية أو تجارية.

ب* تمييز قانون امارة دبي بين مصطلحي المعاملات الالكترونية والتجارة الالكترونية، بحيث أصبح مصطلح التجارة الالكترونية قاصرا على المعاملات التجارية التي تتم بواسطة المراسلات الالكترونية، مما يعني أن المعاملات الالكترونية أوسع نطاقا من التجارة الالكترونية، وهو ما يؤكد أن تعريف العقد الالكتروني من خلال تعريف التجارة الالكترونية من طرف الفقه، هو تعريف غير دقيق.

ج* المشرع الاردني عرف المعاملات الالكترونية بأنها المعاملات التي تنفذ بوسائل الكترونية، في حين عرف العقد الالكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا، كما عرف قانون دبي المعاملات الالكترونية بأنها أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم ابرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الالكترونية.

[1]– قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في 2002/09/14.

3- تعريف العقد الالكتروني في القانون المصري

ورد في مشروع القانون المصري بأن التعاقد الالكتروني هو: " كل معاملة تجارية تتم عن بعد باستخدام وسيلة الكترونية".

ويعيب هذا التعريف أنه دمج التعاقد الالكتروني في تعريف التجارة الالكترونية، ولكنه تميز في اعتبار هذه الوسيلة، انترنيت أو غيرها.

وعرفه أيضا في نص الفقرة الثالثة من نص المادة الاولى بأنه: "كل عقد تصدر فيه ارادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الكتروني".[1]

وكان قد عرف الوسيط الالكتروني في قانون التوقيع الالكتروني في الفقرة "د" من مادته الاولى بأنه: "أداة أو أدواة أو أنظمة انشاء التوقيع الالكتروني".

من خلال هذا التعريف يتضح أن المشرع المصري قد أسبغ وصف العقد الالكتروني على مجرد المفاوضات ان تمت عبر وسيط الكتروني، ولا يهم ان يتم تطابق الارادتين عبر هذه الوسيلة، إلا أن هذا التعريف حذف من المشروع نهائيا، تماشيا مع السياسة التشريعية المصرية المتمثلة بعدم الاكثار من التعاريف.

وعرفه القانون المدني المصري في نص المادة 89 بأنه: "يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن ارادتين متطابقتين مع مراعات ما يقرره القانون وفق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد".

وعرفته مجلة الاحكام العدلية في المادة 103 بأنه: "التزام المتعاقدين وتعهدهما أمرا وهو عبارة عن ارتباط الايجاب بالقبول".

[1]- مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري.

4- تعريف العقد الالكتروني في القانون اللبناني

في لبنان لم يصدر لحد الآن قانون يعني بالمعاملات الالكترونية، لا من حيث ابرامها وتنفيذها، ولا من حيث اثباتها، رغم أنه بتاريخ 2004/04/22 قدم الى البرلمان اللبناني مشروع قانون يتضمن تنظيم المعاملات الالكترونية ينقسم الى قسمين، ينظم الاول أحكام المعاملات الالكترونية، ويتعلق الثاني بانشاء هيئة التواقيع الالكترونية.

وقد تضمنت المادة الثانية منه ضبط مصطلحات التجارة الالكترونية، حيث أنه في الفقرة 38 منها نصت على ما يلي: "عقد الكتروني: يعني عقد تم جزئيا أو كليا بواسطة عملية الكترونية" وكانت الفقرة الاولى من هذه المادة قد عرفت لفظ الكتروني بأنه كهربائي، أو رقمي، مغناطيسي ممكنن، لاسلكي، مغناطيسي، بصري، ضوئي، وكل ما يتصل بالتكنولوجيا الحديثة والأنترنيت وذو قدرات تقنية أخرى متشابهة.

ومن الملاحظ أن المشروع اللبناني لم يبين ما ادا كان المقصود بالعقد الالكتروني العقد الذي يبرم بالطريق الالكتروني أم الذي ينفذ أم كلاهما، وذلك أنه استعمل عبارة (عقد تم جزئيا أو كليا).

الفرع الثالث

تعريف العقد الالكتروني في القانون الجزائري

عرف المشرع الجزائري العقد الالكتروني في المادة 6 من الفقرة الثانية من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية بأنه "العقد الذي يتم ابرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني".

من خلال هذا التعريف يقر لنا المشرع بان العقد الالكتروني عقد كغيره من العقود التقليدية، الا انه يكتسب الطابع الالكتروني، وأنه ينضم الى طائفة العقود عن بعد.[1]

[1]- د/ بن السيحمو محمد المهدي، د/ مهداوي عبد القادر، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني The legal Nature of Electronic Contract ،مجلة االجتهاد للدراسات القانونية واالقتصادية، المجلد: 07 العدد: 06 سنة 2018، ص 364.

كما أنه عرفه من خلال نصه على الاثبات في المادة 323 مكرر 1 من قانون المبادلات والمعاملات الالكترونية التونسي بأنه" يعتبر الاثبات بالكتاب في الشكل الالكتروني كالاثبات بالكتابة على الورق، يشترط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها".

ونصت المادة 10 من قانون 18-04 على أن:" الاتصالات الالكترونية: كل ارسال أو تراسل أو استقبال علامات أو اشارات أو كتابات أو صور أو أصوات أو بيانات أو معلومات مهما كانت طبيعتها، عبر الاسلاك أو الألياف البصرية أو بطريقة كهرومغناطيسية".

وعرفت نفس المادة الانترنيت بأنها: "شبكة معلوماتية عالمية تتشكل من مجموعة شبكات وطنية و اقليمية موصولة فيما بينها عن طريق بروتوكول الاتصال (IP) وتعمل معا بهدف تقديم واجهة موحدة لمستعمليها".

كما اشار المشرع الجزائري الى تحديد طبيعة مجلس الفقه الالكتروني في المادة 64 من القانون المدني الجزائري [1]، ومن خلال نص المادة فالمشرع الجزائري فتح مجال لأية وسيلة تقترب فنيا من الهاتف.

وعرف المشرع الجزائري العقد في نص المادة 54 من القانون المدني: "العقد هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص آخرين، بمنح أو فعل شيء ما".

[1]- تنص المادة 64 من القانون المدني الجزائري على ما يلي: « إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا، وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص الى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل ، غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا اذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن ايجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن يتفض مجلس العقد » .

وبالرغم من محدودية هذا التعريف–كما يقول الاستاد علي فيلالي– لأنه يحصر العقد في انشاء التزامات، في حين يمكن أن لا ينشأ التزامات، بل يرتب آثار جديدة، كعقد الصلح مثلا، لنخلص في الاخير إلى أن العقد هو تبادل طرفين أو أكثر التعبير عن ارادتين متطابقتين على احداث أثر قانوني، سواء كان هدا الأثر انشاء التزام، او تعديله أو الغائه.[1]

[1]– ط/د العيداني محمد،العقد الاداري الالكتروني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، جامعة زيان عاشور بالجلفة، العدد التاني عشر، ديسمبر2018، ص 203.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني

إن العقد الالكتروني من حيث مضمونه وتركيبه لا يختلف عن العقد التقليدي [1]، الا أن الامر يدق بشأن طبيعة هذا العقد، حيث تبرم عبر شبكة الانترنيت الآلاف من العقود الالكترونية من طرف مستخدمي هذه الوسيلة، من بيع وشراء واستئجار لمختلف السلع والخدمات، وهو ما طلب منا التمعن في تكيف هذه العقود.[2]

وبما أن الطبيعة القانونية لهذه العقود لازالت جديدة وقيد الدراسة والاجتهاد وشرح من قبل المهتمين بهذا المجال، فسنتطرق الى تصنيف العقود من حيت انها عقود إذعان تنعدم فيها حرية الأطراف للمشاركة في وضع بنود العقد، أم أنه من العقود الرضائية التي تقوم على مبدأ سلطان الارادة والتراضي بين الاطراف، أم أنه ذو طبيعة خاصة مزدوجة.[3]

الفرع الأول

العقد الالكتروني عقد إذعان

عرف الفقه التقليدي عقد الاذعان بأنه: " العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقررة، يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية، تكون محل احتكار قانوني أو فعلي، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها، أما الفقه الحديث فيعرف عقد الاذعان بأنه: "عقد يحدد محتواه كليا أو جزئيا، وبطريقة مجردة وعامة قبل الفترة التعاقدية".[4]

---

[1]– أرجيلوس رحاب، الايطار القانوني للعقد الالكتروني– دراسة مقارنة–، رسالة دكتوراه، جامعة أدرار، سنة 2018/2017، ص 17.

[2]– زرواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مذكرة ماستر، جامعة البويرة، سنة 2019/2018، ص 14.

[3]– المقداد هدى، العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر، ص 05.

[4]– د بن سيحمو محمد المهدي، طبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، جامعة أدرار، ص 367.

وعرفه مجموعة من الفقهاء الجزائريين حسب قول الاستاذ علي فيلالي بأنه: "عقد الاذعان هو عقد يملي فيه المتعاقد شروطه على المتعاقد الثاني، الذي ليس له الا رفض العقد أو قبوله، ويتميز هذا النوع من العقود بسيطرة أحد المتعاقدين على الآخر، فيفرض عليه شروطه ولا يقبل مناقشتها، وترجع هذه السيطرة عادة الى احتكار فعلي أو قانوني للسلع والخدمات من طرف المتعاقد القوي ".

ويراد بعقد الاذعان وفقا لما جاء به الاستاذ علي علي سليمان: "العقد الذي يتم بين طرفين، أحدهما قوي لأنه يحتكر سلعة أو خدمة ضرورية احتكارا قانونيا أو فعليا أو شبه احتكار، والطرف الآخر مضطر الى هذه السلعة أو الى هذه الخدمة، فيملي عليه الطرف القوي شروطه. وغالبا ما تكون في صيغة عقود مطبوعة يذعن لها الطرف المضطر ولا يستطيع مناقشتها ولا تعديلها ويضطر الى قبولها ومثال عن هذه العقود، عقوذ شركات المياه وشركات الكهرباء والغاز وشركات النقل وشركات التأمين".[1]

كما نصت المادة 70 من التقنين المدني الجزائري على أنه: "يحصل القبول في عقود الاذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها".[2]

ويرى الفقه الفرنسي أن العقود المبرمة عن طريق الانترنيت هي من قبيل عقود الاذعان، اذا كانت الشروط العامة للبيع مذكورة بموقع التاجر، بحيث لا يكون للمشتري إلا أن يقبلها جميعا فينعقد العقد، أو لا يقبلها فلا ينعقد.

ويرى الفقه المصري أن المستهلك لا يملك فرصة كافية لمعاينة المنتج أو مواصفات الخدمة المطلوبة، كما لا يملك إمكانية التفاوض مع البائع أو المورد بحرية كافية، وان توفرت له هذه الفرصة فستكون مكلفة بالنسبة اليه، وعليه فالعقد الالكتروني هو عقد اذعان نظرا لظروف

[1]– غانم سميحة، عقد الاذعان على ضوء قانون حماية المستهلك، رسالة ماستر، جامعة ورقلة، سنة 2014، صفحة 13و14

[2]– يتطابق هذا النص مع نص المادة 100 من التقنين المدني المصري والمادة 101 من التقنين المدني السوري والمادة 104 من التقنين المدني الاردني.

المستهلك، وكونه الطرف الضعيف فيه، وكما أنه يكون محتاجا للسلعة أو الخدمة بشكل ضروري، مما يدفعه للتعاقد دون التدخل في وضع بنود العقد. [1]

وهذا ما يؤيده الفقه الانجليزي، إذ أنه يرى أن العقد الالكتروني هو عقد إذعان، ذلك أن الموجب اليه لا يملك سوى الضغط على مجموعة من الخانات المفتوحة أمامه، وعلى مواصفات التي يرغب بها من منتجات، وكذا على الثمن المحدد مسبقا والذي لا يمكن التفاوض بشأنه، حيث لا يملك المشتري سوى قبول العقد كله أو رفضه، ولكي يكون العقد الالكتروني عقد اذعان يجب توفر مجموعة من الشروط تتمثل فيما يلي:

أ- تعلق العقد بسلع أو مرافق ضرورية بالنسبة للمستهلكين بصفة عامة أو المنتفعين، بحيث لا يتصور اسغناء هؤلاء عن هذه السلعة أو تلك الخدمة.

ب- إحتكار هذه السلعة أو المرافق إحتكارا فعليا أو قانونيا.

ج- صدور الايجاب الى الكافة بشروط مماثلة وغير محدودة، وغير قابلة للنقاش.

د- أن يكون الايجاب في طائفة عقود الاذعان صادرا عن الطرف الأقوى في التعاقد وحده.

وعليه نستنتج أن عقد الاذعان هو عقد كسائر العقود من حيث توافر الاركان المعروفة فيه، غير أن العقد الالكتروني متى تعلق محله أو موضوعه بسلعة أو خدمة ضرورية لا يمكن الاستغناء عنها ومتى كان هذا العقد يحتوي على علاقة بين مستهلك لسلعة ومحتكر لتوزيع السلعة، بحيث لا يمكن للمستهلك أن يناقش بنود العقد وشروطها، فكان هنا العقد الالكتروني عقد الاذعان، [2] وعادة يقبل الأفراد التعاقد بسبب الحاجة الماسة لهذه الضروريات كالماء والغاز وغيرها، فالرضاء للقابل موجود لكنه مفروض عليه، وهذا الاكراه ليس من عيوب الارادة، لأنه متصل بعوامل اقتصادية أكثر من اتصاله بعوامل نفسية. [3]

---

[1]- د/الياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن، منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الاولى، ص 46.

[2]- أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 20.

[3]- يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة الماجيستر، جامعة فلسطين، سنة 2007، ص 18.

غير أنه في هذا الاتجاه ثم تجاهل أمرا معينا وهو التفاوض القائم خاصة في حالة التعاقد عبر البريد الالكتروني، حيث نجد على سبيل المثال الموجب يرسل عرضا يتضمن سلعة معينة ومبلغا محددا، فيرد عليه الموجب له بأنه موافق ولكن بشرط أن يمنحه نسبة من خصم معينة، وهذا ما يؤدي الى عملية المساومة والرضائية.

وبما أنه يعتبر طرفا ضعيفا فقد وضع المشرع أساليب لحمايته وهما:

1* سلطة القاضي في مواجهة الشروط التعسفية المدرجة في عقود الاذعان:

حيث نصت المادة 110 من القانون المدني الجزائري على أنه:" اذا تم العقد بطريق الاذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفق ما تقتضي به العدالة ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

المغزى من هذا النص أن الطرف المذعن اذا وجد شروطا في العقد تعتبر تعسفية، يمكن له اللجوء الى القضاء، ومن ثم القاضي له صلاحية إما تعديلها ويجعلها مرنة بالنسبة للطرف المذعن، أو يقوم بإعفائه منها، وذلك عن طريق استبعادها، أي يجعلها باطلة مع إبقاء العقد قائما وصحيحا، ويقوم بهذا في ظل ما تقتضيه العدالة أي المحافظة على حقوق الاطراف جميعا، ودون الاضرار بالطرف القوي بحجة مواجهة الشروط حتى لا تكون قرارات القاضي تعسفية.

2* تفسير عقود الاذعان:

يقصد بهذا الأمر أن الطرف القوي يستعمل طرقا وحيلا تمكن الطرف المذعن من ابرامه للعقد، أي أنه يقوم بصياغة شروطه التعسفية بكلمات غامضة وغير مفهومة للطرف الآخر، مما يتيح له الإمضاء، وعليه يمكن للطرف المذعن أن يلجأ الى القضاء لكي يقوم بمساعدته، وتتم مساعدة القضاء بتفسير عبارات العقد الغامضة وتوضيحها له.

وهو بذلك يميز بين حالتين: الحالة الأولى واردة في نص المادة 111 من القانون المدني، وهي حالة غموض عبارات العقد، اذ نصت المادة على أنه:" اذا كانت عبارات العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها عن طريق تأويلها للتعرف على إرادة المتعاقدين.

أما إذا كان هناك محل لتأويل العقد، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف على المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستشهاد في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة و ثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

أما الحالة الثانية، فنصت عليها المادة 112 من القانون المدني، وهي حالة التأويل في وجود الشك، بحيث نصت المادة على ما يلي:" يؤول الشك في مصلحة المدين،غير أنه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الاذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن".

من خلال ذلك نلاحظ أن المشرع قد حمل الطرف القوي مسؤولية ضرر الطرف المذعن، أي أن كل شرط من شروط هذا العقد يسبب للطرف المذعن بضرر، سيتحمل الطرف القوي مسؤولية ذلك، ويعوض الطرف الآخر عن الضرر المسبب.

ويقصد بالشروط الغامضة، هي تلك الشروط التي تحمل أكثر من معنى، ويرجع هذا الغموض كون الشرط ناقصا أو مبهما، وعلى سبيل مثال ذلك: وصل الضمان الذي لا يبين الأداة التي يلتزم بها البائع في ايطار الضمان التعاقدي، هل هو اصلاح المبيع أو استبداله أو رده.

كما يكون الغموض راجع لتناقض الشروط في نفس العقد، كما هو الحال في وثيقة التأمين التي تنص في قسم منها على تغطية التأمين لخطر معين، وتنص في قسم آخر منها على أن نفس الخطر لا يغطيه التأمين، مما يؤدي الى التساؤل عن أي شرط يعتد به منهما.[1]

[1]– غانم سميحة، المرجع السابق، ص 29.

الفرع الثاني

العقد الالكتروني ليس من عقود الاذعان

يرى أصحاب هذا الاتجاه أن العقد الالكتروني عقد رضائي، وأن المساومة لازالت سائدة في العقود الالكترونية باختلاف أنواعها، وأن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة له سلفا، بل له الحرية المطلقة في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر، واختيار وترك ما يشاء وفق إرادته الحرة.[1]

وفي هذا الاتجاه نلاحظ أنه تم إغفال الحالة التي تكون فيها السلعة أو الخدمة الضرورية محتكرة في بعض المواقع، وهذا ما أدى الى ظهور اتجاه آخر يحاول الجمع بين الموقفين السابقين.

الفرع الثالث

العقد الالكتروني ذو طبيعة مزدوجة

ويرى هذا الاتجاه أنه لبيان طبيعة العقد المبرم الكترونيا، ما إذا كان عقدا رضائيا أو عقد إذعان، يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في ابرام هذا العقد.

فاذا ثم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني أو من خلال برامج المحادثة، فإن العقد يعتبر عقدا رضائيا حيث يتم التبادل وجهات النظر بين الطرفين عبر الرسائل الالكترونية، ويجري التفاوض بحرية حول شروط العقد،

أما اذا ثم التعاقد عبر مواقع الويب، والتي غالبا ما تستخدم عقودا نموذجية، تكون شروطها معدة من قبل الموجب، ولا يترك للموجب له مجالا للمساومة والمناقشة في هذه الشروط، فإن العقد يكون عقد إذعان.[2]

[1]– عجالي خالد، المرجع السابق، ص 57 .

[2]– حسن أغواش، زهير فنتاس، محمد لمغوفل، بشير بلوز، النظام القانوني للعقد الالكتروني، رسالة ماستر، جامعة المغرب، سنة 2020/2019، ص 14.

المطلب الثالث

خصائص العقد الالكتروني

يتضح من التعاريف السابقة أن العقد الالكتروني يتميز بعدة خصائص تميزه عن العقود التقليدية،هذه الخصائص تكمن في: كون العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد، وكونه ذا طابع تجاري كما هو ذو طابع استهلاكي، وأنه عبارة عن عقد عالمي، و سنتطرق الى شرح كل خاصية من هذه الخصائص في فروع ثلاثة.

العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد:

يتطلب التعاقد بين طرفين وجودهما الشخصي في مجلس العقد كي يتم التحاور والتشاور على جميع المسائل الجوهرية المتعلقة بالعقد المتفق إبرامه، [1] وهذا ما يقع كأصل عام في العقود التقليدية، غير أنه العقد الالكتروني يستثني ذلك، ففيه لا يكون حضور جسدي لأطراف العقد أو ممثليهم، وهذا ما يجعل العقد الالكتروني يتميز عن العقد التقليدي.

وكان قد عرفه التوجيه الأوروبي رقم 97-07 في مادته الثانية بأن: "التعاقد عن بعد هو كل عقد يتعلق بالبضائع والخدمات يبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ينظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد للإبرام العقد". [2]

وعرفه المشرع الفرنسي من خلال المادة رقم 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي بأنه "كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك و مهني واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد". [3]

---

[1]- بلحاج بلخير،التعاقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة بين قانون الأونيسترال والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2020/2019، ص 12.

[2]- تمت الاشارة الى هذا النص في التعريف التشريعي للعقد الالكتروني من خلال تعريفه في المواثيق الاوروبية، يراجع ص 10 من المذكرة.

[3]- تمت الاشارة اليه من خلال التعريف التشرعي الفرنسي للعقد الالكتروني، يراجع ص11 من المذكرة.

وباعتبار العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد، من شأنه تحقيق عدة مزايا، سواء للمشروعات التجارية أو للعملاء.

فبالنسبة للمشروعات التجارية: يمكن استخدام هذه العقود في معاملاتها التجارية للتخفيف من نفقاتها الداخلية وتقليص العمالة لديها، والاتصال المباشر بالعملاء في منازلهم والرد على استفساراتهم وتلبية طلباتهم بسرعة كبيرة، والترويج المباشر للصفقات وازاحة الوسطاء، وتخفيف تكاليف التسويق والتوزيع، مما يوفر لها فرصة لتحقيق أكبر قدر من الأرباح، كما يتيح لها انجاز الأعمال الادارية بسهولة بالغة.

وبالنسبة للعملاء: فإن هذا النوع من العقود يوفر للعميل الوقت والجهد، حيث يمكنه الاطلاع على السلع والخدمات بصفة هادئة دون مشقة الانتظار في الطابور للحصول على منتج معين وحمل البضاعة، كما يمكنه معرفة معلومات عن السلعة من خلال وصفها الدقيق الذي يكون أحيانا مصحوبا بصور ثلاثية الأبعاد عنها، ومعرفة أسعارها، وتحديد المحلات التي تبيع نفس المنتوج بأسعار منخفضة عنها،وهذا الشيء يؤدي الى تلبية رغبات المستهلك وإرضائه، مما يساهم في ازدهار التجارة الالكترونية وتقدمها.[1]

كما يمكن أن يتم تنفيذ العقد الالكتروني عن بعد أيضا، حيث يقوم الطرفان بتنفيذ التزاماتهم العقدية الالكترونية، بمعنى أنه توجد بعض العقود الالكترونية التي تعقد وتنفذ على الشبكة نفسها، أي أن العقد يتم كاملا على الخط وخصوصا اذا تم الوفاء الكترونيا.[2]

وباعتبار العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد، فهذا يجعله يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلا في العقود العادية، فالامر يكون سهلا عندما يكون التعاقد حضوريا، فان ذلك يذلل العديد من المصاعب، أهمها:

- ✓ التحقق من شخصية الآخر وأهليته.

[1]– د/بسام شيخ العشرة، د/حنان مليكة، التجارة الالكترونية، الجامعة الافتراضية السورية، سنة 2018، ص 24.

[2]– أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 26 .

- ✓ التحقق من تلاقي الارادتين، ومن تلقي كل منهما التعبير عن الارادة الصادر من الآخر.
- ✓ التحقق من الوثائق والمستندات وتاريخ وساعة التعاقد.[1]

العقد الالكتروني ذو طابع تجاري إستهلاكي:

ان العقد الالكتروني أهم وسيلة لممارسة التجارة الالكترونية[2]، يطلق عليها تسمية عقد التجارة الالكترونية، وتعرف هذه المعاملات التجارية بأنها:" تنفيذ بعض وكل المعاملات التجارية التي تتم بين مشروع تجاري وآخر أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات هذا ما ساهم في تطوير الأعمال التجارية ونجاح المشروعات التجارية".

وجاءت هذه التسمية من الصفة الغالبة للعقد،حيث أن عقود البيوع الالكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من هذه العقود، كما أنه غالبا ما يكون مقدم السلع أو الخدمة تاجرا، [3] ويتصف بصفة العقد الاستهلاكي نتيجة كون أنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني ومستهلك.

وهذا ما يجعل العقد الالكتروني يخضع لقواعد خاصة لحماية المستهلك، التي تفرض على التاجر المهني، كونه الطرف القوي في العقد، العديد من الالتزامات والواجبات القانونية تجاه المستهلك، كونه الطرف الضعيف، فنصت المادتان من قانون الاستهلاك على ما يلي:" على كل شخص محترف أن يحيط المستهلك علما بكافة البيانات والمعلومات المتعلقة بسعر البيع، وبكافة الشروط المحددة أو المعفية من المسؤولية،فأول ما يهم المستهلك معرفته في التعاقد الالكتروني، لكونه يتم عن بعد ولا تكون السلعة تحت يده كما في التعاقد التقليدي، هو البيانات

---

[1]– لجنة القانون–مجموعة باحثين، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، المجلس الأعلى للثقافة القاهرة، الطبعة الأولى، ص 23–24.

[2]– التجارة الالكترونية ليست تلك التجارة بالأجهزة الالكترونية، بل هي المعاملات والعلاقات التجارية التي تتم بين المتعاملين فيها من خلال استخدام أجهزة ووسائل الكترونية.

[3]– أناس شكري سعيد الشواطي عبد الاله الدياني، ماهية العقد الالكتروني وتكوينه، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص،سنة 2014/2015، جامعة القاضي عياض مراكش، ص 10.

والمعلومات التي تتصل بالخصائص الاساسية والسمات الجوهرية الذي يسعى الى الحصول عليه".[1]

كما أن التوجيه الاوروبي رقم 97-07 المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد، ألزم المهني في المادة الرابعة منه بإعلام المستهلك بالبيانات الجوهرية للعقد المراد ابرامه، وتأكيد تلك المعلومات كتابة.

ولكن يمكن التساؤل، وتطبيقا للقاعدة العامة في الصفة التجارية للعقد الالكتروني عما اذا كان هذا العقد تجاريا في جميع الاحوال وبالنسبة الى طرفيه، أو أن هذا العقد قد يكون مدنيا أو مختلطا؟

ففي الواقع أنه لا وجود لعقود تجارية بالمعنى الدقيق المقصود بهذا الاصطلاح، وذلك أن العقود التي ينظمها التقنين المدني هي نفسها العقود التجارية اذا كان عملها محلا تجاريا، سواء بحسب شكله أو موضوعه، أو أن التاجر أبرمها لحاجات تجارته، ومن ثم فانه لا توجد نظرية مستقلة تحكم العقود التجارية تختلف عن تلك التي تحكم العقود المدنية، فالعقد الالكتروني يعد عقد تجاريا لأسباب وظروف خارجية لا علاقة لها بمضمون العقد وجوهره، ومن تلك الاسباب ما يتعلق بطبيعة موضوع العقد أو بصفة من يبرمه.

وعليه، فإن العقد الالكتروني يعتبر عقدا تجاريا بالنسبة الى مقدم الخدمة، كونه يجني ارباحا[2]، كما أنه يكون تجاريا ادا كان موضوعه تجاريا وفق لما جاء في المادة الثانية من التقنين التجاري الجزائري.[3]

أما بالنسبة للعميل، فيختلف الأمر اذا كان تاجرا أو غير تاجر،فاذا كان تاجرا، يكون العقد بالنسبة اليه تجاريا بالتبعية، واذا لم يكن تاجرا فيكون العقد بالنسبة اليه عقدا مدنيا [4]، ويعتبر

---

[1]- بلحاج بلخير،المرجع السابق، ص 18.

[2]- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 43 .

[3]- المادة 2 من القانون التجاري الجزائري: الأمر رقم 96-27 المؤرخ في 9 ديسمبر 1996.

[4]- رواقي سميحة، متناني خلود، المرجع السابق، ص 18.

العقد مختلطا اذا تم التعاقد بين مقدم للخدمة الذي يكون تاجرا وبين عميل يقوم بعمل مدني، كأن يكون باحثا أو أستاذا جامعيا أو محامي.[1]

ويترتب على اعتبار العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد وأنه عقد استهلاكي تخويل الطرف المستهلك الحق في العدول عن العقد وهو ما يسمى في اصطلاح فقهاء الشريعة الاسلامية بخيار الرؤية

ولم يظهر الحق في العدول عن العقد في التقنيات الحديثة الا بمناسبة عقود الاستهلاك وبزوغ فكرة حماية المستهلك بعد أن شاعت أنواع البيوع التي يسعى فيها البائع الى إغراء المشتري بكافة صور الدعاية والاعلان،لا سيما في العقد الالكتروني الذي يبرم بوسائل اتصال لا تتيح للمشتري أن تكون البضاعة بين يديه.

وتنص أغلب القوانين والتشريعات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية على اتاحة الحق في العدول عن العقد بعد ابرامه خلال مدة معينة وهو ما فعل المشرع في نص المادة 412 مكرر3 من مشروع تعديل التقنين المدني والمشرع المصري في مشروع قانون المعاملات الالكترونية.[2]

العقد الالكتروني عقد عالمي:

يتميز العقد الالكتروني بالطابع الالكتروني، لأن وسيلة ابرامه السائدة هي شبكة الأنترنيت التي ترتبط بها غالبية دول العالم، وأن الصفة العالمية للعقود ألغت الحدود والقيود أمام دخول الأسواق التجارية، فالأوساط الاكترونية التي يجري من خلالها التعاقد الالكتروني لاسيما الانترنيت، لا تعرف الحدود الجغرافية، وبالتالي فإن أي تعاقد على الانترنيت لا يحتاج التوجه الى المنطقة الجغرافية بعينها، مما يتيح للشركات امكانية الوصول الى مختلف الاسواق ومختلف أنواع المشترين على امتداد العالم، ومن ثم يؤمن التعاقد الالكتروني للمنتج والبائع فرصة توسيع السوق والنفاذ الى أسواق العالم كله، كما يمكن للمشتري في الوقت ذاته من

[1]– الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 43.

[2]– عجالي خالد، المرجع السابق، ص 53.

التسوق على نطاق العالم وبطريقة توفر الجهد والوقت والتكلفة، اذ يمكن للمشتري مقارنة الأسعار والشروط الأخرى على نطاق العالم.[1]

غير أن الطابع العالمي للعقد الالكتروني يثير العديد من المسائل ومن أهمها بيان مدى أهلية المتعاقد وكيفية التحقق من شخصية المتعاقد الآخر ومعرفة مركزه المالي،وتحديد المحكمة المختصة في الفصل في النزاعات وكذلك القانون الواجب تطبيقه على منازعات ابرام العقد الالكتروني.

[1]– وليد خليل محمد الحواجرة، العقد الالكتروني في الفقه الاسلامي والقانون (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، سنة 2010، ص 31.

المبحث الثاني
مضمون العقد الالكتروني

من خلال تعريف العقد الالكتروني واستعراض خصائصه اتضح أنه يحتوي على عناصر تدعم فهم ماهية العقد الالكتروني .

ولأجل استكمال مفهوم ماهية العقد الالكتروني فنرى أنه يجب الينا التطرق الى أركان العقد الالكتروني، و صوره و أنواعه، وتمييزه عن غيره من العقود من حيث طريقة انعقاده.

وعليه سنخصص المطلب الاول أركان العقد الالكتروني ونتطرق في المطلب الثاني الى أنواع العقود الالكترونية ونخصص المطلب الثالث لصور التعاقد الالكتروني.

المطلب الاول

أركان العقد الالكتروني

بعدما توقفنا عند مفهوم العقد الالكتروني مبرزين أهم التعاريف التي أعطيت له واستخلصنا خصائصه ، تبين لنا أن هذا العقد حديث العهد لا يختلف كثيرا عن نظيره التقليدي الا من حيث وسيلة ابرامه التي تعتمد على الشبكة العنكبوتية، وبالتالي فهو لا يختلف كذلك عن العقد العادي في اركان انعقاده وشروط صحته.

وان العقد يقوم على أركان أساسية لابد من توفرها ومن أهمها العاقدان والمحل والسبب واللذان يشترطا أن يكونا من النظام العام والآداب العامة.

وبما أن العقد الالكتروني لا يختلف في الجوهر عن العقد التقليدي فإنه يخضع لنفس الأحكام المتعلقة بأركان العقد.

أولا-العاقدان:

يجب في العقد أن يكون هناك إرادتين يمثلان طرفي العقد وكل طرف تنعقد إرادته على أمر معين حول طبيعة العقد وذاتية المحل والشروط الجوهرية، ونفس القاعدة في العقود الالكترونية، لابد من وجود عاقدين يباشران أي عقد يتم ابرامه الكترونيا سواء عبر شبكة الانترنيت أو البريد الالكتروني.

فلكي يوجد العقد لابد من إرتباط إرادتين صادرتين عن متعاقدين فلا تكفي الارادة المنفردة لإنشاء العقد، كما يجب أن تتوافق الارادتين على إحداث أثر من الآثار القانونية، وجاء في تحديد معنى التعاقد الالكتروني بأنه : "التصرف القانوني الذي يتم عن بعد عن طريق وسيلة قانونية وذلك حتى إتمام العقد"، ويتضح من هذا التعريف أن التصرف لا يصدر الا عن ارادتين

لعاقدين في العقد الالكتروني الذي يتم انعقاده عن بعد وهذا أهم ما يتميز به عن العقد التقليدي.[1]

فالعاقدان هما اللذان يتوليان ابرام العقد، ويصدر عنهما الايجاب والقبول، وقد يكونا أصليين كأن يعقدا بأنفسهما أو نائبين كالوكيلين والوصيين، كالوكالة كأن يعقد نيابة عن الآخرين بتفويض عنه في حياته أو وصاية كمن يتصرف خلافة عن الآخرين في شؤون صغاره بعد وفاته بإذن منه أو من الحاكم، وقد يكون أحدهما أصيلا عن نفسه والآخر وكيلا عن غيره، وليس كل انسان يصلح أن يكون عاقدا ويعتبر ايجابه وقبوله، فمن العاقد من لا قيمة لعباراته فلا ينعقد بها عقد ولا يترتب عليها أثر ومن العاقد من يكون لكلامه أثر محدود في تكوين بعض العقود وهكذا، وعليه لصحة العقد يشترط في العاقد شروط وتتمثل فيما يلي:

1* الأهلية:

نظرا لطبيعة التعامل مع شبكة الانترنيت يكون هناك صعوبة تكتنف معرفة أهلية المتعاقدين وسنهما، والأهلية من الشروط الهامة لصحة الانعقاد والبعض يذكرها كركن في العقد.

والمراد بها أن يكون العاقدان في العقود الالكترونية جائزي التصرف ليكون العقد صحيحا ونافذا، وجائز التصرف هنا هو العاقد المختار البالغ العاقد الرشيد، وهو حسن التصرف بالمال على قول الجمهور، فلا يصح من صغير غير مميز ومجنون وسكران ونائم وسفيه ومكره.

أما الصبي المميز فتصح عقوده وتصرفاته النافعة نفعا محضا، دون الحاجة الى إذن الولي، غير أنه لا تصح تصرفاته وعقوده الضارة ضررا محضا حتى ولو أجازها وليه أو وصيه، أما التصرفات التي تدور بين النفع والضار كالبيع والشراء والإجارة وسائر عقود المفاوضات والمبادلات المالية ونحوها فقد نص عليها القانون المدني العراقي حيث:"يعتبر تصرف الصغير المميز إذا كان في حقه نفعا محضا وإن لم يأذن به الولي ولم يجزه، ولا يعتبر تصرفه الذي هو

[1]– د/رضا المتولي وهدان، النظام القانوني للعقد الالكتروني والمسئولية عن الاعتداءات الالكترونية (دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الإونيسترال النموزجي والفقه الاسلامي)، دار الفكر والقانون المنصورة، طبعة 2013، ص 24.

في حقه ضرر محض وان أذن الولي بذلك أو أجازه، أما التصرفات الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر فتنعقد موقوفة على إجازة الولي في الحدود التي يجوز فيها لهذا التصرف ابتداءا".

يتبين من خلال هذا النص القانوني أن تصرفات الصبي المميز تكون صحيحة ومنتجة لآثارها إن كانت دائرة بين النفع والضرر.

أم تصرفات الصبي الغير مميز فقد نصت المادة 96 على حكمها فقالت:"تصرفات الصغير الغير مميز باطلة وان اذن له وليه"، فطبقا لهذا النص تعتبر تصرفات الصبي الذي لم يبلغ سبع سنين باطلة بطلانا مطلقا سواء كانت نافعة أم غير نافعة.[1]

2* الولاية:

هي تنفيذ القول على الآخرين شاء أو أبى وعرفت بأنها القدرة على إنشاء عقدا نافذا وعرفها البعض الآخر بأنها سلطة يعطيها المشرع لشخص عند توافر شروط معينة فيه تجعله قادرا على إنشاء العقود والتصرفات بحيث تترتب عليها آثارها بمجرد صدورها .

يتبين من خلال هذا التعاريف ينبغي للعاقد أن يكون له ولاية صالحة أو سلطة أو صفته شرعية في مباشرة العقد الالكتروني وتوليه، أي أنه يشترط فيه أن تكون له ولاية التصرف سواء أكان أصيلا أم نائبا.[2]

لكن الأمر ليس بهذه السهولة التي نجدها في العقود التقليدية من حيث وجود العاقدان فبجانب العاقدين في العقد الالكتروني توجد أطراف عديدة تعمل بجانبهما لمساعدتهما حتى يتم ابرام العقد وهذه خصوصية ينفرد بها العقد الالكتروني حيت لا يقتصر الأمر على وجود العاقدين فقط.

---

[1]– ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الانترنيت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، سنة 2012، ص 97.

[2]– ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 99.

الأطراف المساعدة للعاقدين في العقد الالكتروني:

1* موفر الخدمة(المورد):

قد يكون شخصا طبيعيا أو معنويا يعمل في مجال الانترنت، يقوم على توفير خدمة الدخول الى المواقع عبر الشبكة العنكبوتية للمستخدمين المزودين بحواسيب غير قوية، ويكون قادرا على وضع منتج نهائي متكامل تحت تصرف المستخدمين وهم الجمهور، وقد يتعدد الموردون لمنتج واحد ويتم توفير هذه الخدمة مقابل اشتراكات، وعند طلب الخدمة من المورد يتم تدوين بيانات طالبها كاسمه وجنسيته وما يثبت هويته ورقمه السري، ومن خلالها يمكن لموفر الخدمة معرفة هوية المستخدم.

2* الناقل (موفر الاتصال):

لا يكفي وجود المورد بمفرده للمساعدة في ابرام العقد الالكتروني بل لابد من وجود وسيط آخر يقوم بربط المشتري بموفر خدمة الانترنيت، وهو ما يعرف بالموفر خدمة الاتصال، وهو شخص طبيعي أو معنوي، يدير شبكة الاتصالات سلكية أو لاسلكية عن بعد، تسمح للمستخدم النهائي بالولوج الى النظام المعلوماتي، يجوز تعداد الناقلين إذا ما استدعى الأمر تضافر جهود عدة هيئات عامة أو خاصة لانجاز عملية التوصيل عن بعد وقد ادخت بعض الدول بنظام تعدد شبكات نقل المعلومات كما في أمريكا وفرنسا، حيث أنشأت شبكات خاصة تحترف نقل المعلومات بجانب الشبكات الحكومية.

3* الوسيط المالي:

الوسيط المالي في العقود الالكترونية هو البنك أو المؤسسة المالية، تقوم بنقل الثمن من المشتري الى البائع أو من المستخدم الى المنتج، ويتم ذلك عن طريق التسويات المالية باستخدام نظام المعاملات الأمنية الذي يتم عن طريق بطاقات الدفع، حيث يؤكد هذا النظام شخصية حامل البطاقة، وتشفير بيانات الصفقة أثناء انتقالها بين حامل البطاقة والموزع أو المنتج أو عن طريق ما يسمى بالبنك المحمول، وهو عبارة عن حاسب شخصي متصل

الكترونيا بالبنك الأصلي، حيث يتم تخزين المعلومات وبعد ذلك يقوم البنك كوسيط مالي بالوفاء بالالتزامات النقدية لعملائه اتجاه دائنيهم.

4* الشاحن:

يقصد به الناقل للأشياء والسلع المادية والغير مادية، يلتزم بتسليم البضاعة المراد نقلها أو المعلومات التي يحتاجها المستخدم ويمكن أن تكون البضاعة في شكل برامج حاسوبية، حيث يتم تحميلها الى ملف العميل ويلتزم الشاحن بالحفاظة على الاشياء المادية ويضمن اتلافها بسبب من قبله، ولا يتم تسليم البضاعة الى المرسل اليه الا اذا ابرز له مستند النقل أو إخطار الوصول موقعا منه، حيث يبرأ الناقل بتسليم السلع الى أي حامل لهذا المستند لأن الأصل هو تعهد الناقل بتسليم السلع الى شخص معين بالاسم أو شخص مرخص له بالمطالبة بالتسليم.

5* السمسار:

هو شخص طبيعي أو معنوي، يتوسط بين المستخدم النهائي والقائم بمهمة التوريد سواء كان المنتج أو غيره، يهدف الى تقديم المعلومات أو نقل الاسئلة من المستخدم الى المورد، وقد يقوم السمسار بهذا العمل باسمه الشخصي أو باسم المستخدم أو المورد حسب أحوال العقد، حيث يتحدد نطاق استعمال محل العقد سواء كانت معلومات أو غيرها من خلال السمسار الذي يلتزم ببنود العقد التي اتفق عليها طرفاه.[1]

ثانيا- المحل:

يعبر الفقهاء كتيرا عن محل العقد فيسمونه (موضوع العقد)، ويقصد به ما يقع عليه التعاقد والاتفاق، وهو الغاية الحقيقية من توقيع العقد، حيث تتعلق به أحكامه وآثاره، ويشترط فيه عدم مخالفة النظام العام والآداب العامة والقوانين القائمة انسجاما مع ما تقرره القواعد العامة للعقد.[2]

---

[1]- د/رضا المتولي وهدان، المرجع السابق، ص 25-27.

[2]- نصت عليها المواد من 82 الى 98 من القانون المدني الجزائري.

حيث يعرف محل العقد الالكتروني بأنه:"العملية القانونية التي أرادها طرفا العقد سواء بأداء شيء معين كبضاعة أو معدات أو برامج حاسوب، أو أداء عمل معين كتقديم خدمات".

فهو لا يختلف تماما عن المحل في العقد التقليدي، ويختلف باختلاف العقود، ففي عقود البيع للسلع المعروضة على شبكة الأنترنيت يتم اختيار السلعة عبر الموقع الذي تم فيه عرض السلعة من خلاله وبعد أن يتم الموافقة على الثمن يتم دفع الثمن، وتسجيل طلب السلعة التي قد تكون برنامج معين فيتم شراؤه ومن تم تحميله على جهاز الكمبيوتر للمشتري مباشرة.

وقد يكون محل العقد أداء خدمة كمعلومات معينة في عقد خدمات المعلومات حيث لا يرد على المعلومات المعالجة بالحاسبات أو المحسبة الصالحة للاستخدام من قبل المستخدم النهائي بذلك يثمتل محل التعاقد في هذه المعلومات وقد تكون الخدمة المعلوماتية محل العقد هي معلومات عن اجراء عملية جراحية حيث يتم اجراء عملية جراحية لمريض في مكان والطبيب في مكان آخر عن طريق الأجهزة الالكترونية المتصلة بشبكة الأنترنيت.[1]

وقد حددت القواعد العامة شروطا لصحة هذا المحل [2] أن يكون موجودا أو ممكنا، وأن يكون معينا أو قابلا للتعيين، وأن يكون مشروعا.

أ- أن يكون المحل موجودا أو ممكنا:

لكي ينشأ ويقوم العقد الذي أنشأه يجب أن يكون محله ممكنا غير مستحيل، وهذا الشرط تقتضيه طبيعة الأمور لأنه لا تكليف من المستحيل.

وقد نصت المادة 93 من القانون المدني الجزائري على أنه:"إذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالفا للآداب العامة والنظام العام كان باطلا بطلان مطلق".

---

[1]- رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص34 و ص35.

[2]- نصت عليهم المواد من المادة 92 الى المادة 94.

ويقصد بوجود المحل أنه اذا كان الالتزام محله نقل حق عيني، فالشيء الذي تعلق به هذا الحق يجب أن يكون موجودا، والمعنى المقصود من الوجود هو أن يكون الشيء موجودا قبل ابرام العقد كأصل عام أو قابلا للوجود في المستقبل.

وهذا مانصت عليه المواد 92 من القانون المدني الجزائري [1]، فمثلا ابرام عقد لشراء برنامج حاسب من نوع (windows xp) الذي قد يكون متوفرا لدى شركة مايكروسوفت مسبقا ويتم بيعه من خلال شبكة الانترنيت وبالوسائل التقليدية.

ويكون قابلا للوجود في المستقبل كمثل التعاقد على توفير امكانية استخدام شبكة الأنترنيت للمستفيد فهذا العقد يتم على محل لا يتوافر وقت العقد وانما يمكنه توافره مستقبلا فالمستفيد هنا لا يتمتع بخصوصية استخدام الشبكة الخاصة به فيبرم العقد لمنحه استخدام الشبكة في المستقبل وهذا العقد يكون صحيحا ونافذا.[2]

ب- أن يكون معينا أو قابلا للتعيين:

نصت المادة 94 من القانون المدني الجزائري على أنه :"إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره والا كان العقد باطلا. ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط، اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، واذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن تبيين ذلك من العرف أو من طرف آخر، التزم المتدين بتسليم شيء من صنف متوسط".[3]

طبقا للقواعد العامة يجب أن يكون محل الالتزام معين عند ابرام العقد أو قابلا للتعيين، فاذا كان المحل شيء معين بذات فيجب أن يشتمل العقد على تعيين ذاته وأوصافه تعيينا يحدده

---

[1]- تنص المادة 92 من القانون المدني على أنه : يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا.
غير أن التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه، الا في الأحوال المنصوص عليها في القانون..

[2]- ندى زهير الفيل، ابرام العقد الالكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 14، العدد 51، سنة 2016، ص 20.

[3]- تقابلها المواد 133 من القانون المدني المصري، 161 من القانون المدني الأردني، 63 من القانون المدني التونسي، 128 من القانون المدني العراقي.

ويمنع الجهالة فيه، أما اذا كان محل الالتزام معين بالنوع فيجب أن يكون المحل معين بنوعه فقط اذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره.

أما في مجال العقد الالكتروني، فان تعيين المحل يكون بتعيين السلعة أو المنتج من خلال وصفه بصورة دقيقة وكاملة مع تجنب الدعايات والاعلانات الخادعة والمضللة عن طريق شاشة الكمبيوتر المتصل بالأنترنيت بطريقة نافية للجهالة، أين يمكن الاطلاع عليه بطريقة تمكن من معرفة حقيقته وطبيعته علما كافيا [1]، ويتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على خط أي على الشبكة نفسها، وغالبا ما يكون الوصف مصحوبا بصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي التقليدي.

ومسألة تعيين المحل حرصت عليها أغلب التشريعات الحديثة منها القانون التونسي المتعلق بالمعاملات والتجارة الالكترونية لسنة 2000 حيث نص في الفصل 25 على أنه:"يجب على البائع في المعاملات الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل ابرام العقد المعلومات الآتية ...وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة وطبيعة وخاصيات وسعر المنتوج".

أما قانون الاستهلاك الفرنسي فقد نص في المادة (111-1) منه على أنه:"كل مهني بائع لمال أو مقدما لخدمة يجب قبل ابرام العقد، أن يمكن المستهلك من معرفة المميزات الجوهرية للمال أو الخدمة".

وقد تضمن القانون التجاري الأمريكي الموحد في المادة (1c/313/2) نص على ما يدعى بالضمان الصريح من البائع أو المنتج في حالة بناء التعاقد طبقا الى نموذج يقدمه البائع أو المنتج ويعد صورة لصفات البضاعة أو المنتج النهائي، ذلك لأن المشتري له حق الضمان المطابقة بين المنتوج النهائي والنموذج الذي تسلمه في البداية، مما يعني أن وصف البضاعة من خلال الأنترنيت هو من قبيل الضمان الصريح المنصوص عليه في المادة (313/B/2).

[1]- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني، ص 71.

وما ذهب اليه المشرع الجزائري في ضل أحكام البيع بالعينة في المادة 353 من القانون المدني والتي نصت على أنه"اذا انعقد البع بالعينة يجب أن يكون المبيع مطابقا لها".

كما ألزمت اتفاقية فينا في المادة (1/14) بتحديد الكمية وإعطاء عناصر كافية تمكن من تحديد الشيء المبيع. [1]

ج-أن يكون مشروعا:

إن عدم مخالفة الآداب العامة والنظام من الشروط من الشروط التي أوجب بعض المشرعون المدنيون توافرها في المحل لأن الأصل في القانون جواز التعامل مع كافة الأشياء والخدمات عبر الأنترنيت مالم يحظره القانون، وذلك تماشيا مع مبدأ سلطان الارادة أو مايسمى بحرية التجارة الذي يعتبر بأن لكل شخص الحرية الكاملة في ممارسة أي تجارة أو مهنة أو فن أو حرفة يراه مناسبا، مالم يكن المحل مخالفا للقانون والآداب العامة والا أصبح العقد باطلا.[2]

وهذا ما نصت عليه المادة (135) من القانون المدني المصري على أنه:"اذا كان محل الالتزام مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة كان العقد باطلا".

ويقصد بمشروعية محل العقد، أن لا يصطدم المحل بالقواعد القانونية الآمرة، وأن لا يتعارض مع فكرة النظام العام والآداب، والآداب فكرة عامة و مرنة تتسع للتعبير عن كافة المبادئ الرئيسية والمصالح الجوهرية التي يتأسس عليها المجتمع أيا كانت طبيعتها، أي سواء أن كانت مصالح سياسية أو إقتصادية أو اجتماعية أو دينية أو أخلاقية، والتي لا يتصور بقاء المجتمع سليما دون استقراره عليها.[3]

ويعتبر شرط المشروعية من أهم شروط محل العقد الالكتروني، وذلك نظرا لكترة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة الغير مشروعة كالمخدرات أو في تسهيل البغاء ونشر الصور

---

[1]- أرجيلوس رحاب، المرجع السابق، ص 100 - 101.

[2]- ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 128.

[3]- جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، الطبعة الأولى، سنة 2012، التهميش رقم 2 ص 205.

الاباحية والسب والقذف وتشويه سمعة الأشخاص، وانتحال صفة الغير، واقتحام مواقع الآخرين، وارتكاب الجرائم المالية مثل السطو على أرقام بطاقات الائتمان المصرفية، وممارسة القمار عبر الأنترنيت وغسيل الأموال، وكما يقيد قانون evinc رقم 32 لسنة 91 الصادر في 10 جانفي 1991 في فرنسا الاعلان الاعلان المباشر والغير مباشر عن الكحوليات ومنتجات الدخان، كما يحظر القانون الفرنسي بيع الأموال والخدمات عن بعد وعلى سبيل المثال المنتجات الدوائية والاسلحة[1]، كما يحظر التجارة بجسم الانسان [2] والتعامل في تركة انسان على قيد الحياة.[3]

الا أن مسألة المشروعية في العقد الالكتروني تعد مسألة نسبية لإختلاف مفهومها من دولة الى أخرى وقد تختلف داخل البلد الواحد، وقد يثور التساؤل على القيود القانونية ذات الطابع المحلي في ظل عالمية شبكة الأنترنيت كونها لا تخضع للرقابة باعتبار أن البيوع التي تتم عبر شبكة الأنترنيت هي بيوع عابرة للحدود، وهناك بعض الحلول التي يمكن أن تضبط تقييد محل العقد الالكتروني ومنها: توحيد القوانين الوطنية استنادا لتنسيق دولي بشأن شبكة الانترنيت وتشديد الرقابة عند انتقال المبيع العابر للحدود.[4]

ثالثا- السبب:

يقصد بالسبب الدافع أو الباعث الرئيسي الذي حمل المتعاقد على قبول التعاقد، فالشخص لا يبرم عقدا من العقود الا بوجود باعث يدفعه الى ذلك، فاذا تعددت البواعث فالغالب أن يكون منها باعثا رئيسيا يكون هو الدافع للتعاقد ولولاه لما فكر الشخص في ابرام العقد وقد يكون

---

[1]- أنظر القانون الفرنسي رقم 706 الصادر في 12 جويلية 1985 ويقابله القانون رقم 394 لسنة 1954 المعدل بشأن الأسلحة والذخائر في مصر، ويقابله في الجزائر المرسوم رقم 85/63 الصادر في 1963/03/16 المتعلق بالاسلحة والمتفجرات الذي يمنع بيع الاسلحة الا بعد الحصول على الترخيص اللازم بذلك.

[2]- أنظر المادة رقم 16 من القانون المدني الفرنسي والمادة 161 من القانون المدني الجزائري رقم 85-05 المؤرخ في 1985/02/16 والمتعلق بالصحة العمومية وترقيتها، الجريدة الرسمية، العدد 8، بتاريخ 17 فيفري 1985، ص 176.

[3]- أنظر المادة 92 من القانون المدني الجزائري والمادة 2/131 من القانون المدني المصري والمادة 1130 من القانون المدني الفرنسي.

[4]- أرجيلوس رحاب، ، المرجع السابق، ص 103.

الباعث أمرا نفسيا والقانون لا يأخذ بالأمور النفسية لذلك يستلزم أن يكون السبب مشروعا، وفي حالة غير ذلك فيكون العقد باطلا بطلان مطلق لعدم مشروعية السبب.[1]

وقد ورد في نص المادة (165) من القانون المدني الأردني :"السبب هو الغرض المباشر المقصود من العقد. ويجب أن يكون موجودا وصحيحا ومباحا غير مخالف للنظام العام أو الآداب، والسبب يعتبر ركنا من أركان العقد حيث أن العقد (الالتزام) كما له محل يقوم عليه كذلك يجب أن يكون له سببا يستند اليه".

وقال الفقهاء الفرنسيون الأقدمون:"أن المحل هو جواب قولك بما التزم المدين، والسبب هو جواب قولك لماذا التزم المدين فالسبب هو علة نشوء الرابطة القانونية والدافع الحقيقي اليها".

واذا عدنا الى نص المادة (137) من القانون المدني المصري، وجدنا النص:"أن كل التزام لم يذكر له سبب في العقد، يفترض أن له سببا مشروعا، ما لم يتم تحليل على غير ذلك، ويعتبر السبب المذكور في العقد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك، فاذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعي أن للالتزام سببا آخر مشروعا أن يثبت ما يدعيه".

ومن هذا النص يتضح أنه لا يلزم ذكر سبب التزام المتعاقدين في العقد وانعدام ذلك لا يؤدي الى بطلان العقد. وعدم وجود السبب يظهر بجلاء في المعاملات التي تتم بموجب الأوراق التجارية كالشيك أو السند الأدنى أو السند لحامله، أو بصفة عامة كل ما يعد من الأوراق التجارية التي يتم التعامل بها الكترونيا [2]، وكذلك المادة (166) من القانون المدني الأردني نصت على أنه :"لا يصح العقد اذا لم تكن فيه منفعة مشروعة لعاقديه. ويفترض في العقود وجود هذه المنفعة المشروعة ما لم يقم الدليل على غير ذلك".

---

[1]– شنب محمد لبيب، مبادئ القانون "المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام"، الطبعة الاولى، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1970، ص 319.

[2]– رضا متولي وهدان، المرجع السابق، ص 38–39.

ولا بد من الإشارة الى وجود قاعدتين أساسيتين لاتباث السبب أولها افتراض توافر السبب المشروع في الالتزام ولو أغفل ذكره في العقد الى أن يقوم الدليل على غير ذلك ويكون عبء اثبات عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته على عاتق المدين الذي يطعن في العقد، أما الثانية فهي افتراض مطابقة السبب المذكور في العقد للحقيقة الى أن يقوم الدليل على صوريته فاذا اقيم وجب على الدائن أن يثبت توافر الالتزام على سبب حقيقي تلحق به صفة المشروعية، وهذا ما ورد في المذكرات الايضاحية لكل من القانون المدني المصري والقانون المدني الاردني علما أن المذكرات الايضاحية للقانون المدني الاردني تتحدث عن القاعدة الثانية فقط، وهذا يعني أن السبب اذا ذكر في العقد يكون حقيقيا الا أن ذلك يعتبر قرينة قابلة للعكس، ويقع عبء إثبات الصورية على من يدعيها، وبالمقابل فان عدم ذكر سبب الالتزام في العقد لا يبطله، لأن القانون لا يشترط ذلك وهو ما قضت به محكمة النقض المصرية.[1]

وأخيرا فان العقود الالكترونية والتي تتضمن أفعالا خادشة للحياء تكون باطلة لكون السبب غير مشروع مع الأخذ بعين الاعتبار اختلاف مفهوم الآداب العامة من دولة الى اخرى وفقا لتحرر المجتمع، وهذا يتطلب بطبيعة الحال ضرورة التنسيق بين الدول على المستوى الاقليمي والدولي.

[1]– جاء في النقض المدني: جلسة 27 ديسمبر 1967، مجموعة أحكام النقض س 13، رقم 191، صفحة 714، "اذا ادعى المدين صورية السبب الوارد في العقد كان عليه عبء اثباتها فان أثبتها وقع عبء اثبات أن للعقد سببا مشروعا آخر على الدائن التمسك به".

المطلب الثاني
أنواع العقود الالكترونية

أدى إنتشار وتطور تقنيات شبكة الأنترنيت الى توفير العديد من الخدمات منها إستعمالها في التفاوض على العقود وابرامها، وبتعدد هذه التقنيات واختلافها تعددت معها أنواع العقود الالكترونية وصورها.

وتتخذ العقود الالكترونية أنواع كثيرة يمكن تقسيمها حسب موضوعها الى مجموعتين: عقود الخدمات الالكترونية وعقود المعلوماتية، فالمجموعة الأولى خاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنيت، فهي من قبيل عقود الاستهلاك وعقود الاذعان التي تستوجب حماية المستهلك، أي المشتري في مواجهة مورد هذه الخدمة، أما المجموعة الثانية فتكمن في عقود المعلوماتية التي تختلف باختلاف محلها، فقد تكون عقود بيع برامج المعلومات أو عقود ترخيص باستعمال هذه البرامج.

وبتعدد تقنيات شبكة الأنترنيت المستعملة واختلافها تطورت صور التعاقد الالكتروني، فقد يتم التعاقد عن طريق نظام البريد الالكتروني، وقد يتم عن طريق المواقع الالكترونية، كما قد يتم العقد عن طريق المحادثة المباشرة عبر الشبكة، وسنتعرض لها ونتطرق لها بالتفصيل:

الفرع الأول
عقود الخدمات الالكترونية:

عقود الخدمات الالكترونية هي تلك العقود التي تبرم بين مزودي خدمة الأنترنيت والمستفدين منها، أي هو العقد الذي يبرمه المستهلك أو طالب الخدمة مع المزود بخدمة الأنترنيت، وتتعدد صور هذه العقود مما يؤدي الى تطورها وتداخلها فيما بينها وهذا راجع الى خصوصية موضوعها أو محلها، لذلك سنقتصر على ذكر بعضها، والتي تعتبر الأكثر شيوعا واستعمالا من قبل المستهلكين أو الزبائن:

أولا-عقد الدخول الى الشبكة:

يعد هذا العقد من أهم العقود الالكترونية وأكترها انتشارا، لأنه المدخل الاساسي للاستفادة من الحاسوب واستخدامه في مجال التجارة والعقود الالكترونية، وذلك لكون الشبكة وسيلة مهمة للتحاور والتفاوض ونقل المعلومات بين المستخدمين في شتى أنحاء العالم.

ويقصد به ذلك العقد الذي يلتزم بمقتضاه مقدم الخدمة بتمكين العميل من الدخول الى الانترنيت والتجول فيها واجراء تصفح للمواقع والتعامل مع هذه المواقع، وذلك بإتاحة الوسائل التي تمكنه من ذلك ، وأهمها توفير المواديم وخط الوصل معه لامكانية ربط المواديم مع جهاز الحاسوب والأقمار الاصطناعية التي من خلالها يتم يث اشارات رقمية [1] يتم تحويلها الى الشكل الذي نجد شبكة الانترنيت عليه، كما يجب على المزود توفير كافة البرامج الاساسية لتشغيل خدمة الانترنيت، والقيام ببعض الخطوات الفنية الضرورية لتسجيل العميل الجديد، وذلك مقابل التزام العميل سداد رسوم الاشتراك المقررة.

غير أنه تختلف طريقة تقديم هذه الخدمة الى العملاء من شركة الى أخرى، فمنهم من يزود المشترك باسم المستخدم والرقم السري للدخول الى شبكة الانترنيت عن طريقه، ومنهم من يصدر بطاقات تباع بمبالغ نقدية متفاوتة حسب ما تحتويه عن عدد ساعات الاستخدام، وبما أن مزود الخدمة يعتبر وسيط بين المستخدم من جهة ومورد المعلومات أو منتجها من جهة أخرى، لذا فهو غير مسؤول أمام الغير عن صحة أو دقة أو سلامة المعلومات التي ينقلها، وكل ما يمكن أن يسأل عنه هو الاخلال عن المسؤولية التعاقدية سواء أمام المستخدم لشبكة الانترنيت أم المورد، وكذا أي تقصير يحدث في اتاحة الاستخدام يكون مسؤولا عنه مسؤولية عقدية أذ أنه لم يمكن المستخدم من الانتفاع بالصورة التي يرغب بها.[2]

---

[1]- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 47.

[2]- ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الأنترنيت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه تخصص فقه مقارن، سنة 2012، جامعة العراق، ص 62 – 63.

ثانيا- عقد الايواء:

أو ما يسمى عقد التوطين أو عقد الايجار المعلوماتي، يعرفه البعض بأنه:"التقاء ارادتين على ابرام محل معلوماتي، أي بيانات ورسائل يتم تداولها بين مستخدمي هذه المعلومات، وارسالها الى الغير بأية وسيلة كانت سواء أكانت تقليدية أو الكترونية".[1]

هو عقد من عقود تقديم الخدمات الذي بمقتضاه يمكن مورد الخدمة العميل من الانتفاع ببعض الأجهزة والأدوات المعلوماتية و استغلال خدمات، وغالبا ما تكون هذه الخدمات اتاحة مكان على شبكة الانترنيت واتاحة الانتفاع بمساحات على القرص الصلب لأحد أجهزة الحاسوب، يمكن من خلالها للمستخدم امكانية استخدام البريد الالكتروني (E-mail) يمنح حرية التصرف بالمعلومات المتوافرة على المواقع، وحجز مكان من سعة المواقع وذلك في فترة زمنية معينة مقابل مبلغ مادي يدفع الى صاحب هذه المنفعة مع امكانية حق المالك استرداد كافة البيانات و الأدوات التي منحها في حالة انتهاء مدة العقد.[2]

ويمكن تكييف هذا العقد من ضمن عقود الايجار وليس من ضمن عقود المقاولة، وذلك لأن مقدم الخدمات يضع امكانياته الفنية وبعض أجهزته تحت تصرف المشترك، لأن غايته تمكين المستخدم من الانتفاع بالعين المؤجرة، بينما تبقى ملكية المعلومة لأصحابها، وبما أن هذا العقد يرتبط ارتباطا وتيقا بالأنترنيت وهو يقوم على ضرورة المرور الفني الالزامي المستقر عبر الأنترنيت، ويتخد العميل موقفا على الشبكة ومن خلالها يتمكن التعامل مع الغير والاضطلاع على الخدمات والأعمال التي ينوي الحصول عليها أو يود عرضها على المستهلكين، ويتمكن من فتح متجر أو مؤسسة تجارية ويعرض منتوجه على الجمهور، بشرط أن يتبع نظاما معينا يبرمجه ويفرضه مقدم الخدمة .

---

[1]- محمد فواز المطالقة، الوجيز في العقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، سنة 2008، ص 39.

[2]- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 51.

ويتبين من خلال ذلك أن عقد الايجار المعلوماتي هو من العقود الأساسية لتوافر استخدام شبكة الانترنيت، فمن خلالها تتوفر آلية الاتصال وبرامج الانترنيت، فمتى توفرت هذه المواد فان استخدام الانترنيت يكون سهلا وفي متناول الجميع، ويتم اجراء كافة التصرفات المباحة من خلال الشبكة كابرام العقود الالكترونية والتجول في المواقع والتصفح وغيرها مما يرغب فيه، فعقد الايجار المعلوماتي يمكن أن يكون من العقود الالكترونية اذا ابرم كليا أو تمت أية مرحلة من مراحله عبر الوسائل الالكترونية، لأنه يوفر للمستخدمين الغاية التي يرغب بها من خلال قنوات المعلومات التي تزودنا بما نسعى اليه مناستخدامنا لشبكة الانترنيت.[1]

ثالثا- عقد المتجر الافتراضي:

يعد هذا العقد من عقود تقديم الخدمات، ويكتسب أهمية بالغة في مجال العقود الالكترونية، وهو عقد بمقتضاه يتمكن التاجر من عرض بضاعته أو سلعته وذلك من خلال موقع الكتروني لقاء أجر متفق عليه، أي أنه عبارة عن عقد يبرم بين العميل وتاجر صاحب مركز تجاري افتراضي على شبكة الانترنيت، يتيح من خلاله هذا الاخير للعميل موقع محدد لنوع من التجارة يكون مرخص، يمكن العميل من فتح المتجر الخاص به على هذا الموقع مقابل دفع مبلغ مالي ووفق شروط ونظام معين، ويلتزم الموجب أو مقدم الخدمة بأن يمكن العميل من أو التاجر المستفيد من عرض سلعته عبر الموقع الالكتروني أو المركز التجاري الافتراضي، ويلتزم العميل بدفع المقابل المتفق عليه مسبقا.[2]

ويتضمن المتجر الافتراضي نوعين من الشروط:

النوع الأول:

شروط عامة تخضع لها المتاجر المشاركة في المركز التجاري الافتراضي، مثل الالتزام بفتح المتجر الخاص بالمشارك على شبكة الانترنيت وما يتضمنه ذلك من الترخيص له باستخدام برامج متخصصة تسمح له بمشاركة التجارة عبر الانترنيت، وتقديم بيان مفصل للسلع

[1]- محمد فواز المطالقة، المرجع السابق، ص 40.

[2]- الياس ناصيف، المرجع السابق، ص 54.

والمنتجات المعروضة واللغة المستخدمة وتحديد الأسعار بوضوح وبيان الضرائب ونفقات الشحن والتعرفة الجمركية ومواعيد التسليم وتحديد البيانات الشخصية لمقدم الخدمة واحترام الأعراف والتشريعات السارية وتنظيم ابرام العقود مع الأفراد وسبل الوفاء بها وغيرها من المعلومات الأخرى التي تفيد اعلام المستهلك.[1]

وأما النوع الثاني فيتضمن:

شروط خاصة بالمتجر فهي تختلف من متجر الى آخر، ومما يلفت النظر أن المتجر الافتراضي يعد الآن أفضل من المتاجر العادية ذات الكيان المادي، لأنها توفر أجرة الحراسة وفواتير الكهرباء و المياه وأجرة البائعين، كما لا توجد اجتمالات سرقة المتجر أو احتراق البضاعة الموجودة فيه.

بما أن التاجر كي يجري صفقات وتعاقدات مع عملائه الكترونيا يجب أن ينشأ موقعا تجاريا على الشبكة، وغالبا ما يعهد بهذه المهمة الى أحد المهنيين المتخصصين في مجال المعلوماتية، والذي يتولى بدوره تصميم هذا الموقع على حساب الشروط المتفق عليها والتي من أهمها: جمال التصميم وفعاليته، سهولة الاستخدام، سرعة تحميل الصفحات، السماح لمستخدمي الانترنيت والعملاء بالولوج الى هذا الموقع والتجول فيه بحيث يتمكنون من العثور على السلع المطلوبة بيسر وسهولة، وكذلك عرض السلع والخدمات بطريقة تلفت انتباه المستخدم مع بيان دقيق لمواصفاتها وأسعارها وكيفية دفع الثمن، وعرض نموذج العقد متضمنا جميع الشروط التعاقدية والتي ينبغي على العميل العلم بها قبل ابرام العقد وحصوله السلعة أو الخدمة.[2]

رابعا- عقد انشاء موقع على شبكة الانترنيت

الموقع الشبكي هو الواجهة أو المعرض التجاري للمنشئ، ويجب تزيينها بالديكور والاضاءة لكي يكون مشوقا تماما كما هو الحال في المعارض وواجهات المحلات التجارية، فالموقع هو

[1]- ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 65.

[2]- بسام شيخ العشرة، حنان مليكة، التجارة الالكترونية، منشورات الجامعة الافتراضية السورية، 2018، ص 27.

عبارة عن كتاب يحوي المعلومات والنصيحة التي ينشد معرفتها العملاء الراغبون حول الشركة ومنتجاتها وخدماتها وأسعارها والفوائد التي يحثها العميل من تعامله معها، كما يحوي الكتاب على شهدات نجاح ذكرها عملاء تعاملو مع الشركة من قبل ويحوي أيضا على زاوية للإجابة على أسئلة العملاء وتلقي آراءهم ومقترحاتهم.

ويعرف الفقه هذا العقد بأنه:" كل خدمة تقدم عبر شبكة الاتصالات المتعددة وتتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة والأصوات، والمعالجة بلغة الكمبيوتر التي تسمى HTML والموضوعة تحت تصرف مستخدم الشبكة".[1]

يتضح من خلال هذا التعريف أن هذا العقد هو من عقود الخدمات الالكترونية، يلتزم بموجبه مقدم خدمة الانترنيت بانشاء موقع للزبون المشترك من خلال جهاز الحاسوب الآلي الخاص به، والمزود بخدمة الانترنيت لتمكينه من التعامل عبر هذا الموقع.

الفرع الثاني

عقود التجارة على الخط

تشمل هذه العقود أنواع متعددة، ومن أبرزها وأهمها: عقد البيع على الخط، وعقد خدمة المساعدة الفنية، وهذا ما سنتطرق اليه بالتفصيل:

أولا- عقد البيع على الخط:

أو ما يسمى بعقد البيع عن البعد، وقد عرفت المادة (121) من قانون الاستهلاك الفرنسي رقم 88-21 الصادر في 1988/01/06 أنه:"البيع عن بعد هو كل بيع أو توريد، أو تقديم خدمة ينعقد من دون حضور مادي للأطراف، بين المستهلك والمهني الذي من أجل ابرام هذا العقد يستخدم عدة جمل تقنية في الاتصال عن بعد".[2]

[1]- معزوز دليلة، العقد الالكتروني، محاضرات لطلبة سنة أولى ماستر تخصص عقود ومسؤولية، جامعة آكلي محند أولحاج البويرة تخصص قانون خاص، سنة 2016/2015، ص 11.

[2]- C.consom, le 121-16 ; N°21 : « toute vente bien ou toute fourniture d'un prestation des services conclue, sous la présence physique simultanée des parties, entre consommateur et un professionnel qui pour conclusion de contrat, utilisent exclusivement, une ou plusieurs techniques de communication a distance. »

يعتبر هذا العقد من أكثر العقود الالكترونية انتشارا وهو في الحقيقة عبارة عن عقد بيع تقليدي تنطبق عليه أحكام البيع بشكل عام، غير أنه يتم عن بعد عبر وسائل مختلفة، كالهاتف أو غرف الفيديو أو الكتالوج الالكتروني والتلفاز و الانترنيت.

ثانيا- عقد خدمة المساعدة الفنية

ويطلق على هذه الخدمة عادة مصطلح الخط الساخن Hotline، وهو يعد نوعا من أنواع المساعدة الهاتفية، ولكنه لا يقتصر على الانترنيت فقط بل يمكن أن يتم عبر تقنيات الاتصال الاخرى.

يهدف هذا العقد الى مساعدة المستخدم الحديث للانترنيت على مواجهة وتذليل الصعوبات الفنية أو التقنية التي قد تعترضه خاصة وأنه يقدم الضمان المناسب لحسن إتمام العمليات المرتبطة بممارسة التجارة الالكترونية، وبشكل خاص ابرام العقود الالكترونية الواردة على المنتجات ذات التقنية العالية.[1]

ويشهد هذا العقد أهمية متزايدة نظرا للتطور المذهل في مجال تقنيات الاتصال ونظم المعلومات، ويلقي هذا العقد التزامات متبادلة على عاتق كل من طرفيه: مقدم الخدمة والعميل والتي من أهمها:

أ- بالنسبة لمقدم الخدمة، يلتزم بما يلي:

* تحديد وقت دخول العميل الى الخط الساخن.

* تحديد اللغة التي تقدم بها الخدمة.

* تحديد خدمات المساعدة الفنية التي يقدمها.

* تحديد المدة التي يستغرقها حل المشاكل التي يطرحها العميل.

ب- أما العميل فيلتزم بما يلي:

[1]- ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 66.

* سداد مبلغ الاشتراك المتفق عليه.

* مراعات القوانين والاعراف السائدة.[1]

[1] بسام شيخ العشرة، حنان مليكة، المرجع السابق، ص 29.

المطلب الثالث

صور التعاقد الالكتروني

أولا- التعاقد عن طريق البريد الالكتروني

يقصد بالبريد الالكتروني تبادل الرسالات بين الأطراف بطريقة الكترونية، وينظر اليه على أنه النظير الالكتروني للبريد العادي.[1]

وعرفته المادة الاولى من القانون الفرنسي المسمى قانون الثقة في الاقتصاد الرقمي في فقرتها الأخيرة البريد الالكتروني بأنه:"كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو صور أو أصوات يتم ارسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على أخد خدمات الشبكة أو في أجهزة المرسل اليه حتى يتمكن هذا الأخير من استعادتها"[2]

وتقوم فكرة البريد الالكتروني على تخصيص مزود خدمات البريد الالكتروني مساحة مخصصة تكون مخصصة للبريد الصادر والوارد وتمنح لكل مشترك عنوان خاص به يمكنه من تبادل الرسائل الالكترونية، والملفات والرسوم والصور عن طريق ارسالها من المرسل الى شخص أو أكثر.[3]

وتتم عملية التعاقد عن طريق البريد الالكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول الى صندوق بريده الالكتروني وارسال رسالة الى من يريد التعاقد معه على عنوان بريده الالكتروني تتضمن شروط التعاقد وبنوده، ويجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الالكتروني في المكان المخصص في صندوق البريد الالكتروني للمرسل، ثم يدون الرسالة التي

---

[1]- يطلق عليه باللغة الانجليزية Electronic mail ويرمز له اختصارا ب E-mail وكل عنوان للبريد الالكتروني يتكون من قسمين يفصل بينهما الرمز @ ويدل الجزء الأول على اسم المستخدم أو صاحب البريد أو حتى اسم مستعار يتبعه الرمز @ ثم يتبعه اسم الشركة أو الشبكة أو الموقع الذي يوجد به البريد الالكتروني.

[2]- جاءت صياغة هذه المادة باللغة الفرنسية على النحو الأتي:

On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau publique de communication, stocké sur serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère.

[3]- سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، الطبعة 2005، ص 26.

يرغب في ارسالها ثم يضغط على مفتاح الارسال الموجود في برنامج البريد الالكتروني وعندئذ ترسل الرسالة الى حاسوب المرسل اليه الذي يخزن الرسالة في صندوق البريد الوارد للمرسل اليه، وعند قيام المرسل اليه بالدخول الى صندوق بريده الالكتروني يمكنه قراءة الرسالة والرد عليها بنفس الطريقة بالقبول أو الرفض أو التعديل.[1]

وفي حالتي ارسال الرسالة أو الرد عليها برسالة مماثلة تتضمن القبول أو الرفض أو التعديل، يمكن أن يقترن برسالة البريد الالكتروني توقيع الكتروني يسمح بتحديد هوية صاحبها ويضمن سلامة الرسالة من أي تعديل أو تحريف.

ثانيا- التعاقد عن طريق الموقع الالكتروني

ان لفظ شبكة الويب (web) يقصد به شبكة المعلومة الدولية (world wide web)، والتي تتكون من عدد كبير من الوثائق المخزونة في حواسيب مختلفة في العالم، وقد شاع التعبير على شبكة الويب بلفظ (web page)، وقد يتبادر في الذهن أن مصطلح الموقع ومصطلح الانترنيت مترادفان لمعنى واحد، والواقع أنهما مختلفين، فالموقع ليس هو الانترنيت ولكنه وسيلة من بين وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الانترنيت، بل هو الوسيلة الأكثر شيوعا من بين وسائل الاتصال التي تقدم عبر شبكة الانترنيت، وهو الأكثر شيوعا واستخداما في الاتصال عبر الشبكة العالمية.

وتعد خدمة المواقع بمثابة البوابة الرئيسية للدخول الى شبكة الانترنيت، وتوصف المواقع أيضا بانها بوابة للبحث حيث تجمع كل الموارد التي تحتويها شبكة الانترنيت، ويستطيع أي شخص طبيعي أو معنوي أن يضع له موقعا ثابتا ودائما على شبكة الانترنيت، من خلاله يستطيع العرض أو الاعلان على أي شيء يود تقديمه كمعلومة أو عرض لإيجاب معين.[2]

واستخدام موقع الانترنيت يعني استمرارية هذا الموقع على مدار الساعة والايام وهو يتألف من مجموعة من الصفحات والصفحة الرئيسية، وعلى تلك الصفحات يتم عرض المنتجات أو

---

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 76.

[2]- ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 68 - 69..

الخدمات بصفة موجهة لجمهور المستهلكين، ويتم التعاقد عن طريق الضغط على زر الموافقة الموجود (OK-BOX)، أو عن طريق التنزيل عن بعد (DOWNLOAD)، وبعدئذ تخزن السلعة أو الخدمة أو المعلومة على جهاز حاسب المتعاقد وتلك السلع والخدمات إما أن تسلم بالطرق التقليدية كالسلع المادية مثلا، أو تسلم الكترونيا كالاستشارات الطبية أو القانونية أو البرامج التقافية.[1]

ومن أمثلة مواقع البيع على الشبكة العالمية: موقع أمازون (Amazon.com)، حيث يعتبر أكبر متجر بيع الكتب عبر الانترنيت، وموقع إي باي (Ebay)، حيث يعتبر من أكبر المزاد العلني على الأنترنيت، ويعتبر هذا العقد من عقود الاذعان، اذ لا يستطيع المتعاقد مناقشة شروط العقد أو تعديلها، فلا يتاح له سوى الضغط على زر الموافقة أو الاعتراض على اتمام التعاقد وصرف النظر عليه.

ثالثا- التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة

يتم التعاقد عن طريق المحادثة عن طريق التخاطب (chatting) عبر الانترنيت، ويتحقق هذا التخاطب بأن يفتح كل من المتعاقدين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت، فينتقل كل ما يكتبه الطرف الأول الى الصفحة المفتوحة بجهاز الطرف الثاني عبر صندوق البريد الالكتروني والعكس صحيح، ويلاحظ أن هذه الوسيلة توفر التعاصر الزمني لتبادل الأفكار بين الطرفين.[2]

أما في حالة التعاقد عن طريق المشاهدة، فيتم ذلك عن طريق ربط الجهاز بوسائل الاتصال الصوتية والمرئية (عبر الميكروفون وكامرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب) مما يسمح للطرفين بأن يسمع ويرى كل منهما الآخر دون حضور مادي في نفس المكان.[3]

---

[1]- عجالي خالد، المرجع السابق، ص 124.

[2]- ميكائيل رشيد علي الزيباري، المرجع السابق، ص 84، أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنيت دراسة مقارنة، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، 2002، ص 48.

[3]- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، طبعة 2008، ص 286.

ورغم فعالية هذه الوسيلة كصورة من صور التعاقد الالكتروني، فأنها أقل انتشارا وأهمية في التعاقد عن طريق شبكة الانترنيت وان كانت تجمع مظاهر وأشكال التعبير عن الارادة إذ يمكن للطرفين المحادثة شفويا باستعمال ألفاظ مفهومة بينهما، كما يمكن الاقتصار على الكتابة أو الاشارة، وهي كلها أوجه للتعبير الصريح عن الارادة التي أقرتها القواعد العامة في التقنينات المدنية، وبالرجوع الى نص المادة (1369) الفقرة الاولى من التقنين المدني الفرنسي التي جاء فيها أنه يمكن ابرام العقود بطريقة الكترونية، فانه يتضح أن التفاعل الحواري المباشر بين طرفي الرابطة العقدية هو طريقة الكترونية.

الفصل الثاني

ابرام العقد الالكتروني والعدول عنه

طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة لنظرية العقد، فإن أي عقد يعتبر مبرما متى تبادل طرفاه التعبير عن ارادتيهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية، وانطباق هذه القاعدة على العقد الالكتروني يؤدي الى القول بأن وسائل الاتصال الحديثة ليست وسائل جديدة للتعبير عن الارادة، وإنما هي وسائل حديثة لنقل الارادة، كانت ولا تزال اللفظ والكتابة والاشارة المتداولة عرفا، غير أن استخدام الوسائل الالكترونية في نقل التعبير عن الارادة قد أنتج أنماطا جديدة خرجت عما هو مألوف ضمن المنظومة التعاقدية، فالعقود الالكترونية رغم أنها عقود إذعان على الرأي الغالب، فإنها لا تبرم دائما بطريقة الاذعان، ولكن تسبقها مرحلة التفاوض على إبرام العقد، ثم تأتي مرحلة التعاقد لتضع كيانا جديدا يضاف الى ما هو معروف في قواعد نظرية العقد.

لهذا سنقسم الفصل الى مبحثين، المبحث الأول سنتحدث فيه عن مرحلة التفاوض الالكتروني (المطلب الأول) ، ثم مرحلة التعاقد(المطلب الثاني) ، وإثبات العقد الالكتروني (المطلب التالث).

أما المبحث الثاني، فسنخصصه للعدول عن العقد الالكتروني، فسنتناول مفهوم العدول عن العقد الالكتروني (المطلب الأول) ، تم نتكلم على نطاق ممارسة الحق في العدول (المطلب الثاني) ، وفي الأخير نتكلم عن آثار الحق في العدول عن العقد الالكتروني (المطلب الثالت) .

المبحث الأول

إبرام العقد الالكتروني

لا يكون العقد عموما والعقد الالكتروني خاصة، في صورته البسيطة التي تفترض وجود طرفان يعبر كل منها عن ارادته بوسيلة عادية أو إلكتروني فيتم العقد، فقد ظهر نتيجة التقدم العلمي والتطور الاقتصادي العقود ذات الأهمية الكبرى في حياة الأفراد والمجتمعات والتي لا تبدأ بمرحلة الانعقاد دائما، بل تسبقها مرحلة التفاوض والتي غالبا ما يلجأ الأطراف المقبلون على العقد لتنظيمها بغرض تحديد حقوق وواجبات كل طرف.

ومرحلة التفاوض في العقد الالكتروني، لا تنفي عنه صفته كعقد إذعان في معظم الأحيان، فطريقة انعقاد العقد قد تجعله عقد إذعان إذا توافرت شروط الإذعان، ولكن إذا اشترط أحد الطرفين أو كلاهما اللجوء الى التفاوض قبل الدخول في الرابطة العقدية، فإن القانون لن يمنع ذلك.

وإذا ما تمت مرحلة التفاوض بنجاح، فإن الأطراف سينتقلون الى مرحلة التعاقد وما تحتويه من خصوصية في العقد الالكتروني.

وسنعالج في هذا المبحث مرحلة التفاوض الالكتروني، بإعتبارها مرحلة تسبق انعقاد العقد الالكتروني ليس في كل الحالات وانما في الأعم الغالب منها، في المطلب الأول، لنعالج في المطلب الثاني مرحلة التعاقد، ثم في المطلب الثالث نتطرق الى إثبات العقد الالكتروني.

المطلب الأول

مرحلة التفاوض الالكتروني

كثيرا ما يمر العقد قبل إنعقاده بمراحل قانونية أو مادية، أهمها إجراء مفاوضات، بهدف تسوية الخلافات والوصول الى إبرام العقد على نحو يرتضيه جميع الأطراف.

ورغم أن مرحلة التفاوض لا تدخل ضمن مراحل انعقاد العقد، إلا أنها تمثل أهمية كبيرة في مجال تفسير العقد، والكشف عن نية طرفيه في حالة قيام النزاع، وفي مجال التعاقد الالكتروني يعتبر التفاوض ذا أهمية خاصة كونه يحدد الأمور التي يدور التراضي حولها، حيث يقوم أطراف العقد عادة بتحديد العناصر التي يتم التفاوض بشأنها بغرض الوصول الى تكوين عقد مستقر خال من النزاع.

الفرع الأول

مفهوم التفاوض الالكتروني

التفاوض لغة :" مشتق من الفعل فوض، يقال: فوض اليه الأمر: صيره اليه وجعله الحاكم فيه، والمفاوضة :المساومة والمشاركة، وتباذل الرأي من ذوي الشأن، وفاوضه في أمره أي جاراه، وتفاوض القوم في الأمر، أي فاوض بعضهم بعضا فيه بغية الوصول الى تسوية وإتفاق".[1]

ويعرف التفاوض بأنه:" تبادل الاقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقاريروالدراسات الفنية والاستشارات القانونية، التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة وهي من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف وتبين ما قد يسفر عنه الاتفاق من حقوق والتزامات للطرفين".[2]

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، الجزء الخامس، ص 170 – 171.

[2]– ابراهيم خالد ممدوح، ابرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 209.

يعرفه البعض بأنه:" التحاور والمناقشة وتبادل الأفكار والآراء والمساومة بالتفاعل بين الأطراف من أجل الوصول الى اتفاق معين حول مصلحة أو حل لمشكلة ما".[1]

ويرى البعض بأنه:" حدوث إتصال مباشر أو غير مباشر بين شخصين أو أكثر بمقتضى إتفاق بينهم يتم خلاله تبادل العروض و المقترحات وبذل المساعي المشتركة، بهدف التوصل الى اتفاق بشأن عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل".[2]

وعرف أيضا بأنه:" عملية التفاهم والاتصال والأخذ والعطاء بهدف الوصول الى إتفاق مع الآخرين، الذي يجمعنا بهم بعض المصالح والارتباطات، بينما تتعاض بعض مصالحنا الأخرى معهم".[3]

كما عرف الدكتور محمد حسين عبد العال المفاوضات العقدية بأنها:" كل ما يصدر عن أحد الطرفين متصلا بعلم الطرف الآخر ويكون متعلقا بتكوين تصور مشترك لعقد يسعيان الى إبرامه".[4]

من خلال هذه التعاريف نستخلص أن التفاوض الالكتروني هو المرحلة التمهيدية قبل مرحلة التعاقد، التي تتم فيها دراسة ومناقشة شروط العقد بين الأطراف المتفاوضة،من خلال الوسائط الالكترونية التي أفرزتها شبكة الأنترنيت، وإن أهم ما يميز مرحلة التفاوض هو عنصر الاحتمال، حيث أنه من الغير مؤكد بالنسبة للطرفين أن تلك المفاوضات تؤدي الى إتفاق، فهذه المفاوضات إما أن تسفر عن ابرام العقد وبالتالي انتهاء الفترة ما قبل التعاقدية، وإما أن تصل المفاوضات الى طريق مسدود وبالتالي الانصراف عن الاستمرار فيها.

---

[1]– د.أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني– السياحي– البيئي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002، ص 62.

[2]– د. شريف محمد غانم، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2000، ص 35.

[3]– د.عاطف جابر طه عبد الرحيم، إدارة التفاوض–مدخل صناعة الصفقات العالمية في عالم يموج بالتنافسية، الدار الجامعية، مصر، 2008، ص 18.

[4]– محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 10.

ويقوم التفاوض على العقد على صفة التبادلية، حيث يتعاون الطرفان على التقريب في وجهات النظر المختلفة وتبادل العروض والمقترحات، إذ يقوم كل طرف بتعديل الشروط والمطالب التي يقدمها حتى يتم التوصل الى تحقيق نوع من التوازن بين مصالح الطرفين، فلو لم يكن هناك مجال للنقاش أو التنازل فليس هناك أية عملية للتفاوض.

وإذا كنا قد أشرنا فيما سبق الى أنماط وصور التعاقد الالكتروني، فإن التفاوض لا يمكن تصوره في كل تلك الأنماط والصور، فبالنسبة لصور التعاقد من خلال الموقع الالكتروني، فإنه لا يمكن الحديث عن التفاوض في هذا النوع من التعاقد، وذلك لأن الايجاب الموجود على الموقع يكون سابقا، فهو عبارة عن صفحة من صفحات الموقع تحتوي على كل شروط العقد وفي آخر الصفحة توجد خانة القبول أو الرفض، وبالتالي فإن المتعاقد لا يتاح له ألا أن يقبل التعاقد بهذه الشروط فيضغط على خانة القبول، أو يرفض التعاقد فيخرج من الموقع.[1]

وبالرغم من الدور الذي يلعبه التفاوض في العقود الالكترونية، غير أن هناك بعض التقنينات المدنية ومن بينها الجزائري والمصري والفرنسي، قد خلت من أي نص ينظم المرحلة السابقة للتعاقد، مما يجعل هذه المهمة من مهام الدراسات الفقهية والاجتهاد القضائي الذي يستند الى بعض النصوص الغير مباشرة التي تشير الى مرحلة التفاوض.[2]

فنجد المادة (65) من القانون المدني الجزائري تنص على أنه:"إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عن عدم الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".[3]

ونفس المادة أشار اليها المشرع المصري في المادة (95) من القانون المدني المصري.

---

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 134.

[2]- ابراهيم خالد ممدوح، المرجع السابق، ص 208.

[3]- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 2007/05/13.

غير أن، القانون المدني الأردني أشار الى التفاوض في الفقرة الثانية من نص المادة (94) والتي اعتبرت أن النشر، الاعلان، بيان الأسعار والعروض الموجهة للجمهور والأفراد تعتبر عند الشك دعوى للتفاوض.

كما تنص المادة (100) من نفس القانون أن:"يطابق القبول الايجاب إذا اتفق الطرفان على المسائل الجوهرية، التي تفاوض فيها. أما الاتفاق على بعض المسائل فلا يكفي لالتزام الطرفين حتى لو أثبت هذا الاتفاق بالكتابة". وعليه، فإن المشرع الأردني لم يعالج بالنص المرحلة السابقة للتعاقد وانما اكتفى بالإشارة اليها .

ونجد بعض التقنينات الحديثة أشارت بالشكل الصريح لموضوع التفاوض، ومنها القانون المدني الايطالي الذي نص في مادته (1337) على أنه:"يلتزم الأطراف أثناء المفاوضات وابرام العقد، بالتفاوض بما يتفق وحسن النية".

كما نصت المادة (1) من القانون المدني الياباني على أنه:" استعمال الحقوق وتنفيذ الالتزامات ينبغي أن يتم بأمانة وحسن نية".

كما أجاز القانون الأمريكي للمعاملات التجارية الالكترونية لسنة 1999، إجراء المفاوضات وإبرام العقود ونشوء الالتزامات بطريقة إلكترونية، عندما عرف في المادة 2/2 منه ماهية الأعمال التجارية الالكترونية بأنها:" تلك الأعمال التجارية التي تدار أو تتم بالكامل أو جزء منها بوسائل الكترونية أو بالتسجيل الالكتروني، وهذه الأعمال تهدف الى ابرام العقود أو الوفاء بالالتزامات الناشئة عن الصفقات التجارية".[1]

[1]– عتيق حنان، مبدأ سلطان الارادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون دولي، 2012، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، معهد الحقوق، ص 14 – 15.

الفرع الثاني

أهمية التفاوض الالكتروني

التفاوض الالكتروني من شأنه أن يذلل الصعوبات التي تتمثل في التعقيدات القانونية والفنية التي يتعرض لها طرفي العقد، حيث أنها تحد من الجسيمة التي من الممكن أن تواجه المتعاقد في إتمامه وانعقاده على اعتبار أن العقد الالكتروني ينعقد دون الحضور المادي للطرفين، فاللجوء الى التفاوض من شأنه الحد من الاشكالات القانونية التي من الممكن أن تظهر في المستقبل جراء عدم الالتزام بالعقد، أو بحدوث جهل لدى أحد طرفيه.

ورغم شيوع اللجوء في التفاوض قبل ابرام العقود، خاصة العقود ذات أهمية كبرى كتلك المبرمة بين الشركات أو التي يكون محلها ذات قيمة مالية ضخمة، فإن أغلب التشريعات المدنية لم تول لها اهتمام ولم تورد أي نص ينظمها.

وتعد نظرية الفقيه الألماني – أهرنج – أول دراسة حول التفاوض وأهميته، إذ أنها تقوم على ما سماه هذا الفقيه بالخطأ عند تكوين العقد، ومؤدى هذا أنه إذا أخفق الطرفان في التواصل الى إبرام عقد معين نتيجة تصلب موقف أحد الطرفين، كان هذا الطرف مسؤولا مسؤولية عقدية عن عدم التوصل الى إبرام العقد، ورغم ما لهذه الفكرة من انتقادات فإنها قد أسهمت اسهاما كبيرا في بيان الدور التي تؤديه المفاوضات في بناء العقد.[1]

وعليه تبرز أهمية التفاوض الالكتروني فيما يلي :

*–1 وضع العقد في صياغة قانونية سليمة، بحيث إن وضع ترتيب قانوني لعقد معين يتطلب دراسة دقيقة وأولية للشروط التي سيجري تنفيذها، وهذه الصياغة لا يمكن أن تأخذ شكلها النهائي إلا بعد مرورها بمفاوضات من شأنها إبراز جميع عناصر العقد، وهذه الصيغة مهمة جدا في العقود الالكترونية خاصة عندما تكون هذه العقود مركبة يساهم في تنفيذها أطراف متعددة من دول متعددة.

[1]– عجالي خالد، المرجع السابق، ص 148.

*-2 إن العقود الالكترونية تعد من العقود المبرمة عن بعد، مما يجعلها تثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة الى الجوانب العملية التعاقدية، مثل التأكد من هوية الشخص المتعاقد ومن المحل والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد وطرق الوفاء بالالتزامات، وهذا ما يمكن التأكد منه مبدئيا في مرحلة التفاوض.

*-3 تتسم المفاوضات في العقود الالكترونية بالسرعة وتوفير الزمن والنفقات، حيث أن المفاوصات تمكن أن تلعب دورا مهما في تفسير العقد عند غموضه ومعرفة قصد طرفيه من خلال ما يجري في هذه المرحلة، وتلعب المفاوضات دورا مكملا في العقد، بمعنى أنه يتم الرجوع اليها بوصفها جزءا من العقد لتحديد السعر ومكان البيع، وبالتالي تصبح ملزمة في الأمور المشار اليها أثناء المفاوضات وليس بناءا على حكم قانوني ملزم، مما يعني أن للمفاوضات الحاصلة دورا تفسيريا وتكميليا لإنعقاد العقد.

*-4 يتم التحديد الدقيق للحقوق والالتزامات من خلال التفاوض، حيث يعمل طرفي العقد على تعيين النقاط التي يجري تحديدها وتعريفها بمنتهى الدقة والوضوح، ومحاولة إزالة الإبهام قدر المستطاع فيما يخص الالتزامات والمبادئ التي تحكم علاقتهما التعاقدية، فهذه المرحلة إذا تسمح بالتقدير المسبق للإلتزامات التي يتحملها كل طرف، وكذا الحقوق التي يرغبون في الحصول عليها، كما يمكن للأطراف الاستعانة بذوي الخبرة من أجل تحديد الحقوق والالتزامات، لما تتضمنه هذه المرحلة من جوانب فنية وقانونية.

*-5 تعتبر المفاوضات أحد المعايير الذي بموجبه نفرق بين العقود الرضائية وعقود الاذعان على المستوى الدولي، إذ لم يعد من الممكن تبني مفهوم الإذعان المعروف في القانون الداخلي وتطبيقه على العقود الدولية التي تختلف شكلا ومضمونا عن العقود الداخلية.[1]

[1]- عتيق حنان، المرجع السابق، صفحة 16، لما عبد الصادق لهب، مجلس العقد الالكتروني، مدكرة الماجستار في القانون، 2008، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين، ص 51.

الفرع الثالث

الالتزامات الناشئة عن التفاوض الالكتروني

الأصل في الالتزامات التعاقدية هو خضوعها لمبدأ سلطان الارادة، الذي يقرر بعدم التزام الأطراف إلا بما ارتضوا به عند ابرام العقد، هذا ما يحول الى أن التزام المتعاقد يكون تاليا لقيام العقد وليس سابقا عليه، إلا أن في العصر الحديث، ظهرت التزامات تنشأ على عاتق الأطراف قبل التعاقد، وتتمثل هذه الالتزامات في :

أولا: الالتزام بحسن النية

مبدأ حسن النية هو يعتبر انعكاس للنفس الشريفة، والثقة واحترام القوانين والتعهدات، وهو بذلك يستدعى الى استبعاد كل مظاهر الخداع، المكر، وعدم الوفاء، بمعنى أنه مبدأ مبني على الإخلاص، وحسن شرف التعامل.[1]

أي أنه عبارة عن التزام الطرفان بالنزاهة والشرف والأمانة والثقة المتبادلة، والامتناع عن كل ما من شأنه إعاقة المفاوضات أو فشلها، والابتعاد عن أساليب الحيلة والمراوغة التي تسبب أضرارا للطرف الآخر.

وقد أخذ المشرع الجزائري مبدأ حسن النية بمفهومه الموضوعي في نص المادة (107) من القانون المدني الجزائري، الذي ينص على ضرورة تنفيذ الالتزامات وفق قاعدة حسن النية، غير أن هذا النص والمتعلق بحسن النية يقتصر تطبيقه على مرحلة تنفيذ العقد [2]، وإذا جاءت

[1]– رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون، كليات الدراسة الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، 2000، ص 02.

[2]– تنص المادة 107 من القانون المدني الجزائري على :" يجب تنفيذ العقد طبقا لما إشتمل عليه وبحسن النية. ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه فحسب، بل يتناول أيضا ما هو من مستلزماته وفقا للقانون والعرف والعدالة، بحسب طبيعة الالتزام. غير أنه إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي، وان لم يصبح مستحيلا، صار مرهقا للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة، جاز للقاضي تبعا للظروف وبعد مراعاة لمصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق الى الحد المعقول، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك".

الالتزامات المترتبة عنه غامضة بالكيفية التي تشكل محل نزاع بين أطراف العقد، فإن المحكمة تفسر مقتضيات ذلك وفقا لضوابط أخلاقية يجسدها مبدأ حسن النية.

ورغم أن غالبية النظم القانونية جاءت خالية من النص على ضرورة خضوع مرحلة التفاوض لمبدأ حسن النية، إلا أنه كانت هناك محاولات لتطبيق هذا المبدأ على المرحلة ماقبل العقدية، وذلك بقول أنه مبدأ يحكم جميع مراحل العقد، من ابرامه الى تنفيذه، و حتى تفسيره، حيث أن الفقه والقضاء في فرنسا يسلم بأن حسن النية ضابط أخلاقي للسلوك، وتعتبر أحد المبادئ العامة للقانون الوضعي، وأن المادة 3/1134 التي تتطلب تنفيذ العقود بحسن النية، ليست سوى تطبيقا لمبدأ قانوني عام لا يقتصر إعماله على مرحلة تنفيذ العقد، بل يبدأ تطبيقه ومراعاته منذ مرحلة التفاوض أي قبل انعقاد العقد.[1]

كما أن غالبية الفقه المصري المعاصر، ترى إمتداد آثار مبدأ حسن النية الى مرحلة ما قبل التعاقد، فلقد ذهب جانب منهم في سبيل التأكيد على مبدأ حسن النية في مرحلة قبل التعاقد الى القول بوجود التزام بالأمانة وحسن النية والثقة بين المتعاقدين عند إبرام العقد مستمد من الفقرة الثانية من نص المادة (150) من القانون المدني المصري، والمتعلقة بتفسير العقد والتي توجب على القاضي عند تفسير العقد الأخذ بمعيار الثقة المفترضة بين المتعاقدين وفقا للعرف الساري عليه المعاملات، فيمكن استخلاص التزام قانوني من هذا النص على عاتق الطرفين عند ابرام العقد بضرورة توفر الثقة والأمانة بين المتعاقدين.[2]

---

[1]– د محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998، ص 122.

[2]– د جمال عبد الرحمان محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض: نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنيت (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي)، دون دار النشر، 2004، ص 32 –33، وتنص المادة 150 من القانون المدني المصري على:" إذا كانت عبارة العقد واضحة، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين. أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد، فيجب البحث على النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ، مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين، وفقا للعرف الجاري في المعاملات".

ثانيا: الالتزام بالاعلام

تستوجب مرحلة المفاوضات احتوائها على الالتزام بالاعلام [1]، ويعد الالتزام بالاعلام في هذه المرحلة التزام تبادلي يثقل كاهل كل من طرفي التعاقد، بحيث يلتزم كل منهما بإعلام الآخر عن كل ما يعلمه أو ما يكون بمقدوره أن يعلم، ويكون من شأنه التأثير على قرارات المتفاوض الآخر بشأن عملية التفاوض.

وبناءا على هذا فإنه يقصد بمبدأ الاعلام أنه :"التزام قانوني سابق على ابرام العقدالالكتروني، يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزمع ابرامه، بتقديمها بوسائط الكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة ليتم ابرام عقد خال من أي عيب".[2]

وتجدر الاشارة أن الالتزام بالإعلام، لا ينصب على كل المعلومات التي قد تخطر ببال الشخص، وإنما تشمل فقط تلك المعلومات القانونية والواقعية التي من شأنها أن تؤثر على قرارات الأطراف بإستمرار في التفاوض أو في ابرام العقد النهائي المتفاوض عليه.

وهذا ما ذهبت اليه إحدى الهيئات التحكيمية المتمثلة في (CRDI)، أين أقامت تفرقة بين الالتزام بالاعلام بكل شيء، والالتزام بالاعلام بما يصاحب العقد محل التفاوض من ملابسات قانونية وواقعية، وكان ذلك بمناسبة نظره نزاع بين حكومة الكامرون وشركة(KLOCKNER)،

---

[1]– إن مفهوم الالتزام بالاعلام مفهوم قديم، باعتباره التزاما عقديا كان يقع كنتيجة ابرام نوع معين من العقود، لكن وحتى زمن قريب لم يكن مسموحا التفكير بوجود هذا الاتزام قبل وجود العقد، حتى كتب عنه الفقيه Juglart سنة 1907، ياعتباره التزام قبل عقدي يقتضيه مبدأ حسن النية في التفاوض، وبدأ يجلب أنظار الفقه، الشيء الذي انعكس حتى على تسميته، فمن الفقه من يسميه الالتزام بالادلال، ومن يسميه الالتزام بالتبصير، وهناك من سماه الالتزام بالافضاء، كما سمية أيضا الالتزام بالمصارحة، وبعد كل هذه الدراسة استقر كالتزام قبل عقدي هدفه حماية المتفاوض خارج ايطار الحماية التقليدية الممنوحة له عن طريق عيوب الارادة.

[2]– د عصاب عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009، ص 142.

أين اعتبر أن الالتزام بالإعلام بكل شيء من قبل التزيد، وهو الحكم الذي لقى تأييدا واسعا من قبل الفقه، واعتبروه يتسم بكثير من الواقعية.[1]

ويعتبر الإلتزام بالإعلام في مرحلة التفاوض موجود في الكثير من النظم القانونية الوضعية، كالقانون الألماني والأيطالي، وقد نص المشرع الجزائري على ذلك في الفقرة الثانية من نص المادة (85) من القانون المدني الجزائري، حيث تقتضي هذه الفقرة بأن السكوت العمدي عن واقعة تدليسا، إذ تبث أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة.

ويستشهد من خلال المفهوم المعاكس لهذه الفقرة، أن المشرع أوجب على طرفي العقد إعلام بعضهم البعض بأية واقعة جوهرية تتصل بعلاقتهم العقدية يكون لها تأثير في إقدام الطرف الآخر على التعاقد أو إحجامه عنه، وهو ما يعد إقرارا لفكرة الالتزام بالإعلام، سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه.[2]

ثالثا: الالتزام بالتعاون

إن الالتزام بالتعاون يعتبر التزاما مشتركا بين أطراف العقد، إذ يفترض أن يسود التعاون بين الأطراف سواء في مرحلة تكوين العقد أو تنفيذه، حيث يجب على كل طرف متفاوض تسهيل مهمة المتفاوض الآخر، بقصد الوصول بالمفاوضات الى نهاية منطقية، إما بالانعقاد المنشود أو بغض النظر عنه.[3]

---

[1]– هذا ما حكمت به غرفة التجارة الدولية بباريس، بالزام مفاوض بأن يطلع الطرف الآخر المتفاوض معه، بما قد يوجد لديه من أحكام خاصة في قانون الموطن الواجب التطبيق.

[2]– تنص الفقرة الثانية من المادة 85 من القانون المدني الجزائري على:"... ويعتبر تدليسا السكوت عمدا عن واقعة أو ملابسة إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة".

[3]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1994، ص 62 – 63.

كما أن الالتزام بالتعاون يتسم بالاستمرارية، حيث أنه يبقى من بداية مرحلة التفاوض الى غاية إبرام العقد بهدف الوصول الى الغاية المرجوة، [1] وعادة لا يتم النص الصريح، كتابة أو شفاهة، على الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة.

ومن صور التعاون الوطيد بين أطراف التفاوض، أن يحترم المتفاوضون مواعيد الجلسات والاستعانة بالخبراء أحيانا إذا اقتضى الأمر ذلك، وذلك لحسم المسائل الفنية محل الخلاف بين المتفاوضين، والجدية في مناقشة جدول الأعمال وما يقدم من عروض والامتناع عن التصلب للرأي من خلال إبداء الاستعداد الدائم لتقدير تنازلات أو توقفات، كما يفترض هذا الالتزام أن يتقدم المتفاوض بعروض جدية لا بعروض مبالغ فيها لمحاولات إفشال المفاوضات، وألا يسعى إلى خلق منازعات ووضع عراقيل لإجهاض العملية التفاوضية، كوضع الرسائل الغير مرغوب فيها وإرسالها الى البريد الالكتروني للمتفاوض الآخر [2]، كما يحتم على الأطراف كذلك بذل كل ما في وسعهما من أجل إنجاح المفاوضات وإنهائها في الموعد المتفق عليه، فإذا عزم أحد الأطراف قطع المفاوضات فإنه يجب عليه إخطار الطرف الآخر بذلك في الوقت المناسب لتجنب الاضرار به.

رابعا: الالتزام بالشفافية

يدخل من ضمن الالتزامات الملقاة على على أطراف التفاوض الالكتروني، الالتزام بالشفافية ومعنى ذلك هو التزام كل متفاوض بتحري الدقة فيما يقدمه من بيانات أو معلومات للمتفاوض الآخر، فيجب أن تتسم هذه المعلومات بالدقة والشمولية وألا تكون مغلوطة أو مفرطة في التفاعل أو مغرقة في التشاؤم أو من شأنها أن توقع الطرف الآخر في غلط يغريه بالتعاقد، حيث يجب على كل متفاوض أن يسلك إتجاه الآخر مسلكا يتسم بالشفافية في كل ما يقدمه من

[1]– مصطفى موسى المجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنيت، دار الكتب القانونية/دار شتات للنشر والبرمجيات، مصر، 2010، ص 265.

[2]– السيد محمد عمران، الالتزام بالإخبار، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1994، ص 18.

معلومات حتى يستطيع الطرف الآخر أن يحاط بكل مكونات العقد المتفاوض بشأنه، فيتخذ قرار عن البصر والبصيرة.[1]

وهكذا فشمولية المعلومات التي يقدمها المتفاوض عبر الانترنيت للطرف الآخر يجب ألا تكون ناقصة، بل يجب أن تكون تامة وكاملة، حيث أن مبدأ الشفافية يقتضي المكاشفة، وتفادي الغموض والحيل أو إعطاء وعود وآمال كاذبة [2]، ومعنى ذلك أن المعلومة التي يقدمها كل متفاوض الى الآخر يجب أن تكون دقيقة وكاملة بالقدر الذي يسمح بالاعتماد عليها، وتكفي في حد ذاتها لكي يتخذ المتفاوض الذي قدمت له قراره على أساسها.

ومن صور اخلال الالتزام بالشفافية نذكر على سبيل المثال: انهاء المفاوضات في وقت غير ملائم وبدون سبب مشروع، حيث يقتضي عدم الدخول في التفاوض إلا إذا كان لدى المتفاوض نية حقيقية وجادة في التعاقد، مع بذل كل طرف ما في وسعه من جهد لمواصلة التفاوض حتى بلوغ الهدف المنشود من عملية التفاوض.[3]

ولهذا يمكن اعتبار مواصلة التفاوض كالتزام بالشفافية، بمجرد الالتزام ببذل عناية وليس الالتزام بتحقيق نتيجة، بحيث يلتزم المتفاوض ببذل العناية اللازمة لإنجاح المفاوضات دون أن يلتزم بإبرام العقد النهائي، فهو يلتزم فقط بألا يقوم بقطع المفاوضات بدون سبب معقول وبدون سابق إنذار، حيث يلتزم بالكشف للمتفاوض الآخر بالرغبة في إنهاء التفاوض في الوقت الملائم وعدم تركه في حالة غموض، وبث آمال كاذبة لديه في أن العقد موضوع التفاوض على وسك الانعقاد على الرغم أنه اتخذ قرار بإنهاء المفاوضات.[4]

إن هذه الصور التي سبق التطرق اليها على سبيل المثال لا الحصر، ما هي إلا التزامات تقع على الأطراف المتفاوضة إلكترونيا يشملها الالتزام بالشفافية، تكون الغاية منه خروج العقد الذي تم إبرامه بعد ذلك في صيغة صحيحة، مع دراية الأطراف المفاوضة بكل بنوده.

---

[1]– سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990، ص 144.

[2]– عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، ص 113.

[3]– عبد العزيز حمود، المرجع السابق، ص 14-15.

[4]– سهير منتصر، المرجع السابق، ص 145-146.

خامسا: الالتزام بالمحافظة على سرية المعلومات

إن السير الأمثل للمفاوضات يتطلب من أحد الطرفين أو من كليهما أن يبوح للآخر الأسرار الهامة، وتزداد أهمية الحفاظ على سرية المعلومات التي حصل عليها الأطراف في المفاوضات، خصوصا في العقود ذات الطابع التقني والمعلوماتي على الخصوص.

وإن الالتزام بضمان السرية يلتزم به كل متفاوض، حتى وإن كانت المعلومات التي منحها المتفاوض للطرف الآخر لا تتمتع بالحماية القانونية أو الاتفاقية [1]، مما يحتم على الأطراف، واجب الامتناع عن إفشاء هذه الأسرار وعدم استغلالها، وهذا ما سلم به بعض الفقه [2]، على أن المتفاوض يظل ملزما دائما بالمحافظة على الأسرار حتى وإن لم يكن هناك اتفاق، حيث يعترفون بقيام هذا الالتزام على عاتق الطرفين في مرحلة المفاوضات سواء اتفق عليها صراحة أو لا، فإن الذي يطلع على أسرار إبان المفاوضات في العقود الالكترونية عن طريق البيانات أو بصفة شفهية أثناء التفاوض عن طريق المشاهدة أو المحادثة، أو عن طريق الرسائل الالكترونية، يمنع عليه كليا إفشائها وإذاعتها للغير، كما أن المتفاوض لا يلتزم بإفشاء هذه المعلومات فقط وإنما يلتزم بعدم استغلالها لنفسه إلا بعد إذن صاحبها سواء أثناء التفاوض أو بعد فشله.

وإن نطاق الالتزام بالمحافظة على الأسرار وعدم إفشائها أو استعمالها في غير محلها قد تتجاوز الأطراف المتفاوضة الكترونيا الى الغير، مما يعني ذلك انتهاك سرية المفاوضات، ولما لذلك من تداعيات على السير الحسن للمفاوضات.

لذا من الضروري، احاطة سير المفاوضات ونتائجها بحاجز أمني يقوم على تقنية التشفير

---

[1]- سهير منصر، المرجع السابق، ص 148.

[2]- رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، صفحة 123، محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، مطبوعات معهد الادارة العامة، الرياض، 1995، ص 173، محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003، ص 61-62.

والغاية من نظام التشفير هو منع الغير من الاطلاع على المعلومات التي تعد سرية من وجهة أصحابها، ولقد تدخل المشرع لهذا الغرض في القانون 15-04 ، في المادة (2) الفقرة 8 و 9 منه مكتفيا بتعريف وسيلته وخدمته.

والتشفير عموما يمر بمرحلتين:

الأولى- تتمثل في تشفير التوقيع أو الرسالة المتضمنة للمعلومات أو البيانات على نحو يحولها الى رموز غير مقروءة أو غير مفهومة.

الثانية- فك رموز التشفير مما يسمح بقراءتها، وهذه العملية تتم بإحدى نظم التشفير(التشفير المتماثل و التشفير اللامتماثل).

التشفير المتماثل يقصد به تشفير الرسالة وفك شفرتها عبر مفتاح خاص، يتم تبادله سريا مابين المرسل والمرسل اليه، وقبل ارسال الرسالة المشفرة يتم ارسال التشفير الى المرسل اليه بطريقة آمنة ليستطيع فك الشفرة.

والتشفير اللامتماثل يعتمد على مفتاحين العام والخاص، أحدهما لتشفير الرسالة والآخر لفك شفرة الرسالة، إذ يتم تشفير البيانات المتواجدة في الرسالة الالكترونية بواسطة المفتاح العام تم فك شفرتها بالمفتاح الخاص للمرسل صاحب المفتاح.[1]

[1]- القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني.

المطلب الثاني
مرحلة التعاقد

بعد الانتهاء من مرحلة التفاوض على كل ما يخص العقد الالكتروني ويتم التأكيد على إبرام العقد، يمر المتعاقدان الى مرحلة التعاقد التي يتم فيها التعبير عن الارادة وتحديد مكان وزمان الانعقاد، وعليه سنقسم هذا المطلب الى فرعين، الفرع الاول نخصصه للارادة الالكترونية والفرع الثاني نتطرق فيه عن مجلس العقد الالكتروني أما الفرع الثالث فسنتكلم فيه على مكان وزمان انعقاد العقد الالكتروني.

الفرع الأول
التراضي في العقود الالكترونية

طبقا للمادة (59) من التقنين المدني الجزائري:" يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتيهما المتطابقتين دون الاخلال بالنصوص القانونية".[1]

ولكي يقوم ركن التراضي في العقد لا بد من توافر الارادة الأولى تسعى للدخول في الرابطة العقدية تسمى الايجاب، ثم إرادة أخرى موافقة ومطابقة لها تسمى القبول.

1- الايجاب الالكتروني:

عرف الفقه الايجاب مجردا عن الوسيلة التي يتم بها بأنه:" عرض كامل وجازم للتعاقد وفقا لشروط محددة يوجهه شخص الى شخص معين أو الى أشخاص معينيين بذواتهم أو للكافة".[2]

---

[1]- يتطابق هذا النص مع المادة 89 من القانون المدني المصري، والمادة 92 من القانون المدني السوري، والمادة 90 من القانون المدني الأردني، والمادة 23 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية، والمادة 73 من القانون المدني العراقي.

[2]- د. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الالتزام، الجزء الأول، ص 152.

وقد عرفته محكمة النقض المصرية في أحد أحكامها بأنه :"العرض الذي يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد".[1]

أما التوجيه الأوروبي رقم 07 لسنة 1997 المتعلق بحماية المستهلك، فقد عرف الايجاب في العقود بأنه:"كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الاعلان".[2]

وواضح من هذا النص أنه لم يعرف وسائل الاتصال عن بعد ولم يحددها، كما لم يبرز الصفة الالكترونية للايجاب، لكن يتضح منه اهتمام المشرع بضرورة أن يتضمن الايجاب العناصر اللازمة لتمكين من وجه اليه الايجاب من الدخول في العقد وهو على بينة من أمره.

وعرفه القانون المدني الكويتي وفقا للمادة (39) على أنه:"العرض الذي يتضمن عزم صاحبه على ابرام العقد بمجرد أن يقبله الموجب".[3]

وعرفه القانون المدني العراقي في نص المادة (77) على أن:" الايجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفا لانشاء العقد، وأي لفظ صدر أولا هو الايجاب والثاني القبول".

نلاحظ أن المشرع العراقي قد حصر طرق التعبير عن الايجاب في "اللفظ"، وإن كان من الأفضل أن يترك هذا الأمر الى القاعدة العامة المنصوص عليها في المادة 79 من القانون

---

[1]– أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الأنترنيت، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية، العراق، 2005، ص 142، هامش رقم 05، سمير حامد عيد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى 2006، ص 101، هامش رقم 03.

[2]– المادة الثانية من التوجيه الأوروبي الصادر في 1997/05/20، المتعلق بحماية المستهلك في العقود عن بعد، جاءت صياغة النص باللغة الفرنسية كما يلي:

« toute communication a distance comportant tous les éléments nécessaires pour que son destinataire puisse souscrire directement un engagement contractuel la simple publicité étant exclue »

[3]– مصطفى أحمد أبو عمر، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الأنترنيت، دراسة مقارنة، جامعة طنطا، مصر، 2008، ص 157.

نفسه، و التي لا تشترط مبدئيا شكلية معينة للتعبير عن الايجاب، فيصبح التعبير عنه بأية طريقة كانت سواء باللفظ أو غيره.[1]

وعليه فإن الايجاب في العقد الالكتروني لا يختلف عن الايجاب في العقود العادية إلا من خلال الوسيلة التي يتم بها، حيث أنه يتم بوسيلة اتصال فورية تكون مسموعة مرئية وتتيح ابرام العقد عن بعد.

ولعل أهم خصوصيات الايجاب الالكتروني التي تجعله متميزا عن الايجاب بالطرق التقليدية هو أنه يتم بوسيلة إتصال تكون مسموعة ومرئية وتتيح إبرام العقد عن بعد، حيث يتم التعبير عن الايجاب الالكتروني عن طريق وسيلة اتصال فورية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوتية أو أية وسيلة أخرى للإيضاح تبين السلعة أو الخدمة المعروضة.

وبما أن الايجاب يوجه عبر وسائل الاتصال عن بعد، فانه يتصف غالبا بالصفة الدولية لذلك يتمتع العقد الالكتروني بهذه الصفة، وتبعا لذلك يكون الايجاب دوليا بالنظر الى أن وسائل الاتصال لا تعرف الحدود.

وإذا كان يشترط في الايجاب بصفة عامة أن يكون جازما وأن يكون كاملا حتى يعتد به القانون ويعامله معاملة الايجاب، فإن تمتع الايجاب الالكتروني بهذين الشرطين فيه شيء من الخصوصية أيضا، فصفة الوضوح والكمال يقتضي أن يقدم بأسلوب مفهوم بعيدا عن أي غموض أو التباس، وأن يحترم قواعد العرض المحددة قانونا، وذلك بأن تعبر صورة الشيء المعروض تعبيرا أمينا وصادقا عنه.

وباستقرار النصوص المنظمة للايجاب الالكتروني يتضح أنه توجد قواعد تتعلق بشكل الايجاب وأخرى بمضمونه يجب أن تتم مراعاتها حتى يستوفي الايجاب الالكتروني وصفه ويكون صالحا من الناحية القانونية.

[1]– تنص المادة 79 من القانون المدني العراقي على:

فيجب أن يتضمن الايجاب تحديدا دقيقا لهوية الموجب وعنوانه ورقم هاتفه، وذلك حتى يتمكن من وجه اليه الايجاب التحقق من شخصية الموجب بما يحقق الأمان والثقة في المعاملات الالكترونية.[1]

وقد نص على ضرورة بيان هوية الموجب قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة (121-18) التي جاء فيها: " في كل ايجاب لبيع أموال أو تقديم خدمات عن بعد يلتزم المهني بأن يوضح للمستهلك، اسم مشروعه وأرقام هواتفه وعنوان مركز إدارته إذا كان مختلفا عن المنشأة المسؤولة عن الايجاب".[2]

ولذلك يلتزم الموجب ببأن يكون ايجابه كاملا متضمنا البيانات التي تسمح للغير بتحديد هويته، وفي القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الخاص بالمبادلات الالكترونية، نصت المادة (25) منه على أنه يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل ابرام العقد المعلومات التالية: هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسدي الخدمة.

وفي مشروع قانون التعديل التقنين المدني الجزائري في جزئه المتعلق بعقد البيع، أورد القائمون على المشروع المادة (421 مكرر 03) الذي جاء فيها:

" مع عدم الاخلال بالنصوص المتعلقة بقانون حماية المستهلك يجب أن يتضمن عرض عقد البيع البيانات التالية:

-هوية بائع المال، رقم هاتفه وعنوانه"[3]

كما أورد المقائمون على إعداد مشروع تعديل تقنين المدني الجزائري المعلومات الأساسية التي يجب على الموجب إعلام الموجب له بها في العقود عن بعد في المادة (412 مكرر 03)

---

[1]- د. سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ص 107.

[2] - L'article 121-18 : « dans tout offre de vente d'un bien ou de fourniture d'une prestation de service qui est faite a distance a un consomateur, le professionnel est tenu d'indiquer le nom de son entreprise ses cordonnées téléphonique ainsi que l'adresse de son siège si elle est différente , celle de l'établissement responsable de l'offre ».

[3]- راجع مشروع تعديل القانون المدني الجزائري، الجزء المتعلق بعقد البيع، أعدته اللجنة المكلفة بمراجعة التقنين المدني.

من المشروع، ونصت عليه أيضا المادة (25) من القانون التونسي الخاص بالتجارة الالكترونية ومشروع قانون المبادلات الالكترونية لدولة فلسطين في المادة (50) منه.

ويمكن تصنيف المعلومات المتعلقة بالعناصر الاساسية للعقد التي يجب على الموجب أن يخبر بها الموجه اليه الايجاب والذي غالبا ما يكون مستهلكا الى ثلاث طوائف:

أولا: معلومات تتعلق بالسلع أو الخدمات المقترحة:

والتي يقصد بها الخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالسلعة أو الخدمة التي ينبغي أن تصل لعلم من وجه إليه الايجاب قبل أن يعلن قبوله.

في هذا الصدد ألزمت المادة 111-01 من تقنين الاستهلاك الفرنسي كل بائع للسلع أو مقدم للخدمات بأن يمكن المستهلك من التعرف على الخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة قبل إبرام العقد.[1]

ثانيا: معلومات تتعلق بكيفية تنفيذ العقد:

يقصد بها معلومات عن الثمن إذا كان يشمل أسعار النقل والرسوم الجمركية إن وجدت، وبيان وسيلة الدفع ومكان الوفاء بالتفصيل.

كما يجب على الموجب أن يضع تحت تصرف من وجه اليه الايجاب الشروط التعاقدية الايضافية بطريقة تسسمح له بحفظها ونسخها، ومن أمثلو عن ذلك طرق الوفاء وشروط تحديد المسؤولية العقدية ومدة الضمان وغير ذلك.

ونصت المادة 1369-4 من التقنين المدني الفرنسي على أنه يجب على الموجب أن يذكر في ايجابه ما يلي:

1- المراحل المختلفة الواجب اتباعها لابرام العقد بوسيلة الكترونية.

[1] - L'article 111-1 « tout professionnel vendeur de biens ou prestataire de service droit, avant la conclusion du contrat, mettre le consommateur en mesure de connaitre les caractéristiques essentielles du bien ou du services ».

2- الوسائل التقنية التي تسمح للمستخدم بتحديد الأخطاء الواردة في حالة تدوين البيانات وتصحيحها وذلك قبل ابرام العقد.

3- اللغات المقترحة من أجل ابرام العقد.

4- طرق حفظ العقد بواسطة الموجب وشروط الاطلاع على العقد الذي تم حفظه.

5- وسائل الاطلاع بوسيلة الكترونية على القواعد المهنية والتجارية التي وافق الموجب على الخضوع لها عند الاقتضاء.[1]

ثالثا: معلومات خاصة بالثمن أو مقابل الخدمة:

نص المشرع الفرنسي في نص المادة (14) من المرسوم الصادر في 1987/12/03 المتعلق بإعلام المستهلك بالسعر على أنه يجب أن يشار على النحو الدقيق لثمن كل منتج أو خدمة تقدم للمستهلك وفقا لتقنيات الاتصال عن بعد وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل ابرام العقد.

وبينت المادة (412 مكرر 3) من مشروع التعديل القانون المدني الجزائري أن الموجب ينبغي عليه أن يوضح الثمن المقترح وكيفيات دفع الثمن ومصاريف التسليم.

ويتميز الايجاب ببقائه مدة محددة، حيث يلتزم الموجب بأن يحدد في ايجابه مدة محددة يلتزم خلالها بالبقاء على ايجابه، وقد أكدت الفقرة الثانية من المادة (412 مكرر 3) من مشروع تعديل القانون المدني على ضرورة أن يتضمن الايجاب أو العرض مدة صلاحيته.

ونصت المادة (63) من التقنين الدني الجزائري على أن:

"اذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الأجل.

---

[1]- L'article 1369-4 « (…) l'offre énonce en outre :

1-les différentes étapes a suivre pour conclure le contrat par voie électronique.

2-les moyens techniques permettant a l'utilisateur, avant la conclusion du contrat d'identifier les erreurs commis dans la saisie des données et de les corriger.

3-les langues proposées pour la conclusion du contrat.

4-en cas d'archivage du contrat, les modalités de ce archivage par l'auteur de l'offre et les conditions d'accès au contrat archivé.

5-les moyens de consulter par voie électronique les règles professionnelles et commerciale aux quelle l'auteur de l'offre entend, le cas échéant se soumettre.

وقد يستخلص الأجل من ظروف الحال أو طبيعة المعاملة".[1]

2- القبول الالكتروني:

القبول الالكتروني فإنه يعد التعبير الثاني عن الارادة، يمكن أن يتخذ أية صورة من صور التعبير عن الارادة، كأن يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة أو بإتخاد موقف، والقبول كتعبير عن الارادة يجب أن يكون باتا، وأن يحدث أثرا قانونيا ينقل فيه من صدر عنه رغبة جادة ونهائية في الدخول في رابطة عقدية.[2]

ولم يتضمن التقنين المدني الجزائري نصا يعرف القبول، غير أن التقنين المدني الأردني تضمن نص المادة (91) التي عرفت القبول بأنه : "الفظ الثاني الذي يستعمل عرفا لإنشاء العقد".[3]

والواقع أن القبول في العقد الالكتروني لا يختلف عن القبول في العقد التقليدي سوى في أنه يتم عن طريق وسائل الاتصال الالكتروني، ولذلك فهو يخضع بحسب الأصل للقواعد التي تنظم القبول في نظرية العقد، لكنه يحتوي على شيء من الخصوصية تجعله جديرا بالبحث والتنظيم، فمن حيث المبدأ لا يخضع القبول باعتباره تعبيرا عن الارادة لشكل معين، فلكل متعاقد أن يفصح عن ارادته بالوسيلة التي يختارها، ولا يهم نوع هذه الوسيلة طالما أنها تعبر عن الارادة.

---

[1]- يتطابق هذا النص مع نص المادة 93 من القانون المدني المصري، والمادة 94 من القانون المدني السوري، والمادة 98 من القانون المدني الأردني، والمادة 139 من القانون المدني الاماراتي، والمادة 41 فقرة 2 من القانون المدني الكويتي، والمادة 33 من مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

[2]- يذهب فقهاء الجمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة الى أن القبول هو التعبير الذي يصدر من الممتلك وإن جاء أولا، أما الحنفية فيرون أن القبول هو التعبير الثاني الذي يصدر من أحد المتعاقدين مملكا كان أو ممتلكا.

[3]- لم تعرف اتفاقية فينا لعام 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع القبول لكنها تضمنت نصا لا يكاد يخرج عن القواعد العامة في التقنينات المدنية وهو نص المادة (18) منها الذي جاء فيه : "**يعتبر قبولا أي بيان أو تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الايجاب**"، وهذا يعني أن القبول يمكن أن يكون تعبيرا صريحا أو ضمنيا.

وقد إشترط القانون التجاري الأمريكي الموحد أن يقدم القبول بنفس الطريقة التي صدر بها الايجاب في المادة 206 في الفقرة 2.[1]

وبما أن صور التعاقد الالكتروني تتخذ أشكالا متعددة، فإن التعبير عن القبول الالكتروني يتم بعدة طرق منها الكتابة و إرسالها عن طريق البريد الالكتروني، أو عن طريق اللفظ إذا كان الطرفان يستخدمان طريقة المحادثة المباشرة، أو تحميل البرنامج أو المنتج أو السلعة عبر الأنترنيت وتنزيلها على الحاسوب الخاص بالقابل.[2]

ومن طرق القبول في العقد الالكتروني النقر مرة واحدة على خانة الموافقة حيث توجد عبارة "أنا موافق"[3]، وقد تشترط الموجب في حالة التعاقد بهذه الصورة، بغرض التأكد من صحة إجراء القبول أن يتم النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول الموجودة على شاشة الحاسوب.[4]

كما أشار الفقه مسألة السكوت ودلالته عن القبول في بيئة العقد الالكتروني، فالأصل أن مجرد سكوت من وجه اليه القبول لا يعد قبولا وذلك تطبيقا للقاعدة الشرعية القائلة بأنه "لا ينسب لساكت قول، لكن السكوت في معرض الحاجة بيان".

وهذا ما أشارت اليه المادة (67) من مجلة الأحكام العدلية، فالأصل أن السكوت لا يعتبر قبولا، وذلك لأن السكوت في حد ذاته مجرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الارادة، فالارادة عمل ايجابي والسكوت شيء سلبي وليس إرادة ضمنية، لأن هذه الارادة يمكن استخلاصها من ظروف ايجابية تدل عليها.[5]

---

[1]– نصت المادة 206 من القانون التجاري الأمريكي الموحد في الفقة 2 على أن: " **التعبير عن الارادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الايجاب، فإذا أرسل الايجاب عن طريق البريد الالكتروني أو عبر موقع فيجب على من وجه اليه الايجاب أن يعبر عن القبول بذات الطريقة**".

[2]– سامح عبد الواحد التهامي المرجع السابق، ص 175.

[3]– تستخدم مواقع الشبكة العالمية التي تتعامل باللغة الفرنسية غالبا عبارات تدل على الموافقة مثل عبارة d'accord أو j'accepte l'offre أما مواقع الشبكة باللغة الانجليزية فنجد عبارات I agrée أو ok.

[4] – Double clique.

[5]– إبراهيم خالد ممدوح، أمن المستندات الالكترونية، المرجع السابق، ص 64.

وهذا ما قضت به المادة (18) من إتفاقية الأمم المتحدة، بشأن عقود البيع الدولي للبضائع بنصها "يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الايجاب.أما السكوت أو عدم القيام بأي تصرف فلا يعتبر أيا منهما في ذاته قبولا".

وهناك استثناء على هذا الأصل، حيث أن التشريعات محل البحث جعلت من السكوت قبولا ويستدل على ذلك الفقرة الثانية من المادة (67) سالفة الذكر من مجلة الأحكام العدلية، وكذلك المادة (98) من القانون المدني المصري حيث نصت على:" 1-إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الايجاب في وقت مناسب. 2-ويعتبر السكوت عن الرد قبولا إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصال الايجاب بهذا التعامل أو إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه".[1]

يتضح لنا مما سبق، جواز أن يكون السكوت دالا على القبول، إذا كان بإمكان إستخلاصه من الظروف الملابسة، ويكون ذلك في حالات إستثنائية نصت عليها القوانين محل البحث على النحو التالي:

أولا: وجود تعامل سابق بين المتعاقدين وكان الايجاب الجديد متعلقا بهذا العمل :

فإن السكوت في هذه الحالة يعتبر قبولا، إذ يعتبر وجود تعامل سابق بين المتعاقدين من أكثر الحالات التي يمكن من خلالها إعتبار السكوت تعبيرا عن الارادة بوصفها قبولا في التعاقد عبر الأنترنيت، بل إنه من الممكن إعتبار التعاقد الالكتروني حالة نموذجية للتعامل السابق ما بين المتعاقدين، وهذه الحالة يمكن تصورها في شبكة الأنترنيت من خلال الاعتياد في التعامل بين موقع الكتروني وأي من عملائه، فإذا أرسل موقع الكتروني إلى أحد عملائه إيجابا فيه

[1]- وقد كررت الفقرة الثانية من المادة (95) من القانون المدني الأردني ما جاء في الفقرة الثانية من المادة (98) من القانون المدني المصري.

تزويده بسلع أو خدمات إعتاد الموقع على تزويده بها، ولم يبد العميل أي رفض فيمكن للموقع إعتباره قابلا لوجود تعامل سابق بهذا الخصوص.[1]

ثانيا: تمخض الايجاب لمنفعة من وجه إليه:

تعتبر غالبية العقود الالكترونية التي تبرم عبر الأنترنيت في الغالب عقود تجارية، يقصد من ورائها البحث عن الأرباح أو على الأقل من جانب البائع (مقدم الخدمة أو السلعة) وأحيانا من كلا الطرفين.

وهو ما نصت عليه المادة (68) من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية بقولها:"...ويعتبر السكوت في الرد قبولا ... أو إذا كان الايجاب لمصلحة من وجه اليه".

لذلك يعتبر فرضا غير مألوف في العقد الالكتروني القول بتمخض الايجاب لمصلحة من وجه اليه (الايجاب الموصوف)، والتي تكون أقرب الى أعمال التبرع في العقود الالكترونية.[2]

ثالثا: إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري يدل على ذلك:

تنص المادة (68) من القانون المدني الجزائري على أنه:"إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الايجاب في الوقت المناسب.

غير أن التعاقد عبر الأنترنيت يعتبر نمطا حديثا في التعاقد، وبالتالي لا مجال للقول بأن العرف يلعب دورا مهما في هذا النوع من التعاقد، فالعرف يحتاج الى ركن مادي وآخر معنوي، حتى يتحقق ويكون له دور في هذا النوع من التعاقد الالكتروني.

---

[1]– نصت عليها المادة 68 من القانون المدني الجزائري في الفقرة الثانية بقولها:"ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا إتصل الايجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين...".

[2]– محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1432–2008، ص 90، بشار محمد دودين، الايطار القانوني للعقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، 2006، ص 118، محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1432هـ–2011، ص 118.

وعليه، هذه هي الحالات التي يمكن أن يعتبر فيها السكوت قبولا على الرغم من صعوبة معرفة ذلك نظرا لخصوصية هذا التعاقد.

وعليه يمكن القول أنه يمكن أن يتم القبول الالكتروني صراحة، إذ يصعب في هذا النوع من التعاقد أن يكون القبول ضمنيا، فهو يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية تعمل آليا، وهذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص أو استنتاج إرادة المتعاقدين، كما لا يتصور أن يتوافر القبول من خلال السكوت في العقود الالكترونية، ذلك أن السكوت يمكن أن يعتبر قبولا في حالات محددة، وهو ما أكدته المادة (68) من القانون المدني الجزائري، وهي إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجاري تدل على ذلك، وإذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وإذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين، غير أنه يصعب إعمال هذه الاستثناءات في مجال التعاقد الالكتروني، نظرا للخصوصية التي يتمتع بها عن التعاقد التقليدي.

الفرع الثاني

مجلس العقد الالكتروني

حظيت نظرية مجلس العقد بعناية فائقة من جانب الفقه الاسلامي،بينما لم تصادف ه النظري ذات الاهتمام من ناحية فقه القانون المدني، سواء المصري أو العربي، فمجلس العقد إذا هو فكرة اسلامية أصلية تؤكد على سبق الفقه الاسلامي ومرونة قواعد الشريعة الاسلامية وشموليتها وصلاحيتها لكل زمان ومكان.

وقد تبنت التشريعات العربية هذه النظرية أخذا عن الفقه الاسلامي وإن كانت لم تعالجها بالتفصيل اللازم خاصة فيما يتعلق بالتعاقد الالكتروني، ويلزم التنويه الى أن نظرية مجلس العقد تجد مجال تطبيقها في اطار العقود التي تقتضي تطابق الارادتين الايجاب والقبول.

ورد مصطلح مجلس العقد في القانون المدني الجزائري في نص المادة (64) التي تنص على أنه:"إذا صدر الايجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الايجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل.

غير أن العقد يتم، ولو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الايجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".[1]

وحاول الفقه وضع تعريف لمجلس العقد الالكتروني، فمنه من عرفه بأنه:"إجتماع المتعاقدين في زمان محدد ومكان محدد بقصد الاتفاق على عقد".[2]

والواقع أن هذا التعريف وإن كان يمتاز بالتركيز وببيان عناصر مجلس العقد إى أنه يصدق فقط على مجلس العقد الحقيقي ولا يمتد ليشمل مجلس العقد الحكمي الذي يعبر عنه الفقه التشريعي بالتعاقد بين الغائبين.

وعرفه البعض بأنه:" مكان و زمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بإنتهاء الأشغال بالتعاقد".[3]

يفهم من هذا التعريف أن مجلس العقد يمنح للمتعاقدين مهلة كافية للتفكير والتدبر في أمر التعاقد، ومن هنا تتجلى أهمية مجلس العقد، فللطرفين الحق في التراجع عن إرادتهما طالما أنهما لم يلتقيتا، فيثبت للموجب حق خيار الرجوع عن قبوله، طالما لم ينفض المجلس وهو ما يعرف بخيار المجلس.

وإن مجلس العقد الالكتروني يتنوع الى نوعين، محلس عقد حقيقي وحكمي، ومعيار التفرقة بينهما عنصرا الزمان والمكان، ولذلك ترى غالبية الفقه أن أساس التمييز بين التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين يكمن في وجود فاصل زمني بين صدور القبول وعلم الموجب به.

---

[1]– يقابل هذا النص نص المادة 94 من القانون المدني المصري، ونص المادة 95 من القانون المدني السوري، ونص المادة 96 من القانون المدني الأردني، ونص المادة 46 من القانون المدني الكويتتي، ونص المادة 82 من القانون المدني العراقي، ونص المادة 136 من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات، والمادة 239 من القانون المدني السوداني.

[2]– مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، 2011، ص 65.

[3]– خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني، المرجع السابق، ص 284.

فيمكن تعريف مجلس العقد الحقيقي بأنه ذلك" المجلس الذي يكون المتعاقدان حاضرين فيه حضورا يقينيا معا"، ويعرفه البعض بأنه "المكان الذي يجمع المتعاقدين بحيث يضلا على إتصال مباشر بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة حال كونهما منصرفين الى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل".

ولكي نكون بصدد مجلس عقد حقيقي فإنه يلزم توافر عدة عناصر أو شروط، وتعد هذه العناصر في ذات الوقت بمثابة ضمنات لتحقق الاتصال الفعال بين الايجاب والقبول بما يؤدي لانعقاد العقد على النحو المقصود قانونا، ولعل أهم هذه العناصر أو الشروط تتمثل فيما يلي:

1-الحضور الحقيقي للطرفين أو من ينوب عنهما في المجلس:

حتى يبدأ مجلس العقد الحقيقي، فإنه يتعين تواجد كلا من الطرفين فعليا (بدنيا) في مكان انعقاد ذلك المجلس، ويتوسع في ذلك أن يحضر الطرفان معا في وقت واحد، أو ان يحضر أحدهما قبل الآخر، ولكي يكون حضور الطرفين فعليا في مجلس العقد ذا جدوى فإنه يجب أن يكون المدى المكاني لهما يتيح لكل منهما أن يرى الآخر ويسمعه بدون عوائق.

وبيان ذلك أن الهدف والجدوى من اجتماع المتعاقدين في مكان واحد هو أن يرى كل طرف نظيره ويسمعه ويفهم ما يصور عنه من تعبير وارادة، فالسماع والعلم بإرادة الطرف الآخرهما أساس الاتصال بين الارادتين ويمكن من تحقق الموافقة بينهما.

2-أن يتم العلم بالايجاب لحظة صدوره:

يستفاد من مفهوم وطبيعة مجلس العقد الحقيقي، أن صدور الايجاب وعلم الموجب له به يتحققان في مكان وزمان نفسه بحكم وجود كلا من الطرفين معا، وهذا لا يعني ضرورة الرد على الايجاب في نفس الوقت، فقد يمكن أخذ فترة زمنية معقولة بين صدور الايجاب والرد عليه، ومثال ذلك صدور الايجاب بلغة لا يفهمها الموجب له، فيحتاج وقت لترجمة الايجاب بلغة الطرف الآخر ليصدر قراره بشأن العقد.

وخلاصة القول أنه سواء صدر القبول فور صدور الايجاب أو كانت بينهما فترة وجيزة أثناء قيام مجلس العقد ف'نه بمكننا القول بأن الايجاب قد صدر وتم العلم به في وقت واحد وهو وقت انعقاد المجلس.

وأما مجلس العقد الحكمي، فيقصد به التعاقد بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد، بغض النظر عن .وسيلة التعاقد.[1]

ويعرفه جانب آخر بأنه ذلك المجلس الذي يكون أحد متعاقديه غير حاضرين فيه، وعليه، فإن هذا المجلس هو التعاقد الذي يتم بين المتعاقدين لا يجمعهما مجلس واحد ويتم التعبير عن الإرادة بصدده بالكتابة أو الرسول أو الاتصال عبر شبكات الاتصال الحديثة.

ويتفق مجلس العقد الحقيقي مع نظيره الحكمي من حيث ضرورة توافر أركان العقد المعروفة، غير أن مجلس العقد الحكمي يختلف من حيت مكان وزمان صدور الايجاب ومكان وزمان وصوله الى علم الموجب له، وتتمثل شروط مجلس العقد الحكمي في:

1- وجود الايجاب أو القبول وتوافر وسيلة نقلهما لعلم الطرف الآخر:

مفاذ ذلك أنه ينوب وصول الايجاب للموجب له عن حضور الموجب نفسه بمكان وصول الايجاب الاستعانة بوسائل الاتصال وأهمها الأنترنيت في حالة التعاقد الالكتروني، فوسيلة نقل الايجاب لعلم الموجب تلعب دور في التغلب عن التباعد المكاني بينهما وقت إبرام العقد.

2-أن يظل المتعاقدان منشغلان بالتعاقد:

معناه أن ينشغل كل من المتعاقدين في أمر العقد ولا ينصرفان الى أمور أخرى، ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مصري مع شخص عماني عن طريق الانترنيت، وعرض عليه أن يبيعه منزلا بالقاهرة، فبدأ الموجب له بالسؤال عن مساحة المنزل وثمنه ثم انحرف ال أحوال مصر ومشاكلهم، فهنا العقد لا ينعقد وذلك لانشغال أحد الطرفين عن أمر التعاقد وبالتالي لم تتوفر شروط مجلس العقد الحكمي.

[1]- مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 84 وما بعدها.

ويرتبط بما سبق أيضا ضرورة أن يصدر القبول خلال المدة التي يبقى فيها الايجاب ملزما، فإذا كان الموجب قد حدد هذه المدة صراحة فلا مشكلة أما إذا لم يحددها فإن القاضي بما يتمتع من سلطة تقديرية يتولى أمر تحديدها في ضوء ظروف التعاقد وطبيعة العقد و أهمية محله.

وطبقا للقواعد العامة فإن مجلس العقد يقوم على عنصرين، عنصر مادي وهو المكان وعنصر معنوي وهو الزمان، وبإسقاط ذلك على العقد الالكتروني يتضح أن المتعاقدين عند استعمالهما لوسيلة الكترونية في التعاقد فإنهما يلتقيان في مكان افتراضي، فالموجب يوجه ايجابه عن طريق وسيلة مسموعة مرئية يتلقاه الموجب اليه عبرها، وبخصوص الزمان فقد تطول الفترة التي تستغرقها عملية الابرام وقد تقتصر حسب الطريقة التي يتم بها العقد، فقد يكون العقد عبر البريد الالكتروني أو عن طريق الموقع أو عن طريق المحادثة المباشرة.[1]

وقد ألقى تنوع اساليب التعاقد عبر الانترنيت بظلاله على موقف الفقه من طبيعة مجلس العقد الالكتروني، فقد تعددت آراء والاتجاهات الفقهية بشأن طبيعته وتكييفه القانوني، واختلفت في بيان وتأصيل التعاقد عبر شبكة الأنترنيت، وهل هو تعاقد بين حاضريين أم تعاقد بين غائبين.[2]

وفي هذا الصدد انقسمت آراء الفقهاء الى عدة أنواع فمنها من يرى أن التعاقد الالكتروني بصفة عامة يعد تعاقدا بين حاضرين من حيث المكان والزمان، فمن خلال استخدام شبكة الأنترنيت يمكن للطرفين رؤية بعضهما البعض ويسمعان بعضهما، وعلى ذلك تتلاشى الحدود الجغرافية التقليدية على إثر استخدام وسائل الاتصال الحديثة جعل الطرفين يلتقيان افتراضيا، فعندئذ تعاقدا بين حاضرين حضورا مفترضا من حيث الزمان والمكان .

[1]– عجالي خالد، المرجع السابق، ص 193.

[2]– مصطفى أحمد أبو عمرو، المرجع السابق، ص 92.

وعلى عكس الرأي الأول، فإن البعض يرى أن التعاقد الالكتروني يعد تعاقدا بين غائبين من حيث الزمان والمكان، سواء تم التعاقد عبر الأنترنيت بواسطة الكتابة [1] أو الحوار الصوتي [2] أو بالصوت والصورة معا في حالة وجود كاميرا تتيح للطرفين ذلك.

ويتكئ هذا الرأي على أن التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين من حيث الزمان نتيجة لعدم صدور الايجاب والقبول في ذات اللحظة، لوجود فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره، وهو كذلك من حيث المكان، نتيجة اختلاف مكان المتعاقدين.

غير أن جانبا آخرا من الفقه يميز بين حالات أو أساليب التعاقد الالكتروني وذلك وفقا للفروض التالية:

الفرض الأول: إذا كان التعاقد عبر الانترنيت يتيح لكل من الطرفين أن يسمع ويرى الآخر في ذات الوقت، فإنه يعتبره من قبيل مجلس العقد الحقيقي أي أنه تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان والمكان.

الفرض الثاني: إذا كان التعاقد عبر الانترنيت يتيح نقل الصوت فقط بين الموجب والموجب له، فهنا يعد تعاقدا بين حاضرين من حيت الزمان بينما يعد من قبيل التعاقد بين غائبين من حيث المكان وذلك قياسا على التعاقد بواسطة التليفون.[3]

الفرض الثالث: التعاقد عبر البريد الالكتروني بحيث يتم تبادل الرسائل بصور فورية، بحيث لا تنقضي فترة زمنية بين ارسال الرسالة الالكترونية ووصولها وعلم الموجب له بها أو مرور فترة وجيزة لا تذكر بينهما فإننا نكون بصدد تعاقدا بين حاضرين من حيث الزمان، بينما نكون تعاقدا بين غائبين من حيث المكان، وإذا كان التعاقد عبر البريد الالكتروني يتم بحيث تنقضي فترة معتبرة من الزمن بين الايجاب والقبول بحيث لا يتم الرد من جانب الموجب له بشكل فوري

---

[1]– ويتم ذلك من خلال برنامج يسمى "فري تيل"

[2]– ويمكن ذلك من خلال برنامج "فوكس وير".

[3]– في هذا الصدد نص القانون المدني العراقي في المادة 88 منه على أنه: "يعتبر التعاقد بالتليفون أو بأي طريقة مماثلة كأنه تم بين بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان".

على الرسالة الالكترونية المتضمنة للايجاب فإننا نكون بصدد تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

والخلاصة أن التعاقد الالكتروني هو تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، إلا في حالة التعاقد الغير فوري، فإنه يكون تعاقد بين غائبين من حيث الزمان والمكان.

الفرع الثالث

زمان ومكان ابرام العقد الالكتروني

اتضح مما سبق أنه من أهم خصائص العقد الالكتروني أنه عقد عن بعد، وهي الخاصية التي تعني أن طرفيه لا يجمعهما مكان واحد ما يؤدي في الغالب الى وجود فاصل زمني قد يطول وقد يقصر بين صدور الايجاب واتصاله بعلم من وجه اليه، وبين القبول واتصاله بالموجب، فإن زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني يطرح بعض الاشكالات سنحاول التبسيطها فيما يلي:

أولا: زمان انعقاد العقد:

تبدو أهمية تحديد زمان العقد بأنه منذ لحظة ابرامه يمتنع عن طرفيه نقضه أو التحلل منه، كما أنه بداية من تلك اللحظة تترتب عليه آثاره وتنشأ مختلف الالتزامات التي حددها أطرافه.[1]

وعن وقت ابرام العقد الالكتروني يثور التساؤل حول اللحظة التي يمكن فيها القول بأن العقد قد تم، فهل هو الوقت الذي وصلت فيه الرسالة الالكترونية الى الموجب ودخلت نظامه الخاص بمعالجة المعطيات أو هو الوقت الذي يقوم فيه الموجب بالاطلاع عليها.

[1]– من آثار العقد مثلا انتقال الملكية إذا كان العقد عقد بيع محله شيئا منقولا محددا بذاته، كما تنتقل تبعة الهلاك مند لحظة ابرامه الى المشتري في التقنين الفرنسي بخلاف الحال في التقنين المدني الجزائري الذي لا تنتقل فيه إلا بالتسليم، ومن المواعيد التي تنشأ عن العقد مواعيد التقادم والسقوط فدعوى ابطال العقد للاستغلال تسقط مثلا بمضي عام من لحظة ابرام العقد طبقا للمادة 2/90 من التقنين المدني الجزائري.

في بحث هذه المسألة، اختلفت الآراء الفقهية وانقسمت الى أربعة اتجاهات، وبتطبيقها على العقد الالكتروني نكون أمام أربعة أوقات لابرام العقد وتحديد زمان نشأة الرابطة العقدية الالكترونية.

1-نظرية إعلان القبول:

ومؤدى هذه النظرية أن زمان انعقاد العقد حسب هذه النظرية هي من لحظة التي يعلن فيها الزبون عن قبوله، أي مثلا لما يضغط على ايقونة القبول أو الشراء على الويب أو لما يرسل رسالة الكترونية تفيد قبوله والأثر يبدأ حتى قبل الضغط على الإرسال.

ومن مزايا هذا الرأي أنه يساعد على تحقيق السرعة في المعاملات، وهذا الأمر مرغوب فيه بالنسبة للمعاملات التجارية، غير أننا نجد أن الأخد بهذه النظرية تجعل من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده، حيث يكون بإمكان هذا الأخير أن يعلن قبوله ولا يرسله، ويتراجع عنه متى شاء دون أن يستطيع أحد اثبات ذلك، وخصوصا في بيئة الكترونية كالأنترنيت، وعليه فإن هذه النظرية بهذا السياق غير مناسبة للتعامل عبر شبكة الأنترنيت.

2-نظرية تصدير القبول:

تتفق هذه النظرية في أساسها مع نظرية إعلان القبول، من حيث أنه بصدور القبول يكون العقد قد انعقد، أي ينعقد العقد على الشبكة بعد الضغط على الايقونة المخصصة للقبول، ومن هنا لا يمتلك القابل السيطرة عليها أو التحكم فيها أو أن يسترد قبوله.[1]

وما يميز هذه النظرية أنها حاولت تجنب الانتقادات الموجهة للنظرية السابقة، وهنا لا يشترط وصول الرسالة الى صندوق البريد الالكتروني الموجود في موقع الموجب على الشبكة، وتكون طريقة القبول هنا بارسال القابل رسالة نصية تتضمن القبول الى الموجب، وعند ضغط القابل على المؤشر المتحرك في الحاسوب على خانة القبول المبينة على موقع الويب.

[1]- خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص 297.

3-نظرية تسليم القبول:

وفقا لهده النظرية لا يتم العقد إلا بوصول القبول الى الموجب وتسليمه اليه، فعندئذ يمكن القول بأن العقد صار باتا بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول، وتطبيقا لذلك على العقد الالكتروني فإنه يكون منعقدا في اللحظة التي وصلت فيها الرسالة أو دخلت الى صندوق البريد الالكتروني، ولو لم يكن الموجب على علم بمضمونها، وعندما يتم التعاقد عن طريق الموقع فإن لحظة ابرام العقد هي لحظة استلام المعلومات على الجهاز الخاص بالموجب.

غير أنه هذه النظرية لا تمثل معيارا حاسما على الموجب بمضمون القبول الالكتروني، ولا تحول دون الغش والتحايل من جانب الموجب لتفادي وجود دليل اثبات على علمه بالقبول الالكتروني بالرغم من وصوله الى موقعه.

4-نظرية العلم بالقبول:

يقصد بهذه النظرية أن العقد يتم في الوقت التي يعلم فيه الموجب بالقبول، إذ لا تحدث الارادة أثرها إلا إذا علم بها من وجهت اليه، فلابد من توافق إرادتين حتى يتحقق اقتران الايجاب بالقبول.[1]

أي أن العقد الالكتروني ينعقد من خلال البريد الالكتروني في اللحظة التي يفتح فيها الموجب صندوق بريده الالكتروني ويطلع على رسالة القابل، وفي العقد المبرم عن طريق الموقع ينعقد العقد بمجرد علم الموجب بالقبول الصادر عبر الموقع.

وقد إعتنق المشرع الجزائري هذه النظرية، وبلغ هذه النتيجة بأن وضع مبدءا عاما في تعيين الوقت الذي ينتج فيه التعبير عن الارادة أثره، فقرر في نص المادة (61) منه على مايلي:"ينتج التعبير عن الارادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك".[2]

---

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 208.

[2]- يتطابق هذا النص مع نص المادة 91 من القانون المدني المصري.

ثم طبق المشرع هذا المبدأ على التعاقد بين الغائبين فقرر في المادة (67) منه على ما يلي: "يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".[1]

ثانيا: مكان ابرام العقد:

من ناحية تحديد المكان، تظهر أهمية ذلك في مجال تطبيق قواعد القانون الدولي الخاص، حيث أن مكان العقد هو الذي يحدد الشكل الذي يحب أن يخضع له العقد، كما يعد المكان الذي ابرم فيه العقد ضابط اسناد لمعرفة القانون واجب التطبيق على العقد.

وقد رأى البعض أن مكان ابرام العقد هو مكان العمل على أساس أن الايجاب والقبول قد تما في نظام المعلومات الموجودة بالعمل، بينما رأى البعض الآخر أن العبرة من بالنسبة لمكان العقد هي بمكان وجود المتعاقد نفسه.[2]

وبالرجوع الى نص المادة (14) الفقرة 4 من قانون الأونيسترال التي قضت بما يلي:" مالم يتفق المنشء والمرسل اليه على غير ذلك يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من مكان الذي يقع فيه مقر العمل المنشء، ويعتبر أنها أستلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

أ-إذا كان للمنشئ أو المرسل اليه أكثر من مقر عمل واحد، كان مقر العمل هو المقر الذي له أوثق علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمر الرئيسي إذا لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب-إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل اليه مقر عمل يشار من ثم الى محل إقامته المعتاد.

---

[1]- وهي المادة المطابقة لنص المادة 97 من القانون المدني المصري، والمادة 98 من ا القانون لمدني السوري، بينما أخد المشرع الأردني بنظرية إعلان القبول في نص المادة 101 منه التي جاء فيها:"إذا كان المتعاقدان لا يضمهما حين العقد مجلس واحد يعتبر التعاقد قد تم في مكان وفي الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد إتفاق أو نص قانوني بغير ذلك"، وهذا في حين إعتنقت إتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع نظرية تصدير القبول في المادة 2/18 منها.

[2]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 219.

كما يبدو فإن هذا النص قد وضع معياريمكن اللجوء إليه لتحديد مكان ابرام العقد الالكتروني، فمقر عمل الموجب هو مكان ابرام العقد على أساس أنه مكان إستلام الرسالة التي تضمنت القبول، وإذا لم يكن للموجب مقر عمل فالعبرة في محل إقامته.

والأخد بهذا المعيار السليم والمنطقي فهو معيار ثابت يغني عن البحث عن مكان وجود الموجب وقت ان تسلم الرسالة المتضمنة القبول.

المطلب الثالث

إثبات العقد الالكتروني

إن للاثبات أهمية قصوى في كافة الأنظمة القانونية، باعتبار أولى خطوات لحماية الحق خاصة أن الاثبات الخطي الذي يرتكز على كتابة موضوعة على دعامة مادية تتمثل في محرر ورقي مختوم بتوقيع صاحبه، إلا أنه ونتيجة لإمكانية إنشاء الحقوق وإبرام الالتزامات والعقود بوسائل الكترونية، تبعا لما توفره من السرعة والسهولة في الابرام، أدى إلى تغير مفهوم الاثبات والاستغناء عن الكتابة الورقية، إذ ظهر نوع جديد من الاثبات يتسم بالالكترونية.

وبما أن العقد الذي يبرم عن طريق الشبكة المعلوماتية يقوم على تبادل البيانات الكترونيا على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الاتصال أو خارجها والتوقيع عليها ممن يرسل الرسالة الالكترونية بواسطة التوقيع الالكتروني لذا فسيتم التطرق في هذا المطلب الى مفهوم كل من المحررات الالكترونية (الفرع الاول)، والتوقيع الالكتروني(الفرع الثاني).

الفرع الأول

المحررات الالكترونية

مفهوم المحررات الالكترونية:

يجدر التذكير أن أن المشرع الجزائري لم يضع تعريفا للمحرر الالكتروني، وإنما أورد في القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني نص المادة (323) منه التي تنص على أنه :" ينتج الاثبات بالكتابة

من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم، مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق ارسالها".[1]

وعرف قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية، في المادة (2) في الفقرة 1 المحرر الالكتروني بأنه:"المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها، أو استلامها، أو تخزينها، بوسائل الكترونية أو ضوئية، أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البرق أو التلكس أو النسخ البرقي".

أما المشرع المصري، فقد عرف المحرر الالكتروني في المادة (1) في الفقرة 2 من قانون التوقيع الالكتروني لسنة 2004 على أنه:"رسالة بيانات تتضمن معلومات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليا أو جزئيا بوسيلة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو بأية وسيلة أخرى مشابهة".[2]

ويستخلص من التعريفات أن المحررات الالكترونية هي عبارة عن بيانات ومعلومات، التي يتم تبادلها من خلال المراسلات التي تتم بين طرفي العلاقة بوسائل الكترونية، سواء كانت من خلال شبكة الأنترنيت أو بأية وسيلة الكترونية أخرى، لتوصيل معلومة بينهما أو اثبات الحق أو القيام بعمل، فهي الوسيلة التي من خلالها يتمكن المتلاقون عبر الأنترنيت من توصيل المعلومة لبعضهم البعض.

وبالتالي مصطلح محرر الكتروني يستعمل للدلالة على كل أنواع الملفات المعلوماتية بالنص أو بالصورة أو بالصوت، وهو ما يتلائم واثبات العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنيت.

شروط المحررات الالكترونية:

ليتم الاعتراف بالمحرر الالكتروني لابد من توفر فيه ثلاثة شروط، وهي نفسها الشروط التي تتوفر في المحرر الورقي التقليدي، والمتعلقة بتحديد هوية الشخص الذي صدر عنه

[1]– زرواقي سميحة، متناني خلود، ،المرجع السابق، ص 72.

[2]– فوغالي بسمة، اثبات العقد الالكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنيت، رسالة ماجيستر في القانون الخاص، 2015/2014، ص 10.

المحرر الالكتروني، وعدم قابلية بيانات المحرر الالكتروني للتعديل، وقابلية المحرر الالكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه.

أولا: تحديد هوية الشخص الذي صدر عنه المحرر الالكتروني

يقصد بهذا الشرط أن المعلومات المحفوظة على المحرر الالكتروني يجب أن تدل على هوية الشخص الذي قام بإنشائها أو تسلمها، وأن تدل كذلك على لحظة ارسال المحرر أو تسلمه، ولتحقق هذا الشرط لابد أن تكون واضحة ومفهومة وقابلة للقراءة لتمكن من الاحتجاج بمضمونها.

ولكي يتمتع المحرر الالكتروني بحجية في الاثبات، يجب أن يكون قد صدر من شخص معين، ويجب التأكد من تدخل هذا الأخير في انشاءه، وهذه العلاقة التي تتم بين شخص معين والمحرر الالكتروني تتم قانونا، وذلك من أجل توقيع هذا الشخص الكترونيا على المحرر.[1]

ثانيا: عدم قابلية بيانات المحرر الالكتروني للتعديل

وتكون بعدم تمتع الغير من الاطلاع على مضمون المحرر، أو بادخال التعديلات على بياناته، وكي يكتسب المحرر الالكتروني حجيته في الإثبات فيجب ضمان أن هذا المحرر هو نفسه المتفق عليه بين الأطراف، ونفس الرسالة التي وجهها أحدهما للآخر وإن لم يتعرض لأي تعديل من خلال إحاطته بوسائل تمنع اختراقه أو إحداث تغيير فيه، كاستخدام تكنولوجيا تشفير المعلومات.[2]

ونظرا لأهمية هذا الشرط، فقد أولت التشريهات الاهتمام بمسألة عدم اختراق الغير بيانات المحرر الالكتروني ومدى إمكانية الاعتماد على الوسيلة التي استخدمت في المحافظة على سلامتها، فقد اشترطت هذه التشريعات لإقرار الحجية للمحررات الالكترونية أن يولى الاعتبار

[1]– سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 532.

[2]– فوغالي بسمة، المرجع السابق، ص 21.

الى جدارة الطريقة التي نفذت بها عملية ارسال المحرر والطريقة التي استخدمت في المحافظة على سلامته.[1]

ثالثا: قابلية الالكتروني للاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيه

إن الهدف من هذا الشرط هو امكانية الرجوع الى المعلومات المخزنة على المحرر الالكتروني والاطلاع على محتواه في أي وقت، أو عرضه على القضاء في حالة نشوب نزاع بين أطراف العقد المخزن في المحرر الالكتروني، وهذا ما قضت به المادة (6) من المرسوم التنفيذي رقم 16-142 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا.[2]

وبالرغم من أن طبيعة المحررات الالكترونية قد تجعلها عرضة للتلف، وذلك لحساسية الشرائح الممغنطة، الا أن هذه المشكلة تم التغلب عليها حيث أصبحت المحررات لها القدرة على الاحتفاظ بالمعلومات في مدة تتجاوز قدرة الأوراق العادية والتي تتعرض للتلف والتآكل مع الزمن.

حجية المحررات الالكترونية في الاثبات:

لقد ساوت بعض التشريعات بين المحررات الالكترونية والتقليدية وأقرت بالحجية القانونية لها، وكان قانون الاونيسترال السباق في إضفاء الصفة القانونية للمحررات الالكترونية وذلك في المادة (2/9).

كما أشار هذا القانون الى أنه يجب توفر شروط للاعتراف بصحة المحررات الالكترونية ومن ذلك:

---

[1]- أنظر المادة (2/5) من قانون الأونيسترال بشأن التجارة الالكترونية، المادة (2/10) من قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي، المادة (4/5) من قانون االتجارة الالكتروني البحريني، المادة من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني؛ المادة (8 (من المرسوم التنفيذي 16-142 الذي يحدد كيفيات حفظ الوثيقة إلكترونيا.

[2]- تنص المادة 6 على أنه:"يتم حفظ الوثيقة الموقعة الكترونيا على دعامة حفظ يسمح في أي وقت بالنفاذ الى كل محتواها واسترجاعها بواسطة الوسائل التقنية الملائمة".

-سهولة الاطلاع على المعلومات أو البيانات الواردة فيه بما يسمح بامكانية الرجوع اليه مرة أخرى.

-البقاء على الشكل الذي أنشأ أو أرسل أو تسلم به أو بالشكل الذي يمكن اثبات أنه يمثل حقيقة المعلومات التي تضمنها.

-الاحتفاظ بالمعلومات التي تبين مصدر السند الالكتروني، وجهة وصوله، وتاريخ ووقت ارساله واستلامه.

وقد إعترف المشرع الفرنسي بالمحررات الالكترونية ، وساوى بينها وبين المحررات التقليدية ونص على ذلك في المادة (1/1316) منه.

كما نص المشرع الاماراتي في المادة (10) فقرة 1 من قانون المعاملات الالكترونية عللا قبول المحرر الالكتروني كدليل اثبات، الا أن المشرع الاماراتي اشترط على المحرر الالكتروني ليكون له حجية قانونية أن يتم حفظه بطريقة الكترونية، ومؤدى ذلك أن المحرر الالكتروني يحوز الحجية اذا توافرت في عملية الحفظ ما يلي:

-حفظ السجل الالكتروني بالشكل الذي أنشئ أو أرسل أو أستلم به، أو بشكل يمكن إثبات أنه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو أستلمت في الأصل.

- بقاء المعلومات محفوظة على نحو يتيح استخدامها والرجوع اليها فيما بعد.

-حفظ المعلومات ان وجدت التي تمكن من تحديد منشأ الرسالة الالكترونية ووجهة وصولها وتاريخ ووقت ارسالها.

وبالنسبة للمشرع الجزائري، فقد نص في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني الجزائري على أنه :" يعتبر الاثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالاثبات بالكتابة على الورق"، وعليه فالمشرع الجزائري قد ساوى بين الكتابة الالكترونية والتقليدية،ومنه المساواة بين المحرر الالكتروني والورقي.

من خلال ما سبق يمكن القوا أن المحررات الالكترونية لها نفس الحجية في المحررات التقليدية وذلك نتى توفرت على الشروط المحددة في التشريعات التي نظمتها، وهي نفسها الشروط التي توفرها في المحررات التقليدية.

الفرع الثاني

التوقيع الالكتروني

مفهوم التوقيع الالكتروني:

تدخل المشرع الفرنسي في تعديل بعض النصوص من القانون المدني للتتفق مع التوقيع على العقود والمحررات الالكترونية، فنص في المادة (1316) على أنه:"التوقيع الذي يميز هوية صاحبه..... وإذا ما تم التوقيع في الشكل الالكتروني وجب استخدام طريقة موتوق بها لتمييز صاحبه".[1]

وعرفه المشرع المصري في المادة (1) بأنه:" ما يوضع على محرر الكتروني ويتخد شكل حروف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها يكون له طابع متفرد يسمح بتحديد الشخص الموقع و يميزه عن غيره".[2]

ويعرف التوقيع الالكتروني في قانون المعاملات الالكترونية الأردني بأنه:" البيانات التي تتخد هيئة حرف أو أرقام أو رموز أو اشارات أو غيرها، وتكون مدرجة بشكل الكتروني، أو رقمي أو ضوئي أو أي وسيلة أخرى مماثلة في رسالة المعلومات، أو مضافة عليها، أو مرتبطة بها، ولها طابع يسمح بتحديد هوية الشخص الذي وقعها، ويميزه عن غيره، من أجل توقيعه، وبغرض الموافقة على مضمونه".[3]

---

[1]– المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي المعدلة بقانون الصادر في 13 مارس 2000.

[2]– القانون رقم 15 لسنة 2004.

[3]– قانون المعاملات الالكترونية الأردني المؤقت رقم 85 لسنة 2001، الجريدة الرسمية، المادة 2، العدد 4524، الصادر في2001/12/31، صفحة 6010.

2) من القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع

والتصديق الالكتروني بأنه:"بيانات في شكل الكتروني مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى تستعمل كوسيلة توثيق".[1]

ومن خلال هذه التعاريف، نجد أن التوقيع الالكتروني يتمتع بخصائص أهمها:

-يتكون التوقيع الالكتروني من عناصر منفردة تأخذ شكل أرقام أو حروف أو اشارات أو غيرها.

-يحدد ويميز شخصية الموقع، ويعبر عن رضاه بمضمون المحرر.

-يساعد على تنمية وشمان التجارة الالكترونية، من خلال السماح بابرام الصفقات عن بعد ودون حضور المتعاقدين.

صور التوقيع الالكتروني:

1-التوقيع البيومتري:

يقوم هذا النوع من التوقيع على الخصائص الذاتية للانسان، باستخدام الكمبيوتر أو الكاميرا أو جهاز لقراءة البصمة،[2] وتتم هذه الطريقة بتخزين بصمة الشخص داخل دائرة الكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه، ولا يتم ادخال الا البصمة المتفق عليها أو بصمة الشفاه، أو بنطق كلمة معينة، ولا يتم التعامل معها الا بعد تأكد الجهاز من عملية المطابقة التامة.

إلا أنه ما يعب هذا التوقيع، أن الخصائص الذاتية للانسان يمكن لها أن تتغير، بظروف معينة كبعض المهن اليدوية أو ثأتير المرض على الحبال الصوتية أو تشابه أشكال أوجه التوأم، كما أن تكلفته كبيرة مما يحد من التوسع في نطاق استعماله.

[1]- القانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكتروني، المؤرخ في 1 فبراير 2015، جريدة الرسمية، العدد 06، الصادر في 10 فبراير 2015.

[2]- كالبصمة أو شفرة العين أو نبرة الصوت أو الحمض النووي الجيني وغيرها من الخصائص الذاتية.

وقد عرفه المشرع الجزائري في المادة (100

2-التوقيع بالقلم الالكتروني:

يقوم المرسل في هذه الصورة بكتابة توقيه الشخصي، من خلال استعمال قلم الكتروني خاص على شاشة الحاسب الآلي، حيث يتم التأكد من صحة التوقيع خلال برنامج خاص، يقوم بالتركيز على حركة هذا القلم وعلى الأشكال التي يتخدها، والتي يكون قد سبق تخزينها بالحاسب الآلي، كما أن هذا النوع من التوقيع له وظيفتان، الأولى تتنمثل في خدمة التوقيع الالكتروني، والثانية تتمثل في خدمة التأكد من صحة التوقيع من خلال مطابقته مع التوقيع المخزن في الذاكرة.

3-التوقيع الرقمي:

يعتبر التوقيع الرقمي أهم صور التوقيع الالكتروني وأفضلها على الإطلاق، لما يتمتع به من درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه وتطبيقه، ويعتمد هذا التوقيع على نظام التشفير، وترتكز طريقة تشغيل منظومة التوقيع الرقمي على تحويل بيانات المحرر الالكتروني الى صيغة غير مقروءة، وذلك بواسطة عملية حسابية خاصة قد تكون تماثلية، بمعنى أن عملية إغلاق وفتح بيانات المحرر تكون بمفتاح واحد (التشفير بالمفتاح المتماثل)، وقد لا تكون تماثلية، بمعنى أن المفتاح الذي يغلق بيانات المحرر غير المفتاح الذي تفتح به هذه البيانات (التشفير بالمفتاح المزدوج) .[1]

حجية التوقيع الالكتروني في الاتباث:

سعت معظم الدول في اطار جهودها لتحقيق خطة الاعتراف بالتجارة الالكترونية الى التأكيد على أن التوقيع الالكتروني يعتبر معادلا وظيفيا للتوقيع الخطي، فالاعتراف بصلاحية التوقيع الالكتروني للدلالة على الشخص المتعامل وإتجاه ارادته الى إبرام التصرف القانوني هو

[1]- بالقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنيت (البريد المرئي) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2011/2010، صفحة 123 و124.

فقد وضع مشرعو الدول قوانين اعترفت بحجية التوقيع الالكتروني ضمن شروط موضوعية.[1]

وقد كان أول إعتراف بالتوقيع الالكتروني في عام 1989، في مجال البطاقات الائيمانية حيث أقرت محكمة النقض الفرنسية صحة التوقيع الالكتروني كما ساوت بينه وبين التوقيع اليدوي.[2]

وكما تم وضع قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2001، حيث يهدف هذا القانون الى اقرار التكافؤ بين التوقيع الالكتروني ونظيره اليدوي، حيث نصت المادة (6) منه على أنه حيثما يشترط القانون وجود توقيع من شخص يعد ذلك الاشتراط مستوفيا البيانات المرسلة، إذا استخدم توقيعا الكترونيا موثوقا به بالقدر المناسب للطرف الذي أنشئت أو أبلغت من أجله رسالة البيانات في ضوء كل الظروف، بما في ذلك أي اتفاق ذي صلة بها، ويعد التوقيع الالكتروني موثوقا به للغرض المذكور أعلاه في الحالات التالية:

*إذا كانت بيانات انشاء التوقيع مرتبطة في السياق الذي يستخدمه الموقع دون أي شخص آخر.

*إذا كانت بيانات انشاء التوقيع خاضعة وقت التوقيع لسيطرة الموقع دون أي شخص آخر.

*وإذا كان الغرض من اشتراط التوقيع قانونا، هو تأكيد سلامة المعلومات التي يتعلق بها التوقيع، وأن أي تغيير يجري في تلك المعلومات بعد وقت من التوقيع يكون قابلا للاكتشاف.[3]

[1]– أصدرت فرنسا قانونا خاصا بالتوقيع الالكتروني في سنة 2000، كما أصدرت ألمانيا قانون التوقيع الرقمي في سنة 1997.

[2]– صدر القرار الأول عن محكمة استئناف مونبيلييه في فرنسا سنة 1987، ثم نظرت محكمة النقض الفرنسية فيه في سنة 1989 في القضية المعروفة باسم .Credicas

[3]– ميكائيل رشيد علي الزباري، المرجع السابق، ص 292–294.

من أهم متطلبات الاقرار بوجود التجارة الالكترونية وقبول الاثبات بوسائلها، وانطلاقا من ذلك،

1999/93 بشأن وضع ايطار مشترك للتوقيعات

الالكترونية، متضمنا تنظيما لبعض جوانبها القانونية، باعتبار أن وضع نظام مشترك بشأن شروط التوقيعات الالكترونية ومعايير الاعتراف بآثارها القانونية، سوف ييسر استخدامها بدون عقبات في الأسواق الداخلية، ويدعم التقنيات الحديثة واستخدامها الآمن في انجاز المعلومات، ويقر التوجيه الاوروبي اتفاقات الاثبات التي يتفق بموجبها أطرافها على شروط وأوضاع قبول التوقيعات الالكترونية في الاتباث.[1]

وقد حددت المادة (31) من قانون المعاملات الالكترونية الأردني شروط اضفاء الموثوقية على التوقيع الالكترونية، حيث نصت على أن التوقيع الالكتروني يكون موثوقا إذا اتصف بما يلي:

1-تميز بشكل فريد بارتباطه بالشخص صاحب العلاقة.

2-كان كافيا للتعريف بالشخص صاحبه.

3-تم انشاؤه بوسائل خاصة بالشخص وتحت سيطرته.

4-ارتبط بالسجل الذي يتعلق به بصورة لا تسمح بإجراء تعديل على القيد بعد توقيعه دون إحداث تغيير في التوقيع. [2]

[1]- المادة 1 من التوجيه الأوروبي رقم 1999/93.

[2]- المادة 31 من قانون المعاملات الالكترونية الاردني.

المبحث الثاني

العدول عن العقد الالكتروني

يعد الحق في العدول عن العقد من الوسائل التي تتيحها التشريعات المنظمة لعمليات البيع عن بعد بغرض حماية رضا المستهلك باعتباره يقدم في هذا النوع من العقود على التعبير عن إرادته دون وعي تام أو كامل، فإذا تم تنفيذ العقد اتضح له أنه تسرع في قبول العقد وأنه لم يكن يعتقد أن السلعة أو الخدمة بهذا الشكل.

فالعقد الالكتروني بوصفه عقدا عن بعد لا يسمح للمشتري مثلا بمعاينة محل العقد كما يتيح ذلك العقد التقليدي، فضلا على أن طريقة ابرامه لا تسمح له بمناقشة الشروط بنفس الحرية التي يمتلكها العقود العادية، واذا كان واضحا أن الحق في العدول عن العقد على هذا النحو يمثل خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، فإن هذا الخروج قد أملته ضرورات حماية المستهلك ولذلك فإن بعض الفقه يرى بأن ظهور هذا الحق لم يرتبط بتنظيم التعاقد عن بعد، وإنما ارتبط وجوده بظهور التشريعات الرامية الى حماية المستهلك.

إن ما يدعو الى البحث في مفهوم الحق في العدول عن العقد هو تحديد مضمون هذا الحق ومدى تأثيره عن العقد الذي يرد عليه، والنظر فيما إذا كان الحق في العدول يرد على عقد تم ابرامه أم على عقد لم يبرم بعد.

وللإجابة على ذلك فاننا نقسم مبحثنا الى ثلاثة مطالب، تناولنا في المطلب الأول مفهوم الحق في العدول و العقود التي لا يتم فيها العدول، أما في المطلب الثاني تكلمنا عن كيفية ممارسة الحق في العدول، ثم تناولنا في المطلب الثالث آثار الحق في العدول.

المطلب الأول

مضمون الحق في العدول عن العقد الالكتروني

طبقا للماد ة 106 من التقنين المدني الجزائ ي، فإن العقد متى نشأ صحيحا مستوفيا جميع شروط انعقاده وصحته ، فإنه يكون بمثابة القانون بين الطرفين فلا يجوز نقضه و لا تعديله ولا إلغاؤه إلا باتفاق الطرفي ن أو للأسباب التي يقررها القانون، ولكن نظرا لأن المتعاقد في العقد الإلكتروني ليس لديه من الوسائل ما يكفل معاينة السلعة والإلمام بخصائصها قبل إبرام العقد، فإن التشريعات المنظمة للتعاقد عن بعد عموما، ونظيراتها المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية، أجازت للقابل أن يعدل عن قبوله بعد تنفيذ العقد إذا تبين له أنه تسرع في التعبير عن إرادته أو أن قبوله صدر عن غير يقين وهذا ما يسمى بالحق في العدول عن العقد ، وهذا ما يجعل هذا الحق وسيلة من وسائل حماية رضاء المتعاقد وضمانة حقيقة لصد ما قد يرتكبه المتعاقد الآخر الذي يملك تقنية المعلومات ويملك السلعة أو الخدمة من و سائل تغري المتعاقد الذي تسيطر عليه حالة الضعف وتدفعه إلى إبرام العقد.

الفرع الأول

تعريف الحق في العدول عن العقد الالكتروني

يعرف العدول عن العقد الالكتروني بأنه الوسيلة التي بمقتضاها يتيح المشرع لأحد المتعاقدين أن يعيد النظر من جديد، في الالتزام الذي ارتبط به مسبقا فهو يفترض أن عقدا تم ابرامه لكن أحد طرفيه، ويكون المستهلك غالبا، يستفيد من مهلة للتفكير خلالها يكون بوسعه سحب قبوله الذي ارتبط بموجبه بالعقد.[1]

والحق في العدول من خلال هذا المعنى يتشابه كثيرا مع خيار الرؤية المنصوص عليه في الشريعة الاسلامية، وخيار الرؤية هو حق المتعاقد العدول عن العقد أو يجيزه في حالة رؤية محل العقد اذا لم يكن قد رآه أثناء التعاقد، وقد نصت على خيار الرؤية المادة (320) من

[1]– سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 321.

فإذا رآه إن شاء قبله و إن شاء فسخ البيع ويقال لهذا الخيار خيار الرؤية".[1]

ويلاحظ مما سبق أن الحق في العدول عن العقد مثله مثل خيار الرؤية، فكلاهما حق مطلق يخضع لتقدير المشتري وحده بارادته المنفردة، دون اشتراط الطرف الثاني ودون اللجوء الى القضاء ويعفا صاحب القرار من تقديم تبرير لإستعماله.

فمدلول الحق في العدول عن العقد يعني أنه يحق للمشتري خلال المهلة التي حددها القانون أن يعدل عن هذا العقد بارادته المنفردة وذلك بأن يعلن للبائع رغبته في العدول، وعندئذ يجب على البائع أن يقوم بارجاع الثمن واستعادة البضائع أو السلعة.[2]

ومن خلال هذه التعاريف نستخلص أن الحق في العدول عن العقد يتميز بعدة خصائص أهمها:

*حق يلازم العقود المبرمة عن بعد، كون المشتري لا يستطيع تجربة المنتج أو التحقق منه عن قرب، لكون العقد الالكتروني يبرم عن بعد.

*إستثناء عن القوة الملازمة للعقد، حيث نص على هذا المبدأ المادة (106)[3] من القانون المدني الجزائري، غير أن المشرع أجاز العدول في العقد الالكتروني نظرا لطبيعته الخاصة كونه يتعاقد عن بعد كون المستهلك طرف ضعيف في العقد.

*رخصة تقديرية للمستهلك الالكتروني، فله وحده حق المطالبة به أو الامتناع عنه، وذون ذكر الأسباب، كما يجوز للمشتري التنازل عن هذا الحق بعد نشأته وثبوته له، وذلك بعد ممارسته خلال المدة المحددة.

---

[1]– راجع المواد 517 من القانون المدني العراقي والمادة 235 من القانون المدني اليمني والمادة 184 من القانون المدني الأردني.

[2]– أبو الخير عبد الونيس الخويليدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة2006، صفحة 113.

[3]– نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري على أنه:"**العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون**".

مجلة الأحكام العدلية عندما عرفته بأنه:"من اشترى شيئا ولم يره كان له الخيار إلى أن يراه،

الفرع الثاني

نطاق تطبيق حق العدول عن العقد الالكتروني

بعد الاعتراف للمستهلك (المشتري الالكتروني) بحق اعمال العدول عن تنفيذ العقد، إلا أن هذا الاستعمال ليس مطلقا، بل تم تحديد نطاق استعماله وذلك من حيث أنواع العقود ومن حيث محل العقد، فحق العدول عن ابرام العقد يطبق في العقود المبرمة عن بعد، كما أن هذا الحق يطبق على السلع والمنتوجات والخدمات، وهذا ما أكدته مختلف النصوص والتشريعات المنظمة للبيع الالكتروني، غير أن هناك استثناءات لا تقبل فيها ممارسة الحق في العدول عن العقد، ومن تلك الاستثناءات مايلي:

أولا*عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء المدة المقررة للعدول:

صورة هذا الاستثناء أن يبرم عقد عن بعد بوسيلة الكترونية يكون محله مثلا تقديم خدمات من طرف المهني لصالح المستهلك، فإذا تم الاتفاق بين الطرفين على البدء في التنفيذ قبل انتهاء المدة القانونية المقررة لممارسة العدول، فإنه لا يمكن للمشتري أن يتمسك بالعدول عن العقد.

وقد نصت على هذا الاستثناء المادة (32) من القانون التونسي الخاص بالمبادلات والتجارة الالكترونية، حيث جاء فيها :"مع مراعات أحكام المادة 30 من هذا القانون وباستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات الآتية:

-عندما يطلب المستهلك توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك...".[1]

وأوردت الفقرة الثالثة من المادة 6 من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 هذا الاستثناء، ونصت عليه أيضا المادة 121-20 فقرة 02 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، اما مشرع قانون تعديل

[1]- ويلاحظ أن هذا النص يتطابق حرفيا مع المادة (57) من مشروع قانون المبادلات الالكترونية لدولة فلسطين.

412 مكرر 8) الحالات التي يستبعد فيها الحق في العدول عن العقد لكنها لم تشر الى هذا الاستثناء.

ثانيا*العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها:

وهي العقود التي ترد على السلع والخدمات والتي تغير من سعرها في سوق المالية مع متقلبات البورصة، والسبب في استبعاد مثل هذه العقود هو أنه اذا استخدم المستهلك حقه في العدول عن العقد فإن المهني سيكون ملزما برد الثمن الذي تم الاتفاق عليه عند ابرام العقد الذي قد يكون مخالفا لسعر السلعة أو الخدمة وقت رد المبلغ للمستهلك، حيث أنه من الممكن أن يكون سعر السلعة أو الخدمة قد ارتفع أو انخفض عن سعرها وقت ابرام العقد.[1]

ولذلك فإن القائمين على أمر تعديل التقنين المدني الجزائري أوردو في المادة (412 مكرر 08) أن الحق في العدول لا يقبل في العقود التي يكون محلها أموالا يرتبط ثمنها بتقلبات سعر السوق المالية أو المواد الأولية.

ثالثا*العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة:

هي سلع تم تصنيعها لمستهلك معين وفق متطلبات معينة استجابة لرغبته، مثلما هو الأمر في الأزياء التي يتم تصميمها بمقاسات محددة وفقا لطلب المستهلك، ويكمن الهدف الأساسي من وراء هذا الاستبعاد هو عدم الاضرار بالمهني نضرا لعدم قدرة هذا الأخير على اعادة بيعها مرة أخرى بعد عدول المستهلك عن العقد.

وقد نصت على هذه الحالة المادة (412 مكرر 08) في البند الثاني منها الذي جاء فيه:"إذا تم تزويد المستهلك بمنتوجات حسب خاصيات شخصية".[2]

---

[1]– سامح عبد الواحد التوهامي، المرجع السابق، ص 240.

[2]– تطابقه المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الالكترونية لدولة فلسطين.

يقصد بها تلك السلع التي يؤدي اعادة شحنها وارسالها للبائع الى اتلافها، كالأدوية المركبة من محلولين إذ لا يمكن إرجاعها بعدما تم تركيبها، والأشياء المركبة من عدة أشياء صغيرة والتي يقتضي إعادة شحنها تفكيكها، أو الأشياء الزجاجية التي تؤدي إعادة شحنها الى حدوث كسور بها، كما تتمثل أيضا في المواد الغذائية والأزهار.

وقد نصت على هذه الاستثناءات المادة (06) من التوجيه الأوروبي رقم 07/97 وتقنين الاستهلاك الفرنسي في المادة (121-20) فقرة 04 والبند الثالث من المادة (412 مكرر 08) من مشروع تعديل التقنين المدني الجزائري.[1]

خامسا*العقود الواردة على التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الاعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري:

لا يتقرر حق العدول للمستهلك شرط أن يكون المستهلك قد نزع الغلاف الخاص به (أي فض العبوة) أو فتح برنامج الاعلام الآلي او القرص المضغوط، والهدف الرئيسي من هذا الاستبعاد هو حماية حقوق الملكية والفكرية فقد يكون المستهلك قد قام بفتح البرنامج ونسخه على جهازه تم قام باعادته وهذا يشكل مساسا بالملكية.[2]

وقد نص التقرير على هذا الاستثناء مشروع تعديل التقنين المدني في البند الرابع من المادة (412 مكرر 08) الذي جاء فيه:" التسجيلات السمعية البصرية وبرامج الاعلام الآلي عند فتحها من طرف المشتري".

[1]- كما نص على هذا الاستثناء البند الثاني من المادة 32 من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي وهي تتطابق مع مع المادة 57 من مشروع قانون المبادلات الالكتروني لدولة فلسطين.

[2]- خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية (دراسة مقارنة)، دار الجامعية، الاسكندرية، مصر، طبعة 2007، ص 277.

رابعا*السلع التي لا يمكن اعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك والتلف:

المطلب الثاني

كيفية ممارسة الحق في العدول

طبقا للمادة (121-20) في فقرتها الأولى من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة (412 مكرر 06) من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري يكون له ممارسة حقه في العدول عن العقد خلال المدة المحددة له دون إبداء أسباب ذلك، فهو حق خالص للمشتري يمارسه بإرادته المنفردة دون العدول الى القضاء وبغض النظر عن موقف المهني ودون التبرير.[1]

ولذلك فإن المشرع الجزائري لم يحدد شكلا للتعبير عن ممارسة هذا الحق، فقد يعدل المشتري عن العقد إذا وجد أن السلعة أو المنتوج الذي أقدم عليه غير متوافق مع ما كان يتوقعه أو يتصوره أو أنه وجد المنتوج كما تصوره وتوقعه ولكن تسرع في ذلك فهو ليس بحاجته الآن، وبذلك فإن حق العدول عن العقد هو حق مطلق.

ويستطيع المشتري أن يمارس حقه في العدول بواسطة طريقتين، إما أن يطلب رد المبيع واسترداد الثمن أو يطلب تغيير بضاعة بأخرى خلال المدة المحددة له، وإذا تبين له أن المنتج لا يصلح أو ليس بحاجته في الوقت الحالي عندئذ يطلب رد المبيع واسترجاع الثمن.[2]

الشرط الوحيد لممارسة الحق في العدول هو أن يتم ضمن مهلة 07 أيام وفقا للقانون الفرنسي والتشريع الأوروبي، كما أنه توجد تشريعات أخرى أطالت المدة، ويختلف حساب هذه المدد باختلاف محل العقد، فإن كان عبارة عن سلعة فمن يوم التسليم، وإن كان عبارة عن خدمة فمن يوم ابرام العقد، والمدة المحددة قانونا تحسب بالأيام الكاملة، وإذا تضمنت آخر يوم عطلة فإنها تمتد إلى اليوم الموالي لأول يوم عمل، أما إذا أخل التاجر بالتزاماته المتعلقة بإعلام المستهلك الالكتروني قبل العقد فإن هذه المدة تمتد الى غاية ثلاثة أشهر.[3]

---

[1]- سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 337.

[2]- خالد ممدوح ابراهيم، حماية المستهلك في المعاملات الالكترونية، المرجع السابق، ص 279.

[3]- أحمد أمين نان، حماية المستهلك الالكتروني، رسالة ماستر، جامعة قاصدي مرباح (ورقلة)، 2017/2016، ص 14.

المطلب الثالث

آثار العدول عن العقد

يترتب على اختيار المستهلك طريق الرجوع عن التعاقد زوال العقد وانقضائه، ويلتزم الأطراف بإعادة الحالة التي كان عليها قبل التعاقد، فإن تسلم المبيع التزم اعادته الى الحالة التي تسلمها فيها، وهذا ينطبق على العقود الاستهلاكية العامة، فإنه ينطبق كذلك على العقود الالكترونية، ولهذا سوف ندرس آثار ممارسة الحق ف ي العدول بالنسبة للبائع، ثم بالنسبة للمستهلك.

تتمثل آثار العدول للبائع بصفة أساسية برد الثمن الذي دفعه المستهلك له مقابل الحصول على السلعة وفسخ العقد الذي يكون قد أبرمه مع المشتري لتمويل شراء البضاعة أو الاستفادة من خدمة.

فوفقا لنص المادة (121-20) من تقنين الاستهلاك الفرنسي الموافقة للمادة (412 مكرر 07) من مشروع قانون تعديل التقنين المدني الجزائري فإنه يجب على البائع المهني أن يقوم برد الثمن خلال ثلاثين يوما من اليوم الذي أعلن فيه المشتري تمسكه بالعدول، وفي حالة تجاوز البائع هذا الأجل دون أن يرد الثمن فإنه يتعرض لزيادة في الثمن على سبيل الغرامة وهي الغرامة التي يعود تقديرها للقانون الذي ينظم الفوائد القانونية في فرنسا أما في الجزائر فقد حددها مشروع التعديل ب10% من ثمن المبيع عن كل يوم تأخير.[1]

وقد نص المشرع الفرنسي في نص المادة (121-20) في الفقرة 02 على أن توقع عقوبة جزائية على كل بائع رفض رد المبالغ التي دفعها المشتري خلال ثلاثين يوما من إعلان المستهلك عدوله عن العقد.

[1] - Article 121-20/1 « lorsque le droit de rétractation est exercé, le professionnel est tenu de rembourser sans délai le consommateur et au plus tard dans les trente jours suivant la date a laquelle ce droit a été exercé, au-delà, la somme due est de plein droit , productive d'intérêts aux taux légal en vigueur ».

4/6) من التوجيه الأوروبي

(Ec/7/97) على أنه:"إذا كان الوفاء بثمن المنتج أو الخدمة قد تم تمويله كليا أو جزئيا بإئتمان من قبل المورد أو من شخص من الغير على أساس إتفاق مبرم بين الأخير والمورد، فإن ممارسة المستهلك لحق العدول يؤدي الى فسخ عقد الإئتمان بقوة".

وفي الوقت ذاته نصت المادة (33) من قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي على أنه:" إذا كانت عملية الشراء ناتجة كليا أو جزئيا عن قرض ممنوح الى المستهلك من قبل البائع أو الغير على أساس عقد مبرم بين البائع والغير، فإن رجوع المستهلك عن الشراء يفسخ عقد دون التعويض".[1]

أما بالنسبة للمشتري، فإنه متى تمسك بحقه في العدول زال العقد واعتبر وأعتبر كأنه لم يكن منذ لحظة ابرامه، وهذا ما يعني التزامه برد السلعة أو المنتوج للبائع أو التنازل عن الاستفادة من الخدمة، ويجب أن يعيد البضاعة أو المنتوج بالحالة التي تسلمها عليها فإن أصابها تلف أو هلاك تحمله هو بإعتباره كان مالكا لها.[2]

وطبقا لنص المادة (412 مكرر 06) من قانون تعديل التقنين المدني الجزائري، فإن المشتري متى مارس حقه في العدول لا يتحمل أية جزاءات أو مصاريف ماعادا مصاريف الإرجاع إن وجدت، وهذا ما دفع بعض الفقهاء الى إعتبار هذا الحق مجانيا إضافة لكونه حقا مطلقا وتقديريا.

[1]– وهو ذات الحكم الذي أخذ به المشرع الفرنسي وفقا لنص المادة (311-1/15) من قانون الاستهلاك الفرنسي.

[2]– سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص 252.

كما يجب عليه فسخ العقد المبرم، فإعمالا لنص المادة (

الخاتمة

الخاتمة

تناولنا _ بفضل الله وتوفيقه _ في بحثنا هذا موضوع العقد الالكتروني في التشريع الجزائري، ومن خلال تعرضنا لمفهوم العقد الالكتروني من تعريفاته المختلفة وطبيعته القانونية وخصائصه تبين لنا أن العقد الالكتروني يعتبر كغيره من العقود التقليدية على أن وجه الخصوصية فيه يكمن في كونه يتم عن بعد، وذلك باستخدام وسيط الكتروني يتمثل في شبكة الأنترنيت.

وبعدها تطرقنا الى أركان العقد الالكتروني التي لا تختلف عن الأركان المعمول بها في العقود العادية وتكلمنا على صور التعاقد المختلفة وأنواعه ففيه برز الاختلاف بين هذه الأنواع من التعاقد التي تستخدم في ابرامه وسيلة اتصال حديثة.

وتناولنا في الفصل الثاني تنفيد العقد الالكتروني حيث تطرقنا في الأول الى مرحلة التفاوض وما تمتازه من دور فعال في ابرام العقد الالكتروني من ناحية تفسير العقد أو تكملة ما اعتراه من نقائص سكت عنها الأطراف والالتزامات الناشئة عن التفاوض، وبعدها المرحلة التعاقدية إذ يتم التعبير عن الايجاب والقبول عبره وذلك عن طريق البريد الالكتروني أو المحادثة التي تتم بين طرفي العقد، على أن الغالب في العقد الالكتروني هو ابرامه دون حضور طرفي العقد في مجلس واحد كما هو معروف في العقود العادية، بمعنى أن التعاقد الالكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، كما يمكن أن يكون بين غائبين زمانا ومكانا.

فقد استدعى بحثنا التطرق في المرحلة التعاقدية للعقد الالكتروني والتي وقفت على أن العقد الالكتروني عقد يتم بتبادل الطرفين المتعاقدين التعبير عن الارادة وتبين لنا خصوصية الايجاب والقبول الالكترونيين وكيفية تلاقي الارادتين فيهما ومدى صلاحية السكوت للتعبير عن الارادة في العقد الالكتروني.

فبالنسبة للايجاب في العقد الالكتروني يجب أن يتوفر فيه فضلا عن الشروط العامة شروط خاصة، إذ يتعين على الموجب تضمين بيانات جوهرية تتعلق بمحل العقد وهذا ما سماه القانون بالالتزام بالاعلام ، أما القبول الالكتروني الذي تستخدم فيه وسائل الاتصال الحديثة ليس أقل من الايجاب من حيث صدوره عن بعد، ودون حضور مادي للأطراف.

أما بالنسبة لتحديد زمان ومكان ابرام العقد اتضح قصور القواعد العامة للعقد عن تحديد لحظة ابرام العقد ومكانه واعتمادها على نظريات أقل ما يقال عنها أنها عتيقة، وهذا ما استبعد ايجاد حلول جديدة تساير طبيعة هذا النوع من التعاقد، فقد تبدا واضحا أنا القانون النموذجي للتجارة الالكترونية المعد من طرف لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة قد وضعت حلا ناجما للهفوات التي تعتري القواعد العامة في تحديد لحظة ابرام العقد وجعل اللحظة التي يتم فيها العقد هي إرسال الإشعار بالاستلام وليس لحظة وصول القبول.

تم انتقلنا الى مرحلة اتباث العقد الالكتروني فقسمناها الى نصفين، تكلمنا عن المحررات الالكترونية من خلال تعريفها وشروطها وحجيتها في اتباث العقد الالكتروني، وكان كذلك بالنسبة للتوقيع الالكتروني فقد قمنا بتعريفه وتحديد انواع التوقيع الالكتروني وحجيته في اثبات العقد الالكتروني.

أما المبحث التاني فتكلمنا فيه عن العدول في العقد الالكتروني فتكلمنا فيه عن تعريف الحق في العدول عن العقد الالكتروني تم تطرقنا الى خصائص الحق في العدول عن العقد الالكتروني تم كيفيم ممارسة هذا الحق وختمناها بالآثار المترتبة عن الحق في العدول عن العقد الالكتروني.

وبما أن الالمام بالموضوع وإيفائه حقه على الوجه القويم شرف لن ندعيه فإن التقصير في معالجته تهمة لن ننفيها.

المقترحات والتوصيات:

أولا النتائج: تبين لنا من خلال هذا البحث أن:

– توصل الباحث من خلال هذه الدراسة الى أن أغلب التشريعات القانونية القانونية أجازت التعاقد عبر شبكة الأنترنيت سواء تم هذا التعاقد كليا أم جزئيا عبر الشبكة، وأنه حتى التشريعات التي لم تصدر قوانين خاصة بالمعاملات الالكترونية أو لم تعدل قوانينها الحالية، توجد ضمن قواعدها العامة نصوصا يمكن أن تستوعب هذا النوع من التعاقد الذي فرض نفسه بقوة نتيجة الثورة المعلوماتية التي شهدها العالم.

2– إن العقد الالكتروني لا يخرج عن القواعد العامة المنظمة للعقد، سواء من حيث الأطراف، أو الموضوع، إلا أنه ينفرد عن العقد التقليدي بالوسيلة التي ينعقد بها، وهي شبكة الأنترنيت، فهذه خصوصية التعاقد عبر الأنترنيت يلزم مراعاتها عند ابرام وإثبات هذا التعاقد، كونها تقتضي وجود قواعد تشريعية خاصة الى جانب القواعد العامة.

3– إن العقد الالكتروني المبرم عبر الأنترنيت يمكن أن يندرج تحت طائفة العقود التي تبرم عن بعد مع وجود بعض الاختلافات التي تضعه في مكانة خاصة بين هذه العقود من حيث انه يتوافر فيه التفاعل الحكمي بين طرفي العقد الالكتروني، إما عبر المواقع الالكترونية أو مواقع المحادثة أو عبر البريد الالكتروني.

4– يبدو الاختلاف بين العقد التقليدي والعقد الالكتروني في ركن الرضا من ناحية الايجاب، حيث أنه يتم بوسيلة مسموعة ومرئية من خلال شبكة الأنترنيت، وهي تتيح وصول الايجاب الى كافة المستخدمين دون تمييز، وهو الأمر الذي لا يخلو من مخاطره ما إذا كان الموقع غير موثوق فيه.

5– كما أن القبول الالكتروني ما هو إلا قبول تقليدي ويتم التعبير عنه بوسائل الكترونية حديثة، سواء عن طريق البريد الالكتروني، أو نتيجة المحادثة أو المشاهدة، أو بالتحميل المباشر لبرنامج محل التعاقد، أو عن طريق الضغط على الأيقونة أو النقر على الفأرة.

6– كما جرى في البحث دراسة موضوع زمان ومكان ابرام التعاقد عبر الأنترنيت، إذ أن تحديد زمان ابرام التعاقد عبر الأنترنيت يفيد في معرفة الوقت الذي ينعقد فيه العقد، ومن هذا

معرفة القانون الواجب التطبيق على العقد، مع بيان المحكمة المختصة فيما يثار بشأنه من منازعات.

7- إن التفاوض قبل ارام العقد، هو من أهم الحقوق التي يجب أن يتمتع بها المتعاقد الالكتروني بصفة خاصة، لإعتباره من أهم مظاهر الحماية التي يمكن أن تمنح للمتعاقد الالكتروني في هذه المرحلة نظرا لإفتقاره المعلومات التي يحوزها الطرف الآخر، فهو يعد ضمانة وقائية للمستهلك، لكونه يسبق مرحلة إبرام العقد ويشكل درعا واقيا من مخاطر المستقبل التي تهدد العقود.

8- أما عن الحق في الرجوع أو الحق في العدول، والذي يمثل في الواقع خروجا عن مبدأ القوة الملزمة للعقد، فقد استنتجنا من خلال هذه الدراسة أنه حق استثنائي للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد، ومنها العقود المبرمة عبر الأنترنيت، وقد شرع هذا الحق كون المتعاقد عبر شبكة الأنترنيت لا يتوافر على الامكانيات الفعلية أو الحقيقية لمعاينة السلعة واقعيا والتحقق من الأداء المناسب للخدمات، وهذا الخروج يعد مبرر أساسي في ضرورات حماية المستهلك كونه الطرف الضعيف في مواجهة المهني.

9- يعتبر الغرض الأساسي من تطلب المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني في الإثبات إعتبارها وسيلة تدل على وجود التصرف القانوني وتحديد مضمونه، وذلك لكي يكون بإمكان الأطراف في حالة نشوب نزاع بينهما الرجوع اليهما.

ثانيا: التوصيات:

تعد العقود الالكترونية أحد أهم العقود التي يشهدها العالم في العصر الحالي، ولها أهمية لا يستهان بها، إلا أن التشريعات القانونية لم تساير التطور الرهيب الذي عرفته هذه العقود، لذلك وجب:

الوقت يرتب العقد الالكتروني التزاماته على عاتقه، كما أن تحديد مكان ابرام العقد، يفيد في

التقليدية.

– بما أن العقود الالكترونية هي عقود تتم عن بعد، يجب على المشرع حماية المعلومات الواردة فيه، كالتوقيع الالكتروني، وهو ما تم مؤخرا إلا أن النصوص التطبيقية لم تصدر بعد.

– وجود عقود الكترونية دون وجود وسائل للوفاء إلكترونيا يفقد تلك العقود أهميتها، لذلك وجب لوسائل الوفاء أن تساير العقد الالكتروني.

– وضع تنظيم للايجاب والقبول الالكتروني، وذلك لعدم كفاية القواعد العامة في حل المشاكل التي قد تثار نتيجة التعبير عن الارادة إلكترونيا.

– ضرورة معالجة المشرع الجزائري لمسألة التحقق من أهلية المتعاقد من جهة، وعيوب الارادة من جهة أخرى، وذلك في ضل غياب النصوص القانونية المعالجة لهذه المسألة في قانون التجارة الالكترونية نظرا لخصوصية هذا التعاقد.

– ضرورة تدخل المشرع الجزائري، وأن يضيف نصا خاصا بكيفية تحديد مكان وزمان التعاقد عبر الأنترنيت، دون الاكتفاء بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

– وضع قوانين خاصة بالعقود الالكترونية لهذه العقود من خصائص تختلف عن العقود

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أ-المراجع العامة:

1. أحمد عبد الكريم سلامه، القانون الدولي الخاص النوعي (الالكتروني- السياحي- البيئي)، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2002.

2. بسام شيخ العشرة، حنان مليكة، التجارة الالكترونية،الجامعة الافتراضية السورية، سنة 2018.

3. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1994.

4. بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول، الديوان الوطني للمطبوعات الجامعية، الاسكندرية، 1994.

5. عصاب عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

6. سهير منتصر، الالتزام بالتبصير، دار النهضة العربية، القاهرة، 1990.

7. شنب محمد لبيب، مبادئ القانون "المدخل للدراسات القانونية والنظرية العامة للالتزام"، الطبعة الاولى، بيروت، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، 1970.

8. شريف محمد غانم، أثر تغيير الظروف في عقود التجارة الدولية، دار النهضة العربية، 2000.

9. عصاب عبد الفتاح مطر، التجارة الالكترونية في التشريعات العربية والأجنبية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2009.

10. لجنة القانون-مجموعة باحثين، الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية، المجلس الأعلى للتقافة القاهرة، الطبعة الأولى.

11. محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية، 2003.

ب-المراجح المتخصصة:

1- محمد سليمان ابا خليل، العقد الالكتروني،مكتبة الرشد ناشرون،المملكة العربية السعودية، الرياض، الطبعة الاولى،2009.

2- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الانترنيت،دراسة مقارنة،دار الكتب القانونية،مصر ،طبعة2008.

3-الياس ناصيف، العقد الالكتروني في القانون المقارن،منشورات الحلبي الحقوقية بيروت لبنان، الطبعة الاولى.

4- د/رضا المتولي وهدان النظام القانوني للعقد الالكتروني والمسئولية عن الاعتداءات الالكترونية (دراسة مقارنة في القوانين الوطنية وقانون الإونيسترال النموزجي والفقه الاسلامي)، ،دار الفكر والقانون المنصورة،طبعة 2013.

5- سمير عبد السميع الاودن، العقد الالكتروني، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر، الطبعة 2005.

6- جهاد محمود عبد المبدي، التراضي في تكوين عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة)، مكتبة القانون والاقتصاد الرياض، الطبعة الأولى، سنة 2012.

7- أحمد خالد العجلوني، التعاقد عن طريق الانترنيت دراسة مقارنة، الدار العلمية للنشر والتوزيع، عمان، الاردن، الطبعة الاولى، 2002.

8- خالد ممدوح ابراهيم، ابرام العقد الالكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، مصر، طبعة 2008.

9- د.عاطف جابر طه عبد الرحيم، إدارة التفاوض مدخل صناعة الصفقات العالمية في عالم يموج بالتنافسية، الدار الجامعية، مصر، 2008.

10- د محمد حسين عبد العال، التنظيم الإتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، مصر، 1998.

11- د جمال عبد الرحمان محمد علي، المسؤولية المدنية للمتفاوض: نحو تطبيق القواعد العامة على مسؤولية المتفاوض عبر الانترنيت (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي)، دون دار النشر، 2004.

12- عبد العزيز حمود، الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.

13- رجب كريم عبد الاله، التفاوض على العقد دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.

14- محمد إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية في ادارة المفاوضات وابرام العقود، مطبوعات معهد الادارة العامة، الرياض، 1995.

15- سمير حامد عيد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، مصر، الطبعة الأولى2006.

16- مصطفى أحمد أبو عمر، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الأنترنيت، دراسة مقارنة، جامعة طنطا، مصر،2008.

17-د. سمير حامد عبد العزيز جمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.

18-محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الالكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 1432-2008.

19-بشار محمد دودين، الايطار القانوني للعقد الالكتروني عبر شبكة الانترنيت، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر، عمان، 2006.

20-محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الأنترنيت، دار الثقافة للنشر والتوزيع، 1432هـ-2011.

21-مصطفى أحمد أبو عمرو، مجلس العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة،الاسكندرية، 2011.

22-أبو الخير عبد الونيس الخويليدي، حق المشتري في فسخ العقد المبرم بوسائل الاتصال الحديثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، طبعة 2006.

ج-الرسائل:

1-محمدالسعيد بوخليفي قويدر، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية،مذكرة مكملة من متطلبات نيل شهادة الماستر في الحقوق تخصص قانون أعمال، جامعة بسكرة، سنة 2016/2015.

2-عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري ، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه،منشورة،جامعة تيزي وزو،سنة 2014.

3-جحيط حبيبة،جعودي مريم، النظام القانوني للعقد الالكتروني،دراسة مقارنة، رسالة ماستر، جامعة بجاية، سنة 2013.

4-أرجيلوس رحاب، الايطار القانوني للعقد الالكتروني- دراسة مقارنة-،رسالة دكتوراه، جامعةأدرار، سنة2017 /2018.

5-زرواقي سميحة، متناني خلود، النظام القانوني للعقد الالكتروني، مذكرة ماستر، جامعة البويرة، سنة2019/2018،

6-المقداد هدى،العقد الالكتروني، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر.

7-غانم سميحة، عقد الاذعان على ضوء قانون حماية المستهلك، رسالة ماستر، جامعة ورقلة، سنة 2014

8-يحيى يوسف فلاح حسن،التنظيم القانوني للعقود الالكترونية، رسالة الماجيسترا،جامعة فلسطين، سنة2007.

9-حسن أغواش، زهير فنتاس، محمد لمغوفل، بشير بلوز، النظام القانوني للعقد الالكتروني،رسالة ماستر، جامعة المغرب،سنة 2020/2019.

10-بلحاج بلخير،التعاقد عبر الانترنيت، دراسة مقارنة بين قانون الأونيسترال والقانون الجزائري، رسالة دكتوراه، جامعة سيدي بلعباس، سنة 2020/2019.

11-أناس شكري سعيد الشواطي عبد الاله الدياني، ماهية العقد الالكتروني وتكوينه، بحث لنيل شهادة الاجازة في القانون الخاص،سنة 2014/2015، جامعة القاضي عياض مراكش.

12-وليد خليل محمد الحواجرة، العقد الالكتروني في الفقه الاسلامي والقانون (دراسة مقارنة)،رسالة دكتوراه، كلية الدراسات العليا، الجامعة الاردنية، سنة 2010

13- ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الالكترونية على شبكة الانترنيت بين الشريعة والقانون، رسالة دكتوراه، سنة 2012.

14-عتيق حنان، مبدأ سلطان الارادة في العقود الالكترونية، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص قانون دولي، 2012، المركز الجامعي العقيد آكلي محند أولحاج، البويرة، مدرسة الدكتوراه للقانون الأساسي والعلوم السياسية، معهد الحقوق.

15-لما عبد الصادق لهب، مجلس العقد الالكتروني، مدكرة الماجستار في القانون، 2008، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية في نابلس، فلسطين.

16-رومان منير زيدان حداد، حسن النية في تكوين العقد، رسالة الحصول على درجة الماجستير في القانون، كليات الدراسة الفقهية والقانونية في جامعة آل البيت، الأردن، 2000

17-أمانج رحيم أحمد، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الأنترنيت، رسالة ماجستير، جامعة السليمانية، العراق، 2005 .

18-فوغالي بسمة، اثبات العقد الالكتروني وحجيته في ظل عالم الانترنيت، رسالة ماجيسترا في القانون الخاص، 2015/2014.

19-بالقنيشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنيت (البريد المرئي) دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة وهران، 2011/2010.

20-أحمد أمين نان، حماية المستهلك الالكتروني، رسالة ماستر، جامعة قاصدي مرباح (ورقلة)، 2017/2016.

د-المقالات:

1-د/ بن السيحمو محمد المهدي، د/ مهداوي عبد القادر، الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني The legal Nature of Electronic Contract ،مجلة االجتهاد للدراسات القانونية واالقتصادية، المجلد: 07 العدد: 06 سنة 2018

2-ط/د العيداني محمد،العقد الاداري الالكتروني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية جامعة زيان عاشور بالجلفة،العدد التاني عشر،ديسمبر 2018

3-د بن سيحمو محمد المهدي،طبيعة القانونية للعقد الالكتروني، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية،جامعة أدرار.

4-ندى زهير الفيل، ابرام العقد الالكتروني من قبل المعوق بكلتا يديه (دراسة مقارنة)، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 14، العدد 51، سنة 2016

هـ-التقنينات:

1-قرار رقم 162-51 المتضمن قانون الاونسيترال بشأن التجارة الالكترونية للأمم المتحدة.

2-التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20-05-97 الجريدة الرسمية ليوم 1997/06/04 عدد رقم 144.

3-التوجيه رقم 2000-31 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

4- القانون رقم 83 الخاص بالمعاملات الالكترونية لسنة 2000

5-قانون المعاملات الالكترونية الأردني رقم 85 المؤرخ في 2001.

6-قانون امارة دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم 02 لسنة 2002 الصادر في 2012/02/12

7-قانون التجارة الالكترونية البحريني الصادر في 2002/09/14

8-مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري

9-القانون التجاري الجزائري

10- القانون المدني الجزائري

11-الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بموجب القانون رقم 05/07، المؤرخ في 13 مايو 2007، الجريدة الرسمية عدد 31 الصادرة بتاريخ 2007/05/13

12-القانون 15-04 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكتروني

13-قانون الاستهلاك الفرنسي

الفهرس

الفهرس

المحتوى	رقم الصفحة
إهـــداء	
شكر وعرفان	
مقدمة	
الفصل الأول: ماهية العقد الالكتروني	
المبحث الأول: ماهية العقد الالكتروني	**03**
المطلب الأول: مفهوم العقد الالكتروني	**04**
الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الالكتروني	**04**
أولا: تعريف العقد الالكتروني حسب وسيلة إبرامه	**04**
ثانيا: نعريف العقد الالكتروني باعتباره من العقود المبرمة عن بعد	**06**
الفرع الثاني: التعريف التشريعي للعقد الالكتروني	**07**
أولا: تعريف العقد الالكتروني في المواثيق الدولية وتوجيهات الاتحاد الأوروبي	**07**
1-التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية	**08**
2-التعريف الوارد في المواثيق الأوروبية	**10**
ثانيا: تعريف العقد الالكتروني في التشريع الفرنسي	**12**
ثالثا: تعريف العقد الالكتروني في التشريعات العربية	**13**
1-تعريف العقد الالكتروني في القانون التونسي	**13**
2-تعريف العقد الالكتروني في القانون الاردني والاماراتي والبحريني	**13**

3-تعريف العقد الالكتروني في القانون المصري	**14**
4-تعريف العقد الالكتروني في القانون اللبناني	**16**
رابعا: تعريف العقد الالكتروني في القانون الجزائري	**17**
المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني	**20**
الفرع الأول: العقد الالكتروني عقد إذعان	**21**
الفرع الثاني:العقد الالكتروني ليس من عقود الإذعان	**23**
الفرع الثالث: العقد الالكتروني ذو طبيعة مزدوجة	**25**
المطلب الثالث: خصائص العقد الالكتروني	**26**
العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد	**26**
العقد الالكتروني ذو طابع تجاري استهلاكي	**30**
العقد الالكتروني عقد عالمي	**31**
المبحث الثاني: مضمون العقد الالكتروني	**32**
المطلب الأول: أركان العقد الالكتروني	**33**
أولا: العاقدان	**33**
ثانيا: المحل	**37**
ثالثا: السبب	**42**
المطلب الثاني: أنواع العقود الالكترونية	**45**
الفرع الأول: عقود الخدمات الالكترونية	**45**
أولا: عقد الدخول إلى الشبكة	**46**
ثانيا: عقد الايواء	**47**

ثالثا: عقد المتجر الافتراضي	**48**
رابعا: عقد انشاء موقع على شبكة الأنترنيت	**49**
الفرع الثاني: عقود التجارة على الخط	**50**
أولا: عقد البيع على الخط	**50**
ثانيا: عقد خدمة المساعدة الفنية	**51**
المطلب الثالث: صور التعاقد الالكتروني	**53**
أولا: التعاقد عن طريق البريد الالكتروني	**53**
ثانيا: التعاقد عن طريق الموقع الالكتروني	**54**
ثالثا: التعاقد عن طريق المحادثة والمشاهدة	**55**
الفصل الثاني: تنفيذ العقد الالكتروني	
المبحث الأول: إبرام العقد الالكتروني	**59**
المطلب الأول: مرحلة التفاوض الالكتروني	**60**
الفرع الأول: مفهوم التفاوض الالكتروني	**60**
الفرع الثاني: أهمية التفاوض الالكتروني	**64**
الفرع الثالث: الالتزامات الناشئة عن التفاوض الالكتروني	**65**
المطلب الثاني: مرحلة التعاقد	**74**
الفرع الأول: التراضي في العقود الالكترونية	**74**
الفرع الثاني: مجلس العقد الالكتروني	**80**
الفرع الثالث: زمان ومكان ابرام العقد الالكتروني	**90**
المطلب الثالث: اثبات العقد الالكتروني	**94**

الفرع الأول: المحررات الاكترونية	**94**
مفهوم المحررات الالكترونية	**94**
شروط المحررات الالكترونية	**95**
حجية المحررات الالكترونية في الاثباث	**97**
الفرع الثاني: التوقيع الالكتروني	**99**
مفهوم التوقيع الالكتروني	**99**
صور التوقيع الالكتروني	**100**
حجية التوقيع الالكتروني في الاثبات	**101**
المبحث الثاني: العدول عن العقد الالكتروني	**104**
المطلب الأول: مضمون الحق في العدول عن العقد الالكتروني	**105**
الفرع الأول: تعريف الحق في العدول عن العقد الالكتروني	**105**
الفرع الثاني: نطاق تطبيق الحق في العدول عن العقد الالكتروني	**107**
أولا: عقود الخدمات التي يبدأ تنفيذها قبل انتهاء مدة المقررة للعدول	**107**
ثانيا: العقود الواردة على سلع أو خدمات تتقلب أسعارها	**108**
ثالثا: العقود الواردة على سلع تم تصنيعها للمستهلك خاصة	**108**
رابعا:السلع التي لا يمكن إعادتها للبائع بطبيعتها أو السلع سريعة الهلاك و الإتلاف	**109**
خامسا: العقود الواردة على النسجيلات السمعية البصرية وبرامج الاعلام الدلي عند فتحها من طرف المشتري	**109**
المطلب الثاني: كيفية ممارسة الحق في العدول	**110**
المطلب الثالث: آثار الحق في العدول.عن العقد الالكتروني	**111**

الخاتمة	**114**
قائمة المراجع	**117**
الفهرس	
الملخص	

ملخص المذكرة

لا يختلف العقد الالكتروني عن العقد العادي، لأن كلاهما ينعقدان بتوافق الارادتين، غير أن التعاقد التقليدي يتحقق بالوجود المادي للمتعاقدان من حيث الزمان والمكان، عكس التعاقد الالكتروني الذي يتميزز باللامادية حيث يمكن ابرام العقد الالكتروني بين الغائبين والحاضرين، ويتميز التعاقد الالكتروني بأنه عقد يبرم عبر وسيلة الكترونية ويغلب عنه الطابع التجاري ويتميز بكونه عقد عالمي.

هذا من ناحية ابرام العقد الالكتروني أما من ناحية تنفيذ العقد الالكتروني فيستلزم وجود قوة ثبوتية لهذا العقد، وهو ما أوجب المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني لتبوث صحة العقد الالكتروني، كما يتميز العقد الالكتروني بحق العدول عنه في حالة ما لم تتطابق السلعة أو الخدمة مع ما رآه المشتري أو توقعه أو عندما يرى نفسه ليس بحاجة المنتج.

الكلمات المفتاحية:

1/ العقد الالكتروني. 2/ ارادة الطرفين.

3/ البائع. 4/ المشتري.

5/اثبات العقد الالكتروني. 6/ العدول عن العقد الالكتروني.

Summary:

The electronic contract does not differ from the ordinary contract, because both are held by the agreement of the two wills, but the traditional contract is achieved by the physical presence of the two contracting parties in terms of the time and place, unlike the electronic contract, which is characterized by immaterialism, where the electronic contract can be concluded between the absent and the present, and the electronic contract is characterized as a contract concluded through an electronic means it is predominantly commercial in nature and is characterized by being a global contract.

This is in terms of concluding electronic contract, as for the implementation of the electronic contract, it requires the existence of an evidentiary force for this contract, which necessitated the electronic documents and the electronic signature to prove the validity of the electronic contract, the electronic contract is also characterized by the right to withdraw from it in the event that the commodity or service does not match what the buyer saw, or expect it or when he sees himself as not needing the product.

1-electronic contract 2- the will of the parties 3- the seller

4- purchaser 5- proof of electronic contract 6- rescind the electronic contract.