

إستمارة المشاركة

اللقب: المقداد

الاسم: هدى

الوظيفة: طالبة دكتوراه

المؤسسة: جامعة الجزائر 1 كلية الحقوق - بن يوسف بن خدة -

الهاتف: 0554942309

العنوان الإلكتروني: Samer_almakdad@yahoo.com

عنوان المقال: العقد الإلكتروني

لغة المداخلة: العربية

الباحثة: المقداد هدى

مقدمة

إن عالم اليوم الذي دخل ألفيته الثالثة يشهد ثورة شاملة في مجالات علمية مختلفة ومتباينة هي الثورة المعلوماتية، مبنية على تطورات كمية ونوعية هائلة في مجال الحواسيب والإتصال مست جميع جوانب الحياة الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية والثقافية والقانونية .

حيث كشف هذا التقدم عن طرائق أخرى لإبرام المعاملات والعقود باستخدام وسائل التبادل الإلكتروني للبيانات (électronique data inter change)، وأهم هذه الوسائل هي الإنترنت، البريد الإلكتروني ، التلكس، النسخ البرقي، الفاكس ميل .

حيث بدأ التبادل الإلكتروني للبيانات عن طريق المستندات الإلكترونية يحل محل المستندات الورقية العادية، واستطاع الأشخاص بفضل ذلك وعبر استخدام هذه الشبكة إلى اجراء العديد من المعاملات عن بعد دون أن يكونو في مكان واحد عن طريق عقود اطلق عليها إسم العقود الإلكترونية كونها تبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية .

وقد واجهت هذه العقود في بادئ الأمر تحديات وإشكاليات دفع بالأمم المتحدة إلى إصدار قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996، ودفع العديد من الدول إلى وضع تشريعات عالجت في مضمونها عملية التعاقد الإلكتروني .

فلا مناص من الإشارة ولو بشكل خاطف على أن موضوع العقد الإلكتروني قد استقطبت اهتمامي لأنه من العقود التي وجدت قبولاً كبيراً في الساحة التجارية لذا لا بد من بيان أهم أركانه وشروطه للحفاظ على صحة هذه العقود.

و لمعالجة هذا الموضوع أطرح الإشكالية التالية :

مامدى توافق الأحكام العامة التي تنظم العقد في مراحل إبرامه وتنفيذه وإثباته مع الخصوصية الإلكترونية له ؟

و هذه الإشكالية تنفرع منها التساؤلات التالية :

- ماذا يقصد بالعقد الإلكتروني ؟

- ما هي أركان العقد الإلكتروني ؟

- ما وسائل الإثبات في العقد الإلكتروني ؟

- ما هو النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني ؟

- ما هو القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية ؟

إن هذه الإشكالية والتساؤلات تشكل الخطوط العريضة لبحثي والتي سأسعى جاهدة للإجابة عنها

من خلال تقسيم هذا البحث إلى مبحثين :

حيث سوف أعرض في المبحث الأول ماهية العقد الإلكتروني الذي سوف أقسمه إلى ثلاث مطالب، أتطرق في المطلب الأول إلى تعريف العقد الإلكتروني ، ثم أتناول في المطلب الثاني الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ثم أتناول في المطلب الثالث خصائص العقد الإلكتروني .

المبحث الثاني سوف أتناول فيه التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني الذي سوف أقسمه إلى ثلاث مطالب، أتطرق في المطلب الأول إلى إبرام العقد الإلكتروني، ثم أتناول في المطلب الثاني إثبات العقد الإلكتروني، ثم أتناول في المطلب الثالث تحديد الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية.

المبحث الأول

ماهية العقد الإلكتروني

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

يعتبر تحديد مفهوم العقد الإلكتروني أمراً مهماً من الناحية القانونية يساعد عن فهم الإشكاليات القانونية التي يطرحها العقد الإلكتروني في مرحلة الإبرام والتنفيذ و الإثبات، لذا يقتضي علي الوقوف على تعريفه و ثم تحديد الطبيعة القانونية له مع ضرورة الوقوف على الخصائص التي يتميز بها وهذا ما سأتناوله في ثلاثة مطالب وعلى النحو التالي:

المطلب الأول

تعريف العقد الإلكتروني

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني سيما لو أخذنا بعين الإعتبار تعدد الجهات والمحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة، ونوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى لذا سأتناول في هذا المطلب التعريف الفقهي والمواثيق الدولية والقوانين المقارنة .

الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

وضع الفقه القانوني عدة تعاريف للعقد الإلكتروني تضمنت أغلبها الإعتبارات الأساسية لتعريف أي عقد مع مراعاة خصوصية هذا العقد كونه يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية الانترنت .

فقد عرفه جانبا من الفقه الأمريكي " بأنه العقد الذي ينطوي على تبادل الرسائل بين البائع والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفاً ومعالجة إلكترونية وتنشأ التزامات تعاقدية (1) .

كما عرفه بعض الفقه اللاتيني بأنه: " بأنه إتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل (2) .

(1) كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني ، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية ، العدد ، 1 جامعة بابل ، 2009 ، ص 133.

(2) د. أسامة أبو الحسن مجاهد - خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000 ، ص 39.

أما الفقه العربي فقد وضع عدة تعاريف لهذا العقد :

- "العقد الذي تم انعقاده بوسيلة إلكترونية بقصد إنشاء التزامات تعاقدية " .
- "إنفاق بين طرفي العقد من خلال تلاقي الإيجاب والقبول عن طريق إستخدام شبكة معلومات سواء في تلاقي الإرادتين أو المفاوضات العقدية أو التوقيع أو أي جزئية من جزئيات إبرامه سواء أكان هذا التصرف بحضور طرفي العقد في مجلس العقد أو من خلال التلاقي عبر شاشات الحاسب الآلي أو أي وسيلة إلكترونية سمعية أو بصرية" (1) .

الفرع الثاني: تعريف العقد الإلكتروني في المواثيق الدولية

سوف أقتصر الدراسة على:

أولاً: التعريف الوارد في القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية

إكتفى القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية (UNCITRAL أو CNUDCI) (2)

في المادة 2/ب بتبادل البيانات الإلكترونية (l'échange de données informatisées) و هي " نقل المعلومات إلكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات" (3)

و رأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل إستعمالات المعلومات الإلكترونية ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة وعليه فإن العقد الإلكتروني حسب هذا القانون هو "العقد الذي يتم التعبير عن الإرادة فيه بين المتعاقدين بإستخدام الوسائل المحددة في المادة 2/أ و 2/ب .

- نقل المعطيات من كمبيوتر إلى كمبيوتر آخر وفقاً لنظام عرض موحد
- نقل الرسائل الإلكترونية باستعمال قواعد عامة أو قواعد قياسية
- النقل بالطريق الإلكتروني للنصوص باستخدام الإنترنت أو عن طريق استعمال تقنيات أخرى كالتلكس والفاكس (4) .

ثانياً: التعريف الوارد في الوثائق الأوروبية

إن العقد الإلكتروني من طائفة العقود عن بعد (5)

فقد نصت المادة على 2 من التوجيه رقم 97-07 في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي المتعلق بالتعاقد عن بعد " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في

(1) - د.محمد فواز المطالفة - الوجيز في العقود التجارية الإلكترونية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص28
(2) - صدر هذا القانون في 12 جوان 1996 عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي وتم إقراره بناء على التوصية الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم 51-162 في 16 ديسمبر 1996 ، يتكون هذا القانون من 17 مادة قابلة لزيارة في المستقبل وهذه المواد مقسمة إلى باين ، الباب الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية بصفة عامة في المواد 1 إلى 10 أما الباب الثاني مكون من فصل وحيد متعلق بالعقود نقل البضائع والمستندات في المادتين 16 و17 ويعلق بهذا القانون ملحق داخلي يوجه خطاباً لدول الأعضاء بكيفية إدماجية ضمن تشريعاتها الداخلية.
(3) - راجع النص المادة 2-ب من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لعام 1996.
(4) - عبد الله نوار شعت - العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2017 ، ص60 و ص61.
(5) - مخلوفي عبد الوهاب - التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة 2011/2012 ، ص52.

نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه".

وعرفت تقنية الإتصال في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقدين بين طرفيه" (1).

الفرع الثالث: تعريف القوانين المقارنة للعقد الإلكتروني

نظرا لكثرة حدوث عملية التعاقد الإلكتروني من الناحية العملية في الآونة الأخيرة وما أثارته من إشكالات قانونية فقد أصدرت بعض الدول تشريعات قانونية لمعالجة ذلك وبعض هذه التشريعات عرفت العقد الإلكتروني و منها :

القانون الفرنسي: عرف التعاقد عن بعد " تسري أحكامه على كل بيع أو أداء لخدمة أبرم باستخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد بين مستهلك ومهني ودون الحضور المادي المتزامن لهما" (2).

القانون الكندي: عرف التعاقد عن بعد: " تعاقد بين تاجر ومستهلك بدون تواجد مادي بينهما سواء في حالة الإيجاب أو القبول حال كون الإيجاب غير موجه لمستهلك معين " .

القانون الأمريكي: فقد أورد تعريف للسجل الإلكتروني الذي هو بمثابة العقد الإلكتروني الذي يتم إبرامه بين الأطراف حيث عرفه بأنه " عقد أو أي سجل آخر يتم تخليقه أو تكوينه أو إرساله أو نقله أو استقباله أو تخزينه بأي وسيلة إلكترونية " (3)

القانون الأردني: عرف العقد الإلكتروني " الإتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً " (4)

القانون التونسي: " ينشأ العقد الإلكتروني بعنوان البائع وفي تاريخ موافقة هذا الأخير على الطلبية بواسطة وثيقة إلكترونية ممضاة وموجه للمستهلك ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك". (5)

القانون الإماراتي: عرف المعاملات الإلكترونية "أي تعامل أو عقد أو إتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي بواسطة المراسلات الإلكترونية وحتى هذا التعريف سمول للعقد الإلكتروني.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني

إن الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني مازالت موضوع دراسة وإجتهد وشرح من المهتمين بهذا المجال مما يقود إلى محاولة تصنيفها من حيث الطبيعة وفيما إن كانت عقود إذعان أو رضائية وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي:

الفرع الأول: العقد الإلكتروني من قبيل عقود الإذعان

اختلف الفقهاء ما بين مؤيد ومعارض كون العقود الإلكترونية عقود إذعان أم لا، فأيد الفقه الإنجليزي والفرنسي والعربي أن العقود الإلكترونية بمثابة عقود إذعان، باعتبار أن المتعاقد لا يملك إلا أن

(1) - p19- 144 N° 04/06/1997 K joce 20 Mai 1997 cedu 07 - 97 n° directive

(2) - صولي الزهرة - النظام القانوني للعقد الإلكتروني - مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2007 - 2008 ، ص12.

(3) - خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص136.

(4) - لورنس محمد عبيدات - إثبات العقد الإلكتروني ، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان ، 2005 ، ص193.

(5) - الفصل 28 من قانون المبادلات ، التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 ، العام 2000.

يضغط في عدد من الخانات المفتوحة أمامه في موقع البائع أو المشتري على المواصفات التي يرغب فيها من السلعة ومن الثمن المحدد سلفاً، الذي لا يملك مناقشته أو المفاوضة عليه مع المتعاقد الآخر وكل ما يتاح له هو إما قبول العقد برمته أو رفضه كلية (1)

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد رضائي

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن العقد الإلكتروني ما هو إلا عقد رضائي لأن المتعاقد يستطيع اللجوء إلى مورد أو منتج آخر للسلعة أو الخدمة إذا لم تعجبه شروط أحد الموردين أو المنتجين، كما أنه لا يمكن الاعتماد على المعيار الاقتصادي فقط وإنما يجب النظر إلى الإعتبارين القانوني والاقتصادي معا (2).

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني ذو طبيعة خاصة

يذهب رأي فقهي إلى أنه يجب التمييز بين نوعين من العقود الإلكترونية عند تحديد الطبيعة القانونية، إذ أن العقود الإلكترونية من حيث آلية إبرامها هي إما عقود يتم إبرامها عن طريق البريد الإلكتروني للمتعاقدين أو عن طريق المواقع الإلكترونية، فالعقود التي تبرم عن طريق المواقع الإلكترونية قد تحتوي على سمات عقود الإذعان، أما بالنسبة إلى العقود التي تبرم عن طريق البريد الإلكتروني فغالبا ما تكون عقود رضائية إذ يتم التفاوض على إبرام العقد عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية بين المتعاقدين عن طريق المواقع الشخصية الإلكترونية إلى أن يقترن إيجاب أحد المتعاقدين بقبول الآخر فينعد العقد (3)

المطلب الثالث

خصائص العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني المبرم عبر الأنترنت خصائص تميزه عن غيره من العقود الأخرى كما أن هذا العقد يمكن أن يشترك في بعض الخصائص الموجودة في العقود التقليدية وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي :

الفرع الأول: العقد الإلكتروني أحد العقود التي تبرم عن بعد

السمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل :

- عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها إلى وجه في لحظة إلتقاء إرادتيهما .
- بالإضافة إلى أن إبرامه يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد (4)

الفرع الثاني: العقد الإلكتروني له طابع داخلي ودولي

(1) - برهان سمير - العقد في التجارة الدولية الإلكترونية، ندوة إدارة عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2006، ص8

(2) - لما عبد الله صادق سلهب - مجلس العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008، ص60-61.

(3) - كاظم كريم علي- العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص135.

(4) - د. عبد الله نوار شعت، العقد الإلكتروني في إطار التشريعات العربية، مرجع سابق، ص72.

التعاقد الإلكتروني الذي يتم عبر شبكة الإنترنت يتصف بالطابع الداخلي والدولي، واتسام العقد الإلكتروني بالطابع الداخلي عندما يكون العقد بين طرفين في داخل البلد الواحد، أما دولية العقد فتكون في حالة الخروج من حدود الدولة، فالمعاملات الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت يمكن أن تتم بين أشخاص يتواجدون في دول مختلفة، فالمستخدم من دولة والمورد من دولة أخرى، شركة تكنولوجيا معالجة البيانات وإدخالها وتحملها عبر شبكة موجودة في دولة أخرى (1)

الفرع الثالث: العقد الإلكتروني من عقود المساومة

إن عملية المساومة تسود هذه العقود حيث يمكن التفاوض في شروطها ومناقشتها وتوضع هذه الشروط بحرية إرادة الطرفين، أي أن الموجب له لا يقتصر دوره عن مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفاً بل له مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج وله أن ينتقل من موقع إلى آخر، وأن العقد لا يتعلق بسلع تمس مصلحة حقيقية وتقدم خدمة لا يستطيع المستهلك الإستغناء عنها بسهولة، وأن تكون محل إحتكار (2)

الفرع الرابع: تجارية العقود الإلكترونية

يتسم العقد الإلكتروني بالطابع التجاري لذا غالباً ما يطلق على هذا العقد بعقد التجارة الإلكترونية، و الواقع أن تلك السمعة الغالبة إذ يستأثر البيع التجاري بالجانب الأكبر من مجمل العقود التي تبرم عبر شبكة المعلوماتية إلا أنه يمكن أن يرد على الخدمات والمنافع بصورة إيجار أو مقاوله ولكن غالباً ما يكون مقدم السلعة على الأقل تاجر أي يتمتع بالصفة التجارية (3)

المبحث الثاني

التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني

يخضع العقد الإلكتروني من حيث التنظيم للقواعد والأحكام العامة لنظرية العقد، إلا أن طابعها الإلكتروني وتلاقي الإيجاب والقبول فيها إلكترونياً على شبكة الإنترنت ميزها عن العقود التقليدية، فتستمد هذه العقود مشروعيتها وأحكامها من قوانين المبادلات والتجارة الإلكترونية، وفي حالة عدم كفاية هذه القواعد و عجزها عن إيجاد حلول تتم الإحالة للقواعد العامة (4) وسوف أتطرق في هذا المبحث إلى إبرام العقد الإلكتروني وإثباته والقانون الواجب التطبيق على النحو التالي :

المطلب الأول

إبرام العقد الإلكتروني

(1)- د. عبد الحي القاسم عبد المؤمن - مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه، مجلة جامعة يخت الرضا العلمية، العدد الثالث عشر، السودان، 2014، ص208.

(2)- لزعر وسيلة - تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2010 - 2011، ص18.

(3)- د. محمد حسين منصور - المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006، ص18.

(4)- غادة جواد مسودي - التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بير زيت، فلسطين، بدون سنة نشر، ص11.

إن العقد الإلكتروني ينعقد وينتج آثاره لذلك لا بد من توافر الأركان الأساسية لإبرامه والسؤال الذي يطرح هنا : هل أن أركان العقد الإلكتروني هي ذاتها الأركان الواجب توافرها في العقد التقليدي؟ ، وما هو زمان ومكان إبرامه ؟ وهذا ما سيكون محل دراستي في هذا المبحث وعلى النحو الآتي :

الفرع الأول: أركان العقد الإلكتروني

يجب أن تتوافر في العقد المبرم عن طريق إحدى وسائل الإتصال الإلكترونية الأركان العامة للعقد وهي الرضا والمحل والسبب وسأبحثها على النحو التالي :

أولاً: الرضا في العقد الإلكتروني

الرضا هو جوهر العقد وهو التعبير عن إرادة أطراف العقد للتعاقد بحسب ما تم الإتفاقه عليه، ويتم التعبير عن الرضا في العقد الإلكتروني عن طريق رسالة المعلومات الإلكترونية وهي وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبول قانوناً لإبرام الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء إلتزام تعاقدي⁽¹⁾

1 - الإيجاب الإلكتروني

تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والمعلق بالقانون النموذجي الصادر عن الأونيسترال ما يلي: " تمثل الرسالة إيجاباً إذا تضمن إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ماداموا معروفين عن نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول⁽²⁾

والإيجاب الإلكتروني قد يكون إيجاباً خاصاً موجهاً إلى أشخاص محددين وهو الذي يتم عادة بواسطة البريد الإلكتروني وقد يكون إيجاباً عاماً موجهاً إلى جميع زائري الموقع الإلكتروني من خلال الموقع يختص الإيجاب الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت بعدة خصائص أهمها: أنه يتم عن بعد ، و يتم عبر وسيط إلكتروني، وهو إيجاب دولي ، ولا يمنع أن يكون إقليمياً أو محلياً⁽³⁾

2- القبول الإلكتروني

القبول الإلكتروني يتم التعبير عنه من خلال وسيلة إلكترونية، ويتطلب لإنعقاد العقد أن يتلقى الإيجاب بقبول يطابقه، وقد عرفته اتفاقية فينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع حيث تنص المادة 1/18 "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"⁽⁴⁾ ولكي ينتج القبول أثره لا بد أن يتطابق تماماً مع الإيجاب فإذا ما اختلف بشيء عن الإيجاب عد إيجاباً جديداً يحتاج إلى قبول كي ينعقد العقد، ولا بد أن يكون القبول صريحاً، وقد يتم هذا القبول إما عن طريق البريد الإلكتروني يتم بقيام المرسل إليه (القابل) الذي وجه إلى بريده إلكتروني إيجاباً من قبل المنشئ

(1)- محمد دعار العنبيبي - النظام القانوني للعقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين النشر يعين الكويني والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012-2013، ص52.

(2)- مخلوفي عبد الوهاب - التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت، مرجع سابق، ص88-93.

(3)- bouchuberg (lionel) - inernetet commerce electronique , premiere edition, delmas, 1999,p114.

(4)- مجد المرسي زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني - الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص43.

بإرسال قبوله على شكل رسالة إلكترونية متضمنة كافة العناصر اللازمة لإتمام التعاقد، أما القبول عن طريق المواقع الإلكترونية فيتم عن طريق الضغط أو بلمس الأيقونة المخصصة لإعلان القبول (1) وبما أن المستهلك في العقود الإلكترونية لا يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج فهو يتمتع بحق العدول ومن ثم تعليق إتمام العقد ، ولقد أقرت العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي والأمريكي والإنجليزي أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الإلكترونية خلال فترة السماح وتختلف هذه المدة من قانون إلى آخر (2)

الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

ينعقد العقد عندما ينعقد الإيجاب بالقبول ويتم هذا التصرف في المكان والزمان الذي يتم الإتفاق عليه بين طرفي العقد .

أولاً: زمان إنعقاد العقد

1- زمان القبول الإلكتروني في حالة افتراض أن التعاقد الإلكتروني يقع بين غائبين

فتكون هناك فترة زمنية تفصل بين الإيجاب والقبول وهذا يثير إشكالية تحديد زمان إنعقاد هذا العقد .

- * نظرية إعلان القبول: ينعقد العقد في الزمان والمكان الذين يعلن فيهما القابل قبوله للإيجاب .
- * نظرية إرسال القبول: ينعقد العقد عند إرسال القابل قبوله، ولا يكفي لإنعقاد العقد أن يعلن القابل قبوله، وإنما يجب أن يرسل هذا القبول إلى الموجب .
- * نظرية تسلم القبول: أن القبول قد تم في حالة تسلمه للموجب، وأن العقد ينعقد سواء من خلال تسلم رسالة البيانات أو النقر على المكان المخصص لذلك وقد أخذ قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية عام 1996 في المادة 15 بهذا القول .
- * نظرية العلم بالقبول: ينعقد العقد على علم الموجب بالقبول، فلا يكفي إرسال رسالة وإنما على الموجب فتحها وقراءتها ومعرفة مطابقتها للإيجاب .

2- زمان القبول الإلكتروني في حالة افتراض أن التعاقد الإلكتروني يقع بين حاضرين

- لحظة إنعقاد العقد عبر الويب الموجود على الشبكة تكون بمجرد الموافقة على العقد النموذجي، وطباعة كلمة موافق.

- لحظة إنعقاد العقد عبر البريد الإلكتروني فيختلف زمان إبرامه (2) .

* فوفقاً لنظرية إرسال القبول: العقد ينعقد بقيام القابل بإرسال الرسالة الإلكترونية المتضمنة قبوله، ويعد مبرماً في اللحظة التي ينقر فيها على مفتاح الإرسال .

* ووفقاً لنظرية إستلام القبول: العقد ينعقد عن طريق البريد الإلكتروني منذ لحظة وصول الرسالة التي تتضمن القبول إلى بريد الموجب وهذا أخذ به قانون الأونسترال النموذجي في المادة 15 (3)

ثانياً: مكان إبرام العقد الإلكتروني

(1) - كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص140.

(2) - د.خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008، ص347 - 351.

(3) - يحيى سوف فلاح حسن - التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص58-64.

أشار قانون الأونسترال النموذجي إلى أنه إذا لم يتفق أطراف العقد على مكان إبرام العقد فإن العقد يكون قد إنعقد في المكان الذي يقع فيه عمل المرسل إليه رسالة القبول .
أما إذا تعددت هذه المواقع فإنه ينعقد في موقع العمل الأكثر صلة بموضوع العقد أو مقر العمل الرئيسي، أما إذا انعدم مقر العمل فإنه يتم اللجوء إلى محل الإقامة المعتاد بديلا عن مقر العمل .

المطلب الثاني

إثبات العقد الإلكتروني

إن العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية يقوم على تبادل البيانات الإلكترونية على دعامات غير ورقية داخل أجهزة الإتصال أو خارجها والتوقيع عليها ممن يرسل الرسالة الإلكترونية بواسطة التوقيع الإلكتروني و هذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي :

الفرع الأول: المحررات الإلكترونية

المحرر الإلكتروني هو معلومات إلكترونية ترسل أو تسلم بوسائل إلكترونية أي كانت وسيلة استخراجها في المكان المستلمة فيه، أو أنه البيانات والمعلومات التي يتم تبادلها من خلال الوسائل الإلكترونية سواء كانت من خلال شبكة الإنترنت أو من خلال الأقراص الصلبة أو شاشات الحاسب الآلي أو أية وسائل إلكترونية (1)

لكي يكتسب المحرر الإلكتروني الحجية الكاملة بالإثبات وإمكان مساواته بالمحررات التقليدية في القوة القانونية لابد من توافر عدة شروط :

- * الكتابة : إن الكتابة على المحرر الإلكتروني تكون على شكل معادلات خوارزمية تنفذ من خلال عمليات إدخال البيانات وإخراجها من خلال شاشة الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية أخرى
- * قابلية المحررات الإلكترونية بالاحتفاظ بالمعلومات الواردة فيها.
- * إمكانية الاحتفاظ بالمحرر الإلكتروني (2).

الفرع الثاني: التوقيع الإلكتروني

أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني

لكي يكون التوقيع الإلكتروني ذو قيمة قانونية وينتج آثاره فلا بد من التوقيع عليه، فعرف التوقيع الإلكتروني بتعاريف عدة ومن أهمها ما عرفه قانون الأونسترال للتوقيعات الإلكترونية لعام 2001 في المادة 2/أ بأنه: " بيانات في شكل إلكتروني مدرجة في رسالة بيانات ، أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ، يجوز ان تستخدم هوية الموقع على المعلومات الواردة في الرسالة البيانات"
وتتعدد صورته وأشكاله فيكون إما بقلم إلكتروني ، أو بالبصمة الإلكترونية ، أو بالتوقيع الرقمي ، أو التوقيع البيومتري (3).

(1) - كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني، مرجع سابق، ص.146-143

(2) - يحيى يوسف فلاح حسن- التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مرجع سابق، ص72-73

(3) - عبد الله نوار شعت - الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية ، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2017، ص314-317.

ثانياً: حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات

إن منح القيمة القانونية للتوقيع الإلكتروني ومساواته بالتوقيع التقليدي يعتمد على توافر شروط معينة تعزز من هذا التوقيع وتوفر فيه الثقة وأوضح التوجيه الأوروبي في المادة 2/2 الشروط التي يتعين توافرها في التوقيع : على أن يكون مقصوراً على صاحبه ، وخاضعاً لسيطرته الفعلية، وقابليته لتحقيق من صحته مع ارتباطه بالبيانات التي يثبتها (1).

المطلب الثالث:

تحديد الاختصاص والقانون الواجب التطبيق في العقود الإلكترونية

لا يخلو أي عقد من العقود من نشوء نزاعات سواء في مرحلة إبرامه أو في مرحلة تنفيذه مما يطرح مشكلة تحديد المحكمة المختصة بنظر هذه النزاعات هذا من جهة، ومن جهة أخرى تحديد القانون الواجب التطبيق عليها وهذا ما سيتم توضيحه على النحو التالي :

الفرع الأول: القضاء المختص بنظر منازعات العقود الإلكترونية

إن المنازعات الخاصة بالمعلومات الدولية في المجال الإلكتروني تخضع للقاعدة العامة في الإختصاص الدولي للمحاكم، حيث يمكن رفع الدعوى أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعي عليه، إلا أنه يجوز الخروج عن هذه القاعدة العامة بالاتفاق بين الخصوم على تقرير الاختصاص لمحكمة أخرى ، وهذا ما يطلق عليه مبدأ الخضوع الإرادي أو الاتفاق على الإختصاص في المنازعات ذات الطابع الدولي. (2)

وفي حالة عدم وجود أحد الضابطين السابقين نلجأ إلى الضابط الإحتياطي ألا وهو مكان إبرام العقد أو تنفيذه ، واستثناء من الأحكام السابقة فإن المنازعات الخاصة بعقود الإستهلاك الإلكترونية تختص بنظرها محكمة موطن أو محل إقامة المستهلك (3)

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني

وينقسم القانون الواجب التطبيق على العقود الإلكترونية شقين، وفق قواعد الإسناد في القانون الدولي الخاص وهما :

أولاً: اختيار الأطراف القانون الواجب التطبيق (القانون الإرادة)

يخضع موضوع العقد للقانون الذي اختاره الأطراف صراحة أو ضمناً، وهذه القاعدة معمول بها في مختلف الأنظمة القانونية والمعاهدات الدولية، و هذه الإرادة تحدد القانون الواجب التطبيق الذي يحكم العلاقة العقدية بين الأطراف بإضافة بند خاص في بنود العقد الإلكتروني ، ولا يشترط لإختيار الأطراف

(1)- إباد أحمد سعيد الساري – النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص153.

(2)-Gautias –Droit du commerce électronique et normes applicable-revue du droit des affaires international .1997.p547

(3)- Gasti – la protection des consommateur en matiere de contrat a distance, revue du droit des affaires international, 1997, p1378

القانون الواجب التطبيق وجود صلة حقيقية بينه وبين موضوع العقد، وهذا الإختيار ينص على القواعد الموضوعية دون قواعد التنازع⁽¹⁾.

ثانياً: عدم وجود إتفاق بشأن القانون الواجب التطبيق

إذا لم تتفق الأطراف صراحة على القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية المبرمة بينهم وتعزز استخلاص الإرادة الضمنية ، والقاضي هنا يلجأ إلى القرائن المستمدة من الظروف الرابطة العقدية عن طريق اللجوء إلى مؤشرات موضوعية تشير إلى القانون المرتبط إرتباطاً وثيقاً بالعقد ، كمكان إبرام العقد أو تنفيذه أو الجنسية المشتركة للمتعاقدين أو الموطن المشترك لهما، وفي حال لم يتمكن القاضي من معرفة الضوابط السابقة يلجأ إلى الإستعانة بلغة العقد أو العملة المتفق عليها ، وإلى المبادئ العامة في حال تنازع القوانين⁽²⁾.

الخاتمة

تم التعرف في هذا البحث على العقد الإلكتروني في أغلب جوانبه و قد تبين أن هذا العقد يتميز عن العقود التقليدية من خلال الآلية التي يبرم بها فهو ذلك العقد الذي يبرم عن طريق شبكة المعلوماتية سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو المواقع الإلكترونية و يمتاز بعدة خصائص و منها : أنه عقد بين حاضرين من حيث الزمان و بين غائبين من حيث المكان، كما أن الإيجاب فيه يمتاز بالعمومية في أغلب الأحيان، كما أن لهذا العقد خصوصية من حيث الإثبات و الوفاء .

وأن التطبيقات العملية لهذا العقد و انتشاره على نطاق واسع دفع العديد من دول العالم إلى إصدار تشريعات عالجت بها أحكام هذا العقد و بما يمتاز به من خصوصية، و قد كان أول قانون في هذا الخصوص هو قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الذي أصدرته الأمم المتحدة في عام 1996 و الذي كان الأساس في أغلب التشريعات التي عالجت التجارة الإلكترونية التي صدرت في العالم و خاصة التشريعات التي أصدرتها الدول العربية .

على ضوء ما سبق دراسته أقدم بعض التوصيات :

- منح المحررات الإلكترونية و التوقيع الإلكتروني الحجية في الإثبات أمام المحاكم و الجهات الحكومية، و إعطاؤه حجية المحررات الورقية في الإثبات .
- إيجاد الوسائل اللازمة لتحقيق الثقة و الأمان بين المتعاقدين بإيجاد الضمانات اللازمة لتنفيذ العقود الإلكترونية .

(1) يحيي يوسف- التنظيمي القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 2007، ص67-68.
(2) - د.محمد إبراهيم- عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005، ص120.

• قيام المشرع الجزائري بتنظيم قانون المبادلات و التوقيع الإلكتروني، و القيام بتطبيقه مع ضرورة إيجاد الوسائل الكفيلة بذلك .

• قيام المشرع الجزائري بمنح ترخيص لجهات تصديق و توثيق معينة لتمكينها من القيام بالمصادقة على صحة التوقيعات الإلكترونية و التأكد منها، و هذا ما يوفر الثقة و الأمان و ضمانا لدى التاجر و المستهلك المتعامل بالتجارة الإلكترونية .

ملخص البحث

إن ظهور العقود الإلكترونية لم يكن وليد الصدفة بل ظهر نتيجة التحولات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الاتصالات و المعلومات، و العقود الإلكترونية تعتبر كغيرها من العقود على أن وجه الخصوصية فيها يكمن في كونها تتم عن بعد، و ذلك باستخدام وسيط إلكتروني يتمثل في شبكة الإنترنت، إذ يتم التعبير عن الإيجاب و القبول عبرها و ذلك عن طريق البريد الإلكتروني أو المحادثة التي تتم بين طرفي العقد في مجلس واحد كما هو معروف في العقود العادية، بمعنى أن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا و غائبين مكانا، كما يمكن أن يكون بين غائبين زمانا و مكانا .

أما بالنسبة لتحديد زمان و مكان إبرام العقد الإلكتروني فتعدان مسألتان هامتان إذ بتحديد زمان العقد تتحدد مسائل هامة نصت عليها القواعد العامة للعقد، فيكون زمان إنعقاد العقد الإلكتروني باللحظة التي يصل فيها القبول للموجب على أنه الغالب، أما بالنسبة لمكانه فبتحديد يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق و المحكمة المختصة للنظر في النزاعات التي تثور بين طرفي العقد الإلكتروني، و في هذا يحدد القانون الذي يطبق على العقد الإلكتروني بالقانون الذي يختاره الطرفين في خضوعهما له، أما المحكمة المختصة فتحدد بمقر إقامة المدعي أو محل إقامة المدعى عليه .

و فيما يتعلق بطبيعة هذه العقود فالرأي الغالب يقر بكونها عقود إيداع يقوم فيها الطرف القوي بوضع شروط العقد دون أن يكون له حق مناقشة بنود العقد.

Abstract

The emergence of electronic contracts have come about as a result of major shifts in communications and information technology. They are considered as any other contracts and their unique characteristic resides in the fact they are remotely done by using an electronic medium which is the internet where both the approval and acceptance are expressed by e-mail or through a conversation between the two parties in one setting as it is known with the regular contracts which means that the electronic contracting can happen regardless of the place and time

In fact , the choice of time and place where the electronic contract is concluded is of great importance and by choosing the time ,an important matter is determined according to the general rules of contract , so the moment of contracting is the same moment when the acceptance arrives in most cases ,and the place of contracting and the nature agreement between the two parties play a big role in determining the kind of law that must be applied and the kind of competent court to look into the conflicts that arise between the two parties of the electronic contract .

قائمة المراجع

أولاً: المراجع باللغة العربية

أ- الكتب

- 1.د.أسامة أبو الحسن مجاهد -خصوصية التعاقد عبر الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2000 .
- 2.إياد أحمد سعيد الساري - النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة في ظل القوانين العربية والأجنبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.
- 3.برهان سمير- العقد في التجارة الدولية الالكترونية، ندوة إدارة عقود التجارة الدولية، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2006.
- 4.د.خالد ممدوح إبراهيم - إبرام العقد الإلكتروني دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2008.
- 5.عبد الله نوار شعت - العقد الإلكتروني في ايطار التشريعات العربية، مكتبة الوفاء القانونية ، الإسكندرية ، 2017.
- 6.لورنس محمد عبيدات - إثبات العقد الإلكتروني ، دار الثقافة لنشر والتوزيع ، عمان ، 2005.
- 7.مجد المرسي زهرة - الحماية المدنية للتجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني - الإثبات الإلكتروني - المستهلك الإلكتروني)، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
- 8.د.محمد إبراهيم- عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2005.
- 9.د.محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2006.
10. محمد ذعار العتيبي - النظام القانوني للعقد الإلكتروني دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، عمان، 2012-2013.
11. د.محمد فواز المطالقة - الوجيز في العقود التجارية الإلكترونية، دار الثقافة لنشر والتوزيع، عمان، 2011.
12. نوار شعت - الإثبات والالتزامات في العقود الإلكترونية، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، 2017.

ب الأطاريح والرسائل الجامعية:

- 1 . مخلوفي عبد الوهاب -التجارة الإلكترونية عبر الأنترنت ، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه العلوم في الحقوق ، جامعة الحاج لخضر ، باتنة 2011/2012.
- 2 . صولي الزهرة -النظام القانوني للعقد الإلكتروني -مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، جامعة محمد خيضر ، بسكرة 2007-2008.
- 3 . غادة جواد مسودي - التنظيم القانوني للعقد الإلكتروني في فلسطين، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة بير زيت، فلسطين، بدون سنة نشر.
- 4 . لزعر وسيلة - تنفيذ العقد الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، جامعة الجزائر، بن عكنون، 2010 -2011.
- 5 . لما عبد الله صادق سلهب - مجلس العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، 2008.
- 6 . يحي يوسف- التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، رسالة لنيل شهادة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 2007.

المقالات

- 1 . د. عبد الحي القاسم عبد المؤمن - مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه، مجلة جامعة يخت الرضا العلمية، العدد الثالث عشر، السودان، 2014.
- 2 . كاظم كريم علي - العقد الإلكتروني، مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد 1 جامعة بابل، 2009.

المراجع باللغة الأجنبية:

- 1 .bouchuberg (lionel) -internet et commerce electronique , premiere edition, delmas, 1999.
- 2 .directive n° 97 - 07 cedu 20 Mai 1997 K joce 04/06/1997 N° 144 .
- 3 .Gasti - la protection des consommateur en matiere de contrat à distance, revue du droit des affaires international, 1997,
- 4 .Gautias -Droit du commerce électronique et normes aplicable-revue du droit des affaires international .1997.