وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد خيضر –بسكرة–
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

النظام القانوني للعقد الالكتروني

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق تخصص: قانون الأعمال

إعداد الطالبة: **إشراف الدكتور:**
صولي الزهرة **بخوش مصطفى**

الدكتور:**عزري الزين** أستاذ محاضر جامعة بسكرة رئيسا
الدكتور: **بخوش مصطفى** أستاذ محاضر جامعة بسكرة مشرفا ومقررا
الدكتور: **آجقو علي** أستاذ محاضر جامعة بسكرة ممتحنا
الدكتورة: **لشهب حورية** أستاذة مكلفة بالدروس جامعة بسكرة ممتحنة

السنة الجامعية: 2007–2008

مقدمة

يعتبر العقد من الناحية القانونية أهم مصادر الالتزام، فمن خلاله يتم إفراغ المعاملات المختلفة بين الأشخاص ، و الأصل في التعاقد حرية الأطرا ف في اختيار الوسيلة التي من خلالها يتم التعبير عن الإرادة في إنشاء وتنفيذ التزام تعاقدي ، وهذا ما يتوافق مع مقتضيات مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ الرضائية في دائرة القانون الخاص ، لهذا فإن نظام التعاقد كان دائم التأثر بالتطورات المتلاحقة على تقنيات الاتصال ، فمنذ الثورة الصناعية والإنسان يستغل ما توصل إليه من اختراعات لإبرام العقود خصوصا في الميدان التجاري:" كالمراسلة ،التلغراف ،الفاكس، الهاتف، المنيتال..." و مع مطلع القرن الواحد والعشرين ، أمكن بذلك استغلال أحدث ما توصلت إليه ثورة المعلوماتية ،والتي واكبها تطور هائل في مجال تقنيات الاتصال عن بعد لاسيما شبكة المعلومات الدولية –الانترنت– ، لإبرام العقود و / أو تنفيذها ، فالجمع بين العقد من جهة و الانترنت كتكنولوجيا حديثة ووسيلة اتصال يؤدي بنا إلى مفهوم العقد الالكتروني الذي يعتبر تطبيقا متطورا للتعاقد عن بعد و يستجيب حقيقة لمبدأ السرعة التي تقتضيها الحياة التجارية ، والذي يرتبط هو الآخر بمفهوم التجارة الالكترونية[1] حيث تعتمد هاته الأخيرة على نظام معلوماتي أدواته كلها إلكترونية تتمثل في الكمبيوتر وشبكة الانترنت ، فالتجارة الالكترونية ارتبطت ارتباطا عضويا وثيقا بهذه النقلة في مجال الاتصال عن بعد واستخدام هذه الشبكة التي تجاوزت الحدود السياسي ة واختصرت الزمان والمكان ، اقتصدت في التكاليف بين الأطراف المتعاملين وأتاحت سرعة الاتصال بينهم، فأضحت سوقا عالميا مفتوحا لممارسة الأنشطة التجارية من بيع وشراء وتداول المنتجات والخدمات عبر الوسائط الالكترونية ، وحسب تعريف نشرة المؤسسة العربية لضمان الاستثمار فالتجارة الالكترونية هي: " التجارة التي تستخدم التقنيات التي وفرتها ثورة المعلومات و الاتصالات وشبكة الانترنت عبر التبادل الالكتروني للبيانات متجاوزة عنصري الزمان والمكان ، وتغطي قطاعا ت عديدة من بائعي التجزئة إلى الوسطاء الماليين وتضع قواعد جديدة لعمليات البيع والتسجيل والتخزين والتسليم وغير ذلك" [2].

وبناء على ذلك فإن التجارة الالكتروني ة عبر الانترنت اتخذت أنماطا عديدة ، كعرض البضائع والخدمات وإبرام العقود والقيا م بأنشطة التوزيع والتوريد والوكالة التجارية عبر الانترنت وممارسة

---

[1] تختلف التجارة الالكترونية عن الأعمال الالكترونية E-BUSINESS التي تعتبر أوسع نطاقا و أشمل من الأولى حيث تمتد هذه الأخيرة إلى سائر الأنشطة الإدارية و الإنتاجية و الخدماتية و المالية و لا تتعلق فقط بعلاقة البائع بالزبون ، إذ تمتد لعلاقة المنشأة –الشركة– بوكلائها و موظفيها و عملائها ، كما تمتد إلى أنماط أداء العمل و تقييمه و الرقابة عليه و ضمن مفهوم الأعمال الالكترونية يوجد المصنع الالكتروني المؤتمت و البنك الالكتروني ، و شركة التأمين الالكتروني و الخدمات الحكومية المؤتمتة .
انظر: يونس عرب ، **التجارة الالكترونية E-COMMERCE** ، www.arablaw.org

[2] أحمد باشي ، **واقع و آفاق التجارة الالكترونية** ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة :العدد 26، 2003، ص67

الخدمات المالية وخدمات الحجز والاستقبال والسياحة والتنقل ، ويدخل العقد الالكتروني ضمن هاته الأنماط ، فأصبح بإمكان التاجر الإعلان عن سلعته بالصوت والصورة ، و عرضها على المستهلكين لاختيار ما يريدونه من السلع والخدمات المتاحة عبر هاته الشبكة ، والعقد الالكتروني لا يتخذ من شبكة الانترنت وسيلة لإبرامه فقط بل والأكثر من ذلك إمكانية تنفيذه الكترونيا من خلال الوفاء بالثمن الكترونيا عن طريق وسائل معدة لهذا الغرض كالتحويل الالكتروني أو التسوق ببطاقا ت الائتمان أو استخدام النقود الالكترونية ، لهذا فإن العقد الالكتروني يمكن اعتباره العقد عبر الانترنت للاعتبارات السابقة .

إن الأهمية الاقتصادية للموضوع تجعل منه واقعا عمليا لا يمكن إغفاله ، من خلال ما يوفر ه للشركات من تسويق لمنتجاتها و ربح للوقت وكذا تقليل لتكاليف التسويق نتيجة الاتصا ل المباشر بين الشركات والمستهلكين حيث لا يوجد وسطاء في التعامل ، وانخفاض التكاليف يؤدي إلى انخفاض الأسعار بالنسبة للمستهلك ،الذي هو الآخر يوفر عنه عناء التنقل ومشكل المواصلات والانتظار لشراء منتج، لأن كل ذلك سيختصره النقر على الأيقونة الموجودة على شاشة الكمبيوتر، وكذلك الحصول على الجودة وأفضل الأسعار بفضل حدة المنافسة التي تكتسي بعدا عالميا فالانترنت جعلت من التجارة سوقا عالميا ، مما يدفع برجل القانون لإحاطته بسياج قانوني لأن ما قد يعوق تقدم التجارة الالكترونية تخلف الآليات القانونية التقليدية عن التعامل معها .

ولهذا نجد اهتماما عالميا عكسه التوجه من أجل محاولة تنظيمه ، فقد اهتمت الأمم المتحدة في لجنة القانون التجاري الدولي بضرورة بحث موضوع التجارة الالكترونية ووضع الحدود الدنيا من الأمان القانوني الواجب توافرها لتخوض أي دولة في هذا المجال ، ولذلك أصدرت الجمعية قرارا باعتماد القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الالكترونية سنة 1996، و كذلك اهتم المجلس الأورب ي بإصدار التوجيه رقم 31 لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الالكترونية علما أنه قد سبق تنظيم هذا الموضوع ولو بطريقة غير مباشرة من خلال التوجيهات الأوربية المتعلقة بالتعاقد عن بعد لاسيما التوجيه الأوربي رقم 97-07 .

هذا السياق العالمي دفع بالعديد من الدول لإصدار تشريعات الكترونية كالقانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي سنة 2004 ، وكذا القانون المتعلق بتكنولوجيا المعلومات والتوقيع الالكتروني الذي ورد فيه النص على بعض التعديلات على قانون الإثبات الفرنسي ، وعلى مستوى الدول العربية فهناك من الدول من قطعت أشواطا هامة في المجال التشريعي الخاص بالمعاملات الالكترونية : كتونس ،الأردن والإمارات العربية المتحدة.

أما في الجزائر ،وبحكم الالتزامات الدولية التي يفرضها الاندماج العالمي ورغبة منها في اللحاق بركب التطور في مجال تكنولوجيات الإعلام والاتصال والاستفادة من المزايا التي تتيحها التجارة

الالكترونية عبر الانترنت، مقبلة في المستقبل القريب على إصدار قانون خاص بالتجارة الالكترونية ،علما أنها قد سنت بعض القوانين والنصوص التطبيقية التي تمس بشكل أو بآخر أحد جوانب التجارة الالكترونية كالقانون الخاص بموردي الانترنت ، أو المواد المتعلقة بالجريمة الالكترونية في قانون العقوبات،أو تلك المتعلقة بالملكية الفكرية ، فملامح التجارة الالكترونية في الجزائر تتضح من خلال وجود مقدمي خدمات الانترنت حيث يعتبرون مثالا واضحا لممارستها ، لأن تزويد المؤسسات والأفراد بالانترنت يدخل في نطاق التجارة الالكترونية.

رغم أنه من المفترض أن النظام القانوني يعكس ميول واتجاهات واحتياجات المجتمع إلا أنه لا يمكن إغفال التأثيرات الخارجية التي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن نكون بمعزل عنها ،فالانفتاح العالمي وظهور المنظمة العالمية للتجارة باعتبارها أحد المنظمات العالمية التي تهتم بتحرير التجارة، وكذا بموضوع التجارة الإلكترونية ، والتنظيم الدولي لهذا الموضوع ، منطلق يحتم على الدول مواكبة هذه التطورات سواء : من ناحية جانبها الفني(التقني) أو من ناحية جانبها القانوني .

فأما من ناحية جانبها التقني: أو ما يطلق عليه بالبنية التحتية الداعمة للتجارة الالكترونية ، فانتشار الانترنت يعتمد على توفر عناصر أساسية منها توفر أجهزة الكمبيوتر والبرامج وإمكانية الدخول إلى الانترنت أو ما يصطلح عليه بمؤشر الجاهزية الرقمية ، والتي يسهر على توفيرها قطاع تقنية المعلومات والاتصالات ، ففي دراسة أُعدت لصالح منتدى دافوس الاقتصادي الدولي حول تحديات تطور تكنولوجيا الاتصالات والإعلام في العالم العربي، تم تصنيف الدول العربية إلى مجموعات ثلاث: مجموعة التطور السريع وتشمل الكويت والإمارات العربية المتحدة، و مجموعة الدول الصاعدة وتشمل كلا من مصر والأردن ولبنان والسعودية ومجموعة الدول السائرة في طريق النمو وتضم المغرب وعمان وسوريا ، ووفقا إلى مؤشر الجاهزية الرقمية لعام 2003، الذي يعتبر مقياساً مقارناً لتقويم وضع البيئة الإلكترونية الرقمية لأداء الأعمال وملاءمة البنية التحتية للمعلوماتية والاتصالات والبرامج الحكومية وحجم التجارة الإلكترونية في كل دولة، والذي تضم قائمته 60 دولة، لم يتضمن إلا ثلاث دول عربية هي المملكة العربية السعودية التي جاءت في المرتبة (45)، و مصر جاءت في المرتبة (51)، ثم الجزائر التي جاءت في المرتبة (58)[1] .

---

[1] عادل عبد الصادق ، **مصر ومجتمع المعلومات: هل يمكن تكرار التجربة الهندية ؟**
العدد 17 ، 18 /7 /2004 ، **www.ahram.org.eg**

أما من ناحية جوانبها القانونية المختلفة المتعلقة بتنظيم وحماية المعاملات الالكترونية ، فالتشريعات هي الإطار القانوني الذي يضمن استمرار التجارة الالكترونية وحماية حقوق الأطراف مدنيا وجزائيا من خلال فض المنازعات الناجمة عن ذلك والتي تتعلق بميادين قانونية متعددة كحقوق الملكية الفكرية و الجرائم الالكترونية وكذا مشاكل الجباية الالكترونية ، التعامل مع وسائل الإثبات للأطراف المتنازعة عبر شبكة الانترنت وطرق الدفع ، فـتنظيم التجارة الالكترونية بصفة عامة والعقد الالكتروني بصفة خاصة يحتاج إلى جهد مشترك من رجال القانون ورجال التقنية.

ومما سبق نستنتج أن تكنولوجيا المعلومات والاتصالات غدت محددا رئيسيا لأي تنظيم قانوني يمثل مرجعا يحتكم إليه في حالة النزاعات حتى نحقق السرعة في التعامل التي تتيحها هاته التقنية المتطورة من جهة ، والأمان القانوني الذي تحتاجه هاته المعاملات من جهة أخرى ، مما يعنى وضع هذا المستجد التقني في سياقه القانوني كما هو الشأن بالنسبة لموضوع بحثنا الذي يدور حول النظام القانوني الذي يحكم العقد الالكتروني ، فعلى ضوء أحكام القانون المدني سنحاول المقاربة بين النظرية العامة للعقد والعقد الالكتروني،وهي أحد الإشكالات التي يطرحها التعاقد الالكتروني .

وسنرتكز على ثلاث عناصر أساسية والتي تعتبر منطلقات يرتبط بها هذا المفهوم :

العنصر الأول :اعتبار التجارة الالكترونية الإطار العام للعقد الالكتروني، حيث يعتبر هذا الأخير القلب النابض للتجارة الالكترونية – لهذا هناك من يطلق عليه عقد التجارة الالكترونية –، فهو ترجمة قانونية لتلاقي إرادتي عارضي السلع والخدمات(شركات تجارية) وطالبيها(مستهلكين في الغالب) ، كما أنه بظهور التجارة الالكترونية ظهرت أنواع جديدة من العقود تثير تساؤلا فيما يتعلق بطبيعتها القانونية .

العنصر الثاني :فكرة العولمة ، فالتجارة الالكترونية تعد تطبيقا لفكرة العولمة حيث تمكن مستخدميها من الوصول إلى أسواق العالم في وقت واحد وبأقل النفقات ، وتمكن من عرض السلع والخدمات دون التقيد بحاجزي الزمن والمسافة ، ومن ثم فالعلاقة التعاقدية الناشئة عنها غالبا ما تكون ليست في حدود دولة معينة فالبائع قد يكون في الكويت والمشتري – المستهلك– في الجزائر مثلا مما يؤثر على زمان و مكان إنعقاد العقد وما قد ينجم عنه من مشكلتي تحديد القضاء المختص و القانون الواجب التطبيق .

العنصر الثالث :باعتبار أن هذا العقد يبرم وقد ينفذ في بيئة افتراضية رقمية ، تتحول الدعامات الورقية المستخدمة بين طرفي العقد إلى معلومات وبيانات تنساب عبر شبكة الانترنت عبر دعامات إلكترونية، ذلك أن هذه التجارة لا تعتمد على المراسلات الورقية بل على المراسلات الالكترونية مما يؤثر على طرق الدفع والإثبات .

ومن ثم تتضح معالم إشكالية بحثنا الذي يدور في فلك القانون المدني والتي تبحث في:

مدى توافق الأحكام العامة التي تنظم العقد في مراحل إبرامه، تنفيذه و إثباته مع الخصوصية الالكترونية له ؟ أي فيما إذا كان للأحكام العامة التي تضمنها القانون المدني في شأن العقد أن تستوعب هذا النمط الجديد في التعاقد وبالتالي إمكانية تكييف القواعد المتاحة وتطويعها، أم أن الخصوصية الالكترونية تتجاوزها مما يستلزم تدخل المشرع لإفرادها بتنظيم خاص ؟ .

وللإجابة على هاته الإشكالية فقد اعتمدنا في بحثنا على المنهجين التحليلي والوصفي، فطبيعة الموضوع التقنية تقتضي تحديد بعض المصطلحات التي تعتبر مفاهيم مفتاحية في البحث ، بالإضاف ة إلى أن الأمر يتطلب عرض المسألة المراد بحثها (العقد الالكتروني) على الأحكام العامة للعقد الواردة في القانون المدني ، و بحث مدى ملاءمتها لمعالجة ما تثيره الخصوصية الالكترونية لهذا العقد.

وبما أنه لا يوجد تنظيم تشريعي لهذا الموضوع بالجزائر عدا القانون 05-10 المعدل والمتمم للقانون المدني الجزائري والذي أدرج التوقيع الالكتروني، مما قد يجعل البحث نوعا ما نظريا وجامدا ، فمن الأهمية بمكان الرجوع إلى التجارب التشريعية لبعض الدول التي تعكسها قوانينها في مختلف مراحل الموضوع ، كالتشريعات الالكترونية المتعلقة بالموضوع مباشرة أو غير المباشر ة كالنصوص المنظمة للتعاقد عن بعد لأجل الوقوف عند الحلول التي وضعتها ، و كذلك الاستعانة بالآراء الفقهية.

وبناء على ذلك فقد تم تقسيم الموضوع إلى فصلين :

الفصل الأول المعنون بمفهوم العقد الالكتروني حيث سنقوم من خلال المبحث الأول بضبط تعريف للعقد الالكتروني من خلال وضع تعريف إجرائي يمكننا من معرفة محدداته والتي على هديها ستكون الدراسة ، وفي المبحث الثاني نتطرق للطبيعة القانونية للعقد الالكتروني ، ثم نقوم في المبحث الثالث ببيان خصائص العقد الالكتروني التي تمهد لفهم ومعالجة الإشكالات القانونية في الفصل الثاني.

أما الفصل الثاني المعنون بأثر الخصوصية الالكترونية على الأحكام العامة للعقد، نبحث من خلاله مدى إمكانية تطويع الأحكام العامة للعقد في مرحلة الإبرام والتنفيذ والإثبات مع خصوصية العقد الالكتروني ففي المبحث الأول نتطرق إلى مرحلة الإبرام و نركز على التراضي الالكتروني والمنازعات المتعلقة بالاختصاص القضائي والقانون الواجب التطبيق في العقد الالكتروني، و نتناول في المبحث الثاني تنفيذ العقد الالكتروني عن طريق وسائل الدفع الالكتروني حيث نبحث في حجية تلك الوسائل في الوفاء بالالتزام التعاقدي أي تبرئة ذمة المدين ، و أخيرا في المبحث الثالث المتعلق بإثبات العقد الالكتروني نبحث في الحجية القانونية للكتابة والتوقيع الالكترونيين في إثباته .

الفصل الأول: مفهوم العقد الالكتروني

العقد الالكتروني 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، و الذي أدى إلى ظهور شبكة المعلومات الدولية "الانترنت"، وقد اعتمدت هاته الثورة المعلوماتية على نظام معلوماتي قوامه الكمبيوتر وشبكة الانترنت وغيرها من التقنيات التي لها دور في تنشيط التجارة الالكترونية ، ومدت بظلالها على نظام التعاقد ، واستخدمت هاته التقنية لإبرام العقود بل وحتى تنفيذها أحيانا ، ليصبح العقد هو الآخر الكترونيا.

يعتبر تحديد مفهوم العقد الالكتروني أمرا مهما من الناحية القانونية ، حيث يساعدنا على فهم الإشكالات القانونية التي يطرحها العقد الالكتروني في مرحلة الإبرام ، التنفيذ و الإثبات والتي ستكون محل دراسة في الفصل الثاني ،حيث لا يمكن التعرض لها إلا بالرجوع إلى مجموع العناصر التي اشتركت وتكاملت في تحديد هذا المفهوم، حيث نخصص المبحث الأول لتعريف العقد الالكتروني و نخصص المبحث الثاني لطبيعته القانونية ثم نتطرق في المبحث الثالث إلى خصائص العقد الالكتروني .

المبحث الأول: تعريف العقد الالكتروني

يرتبط العقد الالكتروني ارتباطا وثيقا بالتجارة الالكترونية بحيث يمكن القول بأنه لا يمكن فصلهما عن بعضهما البعض،فهو يمثل أداة لتحسينها وإضفاء الأمان والثقة عليها.

سنقوم في هذا المبحث ببيان وضبط تعريف للعقد الالكتروني من خلال وضع تعريف إجرائي على ضوئه ستكون الدراسة، استنادا إلى الأطر العامة التي يدور فيها هذا المفهوم وهي تحديدا التجارة الالكترونية ، فالعقد الالكتروني هو الوسيلة والشكل القانوني لتجسيد مزاياها، وكذا التعاقد عن بعد ، تطبيقا لقاعدة الفرع يتبع الأصل ،والتي جاء تنظيمهما في النصوص القانونية الدولية والقوانين المقارنة، وبالاستعانة بالآراء الفقهية التي جاءت في هذا الصدد، وهذا من أجل بيان موضوعه وأطرافه ، حيث نخصص المطلب الأول لتعريف العقد الالكتروني قانونا وفقها ، و في المطلب الثاني نقوم بضبط تعريف للعقد الالكتروني.

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني قانونا وفقها

لا يوجد تعريف جامع ومانع للعقد الالكتروني [*] كما أنه بالرجوع إلى المشرع الجزائري لم تتضمن أحكام القانون المدني تعريفا للعقد الالكتروني رغم أن القانون 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل للقانون المدني الجزائري[1] قد تناول التوقيع الالكتروني كبوادر لبداية تبني المشرع هذا المفهوم ، و لهذا سوف نستدل بالتعريفات الواردة في المواثيق الدولية ، الإقليمية و القوانين المقارنة ذات العلاقة بالتجارة الالكترونية والتعاقد عن بعد على اعتبار أنهما الإطاران العامان اللذان يدور فيهما التعاقد الالكتروني ، بالإضافة إلى الاستعانة ببعض المحاولات الفقهية لتعريف العقد الالكتروني .

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني قانونا:

تكتسي التجارة الالكترونية بعدا دوليا فهي تشكل ظاهرة عالمية تسعى التنظيمات الدولية والإقليمية لتبني مفهومها وتنظيمه قانونيا، وتسعى الكثير من الدول إلى إدماج هذا المفهوم في تشريعاتها الداخلية.

أولا/التعريف الوارد في المواثيق الدولية و الإقليمية

يمكن أن نستخلص تعريف للعقد الالكتروني من خلال بعض المواثيق الدولية والإقليمية التي تتعلق بالتجارة الالكترونية أو بالتعاقد عن بعد ونستعين كنموذج ب:

1/ التعريف الوارد في القانون النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (UNCITRAL)[**] -الاونسترال-1996 :

صدر هذا القانون في 1996/06/12 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، و هو بقواعده الإرشادية بمثابة إطار مرجعي للدول للتشريع في مجال التجارة الالكترونية، بحيث يمنح للمشرع الداخلي مجموعة من القواعد المقبولة دوليا تمثل الحدود الدنيا لتوفير الأمان القانوني في هذا المجال، و يتكون من 17 مادة مقسم إلى بابين : الباب

---

[*] في حدود ما تم الاطلاع عليه من المراجع المستعملة.

[1] القانون 05-10المؤرخ في 20/ 6/ 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني،الجريدة الرسمية رقم44،الصادرة في 2005 /6/20 .

[**] United Nation Commission on International Trade Law

الأول يتناول التجارة الالكترونية بصفة عامة و الباب الثاني :التجارة الالكترونية في مجالات محددة وقد جاء في المادة الأولى منه فيما يتعلق بنطاق تطبيقه بأن هذا القانون ينطبق على أي نوع من المعلومات يكون في شكل رسالة بيانات مستخدمة في سياق أنشطة تجارية[1]، فبمناسبة تحديد نطاق تطبيق هذا القانون ، يمكن أن نستشف تعريف العقد الالكتروني من خلال تعريف رسالة البيانات من خلال المادة 2/أ منه " يراد بمصطلح رسالة بيانات : المعلومات التي تم 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 (EDI) [2]، أو البريد الالكتروني أو التلكس أو النسخ البرقي " .

نجد أن قانون الاونسترال قد عرف العقد الالكتروني من خلال الوسائل المستخدمة في إبرامه كالفاكس و التلكس الأقل تطورا إلى البريد الالكتروني و التبادل الالكتروني للبيانات ، و يبقى التعريف مفتوحا ليستوعب التطورات التقنية المستخدمة في التجارة الالكترونية ومنها الانترنت ، وبهذا نجد أن العقد الالكتروني في مفهوم هذا القانون مفهوم قديم ، جديد ومتجدد.

وانطلاقا من التعريف السابق فالإيجاب و القبول يتمثلان في رسالة بيانات أو رسالة الكترونية وهي إشارة الكترونية مرسلة مثلا من جهاز كمبيوتر إلى جهاز كمبيوتر آخر – البريد الالكتروني – وفي هذه الحالة تعد الإشارة الالكترونية رسالة أصلية لا تحتاج إلى تأكيد إلا إذا اتفق أطراف العقد على تعزيزها بوسائل أخرى و هذا ما نستشفه من نصي المادة 11، 12 من نفس القانون ، حيث تنص المادة 11 على ما يلي: " في سياق تكوين العقود و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل بيانات data message

---

(1) art 1: « La présente loi s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales ». voir : Commission des Nations Unies pour le droit commercial international **(CNUDCI) ,** Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996 **www. UN. Org**

(2) electronic data interchange- EDI – ظهر هذا النظام في بداية التسعينات كان مستخدما من خلال شبكات مغلقة حيث يسمح بإبرام عقود الكترونية بين التجار و هذا لتجاوز العراقيل القانونية الناتجة عن إبرام هاته العقود حيث يمضي الطرفان المتعاقدان مسبقا اتفاقا للتبادل يعتبر بمثابة إطار تعاقدي للمعاملات التجارية بينهما -contrat cadre– فهو يتم على أساس قانوني باستخدام معايير محددة بطريقة تشفير معينة متفق عليها بينهما . انظر:
Santiago Cavanillas Mugica et autres , **commerce éléctronique le temps des certitudes** , Bruyllant bruxelles 2000 ,Delta beyrout 2001 , Belgique p14
تطبيقا لذلك هناك العديد من الشبكات مثل ODETTE (مجال تجارة السيارات) ، SWIPNET (مجال شحن الحاويات) حيث تعمل جميعا من خلال الالتزام بمواصفات ومعايير تقنية عند نقل البيانات و الرسائل في إطار عقود يوقعها الأطراف لتحديد مسؤولياتهم. انظر: محمد حسام محمود لطفي، **الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية** ، القاهرة، 2002، ص 10.

للتعبير عن العرض و قبول العرض و عند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة البيانات" ، و أما المادة 12 فقد أكدت على الحجية القانونية لرسالة البيانات : <<في العلاقة بين منشئ الرسالة الالكترونية و المرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله القانوني أو صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات >> [1] .

فالرسالة الالكترونية هي مجموع الاتصالات الالكترونية بين طرفين بهدف الحصول على المعلومات ،و العقد الالكتروني هو جزء من هذه الرسائل الالكترونية ولكن يتميز العقد الالكتروني عن الصيغ الأخرى للرسائل الالكترونية بأن محتويات العقد الالكتروني عبارة عن تعاملات قانونية لها آثار قانونية أي تنشئ حقوق والتزامات ، بينما الصيغ الأخرى عبارة عن رسائل معلوماتية تقتصر على مجرد عرض معلومات في شكل الكتروني كما هو الحال في النشر الالكتروني [2] .

2/ التعريف الوارد في الوثائق الأوربية:

يمكن أن نستنتج تعريفا للعقود الإلكترونية من خلال تعريف التعاقد عن بعد، انطلاقا من نص المادة 02 من التوجيه الأوربي رقم 07/97 الصادر في 1997/05/20 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد على أنه:" كل عقد يتعلق بالبضائع و الخدمات أبرم بين مورد و مستهلك في نطاق نظام لبيع أو تقديم خدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا فقط تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد و تنفيذه".

وعرفت تقنية الاتصال عن بعد في هذا التوجيه على أنها :"كل وسيلة وجود غير مادي و لحظي للمورد والمستهلك على أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه".

كذلك حث التوجيه الأوربي تحت رقم 31 سنة 2000 الصادر في 2000/06/08 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء في البرلمان الأوربي على عدم عرقلة العقود بالطريقة الالكترونية وذلك بتضمين أنظمتهم القانونية السماح بإبرام هاته العقود وتعديل تشريعاته ا حتى تستوعب التجارة الالكترونية ، ولا تحول دون تقدمها، فقد عرف الاتصال التجاري (Communication Commerciale) بأنه كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق

---

[1] منير محمد الجنبيهي ،ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني**، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، ص139 إلى 141.

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، **إبرام العقد الالكتروني**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص ص58، 59.

بصورة مباشرة أو غير مباشرة بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو يقوم بمهنة منظمة [1].

ثانيا/التعريف الوارد في القوانين (التشريعات) المقارنة :

نركز على التشريع الفرنسي فمن الأهمية بمكان التطرق إلى التجربة الفرنسية لأن تدخل المشرع الفرنسي في هذا المجال كان قد سبقه تجربة في مجال تنظيم التعاقد عن بعد اقتصر نطاقها على تنظيم البيع عن بعد وبصفة خاصة عن طريق التلفزيون télé – achat[2]،بالإضافة إلى بعض الدول العربية التي خطت خطوة مهمة في هذا المجال:

1/التعريف الوارد في التشريع الفرنسي :

على الصعيد الفرنسي وعملا بأحكام التوجيه الأوروبي 7/97 فقد صدر المرسوم 741/2001 لتنظيم التعاقد عن بعد، حيث أدمجت نصوصه في تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر بمقتضى القانون رقم 93–949 في 1993/07/26 حيث نصت المادة 16/121على تعريف التعاقد عن بعد كما يلي :

art 121/16 : « toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue , sans la présence simultanée des parties , entre un consommateur et un professionnel qui , pour la conclusion de ce contrat , utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance. »[3]

وبالتالي تسري أحكامه على كل بيع أو أداء لخدمة أبرم باستخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد، بين مستهلك ومهني، و دون الحضور المادي المتزامن لهما .

وقد فضل المشرع الفرنسي عدم تحديد وسائل الاتصال للتعاقد عن بعد، تحسبا لما يتم اكتشافه من وسائل جديدة في المستقبل، بالتالي استخدام الألفاظ بعمومية يسمح بإدراج الانترنت كوسيلة لإبرام العقد .

كما يمكن القول أن التنظيم الفرنسي و الأوروبي قصر التعاقد عن بعد من ناحية تحديد صفة أطراف العقد على التعاقد بين المستهلكين و المهنيين و استبعد التعاقد بين المهنيين[4].

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي ، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية** ، الكتاب الأول ، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها المدنية ، دار الكتب القانونية ،مصر،2007 ، ص 34الى37.

[2] محمد حسن قاسم ، **التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة إلى قواعد القانون الأوربي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، 2005 ، ص 8.

[3] Thibault verbiet , **le nouveau droit du commerce électronique ,** Larcier , LGDJ Bruxelles 2005 , p210.

[4] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص 27 .

كما تعرض القانون الفرنسي الصادر 2004/06/21 تحت رقم 575-2004 الخاص بالثقة في الاقتصاد الرقمي la loi pour la confiance dans l'économie numérique - (LCEN)- إلى تعريف التجارة الإلكترونية على أنها ذلك النشاط الاقتصادي الذي يعرض أو يلتزم شخص من خلاله بتوريد أموال أو خدمات عن بعد و بطريق إلكتروني .

« le commerce électronique est l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou de services ».[1]

وانطلاقا من التعريف السابق فالعقد الالكتروني طبقا لهذا القانون هو عبارة عن العقد الذي يتم إبرامه بوسائل الكترونية ويكون موضوعه سلع أو خدمات.

2 /التعريفات الواردة في التشريعات العربية :

هناك العديد من الدول العربية التي وضعت تشريعات تنظم بشكل مباشر التجارة الإلكترونية وانتقينا تلك التي خطت خطوة مهمة في هذا المجال لاسيما في جانبه التقنيني:

أ-تعريف المشرع التونسي : أصدرت تونس القانون رقم 83-2000المؤرخ في 2000/08/09 المتعلق بالمبادلات و التجـــارة الإلكترونية ،وهي أول دولة عربية تصدر قانونا في هذا الشأن [2] ،وقد جاء في الفصل الثاني منه تعريف التجارة الإلكترونية وهي عبارة عن:" العمليات التي تتم عبر المبادلات الالكترونية " ،وعرف المبادلات الإلكترونية بأنها: "المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الإلكترونية" ، ومن هنا نستشف تعريفا للعقد الإلكتروني من خلال تعريف المبادلات الإلكترونية [3].

ب-تعريف المشرع الأردني : يعد إصدار قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85-2001 المؤرخ في2001/12/31 في الأردن متزامنا مع توقيع الأردن للاتفاقية التجارية الحرة مع الولايات المتحدة الأمريـــــــــكية و كذلك انضـــــــمام هذه الأخيرة إلى المنظمة العالمية للتجارة و توقيعها لاتفاقية الشراكة الأوروبية رغبة في استقطاب الاستثمارات الخارجية و دعم قطاع تكنولوجيا المعلومات [4]،وقد عرف المشرع الأردني العقد الإلكتروني في المادة 2 منه،على أنه:" الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا "، وجاء في

---

[1] Thibault verbiet , op –cit , P 112.

[2] شحاتة غريب محمد شلقامي، **التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005، ص ص 26 ، 27.

[3] لورنس محمد عبيدات ، **إثبات المحرر الالكتروني**، دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان(الأردن)، 2005، ص202

[4] شحاتة غريب محمد شلقامي ،مرجع سابق، ص ص 31 ، 32.

المادة 13 من نفس القانون على أن :"رسالة المعلومات وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول قصد إنشاء التزام تعاقدي" [1].

ج-**تعريف المشرع الإماراتي :** لقد بدأت دولة الإمارات العربية المتحدة التعامل مع مجال التجارة الإلكترونية من خلال القانون رقم 1 سنة 2000 المتعلق بمنطقة دبي الحرة للتكنولوجيا و التجارة الإلكترونية و الإعلام و تعرضت المادة 2 منه إلى تعريف التجارة الإلكترونية بأنها "الأعمال المنفذة بالوسائط الإلكترونية و بشكل خاص الانترنت"[2]، و استكمالا لحركة التطور التشريعي صدر القانون رقم 2 سنة 2002 المؤرخ في 2002/02/12الخاص بالمعاملات و التجارة الإلكترونية ، الذي اهتم بوضع التعريفات لمصطلحات التجارة الإلكترونية ، فقد عرف المعاملات الإلكترونية في المادة 2 منه بأنها "أي تعامل أو عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية" ، و في هذا التعريف شمول للعقد الإلكتروني، و نص في الفقرة الأولى من المادة 13 على جواز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا عبر المراسلات الالكترونية وأكدت الفقرة الثانية على أنه :"لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة الكترونية واحدة أو أكثر" [3].

الفرع الثاني: تعريف العقد الالكتروني فقها

لقد عرف جانب من الفقه الفرنسي العقد الإلكتروني بأنه:" اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب و القبول بشأن الأموال و الخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة و مرئية يتم فيها التفاعل الحواري بين الموجب و القابل" [4].

كما عرف بأنه: " العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات بقبول من أشخاص في دول أخرى وذلك من خلال الوسائط التكنولوجية المتعددة، ومنها شبكة المعلومات الدولية – الانترنت–، بهدف إتمام العقد " [5].

---

[1] لورنس محمد عبيدات ، مرجع سابق، ص189 و ص193.

[2] شحاتة غريب محمد شلقامي ، مرجع سابق ، ص28 .

[3] لورنس محمد عبيدات ، مرجع سابق ، ص216و ص222.

[4] سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006 ، ص 66.

[5] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 52.

كما عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه :" هو ذلك العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع والمشترى والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا ومعالجة الكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية ".

كما عرف العقد الالكتروني بـــأنه :" العقد الذي يتم انعقاده بوسيلة الكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية" [1]، كما عرف بأنه :"اتفاق بين طرفين أحدهما مهني تاجر والثاني مستهلك يتبادلان فيه التعبير عن الإرادة عن طريق شبكة الانترنت" [2].

كما عرف العقد الالكتروني بأنه ذلك :"العقد الذي يتم إبرامه عبر الانترنت فهو عقد عادي ، إلا أنه يكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها ، حيث ينشأ من خلال تلاقي الإيجاب والقبول بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، فالسمة الخاصة لذلك العقد تكمن في عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات الحديثة عن بعد ، لاسيما شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" ، دون حاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين"[3].

لقد تناولت بعض الدراسات تعريفات للتجارة الالكترونية ومن خلالها يمكن أن نستشف تعريفا للعقد الالكتروني وذلك من خلال بيان موضوعه وأطرافه:

عرفت الجمعية الفرنسية للتيليماتيك و الملتيميديا AFTEL التجارة الإلكترونية على أنها مجموع المعاملات التجارية التي يتم الشراء فيها عن طريق وسائل الاتصال وحسب هذا التعريف فإن التجارة الإلكترونية تشمل عملية تلقي الطلب و الشراء مع السداد ويتعلق بشراء السلع و الخدمات .

كما عرفتها الوثائق الحكومية الأمريكية بأنها الاستعمال الأمثل لكل أنواع تكنولوجيا الاتصالات المتاحة من أجل تنمية النشاط التجاري للمشروعات [4].

وفي تقرير صادر عن لجنة التجارة الالكترونية بمركز المعلومات ودعم اتخاذ لقرار برئاسة مجلس الوزراء بعنوان مقترح المبادرة المصرية للتجارة الالكترونية: ً تنفيذ كل أو

---

[1] الصالحين محمد أبوبكر العيش،**جواز التعاقد الالكتروني وبيان ماهيته**، تاريخ الزيارة :2007/9/21 www.tashreaat.com

[2] شحاتة غريب محمد شلقامي ،مرجع سابق ، ص21.

[3] محمد حسين منصور ،**المسؤولية الالكترونية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، 2003 ، ص18.

[4] عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية**، مرجع سابق، ص ص45، 46.

بعض المعاملات التجارية في السلع أو الخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر [*] أو بين مشروع تجاري ومستهلك[**] وذلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات "[1].

كما عرفت التجارة الالكترونية بأنها : "عملية البيع والشراء عبر الشبكات الالكترونية على المستويين السلعي والخدمي بجانب المعلومات وبرامج الكمبيوتر وأنشطة أخرى تساعد على الممارسات التجارية ".

كما عرفها جانب من الفقه على أنها : " تلك التجار ة التي تشتمل على أنواع ثلاثة مختلفة من الصفقات هي: تقديم خدمات والتسليم الالكتروني للخدمات في شكل معلومات رقمية واستخدام الإنترنت كقناة لتوزيع الخدمات وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة ولكن يتم تسليمها للمستهلك في شكل غير الكتروني ".

كما عرفت بأنها: " العملية التجارية التي تتم بين طرفين بائع ومشتري وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الالكتروني عبر شبكة الانترنت دون حاجة لانتقال الطرفين أو التقاؤهما، بل التوقيع الكترونيا على العقد " [2].

وبالتالي فان محل الالتزام في العقد الالكتروني قد يكون سلعة ،أو خدمة وهي كل أداء يمكن تقويمه نقدا [3]،أو معلومات فلقد صار للبيانات بعد معالجتها بالكمبيوتر و تحويلها إلى معلومات مالا معنويا ذو قيمة اقتصادية وحقلا خصبا للاستثمارات ، حيث هناك شركات متخصصة في معالجة البيانات و تخزينها في بنوك خاصة هي بنوك المعلومات تحوي ملفات لها كل ما يتعلق بنشاط وشركات و مؤسسات مالية و تجارية وأحجام معاملاتها [4].

---

[*] وهذا ما يطلق عليه بالتجارة الالكترونية من الأعمال إلى الأعمال أي بين الشركات B2B.

[**] وهذا ما يطلق عليه بالتجارة الالكترونية من الأعمال – الشركات– إلى المستهلك B2C .

[1] أسامة أبو الحسن مجاهد، **خصوصية التعاقد عبر الانترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000 ، ص36.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت**، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2006 ، ص ص52، 53.

[3] أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005 ، ص83.

[4] أحمد عبد الكريم سلامة،**القانون الدولي الخاص النوعي**،الطبعة الأولى،دارالنهضة العربية،القاهرة،ص ص16، 17.

المطلب الثاني: ضبط تعريف للعقد الالكتروني

من خلال التعاريف التي سبق بيانها نجد أنه لا يوجد تعريف موحد للعقد الالكتروني ، غير أنه لا يخرج في تركيبه وأنواعه عن العقد العادي :" تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني" [1]سوى أنه يبرم عن بعد بواسطة تقنية من تقنيات الاتصا ل الحديثة أي بوسيلة الكترونية [2]، وتعرف الوسيلة الالكترونية على أنها كل وسيلة كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو الكترومغناطيسية أو أي وسيلة أخرى مشابهة لتبادل المعلومات بين المتعاقدين[3]،ومن هاته الوسائل هناك الفاكس ،التيلكس ،المينيتال ، الانترنت ، بالإضافة إلى أجهزة حديثة مثل الأدوات الذكية ، الهاتف المحمول [4]،التلفزيون التفاعلي [5].

إن ما يمكن ملاحظته تعدد تعريفات العقد الالكتروني بين من يجعل التعريف مفتوحا لمواكبة التطورات السريعة في مجال تقنيات الاتصال عن بعد وهذا ما ذهبت إليه أغلب التشريعات – فالمشرع حينما يرغب في وضع قانون معين يرغب أن يبقى فترة طويلة من الزمن وأن يستوعب المستجدات لإيجاد نوع من الأمان القانوني ، حرصا منه على استقرار المعاملات في المجتمع– ، وبين من يربط العقد الالكتروني بوسيلة اتصال معينة وهي شبكة الانترنت باعتبارها آخر ما وصل إليه العلم الحديث ،وهي من أهم وسائل المعلوماتية التي أحدثت تطورا هائلا في هذا العصر نتيج ة لاختزالها الوقت الجهد والتكاليف بين المتعاملين، فقد أحدثت طفرة في عملية تسويق السلع والخدمات، أين كانت السلعة تمر بعدة مراحل من المنتج (الصانع)إلى الموزع فتاجر الجملة ثم تاجر التجزئة لتصل في النهاية إلى المستهلك، إلا أنه باستخدام الإنترنت أصبحت العلاقة بين المنتج والمستهلك مباشرة فانخفضت التكاليف لعدم وجود وسطاء في التعامل .

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوجيز في النظرية العامة للالتزام ، منشاة المعارف ،الإسكندرية ،2004 ، ص28

[2]La " voie électronique " est une notion dont l'aspect technique est source d'ambiguïté. Elle peut comprendre le téléphone, le télex, le fax, le Minitel, comme l'e-mail et la communication par Internet. Voir : www.lexinter.net. Le contrat électronique

[3] محمد أمين الرومي ، **النظام القانوني للتحكيم الالكتروني** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية، 2006 ، ص 12

[4] أصبح من الممكن الوصول إلى الويب من خلال الهاتف النقال كما هو الحال في الكمبيوتر الشخصي ،فيمكن من خلالها التصفح لإجراء الصفقات والتحويلات المالية. مبادرة الويب النقال ، تاريخ الزيارة 2006/11/22_ www.dexterity.com

[5]لمزيد من التفاصيل حول تطور تقنيات الاتصال ارجع إلى: سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص32 إلى 48.

ولهذا قصرنا نطاق البحث على أحكام العقد الالكتروني عبر الإنترن ت باعتبارها وسيلة الاتصال الأكثر استجابة لمتطلبات التجارة الالكترونية ، فقد بدأ انتشار التجارة الالكترونية في السنوات الأخيرة من القرن الماضي في أوربا و الو م أ ، وذلك عبر الانترنت حيث أن أ حد المتعاقدين يتخذ موقعا له على الشبكة العالمية www للإعلان على السلع التي يقوم بإنتاجها وذلك لتسويقها والتعاقد عليها ، و يتم الاتصال مباشرة بين الطرفين عن طريق الانترنت وسداد قيمة السلعة أو الخدمة عن طريق التحويلات البنكية أو بطريق الائتمان -مثلا بتسجيل رقم بطاقته الائتمانية في الخانة المخصصة على الشاشة ويتم خصم قيمة المبيع من رصيده فورا عن طريق التحويل الالكتروني للأموال- ، ويتسلم المستهلك بضاعة متى كان المبيع ماديا ، وقد يتسلمها بالطرق الالكترونية إذا كانت من البرامج أو القطع الموسيقية أو الصور أو الخدمات كالاستشارات القانونية والطبية [1].

و انطلاقا مما سبق نخلص إلى وضع هذا التعريف الإجرائي للعقد الالكتروني على أنه:

تبادل التعبير عن الإرادة إيجابا أو قبولا في شكل رسائل الكترونية والاتفاق على شروط العقد (إبرامه)، بين طرفيه الذي غالبا ما يكون أحدهما مستهلكا،عبر شاشات الكمبيوت ر المتصلة بشبكة الانترنت ،مع إمكانية تنفيذه بشكل الكتروني – حسب طبيعة محل الالتزام –، ودفع الثمن الكترونيا، باستخدام التوقيع الالكتروني كمظهر للتعبير عن الإرادة .

فالعقد الالكتروني هنا يعني التعاقد عبر الانترنت أي العقد الذي يبرم و /أو ينفذ عبر الانترنت[2]،وهذا يدفعنا لمعرفة وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الالكترون ي ، و تمييز التعاقد الالكتروني عن غيره من وسائل التعاقد عن بعد، ومعرفة نطاق إبرام العقود الالكترونية .

---

[1] عبد الفتاح بيومي حجازي ، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية** ، مرجع سابق ، ص 16.

[2] الإنتررنت: شبكة(net)دولية (international)ضخمة من أجهزة الكمبيوتر المتصلة فيما بينها عبر خطوط هاتفية أوأسلاك أرضية ADSL ،أوعبر الأقمار الصناعية satellite . انظر ، جوهر بن رجدال ، **الانترنت والتجارة الالكترونية ، حالة استيراد الكتاب في جامعة سعد دحلب البليدة** ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع التسيير ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر 2001، ص 34.

ولقد نشأت في البداية كشبكة معلومات سرية خاصة بالاستخدامات العسكرية للقوات المسلحة في الو م أ، ثم انتقلت إلى القطاع المدني حيث لفتت نظر الشركات والمؤسسات التجارية إلى أهمية استخدام الشبكة في توسيع السوق ، وتسويق السلع والخدمات وأصبح في الإمكان شراء الكتب ، السيارات وتقديم الخدمات عن طريقها نتيجة إنشاء مواقع الكترونية والبريد الالكتروني على الشبكة ، وأصبحت الانترنت لغة رجال الأعمال والبنوك المهيمنة على عملياتها . انظر: منير محمد الجنبيهي ،ممدوح محمد الجنبيهي، **الشركات الالكترونية**، مرجع سابق ، ص8 .

الفرع الأول: وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني

ارتبطت التجارة الالكترونية ارتباطا وثيقا بالإنترنت وبالخدمات التي تقدمها هذه الشبكة العالمية، فيكون التعاقد عبر مواقع الويب أو البريد الالكتروني ، أو عبر غرف المحادثة ، وهي تعتبر وسائل للتعاقد الالكتروني عبر الانترنت :

اولا/شبكة الويب العالمية web:هذه الشبكة عبارة عن كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الكمبيوتر والتي تتيح لأي شخص الإطلاع على المعلومات التي تخص الجهات الأخرى أو أشخاص آخرين قاموا بوضعها في هذه الخدمة عن طريق أسلوب تكنولوجي يطلق عليه النص المحوري hypertexte[1]،والذي يقوم بتنظيم البيانات والمعلومات واستعادتها ،وتصمم هذه المواقع من قبل شركات متخصصة ويضع عليها صاحبها ما يشاء من معلومات وبيانات مصورة أو على شكل أفلام [2] ،ونذكر بعض المواقع :

www.Bookshop.co.uk :حيث يسمح للمستهلكين بالتصفح والبحث في قاعدة بيانات تتضمن ما يزيد عن 915000عنوان كتاب ويسدد ثمن الكتاب عبر الشبكة ويسلم بالطرق المعتادة .

www.travel ocity.com :يوفر هذا الموقع معلومات الحجز اللاسلكية لأكثر من 700 شركة طيران وأكثر من 50000 فندق ، وأكثر من شركة تأجير السيارات ، وقد قام هذا الموقع ببيع أكثر من 20 مليون تذكرة طيران من خلال الانترنت[3].

وتقوم مواقع الويب عبر الشاشات بعرض المنتجات وتقديم الخدمات لمستخدمي شبكة الانترنت (internaute) عبر كتالوجات وهي معرض للمنتجات التي يعرضها التاجر عبر الشبكة ، والكتالوج الإلكتروني عنصر جوهري في التعاقد الإلكتروني إذ لم يعد مجرد وسيلة عرض بل يتضمن مجموعة من المعلومات و البيانات اللازمة للتعاقد كاسم الشركة ،عنوان بريدها الالكتروني ، أسعار المنتجات ، مصاريف الشحن والضرائب والرسوم وميعاد

---

(1) hypertexte نص على الإنترنت يحتوي على وصلات مرجعية أو أي استقبالات مشفرة بينه وبين الملفات الأخرى. انظر:دانييل زيليوكس، **المرشد الأساسي في التجارة الالكترونية** ،ترجمة هاني مهدي الجمل، مجموعة النيل العربية، القاهرة ،2003 ، ص231.

(2) علاء محمد عيد نصيرات، **حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان (الأردن) ، 2005 ، ص55.

(3) أسامة احمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2005.، ص41.

التسليم ، فيستطيع المستهلك أن يتعاقد معها طبقا لإجراء محدد فيعلن إرادته في إبرام العقد بإرسال البيانات المطلوبة عن طريق بريده الالكتروني[1].

ثانيا/البريد الالكترونيE-mail : يعتبر البريد الالكتروني الذي يحصل عليه مجانا من خلال العديد من المقرات الرئيسية على شبكة الانترنت ، من أهم الخدمات التي تسمح للمستخدم إرسال الرسائل الالكترونية عبر شبكة الانترنت إلى مستخدم آخر أو مجموعة من المستخدمين، وتحفظ الرسالة الكترونيا في الصندوق البريدي للمستخدم ويمكن له أن يقرأ الرسالة الالكترونية فورا أو يؤجل ذلك ، وبالإمكان إبرام عقود التجارة الالكترونية بطريقه ، عندما يرسل المورد رسالة الكترونية بالمنتجات التي لديه أو يقدمها إلى المستخدم في البريد الالكتروني عند الإرسال الأول أو بعد المحادثات التمهيدية أو المفاوضات السابقة على الاتفاق يتضمن إيجابا ببيع منتج أو تقديم خدمة وباطلاع المرسل إليه على بريده الالكتروني من خلال صندوق الخطابات يكون الإيجاب قد اتصل إلى علم من وجه إليه ويمكن له أن يرسل قبوله إلى الموجب ومن ثم ينعقد العقد [2]،وقد يتعرض البريد الالكتروني للإغراق من خلال إرسال مئات الرسائل E-mail التي قد تكون محملة بملفات كبيرة الحجم و قد يصاحبها فيروسات لمجرد الإضرار بمستخدم هذا الجهاز نظراً لصغر المساحة المحدودة للبريد الإلكتروني خاصة إذا علمنا أن مزود الخدمة عادة يعطي مساحة محدودة للبريد الإلكتروني لا تتجاوز عشرة ميجا كحد أع لى، حيث يؤدي إلى عدم أمكانية استقبال أي رسائل،فضلاً عن إمكانية انقطاع الخدمة [3]،ويتخذ هذا البريد شكل الإعلانا ت والمواد التسويقية Spam[4] بريد الكتروني غير مطلوب [5]،وقد نصت المادة 13 من مشروع إرشاد اللجنة الأوروبية الذي نشر سنة 2000 إن استعمال البريد الالكتروني لغايات الترويج المباشر لا يمكن السماح به إلا إذا حصل مع مشتركين أبدوا موافقتهم المسبقة بهذا الخصوص[6].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص .70

[2] نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الالكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان(الأردن)، 2005 ،ص 26

[3] محمد محمد الألفي ، **جرائم الاختراقات عبر الانترنت** ،تاريخ الزيارة:2006/11/22 ، www.moffed.com

[4] Les spams sont analysables comme un envoi forcé , le considérant 16 de la directive concernant la protectrices des consommateurs en matière de contrat à distance :"… considérons que la technique promotionnelle consistant à envoyer un produit ou à fournir un service à titre onéreux au consommateur sans demande préalable ou accord explicite de sa part , pour autant qu'il ne s' agisse pas d'une fourniture de remplacements ne peut être admise…" voir : Pierre Breese , **guide juridique de l'Internet et du commerce électronique**, édition vuibert , 2000,P193.

[5] دانييل زيليوكس ، ترجمة هاني مهدي الجمل ، مرجع سابق ، ص240

[6] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 38.

ثالثا/غرفة المحادثة: عبارة عن ساحات في الفضاء الالكتروني –الانترنت– cyberspace تتيح لمستخدميها الاشتراك في محادثات بين بعضهم البعض عن طريق فتح كل من المتخاطبين الصفحة الخاصة به على جهازه في ذات التوقيت فيمر ما كتبه عبر الصندوق البريدي للشخص الآخر إلى الصفحة التي يفتحها على الجهاز الخاص ب ه والعكس صحيح ، وقد أمكن ربط الجهاز بميكروفون و كاميرا فيديو مثبتة على جهاز كل متخاطب فيكون حضورا متزامنا افتراضيا[1] .

إن التعبير عن الإرادة عبر هاته الوسائل وفقا للأحكام العامة قد يكون صادرا من الأصيل ، أو ممن ينوبه ، وكذلك الأمر بالنسبة للعقد الالكتروني فقد أجاز قانون الاونسترال 1996 ذلك في المادة 13 : " 1– تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ(الأصيل بالمفهو م القانوني) إذا كان المنشئ هو الذي أصدرها بنفسه.

2–في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه ، تعتبر رسالة البيانات صادرة عن المنشئ .

أ–إذا صدرت من المنشئ شخصيا .

ب–إذا صدرت من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات.

ج–إذا أرسلت من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل آليا " [2]، وهنا تنسب رسالة البيانات سواء تضمنت إيجابا أو قبولا إلى منشئها في حالتين:

*** الحالة الأولى في حالة كون الشخص مرسل الرسالة الالكترونية وكيلا أو نائبا عن صاحب الإرادة** : ليس هناك مانع من إعمال أحكام النيابة في التعاقد الالكتروني وهي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل مع انصراف الأثر القانوني لهذه الإرادة إلى الأصيل كما لو كانت صادرة منه [3]، سواء كانت قانونية كقيام الأب بالتعاقد عبر الانترنت نيابة عن ابنه القاصر ، أو اتفاقية فالأوضاع العملية تحتم على كثير من الأشخاص الطبيعيين والمعنويين خاصة الذين لا يمتلكون مهارات فنية لاستخدام الانترنت أو الذين لا يعرفون التعامل مع الوسائل التكنولوجية الحديثة ، اللجوء إلى المتخصصين وذوي الخبرة لإبرام العقود الالكترونية[4].

***الحالة الثانية عبر الوكيل الالكتروني:** فقد أدى التطور الهائ ل في ثورة الاتصالات والمعلومات إلى ظهور الوسيط الالكتروني المؤتمت – الوكيل الالكتروني – في المعاملات

---

[1] علاء محمد عيد نصيرات، مرجع سابق، ص 56.

[2] منير محمد الجنبيهي ،ممدوح محمد الجنبيهي، **الشركات الالكترونية**، مرجع سابق ، ص 119.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 56.

[4] شحاتة غريب محمد شلقامي ،مرجع سابق ، ص115 .

الالكترونية [1]، حيث أصبح من الممكن إبرام العقد الالكتروني بين الإنسان وكمبيوتر مبرمج مسبقا ، أو بين كمبيوتر وآخر ، فالإيجاب والقبول في هذه الحالة يحدثان بصورة آلية اعتمادا على معلومات مبرمجة بين أجهزة الكمبيوتر تنقل من خلال شبكة الانترنت ، ومثال ذلك: إذا أراد شخص ما شراء تذكرة طيران لإحدى شركات الطيران عن طريق موقعه ا بالانترنت فيستطيع الاطلاع على مواعيد الرحلات وثمن التذكرة ويقوم بحجز مقعد في الطائرة المطلوبة،بعد أن يقوم بدفع قيمة التذكرة الكترونيا وفـي هذه الحالة تنشأ علاقة تعاقدية بين الشخص الطبيعي والوكيل الالكتروني ويقع التزام على المشتري بدفع الثمن ، والتزام على البائع –صاحب النظام الالكتروني المؤتمت – بتسليم التذكرة [2].

الفرع الثاني: تمييز التعاقد الالكتروني عن غيره من وسائل التعاقد عن بعد

إن تركيزنا على شبكة الانترنت كوسيلة لإبرام العقد الالكتروني ، يدفعنا إلى تمييز التعاقد بهذه الوسيلة عن غيره من وسائل الاتصال عن بعد وسنركز على أهمها :
الهاتف، الفاكس و التيلكس و التلفزيون:
التعاقد الالكتروني والتعاقد بالهاتف يتشابهان من حيث أنهما فوريان أين يتلاشى عنصر الزمن إلا أنه يتميز عنه كون التعاقد بالهاتف بما أنه شفوي يحتاج إلى صدور تأكيد كتابي من الموجب ، و كما هو الحال في القانون الفرنسي 1989/06/23 فلا ينعقد العقد إلا بتوقيع المشتري [3]، وفي التعاقد الالكتروني لا يحتاج الموجب إلى إصدار كتابي بل يعتبر العقد قد تم بمجرد تعبير الطرف الآخر عن الإرادة الكترونيا – من خلال وجود محرر الكتروني – حيث يمكن رؤية الرسالة الالكترونية المرسلة على جهاز الكمبيوتر كما يمكن طباعتها وخزنها ،وفي هذا السياق يجب التفرقة بين المحرر الإلكتروني عن المحرر المرسل بطريقة إلكترونية أي عبر الفاكس و التيلكس حيث أن الأخير يتميز بالوجود المادي للوثيقة في حين أن الأول مثبت على دعامة إلكترونية ، فالانترنت تتميز بالطبيعة غير المادية [4]،كما أن المراسلات

---

[1] وهو نفس ما ذهب إليه قانون المعاملات الالكترونية الأردني 2001 في المادة 14 و 15/أ/1 وكذلك قانون إمارة دبي للمعاملات الالكترونية 202في المادة 1/14 . انظر: لورنس محمد عبيدات ،مرجع سابق ، ص193 وكذلك ص222

[2] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص 162.

[3] المرجع نفسه، ص ص 67، 68.

[4] فاروق محمد أحمد الأباصيري ، **عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 44.

الالكترونية لا تنتقل مباشرة من المرسل إلى المرسل إليه ، وإنما يتدخل وسيط بينهما هو مورد الخدمة[1].

ويختلف كذلك عن التعاقد بالتلفزيون في وجود صفة التفاعلية التي تسمح بوجود حضور متزامن افتراضي بين أطراف التعاقد ، كما يمكن من خلال التعاقد الالكتروني تسليم بعض الأشياء تسليما معنويا وأداء بعض الخدمات فورا على الشبكة وتسمح كذلك بالدفع (الوفاء)الالكتروني وهذا ما لا يمكن تصوره في الوسائل الأخرى[2].

الفرع الثالث: نطاق إبرام العقود الالكترونية

تعتبر الكتابة الالكترونية مظهر التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني ، و يتعين التفرقة بين الكتابة المطلوبة لانعقاد العقد وبين الكتابة المتطلبة لإثباته ، فالأولى تعتبر ركن بتخلفها يترتب بطلان العقد (هنا يقصد الكتابة الرسمية) ، أما إذا كانت متطلبة للإثبات فلا يترتب على تخلفها البطلان وإنما لا يجوز إثباته بغير الكتابة (هنا يشمل الكتابة الرسمية والعرفية) فهل الكتابة الالكترونية يقتصر مفهومها على الكتابة كوسيلة للإثبات ، أم أنه يتسع للكتابة كركن في العقد ؟ وهل يستغرق العقد الالكتروني كل العقود ؟ .

إن التعبير عن الإرادة طبقا للأحكام العامة في القانون المدني قد يكون باللفظ و بالكتابة و بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف معين لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود [3]– وهو نفسه نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري[4]–، و بالتالي يمكن اعتبار الكتابة الالكترونية مظهرا مقبولا للتعبير عن الإرادة و إن اختلفت الدعامة، أين تكون هنا الكترونية ، فالتعبير عن الإرادة بالطريقة الالكترونية عن طريق رسالة بيانات الكترونية يمكن أن يعد تطبيقا متطورا لنص هذه المادة إذ أنه لا يجب أن يكون تفسير تلك المادة جامدا وضيقا، بل لابد أن يتكيف و مستلزمات التجارة الالكترونية[5].

إلا أنه وبالرجوع إلى المشرع الجزائري تحديدا نص المادة 59 التي جاء تعريف العقد فيها " يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص

---

[1] نضال إسماعيل برهم ،مرجع سابق ، ص61.

[2] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص ص 51، 52.

[3] عبد الرزاق أحمد السنهوري ،مرجع سابق، ص49.

[4] الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر1975، المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل والمتمم، الجريدة الرسمية عدد 78، الصادرة بتاريخ:1975/09/30.

[5] منير محمد الجنبيهي،ممدوح محمد الجنبيهي،الشركات الالكترونية، دار الفكر الجامعي،الاسكندرية ،2005،ص36.

القانونية "، فمبدأ الرضائية يعطي حرية للأطراف في اختيار شكل التعبير عن إرادتهما ولو كان ذلك الشكل الكترونيا ، إلا إذا كان العقد يقتضي شكلية معينة كالعقود الرسمية مثلا عقد الشركة أو عقد بيع عقار ، وبالتالي لا يمكن التوسع في تطبيق المادة 60 من القانون المدني الجزائري على جميع العقود، ومنه فمفهوم الكتابة الالكترونية في التشريع الجزائري ينصرف إلى الكتابة العرفية.

لتفادي إجراءات الشكلية والرسمية في العقود يستبعد تطبيق القواعد الخاصة بالعقود الالكترونية على بعض التصرفات القانونية الهامة ويفضل إبرامها في الشكل التقليدي دون الشكل الالكتروني لكونها تصرفات لها أهميتها وخطورتها كالعقود التي يكون محلها عقارا ، أو لكونها غير متعلقة بالنشاط التجاري وليس لها علاقة بالمعاملا ت التجارية الالكترونية وإنما هي مجرد تصرفات مدنية أو شخصية بحتة كعقد الزواج أو الهبة ..

وقد بحث مجمع الفقه التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي في دورته السادسة المنعقدة بمدينة جدة سنة 1990 صحة إجراء العقود التي تبرم عبر الانترنت وانتهى إلى جواز التعاقد الالكتروني وأصدر قرارا نص على أن هناك عقود ثلاثة مستثناة من ذلك ويجب إبرامها بالشكل التقليدي منها عقد الزواج لاشتراط الشهادة وعقد الصرف لاشتراط التقايض ، وعقد السلم لاشتراط تعجيل رأس المال[1].

كما استثنى القانون الأردني بعض المعاملات التي تخضع إلى شكلية معينة بنص المادة 6 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني 2001 على أنه لا تسري أحكام هذا القانون على بعض التصرفات نذكر منها ما يتعلق بالعقد، معاملات التصرف بالأموال غير المنقولة، المعاملات والوكالات المتعلقة بالأحوال الشخصية[2].

كما نص التوجيه الأوربي 8/ 2000/6 المتعلق بالتجارة الالكترونية على أنه لا ينطبق هذا التوجيه على العقود المنشئة لحقوق الملكية العقارية فيما عدا حقوق الإيجار ، والعقود التي تتطلب تدخلا من المحاكم والسلطة العامة ، وعقود الكفالة والعقود التي يحكمها قانون الأسرة كالهبة والزواج [3]،وقبل ذلك فإن التوجيه الأوروبي رقم 93-1999 حول الإطار المشترك للتوقيع الالكتروني في المادة 2/1 منه قد استثنى من نطاق تطبيقه الأوضاع الشكلية المنصوص عليها في التشريعات الداخلية للدول الأعضاء.

بمقابل هذا نجد المشرع الفرنسي قد توسع في نظام الكتابة الالكترونية من خلال تبنى مفهوم للكتابة الالكترونية يمتد إلى الكتابة المتطلبة كركن في العقد كالعقود الرسمية، فمن المسلم به

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 152.

[2] لورنس محمد عبيدات ، مرجع سابق ، ص191.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 154.

أن العقود الرسمية تصدر عن موظف عمومي يكون مختصا موضوعيا ومكانيا وتكتسي طابع الدليل الكتابي المطلق حيث لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير ، وهذا ما تم نقله إلى البيئة الالكترونية بنص المادة 1317 من القانون المدني الفرنسي على العقود الرسمية الالكترونية إذا ما تم تحريرها وحفظها وفقا للشروط التي يحددها مجلس الدولة ، وهذا تكريسا لتنظيم العقد الرسمي بوسيلة الكترونية مع اتخاذ توقيع و ختم الموثق أو الضابط العمومي للشكل الالكتروني ، وتبعا لذلك يصبح للموثق دور جديد يتعلق بمراقبة وصحة الوثائق الالكترونية ويحفظ أصولها بوضع توقيعه الالكتروني وترتيبها رقميا وزمنيا ، وهذا ما ضمنه العضو المقرر لمجلس الشيوخ الفرنسي في تقريره حول الإثبات بالوسائل التقنية الحديثة [1]،وبهذا تم إقرار صحة الكتابة الالكترونية على الوثائق الرسمية ومنها العقود الرسمية في فرنسا وهذا باستخدام أنظمة معلوماتية معتمدة ، وهو ما تم بالفعل عندما أصدر مجلس الدولة مرسوم 2005-973 المعدل والمتمم للمرسوم 71-941 المتعلق بالعقود المحررة من الموثق ،وعلى العموم فإن ظهور الورقة الرسمية الالكترونية مرتبط بما يعرف بالحكومة الالكترونية التي تعتمد في تسييرها على أجهزة الكمبيوتر وشبكة الانترانت بهدف الرفع من كفاءة العمل الإداري- وهذا يخرج عن نطاق البحث-[2].

---

[1] مولود قارة ، **التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية** ، مداخلة ألقيت في ملتقى دولي حول الاتجاه نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية، مخبر القانون الخاص الأساسي ، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 23 ، 24 أفريل 2006 ، ص34.

[2] محمد رضا أزرو ، **التوقيع الالكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات** ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص (غير منشورة) ، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2006-2007 ، ص57.

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

من الأهمية بمكان تحديد الطبيعة القانونية للعقد بصفة عامة ، وفي مجال العقود الالكترونية بصفة خاصة نظرا لكونها مبرمة عن بعد ، كما أنه مع ظهور الثورة المعلوماتية و بإنتشار الانترنت والتجارة الالكترونية نجد أن التعامل لم يعد ينصب على المنتجات المادية بل أن المنتجات الذهنية، كبرامج الكمبيوتر أو بنوك المعلومات، أصبحت تحتل مكانة كبيرة في هذه التجارة ، فظهرت أنواع جديدة من العقود ، ولعل الطابع المركب لتلك العقود يثير تساؤلا حول طبيعتها القانونية نظرا لطبيعتها التقنية، و فيما يسود بشأنها من نماذج يجري العمل على تبنيها ،وأهمية معرفة التكييف الصحيح لها توصلا لإعمال أحكام القانون ، وإبراز ملامح المسؤولية العقدية بشأنها.

و سنتطرق في هذا المبحث للتكييف القانوني للعقد الالكتروني مبرزين أنواع العقود الالكترونية وأهمية هذا التكييف، من خلال المطلب الأول، في حين نخصص المطلب الثاني لمعرفة مدى حاجة العقد الالكتروني لأحكام عقود الإذعان، و محاولة إبراز هذا العنصر في العقد الالكتروني.

المطلب الأول: التكييف القانوني للعقد الإلكتروني

إن التكييف القانوني للعقد الإلكتروني هو إضفاء وصف قانوني على العقد يتفق مع حقيقة قصد المتعاقدين لمعرفة الأحكام واجبة التطبيق على مسألة قانونية معينة ، و لا شك أن لذلك أهمية سوف نحاول البحث فيها من خلال هذا المطلب وباعتبار أن مسألة التكييف ترتبط أساسا بأنواع التجارة الإلكترونية كان لابد من التطرق إليها ، و باعتبار أن التجارة الإلكترونية الإطار العام الذي يدور فيه العقد الإلكتروني فإن أنواعه بالضرورة تتبع أنواع التجارة الإلكترونية من حيث الموضوع أو الأطراف ولعل هذه التقسيمات أهمية من الناحية القانونية نتناولها في الفرع الثاني.

الفرع الأول: ارتباط تكييف العقد الالكتروني بأنواع التجارة الإلكترونية

يمكن تقسيم العقود الالكترونية تبعا لتقسيمات التجارة الالكترونية إلى تقسيمين:

أولا/أنواع العقود الإلكترونية تبعا لأنواع التجارة الالكترونية من حيث الموضوع:

هذا التقسيم يأخذ في الاعتبار مدى ارتباط تنفيذ العقد بالشبكة نفسها ، فهناك من العقود الالكترونية ما ينفذ على الشبكة نفسها وذلك عندما يكون محلها غير مادي ، ومنها ما يتم تنفيذه خارج الشبكة في العالم المادي عندما يكون محله سلع مادية وفي هذه الحالة لا تكون الشبكة سوى وسيلة جديدة للتعاقد ، ويمكن تقسيم العقود الالكترونية تبعا لأنواع التجارة الالكترونية من حيث الموضوع [(1)]:

1- عقود التجارة حول الشبكة le commerce électronique autour du réseau:

هي العقود التي تبرم بسبب التجارة الإلكترونية و لازمة لتحقيقها، وعادة ما يتم إبرام وتنفيذ هذه العقود عبر الشبكة لأن محلها غير مادي، و يمكن أن نذكر في هذا المجال:عقود الخدمات الالكترونية وعقود المعلوماتية:

[(1)]Il faut distinguer d'emblée deux types de commerce électronique.

a)***Le commerce autour du réseau*** : Ce commerce tourne autour de l'accès aux services des fournisseurs d'accès, des télécoms, des serveurs qui hébergent les sites, et des entreprises qui offrent des services et des logiciels en rapport avec le réseau.- contrats avec les serveurs-

b) ***Le commerce à travers le réseau*** : Ce commerce inclut la publicité sur les sites, les offres et la conclusion du contrat, parfois aussi l'exécution du contrat (plus de 50 % des logiciels sont transférés en ligne aux USA)..

Le thème général, commun à ces deux types de commerce, c'est la *dématérialisation* des conventions . voir : François Dessemontet , **Internet et e-commerce ,,** Cours donnés à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne ,Suisse, 2003/2004 , P 01

أ-عقود الخدمات الالكترونية : هي الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الإنترنت وكيفية الاستفادة منها ، و تبرم بين القائمين على تقديم الخدمات provider [1]و المستفيدين منها، ونذكر في هذا السياق أهم العقود : عقد الدخول إلى الشبكة ، عقد الإيواء ، عقد إنشاء موقع ، عقد إنشاء متجر افتراضي ، عقد اشتراك في بنك المعلومات ، عقد بث مضمون معين على الإنترنت[2].

ب-عقود المعلوماتية : أصبحت المعلومة تشكل موضوعا لعمليات تجارية معقدة فهي عنصر من عناصر المعرفة و المعلومة شيء غير مادي لكن قابل لأن يكون محلا لتصرف قانوني بسبب أهميتها الاقتصادية ودورها في تحسين أداء المشروعات الإنتاجي ة و استغلالها ماليا ، ولا شك أن نظام المعلومات يكون محل تعامل بين الشركات و الأفراد ، فأغلب الشركات و رجال الأعمال يلجؤون في إدارة شؤون أعمالهم و مصارفهم ومتجرهم عن طريق نظام المعلومات الذي يسهل الإدارة و يقلص النفقات و يتألف نظام المعلومات من عناصر عدة أبرزها جهاز الكمبيوتر و البرنامج [3]و هذان العنصران هما الأساس في تشغيل نظام المعلومات و إدارته فأي عقد يكون موضوعه نظام المعلومات يرد في الغالب على الكمبيوتر و البرنامج أو على الأقل على البرنامج [4]، و أهم عقود المعلوماتية : بيع برامج المعلومات ، تأجير برامج المعلومات مقاولة برامج المعلومات ،الإيجار التمويلي للبرنامج[5].

2-عقود التجارة الالكترونية عبر الشبكة: le commerce électronique à travers le réseau : هي التي من خلالها يتم توريد السلع و البضائع و الخدمات عبر الانترنت ، فالفرد في حياته اليومية قد يطلب سلعة معمرة غسالة أو ثلاجة أو سلعة استهلاكية ملابس أو

---

[1] provider : مقدم خدمة الانترنت هي الشركات التي تمنح الوصول واسع النطاق للإنترنت وتتقاضى مبالغ مالية من العملاء نظير هذه الخدمة . انظر: دانييل زيليوكس ، ترجمة هاني مهدي الجمل ، مرجع سابق ، ص 232 و في الجزائر يعتبر مركز البحث في الإعلام العلمي و التقني CERIST المزود الرئيسي للمستفيدين من خدمات الانترنت خاصة الباحثين العلميين و الجامعات و البنوك والجمارك ، بالإضافة إلى مؤسسة التعليم المهني عن بعد EEPAD ، و مؤسسة خدمات الحاسوب العامة GECOS حيث تهتم بإنشاء مواقع للمؤسسات . انظر: جوهر بن رجدال ، مرجع سابق ، ص 114 .

[2] شحاتة غريب محمد شلقامي، مرجع سابق ، ص 68.

[3] البرنامج :من المكونات المنطقية للكمبيوتر software إلى جانب المكونات المادية التي هي وحدة التشغيل hardware ، و هو مجموعة الأوامر و التعليمات المكتوبة بلغة ما موجهة إلى جهاز تقني معقد يسمى الحاسوب- الكمبيوتر- بغرض الوصول إلى نتيجة محددة أو انجاز عمليات معينة. انظر : سمير حامد عبد العزيز الجمال ، مرجع سابق ، ص 46.

[4] نوري حمد خاطر،**عقود المعلوماتية**، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان(الأردن) ، 2001، ص 02.

[5] لمزيد من التفاصيل ارجع إلى : :محمد حسين منصور ، **المسؤولية الإلكترونية** ، مرجع سابق ، ص36 إلى 40.

عطور ، وقد يطلب خدمة كالاستشارات القانونية أو المحاسبية أو الهندسية ، و تستطيع الشركات التي تتوافر على مواقع على شبكة الانترنت تلبية هذه الحاجات من خلال التجارة الالكترونية ، وكذا القيام بالعمليات التجارية المختلفة عبر الانترنت كالعمليات البنكية و المصرفية [1].

ثانيا/ أنواع العقود الإلكترونية تبعا لأنواع التجارة الالكترونية من حيث أطراف العلاقة التعاقدية : تقسم أنواع التجارة الالكترونية حسب أطراف العلاقة التعاقدية إلى تجارة الكترونية من الأعمال إلى الأعمال ،وتجارة الكترونية من الأعمال إلى المستهلك وعليه يمكن تقسيم العقود الالكترونية إلى عقود بين مهنيين و عقود مع مستهلكين :

1-التجارة الالكترونية من الأعمال إلى الأعمال Business to Business (B2B):

إن التبادل التجاري بين الشركات أي ما يطلق عليه بالتجارة من الأعمال إلى الأعمال B2B هو المفهوم المندرج للتجارة الالكترونية لدى مستخدمي شبكة الانترنت، فالعلاقة في بيئة الأعمال B2B هي العلاقة ما بين إطارين من إطارات العمل ،و التي تعتمد الشبكة وسيلة لانجاز العلاقات المرتبطة بالعمل، فأغلبية المؤسسات اعتادت العمل التجاري باستخدام الأنظمة الالكترونية و تبادل المعلومات الكترونيا من خلال تحويل و إيصال طلبات الشراء و الفواتير و أشكال التعاملات التجارية المتبادلة بين شركاء التجارة، و مصطلح B2B يعني أن الطرف الأول يعرف الطرف الثاني سلفا مما يتخطى حاجز الثقة الذي كثيرا ما يكون عائقا للتجارة الالكترونية مع الأفراد ،فالعلاقة بين مؤسسة و مؤسسة لا تتحقق إلا بوجود شبكة خارجية تسمى **EXTRANET** [2] ،حيث يكون لدى المؤسسة المشترية موقع مخصص على شبكتها الداخلية لطلب المواد، و يكون هذا مرتبطا بنظام المستودعات الذي يوضح كم من المواد موجودة لدى المؤسسة ،و يكون موقع طلب المواد هذا مرتبطا بموقع المؤسسة البائعة للمواد ،بحيث يذهب إليها الطلب مباشرة من خلال شبكة الانترنت سواء بعد دراسة الأسعار و مقارنتها أو حسب أسعار معدة مسبقا كما يتطلب أيضا وسيلة للدفع الالكتروني لثمن السلع .

2-التجارة الالكترونية من الشركات إلى المستهلك Business to Consumer (B2C):

هناك اهتمام عالمي للاهتمام بهذا النوع من التجارة الالكترونية مقارنة بالأولى ، حيث يكون المستهلك مؤسسة أو فرد يقوم بشراء منتج للاستعمال الذاتي، فالمستهلك

---

[1] يستخدم الانترنت لإنهاء المعاملات البنكية ، وتحتل السويد موقع الصدارة بين شقيقاتها الأوربيات ، حيث استعمل 54% من السويديين الانترنت لإنهاء معاملاتهم البنكية في جويلية 2001 . انظر: أحمد باشي، مرجع سابق،ص80.

[2] الاكسترانت :تشبه الانترنت لكنها محدودة حيث يمكن الوصول إليها من جانب أفراد محددين معتمدين و يتم حمايتها بكلمات المرور . انظر: دانييل زيليوكس ، ترجمة هاني مهدي الجمل ، مرجع سابق، ص 227.

الذي يريد شراء سلعة ما يقوم بالبحث بموقع الويب الخاص بمؤسسة معينة و الذي تعرض من خلاله منتجاتها و خدماتها فتظهر له على شاشة الكمبيوتر الجناح الخاص بنوع السلعة المطلوبة ثم ينتقي الفئة المعينة داخل الجناح ثم تظهر له اللائحة النهائية فيختار منها السلعة بالمواصفات التي يريدها و في أسفل الشاشة يضع ما يشاء من مشتريات في سلة البضائع ثم يقوم بضبط الكمية و السعر النهائي، ثم يبعث طلب الشراء عن طريق البريد الالكتروني ، وعند استقبال الطلب من طرف التاجر يقوم برنامج خاص بتسجيل الطلب ضمن قاعدة بيانات الطلب والتحقق من توفر المنتج على مستوى المخزن وبعد ذلك يقوم التاجر بتأكيد الطلبية مباشرة على صفحة الويب و يتم الدفع الالكتروني بين بنك التاجر وبنك المستهلك[1].

الفرع الثاني: أهمية التكييف القانوني للعقد الإلكتروني

لاشك أن مسألة التكييف القانوني لها أهمية بالنسبة للعقود بصفة عامة ، و العقود الإلكترونية بصفة خاصة ، كونها تبرم عن بعد بوسيلة إلكترونية وغالبا ما تنفذ بنفس الطريقة كالعقود في مجال المعلوماتية فهي عقود حديثة مركبة ، فمن الأهمية بما كان محاولة تكييف هذه العقود في إطار العقود المسماة [2]،لأن ذلك يضعنا في ساحة الأمان القانوني لوجود الحل المناسب من خلال الاحتكام إلى القواعد التي تنظمها سواء الخاصة أو العامة ، تفاديا لغلبة الطرف القوي على الطرف الضعيف، خاصة و أن أغلب هاته العقود تكون مبرمة من شركات متخصصة تفرض شروطها التعاقدية في صورة نماذج غير قابلة للتفاوض ، ومن ثم فإن الصياغة هنا يتم إعدادها سلفا لمصلحة الطرف المحترف ، مما يستدعي ذلك وضعها في سياق نوع معين من العقود ، ومن ثمة إمكانية تطبيق النصوص التشريعية و المبادئ التي استقر عليها القضاء في ذلك العقد وفي مجال العقود بصفة عامة [3] .

ويكشف الواقع أن غالبية العقود الإلكترونية يمكن تكييفها بيعا بالنسبة للسلع و مقاولة بالنسبة للخدمات ، فهناك من يدخل الشبكة بغرض البيع أو الشراء فالمشتري يحدد احتياجاته بدقة من خلال زيارته لموقع البائع على الشبكة حيث يبين هذا الأخير عليه مواصفات الشيء المبيع وخصائصه ، و هناك من يعرض إمكانية الانتفاع بأشياء مثل عقد الإيجار كتأجير السيارات

---

[1] جوهر بن رجدال ، مرجع سابق ، ص 70 إلى 73.

[2] العقد المسمى: خلافا للعقد غير المسمى هو العقد الذي خصه المشرع باسم و تنظيم تشريعي لشيوعه بين الناس في التعامل: كعقد البيع، الإيجار، المقاولة. انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق، ص40 .

[3] محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك** ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 ، ص 90 .

مثلا ، و هناك من يعرض خدمات أو أعمال معينة كعقد المقاولة ، إلا أن وسيلة إبرامها (الإنترنت) تضفي عليها خصوصية .

أما الصعوبة تكمن في تكييف عقود الخدمات الالكترونية وعقود المعلوماتية لحداثة ظهورها وطبيعة المحل حيث يتجه البعض إلى اعتبارها عقود غير مسماة ، إلا أن عقود الخدمات الالكترونية يمكن تكييفها من الناحية القانونية عقود مقاولة لأن موضوعها تقديم خدمة ، فيلتزم مقدم الخدمة كقاعدة عامة باحترام السرية و توعية العملاء و منع الدخول إلى المواقع الغير مرغوب فيها و التزام بتقديم المساعدة الفنية فهو عقد مستمر [1]،حيث لا ينتهي مثلا عمله بمجرد توصيل كمبيوتر المستفيد بشبكة الإنترنت بل يتعهد بمساعدته على تذليل العقبات الفنية التي تحول دون استمرارية هاته الخدمة [2].

أما بالنسبة لعقود المعلوماتية فيرى في هذا السياق الأستاذ Collar Datilleul أنها لا تعبر عن خصوصية قانونية فهي تتغذى من كل القواعد التي تحكم العقود و هذا في دراسة قدمها بشأن تصنيف عقود المعلوماتية مع العقود المسماة [3].

ولعل التكييف الأكثر شيوعا هو اعتبارها من عقود المقاولة بسبب الجدل حول عقد البيع لأن مؤلف البرنامج يحتفظ بعدد من الحقوق على البرنامج (حماية الملكية الفكرية)،على نحو يتعارض مع فكرة نقل الملكية،أضف إلى ذلك أن مشتري البرنامج لا يملك بيعه للغير أو نسخه أو استغلاله ، كذلك يثور الجدل حول فكرة الإيجار التمويلي التي يلجأ إليها عندما لا يستطيع الشخص أن يشتري بشكل فوري ، فيقوم باستئجار البرنامج و في نهاية المدة يكون مخيرا بين شراءه أو رده[4].

كما تبدو أهمية التمييز بالنسبة للعقود الالكترونية التي يكون جميع أطرافها من المهنيين حيث تفلت من القيود الواردة بقانون الاستهلاك، كما تخضع لقواعد الإثبات الخاص بالقانون التجاري ، ومن ذلك مبدأ حرية الإثبات ، وهذا ما يؤدي إلى وجود اتفاقات خاصة في الإثبات، أما العقود المبرمة مع المستهلكين سواء كان تنفيذها تم على الشبكة أو خارج الشبكة فتخضع لنصوص قانون الاستهلاك ، ولا ينطبق عليها مبدأ حرية الإثبات كمبدأ عام[5].

---

[1] العقد المستمر– الزمني–: هو الذي يكون فيه عنصر الزمن جوهريا وهو المقياس الذي يقدر به محل العقد على عكس العقد الفوري . انظر: عبد الرزاق أحمد السنهوري ،مرجع سابق ، ص 44 .

[2] محمد حسين منصور،**المسؤولية الإلكترونية** ، مرجع سابق ،ص 26 إلى 34.

[3] فاروق محمد أحمد الاباصيري، مرجع سابق ، ص 03.

[4] محمد حسين منصور، **المسؤولية الإلكترونية** ، مرجع سابق ، ص 40.

[5] أسامة أبو الحسن مجاهد، مرجع سابق، ص 54.

المطلب الثاني : مدى حاجة العقد الالكتروني لأحكام عقود الإذعان

إن العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد قد يشوبه غموض فيما يتعلق ببعض المسائل القانونية : الأهلية ، الصفة، طبيعة المنتج ، تنفيذ العقد ، إثباته ، كما أن بعض العقود الالكترونية تبرم بين طرفين غير متكافئين في التخصص الفني –كعقود التجارة الالكترونية حول الشبكة –، فطالب الخدمة غالبا ما يكون مستهلكا أو مهنيا غير محترف في مجال العقد مما يخلق نوعا من عدم التوازن العقدي الذي يقودنا إلى فكرة الإذعان وبحث مدى توافر هذا العنصر في العقد الإلكتروني؟

الفرع الأول: غلبة الإذعان على العقد الالكتروني

لقد أثير جدل حول ما إذا كان العقد الالكتروني عقدا رضائيا –مساومة– أو عقد إذعان، حيث يرى جانب من الفقه أنه انطلاقا من أن لمستخدم الإنترنت –المستهلك– الوصول إلى أكبر قدر ممكن من العروض لنفس المنتج عبر محركات البحث [1]،الموجودة على شبكة الانترنت ، وهذا ما يجعل الموازين تنقلب لصالح المستهلك un transfert de pouvoir vers les clients ، فله مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد إن لم تعجبه شروط منتج معين ، كما أنه بفضل الانترنت فإن كلفة المعلومات حول السوق بالمقارنة مع الفضاء المادي والتي تتطلب مصاريف كالتنقل ، موقف للسيارات ، شراء مجلة للمستهلك قد انخفضت واقتصرت على مصاريف الارتباط بالشبكة:

« Grace à l'internet le coût de l'information sur le marché est réduit au prix de la connexion"[2]

ومنه فإن وجهة النظر هذه الاقتصادية تستبعد تواجد عنصر الإذعان في العقد الالكتروني من الناحية القانونية .

و يرى البعض أنه لا أهمية لهذا الجدل طالما أن هناك قوانين خاصة بالمستهلك في مجال العقود الالكترونية من ذلك الحق في الإعلام وحق العدول، وبالتالي فهي التي تسري وتكفل

---

[1] أمست محركات البحث طريق المستخدمين لطلب المعلومات فهي تتيح الوصول إلى الموضوع ذاته ، أو بالمواقع المهتمة بالموضوع مدار البحث ، وتتيح الآن الوصول للأشخاص أو الوصول لأجزاء المعلومات ، كما يتيح تطورها التقني استخدام أكثر من لغة في عملية البحث والبحث عن مواد بأكثر من لغة من أمثلتها: google, yahoo, search, ... انظر: يونس عرب ، **(دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج بالمجتمع الرقمي)** ، ورقة عمل مقدمة إلى ندوة أخلاق المعلومات ، نادي المعلومات العربي، 16–17 أكتوبر 2002،عمان(الأردن) ، www.arablaw.org

[2] Pierre Breese, , op –cit, , p 185.

الحماية الكافية ، إلا أنه من الأهمية بمكان الرجوع إلى القواعد العامة فيم ا يخص عقود الإذعان إذا تعلق الأمر بالتجارة الالكترونية بين المهنيين لأن قوانين الاستهلاك لا يمكن تطبيقها إلا إذا تعلق الأمر بعقود التجارة الالكترونية التي أحد أطرافها مستهلك [1] ،أين يملك القاضي تعديل الشروط التعسفية أو إعفاء الطرف المذعن منها ،ويبطل كل شرط يخالف ذلك،بالإضافة إلى تفسير الشك لمصلحة الطرف المذعن دائنا أو مدينا [2]، وهذا ما نصت عليه المواد 110، 111 ،112من القانون المدني الجزائري.

غير أنه يجب التمييز بين الوسائل التي يتم استخدامها لإبرام العقد الالكتروني عبر الانترنت، فإذا تم التعاقد عبر البريد الالكتروني أو عبر غرف المحادثة فهنا غالبا ما يتم تبادل وجهات النظر عبر الرسائل الالكترونية ، ويستطيع الموجه إليه الإيجاب المفاضلة بين العروض المطروحة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط وبالتالي هو عقد رضائي ، أما إذا تم العقد عبر مواقع الويب فتستخدم في الغالب عقود نموذجية وهنا نكون أمام عقد إذعان – وهو الغالب– [3].

الفرع الثاني: الإذعان في العقد الإلكتروني

يعرف الفقه عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفي ن بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر و لا يسمح بمناقشتها و ذلك عندما يتعلق الأمر بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار فعلي أو قانوني ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها ويمكن أن نحصر خصائص عقد الإذعان فيما يلي:

*–تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات .

*–احتكار الموجب لهذه السلع احتكارا فعليا أو قانونيا .

صدور الإيجاب إلى كافة الناس وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة ويغلب أن يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز المناقشة فيها وتكون لمصلحة الموجب[4].

هناك من يرى أن شروط عقد الإذعان عبر الانترنت هي نفس الشروط العامة لعقد الإذعان ومن الممكن وجود شركات احتكارية فعلية على شبكة الانترنت فباحتكارها المعرفة

---

[1] Olivier Hance , **business et droit d'internet** , the best of Mc Graw Hill, 2002, P154.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص79 ،80.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص64، 65.

[4] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص77

الفنية والتكنولوجية ،تقوم بتسويق منتجاتها ولا تجد منافسا لها فتفرض شروطها وأسعارها، وخير مثال على ذلك شركة Microsoft التي تحتكر غالبية برامج الكمبيوتر [1].

وبناء على ذلك تشترك عقود المعلوماتية مع عقود الخدمات الإلكترونية في تواجد عنصر الإذعان ذلك أن مقدم الخدمة غالبا ما يكون شركات متخصصة و محترفة ينطبق عليها وصف المحترف تضع شروط تعاقدية في نماذج غير قابلة للتفاوض، و غالبا ما يكون مستخدمو الإنترنت يفتقرون للتنوير المعلوماتي و غير مدركين لأدوات المعلوماتية مما يظهر عدم التوازن بين طرفي العقد[2]

لقد نصت المادة 70 من القانون المدني الجزائري على أن القبول في عقود الإذعان يحصل بمجرد التسليم بشروط قررها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها ، دون أن يحدد طبيعة محل الالتزام في العقد إن كان من السلع الضرورية أم لا ،وهو ما يستقيم مع الاتجاه الحديث وهو الرأي السائد في الفقه ،الذي يميل إلى عدم التشدد في فكرة الإذعان ، حيث لا يشترط تعلق العقد بالسلع و الخدمات الضرورية أو أن تكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين بحيث لا يقبل مناقشة الشروط الواردة فيه ، بالإضافة إلى كونه في مركز متفوق من حيث المقدرة الاقتصادية أو الخبرة الفنية ، إذا فالمفهوم الحديث الموسع لفكرة الإذعان تطور لتوفير الحماية للطرف الضعيف قليل الخبرة و بالتالي فإن هذا المفهوم يخدم بشكل أو بآخر خصوصية العقد الإلكتروني فيعتبر عقد إذعان.

وينضم لهذا الرأي بعض الفقه الانجليزي فالموجه إليه الإيجاب لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع الموجب على شبكة الانترنت لسلعة حدد ثمنها سلفا دون أن يكون قابلا للمناقشة[3].

فمراكز التجارة الالكترونية تحرص على استعمال صيغ نموذجية للعقود التي تبرمها وتشمل هذه الصيغ أحكاما تفصيلية تحكم العلاقة الناشئة بين أطراف العقد ، تتعلق بتحديد الالتزامات والحقوق وتنفيذ العقد وبيان مكان التسليم وزمانه وتبعة تحمل المخاطر و ضمان العيوب

---

[1] محمد أمين الرومي، مرجع سابق، ص 19.

[2] في الولايات المتحدة الأمريكية (الو م أ) يوجد قانون موحد ينظم الصفقات الخاصة بالبرامج و معلومات الحاسب الإلكتروني UCITA من خلال عقد نموذجي تشريعي فعندما يرغب أحد في الحصول على برنامج فلن يتسنى له ذلك إلا بقبول اتفاقيات Click-wrap اضغط ووافق ،حيث يعمد الصانعون ومصممي البرامج إلى طباعة كلية للنص الخاص بالترخيص خارج الصندوق الذي يتضمن المنتوج المعلوماتي ، وبمجرد فتح الصندوق يكون المستهلك ملزما بشروط الترخيص وإذا استخدمت الو م أ هذا العقد ،فباعتبارها تحتل الصدارة في مجال التجارة الإلكترونية و إنتاج البرامج فمن الممكن أن يصبح معيارا للدول الأخرى. انظر: أسامة احمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني**،مرجع سابق ، ص 126.

[3] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص62.

الخفية والقانون الواجب التطبيق ولهذه النماذج دور في إبرام عقود التجارة الالكترونية لأنها تختصر الوقت والنفقات[1].

المبحث الثالث: خصائص العقد الالكتروني

تتمثل خصوصية العقد الالكتروني في الطريقة التي ينعقد بها ، وبما أننا قصرنا نطاق الدراسة على العقد الالكتروني عبر الانترنت ، فمن الطبيعي أن يكون هذا الأخير مطبوعا بالخصائص النوعية لشبكة الانترنت بوصفها الوسط الذي ينشأ فيه هذا العقد و/ أو ينفذ فيه ، فهو عقد مبرم عن بعد دون الحضور المادي للطرفين ، وبما أنه عقد مبرم عن بعد فإن نقل التعبير عن الإرادة فيه يكون باستخدام وسيط الكتروني مما كان له أثرا واضحا على وسائل الدفع (تنفيذ العقد)، و الإثبات (إثبات العقد) ، ويغلب عليه الطابع الدولي ، التجاري والاستهلاكي على اعتبار أن الانترنت جعلت من التجارة سوقا عالميا لعرض السلع والخدمات ، و تكمن أهمية دراسة خصائص العقد الالكترون ي في كونها ترتب نتائج قانونية ستكون محل دراسة في الفصل الثاني.

و بناء على ما سبق فإن العقد الالكتروني يتمتع بجملة من الخصائص، فهو عقد مبرم عن بعد وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الأول ، وجود وسيط إلكتروني وهذا ما سيتم تناوله في المطلب الثاني ، غلبة الطابع التجاري والاستهلاكي على العقد الالكتروني وهذا ما سيتم التطرق إليه في المطلب الثالث.

---

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص51

المطلب الأول: العقد الالكتروني هو عقد مبرم عن بعد

يعتبر العقد الالكتروني من التطبيقات المتطورة للتعاقد عن بعد، فهو عقد يتم بدون التواجد المادي لطرفي العقد وذلك عبر الانترنت الشبكة الدولية وهذا يثير نقطتي ن ، الأولى تتعلق بمجلس العقد ومدى اعتبار التعاقد الالكتروني تعاق د بين حاضرين أو غائبين، والثانية تتعلق بغلبة الطابع الدولي على العقد الالكتروني .

الفرع الأول: التعاقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين أو غائبين

إن مجلس العقد هو المكان الذي يضم كلا من طرفي العقد ، وهناك العديد من الاتجاهات التي حاولت تفسير الوضع الجديد ، أي التعاقد الالكتروني عبر الانترنت من حيث وجود مجلس العقد –ولكن على شكل الكتروني –، أو عدمه [1]، فثار جدال فقهي من حيث اعتبار التعاقد الالكتروني تعاقدا بين حاضرين أو غائبين ونميز بين 3 اتجاهات :

<u>أولا/الاتجاه الأول الذي ينظر لمجلس العقد وحدة زمنية ومكانية</u> : حيث يقوم على ركنين : الركن المادي والركن المعنوي ، فأما الركن المادي (المكان) أي نطاق مكان مجلس العقد حيث يكون له مرمى سمعي و بصري ،و أما الركن المعنوي فهو زمن العقد وفترة الانشغال بالتعاقد قصرت أو طالت ، فاختلال أحد الركنين يجعلنا أمام تعاقد بين غائبين –تفاوت في المسافة و/ أو الزمان–، ووفقا لهذا التصور فان التعاقد الالكتروني عن طريق الانترنت هو تعاقد بين غائبين ، لأنها لا تعدو أن تكون وسيلة لنقل الإيجاب شأنها شأن التعاقد بالكتابة أو المراسلة ولكنها الكترونية [2]، وهذا ما قرره مجلس مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة مارس 1990 : " إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد ولا يرى أحدهما الآخر معاينة ولا يسمع كلامه، وكانت وسيلة الاتصال بينهما الكتابة أو الرسالة أو السفارة ، وينطبق ذلك على البرق أو التلكس والفاكس وشاشات الحاسب الآلي ففي هذا

---

[1] منير محمد الجنبيهي ،ممدوح محمد الجنبيهي ، **الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني** ، مرجع سابق ، ص155

[2] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي**، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية،2001 ، ص 298

ينعقد العقد عند وصول القبول إلى موجه الإيجاب " [1]، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع وهو الاتجاه الغالب في الفقه [2].

ثانيا/الاتجاه الثاني وهو الذي يعتبر مجلس العقد وحدة زمنية فقط : ومقتضاه إذا كان المتعاقدين على اتصال مباشر من حيث الزمان فهو تعاقد بين حاضرين [3]– وهو الاتجاه الذي عمل به المشرع الجزائري بنص المادة 64 من القانو ن المدني– ،فالانترنت تتيح الاتصال عن طريق تبادل الجمل المكتوبة أو عن طريق تبادل الحوار الصوتي أو عن طريق الصورة والصوت والكتابة مثل برامج multimedia (4)،فمع تطور البرامج الموجودة على أجهزة الكمبيوتر وشبكات الانترنت ،أصبح من اليسير تزويد الكمبيوتر بكاميرا خاصة تثبت على الجهاز مع تحميل برنامج لإظهار صورة الطرف الثاني المتصل به و الصوت كذلك كبرنامج Messenger ، الذي يساعد على تحقيق الاتصال بالصوت فيسمع كل متحدث صوت الآخر ويرى صورته مع إمكانية الكتابة على شاشة الكمبيوتر والرد عليه على الأوان ،وهنا لو اتصل أحد الطرفين بالآخر وتعاقد معه على صفقة سبق التفاوض عليها وشاهدها بوسيلة مرئية وعلم بأوصافها ، فنكون أمام مجلس عقد اتحد زمانه ومكانه ولكل من الموجب والموجه إليه الإيجاب كافة حقوق المتعاقدين الحاضرين ،وضوابط الرجوع والتفرق عن مجلس العقد، كما لو قطع الهاتف الموصل بشبكة الانترنت أو توقف الجهاز عن متابعة تحميل الانترنت لخلل في البرنامج أو إصابته بفيروس[5]فينقطع الاتصال وعند إعادة الاتصال ينبغي إعادة الإيجاب لأن ما حدث يعد تفرقا مكانيا وزمنيا عن مجلس العقد [6].

---

[1] نوارة حمليل ، **التعاقد الالكتروني ، معادلة بين أحكام القانون المدني وحرية التعاقد** ، مداخلة القيت في ملتقى دولي حول الاتجاه نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية ، مخبر القانون الخاص الأساسي، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 23 ، 24 افريل 2006 ، ص251.

[2] فاروق محمد أحمد الأباصيري ، مرجع سابق ، ص 61.

[3] جابر عبد الهادي سالم الشافعي، مرجع سابق، ص 297.

[4] Multimédia : منتج يقدم خدمة لمستخدميه حيث يمكن من الربط بين الصورة –ثابتة أو متحركة – والنص والصوت في آن واحد، في شكل قرص مدمج CD-ROM أو قرص مدمج متفاعل CD-I ،بصرف النظر عن الغرض منه : تسلية أو إبرام صفقة تجارية . انظر: أسامة احمد بدر ، **الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ص14.

[5] الفيروس: برنامج كمبيوتر ضار يقوم باختراق وتدمير كل من الشبكات و أجهزة الكمبيوتر وعامة تنتشر عبر البريد الالكتروني في شكل ملفات مرفقة تلحق برسالة المضيف ، –ومن أهم أنواع الفيروسات حصان طروادة ، مايكل أنجلو، .. . انظر: دانييل زيليوكس ، ترجمة هاني مهدي الجمل ، مرجع سابق ، ص243 .

[6] محمد نجيب عوضين المغربي،**أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة**،دار النهضة العربية،القاهرة،2006،ص230،233.

ثالثا/ الاتجاه الثالث وهو اتجاه عملي يركز على الإمكانات الكثير ة للانترنت :

يفرق هذا الاتجاه بين عدة وسائل في التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ، مما يساعدنا على معرفة فيما إذا كان التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين حيث تكون فترة زمنية فاصلة بين القبول وعلم الموجب به ،أو بين حاضرين حيث تنعدم هذه الفترة [1].

فإذا استخدم الانترنت على نحو يتيح نقل الكتابة والصوت والصورة هنا ينعدم الفاصل الزمني وتتلاشى الحدود الجغرافية ،فينتقل كلا المتعاقدين انتقالا مفترضا إلى مكان الطرف الآخر كما هو الحال في غرف المحادثة ، وهنا نكون أمام مجلس عقد حكمي [2] ، وبالتالي يعتبر تعاقدا بين حاضرين[3].

أما إذا استخدم البريد الالكتروني حيث تكون متطلبات الاتصال بهذه الوسيلة متاحة للطرفين ، فيقوم الطرف الأول بفتح جهازه والاتصال بشبكة الانترنت ويفتح موقعه الذي يرسل و يستقبل عليه رسائله فيقوم بكتابة رسالة تتضمن إيجابه ويرسلها على عنوان الطرف الثاني الموجه إليه الإيجاب ، بواسطة الضغط على إرسال ، ويخبره الجهاز فيما إذا كانت الرسالة قد وصلت فعلا و بنجاح ، ويقترن ذلك بعنوان البريد الالكتروني الذي أرسلها عليه، وإذا فشل الإرسال يخبره بذلك ليعيد المحاولة ، هنا يأتي على الطرف الثاني الذي يقوم بفتح جهازه وشبكة الانترنت وموقع بريده الالكتروني الذي يرسل و يستقبل عليه رسائله ، فيجد إخطارا له مكتوبا ، يفيد أن صندوقه مشغول برسالة فيقرأها ، فإذا كان تبادل الرسائل بصورة فورية نكون أمام تعاقد بين حاضرين ، أما إذا كان هناك فاصل زمني بين القبول وعلم الموجب به كنا أمام تعاقد بين غائبين شأنه شأن التعاقد بالرسالة. [4]

ومنه فالتعاقد الالكتروني عبر البريد الالكتروني وعبر مواقع الويب يستوعب الحالتين، أما في التعاقد بصورة مسموعة ومرئية عبر المحادثة المباشرة ، نكون أمام مجلس عقد حكمي افتراضي ، وتمحى الفاصل الزمني بحكم وجود التفاعلية [5]بين أطراف العقد، فحتى و إن

---

[1] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص 80.

[2] إن اتحاد مجلس العقد بين حاضرين يتطلب عند بدء المجلس بصدور الإيجاب ، ضرورة سماع الآخر له وعلمه به وسماع المتعاقدين كل منهما للآخر شرط للانعقاد فهو معيار العلم بالإيجاب وهذا ما ذهب إليه بعض فقهاء الأحنا ف و آخرون من المالكية والشافعية والحنابلة عملا بالأعراف التي تتغير من زمن لآخر. انظر : محمد نجيب عوضين المغربي، مرجع سابق ، ص 86.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص145.

[4] محمد نجيب عوضين المغربي ، مرجع سابق ، ص215.

[5] التفاعلية هذه الخاصية أهم ما يميز الوسائط المتعددة، ويرجع تعدد صور استخدام هذه المنتجات نظرا لتوسع شبكة الانترنت وكذلك المجتمعات الافتراضية، حيث يتفاعل المنتجون مباشرة مع المستهلكين للحصول على منتجات وخدمات بأقل الأسعار. انظر: أسامة أحمد بدر، **الوساط المتعددة بين الواقع والقانون**، مرجع سابق، ص105.

تباعدت الأجسام فإن لوازمها متوفرة في الحال فبمجرد صدور الصيغة يعلم كل طرف بعبارة الآخر (1).

الفرع الثاني: غلبة الطابع الدولي على العقد الالكتروني

قد يكون العقد الالكتروني عقدا داخليا إذا لم تشتمل العلاقة العقدية على عنصر أجنبي إلا أنه قد تتجاوز المسافة الحدود السياسية للدولة مما يجعله ذا طابع دولي – وهو الغالب – فالعقود الالكترونية يتم إبرامها مع بعد المسافة عبر الانترنت ، والانترنت شبكة معلومات دولية تضع أكثر من 200 دولة في حلقة اتصال مستمرة فيتدخل فيها أشخاص متواجدون في دول مختلفة فمثلا المستفيد من خدمات الانترنت موجود في دولة ، ومورد خدمة الاشتراك في دولة أخرى. ويعد العقد دوليا وفقا لمعياريين ، معيار قانوني وآخر اقتصادي :

***المعيار القانوني:** ويتحقق هذا المعيار إذا تعلق العقد بأكثر من نظام قانوني واحد [2]، فمثلا : يعد عقد البيع دوليا إذا أبرم بين فرنسي مقيم في فرنسا جزائري مقيم في تونس على بضاعة موجودة في ايطاليا مطلوب تسليمها في فرنسا بمعنى أنظمة قانونية مختلفة .

***المعيار الاقتصادي:** ويتحقق هذا المعيار إذا ا تصل العقد بمصالح وحاجات التجارة الدولية، ويقصد بمصالح التجارة الدولية كما حددها القضاء الفرنسي وجود معاملة اقتصادية تتطلب حركة أو تداول للأموال أو الخدمات أو الدفع عبر الحدود [3]، فهو يستتبع حركة البضائع و الخدمات و رؤوس الأموال عبر حدود الدول(تصدير واستيراد القيم الاقتصادية)، أو إذا اشترط المتعاقدان الرجوع إلى التحكيم . [4]

إن الطابع الدولي يثير تساؤلا قانونيا حول تنازع القوانين والاختصاص؛ أي القانون الواجب التطبيق والقضاء المختص ،أحد المحاور الأساسية للقانون الدولي الخاص ، و قد ثار جدل حول هذه المسألة فيما يتعلق بالعقد الالكتروني مما يضعنا أمام افتراضين، الأول ضرورة وجود قانون موضوعي يحكم العقد الالكتروني ومن ثمة تخطي مناهج القانون الدولي الخاص أم إمكانية تطويع قواعد القانون الدولي الخاص لتحكم هذه المسألة؟.

---

(1) محمد نجيب عوضين المغربي ، مرجع سابق ، ص232.

(2) عبد الفتاح مراد، **شرح العقود التجارية و المدنية**،الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، الإسكندرية،ص 19.

(3) خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص319.

(4) هنية شريف ،**القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي**، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير ، فرع العقود والمسؤولية ، (غير منشورة)،كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 2003 ، ص 157.

أولا /ضرورة وجود قانون موضوعي يحكم العقد الالكتروني:

أي أن الأنترنت تتخطي مناهج القانون الدولي الخاص وقواعد هذا الأخير لا تتلاءم مع خصوصية المعاملة والعقد عبر الانترنت : [1]

*-**الانترنت تتخطي مناهج القانون الدولي الخاص** : نشأ مع وجود ونمو شبكة الانترنت شبكة المعلومات الدولية مجتمع افتراضي مقسم إلى شبكات أو مناطق الكترونية- كما هو الحال في العالم الحقيقي القائم على أقاليم أرضية ومائية- وهو عالم يعج بأجهزة الكمبيوتر و الكوابل الهاتفية ، الألياف الضوئية ، البرامج ، وبالتالي فالانترنت تتنافى وسبب وجود القانون الدولي الخاص ، حيث ظاهرة الحدود السياسية تمثل عقبة قانونية في سبيل نشأ ة علاقات الأشخاص في الدول المختلفة ومن ثمة ولدت الحاجة لقواعد القانون الدولي الخاص لفض التنازع الذي ينشأ بين قوانين تلك الدول في حكم تلك العلاقات القانونية التي نشأت عبر الحدود، حيث تقوم مناهج القانون الدولي الخاص على مرتكزات مكانية وجغرافية لا تتلاءم مع العالم الافتراضي لشبكة الانترنت الذي لا يعدو أن يكون رحلة رقمية لا تعترف بالوجهة التي يقصدها ولا بالدول التي تعبرها ، ولهذا يتجه بعض الفقه الحديث إلى وجوب البحث عن نظام ومناهج قانونية بديلة ، لحكم العلاقات القانونية التي تنشأ عبر الشبكة الدولية حتى لا تدخل في منطقة اللاقانون والذي يقودنا إلى نوع من إنكار العدالة ، وشيوع عدم الثقة بين المتعاملين عبر الشبكة .

*-**عدم ملاءمة قواعد القانون الدولي الخاص للعقود عبر الانترنت** : إن القانون الذي سيحكم العلاقة ذات الطابع الدولي وفقا لمناهج القانون الدولي الخاص هو قانون موضوع أصلا يحكم وينظم علاقات وطنية داخلية ، فقاعدة الإسناد تحيل إلى قانون داخلي لدولة معينة متجاهلا خصوصية العلاقات الدولية للأفراد خاصة إذا توافرت على المعيار الاقتصادي الذي يستتبع انتقال القيم الاقتصادية عبر الحدود مما يجعلها تتصل بمصالح التجارة الدولية، بالإضافة إلى العمليات الفنية التي يقوم بها القاضي للوصول إلى تحديد القانون الواجب التطبيق من تفسير ضابط الإسناد ، التكييف القانوني لمسألة النزاع ، وعلى فرض أنه يمكن الاستعانة بضوابط الإسناد كالجنسية والإقليم فمثلا القاضي الذي يفصل في المنازعة ستصادفه صعوبات في تحديد التركيز المكاني للأشياء والأشخاص المتعاملين عبر الشبكة فالأمر يتعلق بعالم رقمي لا يعرف غير الأرقام والبيانات ، مما يستدعي ضرورة وضع قواعد موضوعية لا قواعد تنازع تشكل منهجا مستقلا لحكم العلاقات عبر شبكة الانترنت تجد مصادرها من العادات والممارسات التي نشأت واستقرت في المجتمع الافتراضي ، وطورتها المحاكم ومستخدمو

---

[1] أحمد عبد الكريم سلامة ، مرجع سابق ، ص32 ،33 وكذلك ص41 إلى 44

الشبكة وحكومات الدول في مجال تكنولوجيا الإعلام والاتصال ، وتعتبر الممارسات التعاقدية أهم المصادر الهامة لإرساء القواعد ، كالعقود التي تبرم بين القائمين على تقديم خدمات تلك الشبكة وهي العقود الخاصة بالاشتراك في شبكة الانترنت المبرمة بين الراغبين في استعمال الشبكة لترويج الخدمات والبضائع وبين الشركات التي تقدم خدمات الاشتراك.

ثانيا/ إمكانية تطويع قواعد القانون الدولي الخاص

حتى تتكون هاته القواعد الموضوعية فلا يمكن السماح للفراغ القانوني في مجال المعاملات عبر الشبكة، مما يعني استدعاء مناهج القانون الدولي الخاص لتطويعها تماشيا مع خصوصية المعاملات عبر الشبكة ، ومن ثمة إمكانية تكييف قواعد القانون الدولي الخاص ، وفي هذا السياق تقول Alessandra Zanobetti:

" les utilisateurs des nouvelles techniques sont des personnes réelles ,non virtuelles,et les moyens et instruments techniques utilisées pour l'échange des données sont situées dans des espaces soumis à des règles bien précises ce qui rendrait possible , même si parfois difficile , la localisation des critères de rattachement " [1]

إن إضفاء الطابع الدولي على العقد الالكتروني أظهر الحاجة إلى ميلاد قواعد قانونية ذات طابع دولي ، ذلك أن دولية العلاقات القانونية يقتضي دولية القواعد التي تحكمها لتوحيد الحلول عند النزاع وتسهيل تنفيذها خاصة في حالة الأحكام القضائية [2] ، ولا يتأتى ذلك إلا من خلال وضع قوانين نموذجية دولية كقانون الاونسترال ،و اتفاقيات دولية لإقامة نظام قانوني مشترك تلتزم به الدول المتعاقدة عند وضع تشريعاتها الوطنية ، وهو المفترض كذلك بالنسبة للتجارة الالكترونية خاصة ما تعلق بحماية المستهلك في التعاقد الالكتروني .

غير أنه يمكن الاستعانة بالاتفاقيات الدولية الموجودة وتكييفها استجابة لمتطلبات التجارة الالكترونية والتعاقد الالكتروني، كإتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع 1980[3] ، و انطلاقا

---

[1] Alessandra Zanobetti , **Le droit des contrats dans le commerce électronique international**, Revue de droit des affaires internationales (RDAI), Forum européen de la communication,Paris(RDAI) N :5 /2000 , P 537

[2] محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية والدولية وحماية المستهلك**، مرجع سابق، ص82، 83

[3] تم تبني هذه الاتفاقية إثر مؤتمر دبلوماسي منعقد في فيينا بين 03/10 إلى 1980/4/11 ودخلت حيز التنفيذ في 1988/1/1 ، وقد صادقت عليها 62 دولة : من بينها فرنسا ، بلجيكا ،ايطالي ا ، أما الجزائر لم تصادق على هاته الاتفاقية ، وتطبق هذه الاتفاقية عندما يكون مقرا المشتري والبائع متواجدين في دولتين مختلفتين وقعت ا وصادقتا على أحكام الاتفاقية، كما تطبق متى أحالت قاعدة الإسناد الوطنية إلى قانون دولة منضمة إلى هاته الاتفاقية (مما يعني أن القاضي الجزائري يمكن أن يطبق أحكام هذه الاتفاقية.) انظر:
Mostéfa Taritani et autres ,**droit commercial international,** Berti Editions ,Alger ,2007,p217

من المادة 2 منها فأحكام الاتفاقية تطبق عندما يتعلق الأمر ببيع دولي لبضائع غير معدة للاستعمال الشخصي أو العائلي أي غير الاستهلاكية ،وقياسا على ذلك فإن تطبيق اتفاقية فيينا بالنسبة لأنشطة التجارة الالكترونية يقتصر على العقود الالكترونية B2B وتستبعد العقود الالكترونية B2C [1].

وعلى مستوى دول الاتحاد الأوربي أمكن الاستعانة بالاتفاقيا ت الإقليمية ، و إن كانت لا تتعلق مباشرة بذات الموضوع ، للوقوف عند الحلول التي وضعتها في هذا السياق و محاولة إسقاطها على العقد الالكتروني ، كاتفاقية بروكسل 1968 بشأن تنفيذ الأحكام الأجنبية بحيث تطبق هذه الاتفاقية في المواد المدنية والتجارية سواء تعلق الأمر بعلاقات تعاقدية أو غير تعاقدية باستثناء المواد الضريبية والإدارية والجزائية ، وتطبق في حالة ما إذا كان أحد الأطراف له موطن في أحد الدول المنضم ة للاتفاقية ، ومن خلالها تستخلص الحلول فيما يتعلق بالاختصاص القضائي في العقد الالكتروني [2]، وكذلك اتفاقية روما 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية حيث أبرمت هذه الاتفاقية بين عدد من الدول الأوربية لكي تحدد القانون الواجب التطبيق في مجال الالتزامات التعاقدية التي تتم عبر أقاليم الدول المشاركة في الاتفاقية فهي بمثابة الشريعة العامة لتنازع القوانين داخل الاتحاد الأوربي ،وما يميز هذه الاتفاقية مثلا إذا ما كان النزاع معروضا على قاض فرنسي فالاتفاقية تعطي إمكانية تطبيق قانون دولة أخرى على النزاع حتى ولم تكن موقعة على الاتفاقية [3].

وعلى اعتبار أن العقد الالكتروني في الغالب ذو طابع دولي تثور مشكلة اللغة في التعاقد الالكتروني بين عالمية الشبكة ووجوب استعمال اللغة الوطنية، فالإيجاب عبر شبكة الانترنت يتسم بالطبيعة العالمية ، وأغلبية المنتجات والخدمات يتم الإعلان عنها وتسويقها باللغة الانجليزية ،ذلك أن الانترنت في الأصل أنجلوأمريكي ،وهناك مصطلحات درج على استعمالها باللغة الانجليزية (net, web ,provider)، وأن الالتزام باستعمال اللغة الوطنية عند إبرام العقد الالكتروني من شأنه إعاقة انتشار التجارة الالكترونية،ومن جه ة ثانية قد يحتوي العقد على مصطلحات فنية وقانونية غير مألوفة تعبر عن النظام القانوني لدولة المنتج ، وقد يختلف عن النظام القانوني لدولة المستهلك ، ومن ثم يجب إعمال المبدأ العام

=و تتضمن اتفاقية فيينا أحكاما موحدة لمعالجة المشاكل المتعلقة بالتجارة الدولية وتحديدا البيع الدولي للبضائع (الأموال المنقولة دون العقارية)، كما تتضمن أحكاما تنظم بشكل صريح التجارة الالكترونية . انظر:

Olivier Hance ,op-cit , p154

[1]Pierre Breese , op –cit, P354

[2]Tanguy Van Overstraeten , **droit applicable et juridiction compétente sur internet**(, Revue de droit des affaires internationales (RDAI), Forum européen de la communication, Paris, N :3 ,1998 , PP375 ,376.

[3]Pierre Breese , Op-cit , P 352

الذي يجيز التعبير عن الإرادة ولكن بطريقة مفهومة للمتعاقدين وبالموازاة مع ذلك تبني حلول واقعية عندما يتعلق الأمر بالعقود الالكترونية [1].

المطلب الثاني: وجود الوسيط الالكتروني

يقصد بالوسيط الالكتروني أجهزة الكمبيوتر المتصلة بشبكة الاتصال الدولية الانترن ت والتي عبرها يتم نقل التعبير عن الإرادة لكل من طرفي العقد في ذات اللحظة – في الغالب – على الرغم من تباعد المكانين اللذان يقيمان فيه [2] ،فوجود الوسيط الالكتروني يقودنا إلى ترتب النتائج التالية : تنفيذ العقد الكترونيا بواسطة الدفع الالكتروني وإثباته على دعائم الكترونية، فتغير الظروف والأحوال يستتبع تغير الأدوات والوسائل التي تستخدم للتعامل معها، فلا يجوز استخدام وسائل تقليدية للتعامل مع هذه المستجدات ومن ثمة ظهرت طرق جديد لتنفيذ العقد الالكتروني وإثباته :

الفرع الأول: أثر الوسيط الالكتروني على التنفيذ

يتميز العقد الالكتروني بأنه يمكن أن يبرم و / أو ينفذ عبر الشبكة دون الوجود المادي للأطراف أو الحاجة لالتقائهم مثل إمكانية التسليم المعنوي عن طريق التنزيل لبرامج الحاسب، التسجيلات الموسيقية، الاستشارات الطبية هنا يتم تنفيذ الالتزامات المتبادلة الكترونيا [3].
كما أنه من حيث الوفاء ،ظهرت طرق دفع جديدة حلت محل النقود الورقية تتلاءم وطبيعة العقد الالكتروني وتتضمن وسائل الدفع المستخدمة في التجارة الالكترونية كالبطاقات البنكية، النقود الالكترونية ، فمثلا أصبح بالإمكان تحويل الأموال الكترونيا بين أطراف العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت بواسطة مؤسسات مالية كجمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك SWIFT [4]، شبكة الاتصال بين البنوك ، مما يجعل البنوك طرفا أصيلا في

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم ، مرجع سابق ، ص171

[2] لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق ، ص 28

[3] محمد حسين منصور ، **المسؤولية الالكترونية** ، مرجع سابق ، ص 23

[4] Swift (society for world wide interbank financial telecommunication) : وهو عبارة عن مؤسسة عالمية للاتصالات المالية فيما بين البنوك ، تهدف إلى انجاز التحويلات والعمليات المصرفية من خلال نظام واحد للاتصالات ولغة واحدة ويعتمد على أنظمة تشفير آلية لتحقيق السرية والخصوصية والأمان بدأ العمل بهذا النظام عام

المعاملات التجارية من خلال وجود شبكة مصرفية تكون جسرا بين البنوك من جه ة والعملاء والشركات من جهة أخرى ، حيث ينبغي لكل من البائع والمشتري إذا تعلق الأمر بعقد البيع أن يرتبطا بخدمات بنك معين يتولى مهمة تسيير المعاملات المالية وفق أنظمة دفع آمنة تتسم في الغالب بالصفة الدولية أي أنها مقبولة من جميع الدول لتسوية الحسابا ت التي تتم الكترونيا [1].

الفرع الثاني: أثر الوسيط الالكتروني على الإثبات

لقد ساد في العقود التقليدية طرق يثبت من خلالها أطراف العقد الالتزامات الناشئة عنه فالدعامة الورقية هي التي تجسد الوجود المادي للعقد التقليدي ،أما في العقد الالكتروني تتبلور حقوق طرفي العقد بالكتابة على دعامة الكترونية ومن خلال التوقيع الالكتروني الذي يضفي حجية قانونية في الإثبات على هذا المحرر [2]اعتمادا على تقنية التشفير[3]،ويكون هذا المحرر محفوظا على دعامة الكترونية لها صفة الاستمرارية (support durable)، وهي وسيلة لحفظ وتوثيق وتخزين البيانات التي تخص معاملة تجارية محل العقد الالكتروني بحيث يستطاع الرجوع إليها عند الحاجة خاصة عند النزاعات ، وفي هذا الصدد يمكن الإشارة إلى التوجيه الأوربي الخاص بالتعاقد عن بعد في مجال الخدمات المالية لاسيما المادة 2 منه ، حيث عرف الدعامة التي لها قابلية الاستمرار كل أداة تسمح للمستهلك بتخزين المعلومات التي توجه إليه شخصيا على نحو تسمح له بالرجوع إليها مستقبلا و قد جاء في الحيثية رقم 20 من نفس التوجيه أن الدعامة المستدامة تتمثل بصفة خاصة في CD-ROM , CD-I الاسطوانة الصلبة الخاصة بكمبيوتر المستهلك التي تخزن عليها الرسالة الالكترونية[4].

=1977 ، ويشترك فيه 5 آلاف مشترك من 130 دولة . انظر: أحمد عبد الخالق ، **البنوك والتجارة الالكترونية** ، أعمال المؤتمر العلمي السنوي تحت عنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة بيروت، الطبعة الثانية ، منشورات حلب الحقوقية ، بيروت، 2002، ص502.

Le réseau Swift est un réseau privé mais de plus en plus de connexions sont établies avec des réseau public comme Internet . voir : Daniel Amor**, Révolution E- Business** , Edition Campus , paris 2000 , P431

[1] لورنس محمد عبيدات، مرجع سابق ،ص 29.

[2] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص57.

[3] التشفير ه و تحويل المعلومات إلى شفرات غير مفهومة لمنع الأشخاص غير المرخص لهم من الاطلاع على المعلومات ،أو فهمها ومن أهم المعلومات الحساسة الحركات المالية وهذا ما يحقق الأمان والسرية والخصوصية . انظر: جوهر بن رجدال ، مرجع سابق ، ص 82.

[4]Thibault Verbiet **,** op cit ,PP139, 140.

كما أنه بظهور التعاقد الالكتروني من خلال شبكة الانترنت، تثور مشكلة تحديد شخصية طرفي العقد، وذلك لتحديد الامان القانوني للعمليات العقدية التي تتم من خلال هاته الشبكة المفتوحة ظهرت الحاجة إلى إنشاء سلطة التصديق كسلطة توثيقية وهي قريبة من وظيفة الموثق بحيث يوجد أيضا الموثق الالكتروني، و تنشأ هذ ه الجهة الموثقة إما بتنظيم اتفاقي بين مستخدمي الانترنت في تعاملاتهم (هيئة خاصة معتمدة)، أومن خلال هيئة عامة لإضفاء نوع من الرسمية على المعاملات التجارية عبر الانترنت ، حيث تقدم وثيقة أو شهادة الكترونية تكون بمثابة بطاقة الهوية إلى مستخدم الانترنت تتضمن اسمه وعنوانه ورقمه السري ، وهذه الشهادة تحمل التوقيع الالكتروني لهذه الجهة الصادر عنها، وهذا من شأنه أن يؤكد العلاقة بين الشخص والرسالة الالكترونية الصادرة عنه ، وبالتالي إضفاء نوع من الثقة على التعامل الذي يتم من خلال شبكة الانترنت، وهذا لا يتأتى إلا من خلال خلق نظام رقمي خاص بالتوقيع الالكتروني بما يمنع الخلط بين مستخدمي الانترنت ، وكذا خلق أرشيف الكتروني حيث تشبه فكرة هذا السجل إلى حد ما فكرة الدفاتر التجارية ولكن على شكل الكتروني ، وبناء على ذلك يجب على كل تاجر أن يتوافر لديه سجل خاص بمعاملاته التي تتم من خلال الشبكة متضمنا الرسائل المرسلة والمستقبلة ويعهد ذلك إلى هيئة محايدة تحتفظ بدون تغيير لضمان مصداقية هذه الرسائل وعدم المساس بها ،مما يضفي الثقة على الوثائق المحفوظة [1].

فمهما كانت قيمة المعاملة الالكترونية استوجب الأمر اتخاذ إجراءات آمنة حتى لا يتضرر أطراف العقد ،وقد لجأت التشريعات الالكترونية إلى استحداث ما يسمى جهات التصديق و التوثيق الالكتروني حماية لمصدر الإيجاب و القبول على الشبكة[2]، فهي تعين الشخص مرسل الإيجاب و تؤكد على الشخص المتلقي له و هي تقنيات نادرة الاختراق و تعطي ضمانات أوسع في نسبة المحرر الالكتروني لصاحبه [3].

ويمكن أن نشبه الجهة الموثقة بما تقوم به البنوك عندما تسلم عملاءها البطاقات البنكية على اعتبار بطاقات الائتمان المثال الواضح على التوقيع الالكتروني حيث تتضمن اسمه وعنوانه وكذلك رقمه السري ، ويتم الضغط على الرقم السري الخاص بحامله باستعمال دعامة مزودة بذاكرة حافظة لهذا الرقم ،و من خلال هذه الأرقام الالكترونية يتم معرفة الشخ ص المتعامل

---

[1] فاروق محمد أحمد الأباصيري ، مرجع سابق ،ص76.

[2] قانون المعاملات الالكترونية الأردني في المادة 30 وقانون المبادلات الالكترونية التونسي في الفصل الخامس . انظر: لورنس محمد عبيدات ، مرجع سابق ،ص198 وص 203.

[3] مولود قارة ،مرجع سابق ، ص 3 إلى 6.

ويتم تسوية المعاملات التي قام بها على حسابه الشخصي الثابت لدى البنك ، فالبنك يخلق الأرقام الالكترونية ويفتح ملف خاص بكل عميل لديه ، ويعتبر البنك ضامنا لسلامة التوقيع الالكتروني في مواجهة غيره من المؤسسات التي يتعامل معها العميل.[1]

المطلب الثالث: غلبة الطابع التجاري والاستهلاكي على العقد الالكتروني

إن الإطار العام للعقد الالكتروني هو التجارة الالكترونية ، والتجارة الإلكترونية تكيف من الناحية القانونية بأنها عمل تجاري ، فهي ممارسة الأعمال التجارية على سبيل الاعتياد من أجل تنمية النشاط التجاري للشركات، و بالتالي فهي لا تختلف عن التجارة التقليدية من حيث موضوعها ، ولا في طبيعة العمليات التجارية ، و إنما في الوسيلة التي تستخدم في عمليات التبادل وهي الانترنت، سواء تمت بين تاجر وتاجر أو بين تاجر ومستهلك ، وبما أن فئة المستهلكين تمثل السواد الأعظم في المجتمع يغلب الطابع الاستهلاكي على العقد الالكتروني ،كما أن معاملات التجارة الالكترونية B2B تتم عادة في شبكات مغلقة.

الفرع الأول: غلبة الطابع التجاري على العقد الالكتروني

إن التجارة الالكترونية هي تنفيذ بعض أوكل المعاملات التجارية في السلع والخدمات ، التي تتم بين مشروع تجاري و آخر، أو بين مشروع تجاري ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ،لهذا يتسم العقد الالكتروني غالبا بالطابع التجاري-إحالة إلى نطاق إبرام العقد الالكتروني المشار إليها سابقا- [2]، و يطلق عليه أيضا عقد التجارة الالكترونية وتلك الصفة جاءت من السمة الغالبة في العقد ،حيث يستأثر عقد البيع بالجانب الأكبر من مجمل العقود المبرمة عبرالانترنت ،و إضفاء الطابع التجاري عليه يعني أن أحد أطرافه على الأقل تاجرا – مهنيا–أما الطرف الثاني قد يكون تاجرا أو مستهلكا ، فغالبا ما يكون مقدم السلعة أو الخدمة تاجرا [3]. حيث تكون للمعاملات التجارية في السلع والخدمات حصة الأسد في هذا العقد سواء تعلق الأمر بإبرامها و/أو تنفيذها ، فبواسطة

---

[1] فاروق محمد أحمد الأباصيري ، مرجع سابق ، ص84.

[2] إن اصطلاح العقد التجاري قد يوحي بوجود نظرية تحكم العقود التجارية مستقلة عن نظرية العقد في القانون المدني ،إلا أنها في الأصل العام تخضع للأحكام العامة للالتزام التي نظمها القانون المدني ، من حيث شروط انعقادها وآثارها وزوالها . انظر:عبد الفتاح مراد ، مرجع سابق، ص 33 .

[3] محمد حسين منصور، **أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك** مرجع سابق، ص 84.

التجارة الالكترونية يستطيع البائع أن يتخذ له موقعا على شبكة الانترنت ليعرض منتجاته و خدماته على عملاء موجودين في جميع أنحاء العالم ، واعتبار العقد الالكتروني ذا طابع تجاري يخضعه للمبادئ العامة للقانون التجاري و من ذلك اعتباره كمبدأ عام عقدا رضائيا ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول ، تماشيا مع السرعة التي تقتضيها الحياة التجارية[1] .

الفرع الثاني: غلبة الطابع الاستهلاكي على العقد الالكتروني

إذا كان المستهلك طرفا في العقد نكون أمام عقد الكتروني استهلاكي وهو الطابع الغالب ومن أمثلة ذلك: العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية بين التجار و المستهلكين والذي تم اعتماده من مكتب غرفة التجارة والصناعة في باريس 1998/4/30 ومن اللجنة القانونية للجمعية الفرنسية للتجارة والمبادلات الالكترونية في 4 ماي 1998 وقد تمت صياغته وفقا لأحكام القانون الفرنسي للاستهلاك ، فضلا على أنه يوفر حماية كبيرة للمستهلك[2].

و عقد الاستهلاك عقد عادي (بيع ، إيجار، مقاولة) يتمثل في توريد سلع أو خدمات ، إلا أن مقدم الخدمة يكون مهنيا (حرفيا) ، والمتلقي هو المستهلك شخصا طبيعيا كان أو معنويا والذي يريد إشباع حاجات منقطعة عن نشاطه المهني أو التجاري[3]، وهو يشبه إلى حد ما التعريف الذي أخذ به المشرع الجزائري في تحديد المستهلك في نص المادة 3/ 2 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية:" كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت ومجردة من كل طابع مهني" [4].

---

[1] نضال إسماعيل برهم، مرجع سابق، ص 57.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي ، **التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت** ، مرجع سابق ، ص 31.

[3] سمير حامد عبد العزيز الجمال، مرجع سابق، ص73.

[4] القانون 04-02 المؤرخ في 23/ 6 / 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، (الجريدة الرسمية (ج ر) 41 الصادرة في 27 / 6 / 2004) ، حيث جاء في المادة الأولى منه:" يطبق هذا القانون في العلاقة بين الأعوان الاقتصاديين و بين هؤلاء والمستهلكين ". انظر: مبروك حسين، **القانون التجاري الجزائري،النصوص التطبيقية،الاجتهاد القضائي والنصوص المتممة** ،الطبعة الخامسة،دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر ، 2006، ص539.

هناك اتجاه يضيق من مفهوم المستهلك بحيث يقصره على الشخص الطبيعي الذي يقتني سلع وخدمات لحاجاته العائلية ، فمثلا صاحب مصنع الأدوية الذي يتعاقد من أجل شراء برنامج معلومات لإدارة مصنعه لا يعتبر مستهلكا فيما يعتبر كذلك لو اشتراه لأولاده بالمنزل[1].

وهناك اتجاه يوسع من مفهوم المستهلك فتمتد أحكام قانون المستهلك إلى المهني طالما أن محل العقد لا يدخل في مجال تخصصه ، وقياسا على ذلك قررت محكمة النقض الفرنسية في 1987/4/28 قبول تطبيق النصوص القانونية الحمائية ضد الشروط التعسفية لمصلحة شركة العقارات ،حينما أبرمت عقدا كان مضمونه إنشاء نظام للإنذار فرغم أن الشركة قد أبرمته بمناسبة نشاطها المهني إلا أن موضوعه له خصوصية تقنية بحتة تتجاوز تخصصها المهني ، فالشركة تتماثل هنا والمستهلك قليل الخبرة [2]، وهذا ما ذهب إليه التوجيه الأوربي 1993/13 الصادر في 1993/4/5 المحدد للشروط التعسفية [3]في العقود المبرمة مع المستهلك، حيث أنه عرف المهني بأنه :"الشخص الذي يبرم العقد في إطار نشاطه المهني" وبالتالي إذا كان موضوع العقد في غير مجاله ، فلا يعتبر مهنيا بل مستهلكا وجبت حمايته [4]،إذا فالمهني الذي يتعاقد للحصول على سلع وخدمات لاتتعلق بموضوع مهنته كطبيب يشتري كمبيوتر لعيادته يعامل كمستهلك وتسري عليه الأحكام المقررة لحمايته ، وهذا الاتجاه يتماشى مع خصوصية العقد الالكتروني عبر الانترنت ،فمن جهة قد ينشأ هذا العقد بين طرفين غير متكافئين في التخصص الفني لاسيما إذا كان محله أشياء ذات طبيعة تقنية بحتة كما هو الحال في عقود المعلوماتية ، ومن جهة ثانية فالعقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد ويبقى التفاوت المكاني واقعا مؤثرا في العقد من حيث تأكد المستهلك من توافر السلعة ومدى صحة المواصفات التي تم ذكرها في المرحلة السابقة للعقد،وعدم القدرة على معاينة السلع ة والإلمام بخصائص الخدمة، إضافة إلى عدم معرفة المهني الذي يتعامل معه ، مما يجعله له ضمانات في مواجهة عارضي السلع والخدمات [5]ومن أهمها:

---

[1] محمد حسين منصور ، **أحكام البيع لتقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك** ، مرجع سابق ، ص145.

[2] أسامة احمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني**، مرجع سابق، ص65.

[3] الشرط التعسفي: هو ذلك الشرط الذي يترتب عليه عدم توازن عقدي لصالح المهني أو المحترف في مواجهة المستهلك الذي لا تتوافر فيه الخبرة الاقتصادية أو الدراية الفنية ،وهو نفس ما ذهبت إليه المادة 3 من التوجيه الأوربي 1993/13بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين ، ومن بين الشروط التعسفية إعفاء المنتوج من ضمان العيوب الخفية . انظر: خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 363، 364.

[4] شحاتة غريب محمد شلقامي ، مرجع سابق ،ص ص53، 54.

[5] لورنس محمد عبيدات ، مرجع سابق ، ص 34.

أولا/ الحق في الإعلام : الحق في الإعلام [1]في نطاق الرابطة العقدية يعني التزام المنتج أو المهني بوضع المستهلك –الزبون – في مأمن ضد مخاطر المنتج المسلم له وسواء كان سلعة أو خدمة وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له ، ولذلك يرى الفقه القانوني أن الالتزام بالإعلام يجد تبريرا له في مبدأ سلامة العقود ذلك أن مفهوم المساواة بين الأطراف الذين تشملهم نصوص القانون المدني – على سبيل المثال – لم تعد تتفق والواقع ، فعدم المساواة الاقتصادية والفنية بين طرفي العقد خاصة في ظل التجارة الالكترونية ، ينتج عنها عدم توازن عقدي بين الطرفين مما قد يؤثر على صحة العقد ، وهنا تبرز أهمية حماية المستهل ك في مواجهة المهني، إذ أن هذا الأخير متخصص و لديه علم واسع بالسلعة والخدمة ،ومن ثم وجب إحاطة الطرف الآخر(المستهلك) بالمعلومات والبيانات الجوهرية على نحو ينفي الجهالة ودون استخدام الحيل والخدع المضللة حتى تضمن سلامة العقد ،ولذلك فهذا الالتزام يلعب دورا جوهريا في مرحلة المفاوضات أو ما قبل العقد لأن تبصير المستهلك بالسلعة من ذلك لفت نظره إلى العيوب المرتبطة بنوعية المادة التي اختارها ، وأيضا بالنسبة للاحتياطات الواجب اتخاذها عند استعمالها والاستعمال الذي خصصت له ،ونفس الأمر بالنسبة للخدمة،يمكن القول أن إرادة المستهلك كانت حرة عند التعاقد [2]، ولما كان العقد الالكتروني عقدا مبرما عن بعد كان لابد أيضا على المهني أن يزود المستهلك بالبيانات التي تمكنه من تحديد شخصية من يتعامل معه ،وذلك لأن تحديد شخصية المهني يوفر عنصر الأمان لدى المستهلك[3].

وقد نص المشرع التونسي في قانون المعاملا ت الالكترونية رقم83 –2000 في الفصل 25 منه: " يجب على البائع في المعاملات التجارية الالكترونية أن يوفر للمستهلك بطريقة واضحة ومفهومة قبل إبرام العقد المعلومات التالية:

هوية وعنوان وهاتف البائع أو مسندي الخدمات .

وصفا كاملا لمختلف مراحل انجاز المعاملة .

طبيعة وخاصيات وسعر المنتج .

كلفة تسليم المنتج، ومبلغ تأمينه والأدوات المستوجبة .

---

[1] ورد الحق في الإعلام بالنسبة للمشرع الجزائري في المواد من 4 إلى 9 من القانون 04 –02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية تحت عنوان شفافية الممارسة التجارية ، سواء في علاقة البائع بالمستهلك أو بغيره من الأعوان الاقتصاديين. انظر: مبروك حسين ، مرجع سابق ، ص 539.

[2] عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية**، مرجع سابق،ص ص224، 225.

[3] خالد ممدوح إبراهيم ،مرجع سابق ، ص 347 .

الفترة التي يكون خلالها المنتوج معروضا بالأسعار المحددة .
شروط الضمانات التجارية والخدمية بعد البيع .
طرق وإجراءات الدفع ، وعند الاقتضاء شروط القروض المقترحة .
طرق وآجال التسليم وتنفيذ العقد ونتائج عدم انجاز الالتزامات .
إمكانية العدول عن الشراء وأجله .
كيفية إقرار الطلبية.
طرق إرجاع المنتوج أو الإبدال أو إرجاع المبلغ.
كلفة استعمال تقنيات الاتصالات أين يتم احتسابها على أساس مختلف عن التعريفات الجاري بها العمل .
شروط فسخ العقد إذا كان لمدة غير محددة أو تفوق سنة .
المدة الدنيا للعقد فيما يخص العقود المتعلقة بتزويد المستهلك بمنتوج أو خدمة خلال مدة طويلة أو بصفة دورية.
ويتعين توفير هذه المعلومات الكترونيا ووضعها على ذمة المستهلك للإطلاع عليها في جميع مراحل المعاملة. [1]

ثانيا/ الحق في العدول : إن هذا الحق يتنافى والقواعد العامة وفكرة القوة الملزمة للعقد ،فالعقد شريعة المتعاقدين لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو الأسباب التي يقررها القانون [2]– وهذا ما نصت عليه المادة 106 من القانون المدني الجزائري–، ولكن على اعتبار أن المستهلك ليس له الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة قبل إبرام العقد فكان لزاما تمكينه من هذا الحق.

وقد اختلف في الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني المتضمن لهذا الحق وقيس على العديد من الأنظمة القانونية الشبيهة كالبيع المعلق على شرط واقف أو فاسخ،أو كالبيع بالعربون ، فقد يتشابه البيع بالعربون مع العقد الالكتروني نتيجة وجود حق العدول إلا أن هناك جزئية وجب الإشارة إليها، هو أنه إذا كان هذا الحق في البيع بالعربون مقرر لكلا المتعاقدين ويمكن التنازل عنه، إلا أن هذا الحق في العقد الالكتروني مقرر لمصلحة الطرف الضعيف أي المستهلك وهو قاعدة قانونية آمرة لا يمكن التنازل عنها [3]، إلا أن الأرجح أن هذا الحق

---

[1] شحاتة غريب محمد شلقامي، مرجع سابق ، ص88.

[2] عبد الرزاق أحمد السنهوري ، مرجع سابق ، ص243.

[3] شحاتة غريب محمد شلقامي ،مرجع سابق ، ص 66.

يجعل من العقد غير لازم أي منتجا لآثاره –نافذا– فالمستهلك لن يتأكد من صلاحية المبيع ما لم يتسلمه لكن في يد المستهلك أن ينهي هذا العقد بإرادته المنفردة نظرا لاعتبارات معينة[1].

ومن الآثار القانونية لحق العدول إرجاع المتعاقدين إلى الحالة التي كان عليها قبل التعاقد وهنا تطرح إشكالية حيث يمكن تصور حق العدول في السلع دون الخدمات التي يتم تسليمها عن طريق النقل الالكتروني للبيانات في شكل أصفار و آحاد من شبكة المعلوماتية إلى كمبيوتر المستهلك [2]،ففي حالة توريد التسجيلات السمعية والبصرية أو البرامج المعلوماتية إذا تم نزع الأختام عنها بمعرفة المستهلك فمن شأن حق العدول أن يمكن من الحصول عليها دون دفع مقابل ونسخها وإعادة إنتاجها ، إذا الهدف الأساسي هو حماية الملكية الفكرية[3].

لقد أقرت التشريعات الالكترونية هذا الحق ونذكر:

توجيه المجلس الأوربي رقم 97 / 07المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد ، حيث نصت المادة 1/6 على حق العدول(droit de rétractation)7 أيام عمل (7jours ouvrables)،وعملا بأحكام هذا التوجيه صدر في فرنسا المرسوم 2001–741 الذي أدمج في صلب تقنين الاستهلاك الفرنسي الصادر بمقتضى القانون 93 – 949 الصادر بتاريخ 26/ 7/ 1993 ، حيث نصت المادة 121 /20 منه على حق المستهلك في العدول عن العقد في التعاقد عن بعد خلال 7 أيام كاملة (7jours francs) من تسلم المنتج أو منذ لحظة قبول المستهلك للعرض المقدم من المهني بالنسبة للخدمة واستثنى بعض العقود نظرا لطبيعتها في المادة 121/ 20–1 ،ولقد كان التوجيه الأوربي أكثر رعاية لحقوق المستهلك من القانون الفرنسي وذلك أن الأيام الكاملة بمعنى 24 ساعة يمكن أن تتضمن أيام العطل بعكس أيام العمل أي أن العطل لا تدخل في احتساب المدة ، رغم أن المشرع الفرنسي قد وظف إمكانية امتداد الميعاد إذا صادف اليوم الأخير يوم عطلة سبت ، أحد ، أو يوم عيد[4].

كذلك بالنسبة للمشرع التونسي فقد نص الفصل 31 من قانون المعاملات الالكترونية على حق المستهلك في إرجاع المنتج على حالته إذا كان غير مطابق للطلبية ، أو إذا لم يحترم البائع آجال التسليم في أجل 10 أيام يتم احتسابها من تاريخ التسليم ، وعلى البائع إرجاع المبلغ المدفوع والمصاريف الناجمة عن ذلك للمستهلك خلال 10 أيام من إرجاع المنتج[5].

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص277.

[2] أسامة أحمد بدر، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني**، مرجع سابق، ص210.

[3] محمد حسن قاسم، مرجع سابق، ص61.

[4] Thibault verbiet , op-cit ,PP 142 ,143.

[5] شحاتة غريب محمد شلقامي ، مرجع سابق ، ص56.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فيمكن الرجوع إلى قانون حماية المستهلك [1]، من خلال الاحتكام إلى قواعد الضمان ، حيث جاء في المادة 2 منه ما يلي : " كل منتوج سواء كان شيئا ماديا أو خدمة ، مهما كانت طبيعته ، يجب أن يتوفر على ضمانات ضد كل المخاطر التي من شأنها أن تمس صحة المستهلك و/ أو أمنه أو تضر بمصالحه المادية ".

بالإضافة إلى أحكام المادة 29 من القانون 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، التي تهدف لحماية المستهلك من الممارسات التعاقدية التعسفية وكل ما يعتبر شرطا تعسفيا ، وجاء فيها: " تعتبر بنود وشروطا تعسفية في العقود بين المستهلك والبائع لاسيما البنود والشروط الذي تمنح هذا الأخير:

1- أخذ حقوق و / أو امتيازات لا تقابلها حقوق و / أو امتيازات مماثلة معترف بها للمستهلك

2-فرض التزامات فورية ونهائية على المستهلك في العقود، في حين أنه يتعاقد هو بشروط يحققها متى أراد.

3- امتلاك حق تعديل عناصر العقد الأساسية أو مميزات المنتج المسلم أو الخدمة المقدمة دون موافقة المستهلك .

4- التفرد بحق تفسير شرط أو عدة شروط من العقد أو التفرد في اتخاذ قرار البت في مطابقة العملية التجارية للشروط التعاقدية .

5-إلزام المستهلك بتنفيذ التزاماته دون أن يلزم نفسه بها.

6- رفض حق المستهلك في فسخ العقد إذا أخل هو بالالتزام أو عدة التزامات في ذمته.

7-التفرد بتغيير آجال تسليم المنتوج أو آجال تنفيذ الخدمة.

8- تهديد المستهلك بقطع العلاقة التعاقدية لمجرد رفض المستهلك الخضوع لشروط تجارية جديدة غير متكافئة [2].

كما أملكن إعمال القواعد العامة الواردة في القانون المدني وتحديدا أحكام عقود الإذعان – وقد سبق الإشارة إليها-

---

[1] قانون رقم 89 -02 المؤرخ في 7/ 2/ 1989 يتعلق بالقواعد العامة لحماية المستهلك ، (ج ر العدد 6 الصادرة في 8 / 2 / 1989) . انظر: مبروك حسين، مرجع سابق، ص 233.

[2] مبروك حسين ،مرجع سابق ، ص545.

الخاتمة

حاولنا من خلال هذا البحث المقاربة بين الأحكام العامة التي تنظم العقد في مراحل إبرامه، تنفيذه و إثباته ، وبين ما تثيره الخصوصية الإلكترونية له ،وقد توصلنا إلى النتائج التالية .

1-إن العقد الالكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه و /أو تنفيذه عبر شبكة الانترنت وهو التعريف الإجرائي الذي خلصنا إليه في ظل غياب تعريف جامع ومانع للعقد الالكتروني،وهذا بالاعتماد على الأطر العامة التي يدور فيها هذا المفهوم وهما تحديدا التجارة الالكترونية والتعاقد عن بعد ،والذي جاء تنظيمهما في النصوص القانونية الدولية والقوانين المقارنة، و كذلك بالاستعانة بالآراء الفقهية، فهو عقد عادي إلا أنه ينشأ من خلال تلاقي الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد "الانترنت" إما عبر البريد الالكتروني ،أو عبر غرف المحادثة، أو عن طريق زيارة موقع معين يمكن اعتباره كمركز تجاري افتراضي لعرض السلع والخدمات على المستهلكين عبر شبكة الانترنت ، بواسطة الموافقة على العقد النموذجي المعد .

2- إن التعبير عن الإرادة إعمالا لمبدأ سلطان الإرادة قد يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا ،ومظهر التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني هو الرسالة الالكترونية أو ما يصطلح عليه بالكتابة الالكترونية ، ولكن في حدود ما يسمح به القانون وهذا ما تم الإشارة إليه عند تناول نطاق إبرام العقود الالكترونية.

3- إن تكييف العقد الالكتروني أمر مهم من الناحية القانونية نظرا لكونه مبرما عن بعد بالإضافة إلى الطبيعة التقنية والمركبة لبعض العقود التي ظهرت بازدهار التجارة عبر الانترنت(عقود التجارة حول الشبكة) ، ومحاولة وضع هاته العقود في سياق العقود المسماة يوفر نوعا من الأمان القانوني من خلال الاحتكام إلى الأحكام العامة للعقد أو الأحكام الخاصة بعقد معين مع مراعاة كونه إلكترونيا ، كما يغلب طابع الإذعان على العقد الالكتروني نظرا لعدم وجود تكافؤ بين طرفي العقد سواء من الناحية الفنية أو الاقتصادية وهنا تبرز حاجة العقد الالكتروني لأحكام عقود الإذعان لإعادة التوازن العقدي بين طرفيه.

4- إن وصف العقد بالالكتروني لا يغير من ذاته أي أركانه وأنواعه إنما يرتب جملة من الخصائص : فهو عقد مبرم عن بعد ، وجود الوسيط الالكتروني (الكمبيوتر المتصل بشبكة الانترنت)، وغلبة الطابع التجاري والاستهلاكي عليه ، وهاته الخصائص مهدت وساعدت في فهم الإشكالات القانونية التي يثيرها العقد الالكتروني في مراحل إبرامه، تنفيذه و إثباته والتي كانت محل دراسة في الفصل الثاني.

5-إن العقد الالكتروني يتم مثله مثل أي عقد بتبادل الطرفين المتعاقدين التعبير عن إرادتين متطابقتين ، فالإرادة باعتبارها مكونا للرضا ليس لها قيمة قانونية إلا إذا تم التعبير عنها ،والتعبير عن الإرادة يكون من خلال الإيجاب والقبول وانعقاد العقد يكون بتوافقهما .

فالإيجاب تعبير صادر عن إرادة منفردة من أجل إبرام عقد معين ، وحتى يكون له أثر قانوني لابد أن يكون كاملا باتا وجازما فغير ذلك كان مجرد دعوة للتعاقد ليس لها أي أثر قانوني يلزم طرفي العقد ، وأن يتم تحديد مدة معينة للإيجاب لأن طبيعة المعاملة عبر الانترنت تقتضي ذلك ، وعلى اعتبار أن العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد لابد أن يتضمن الإيجاب الالكتروني بعض البيانات التفصيلية تكريسا للحق في الإعلام لهذا الطرف المتعاقد وتنويرا لإرادته ، كما يتمتع المستهلك بحق العدول في مواجهة المهني نظرا لعدم الإمكانية الفعلية لمعاينة السلعة المتعاقد عليها .

وبالنسبة للقبول في العقد الإلكتروني، فإننا توصلنا إلى أنه يجب تأكيد الموجه إليه الإيجاب لقبوله وذلك عن طريق الضغط على أيقونة القبول مرتين أو تأكيد الأمر بالشراء السابق إصداره وإرساله إلى الموجب وذلك لتفادي الشك في التعبير عن إرادة الموجه إليه الإيجاب وأخطاء اليد، مما يثبت سلوكه الايجابي ومن ثم يستبعد السكوت الملابس كطريقة للتعبير عن القبول.

6- إن إبرام العقد الالكتروني يقتضي تحديد زمان توافق الإرادتين ،وفي حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين فإن مسألة تحديد زمن توافق الإرادتين تبقى محل تجاذب بين النظريات الفقهية(تصدير القبول ،استلام القبول ، العلم بالقبول)،و تتجه أغلب التشريعات الالكترونية إلى تبني حلول تتوافق مع خصوصية العقد الالكتروني، من خلال الأخذ بنظرية استلام القبول(مع إعمال نظرية العلم بالقبول في حالات معينة)، لأن في ظل التعاقد عبر الانترنت لا مجال للحديث عن وجود فاصل زمني بين التصدير والاستلام، غير أنه يبقى لنظرية تصدير القبول أهميتها في تحقيق التوازن بين طرفي العقد خاصة في حال حدوث خلل تقني خارج عن نطاق القابل،حتى لا يكون الموجب هو المسيطر على المرحلة التعاقدية ،كما استقر التعامل في شبكة الانترنت توجيه الإقرار بالاستلام من الموجب، من أجل إثبات علمه بالقبول .

7- إن خصوصية العقد الالكتروني تقتضي الفصل بين قواعد تحديد زمان ومكان انعقاد العقد فالانترنت يمكن الدخول إليها من أي مكان في العالم وهذا التلازم قد يؤدي إلى تشابك الأنظمة القانونية التي تحكم العلاقة العقدية خاصة في ظل إمكانية إبرام عقود بين أشخاص من جنسيا ت أو مواطن مختلفة، ومنه تضمن العلاقة التعاقدية عنصرا أجنبيا مما يثير تنازع القوانين والاختصاص ، وهو ما يستدعي الاستعانة بما استقر عليه الفقه والنظم القانونية في شأن العقود الدولية، كإعمال ضوابط إقليمية أو شخصية ، مع مراعاة اتجاه أغلب الفقه إلى توفير حماية للمستهلك الالكتروني في مواجهة الشركات التجارية من خلال انعقاد الاختصاص لمحاكم دولته وتطبيق قانون دولته .

8-إن العقد الالكتروني من عقود المعاوضة و يعتبر دفع الثمن عنصرا جوهريا في تنفيذ العقد الالكتروني ، ومن ثم كان لابد من خلق وسائل للدفع تتلاءم مع الطبيعة غير المادية للعقد الالكتروني كالبطاقات البلاستيكية والنقود الإلكترونية، والتي تعتمد على تقنية التوقيع الالكتروني كوسيلة أمان فنية، وتتمتع هاته الوسائل بقوة إبراء اتفاقية في الوفاء بالثمن في العقد الالكتروني، أين تلعب البنوك دورا رئيسيا في إتمام عملية الدفع بين طرفي العقد وهذا في إطار علاقات قانونية سابقة بين البنك وكل طرف .

9- إن الكتابة هي الوسيلة الأكثر استعمالا للتعبير عن الرضا ، لكونها تحفظ حقوق الأطراف المتعاقدة ، وتكون حجة في حالة النزاع و بوجود الوسيط الالكتروني المتمثل في الكمبيوتر و شبكة الانترنت ، أصبحت بيئة العقد الالكتروني رقمية ، و انتقلت الكتابة لتكون هي الأخرى إلكترونية عن طريق الرسالة الالكترونية وهي مظهر التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني، و هي المعول عليها أيضا في إثبات العقد المبرم إلكترونيا، مما كان له أثرا واضحا في مجال إثبات العقد الالكتروني .

لقد استقر الفقه والقضاء على عدم اقتصار المفهوم القانوني للكتابة على المحرر الورقي بل يتسع ليشمل الكتابة على دعامة الكترونية ، ولها نفس حجية الكتابة العادية متى كانت مقروءة ومفهومة و محفوظة بشكل لا يغير من مضمونها أو ما يسمى بالتعادل الوظيفي بين الكتابة الالكترونية والورقية ، وباعتبار التوقيع هو العنصر الثاني من عناصر الدليل الكتابي فلم يعد هو الآخر مقتصرا على التوقيع الخطي وظهر التوقيع الالكتروني ، فباستخدام الكمبيوتر والانترنت في إبرام العقود كان من الضروري إدخال طرق ووسائل حديثة للتوقيع تتلاءم مع طبيعة هاته الوسيلة بمقتضاها يكون التوقيع بأرقام سرية أو رموز أو حروف معينة ، وخلصنا إلى أنه يمكن اعتباره كذلك متى قام بالوظائف المتطلب توافرها في أي توقيع وهي تحديد شخصية الموقع و التعبير عن إرادة الموقع ورضاه بالالتزام وهذا بتوافر جملة من متطلبات الأمان الفنية والتي تمثل البنية التحتية الداعمة للتجارة الالكتروني ة كتقنية التشفير وكذلك بوجود مؤسسات تقدم خدمات التصديق الالكتروني مما يسمح بتوثيق التعبير الالكتروني عن الإرادة ، و من ثم يكتسب التوقيع الالكتروني حجية قانونية في إثبات العقد الالكتروني.

ونخلص مما سبق بيانه إلى أن العقد الالكتروني في الدول التي لم تسن لحد الآن تشريعا ت تنظم هذا الموضوع – الجزائر مثلا – حيث لم يفرد المشرع الجزائري تنظيما خاصا للعقد الالكتروني مما يخضعه عموما للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد ، وفي مرحلة أولية يمكن تطويع الأحكام العامة التي تحكم العقد في القانون المدني ونقصد تلك التي تتعلق بجانب تكوينه أي الشق المتعلق بالتراضي الالكتروني من خلال إعمال القواعد المتعلقة بالتعاقد بين غائبين، ومحاولة تكييف قواعد القانون الدولي الخاص والاستفادة منها لحل الإشكالات القانونية المتعلقة بتنازع الاختصاص والقوانين، أما فيما يخص الشق المتعلق بإثبات العقد الالكتروني فيمكن أن نستعين بالمساحة التي

أتاحها القانون المدني (مبدأ حرية الإثبات في القانون التجاري، مبدأ ثبوت بالكتابة ، الاستحالة من صنع الدليل) للاستعانة بالكتابة والتوقيع الالكترونيين ، وخارج هذه المساحة أصبح من اللازم إفراده بتنظيم تشريعي خاص ،لاسيما فيما يتعلق بمقدمي خدمات التصديق الالكتروني ،وكذلك الأمر بالنسبة للدفع الالكتروني في مجال تنفيذ العقد الالكتروني أين تلعب البنوك دورا رئيسيا في هذا المجال، مما يستدعي وضع بناء قانوني لإدارة البنوك في الجزائر يحدد الضوابط الفنية والقانونية للدف ع الإلكتروني، وهنا تتجلى خصوصية العقد الالكتروني وانفراده بأحكام خاصة مستقلة عن الأحكام التي تنظم العقود بصفة عامة .

قائمة المراجع

أولا/المراجع باللغة العربية:

1-**القوانين**

1-أ /الأمر رقم 66 المؤرخ في 1966/06/08 المتعلق بقانون الإجراءات المدنية الجزائري المعدل والمتمم، الصادر بالجريدة الرسمية عدد 47، الصادرة بتاريخ: 06/09 /1966

2-ب/الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتعلق بالقانون المدني الجزائري المعدل والمتمم ،الصادر بالجريدة الرسمية عدد 78 الصادرة بتاريخ:1975/09/30.

2-الكتب:

2-أ/الكتب العامة:

1. جابر عبد الهادي سالم الشافعي، **مجلس العقد في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي** ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2001.
2. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، **الوجيز في النظرية العامة للالتزام** ، منشأة المعارف الإسكندرية ، 2004.
3. عبد الفتاح مراد، **شرح العقود التجارية و المدنية** ، الهيئة القومية لدار الكتب والوثائق المصرية، الإسكندرية، (بدون سنة نشر).

2-ب/الكتب المتخصصة :

1. أحمد عبد الكريم سلامة، **القانون الدولي الخاص النوعي** ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، القاهرة (ب س ن).
2. أسامة أبو الحسن مجاهد، **خصوصية التعاقد عبر الانترنت**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
3. أسامة أحمد بدر، **الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون**،دار النهضة العربية، القاهرة ،(ب س ن).
4. _____، **حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
5. خالد ممدوح إبراهيم، **إبرام العقد الالكتروني**، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ، 2006 .
6. دانييل زيليوكس ، **المرشد الأساسي في التجارة الالكترونية** ، ترجمة هاني مهدي الجمل ، مجموعة النيل العربية ، القاهرة ، 2003 ..
7. سعيد السيد قنديل، **التوقيع الالكتروني**، دار الجامعة الجديدة للنشر ،الإسكندرية، 2004.

8. سمير حامد عبد العزيز الجمال، **التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة**، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006.
9. شحاتة غريب محمد شلقامي، **التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية** ،دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005.
10. شريف محمد غنام ، **محفظة النقود الالكترونية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2007.
11. عبد الفتاح بيومي حجازي، **التجارة الالكترونية في القانون العربي النموذجي لمكافحة جرائم الكمبيوتر والإنترنت**، الطبعة الأولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006 .
12. _____، **التجارة الالكترونية وحمايتها القانونية** ، الكتاب الأول، نظام التجارة الالكترونية وحمايتها المدنية، دار الكتب القانونية ، مصر،2007.
13. علاء محمد عيد نصيرات ، **حجية التوقيع الالكتروني في الإثبات** ، ،دار الثقافة للنشر والتوزيع ،عمان (الأردن) ، 2005.
14. فاروق محمد احمد الأباصيري ، **عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية، 2002.
15. مبروك حسين ، **القانون التجاري الجزائري ،النصوص التطبيقية ، الاجتهاد القضائي والنصوص المتممة** ، الطبعة الخامسة ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ، الجزائر، 2006 .
16. محمد إبراهيم موسى ، **سندات الشحن الالكترونية بين الواقع والمأمول** ، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع ،الإسكندرية ، 2005.
17. محمد أمين الرومي، **النظام القانوني للتحكيم الالكتروني** ، الطبعة الأولى ، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2006 .
18. محمد حسام محمود لطفي، **الإطار القانوني للمعاملات الالكترونية** ، (بدون دار نشر)، القاهرة، 2002.
19. محمد حسن قاسم، **التعاقد عن بعد، قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة إلى قواعد القانون الأوربي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
20. محمد حسين منصور، **المسؤولية الالكترونية** ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2003.
21. _____ ، **أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006.
22. محمد نجيب عوضين المغربي ، **أسس التعاقد بالوسائل المستحدثة** ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2006.

23. منير محمد الجنبيهي ،ممدوح محمد الجنبيهي، **الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني** ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، (بدون سنة نشر).
24. _____، **الشركات الالكترونية** ، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2005.
25. نجوى أبو هيبة، **التوقيع الالكتروني**، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
26. نضال إسماعيل برهم، **أحكام عقود التجارة الالكترونية**، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان(الأردن) ، 2005.
27. نوري حمد خاطر، **عقود المعلوماتية**، الطبعة الأولى، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان (الأردن) ، 2001.
28. لورنس محمد عبيدات، **إثبات المحرر الالكتروني** ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان(الأردن) ،2005.

3- الرسائل الجامعية:

1. جوهر بن رجدال ، **الانترنت والتجارة الالكترونية ،حالة استيراد الكتاب في جامعة سعد دحلب البليدة** ، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير ، فرع التسيير ، كلية العلوم الاقتصادية و علوم التسيير ، جامعة الجزائر 2001 ،(غير منشورة).
2. محمد رضا أزرو ، **التوقيع الالكتروني كوسيلة من وسائل الإثبات** ، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان ، السنة الجامعية 2006-2007 ، (غير منشورة).
3. هنية شريف ،**القانون الواجب التطبيق على العقد التجاري الدولي** ، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير ، فرع العقود والمسؤولية ، كلية الحقوق والعلوم الإدارية ، جامعة الجزائر ، 2003 ،(غير منشورة).

4-المقالات :

1-أحمد باشي ، **واقع و آفاق التجارة الالكترونية** ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 26 ، 2003 .
2-محمد بودالي ، **التوقيع الالكتروني** ، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 26 ، 2003 .
3-محمد سحنون ، **النظام المصرفي بين النقود الورقية والنقود الآلية** ، مجلة العلوم الإنسانية ، العدد رقم 4 ،ماي 2003 ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة.

4–محمد منصف تطار ، **النظام المصرفي الجزائري و الصيرفة الالكترونية** ،مجلة العلوم الإنسانية ، العدد رقم 2 ، جوان 2002 ، جامعة محمد خيضر بسكرة.

5–المحاضرات:

1– عمر سعد الله ، **حل النزاعات الدولية** ، محاضرات في القانون الدولي ،جامعة الجزائر، 2005 .

6–الملتقيات العلمية:

1– أحمد عبد الخالق، **البنوك والتجارة الالكترونية**، أعمال المؤتمر العلمي السنوي منشور في كتاب بعنوان الجديد في أعمال المصارف من الوجهتين القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق جامعة بيروت، الطبعة الثانية ، منشورات حلب الحقوقية ، بيروت، 2002.

2–مولود قارة ،**التعبير عن الإرادة في عقود التجارة الالكترونية**، مداخلة ألقيت في ملتقى دولي حول الاتجاه نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 23 / 24 أفريل 2006 – مخبر القانون الخاص الأساسي (في إطار النشر في مجلة الدراسات القانونية لجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان).

3–نوارة حمليل ، **التعاقد الالكتروني ، معادلة بين أحكام القانون المدني وحرية التعاقد**، مداخلة ألقيت في ملتقى دولي حول الاتجاه نحو الطابع التعاقدي للعلاقات القانونية ، جامعة أبو بكر بلقايد، تلمسان ، 23 / 24 أفريل 2006 – مخبر القانون الخاص الأساسي (في إطار النشر في مجلة الدراسات القانونية لجامعة أبي بكر بلقايد تلمسان).

4–_____ ، **الإشكالات التي تثيرها النقود الإلكترونية** ، مداخلة ألقيت في ملتقى وطني حول وسائل الدفع في القانون التجاري ،جامعة جيجل ، 1–2 فيفري 2006 .

7–مواقع الانترنت:

1–ربيع خشانة ، **قانون التوقيع الالكتروني بات ضرورة ملحة** www.damascusbar.org

2–الصالحين محمد أبوبكر العيش ، **جواز التعاقد الالكتروني وبيان ماهيته** www.tashreaat.com

3- محمد محمد الألفي ، **جرائم الاختراقات عبر الانترنت** www.moffed.com

4–يونس عرب ، **دور حماية الخصوصية في تشجيع الاندماج بالمجتمع الرقمي** ،(ورقة عمل مقدمة إلى ندوة أخلاق المعلومات)، نادي المعلومات العربي ، 16–17 أكتوبر 2002،عمان (الأردن) www.arablaw.org

ثانيا / المراجع باللغة الفرنسية :

1/ouvrages:

1. Mostéfa Taritani et autres ,**droit commercial international,** Berti Editions **,**Alger ,2007.
2. Olivier Hance , **business et droit d'internet** , the best of Mc Graw Hill,.1996.
3. Pierre Breese , **guide juridique de l'internet et du commerce électroniqu**e , Edition, Vuibert ,Paris,2000.
4. Santiago Cavanillas Mugica et autres , **commerce électronique le temps des certitudes** , Bruyllant bruxelles 2000 ,Delta Beyrout, 2001 , Belgique
5. Thibault Verbiet , **le nouveau droit du commerce électronique** , Larcier LGDJ ,Bruxelles ,2005.

2/Périodiques :

1-Alessandra Zanobetti , **Le droit des contrats dans le commerce électronique international,** Revue de droit des affaires internationales (RDAI), Forum européen de la communication, Paris , N :5 ,2000.

2- Dalloz, **valeur probante d'un listing informatique**–, **cass 1re , civ 29 / 06/2004** , Recueil Dalloz , n :29 ,2004 .

3- Frédérique Dupuis Toubol , **Commerce électronique comment en apporter la preuve ?** Revue de droit des affaires internationales (RDAI), Forum européen de la communication, Paris ,N :3 ,1998 .

4- Jèrome Huet, **Commerce électronique : loi applicable et règlement de litiges**, La semaine Juridique , édition JCP (Juris-classeur périodique),N :41, ,1999

5-Juris-classeur périodique **,Commerce électronique et preuve** ,**projet de loi portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relatif à la signature électronique**, La semaine Juridique , édition JCP (Juris-classeur périodique) ,N :37 ,1999

6- Luc Grynbaum , **contrats entre absents: les charmes évanescents de la théorie de l'émission de l'acceptation** , Recueil Dalloz , N :26, 2003

7- Michael Abels , **le commerce sur internet , moyens de paiement et risques afférents ,**Revue de droit des affaires internationales (RDAI), Forum européen de la communication, Paris ,N :3 ,1998 .

8-Tanguy Van Overstraeten , **droit applicable et juridiction compétente sur internet,** Revue de droit des affaires internationales (RDAI), Forum européen de la communication, Paris ,N :3 ,1998 .
9-Thierry Aballéa , **signature électronique , quelle force pour la présomption légale ?** , Recueil Dalloz , N :31, 2004.

4/cours :

1. François Dessemontet, **Internet et e-commerce,** Cours donnés à la Faculté de droit de l'Université de Lausanne, Suisse, 2003/2004.

5/Sites d'internet :

1. www. Un. Org , **Commission des Nations Unies pour le droit commercial international(CNUDCI), Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation 1996**.
2-www.lexinter.net . **Le contrat électronique**.

الفهـــــرس	
مقدمـــــــــــــــــــــة	أ – ه
الفصل الأول: مفهوم العقد الإلكتروني .	ص6
المبحث الأول: تعريف العقد الالكتروني.	ص7
المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني قانونا و فقها.	ص8
الفرع الأول: تعريف العقد الإلكتروني قانونا.	ص8
أولا/ التعريف الوارد في المواثيق الدولية والإقليمية.	ص 8
ثانيا /تعريف العقد الإلكتروني في القوانين المقارنة.	ص11
الفرع الثاني: تعريف للعقد الالكتروني فقها.	ص13
المطلب الثاني:ضبط تعريف للعقد الالكتروني.	ص16
الفرع الأول : وسائل التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني.	ص18
الفرع الثاني: تمييز التعاقد الالكتروني عن غيره من وسائل التعاقد عن بعد.	ص21
الفرع الثالث : نطاق إبرام العقود الالكترونية.	ص22
المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني.	ص25
المطلب الأول: التكييف القانوني للعقد الإلكتروني.	ص26
الفرع الأول:ارتباط تكييف العقد الالكتروني بأنواع التجارة الإلكترونية.	ص26
الفرع الثاني: أهمية التكييف القانوني للعقد الإلكتروني.	ص29
المطلب الثاني: مدى حاجة العقد الالكتروني لأحكام عقود الإذعان.	ص31
الفرع الأول: غلبة الإذعان على العقد الالكتروني.	ص31

الفرع الثاني: الإذعان في العقد الإلكتروني.	ص32
المبحث الثالث: خصائص العقد الالكتروني.	ص34
المطلب الأول: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم عن بعد.	ص35
الفرع الأول: التعاقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين أو غائبين	ص35
الفرع الثاني:غلبة الطابع الدولي على العقد الالكتروني.	ص38
المطلب الثاني: وجود الوسيط الالكتروني	ص42
الفرع الأول: أثر الوسط الالكتروني على تنفيذ العقد.	ص42
الفرع الثاني: أثر الوسيط الالكتروني على إثبات العقد.	ص43
المطلب الثالث :غلبة الطابع التجاري والاستهلاكي على العقد الإلكتروني.	ص45
الفرع الأول: غلبة الطابع التجاري على العقد الالكتروني.	ص45
الفرع الثاني: غلبة الطابع الاستهلاكي على العقد الالكتروني .	ص46
الفصل الثاني:أثر الخصوصية الالكترونية على الأحكام العامة للعقد.	ص52
المبحث الأول: إبرام العقد الالكتروني .	ص53
المطلب الأول: توافق الإرادتين في العقد الالكتروني.	ص54
الفرع الأول: وجود التراضي الالكتروني وصحته.	ص54
الفرع الثاني: زمان ومكان انعقاد العقد الالكتروني.	ص63
المطلب الثاني: منازعات إبرام العقد الالكتروني.	ص70
الفرع الأول: القضاء المختص.	ص70
الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الالكتروني.	ص73

المبحث الثاني : تنفيذ العقد الالكتروني عن طريق الدفع الالكتروني.	ص77
المطلب الأول :مفهوم الدفع الالكتروني.	ص78
الفرع الأول: تعريف الدفع الالكتروني.	ص78
الفرع الثاني : خصائص الدفع الالكتروني.	ص81
المطلب الثاني :الحجية القانونية لوسائل الدفع الالكتروني.	ص83
الفرع الأول : تأمين الدفع الالكتروني.	ص83
الفرع الثاني: حجية وسائل الدفع الالكتروني في الوفاء.	ص84
المبحث الثالث: إثبات العقد الالكتروني.	ص88
المطلب الأول: الكتابة بين الدعامة الورقية و الدعامة الالكترونية.	ص89
الفرع الأول: مدى استجابة التشريعات للإثبات بالدعامة الالكترونية.	ص89
الفرع الثاني: الشروط القانونية للكتابة الالكترونية.	ص92
المطلب الثاني: التوقيع الالكتروني.	ص95
الفرع الأول:تعريف التوقيع الالكتروني.	ص96
الفرع الثاني:صور التوقيع الالكتروني.	ص100
الفرع الثالث: الحجية القانونية للتوقيع الالكتروني.	ص101
المطلب الثالث: نطاق الاستعانة بالكتابة والتوقيع الالكترونيين.	ص106

الفرع الأول: في ظل الاستثناءات الواردة على مبدأ وجوب الإثبات بالكتابة.	ص107
الفرع الثاني في ظل اتفاقات الإثبات.	ص111
الخاتمـــــــــــــــة	ص113
قائمة المراجع	ص117
الفهرس	ص123

ملخص

إثر التفاعل الذي حدث بين تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ظهرت شبكة الانترنت ، فأمكن للشركات التجارية الترويج لمنتجاتهم وخدماتهم عبرها دون تحمل مشقة الانتقال من بلد لآخر موفرين الجهد والوقت والمال، وبالتالي أصبح بإمكان المستهلك أن يصل إلى كل أسواق العالم من خلال العروض التجارية الهائلة على الشبكة ، ليس هذا فقط بل استخدمت شبكة الانترنت كوسيلة يتم من خلالها إبرام العقود وتنفيذها أو ما يصطلح عليه بالعقود الالكترونية التي تعتبر الأداة القانونية للتجارة الالكترونية ، و إزاء هذه الثورة المعلوماتية التي تمد بظلالها على نظام التعاقد ، و في محاولة لإيجاد نوع من الأمان القانوني للمعاملة عبر الشبكة ، حاول فقهاء القانون المدني إيجاد مساحة لتنظيم العقد الالكتروني من خلال تطويع الأحكام العامة التي تنظم العقد في مراحل إبرامه وتنفيذه وإثباته لتتماشى مع خصوصية العقد الالكتروني ، حيث تتسم مرحلة الإبرام بغياب العلاقة المباشرة بين أطراف العقد، أين يتم نقل التعبير عن الإرادة الكترونيا رغم الانفصال المكاني لطرفي العقد، مما قد يتجاوز الحدود السياسية للدولة، و يثير مشكلة تحديد زمان ومكان انعقاد العقد ،ومشكلة تنازع الاختصاص القضائي والقوانين، وأما فيما يخص تنفيذ العقد الالكتروني باستخدام أنظمة الدفع الالكتروني كالبطاقات البلاستيكية و النقود الالكترونية والتي تعتبر كذلك وسيلة للتعبير عن الإرادة والإرتباط الفعلي بالعقد فيستدعي البحث في حجية هاته الوسائل في الوفاء والبحث عن مصدر قوة إبرائها ،و فيما يتعلق بإثبات العقد فمع حلول الدعائم الالكترونية محل الدعائم الورقية حيث يتم التعبير عن الإرادة بشكل إلكتروني من خلال الكتابة الالكترونية و التوقيع الالكتروني، وأصبح المحرر الالكتروني هو السند القانوني الذي تثبت من خلاله حقوق الأطراف في حالة النزاع ، مما يستدعي البحث في الحجية القانونية للكتابة الالكترونية والتوقيع الالكترونيين في إثبات العقد الالكتروني.

لقد بات من الضروري إحاطة هذا الموضوع بسياج قانوني، خاصة وأن العديد من الدول كفرنسا والأردن والإمارات قد سنت تشريعات مستقلة تحكم المعاملات الالكترونية ، تماشيا مع المقتضيات العالمية واستجابة لصدور القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الالكترونية سنة 1996 .

Résumé

L'apparition d'internet a transformé la planète en un petit village où les distances kilométriques ont été raccourcies pour devenir un espace électronique. Ce résultat de la jonction réalisée entre les évolutions des systèmes d'information et de communication , a eu un effet sur la diffusion des contrats électroniques ; la conclusion et /ou l'exécution des contrats par le biais d'internet , considérée comme instrument juridique du commerce électronique , compte parmi les nouveaux thèmes juridiques discutés actuellement , au niveau international (UNICITRAL), au niveau européen, et même au niveau de quelques pays arabes. Le législateur algérien n'est pas vraiment engagé dans ce domaine, sauf si on prend en considération la reconnaissance de la signature électronique comme premier pas .

Le contrat électronique ou le contrat en ligne, dont l'objet est la vente de biens et de services, est défini comme le contrat conclu par l'intermédiaire d'un réseau de télécommunication, c'est une technique qui permet aux consommateurs hors des lieux habituels de réception de la clientèle de commander un produit ou de demander la réalisation d'un service.

Le contrat électronique se distingue par certains nombres de caractères , c'est un contrat conclu à distance où les parties ne sont pas physiquement présentes et peuvent se trouver dans deux pays différents, ce qui peut poser des difficultés de la détermination du moment et du lieu physique de la formation du contrat et la loi qui le régit.

Cela fait appel aux règles valables en général pour les contrats à distance, aux règles du droit international privé , et la possibilité d'adapter ces règles existantes aux nouvelles questions, car la sécurité juridique du contrat électronique sur Internet, implique que soient clairement fixées les règles de juridiction compétente et de loi applicable.

Le contrat électronique signifie aussi la dématérialisation des relations juridiques entre client (consommateur souvent) et commerçant, ce qui conduit à un bouleversement surtout au niveau du mode de paiement et de preuve .

La sécurité est le principal problème de paiement électronique car Internet est un réseau ouvert et il est beaucoup plus facile d'effectuer des opérations

frauduleuses (piratage), c'est la raison pour laquelle il faut s'assurer que le système de paiement est sécurisé, et il faut donc empêcher la modification des messages par des signatures numériques. Les banques jouent un rôle très important dans la perfectibilité de ce mode de paiement et œuvrent pour qu'il ait les mêmes propriétés que le système de paiement traditionnel, alors les consommateurs trouvent leur intérêt dans le commerce électronique, tout en ayant la certitude de ne pas risquer leur argent, cette barrière sera franchie et le commerce électronique entrera dans la culture de consommation.

La valeur probante d'un document électronique exige qu'il y'est une équivalence fonctionnelle entre l'écrit d'une façon général et l'écrit électronique. Sachant que la signature est un élément essentiel dans la preuve littérale, la signature électronique sécurisée par un système de cryptographie, doit présenter les mêmes conditions avantageuses de la signature manuscrite basée sur la détermination de l'identité du signataire et l'expression de sa volonté .

Nous entamons une nouvelle ère appelée nouvelle économie qui s'articule autour de la globalisation de l'économie, et l'exploitation des nouvelles technologies, et le commerce électronique est le fruit de tous ces développements technologiques et le moteur de cette nouvelle économie l'Algérie est appelée à s'insérer dans la mondialisation, elle devra déployer des efforts nécessaires afin de favoriser ce nouveau commerce pour se mettre en phase avec les réalités internationales.