ISSN : 2602-7380
EISSN: 2773-2665
مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية
المجلد 05، العدد 02-2021
إكرام رقيعي، " الإطار المفاهيمي للعقد الالكتروني"، ص ص. 96-113.

الإطار المفاهيمي للعقد الالكتروني*

إكرام رقيعي (1)
(1) أستاذ محاضر قسم "ب"، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة فرحات عباس، سطيف2، 19000، الجزائر.
البريد الالكتروني: jdgreguiai@gmail.com

الملخص:

تتضمن الورقة البحثية تحديدا لمجموعة الأسس والضوابط القانونية للعقد الالكتروني، والتي تجد مصدرها إما في التشريعات الداخلية للدول أو المواثيق الدولية المنبثقة من اتحادات دولية معينة أو منظمات دولية.

والمشرع الجزائري على غرار العديد من التشريعات السباقة في هذا الميدان أصدر القانون رقم 18-05 كتجربة أولى في مجال التجارة الالكترونية ليتخلص من مسألة تطويع القواعد العامة تماشيا والمعاملات التجارية الالكترونية، وان كان بموجب هذا القانون قد أحال إلى العديد من الأحكام العامة لاسيما بالنسبة لتحديده لتعريف العقد الالكتروني.

ناهيك عن موقف المشرع في اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان وفقا لهذا التعريف في ظل القانون رقم 04-02 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وانه عقد يتم إبرامه عن بعد وجوبا دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني.

الكلمات المفتاحية:

العقد الالكتروني، القانون رقم 18-05، الطبيعة القانونية، التجارة الالكترونية.

* تاريخ إرسال المقال 2022/01/24، تاريخ مراجعة المقال 2022/10/12، تاريخ نشر المقال 2022/11/24.

Conceptual framework for the electronic contract

Summary:

This research paper includes a definition of a set of legal foundations and controls for the electronic contract, which it find its source either in the internal legislation of countries or international conventions emanating from certain international federations or international organizations.

And the Algerian legislator, like many of the pioneering legislations in this field، issued Law No. 18-05 as a first experiment in the field of electronic commerce to get rid of the issue of adapting general rules in line with electronic commercial transactions.

Keywords:

Electronic Contract, Law No. 05-18, legal nature, e-commerce.

Cadre conceptuel du contrat électronique

Résumé :

Ce travail de recherche comporte une définition d'un ensemble de fondements et principes juridiques du contrat électronique, qui trouvent leurs sources, soit dans la législation interne des pays, soit dans les conventions internationales émanant de certaines fédérations internationales ou organisations internationales.

Le législateur algérien, à l'instar des autres légicomme beaucoup de législations pionnières dans ce domaine، a promulgué la loi n°18-05 comme première expérimentation dans le domaine du commerce électronique pour se débarrasser de la question de l'adaptation des règles générales aux transactions commerciales électroniques.

Mots clés:

Contrat électronique، Loi n° 05-18، nature juridique، commerce électronique.

مقدمة

يشمل الإطار المفاهيمي للعقد الالكتروني كل ما يتعلق بهذا الأخير من ليث تحديد نطاقه سواء الفقهي والذي يشمل مختلف التعاريف والصور التي يمكن أن يشملها العقد الالكتروني أو نطاقه القانوني وكل يرتبط به من أ كام وقواعد ينفرد بها ومدى تميزها عن القواعد العامة للعقد التقليدي، مع العلم أن هذا العقد قد مر بالعديد من التطورات مقارنة بالعقد التقليدي لاسيما الوسيلة التي يعتمد عليها الأطراف في إبرامه وتنفيذه ذات الطبيعة المتطورة باستمرار، فما كان مستحيلا بالأمس أصبح متا ا اليوم بسبب هذه التكنولوجيا مع مراعاة مدى تدخل إرادة الأطراف خاصة إذا تم العقد عبر البريد الالكتروني أو عبر الوسائط المباشرة والآنية في تحديد بنود العقد المراد إبرامه.

وان أهم سمة تميز العقود الالكترونية عن العقود التقليدية هي وسيلة الإبرام التي تتسم بالطابع المعلوماتي وغير المادي، وإن كان لا يكفي هذا المعيار للتعرف على كل يتعلق بهذا العقد، مع العلم أن الوسيلة الالكترونية التي يبرم من خلالها ليست وا دة في فهي متعددة أيضا وهي ما تخلق التنوع في هذا العقد، لكن المسألة قد تثير العديد من الإشكالات خاصة مسألة خضوع هذه الوسيلة الالكترونية ومختلف الصور التي يمكن أن تتخذها لإرادة الأطراف المتعاقدة أم أن جميع العقود المبرمة في هذا الشكل تتم عبر نماذج محددة مسبقا وكذلك مسألة تناول المشرع لهذه المسألة لاسيما في ظل قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05.

وبالتالي يثير الموضوع اشكاليته حول كيفية تعامل التشريعات مع هذه النقلات التكنولوجية وكذا مع الواقع المفروض للعقد الالكتروني بصفة عامة والعقد التجاري الالكتروني بصفة خاصة لاسيما المشرع الجزائري بالقانون رقم 18-05؟

تم الاعتماد على المنهج الوصفي والتحليلي لمناقشة هذه الورقة البحثية وفقا للعناصر التالية.

المبحث الأول: تعريف وأنواع العقد الالكتروني.

يشمل ها العنصر تعريف العقد الالكتروني **(المطلب الأول)**، ثم تحديد مختلف أنواع هذا العقد **(المطلب الثاني)**.

المطلب الأول: تعريف العقد الالكتروني.

يشمل هذا العنصر مناقشة بعض تعريفات العقد الالكتروني في المواثيق الدولية لاسيما قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 وكذا التوجه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 بكونها السباقة في تنظيم العقود الالكترونية بصفة عامة (الفرع الأول)، والتشريعات الداخلية لبعض الدول (الفرع الثاني)، ولاسيما تبيان موقف المشرع الجزائري (الفرع الثالث).

الفرع الأول: تعريف العقد الالكتروني في المواثيق الدولية.

لم يتضمن قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 تعريفا للعقد الإلكتروني بالرغم من استعماله لهذا المصطلح في العديد من مداولات لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، لكنه في المقابل اعتبر التعاقد الإلكتروني إشارة لتكوين العقد الإلكتروني عن طريق رسائل البيانات، وهو ما كرسته المادة 11 منه تحت عنوان تكوين العقود وصحتها: "في سياق تكوين العقود وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، ويجوز استخدام رسالة البيانات الالكترونية للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته او قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام بيانات لذلك الغرض"[1].

لكن في المقابل عرف هذا القانون كل من رسالة البيانات وعملية تبادل هذه الأخيرة، □يث يراد بمصطلح رسالة البيانات المعلومات التي يتم إنتاجها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو بصرية أو بوسائل مماثلة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي، أما مصطلح تبادل البيانات الالكترونية فيقصد به نقل المعلومات إلكترونيا من □اسوب إلى آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات، وركز هذا القانون عند تعريفه لرسالة البيانات على تعداد

الوسائل المستخدمة في إبرام العقود الإلكترونية وتوسع في هذه المسائل، فحين عرف تبادل المعلومات اقتصر قيام هذه تبادل المعلومات في وسيلة وا ـدة هي الحاسوب لإتمام التعاقد إلا أنه هناك وسائل أخرى يتم بها تبادل المعلومات وإجراء التعاقد مثل جهازي التلكس والفاكس[2].

أما التوجه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد فقد تناولت المادة الثانية منه العقد الالكتروني بأنه: "عقد متعلق بالسلع الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام وا ـدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية ـتى إتمام العقد"[3]، من خلال هذا النص نستنتج أن التوجيه الأوروبي لم يعرف العقد الإلكتروني بل اكتفى بتعريف التعاقد عن بعد[4].

الفرع الثاني: تعريف العقد الالكتروني في بعض التشريعات المقارنة.

نص التشريع الأردني للمعاملات الالكترونية رقم 85 لسنة 2001 في المادة 02 منه على تعريف العقد الالكتروني بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا، وكذا مشروع قانون التجارة الالكترونية المصري في المادة 01 منه بأنه كل عقد تصدر فيه إرادة ا ـد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأن تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط الكتروني، في ـين هناك بعض التشريعات لم تتناوله بالتعريف كما هو الشأن بالنسبة لتشريع دبي للمعاملات والتجارة الالكترونية رقم 02 لسنة 2002، لكنه في المقابل قد أشار في المادة 1/13 منه إلى انه لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الالكترونية[5]، وكذا المشرع البحريني بشأن المعاملات رقم 28 لسنة 2002 بالمادة 2/09 منه الذي نص على انه وفي سياق صياغة العقود وما لم يتم الاتفاق على غير ذلك من قبل الطرفين يجوز التعبير عن العرض وقبوله أو أي أمر آخر يكون جوهريا بالنسبة لصياغة أو تطبيق العقد بالكامل أو جزئيا عن طريق السجلات الالكتروني[6].

يتبين مما سبق بأن المشرع الأردني عند تعريفه للعقد الالكتروني ركز على الوسيلة التي يبرم بها سواء بشكل كلي أو جزئي ولم يتطرق إلى المر ـلة السابقة على العقد من ـيث إمكانية التفاوض بشأن شروط العقد وأيضا لم يبين مر ـلة ما بعد إبرام العقد أي مر ـلة تنفيذ هذا العقد، وفي المقابل كان المشرع المصري أكثر تحديدا من خلال تبيان كيفية صدور التعبير عن الإرادة في هذا

العقد، وكذا المرحلة السابقة على انعقاد العقد ويكفي أن يتم التعبير عن إرادة احد المتعاقدين حتى يكون العقد الكترونيا وفقا لهذا القانون، أما بالنسبة للتشريعات التي لم تتطرق إلى تعريف العقد الالكتروني فالملاحظ أنها فتحت المجال للتعبير عن الإرادة سواء بالإيجاب أو بالقبول عن بالطريق الالكتروني وهو ما يفهم منه عدم استثنائها للتعامل بهذا الشكل واعترافها به.

الفرع الثالث: تعريف العقد الالكتروني في التشريع الجزائري.

العقد وفقا للقانون المدني هو اتفاق يلتزم بموجبه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما[7]، أي أن العقد يقتضي من النا حية القانونية وجود إرادتين على الأقل وأن تكون هاتين الإرادتين متكافئتين من حيث إمكانية التفاوض وتحديد آثار هذا الاتفاق تكريسا لمبدأ سلطان الإرادة، وبالتالي فالعقد لا يوجد من النا حية القانونية إلا إذا تطابق الإيجاب والقبول وفقا للشروط القانونية متى كان العقد رضائيا لا يحتاج إلى شكل قانوني خاص إلا تعلق الأمر بعقد رسمي[8].

أما بالنسبة لتعريف العقد الالكتروني فقد نص المشرع في قانون التجارة الالكترونية رقم 18-05 السابق الذكر عليه بموجب المادة 06 من منه: "يقصد في مفهوم هذا القانون...العقد الالكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق ل23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني"[9].

أما مفهوم العقد في القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية فقد عبر عنه المشرع بالمادة 3/03 منه: "بأنه كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من احد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه، يمكن أن ينجز العقد على شكل طلبية أو فاتورة أو سند ضمان أو جدول أو وصل تسليم أو سند أو أي وثيقة أخرى مهما كان شكلها أو سندها تتضمن الخصوصيات أو المراجع المطابقة لشروط البيع العامة المقررة سلف[10].

يتبين مما سبق بأن المشرع قد عرف العقد الالكتروني في جزء منه بالإحالة إلى أحكام القانون رقم 04-02 السابق الذكر وفي جزئه الآخر قد اشترط وجوب إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الالكتروني[11].

انطلاقا من التعريفات السابقة للعقد الالكتروني يتضح بأنه يتسم بمجموعة من الخصائص على النحو التالي:

1- العقد الالكتروني عقد يبرم عن بعد عبر الوسائط الالكترونية.

يتم إبرام العقد الالكتروني دون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الالكتروني انه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي عن طريق وسائل اتصال تكنولوجية حيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الالكترونيين عبر تقنية الاتصالات الالكترونية، ويشترك هذا العقد مع بعض العقود بالنسبة لهذه الصفة كما هو الشأن في التعاقد بالمنتال أو التلفزيون أو التليفون أو بالكتالوج وان كان يتميز عنهم من حيث إمكانية تلاقي الأطراف بصورة مسموعة مرئية إذا تم عبر الانترنت وبالتالي التفاعل فيما بينهم[12].

ويتم استخدام الوسائط الالكترونية في إبرام العقد الالكتروني وهي أساسية فيه لأن هذا العقد لا يختلف من حيث الموضوع أو الأطراف عن سائر العقود التقليدية، والاتصالات الالكترونية في مجال العقود الالكترونية يتسع مجالها ليشمل كل أنواع الاتصالات التي يتم التعبير فيها عن الإيجاب سواء عن طريق الصورة أو الصوت أو الإشارة الدالة على محتواها، وكذلك تشمل الاتصالات التي تجري بالوسائل السلكية أو أجهزة الاتصالات التي تعمل بالموجات الهرتيزية وأيضا تشمل عروض الإيجاب التي تنتقل عبر الأقمار الصناعية[13].

2- تعدد وسائل الدفع في العقد الالكتروني.

قد يتجاوز الدفع في العقود الالكترونية الطرق التقليدية إلى الدفع الالكتروني بمختلف صوره سواء عن طريق البطاقات الالكترونية وهو الأمر الشائع أو عن طريق الأوراق الالكترونية أو ما يعرف بالذهب الالكتروني الذي يعبر عن عملية تحويل للذهب الحقيقي المودع لدى بنك أو إحدى المؤسسات المالية المخولة قانونا بإجراء هذا النوع من العمليات المصرفية إلى عملة في حساب العميل وبالتالي يمكنه السداد عن طريق تحويل هذه العملة من حساب إلى آخر[14].

3- العقد الالكتروني ذو طابع تجاري استهلاكي غالبا.

يتصف العقد الالكتروني غالبا بالطابع التجاري الاستهلاكي وهو ما يعرف بعقد التجارة الالكترونية، نظرا لأن عقود البيع الالكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود لكن الطابع التجاري لا يلتصق بالضرورة بالعقد الالكتروني لأن هناك بعض العقود الالكترونية لا تستهدف إ داث اثر قانوني بالمعنى التجاري التقليدي سواء تعلقت تلك العقود بسلع أو خدمات ذات قيمة مالية كعقود الدخول إلى الشبكة، وبالتالي لا يكون الدافع من وراء ذلك تجاري بقدر ما يكون الاستفادة من استغلال إمكانيات الشبكة [15].

4- العقد الالكتروني ذو طابع دولي عادة.

تتعلق الصفة الدولية للعقد الالكتروني بالطابع الدولي لشبكة الانترنت التي تعتبر أكثر الوسائل استعمالا لإبرام العقود الالكترونية وان كانت ليست الو يدة، مع العلم أن هذه الصفة تثير الكثير من الإشكالات القانونية، خاصة تحديد الأهلية المشترطة للإبرام وكيفية التحقق من هوية المتعاقدين فضلا عن تحديد نظام فض المنازعات خاصة إذا تعلق الأمر بالقضاء دون التحكيم وبالتالي المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق [16].

المطلب الثاني: أنواع العقد الالكتروني.

يتضمن هذا العنصر عقد استخدام الشبكة **(الفرع الأول)**، عقد الإيجار المعلوماتي **(الفرع الثاني)**، عقد توريد المعلومات **(الفرع الثالث)** وعقد إنشاء موقع الكتروني **(الفرع الرابع)**،

الفرع الأول: عقد استخدام الشبكة.

عقد استخدام الشبكة عبارة عن تصرف قانوني بين طرفي العلاقة العقدية (الموجب والقابل) يكون محله السماح للطرف الآخر بالانتفاع واستخدام شبكة الانترنت، بإتا ة كافة الوسائل التي تمكن المستخدم من دخول الشبكة والتجول بها وإجراء التصفح للمواقع والتعامل معها، وذلك بتوفير المودم والخط الواصل معه لإمكانية ربط هذا المودم مع جهاز الحاسب والأقمار الصناعية التي تبث إشارات رقمية يتم تحويلها للشكل الذي نجد شبكة الانترنت عليه، كما يتوجب على المزود توفير كافة البرامج الأساسية لتشغيل خدمة الانترنت، وتبعا لذلك يكون هذا العقد كأي عقد آخر

من حيث أركان انعقاده والالتزامات المترتبة عنه وان كانت تتسم بالخصوصية بحسب مضمون هذا العقد[17].

وهنا تجب الإشارة إلى أن عقد استخدام الشبكة يعتبر الأساس في تواجد العقود الالكترونية المبرمة عبر الانترنت، لأنه إذا لم يكن هناك إمكانية لاستخدام شبكة الانترنت لا يمكن الحديث عن تبادل معلومات ذات طابع الكتروني بين الأطراف في هذا النوع من العقود، نظرا إلى المزايا التي يوفرها من تجول عبر المواقع المتوفرة والبحث عن السلع التي يرغب بها المستخدم إذا كنا بصدد عقد شراء وكذلك أساسي في مرحلة التفاوض إذا كان العقد يشمل هذا الحق للمستهلك الالكتروني[18].

الفرع الثاني: عقد الإيجار المعلوماتي.

عقد الإيجار المعلوماتي او كما يعرف بعقد الإيواء المعلوماتي هو العقد الذي يبرم بين طرفين احدهما متعهد الإيواء الذي يمارس عمله على سبيل الاحتراف، والثاني هو مستخدم شبكة الانترنت يلتزم بموجبه الطرف الأول أن يخصص جزء من أجهزته وأدواته المعلوماتية في تصرف المستخدم، وبذلك يتيح له الوصول إلى المضمون المعلوماتي من خلال تخصيص مساحة من القرص الصلب لحاسوبه بشكل مباشر ودائما مقابل مبلغ مادي يلتزم به الطرف الثاني[19].

بالنسبة للتكيف القانوني لهذا العقد فقد اختلف الفقه نظرا لارتباط ذلك ببيان الالتزامات التي تترتب على طرفيه فضلا عن مسؤولية متعهد الإيواء، حيث ذهب رأي من الفقه إلى تكييف عقد الإيواء على انه عقد مقاولة لان عقد الإيواء يتحد مع عقد المقاولة من حيث أن كلا العقدين من العقود الواردة على العمل كما لا توجد علاقة تبعية بين متعهد الإيواء والمستخدم، بينما ذهب رأي أخر إلى تكييفه بأنه عقد إيجار لان متعهد الإيواء يسمح لمستخدم الشبكة المعلوماتية بالانتفاع ببعض إمكانيات أجهزته المعلوماتية مع الاحتفاظ بملكية الأجهزة المذكورة، كما أن الخدمات التي يقدمها متعهد الإيواء كالتزامه بتقديم المساعدة الفنية لمستخدمي الشبكة وتقديم خدمة البريد الالكتروني وغيرها من الخدمات التي تعد التزاما تبعيا لالتزامه الأساسي المتمثل في تأجير مساحة من القرص الصلب الذي لا يمكن أن يقوم عقد الإيواء من دونه وبذلك تحدد مسؤولية متعهد الإيواء عن الأضرار التي تلحق بالغير من جراء استعمال العميل لأجهزته وفقا للقواعد العامة المقررة بشان مسؤولية حارس الأشياء وهو الاتجاه الراجح[20].

الفرع الثالث: عقد توريد المعلومات

عقد توريد المعلومات هو العقد الذي يلتزم به مورد المعلومات اتجاه مورد منافذ الدخول إلى الانترنت او ا لد الوسطاء الفنيين في مجال الخدمات المعلوماتية بتوريد المعلومات بصورة متعاقبة ومنتظمة في مقابل مالي، وهو ما يجعل هذا العقد يختلف عن عقد الدخول إلى الانترنت التي يرتبط فيها المورد مع المستخدم مباشرة [21].

اختلف الفقه كذلك بالنسبة للطبيعة القانونية لهذا العقد، فهناك من يرى بأنه عقد بيع أداء انطلاقا من فكرة أن عقود الإنتاج الذهني عقود بيع خدمات وبما أن الخدمات قابلة للانتقال فإنه يجوز التصرف فيها عن طريق بيعها لأن لها قيمة اقتصادية وبالتالي تأخذ وصف السلعة ويكون لها سعر خاص في سوق المعلومات، في ين ذهب رأي آخر إلى اعتبار عقد توريد المعلومات انه عقد نشر على أساس أن المورد عندما يقوم بتوريد نتاجه الذهني على شبكة الانترنت فإنه يقوم بنشر مصنفاته مقابل التزام الناشر بدفع مقابل مالي لأن عقد النشر من العقود الواردة على العمل، كما ذهب رأي ثالث إلى اعتبار هذا العقد عقد مقاولة لكن الراجع هو اعتبار عقد توريد المعلومات إ لدى صور توريد الخدمات كما هو الشأن بالنسبة لخدمات الهاتف النقال [22].

الفرع الرابع: عقد إنشاء موقع الكتروني

عقد إنشاء موقع الكتروني هو عقد بين شخص يسعى لإ لداث وجود له على الانترنت وبين مصمم هذا الموقع، وموقع الويب عبارة عن خدمة تقدم عبر شبكات الاتصالات المتعددة ويتكون من النصوص والصور الثابتة والمتحركة والأصوات والمعالجة بلغة الكمبيوتر "HTML"، الموضوعة تحت تصرف مستخدم الشبكة، أين يلتزم مصمم الموقع بالمواصفات ذات الطبيعة الفنية المبينة في العقد والإطار الافتتاحي والايقونات، ويعد هذا العقد من عقود المقولة لأن موضوعه انجاز عمل يتعلق بأداء خدمة معلوماتية، وتجب الإشارة إلى أن هذه الموقع تنشئ أصالة تحت اسم مستقل عن طريق أسماء الحقول أو أسماء الدومين أو أن يتم ذلك من خلال موقع آخر وقد تعرض خدماتها إما مجانا أو في مقابل مادي [23].

المبحث الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني

الأصل في التعاقد ح رية كل طرف في التفاوض وتحديد شروط وبنود العقد والاتفاق على آثار هذا العقد من ح قوق والالتزامات وفقا لمصلحة المتعاقدين معا تطبيقا لمبدأ سلطان الإرادة وهو ما يعرف بعقود المساومة، لكن هناك نوع من العقود يضع فيها ا ح د الطرفين شروط العقد لو ح دة وما على الطرف الثاني إلا الرفض أو القبول بهذه الشروط دون مساومة وهو ما يعرف بعقود الإذعان، والعقد الالكتروني بالنظر إلى خصوصيته من ح يث وسيلة وظروف إبرامه تطرح إشكالية انتمائه إلى ا ح د هذين النوعين من العقود أو هل يمكن أن يكون كلاهما معا تعويلا على خصوصية هذا العقد، ح يث اختلف الفقه في انتماء العقد الالكتروني بصفة عامة فهناك من اعتبره عقد إذعان تغيب فيه إرادة طرف لحساب طرف آخر(**المطلب الأول**)، وهناك من اعتبره عقد مساومة يخضع لمبدأ سلطان الإرادة (**المطلب الثاني**)، في ح ين يرى البعض بأن العقد الالكتروني قد يكون عقد مساومة وعقد إذعان (**المطلب الثالث**)، وهناك موقف المشرع الجزائري من ذلك (**المطلب الرابع**).

المطلب الأول: العقد الالكتروني عقد إذعان

عقود الإذعان مصطلح غربي ح ديث جاء لاتفاقيات تحكمها خصائص وشروط معينة ويبدو أن الفقيه "سالي" هو أول من جذب الأنظار في فرنسا نحو هذه العقود عندما سطر في كتابه "الإعلان عن الإرادة" أن هناك بعض العقود يفرض مضمونها بواسطة أ ح د المتعاقدين على المتعاقد الآخر الذي يقتصر دوره على انضمامه لهذا العقد بدون مناقشة أو تعديل، ومن هنا أطلق عليها الأستاذ سالي d'adhesion contrats بمعنى عقود الانضمام، أما في الفكر القانوني العربي فيعتبر السنهوري أول من استخدم تعبير عقود الإذعان ح يث يسمي الفرنسيون العقود التي يكون فيها القبول على النحو المتقدم بعقود الانضمام لأن من يقبل العقد إنما ينضم إليه دون أن يناقشه، وهذه التسمية ابتدعها الأستاذ سالي في كتابه "الإعلان عن الإرادة"، وهذه التسمية أكثر توفيقا من التسمية الفرنسية لأن الإذعان يدل على معنى الاضطرار، بينما الانضمام أوسع دلالة من ذلك إذ يشمل عقد الإذعان وغيرها من العقود التي ينضم إليها القابل دون مناقشة وقد استقرت هذه التسمية في أغلب التشريعات العربية ومنها التشريع الجزائري [24].

تجب الإشارة إلى أن لعقد الإذعان مفهوم تقليدي وآخر ◻لديث، بالنسبة للمفهوم الأول فإن عقد الإذعان يقوم على عناصر ثلاثة أن يتعلق بسلعة او خدمة ضرورية للجمهور بحيث لا يستطيع الناس الاستغناء عنها، أن يكون ا ◻د المتعاقدين محتكرا للسعلة او الخدمة سواء ا ◻تكارا قانونيا او فعليا، أن يقوم مقدم هذه السلعة او الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة مسبقا ولا يقبل النقاش فيها، أما بالنسبة للمفهوم الحديث فيرى بعدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان ولا يشترط تعلق العقد بالسلع او الخدمات الضرورية او أن تكون هذه الأخيرة محل ا ◻تكار قانوني او فعلي، بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة ا ◻د المتعاقدين بحيث لا يقبل أي مناقشة للشروط الواردة به او أن يوجد ا ◻د طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من ◻يث المقدرة الاقتصادية او الخبرة المهنية، وتتمثل أهمية هذا الطرح في الحماية التي يمكن أن يحضى بها المستهلك الالكتروني بمجرد اعتباره طرفا في عقد إذعان وفقا للمفهوم الحديث لهذا العقد دون الحاجة إلى إثبات المعايير الأخرى وفقا للمفهوم التقليدي له، ويتحقق ضعف الطرف المذعن بمجرد أن العقد تم إعداده مسبقا بواسطة الطرف الآخر بصورة تحقق مصلحة هذا الأخير دون فتح المجال للمناقشة او المساومة وهو ما يعتبر تطورا لفكرة الإذعان بهدف توفير ◻ماية أكثر للمستهلك [25].

واستناد إلى المفهوم الموسع لعقد الإذعان ذهب البعض إلى اعتبار أن العقد الالكتروني عقد إذعان بالنسبة للمستهلك لأنه الطرف الضعيف دائما وانه بحاجة إلى الحماية نظرا إلى الشروط التعسفية التي قد يتضمنها هذا النوع من العقود الذي ينشئ عدم توازن في الحقوق والالتزامات ضد مصلحة المستهلك لحساب مصلحة المهني، وتأسيسا كذلك على أن الموجب إليه لا يملك إلا أن يضغط على عدد من الخانات المفتو◻ة أمامه في موقع الموجب على شبكة الانترنت للتعبير عن إرادته وليس له خيارات أخرى من شأنها التعبير عن رغبات أخرى تعبر عن مناقشة او مساومة من أي نوع وبالتالي إما قبول العقد كما جاء او رفضه فقط [26].

المطلب الثاني: العقد الالكتروني عقد مساومة

عقود المساومة أو كما تعرف بعقود المشيئة هي تلك العقود التي يملك المتعاقدان ◻رية مناقشة شروط العقد، وتخضع العملية التعاقدية فيها لمبدأ المساومة الفعلية والقانونية بين

أطراف العقد وفي مثل هذه العقود نجد أن هناك توازن فيما بين المراكز الاقتصادية للمتعاقدين ولا يتم الاتفاق فيها إلا بعد التفاوض والمساومة [27].

أما بالنسبة للعقد الالكتروني فيرى بعض الفقه باعتباره عقد مساومة على أساس انه لا يتوافر على الخصائص التي تميز عقد الإذعان، والموجب لا يتمتع بأي ا تكار لا قانوني ولا فعلي بالنظر إلى عالمية الشبكة وطبيعتها والخدمات المعروضة بواسطتها لأنها تقوم على المنافسة الحرة، وكذلك الشأن بالنسبة لمسألة المناقشة من خلال الانتقال من موقع إلى آخر والاختيار وفق ظروف ورغبات العميل الشخصية، وان عملية المساومة لا تزال قائمة بالنسبة للعقد الالكتروني على اختلاف أنواعها والموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة مسبقا بل له كمستهلك كامل الحرية في التعاقد بشأن أي منتج او خدمة و تى المفاضلة بين مختلف الموردين المتا ين في السوق وبالتالي فالرضائية تسود هذه العقود [28].

المطلب الثالث: العقد الالكتروني عقد إذعان وعقد مساومة

انطلاقا من قيقة أنه يمكن إبرام العقد الالكتروني عبر العديد من الوسائل، فإنه تبعا لذلك تثار إشكالية مدى تأثير الوسيلة المستعملة في إبرامه على طبيعته من يث الرضائية والإذعان، فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني او من خلال المحادثة او باستخدام الوسائل السمعية المرئية فإن هذا العقد يكون عقدا رضائيا، يث يتبادل الأطراف الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الالكترونية ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بكل رية ول شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطرو ة عليه تى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه، أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب أين تتم عادة عبر عقود نموذجية يث تكون شروط العقد معدة مسبقا من قبل الموجب ولا يترك مجال لمناقشتها من قبل الموجب له وهنا لا يكون المتعاقدان على قدم المساواة وبالتالي فالعقد عقد إذعان [29].

المطلب الثالث: موقف المشرع الجزائري.

بداية لم ينص المشرع الجزائري بشكل مباشر على تعريف خاص لعقد الإذعان لكن انطلاقا من تعريفه للعقد الالكتروني بموجب القانون رقم 18-05 السابق الذكر عند إ□الته لأ□كام القانون رقم 04-02 السابق الذكر، يتضح موقفه بالنسبة لتحديد الفئة التي ينتمي إليها هذا العقد □يث اعتبر وبشكل صريح أن العقد الالكتروني عقد إذعان استنادا إلى معيار انفراد ا□د الأطراف والذي يتمثل وفقا لأ□كام هذا القانون في العون الاقتصادي الذي يقوم بالتحرير المسبق لشروط الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر المتمثل في المستهلك □يث لا يمكن لهذا الأخير إ□داث تغيير □قيقي فيه [30].

هذا وتجب الإشارة إلى أن المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006 قد □دد المقصود بالعقد الذي ورد تعريفه في القانون رقم 04-02 السابق الذكر، بالمادة الأولى منه: "يقصد بالعقد في مفهوم هذا المرسوم وطبقا للمادة 3 الحالة 4 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو سنة 2004 والمذكور أعلاه، كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة □رر مسبقا من ا□د أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إ□داث تغيير □قيقي فيه" [31].

وتتمثل أهمية تحديد هذه الطبيعة وفقا للتشريع الجزائري في الحماية القانونية التي كرسها المشرع للمستهلك كطرف مذعن في العديد من النصوص القانونية بدء بالأمر رقم 75-58 السابق الذكر باعتباره الشريعة العامة للعقود، ويتجلى ذلك بمناسبة تفسير القاضي للعقد لاسيما المادة 112 منه: "يؤول الشك لمصلحة المدين غير انه لا يجوز أن يكون تأويل العبارات الغامضة في عقود الإذعان ضارا بمصلحة الطرف المذعن" [32].

ويقصد بالمدين الشخص صا□ب الالتزام الذي يحوط الشك تفسير عبارات التزامه وتجب الإشارة إلى أن تقرير هذه العبارة يرجع للعديد من الاعتبارات فالأصل هو براءة الذمة والاستثناء أن يكون الطرف ملتزما وهذا الاستثناء لا يجب أن يتوسع فيه، ولما كان الدائن هو الذي يملي الالتزام فإذا تم ذلك بشكل غامض فإنه يتحمل عندئذ خطأه من خلال تفسيره لمصلحة المدين، ولكن الأخذ بهذه القاعدة لا يكون إلا إذا لم يتمكن القاضي من رفع الشك باستخدام وسائل التفسير المختلفة وإلا فإنه يجب الأخذ بما تفرضه نية المتعاقدين ولو كان التفسير ضد مصلحة المدين [33].

وكذلك الشأن بمناسبة بيان سلطات القاضي في تعديل شروط العقد كاستثناء من القاعدة العامة المتمثلة في أن هذا الأخير يخضع لإرادة المتعاقدين[34].

وتبعا لذلك إذا تم العقد بطريق الإذعان وكان قد تضمن شروطا تعسفية فإنه يجوز للقاضي أن يعدل هذه الشروط او أن يعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقا لما تقضي به العدالة مع العلم أن هذه القاعدة الاستثنائية قاعدة آمرة أي انه لا يجوز الاتفاق على مخالفة مقتضياتها [35].

خاتمة

إن تكنولوجيا الاتصال والمعلومات قد أثرت بشكل كبير في عالم الأعمال والمجال التجاري على الخصوص، ◻يث أصبحنا اليوم ملزمين بتعلم مختلف التقنيات التي تفرضها هذه التكنولوجيا والتي تمس مختلف مجالات ◻ياتنا، لاسيما التعاقدية منها والتي تأخذ الحصة الأكبر من تصرفاتنا اليومية.

◻يث تضمن هذا البحث طرح ومناقشة للمفاهيم الأساسية في العقد الالكتروني، وكذا تم التطرق إلى موقف المشرع متى كان ذلك ممكنا بالنظر إلى مختلف العناصر التي تم تناولها، وقد توصلنا إلى عدد من النتائج مكنتنا من الإجابة على الإشكالية المطرو◻ة في بداية الدراسة:

-لم يتضمن قانون اليونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لعام 1996 تعريفا للعقد الإلكتروني بالرغم من استعماله لهذا المصطلح في العديد من مداولات لجنة الأمم المتحدة لقانون التجاري الدولي، لكنه في المقابل اعتبر التعاقد الإلكتروني إشارة لتكوين العقد الإلكتروني عن طريق رسائل البيانات.

- لم يتضمن التوجه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد تعريفا للتعقد الالكتروني بل اكتفى بتعريف التعاقد عن بعد.

- اختلفت التشريعات المقارنة في إعطاء تعريف للعقد الالكتروني نظرا لاختلاف الزاوية التي يؤخذ بها في ها الشأن، فمنهم ركز على الوسيلة التي يبرم بها سواء بشكل كلي أو جزئي ولم يتطرق إلى المر◻لة السابقة على العقد من ◻يث إمكانية التفاوض بشأن شروط العقد وأيضا لم يبين مر◻لة ما بعد إبرام العقد أي مر◻لة تنفيذ هذا العقد كما هو الشأن بالنسبة للمشرع الأردني. ومنهم من كان أكثر تحديدا من خلال تبيان كيفية صدور التعبير عن الإرادة في هذا العقد، وكذا المر◻لة السابقة على

انعقاد العقد وتبعا لذلك يكفي أن يتم التعبير عن إرادة ا ل د المتعاقدين ح ى يكون العقد الكترونيا وفقا لهذا القانون كما هو الشأن بالنسبة للمشرع المصري.

- تناول المشرع الجزائري تعريف العقد الالكتروني في جزء منه بالإ ا لة إلى أ كام القانون رقم 02-04 السابق الذكر وفي جزئه الآخر قد اشترط وجوب إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء ص يا لتقنية الاتصال الالكتروني.

- يتنوع العقد الالكتروني بصفة عامة ليشمل العديد من الأنواع كعقد استخدام الشبكة، عقد الإيجار المعلوماتي، عقد التوريد المعلوماتي، عقد إنشاء موقع الكتروني.

- اعتبر المشرع العقد الالكتروني عقد إذعان وفقا لتعريف العقد في ظل القانون رقم 02-04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، وانه عقد يتم إبرامه عن بعد وجوبا دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء ص يا لتقنية الاتصال الالكتروني، وتبعا لذلك يكون عقد التجارة الالكترونية وفقا للقانون 18-05 السابق الذكر، تعاقدا بين غائبين ولا يمكن أن يبرم هذا العقد بين ا اضرين لا ق يقة ولا ك كما، وعبارة "دون الحضور الفعلي والمتزامن" تأكيد من المشرع على اعتبار عقد التجارة الالكترونية عقد يبرم بين غائبين أي انه يخضع إلى أ كام هذا التعاقد، وبالتالي تطبق القواعد العامة المتعلقة بالتعاقد بين غائبين المكرسة في أ كام القانون المدني في هذا الشأن فيما لم يوجد بشأنه نص خاص في مسألة تطابق الإيجاب والقبول في عقد التجارة الالكترونية.

وانطلاقا من هذا البحث وبناء على النتائج المتوصل لها، كان لنا بعض التوصيات للمشرع نوردها على النحو الآتي:

- تعديل نص المادة 1/06 المتعلقة بتعريف العقد الالكتروني و صر نطاقه في عقد التجارة الالكترونية ليتماشى مع مضمون القانون رقم 18-05 السابق الذكر.

- توضيح المقصود بمر لة توثيق المعاملة التجارية الالكترونية بموجب عقد الكتروني، وتحديد العلاقة التي تربط هذه المر لة باختصاصات الضابط العمومي وفقا للقواعد العامة التي تحكم توثيق العقود الشكلية.

الهوامش:

[1] بسمان نواف فتحي الراشدي, عقود التجارة الالكترونية وقواعد إبرامها, الطبعة الأولى, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2014, ص. 17.

[2] المادة 02 الفقرتين "أ, ب" من قانون الاونسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع 1996 مع المادة الإضافية 5 مكرر, الصيغة المعتمدة عام 1998, منشورات الأمم المتحدة, نيويورك, 2000.

[3] المادة الثانية من التوجه الأوروبي رقم 7/97 الصادر في 20 ماي 1997.

[4] خالد ممدوح إبراهيم, إبرام العقد الالكتروني, دراسة مقارنة, دار الفكر الجامعي, الإسكندرية, 2011. ص. 72.

[5] بسمان نواف فتحي الراشدي, المرجع السابق, ص. 16.

[6] رباحي ا ممد, "الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني", الأكاديمية للدراسات الاجتماعية والإنسانية, العدد العاشر, قسم العلوم الاقتصادية والقانونية, جوان 2013, ص. 99.

[7] المادة 54 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975, المتضمن القانون المدني, (ج ر عدد 101 المؤرخ في 19 ديسمبر سنة 1975), المعدل والمتمم.

[8] محمد صبري السعدي, الواضح في شرح القانوني المدني (النظرية العامة للالتزامات, مصادر الالتزام, العقد والإرادة المنفردة), دراسة مقارنة في القوانين العربية, دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع, الجزائر, ص 44.

[9] المادة 06 من القانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي سنة 2018, المتعلق بالتجارة الالكترونية, (ج ر عدد 28 المؤرخ في 16 ماي سنة 2018).

[10] المادة 3/03 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان سنة 2004, المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية, (ج ر عدد 41 المؤرخ في 27 جوان سنة 2004), المعدل والمتمم.

[11] ددت المادة 10 /21 من القانون رقم 18-04 المؤرخ في 10 مايو سنة 2018, المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالبريد والاتصالات الالكترونية, (ج ر عدد 27 المؤرخ في 13 مايو سنة 2018), المقصود بشبكة الاتصالات الالكترونية: " كل منشاة او مجموعة منشآت تتضمن إما إرسالا او إرسال وإيصال إشارات الكترونية وكذا تبادل معلومات التحكم والتسيير المتصلة بها, ما بين النقاط الطرفية لهذه الشبكة وعند الاقتضاء الوسائل الأخرى التي تضمن إيصال الاتصالات الالكترونية وكذا التحويل والتوجيه, تعد شبكات اتصالات الكترونية خصوصا: شبكات الأقمار الصناعية والشبكات الأرضية والأنظمة التي تستعمل الشبكة الكهربائية شريطة أن تستعمل لإيصال الاتصالات الالكترونية".

[12] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 74.

[13] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع نفسه, ص 75.

[14] رباحي ا ممد, المرجع السابق, ص. 99.

[15] خالد السيد محمد عبد المجيد موسي, آثار عقد العمل الالكتروني, دراسة مقارنة, مركز الدراسات العربية, مصر, ص. 29.

[16] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 77.

[17] محمد فواز محمد المطالقة, الوجيز في عقود التجارة الالكترونية, دراسة مقارنة, الطبعة الأولى, الإصدار الثاني, دار الثقافة للنشر والتوزيع, عمان, 2008, ص. 37.

[18] محمد فواز محمد المطالقة, المرجع نفسه, ص. 38.

[19] سين عبيد شعواط, عبد المهدي كاظم ناصر, عقد الإيواء المعلوماتي, ورقة بحثية, كلية القانون, جامعة القادسية, العراق, 2015, ص. 07.

[20] □سين عبيد شعواط, عبد المهدي كاظم ناصر, المرجع السابق, ص. 13.

[21] محمد علي صا□ب □سن, "عقد توريد المعلومات عبر الانترنت", العدد 14, المجلد 11, كلية القانون, جامعة المستنصرية, العراق, 2012, ص. 06.

[22] محمد علي صا□ب □سن, المرجع نفسه, ص. 08.

[23] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 103.

[24] عامر ر□مون, عقد الإذعان في الفقه الإسلامي والقانون المدني الجزائري, دراسة مقارنة, مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في العلوم الإسلامية, تخصص شريعة وقانون, كلية العلوم الإسلامية, جامعة يوسف بن خدة, السنة الدراسة: 2013/2012, ص. 20.

[25] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 85.

[26] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع نفسه, ص. 86.

[27] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع نفسه, ص. 83.

[28] رباحي ا□مد, المرجع السابق, ص. 100.

[29] خالد ممدوح إبراهيم, المرجع السابق, ص. 89.

[30] المادة 4/03 من القانون رقم 04-02 السابق الذكر.

[31] المرسوم التنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر سنة 2006, المحدد للعناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر تعسفية, (ج ر عدد 56 المؤرخ في 11 سبتمبر سنة 2006).

[32] المادة 112 من الأمر رقم 75-58, المرجع السابق.

[33] المادة 111 من الأمر رقم 75-58, مرجع سابق.

[34] المادة 106 من الأمر رقم 75-58, المرجع نفسه.

[35] المادة 110 من الأمر رقم 75-58, المرجع نفسه.