جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم القانون الخاص

التراضي في التعاقد عن بعد على ضوء قانون التجارة الإلكترونية الجزائري

مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق

تخصص قانون خاص

من إعداد الطالبتين:

✓ براهمي ليدية

✓ شفاعي حنان

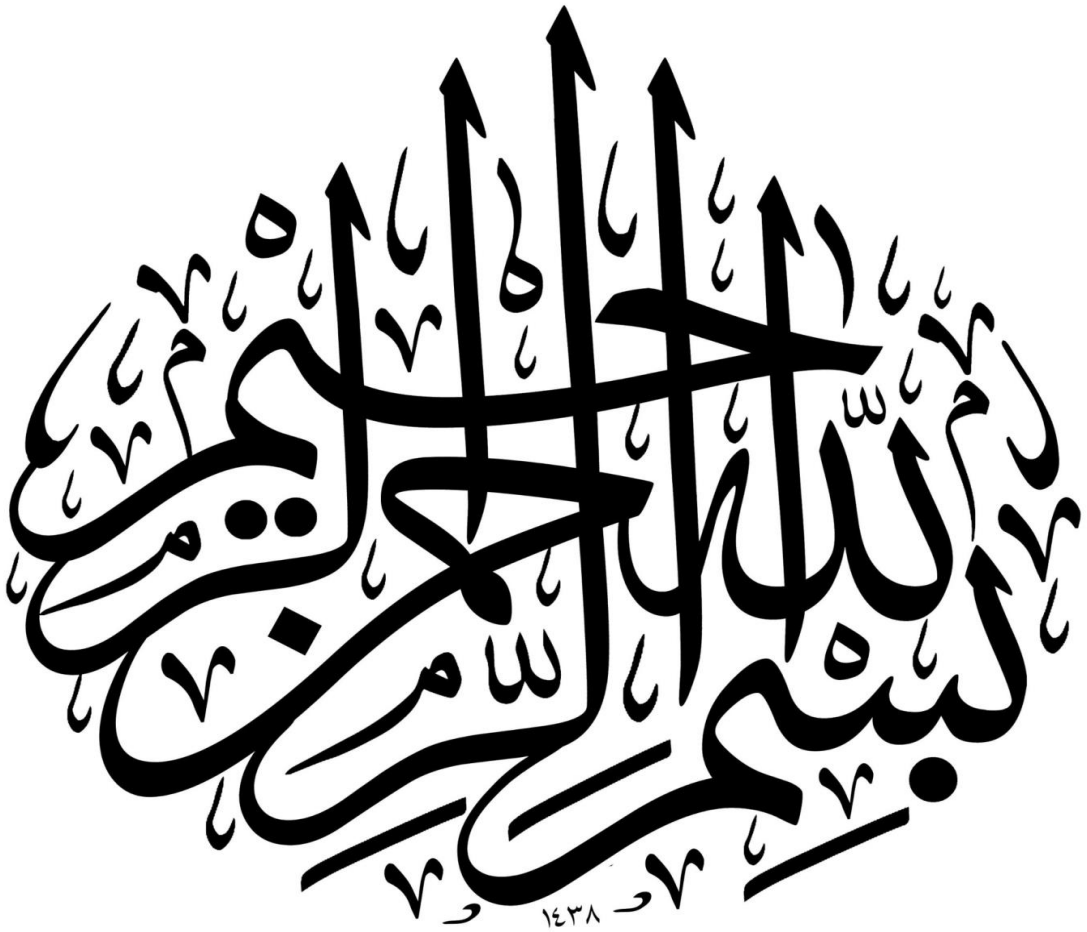
تحت إشراف الدكتور:

بهلولي فاتح

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة العلمية	الجامعة	الصفة
د/ سقلاب فريدة	أستاذ محاضر "أ"	جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–	رئيسة
د/ بهلولي فاتح	أستاذ محاضر "أ"	جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–	مشرفا ومقررا
أ/ ماتسة لامية	أستاذ مساعد "أ"	جامعة عبد الرحمان ميرة –بجاية–	ممتحنة

السنة الجامعية: 2021-2022


بسم الله الرحمن الرحيم
١٤٣٨

﴿ وَقُلْ رَبِّ أَدْخِلْنِي مُدْخَلَ صِدْقٍ وَأَخْرِجْنِي مُخْرَجَ صِدْقٍ وَ اجْعَلْ لِي مِنْ لَدُنْكَ سُلْطَانًا نَصِيرًا (٨٠) ﴾

سورة الإسراء الآية 80.

كلمة شكر

الحمد لله عز وجل، وهو المستحق للثناء والشكر دائما، الذي وفقنا لإتمام هذا العمل المتواضع.

كما نتقدم بخالص شكرنا وتقديرينا إلى الأستاذ المشرف الدكتور **"بهلولي فاتح"** الذي قدم لنا يد العون لإنجاز هذه المذكرة، وما بذله من جهد معنا، والذي لم يبخل علينا بنصائحه وتوجيهاته القيمة، أسأل الله أن يجزيه كل الخير ويديم عليه الصحة والعافية.

كما لا ننسى أن نتقدم بالشكر والامتنان إلى أعضاء لجنة المناقشة على تفضلهم بمناقشة هذه المذكرة وإفادتهم بملاحظتهم القيمة، ولهم منا تحية خاصة وخالصة.

ولا يفوتنا تقديم جزيل الشكر لكل من مد لنا يد العون والمساعدة من قريب أو من بعيد في إتمام هذا العمل المتواضع.

إهداء

إلى روح أبي الراحل الذي كان سندا لي في الحياة رحمة الله عليه

إلى أعز وأغلى إنسانة في حياتي، التي أنارت دربي بنصائحها، إلى من منحتني القوة والعزيمة لمواصلة الدرب، إلى قرة عيني وسر نجاحي أمي الغالية أدامها الله وأطال في عمرها.

إلى إخواني **"نسيم"** و**"كمال"**و**"كريم"**و**"أمين"** الذين أشكرهم على دعواتهم لي بالتوفيق.

إلى أختي العزيزة وزوجها حفظهم الله عز وجل.

إلى كل من وقفوا بجانبي في إكمال مسيرتي الدراسية وندعو الله أن يتمم علينا بالنجاح.

إلى زملائي الطلبة مع خالص المحبة

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

الطالبة: براهمي ليدية

إهداء

إلى ملكة حياتي .. إلى صاحبة اللمسة التي ترفعني كلما تضغط الحياة علي و تصبح أقسى إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقها .. إلى من حملتني وهنا على وهن

إلى **أمي الغالية** و من غيرها .. حفظها الله و أدامها جنة في بيتنا.

إلى من أحمل اسمه بكل افتخار .. إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم أرجو من الله أن يمد في عمرك لترى حلمك محققا عن طريقي و ترى ثمارا

آن قطافها

إلى **أبي الغالي** و من سواه .. أطال الله عمره و أدامه سندا لحياتنا.

إلى من قضيت معهم أجمل طفولة .. أختي طبيبة المستقبل و إخوتي .

إلى من كسبت بفضلهن أجمل ذكريات حياتي .. من تقاسمت معهن الحلو و المر صديقاتي **"رشا"** و **"زينة"**

إلى كل طالب علم

إلى كل هؤلاء أهدي هذا العمل

الطالبة: شفاعي حنان

قائمة أهم المختصرات

أولا: باللغة العربية

ق.م.ج: القانون المدني الجزائري.

ص: صفحة.

ص ص: من صفحة إلى صفحة.

ج.ر.ج.ج: الجريدة الرسمة للجمهورية الجزائرية.

ثانيا: باللغة الفرنسية

P: Page.

Éd: Édition.

مقدمة

يشهد العالم اليوم تطورا هائلا وسريعا في تكنولوجيا عالم الاتصالات وعلى رأسها الإنترنت، التي باتت من الوسائل التي لا يمكن الاستغناء عنها، فقد أصبحت الوسيلة المثلى في الاتصال ونقل المعلومات، ويعود الفضل في ذلك إلى التقدم العلمي الهائل في شبكات الاتصال الرقمية، فقد زالت الحدود الجغرافية، وتغير العالم باتجاه الاختصار والاقتراب حتى أصبح العالم اليوم مجرد قرية صغيرة، أين سمحت لأي شخص بإبرام تصرف مع شخص آخر في أية رقعة من العالم وفي لحظات بواسطة الحاسوب الآلي على نحو عرفت من خلاله العمليات التعاقدية مجموعة من التغيرات مست نظامها وبنيتها القانونية، فالتجارة الإلكترونية قد ساهمت في تغيير طريقة تسوق المستهلك، وذلك بإحداث نقلة نوعية لهذا الأخير، من التسوق العادي إلى نمط أخر من التسوق القائم في بيئة رقمية، بفضل تقنيات الاتصال الحديثة.

مما لاشك فيه أن العقود الإلكترونية شكلت تحولات واضحة في مجال قواعد التعاقد التقليدي، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري إلى إدخال تعديلات طفيفة في جل القوانين تقريبا، حيث قام بتعديل القانون المدني في سنة 2005 أين اعترف بالكتابة الإلكترونية فأقر بمبدأ التعادل الوظيفي بين المحرر الورقي والمحرر الإلكتروني من حيث حجية الإثبات[1]، كما اعترف بالتوقيع الإلكتروني[2]، حتى تستوعب هذا النوع من المعاملات واستقرارها، ولم يقف إلى هذا الحد بل قام بإصدار قانون مستقل بأحكام وقواعد خاصة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين وهو قانون رقم 15-04[3]، لكن الملاحظ أنه لم تكن كافية لتنظيم المعاملات الإلكترونية، لذا استحدث قوانين خاصة بهذه

[1] راجع المادتان 323 مكرر و323 مكرر 1 من قانون رقم 05-10 مؤرخ في 20 جوان 2005، ج ر ج ج، عدد 44، صادر في 26 جوان 2005، يعدل ويتمم الأمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني، ج ر ج ج، عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975.

[2] المادة 327 مكرر، المصدر نفسه.

[3] قانون رقم 15-04 مؤرخ في 10 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج.ج، عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

المعـاملات، فقـد أصـدر قـانون خـاص بالتجـارة الإلكترونيـة يتمثـل فـي القـانون رقـم 18-05[4]، أيـن أجـاز مـن خلالـه صـراحة التعامـل بـالعقود الإلكترونيـة، ومـن ثـم جـواز التعبيـر عن الإرادة باستعمال مختلف الوسائل الإلكترونية الحديثة لإبرام العقود.

مع تزايد انتشار المعاملات التجارية الإلكترونية التي تتم عبر شبكة الإنترنت، أثيرت العديد من الإشكالات والتساؤلات القانونية، سواء كان ذلك على المستوى الوطني أو على المستوى الدولي، ولعل أهمها تلك المتعلقة بركن التراضي باعتباره ركن أساسي وجوهري لتكوين العقد بصفة عامة، ومنها بطبيعة الحال العقود الإلكترونية والذي ينصرف في الحقيقة لوجود توافق إرادتين قصد إحداث أثر قانوني يتمثل في العقد، فخصوصية التراضي أثرت كثيرا على المفاهيم التقليدية السائدة في النظرية العامة للعقود.

يعتبـر ركـن التراضـي فـي العقـود الإلكترونيـة مـن الموضـوعات الهامـة، يفرضـه الواقـع والمسـتقبل، فلـه أهميـة بالغـة مـن الناحيـة العمليـة والعلميـة، حيـث تكمـن الأهميـة العمليـة فـي التطـور الكبيـر الـذي عرفـه العـالم فـي الثـورة التكنولوجيـة التـي مـن خلالهـا ظهـر نـوع جديـد مـن التجـارة، والمتمثلـة فـي التجـارة الإلكترونيـة، وكـذلك ظهـور نـوع جديـد مـن العقـود، والمتمثـل فـي عقـود التجـارة الإلكترونيـة، التـي تـتم عـن بعـد، ودون الحضـور المـادي للمتعاقـدين، باسـتعمال وسـائل الاتصـال الحديثـة، حيـث أصـبح التعامـل بهـا قـد تعـدى التعامـل بالتعاقـد التقليـدي، نظـرا لمـا تتسـم مـن مزايـا منهـا قيمتهـا الماليـة الضـخمة، والاسـتفادة مـن عامـل الزمـان، الأمـر الـذي زاد الاهتمـام باسـتخدامها فـي مجـال التجـارة الإلكترونيـة، أمـا الجانـب العلمـي فـإن أهميتـه تتجلـى مـن حداثـة الموضـوع، الـذي دفعنـا للاهتمـام بـه، لتغطيـة مختلـف جوانبـه وإزالـة أي غمـوض يكتنفـه، خاصـة فـي ظـل حداثـة القـوانين التـي عالجـت ونظمـت المعـاملات الإلكترونيـة، الأمـر الـذي سيسـاعد المتعـاملين فـي هـذا المجـال بتـوعيتهم حتى تضمن لهم الثقة والأمان في معاملتهم.

[4] قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، عدد 28، صادر بتاريخ 16 ماي 2018.

إن أسباب اختيارنا لدراسة هذا الموضوع تتمثل في أنه نظرا لتنظيم المتأخر للمعاملات الإلكترونية في الجزائر مقارنة بغيرها من التشريعات خاصة مع الانتشار الواسع والمتزايد الذي عرفه هذا النوع من المعاملات، وفضلا عن نقص الوعي والثقافة القانونية لدى المتعاملين في التجارة الإلكترونية خاصة في الدول النامية، مما يولد خوف وتردد لدى التجار والمستهلكين على التعامل بهذا النوع من العقود، بالإضافة إلى اهتمامنا بهذا النوع من المواضيع باعتباره حديث النشأة، وأيضا نقص الدراسات المتخصصة المعالجة لها، خاصة فيما يتعلق بالشق الأهم منه، ألا وهو ركن التراضي في العقود الإلكترونية، وذلك للوقوف على الإشكالات التي يثيرها، والسعي لإيجاد حلول لها.

فيما يخص أهداف دراسة هذا الموضوع، أهمها انه يلبي حاجة ماسة لوجود بحث متخصص الذي يحاول تقديم حلول للمشاكل التي ظهرت من التعاقد الإلكتروني، بحيث سوف نسعى من خلال الدراسة إلى تحليل جميع الجوانب التي يثيرها قيام ركن التراضي، وكشف الغموض عنه، بما يسمح للمتعاملين في هذا المجال بتجنب كافة المخاطر والعيوب التي قد تشوب الرضا، كما تسعى هذه الدراسة للتغلب على الصعوبات والإشكالات التي يطرحها التراضي الإلكتروني وخصوصيته، وبناء على كل مال سبق ذكره، تطرح الإشكالية التالية: **هل وفق المشرع الجزائري في مسايرة التقدم التكنولوجي في مجال التعاقد الإلكتروني لاسيما التراضي؟**

للإجابة على هذه الإشكالية، تم الإعتماد في هذه الدراسة على ثلاثة مناهج، بداية بالمنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل النصوص القانونية المختلفة والمتعلقة بموضوع الدراسة، إضافة إلى المنهج الوصفي الذي من خلاله تم وصف بعض الآراء الفقهية التي قيلت بخصوص الموضوع، والمنهج المقارن الذي تم الاعتماد عليه من خلال عرض ومقارنة بين مختلف التشريعات والاتفاقيات والتوجيهات التي نظمت المعاملات الإلكترونية لاستفادة منها.

لدراسة هذا الموضوع، تم تقسيمه إلى فصلين على نحو التالي:

الفصل الأول والموسوم بالتفاوض طريق ممهد للإيجاب.

أما الفصل الثاني والمعنون باقتران وتطابق الإيجاب بالقبول.

الفصل الأول

التفاوض كطريق تمهيدي للإيجاب

كان للتطور التكنولوجي في عالم الاتصالات آثار واسعة على العلاقات والتصرفات القانونية، لاسيما في مجال الأنشطة التجارية، حيث نشأت الحاجة إلى تنظيم وتحديث القواعد القانونية المتعلقة بها، ووضع قواعد خاصة تتناسب مع التقنيات الحديثة ووسائل التعاقد الإلكترونية، وبالتالي مواءمتها مع الوسائل الجديدة.

يمر التراضي في العقد بمرحلة ضرورية لا غنى عنها في التعاقد بصفة عامة، والتعاقد الإلكتروني بصفة خاصة وهي مرحلة المفاوضات، إذ أنه الغالب في هذا النوع من التعاقد أن يمر بهذه المرحلة، مما تتيحه من إمكانية التحاور حول جميع عناصر العقد، وذلك قصد الوصول إلى توافق إرادتهم في إبرام العقد، حيث يتم التفاوض في العقود التقليدية عن طريق الاتصال المباشر بين أطراف التعاقد، بينما قد تتم المفاوضات باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، وذلك تماشيا مع طبيعة التعاقد الإلكتروني، وقد تفضي المفاوضات إلى إبرام العقد أو عدمه.

لانعقاد عقد إلكتروني لابد من صدور إيجاب إلكتروني بات من أحد الطرفين لآخر، معربا عن إرادته في التعاقد، حيث يعد الإيجاب أول عناصر الرضا اللازمة لانعقاد العقد، فهو نقطة البداية الذي يؤسس عليه العقد، حيث يعتبر العمود الفقري للعلاقات التعاقدية ومنها العقود المبرمة من خلال الوسائط الإلكترونية، وكي يتكون القصد يجب أن يبدأ أحد الأشخاص بعرض جازم يتضمن العناصر الجوهرية للعقد المراد إبرامه، إلى شخص آخر أو إلى الجمهور بصفة عامة.

وبناء على هذه المسائل ارتأينا تناول التفاوض كطريق تمهيدي للإيجاب في مبحثين هما : مرحلة ما قبل التعاقد (المبحث الأول) والإطار المفاهيمي للإيجاب الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني

قد تسبق مرحلة التعاقد في الكثير من الأحيان لاسيما في العقود المركبة البالغة الأهمية والصفقات الكبيرة مرحلة يطلق عليها بمرحلة "ما قبل التعاقد الإلكتروني"، ونتيجة لازدياد المعاملات التجارية بصفة عامة وعلى المستوى الدولي بصفة خاصة، أصبحت للمفاوضات أهمية سواء على مستوى الأفراد أو الشركات التجارية، كما أن هذه الأهمية تزداد في مجال العقود الإلكترونية التي أسفرت عنها التطورات التكنولوجية الحديثة، حيث أصبحت الطريقة التقليدية غير قادرة على مواجهة متطلبات التجارة الإلكترونية .

وللتفصيل فيما ذكرناه سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، سنتطرق إلى مفهوم التفاوض الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم نعرض أحكام التفاوض الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني

نظرا للتعقيد الذي تواجهه العقود الإلكترونية، يلجأ الطرفان إلى مرحلة تمهيدية، والمتمثلة في مرحلة المفاوضات، استعدادا لإبرام العقد، ذلك لصعوبة إبرامها من أول وهلة، حيث أنه لابد من القيام بمفاوضات مكثفة، والتي قد تستغرق مدة طويلة لإبرام العقد النهائي، كون أن المتعاقد لا يصدر إيجابا باتا إلا بعد مفاوضات قد تطول، الأمر الذي يتطلب تحديد تعريف التفاوض الإلكتروني (الفرع الأول) وبيان خصائصه (الفرع الأول) وبعدها نتعرض لأهمية التفاوض الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني

هناك محاولات عديدة من الفقهاء لتحديد تعريف التفاوض الإلكتروني، فيرى البعض أنه: "العملية التي تتضمن سلسلة من المحادثات وتبادل وجهات النظر وبذل العديد من المسائل بين المتفاوضين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأن حقيقة معينة، والجدير بالذكر أن التفاوض في العقود الإلكترونية يتم من خلال رسائل البيانات التي يتبادلها طرفا المفاوضات عبر الانترنت".[5]

عرفه جانب آخر على أنه: "تبادل للحوار دون حضور مادي معاصر لأطراف التفاوض باستخدام وسيلة سمعية بصرية للاتصال عن بعد للاقتراحات والمساومات والمكتبات والتقارير والدراسات الفنية والاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينة لأفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف للتعرف على ما يسفر عليه الاتفاق من حقوق والتزامات".[6]

الفرع الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني

يتميز التفاوض الإلكتروني بعدة خصائص تفرده عن غيره من التصرفات القانونية الأخرى، ولعل أهمها تتمثل فيما يلي:

أولا– التفاوض الإلكتروني عقد تمهيدي

تهدف هذه الخاصية إلى التحضير والإعداد لإبرام العقد النهائي، وإذا لم تلزم المفاوضات الطرفين، فإنها تهدف إلى إبرام العقد بعد أن يستعد الطرفان لهذا الإبرام عن طريق التفاوض من

---

[5] زوقاع نادية، "مبدأ حسن النية في التفاوض الإلكتروني في مجال عقود التجارة الدولية الإلكترونية"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020، ص 14.

[6] معزوز دليلة، "التفاوض كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020، ص 284.

خلال التوصل إلى اتفاقيات مؤقتة تقود المفاوضين في النهاية لبلورتهم في اتفاق نهائي في الأخير.[7]

لا تمنح هذه الخاصية التمهيدية لعقد التفاوض أيا من أطرافه حقا ذا طبيعة مالية تعاقدية تتعلق بالعقد النهائي، ولا تمنح كذلك حقا عينيا يحد من سلطات المالك على الشيء موضوع التفاوض، بل إن الالتزام الذي ينشئه التفاوض هو مواصلة العقد، وذلك بناء على مبدأ حسن النية وشرف التعامل.[8]

ثانيا– التفاوض يقوم على التبادل والأخذ والعطاء

يقصد بهذه الخاصية تعاون الطرفان مع بعضهما البعض لتقريب وجهات النظر المختلفة ويتم ذلك من خلال تبادل العروض والمقترحات، بحيث يقدم كل طرف تنازلات من جانبه بإجراء التعديل في الشروط والمطالب التي جاء بها حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين المصالح المتضاربة للطرفين، وإذا لم يكن هناك مجال أو القدرة على التفاوض أو التنازل، فلا وجود لتفاوض.[9]

ثالثا– التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية

إذ ليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام ذلك العقد، وإنما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء [10] وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أنه إذا تم العدول في مرحلة التفاوض على العقد وكان هذا الانعكاس مصحوبا بخطأ أضر بالطرف الآخر، فقد يتحمل المفاوض المنسحب عواقب هذا الخطأ على أساس المسؤولية التقصيرية وذلك لإخلاله بواجب حسن النية، خاصة إذا

---

[7] بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت (وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 92.

[8] بوطالبة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة،2017 ، ص 26.

[9] بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 91.

[10] لزعر وسيلة، التراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019، ص 113.

كان العذر غير مقبول، كون التفاوض العقدي يحكمه مبدآن : مبدأ حسن النية، ومبدأ حرية التفاوض.[11]

رابعا– التفاوض عقد ذو تصرف إرادي

أي أنه من ناحية لا يحدث التفاوض إلا عندما تتجه إرادة المتفاوضان إلى الدخول في التفاوض وذلك بغية إبرام عقد محدد، ومن جانب آخر فإن إرادة الطرفين حرة تماما طوال عملية التفاوض، حيث لكل طرف الحرية الكاملة في الدخول إلى التفاوض أو المواصلة فيه أو العدول عنه ولو في آخر لحظة وذلك يعود إلى مبدأ الحرية التعاقدية.[12]

معنى ذلك أن كل عقد قابل للتفاوض من قبل الطرفين، فإن المبدأ الأساسي هو أن الحرية تسود في المفاوضات التي تسبق إبرام العقد النهائي، لأن كل طرف من الأطراف المتفاوضة لا يدخل المفاوضات إلا بعد أن تكون إرادته حرة، دون جبر أو إكراه على التفاوض.[13]

خامسا– التفاوض الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية

يعتمد التفاوض الإلكتروني بشكل أساسي على وجود وسيلة إلكترونية يتم من خلالها تبادل المقترحات ووجهات النظر، وهذه أهم ميزة تجعل التفاوض الإلكتروني مختلفا عن التفاوض التقليدي [14]، بمعنى أن التفاوض الإلكتروني لا يتم عن طريق التعبير عن الإرادة المعتادة، ولكنه من بين العقود التي تتم عن بعد، دون الحضور المادي للطرفين بل يتم إبرام وتنفيذ العقد بأكمله

---

[11] بشار محمود دودين، مرجع سابق، ص 92.

[12] المرجع نفسه، ص 91.

[13] حداد عبد السلام، حطاب منال، التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2018، ص 14.

[14] المرجع نفسه، ص 14.

بالوسائل الإلكترونية عبر الانترنت وفي عالم افتراضي[15]، وهكذا يتم تبادل الآراء في فضاءه حول العقد الإلكتروني النهائي دون الحاجة إلى الخروج إلى العالم المادي. [16]

بالرجوع إلى القانون الجزائري وخاصة المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المتعلق بخدمات الانترنت، فقد نصت المادة 02 منه على بعض الوسائل المستعملة في التفاوض كالآتي: " تعرف خدمات " أنترنت " كما يلي :

- خدمة " و ا ب " الواسعة النطاق (W. W. W. WEB) World Wide Web:

خدمة تفاعلية للاطلاع أو احتواء صفحات متعددة الوسائط " MULTIMEDIA " (نصوص، رسوم بيانية، صوت أو صورة) موصولة بينها عن طريق صلات تسمى نصوص متعددة

" Hy pertexte " ؛

- البريد الإلكتروني E-MAI L:

خدمة تبادل رسائل إلكترونية بين المستعملين،

- تلنات " TELNET ":

خدمة النفاذ إلى حواسيب متباعدة بصيغة المحاكاة الطرفية.

- بروتكول نقل الملفات (FTP) " FILE TRA NSFER PROTOCOL ":

خدمة تعبئة الملفات عن بعد بصيغة نقطة إلى نقطة.

- منبر التحاور " NEWSGROUPS ":

[15] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 113.

[16] بن جبارة عباس، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2014، ص 115.

خدمة تسمح بتبادل المعلومات بين مجموعة من المستعملين ذوي اهتمام مشترك حول موضوع معين".[17]

والملاحظ في هذه المادة أن المشرع الجزائري لم يذكر جميع الوظائف الأخرى التي تقوم الانترنت بتوفيرها، إلا أنه تدارك الأمر، حيث نص في الأمر 2000-03 المؤرخ في 02 أوت سنة 2000 في المادة 08 منه على مجموعة من هذه الخدمات نذكر منها:

- **خدمة الهاتف:** الاستغلال التجاري لفائدة الجمهور في مجال النقل الآني المباشر للصوت عبر الشبكة أو شبكات عمومية، ويسمح لكل مستعمل ثابت أو متنقل باستعمال التجهيز المستعمل بنقطة طرفية لشبكات قصد الاتصال بمستعمل آخر ثابت أو متنقل.
- **خدمة التيليكس:** الاستغلال التجاري الآني المباشر عن طريق تبادل إشارات ذات طابع برقي، ولمراسلات مرقونة بين مستعملين موصولين بنقاط طرفية في إحدى شبكات المواصلات السلكية واللاسلكية.[18]

الفرع الثالث: أهمية التفاوض الإلكتروني

تمنح مرحلة المفاوضات لأطراف العلاقة فرصا عديدة ومتنوعة للتعاقد أكثر مما تمنحه المفاوضات التقليدية وذلك من خلال اعتمادها على وسائل حديثة تتميز بالسرعة في الاتصال وسهولة البحث على الخيارات التي تقدمها المواقع الإلكترونية.

يمكن القول بأن أهمية التفاوض في العقود الإلكترونية تبرز في عدة جوانب، يمكن إجمالها فيما يلي:

- التفاوض عبر الانترنت يقضي على القلق والتوتر من جانب طرفي العقد، كونه يخلق رغبة لدى كل منهما في الإبطاء والتفكر بعناية للتحقق من ملاءمة العقد للظروف والتطلعات،

---

[17] مرسوم تنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 25 أوت1998، تتعلق بضبط شروط وكيفية إقامة خدمات "أنترنت" واستغلالها، ج.ر.ج.ج، عدد 63، صادر بتاريخ 26 أوت 1998.

[18] أمر رقم 2000-03 مؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد وبالمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.ج، عدد 48، صادر 2000.

أو للبحث عن طريق لتمويل العقد، لذا فإن المفاوضات تساعد على خلق أنسب الشروط لإبرام العقد النهائي.[19]

- تتميز العقود الإلكترونية بصعوبة التعرف على الشخص المتعاقد وكذلك على طبيعة المحل والضمانات ومنه فإن المفاوضات تمنح لكل طرف المجال لطرح أكثر من تساؤل بهدف التأكد وإزالة القلق الذي ينتابه حول شخصية المتعاقد معه.[20]
- كما تظهر أهمية التفاوض الإلكتروني من خلال توفير الوقت والمصاريف وذلك عن طريق رسائل البيانات على الإنترنت، حيث أنه يشكل جزءا خاصا من بلورة وصياغة العقد النهائي المبرم.[21]
- تلعب المفاوضات الإلكترونية باعتبارها مرحلة ما قبل التعاقد، دورا فعالا في الحد من النزاعات المستقبلية، ذلك لأن إنهاء التفاوض سلبا يؤدي إلى تفادي عقد إلكتروني معيب، الذي ينتج عنه نزاعات بين أطراف العقد.[22]
- يلعب التفاوض الإلكتروني دورا مهما في تفسير العقد، حيث تظهر أهميته من خلال قدرة القاضي على استنتاج النوايا الحقيقية لأطراف العقد، في حالة الغموض أو النقص في شروط العقد عن طريق التفاوض.[23]
- تبرز أهمية مرحة التفاوض في الحيوية التي يتم من خلالها إعداد جوانب العقد وتحضيره من خلال النظر في جميع الجوانب القانونية والفنية، وبيان الطرف الآخر ووضعه القانوني والفني، بالإضافة إلى تحديد محتوى العقد وآلية التحضير له حسب مصلحة طرفي العلاقة والبعد قدر الإمكان عن الخلافات التي تنشأ، إضافة إلى تحديد القانون الواجب التطبيق.[24]

---

[19] مندى عبد الله محمود حجازى، التعبير عن الإرادة عمن طريق الانترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2010، ص 299.

[20] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 109.

[21] زوقاع نادية، مرجع سابق، ص 16.

[22] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 109.

[23] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 287.

[24] محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقد التجارة الإلكترونية(أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته "التشفير"، التوقيع الإلكتروني –دراسة مقارنة–)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 47.

المطلب الثاني: أحكام التفاوض الإلكتروني

تتضمن مرحلة التفاوض على العقد الإلكتروني مناقشة شروط هذا العقد وتحديد الاحتياجات الأساسية بالإضافة لدراسة جدواه من الناحية الاقتصادية للطرفين بهدف التوصل إلى اتفاق بشأنه، وقد تكون هذه المفاوضات طويلة أو قصيرة الأمد، كما أنه بمجرد دخول الطرفين في التفاوض يقعان تحت مظلة القانون، وتنشأ بينهما علاقة قانونية ترتب التزامات قانونية على عاتق كل طرف، الأمر الذي يستلزم بيان مراحل التفاوض الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم ذكر الآثار المترتبة عن التفاوض الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: مراحل التفاوض الإلكتروني

يمر التفاوض من خلال مراحل أو إجراءات معينة تبدأ بتحديد الاحتياجات والمطالب، ثم وضع كراسة الشروط، إضافة إلى اختيار مقدم الخدمة، وفيما يلي بيان ذلك:

أولا- تحديد الاحتياجات

يتم تحديد الاحتياجات الأساسية من قبل العميل للمدين بشكل واضح ودقيق حتى يتمكن المدين من الوصول إلى الهدف الأساسي والغاية التي يسعى إليها العميل [25]، ولو اقتضى الأمر الاستعانة بخبير، ولا يتعين على المورد بحكم احترافه بأن يحيط ذلك من تلقاء نفسه، إلا إذا كانت طلبات العميل تقع ضمن المعتاد والمألوف، أما إذا خرجت تلك المطالب عن القواعد العامة، فيتعين على العميل إبرازها كي يتم التفاوض على أساسها [26]، حيث يلتزم العميل المتفاوض بتحديد المعدات وأجهزة وبرامج تلبي أغراضه ورغباته التعاقدية، لذا أطلق على هذا العنصر عند الفقه بمصطلح "دراسة الجدوى".[27]

---

[25] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 48.

[26] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 114.

[27] أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009، ص 64.

ثانيا– وضع كراسة الشروط

بعد تحديد المتطلبات، يشرع العميل في إعداد متطلباته وشروطه التعاقدية [28]، فيما يسمى كراسة الشروط، وهو مستند إلكتروني بسيط يحتوي على العديد من النقاط المكتوبة المهمة.[29]

تعد كراسة الشروط مسألة إجبارية، يلتزم مقدم الخدمة أن يطلب من العميل أن يمنح له كراسة الشروط يحدد بوضوح احتياجاته والغاية من التعامل، والطرق المقترحة لتحقيق أهدافه، وإلا تعرض مقدم الخدمة لمسؤولية التعامل من دون وضوح الأهداف والشروط، بالتعاون مع العميل.[30]

يجب أن يتعاون الطرفان ويبذلان جهدا في هذا المجال، لتجنب جميع أسباب الخلاف، وذلك من خلال إعداد مستندات متكاملة تساعد على إبرام عقد إلكتروني ناجح، وتحديد المسؤولية عن أي أضرار محتملة.[31]

ثالثا– اختيار مقدم الخدمة

بعد أن ينتهي العميل من تحديد احتياجاته وتجهيز دفتر الشروط، ينتقل إلى اختيار الجهة التي تقدم له الخدمة، والتي يمكن أن تؤمن احتياجاته في أفضل الظروف، وقد تكون هذه الجهة داخل بلده أو خارجها، من خلال تقنيات الاتصال عن بعد.

عندما يقوم العميل باختيار مقدم الخدمة يأخذ بعين الاعتبار أن يتمتع هذا الأخير بالسمعة الطيبة والخبرة الكافية، ويجوز له الاستعانة بخبير لإسداء النصح له للحصول على منتج أو خدمة جيدة بأفضل المواصفات. [32]

---

[28] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 114.

[29] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 111.

[30] إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009، ص 74.

[31] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 111.

[32] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 75.

إذا توافرت هذه المراحل سالفة الذكر، يكون التفاوض قد بني على أسس واضحة وسليمة من شأنها أن تؤدي إلى إبرام عقد ناجح في حال تلاقي الإرادتين المتعاقدتين.[33]

الفرع الثاني: آثار التفاوض الإلكتروني

يعد العقد بصفة عامة من مصادر الالتزام، وعقد التفاوض الإلكتروني شأنه شأن العقود، يرتب التزامات متعددة على عاتق كل طرف، إذ يعد الالتزام بالتفاوض بحسن نية من الالتزامات الرئيسية، حيث يقتضي على الطرفين احترام هذا الأخير والالتزامات الثانوية التي تتفرع عنه وتقوم إلى جانبه، حتى يتم التفاوض على أكمل وجه، وهذه الالتزامات هي: الالتزام بالتعاون، الالتزام بالإعلام، الالتزام بالنصح والإرشاد، والالتزام بالاعتدال والجدية، إضافة إلى الالتزام بعدم إفشاء الأسرار، حيث سنتناول كل التزام على حدى.

أولا- مبدأ الالتزام بحسن النية

إن الالتزام بالتفاوض بحسن النية، هو الالتزام الأساسي في مرحلة المفاوضات التي تسبق إبرام العقد لأن التفاوض لا يصح بدونه، إذ يجب على المتفاوض أن يتسم بالنزاهة والصدق والأمانة، باعتبار أن الالتزام بحسن النية التزام تبادلي يقع على عاتق الأطراف المتفاوضة [34]، ومنه يعد التزام بتحقيق نتيجة وليس ببذل عناية، لذلك لا يستطيع المتفاوض أن ينفي عنه المسؤولية بإثبات أنه بذل كل طاقته ليكون حسن النية ولم يتمكن من ذلك [35]، وهو ما يستنتج من نص المادة 107 في فقرتها الأولى من القانون المدني الجزائري إذ تنص على أنه: "يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبحسن النية ".[36]

[33] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 115.

[34] حداد عبد السلام، حطاب منال، مرجع سابق، ص 45.

[35] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 116.

[36] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

لذا فإن مبدأ حسن النية في العقود بشكل عام والعقود الإلكترونية بشكل خاص يجد مجالا واسعا في مرحلة التفاوض، وتزداد أهمية هذه المرحلة في حال إذا كان أحد الطرفين محترف والآخر مستهلك، الذي لا يتمتع بالمعرفة الكافية حول مجال ومحل التعاقد، الأمر الذي يتطلب حمايته قانونا.[37]

ثانيا– الالتزام بالتعاون

يقصد بهذا الالتزام تحديد الهدف الرئيسي والغرض من العقد الذي يسعى الطرفان إلى إبرامه، وبيان الاحتياجات الفعلية الفورية في مكان العقد بحيث يكون أحدهما يستطيع دراسة ظروف الآخر ومدى قدرته على إتمام العقد.[38]

إن الالتزام بالتعاون هو شكل عام لأحد مظاهر التفاعل الاجتماعي ونمط من السلوك الاجتماعي البشري، حيث يشمل اتخاذ الأطراف لكافة الإجراءات والتدابير الضرورية التي يمكن للطرف المفاوض الآخر الاستفادة منها.[39]

الالتزام بالتعاون والمساعدة المتبادلة ليس بالضرورة أن يتم النص عليها صراحة، بل يفترض وجوده بشكل ضمني، حيث يتجسد هذا الالتزام بالتعاون في التشاور والمشاركة في إعداد سيناريو أو جدول المفاوضات وتحديد مكان وزمان إجرائها، والاتفاق على تحديد الخبراء الفنيين والاستشاريين.[40]

---

[37] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 290.

[38] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 50.

[39] حداد عبد السلام، حطاب منال، مرجع سابق، ص 53.

[40] أرجيلوس رحاب، "الإطار القانوني للتفاوض في العقد الإلكتروني، "مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية"، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018، ص 65.

لا يمكن أن يقتصر هذا الالتزام بالتعاون على صور أو أفعال محددة، فطبيعته ترفض القيام بذلك، حيث يعتبر كل عمل أو واجب تتطلبه المفاوضات من سلوكهم، سلوكا ملزما مثل المثابرة في مواعيد التفاوض والجدية في مناقشة العروض.[41]

ثالثا- الالتزام بالإعلام

لا تنتهي مراحل المفاوضات على العقد بالالتزام بالتعاون، بل يستمر الالتزام بالتزام لاحق يتبعه، وهو الالتزام بالإعلام.[42]

يعرف هذا الالتزام على أنه: "التزام قانوني قبل إبرام العقد الإلكتروني، والذي بموجبه يلتزم أحد الأطراف – وهو الذي يمتلك المعلومات المتعلقة بالعقد الذي سيتم إبرامه – بتقديمها في الوقت المناسب، بكل شفافية وأمانة للطرف الآخر الذي لا يمكنه معرفتها بطريقته الخاصة".[43]

يعتبر الالتزام بالإعلام أحد أهم الضمانات القانونية لضمان سلامة الطرف الآخر إذا كان مستهلكا، حيث يلتزم المتفاوض عبر الإنترنت بتزويد المتفاوض الآخر بجميع المعلومات التي يعرفها حول العقد، نظرا لأن التفاوض عبر الانترنت لا يستند على أساس الحماية العامة التقليدية للإرادة العقدية المتعلقة بنظرية عيوب الإرادة، بل هو بحاجة إلى حماية خاصة وناجعة، لأن أحد المتفاوضين قد يكون مهني كما أن محل التعاقد قد يتميز بنوع من التعقيد وهذا بالرجوع إلى حداثة هذه المبيعات.[44]

وقد أشار المشرع الجزائري إلى هذا الالتزام في عدة قوانين منها القانون المدني في المادة 352[45]، و كذا القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش في

---

[41] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 123.

[42] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 51 .

[43] عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014، ص160.

[44] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 191.

[45] راجع المادة 352 من أمر 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

المادة 17 منه [46]، وأيضا في القانون رقم 10- 06 المتعلق بالقواعد العامة المطبقة على الممارسات التجارية في المادة 04 منه[47]، و كذا في المرسوم التنفيذي رقم 06 - 306 الذي يحدد العناصر الأساسية في العقود المبرمة ما بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين في نص المادة 04 منه.[48]

إن الالتزام بالإعلام في التفاوض الإلكتروني في مجال التجارة الدولية يسعى إلى إعادة التوازن وتحقيق المساواة في المعرفة بين الأطراف المتعاقدة لتحقيق الرضا المناسب، حيث يعتبر عدم المعرفة بين الأطراف المتعاقدة هو الأساس الجوهري الذي أدى إلى وجود وبلورة هدا الالتزام بهدف إزالة أو على الأقل تضييق من فجوة التفاوت المعرفي بين المتعاقدين.[49]

اعتبر الفقه وجوب الالتزام بالإعلام أنه التزام ببذل عناية، بحيث يلتزم المورد تزويد العميل بكافة البيانات والمعلومات وملحقات المنتج، والتي توضح حقيقة موضوع العقد و طرق استخدامه ومخاطره لتجنب ذلك، منه المورد لا يكون ملزما بتحقيق النتيجة.[50]

رابعا- الالتزام بالنصح والإرشاد

يظهر هذا الالتزام في العقود المبرمة بين شخص محترف وآخر عادي بسبب اختلاف الخبرة، ويتجلى بشكل خاص في عقود شراء الأدوية التي تستدعي النصح والتوجيه من الصيدلي للعميل، فعند طرح علاج عبر الإنترنت يجب على الشركة التي عرضته أن توضح النصائح

---

[46] راجع المادة 17 من القانون رقم 09-03 مؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009.

[47] راجع المادة 04 من القانون رقم 04-02 مؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، عدد 41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

[48] راجع المادة 04 من المرسوم التنفيذي 06-306 مؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر أساسية، ج.ر.ج.ج، عدد 56، صادر بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

[49] حداد عبد السلام، حطاب منال، مرجع سابق، ص 51.

[50] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 52.

والتعليمات للجميع بنوع من الوضوح[51]، ذلك حتى يتم الاطلاع على النصائح المذكورة مع الإعلان المرسل عبر الانترنت.[52]

يجب على المتفاوض أن يقدم رأيه للآخر حول صحة وجدوى بعض القرارات التي يتخذها، خاصة تلك المتعلقة بإبرام العقد وأهمها نصحه بعدم إبرام عقد لا يستجيب لنيته في الشراء ويمكنه أيضا أن يتبنى حلا محددا يتناسب مع احتياجاته [53]، والشخص الملزم بالنصيحة والإرشاد هو الشخص ذو الخبرة، وهذه الصفة موجودة في المهني كذلك، للإيجاد توازن بين الخبرة المتوفرة لديه واحتياجات العميل الذي يريد الحصول على عقد يناسب احتياجاته، لأن هذا الأخير في مستوى أقل وأدنى من المنتج من حيث المعرفة بمهنته، ويتم مواجهة هذا العجز الموجود لدى العميل من خلال تقديم النصح والإرشاد لإزالة الغموض وإبرام عقد يتسم بالتوازن.

لذا فإن هذا الالتزام مكمل لالتزامين للتعاون والإعلام، وينطبق على التعامل مع الأشياء التي تنطوي على مخاطر تهدد سلامة المجتمع سواء بطبيعتها أو بسبب خطأ في استعمالها.[54]

خامسا- الالتزام بالاعتدال والجدية

يعني الالتزام بالاعتدال تبادل المناقشة والاقتراحات بين طرفي العقد وترك للطرف الآخر فترة كافية من التفكير والدراسة والتأمل، لذلك إذا كانت المقترحات مبالغ فيها أو غير متوازية، فلا

[51] تجدر الإشارة إلى أن مسألة بيع المواد الصيدلانية عبر الانترنت محظور في القانون الجزائري بالرجوع لنص المادة 3 من قانون التجارة الإلكترونية.

[52] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 53.

[53] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 239.

[54] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص ص 53-54.

مجال للقبول، حيث أن الالتزام بالاعتدال في التفاوض يتطلب الجدية بين الطرفين من خلال دراسة العروض بقصد حقيقي في العقد.[55]

يتطلب الاعتدال أيضا إلزام المفاوض بالصدق وعدم الإدلاء ببيانات أو معلومات كاذبة، والعمل بشفافية والتفاعل بكل موضوعية وعقلانية، وكذلك الاعتدال في تقديم العروض حتى لا يكون هناك مبالغة حتى لا تتسبب في فشل المفاوضات، وعليه أن يحترم المعاهدات والأعراف التجارية وأن يحرص على إنهاء عملية التفاوض في المواعيد المحددة والمناسبة [56]، وذلك بغرض الانضباط خلال هذه الفترة السابقة على التعاقد، كما يوجب تجنب الأنانية المفرطة والتي من شأنها انتهاك وإخلال الالتزام بالاعتدال في التفاوض.[57]

سادسا- الالتزام بعدم إفشاء الأسرار

يجب على المفاوض الالتزام التام بالامتناع عن الكشف عن المعلومات السرية التي صادفها خلال المفاوضات الإلكترونية، حيث إذا كانت المفاوضات جارية بشأن بيع شركة على سبيل المثال، وكان المتفاوض قد تحصل على معلومات سرية حول تلك الشركة فيجب عليه الامتناع تماما عن الإفصاح عنها أو نقلها للآخرين، سواء أثناء التفاوض أو بعده.[58]

يؤكد الفقه أن مضمون هذا الالتزام لا يقتصر على امتناع المفاوض عن إفشاء السر للآخرين، بل يمتنع أيضا عن استغلاله إذا انتهت المفاوضات دون إبرام العقد [59]، لأنه لم يكن ليعرف بهذه الأسرار لولا اتفاقية التفاوض التي أبرمها مع الطرف الآخر، وإذا أفشى هذه الأسرار

---

[55] دحداح سهيلة، رزقي ليلى، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في الحقوق، تخصص: قانون خاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص ص 44-45.

[56] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 124.

[57] دحداح سهيلة، رزقي ليلى، مرجع سابق، ص 45.

[58] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 119.

[59] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 293.

دون موافقة المفاوض، يكون قد ارتكب خطأ يستدعي مسؤوليته إذا ترتب عن خطئه إلحاق الضرر بالطرف الآخر.[60]

لم يتهاون المشرع الجزائري عن النص على هذا الالتزام، حيث تطرق إليه في قانون التجارة الإلكترونية رقم 18- 05 والتي تنص المادة 26 الفقرة 03 منه على أنه: "ضمان أمن المعلومات وسرية البيانات"[61]، يعني بهذا الضمان نظام التشفير الإلكتروني، أي استخدام وسيلة علمية وتقنية لمنع الغير من الإطلاع على المعلومات التي تعد سرية لأصحابها، كما نظمه أيضا من خلال المادة 02 الفقرة 08 و 09 من القانون رقم 15- 04.[62]

كما يتمتع صاحب تلك الأسرار بالحق في التعويض، وهو تعويض يشمل التي قد تحصل عليها الطرف الآخر من استعمال أو إفشاء تلك الأسرار، ويكون ذلك حسب أحكام القانون الواجب التطبيق على عقد المفاوضة.[63]

[60] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 122.

[61] قانون رقم 18- 05، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[62] انظر المادة 02 الفقرتين 08 و 09، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مصدر سابق.

[63] معزوز دليلة، مرجع سابق، ص 294.

المبحث الثاني

الإطار المفاهيمي للإيجاب الإلكتروني

تقتضي القاعدة العامة لانعقاد العقد، سواء كان عقدا مبرما بوسائل تقليدية أو عقدا مبرما بالوسائل الإلكترونية، صدور إرادتين متطابقتين.

يعد الإيجاب الإلكتروني الإرادة الأولى في العقود الإلكترونية، به تنقل إرادة الموجب إلى الطرف الثاني، حيث يتم التعبير عنه باستخدام وسائط رقمية، وهذا عكس ما كانت عليه قبل ظهور المعلوماتية، لذا يجب أن يحتوي على جميع العناصر الأساسية الخاصة به ليتم إصدار قبول كامل لا يحتوي على أي خلل يمكن أن ينجر عنه إشكالات في المستقبل.

جعلت تكنولوجيا الكمبيوتر من الممكن التعبير عن الإرادة من خلال الانترنت، كما أتيحت الفرصة للكثير من التجار الحصول على السلع والخدمات المتنوعة، رغم تواجدها في أماكن بعيدة، حيث اختصرت هذه التكنولوجيا الزمان والمصاريف، فكل من يريد إبرام صفقة معينة عليه فقط الدخول إلى هذه الشبكة، وإعلان تأكيده في إبرام العقد، وإذا نال القبول يتم هذا الأخير.

الإيجاب الإلكتروني ومع مراعاة خصوصيته، وأنه يتم عن بعد ومن خلال الوسائل الإلكترونية، يثير العديد من الإشكالات التي ينبغي دراستها.

للتفصيل في هذه المسألة سنتناول هذا المبحث من خلال مطلبين، حيث سنتطرق إلى ماهية الإيجاب الإلكتروني (المطلب الأول) ثم ضوابط وأحكام الإيجاب الإلكتروني (المطلب الثاني).

المطلب الأول: ماهية الإيجاب الإلكتروني

لا شك أن الإيجاب الإلكتروني عبر الانترنت له مفهوم خاص يميزه عن الإيجاب الذي يتم بالطريقة التقليدية، فباعتبار أن الانترنت شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، تعطي للإيجاب مفهوما خاصا ضمن هذه الخصوصية.

قصد الوقوف على هذه الخصوصية، سنتطرق لدراسة تعريف الإيجاب الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم خصائصه (الفرع الثاني)، لنتطرق بعدها للتمييز بينه وعما يشابهه (الفرع الثالث)، لنعرض صور الإيجاب الإلكتروني في الأخير (الفرع الرابع).

الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني

في ظل عدم وجود تعريف قانوني دقيق للإيجاب الإلكتروني في ضوء الأنظمة القانونية الداخلية، تناول الفقه المسألة، وأعطاه تعاريف عديدة، ولكن لم يمنع ذلك بعض الدول المنظمة للتجارة الإلكترونية وكذلك بعض الاتفاقيات الدولية من محاولة إعطاء تعريف له.

أولا- التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني

يعرف الفقه الإيجاب الإلكتروني بصورة عامة على أنه: " تعبير بات عن الإرادة الأولى التي تظهر في العقد، عارضة على شخص آخر وإمكان التعاقد معه، ضمن شروط معينة، بحيث إذا اقترن به القبول المطابق له انعقد العقد ".[64]

ويعرفه جانب آخر من الفقه على أنه: "العرض الصادر من شخص يعبر به بوجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين بحيث إذا ما اقترن به قبول متطابق انعقد العقد".[65]

هذه بعض التعاريف التي قدمها الفقه للإيجاب بصفة عامة، وما يهمنا في هذا الصدد هو الإيجاب الإلكتروني، حيث يرى جانب من الفقه أن هذا الأخير هو: "كل ما يصدر أولا من أحد

---

[64] أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 77.

[65] حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الانترنت مع التركيز على العقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012، ص 175.

المتعاقدين، سواء قول أو كتابة أو غيره، عن طريق استخدام إحدى وسائل الاتصال الحديثة متضمنا كافة العناصر الأساسية، وبما يدل على الانصراف إرادته إلى إنشاء وانعقاد العقد بمجرد القبول".[66]

في حين هناك جانب آخر من الفقه عرفه على أنه: "التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت الصادر من شخص إلى شخص آخر أو عدة أشخاص غير محددين، يعرض فيه الموجب إبرام العقد ".[67]

كما يذهب جانب آخر من الفقه إلى تعريفه بأنه : "تعبير جازم عن الإرادة، يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال، سواء كانت مسموعة أم مرئية أم كلتيهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول".[68]

ثانيا- التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني

أما تعريف الإيجاب من الناحية القانونية، فنجد أن المشرع الجزائري لم يعط تعريف للإيجاب سواء تعلق الأمر بالإيجاب التقليدي أو الإلكتروني، وإنما اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم من خلالها التعبير عن الإرادة والتي أوردها على سبيل المثال لا الحصر، وذلك في المادة 60 الفقرة الأولى من ق م ج والتي تنص على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ أو بالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع شكا على دلالة مقصود صاحبه".[69]

فباستقرائنا لنص المادة السالفة الذكر في عبارتها الأخيرة "كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه "، يفهم منها أن المشرع الجزائري أجاز

---

[66] مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010، ص 114.

[67] GHAZOUANI Chiheb, Le Contrat de Commerce électronique, Latrach édition, Tunis, 2011, p121.

[68] العربي شحط أمينة، "التراضي في العقد الإلكتروني في ظل التغيرات المستجدة"، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 03، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2021، ص 158.

[69] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

إمكانية التعبير عن الإرادة باستعمال وسائل الاتصال الحديثة، وهو ما أكدته المادة 323 مكرر 1 من القانون نفسه التي تنص على أنه: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها ".[70]

يمكن اعتبار التعبير عن الإرادة بوسائل الاتصال الإلكترونية ضمن طرق التعبير بالكتابة، لكنها كتابة من نوع خاص، حيث يتم تسجيل المعلومات في ذاكرة الكمبيوتر بطريقة إلكترونية، فهي غير مكتوبة على الورق وإنما كتابة إلكترونية، إذ يمكن قراءتها بواسطة الحاسوب بعد تحويلها من لغة الآلة إلى لغة المتعاقد، من خلال نظام معالجة معلومات خاص بالكمبيوتر من خلال تقنيات الاتصال سواء كانت صوتية أو مرئية أو كليهما، وتشمل جميع الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، ومنه إبرام العقد إذا ما تطابق معه القبول.[71]

أما بالنسبة للتشريعات العربية فقد عالجت هي الأخرى مفهوم الإيجاب في العقود الإلكترونية في قوانينها الوطنية، نجد منها القانون الأردني في المادة 13 من قانون المعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 التي نصت على أنه: "تعد الرسالة الإلكترونية وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب والقبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".[72]

أما قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي، فقد أخضع العقود الإلكترونية لنظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة و مفعولها القانوني، وصحتها وقابلتها للتنفيذ[73]، وهو ما نصت عليه في الفصل الأول في الفقرة الثالثة من القانون التونسي رقم

---

[70] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[71] نجاعي أمال، موساوي لامية، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 07.

[72] قانون رقم 2001-85 المؤرخ في 31 ديسمبر 2001، يتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ج ر رقم 4524، متاح على الموقع التالي: http://www.atwanlaw.com ، **تاريخ الإطلاع:** 07-03-2022، **على الساعة:** 19:30.

[73] لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2014، ص 74.

83-2000 على أنه: "يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابية من حيث التعبير عن الإرادة ومفعولها القانوني وصحتها وقابليتها للتنفيذ في ما لا يتعارض وأحكام هذا القانون".[74]

ثالثا- تعريف الإيجاب الإلكتروني حسب الاتفاقيات الدولية

هناك العديد من الاتفاقيات الدولية التي تعرضت لتعريف الإيجاب الإلكتروني، فنجد قانون اليونيسترال للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 الفقرة الأولى منه، تنص على أنه: "في سياق تكوين العقد وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته لمجرد استخدام رسالة البيانات لذلك الغرض".[75]

كما أورد التوجيه الأوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد نصا يفيد بأن الإيجاب هو: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان".[76]

قد تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يلي: "تمثل الرسالة إيجابا إذا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو كاف، وكانت تشير إلى نية

---

[74] القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000، يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، ج ر عدد 64، مؤرخ في 11 أوت 2000، متاح على الموقع التالي : https://www.mtc.gov.tn، **تاريخ الإطلاع:** 10-03-2022، **على الساعة:** 10:05.

[75] دليل تشريع اليونيسترال النموذجي بشأن النجارة الإلكترونية الدولية مع دليل التشريع عام 1996 ومع المادة 50 مكرر الإضافية بصيغتها الجديدة المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة 99.v.4، الأمم المتحدة، نيويورك، 2000، متاح على الموقع: http://www.uncitral.un.org، **تاريخ الإطلاع:** 10-03-2022، **على الساعة:** 12:20.

[76] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 132.

مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى غير ذلك".[77]

كما عرفته اتفاقية فيينا 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع في المادة 14 منها على أنه: "يعتبر إيجابا أي عرض لإبرام عقد إذا كان موجها لشخص أو عدة أشخاص معينين، وكان محددا بشكل كاف وتبين منه اتجاه إرادة الموجب الالتزام به في حالة القبول، ويكون العرض محددا بشكل إذا عين البضائع وتضمن صراحة أو ضمنا تحديدا للكمية والثمن أو بيانات يمكن بموجبهما تحديدهما، ولا يعتبر العرض الذي يوجه لشخص أو أشخاص غير معينين إلا دعوة لإيجاب ما لم يكن الشخص الذي صدر منه العرض قد أبان بوضوح عن إرادته إلى خلاف ذلك".[78]

إذا الإيجاب الإلكتروني هو التعبير عن الإرادة الذي يصدر من أحد المتعاقدين أولا و يدعى بالشخص الموجب، وذلك باستخدام وسائل الاتصال الحديثة، الذي يتضمن عرضا لإبرام عقد معين وإذا ما تطابق مع القبول ينعقد العقد، وفي الحقيقة الإيجاب الإلكتروني لا يختلف في مضمونه عن الإيجاب في العالم المادي، فيما عدا الوسيلة المستعملة للتعبير عنه، والذي يتم عن طريق وسائل إلكترونية، خاصة بعدما أصبحت التشريعات المختلفة تجيز التعبير عن الإرادة بأية وسيلة لا تثير دلالتها على التراضي.

الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني

يتميز الإيجاب الإلكتروني ببعض الخصوصية التي تتعلق بطبيعته وكونه يتم عبر شبكة الانترنت، الأمر الذي يجعله ينفرد عن الإيجاب التقليدي بعدة خصائص، نجملها فيما يلي:

أولا- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد

من خصائص العقد الإلكتروني أنه يتم عن بعد، لذلك فإن الإيجاب الإلكتروني يتميز بنفس الميزة، وبما أنه كذلك، فهو يخضع للقواعد المتعلقة بحماية المستهلك في

---

[77] نقلا عن حمودي محمد ناصر، مرجع سابق، ص 177.

[78] اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، متاح على الموقع التالي: http://www.uncitral.un.org، **تاريخ الإطلاع:** 16-03-2022، **على الساعة:** 21:45.

العقود المبرمة عن بعد، والتي تلزم المورد أو مقدم الخبرة بمجموعة من القيود والواجبات اتجاه المستهلك[79]، من بينها تزويد المستهلك الإلكتروني بمعلومات حول هوية التاجر وعنوانه، بريده الإلكتروني، والخصائص الأساسية للسلع والخدمات المعروضة وأوصافها وأنماطها، وكيفية الدفع أو السداد، وطريقة التسليم ومدة الضمان، وهي الالتزامات التي أشار إليها التوجيه الأوروبي رقم 07/97 المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد.[80]

ثانيا– الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني

يتطلب الإيجاب الإلكتروني وجود وسيط إلكتروني وهو مزود خدمة الانترنت، يتم من خلاله عرض الإيجاب[81]، أي توصيل العرض لمستخدمي الشبكة نيابة عن مقدم العرض، في هذه الحالة لا يكون العقد ساريا من لحظة تقديمه إلى الوسيط، ولكن من لحظة نشره على الموقع.[82]

أما إذا تم سحب العرض فيعتبر هذا الفعل بمثابة فسخ له ويعتبر أنه لم يكن، بالرغم من بقاء الإيجاب من جانب الطرف الموجب قائما، لأن الوسيط لم يسمح لأطراف التعاقد الإطلاع عليه، وبالتالي لا يمكن تخيل الدخول لمكنون الروح البشرية المخفية ومعرفة ما يدور فيها من أفكار، فالانترنت فضاء للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني من خلال رسائل البيانات التي يتم تبادلها بين طرفي العلاقة التعاقدية.[83]

---

[79] خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 322.

[80] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 133.

[81] بادي عبد الحميد، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012، ص 12.

[82] خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2013، ص 52.

[83] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 63.

ثالثا– الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا

يتم الإيجاب الإلكتروني باستعمال وسائط إلكترونية عبر شبكة عالمية للاتصالات والمعلومات، فهو غير مقيد بحدود الدول الجغرافية والسياسية، وبناء على ذلك فإن الإيجاب الإلكتروني هو إيجابا دوليا بالنظر إلى انفتاح الانترنت حول العالم.[84]

يعتقد البعض أنه لا يوجد ما يصرح بأن الإيجاب الإلكتروني يقتصر على منطقة جغرافية معينة، بحيث يكون لها نطاق جغرافي ومكاني محدد، وقد يقتصر الموجب بعرض المنتجات والخدمات على منطقة جغرافية معينة[85]، ويرجع ذلك إلى توافق المنتج مع هذه المنطقة مقارنة بالمناطق الأخرى، من أجل ملاءمته لعادات وتقاليد المنطقة.[86]

أجازت غرفة تجارة باريس والمؤسسة الفرنسية للتجارة والتبادل الإلكتروني مثل هذا النوع من الإيجاب المحدد مكانيا، لتوافر درجة عالية من الخصوصية في السلع المعروضة لهذه المنطقة.[87]

الفرع الثالث: تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه

إذا كان من الممكن أن يأتي الإيجاب من خلال أحد العروض الإلكترونية على الانترنت، ولا يمكن اعتبار العرض الإلكتروني دائما إيجابا مثمرا، لأنه من الممكن أن يكون مجرد دعوة للتعاقد أو إعلان أو دعاية أو أي شكل من أشكال الحث على التعاقد، فإن التمييز بين العرض الإلكتروني بصفته إيجابا وبين غيره من العروض الأخرى الإلكترونية أو التقليدية يصبح ضرورة ملحة.

---

[84] بومسلة عبد القادر، "خصوصية الإيجاب و القبول في المعاملات الإلكترونية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة سوسة، تونس، 2018، ص 327.

[85] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، الرياض، 2009، ص 63.

[86] محمد فواز محمد المطالقة، مرجع سابق، ص 63.

[87] بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 14.

أولا- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التعاقد

يقصد بالدعوة إلى التعاقد العرض الذي يقدمه الشخص للتعاقد دون تحديد عناصره وشروطه، أما الإيجاب فهو تعبير عن إرادة جازمة[88]، حيث أقر القانون الألماني أيضا التمييز بينهما بناء على احتواء العرض للعناصر الأساسية المتعلقة بالتعامل، حيث يعتبر العرض المقدم إيجابا إذا كان كذلك، والعرض يعتبر دعوة للتعاقد كلما افتقر لهذه العناصر.[89]

بالنسبة للقانون الأمريكي فإن معيار التمييز بين ما هو إيجاب أو دعوة للتفاوض هو معيار القطعية، أي إذا كان العرض المقدم استوفى شرط القطعية فيعتبر إيجابا، في حين أن الأمر يصبح دعوة للتفاوض إذا لم يستوف هذا الشرط، ولكن في الحالات التي لا يتضح فيها العرض إذا كان قطعيا أم لا، في هذه الحالة يتم الاستعانة ببعض التعبيرات مثل التفاصيل الواردة في العرض، وطريقة الصياغة المستعملة فيه، بالإضافة للمعاملات السابقة.[90]

على الرغم من هذا الاختلاف بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة للتعاقد، فإنهما يلتقيان في أنهما تعبير عن الإرادة، إلا أن الإيجاب يعتبر تصرف قانوني يرتب آثارا بمجرد تزامنه مع القبول، مما يستلزم مسؤولية عقدية، عكس الدعوة للتعاقد فهي مجرد فعل مادي لا يرتب عليه آثار قانونية ما لم تكن مصحوبة باتفاق سابق يتعلق بالتفاوض بين الطرفين، وتكون مسؤولية تعاقدية في حالة العدول لأن عقد التفاوض عقد حقيقي ومؤقت.[91]

تظهر أهمية التمييز بين الإيجاب والدعوة للتعاقد في كون أن هذا الأخير يشير إلى أن الأمر لا يزال في مرحلة التفاوض على العقد، ومنه فإن الطرفين غير ملزمين بإبرام العقد.[92]

---

[88] فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010، ص 81.

[89] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص 49.

[90] بوطالبي زينب، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق ، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2014، ص 42.

[91] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 15.

[92] بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص 40.

ثانيا- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن أعمال الدعاية والإعلان

يعرف الإعلان بأنه: "النشاط أو الفن الذي يستهدف إحداث تأثير نفسي على الجمهور تحقيقا لغايات تجارية"[93]، في حين عرفه قضاء النقض الفرنسي بأنه: "كل وسيلة معلوماتية تدفع العميل إلى تكوين عقيدة مقصودة عن النتائج التي ستعود عليه من المال الذي سيشتريه أو الخدمة التي سيقدم له".[94]

وعرف المشرع الجزائري الإعلان و الذي سماه بالإشهار في المادة 02 من المرسوم التنفيذي رقم 90-39 المتعلق برقابة الجودة و قمع الغش بأنه :"جميع الاقتراحات أو الدعايات أو البيانات أو العروض أو الإعلانات أو المنشورات أو التعليمات، المعدة لترويج سلعة أو خدمة بواسطة أسناد بصرية أو سمعية بصرية".[95]

وبناء عليه فإن الإعلان هو شكل من أشكال الاتصال يحدث في إطار نشاط تجاري أو صناعي أو فني، بهدف الإعلان عن توريد سلع أو خدمات، أو لجذب الانتباه لإعطاء معلومات عامة حول المزايا المدعى بها.[96]

اختلف الفقه حول الحد الفاصل بين الإيجاب والإعلان وذلك وفقا لما يلي:

هناك من الفقه من ينفي صفة الإيجاب الإلكتروني عن الإعلان، أي أنه مجرد دعوة للتعاقد، بسبب عدم تحديد الشخص المقصود بالإيجاب، بالإضافة إلى الضغط المعنوي الذي يحمله هذا النوع من الإعلان على المستهلك، وتحريضه على شراء البضائع غير الضرورية.[97]

---

[93] إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكتروني)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008، ص 108.

[94] مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 161.

[95] مرسوم تنفيذي رقم 90-39 مؤرخ في 30 يناير1990، متعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، عدد 05، صادر 31 يناير 1999.

[96] بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص 42.

[97] حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، رسالة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص 137.

وهناك جانب آخر من الفقه الذي يعتبر أن الإعلان الموجه للجمهور باستعمال وسائل الاتصال عن بعد يعتبر إيجابا للجمهور، طالما اشتمل على العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه، مثل تحديد السلعة أو الخدمة بشكل كامل ونافي للجهالة، وإذا لم يكن الإعلان كذلك، فهو ليس أكثر من مجرد دعوة للتعاقد، وذلك يتوافق مع ماهية الإيجاب.[98]

مما سبق، وبعد الاطلاع على الحجج التي جاء بها الفقهاء، نستنتج أن العرض الموجه للجمهور غير المحدد للعناصر الجوهرية تحديدا كاملا ونافيا للجهالة يعتبر مجرد إعلان، أما إذا تم اتضح أنه يتضمن كل المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه اعتبر إيجابا ينعقد به العقد إذا تطابق معه القبول.

الفرع الرابع: صور الإيجاب الإلكتروني

هناك طرق عديدة للتعبير عن الإرادة في التعاقد الإلكتروني نظرا لتعدد وسائله المستعملة للتعبير عنها، وهي وسائل اتصال إلكترونية مختلفة ومتنوعة الأشكال والأنماط، وتتمثل في ثلاثة طرق رئيسية، أهمها: البريد الإلكتروني، صفحات الويب، وكذلك الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة.

أولا– الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني

يقصد بالبريد الإلكتروني: "استخدام الانترنت لنقل الرسائل وتبادلها بين الأطراف بطريقة إلكترونية بدلا من الوسائل التقليدية".

ينظر عادة للبريد الإلكتروني على أنه المكافئ الإلكتروني للبريد العادي، لذلك في مجال البريد الإلكتروني يمكن تطبيق القواعد الخاصة بالبريد العادي، لأنه عندما تضع الرسالة العادية داخل صندوق البريد تفقد السيطرة عليها ولا تستطيع استرجاعها كما هو الحال مع البريد الإلكتروني.[99]

---

[98] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص137.

[99] حامدي بلقاسم، مرجع سابق، ص 63.

إن أهم ما يميز الإيجاب الصادر من البريد الإلكتروني هو أنه يستهدف فئة معينة، يحددها المنتج اعتقادا منه أن هؤلاء الأشخاص مهتمون بمحتوى الإيجاب دون غيرهم، فيقوم الموجب بإرسال إيجابه إلى البريد الإلكتروني الخاص بالأشخاص المعنيين، ويصبح الإيجاب فعالا في اللحظة التي يطلع فيه صاحب العنوان الإلكتروني على مضمونه[100] وهذا ما نصت عليه المادة 61 من القانون المدني الجزائري.[101]

كما يمكن أن يكون الإيجاب الإلكتروني موجها إلى عدد غير محدد من الأشخاص، وفي هذه الحالة يعتبره البعض –عندما يكون في شك– أنه دعوة للتفاوض وليس إيجابا.[102]

ثانيا– الإيجاب من خلال صفحات الويب

يعرف موقع الويب بأنه: "مجموعة من الصفحات على شبكة الانترنت حول تنظيم ما أو موضوع خاص".[103]

قد يلجأ المنتج إلى عرض السلع أو الخدمات على موقع إلكتروني، وعند إطلاع المستهلك يقوم بوضع إجابته على العرض من خلال شبكة المواقع الإلكترونية إما بالكتابة أو بالضغط على زر القبول[104]، وتقترب العروض المقدمة في مواقع الانترنت على واجهات إلكترونية من واجهات المحلات العادية، ويتم تسهيلها من خلال إقامة خاصة تسمى "البروتوكول" الذي يسمح بالتعامل على الكمبيوتر الشخصي والموقع المطلوب كمواقع البيع، التأجير، الدفع الإلكتروني ... وغيرها،

---

[100] بولمعالي زكية، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013، ص 50.

[101] تنص المادة 61 من القانون المدني الجزائري على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل عكس ذلك".

[102] بن مهدي مبروكة، الرضا في العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017، ص 129.

[103] لما عبد الله صادق سلهب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة للحصول على درجة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008، ص 67.

[104] بولمعالي زكية، مرجع سابق، ص 51.

مما يجعل من هذه الصورة موجهة للكافة، وليس فقط لأشخاص معينين، إلا أنها قد تكون محدودة في بعض الحالات بانتهاء الكمية أو معلقة على أجل محدد.[105]

الإيجاب من خلال مواقع الشبكة لا يختلف كثيرا عن الذي يصدر عن طريق الصحف أو التلفزيون، يجعله إيجابا مستمرا على مدار الساعة لأنه عادة لا يقتصر على وقت محدد بل على انتهاء الكمية.[106]

ثالثا- الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة

المقصود بالمشاهدة والمحادثة عبر الانترنت: "هو الاتصال السمعي البصري الذي يتم عبر هذه الشبكة، حيث يستطيع كلا طرفي الاتصال رؤية المتصل معه على الشبكة أو التحدث معه، من خلال كاميرا خاصة متصلة بالحاسوب لكلا الطرفين"، وهنا يتحول هذا الجهاز إلى هاتف مرئي[107]، كما نكون أمام عقد افتراضي قريب جدا من مجلس العقد الحقيقي[108]، وهو ما يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين حاضرين تطبق على هذا النوع من التعبير عن الإيجاب، لاسيما الزمان، ويبقى الاختلاف حول المكان[109]، ومنه يخضع لنص المادة 64 من القانون المدني الجزائري.[110]

---

[105] تيطوش غانية، عقد البيع الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 48.

[106] بومسلة عبد القادر، مرجع سابق، ص 331.

[107] العربي شحط أمينة، مرجع سابق، ص 162.

[108] ححيط حبيبة، جعودي مريم، النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013، ص 35.

[109] بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص 131.

[110] راجع المادة 64 من أمر رقم 75-58، متعلق بالقانون المدني، مصدر سابق.

يكون الإيجاب غير ملزم إذا لم يحصل قبول فوري في مجلس العقد، وللموجب الحق في الرجوع عن إيجابه، وإذا عدل عنه وصدر قبول من الطرف الآخر فلا يعد قبولا بل إيجابا جديدا.[111]

المطلب الثاني: ضوابط وأحكام الإيجاب الإلكتروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى لإبرام العقد سواء أكان تقليديا أم إلكترونيا، والذي إذا قوبل بقبول مماثل له يتم انعقاد العقد، ولكي يكون الإيجاب الإلكتروني مرتبا لآثاره يجب أن يستوفي عددا من الشروط منها الموضوعية وأخرى شكلية (الفرع الأول)، مع العلم أن للإيجاب الإلكتروني أحكاما خاصة به (الفرع الثاني).

الفرع الأول: ضوابط الإيجاب الإلكتروني

حتى ينتج الإيجاب الإلكتروني أثره يجب أن يستوفي فيه جملة من الشروط الموضوعية القريبة من شروط الإيجاب التقليدي، إضافة إلى شروط شكلية ينفرد بها عن الإيجاب التقليدي، وتتمثل هذه الشروط في:

أولا- الشروط الموضوعية

ليكون الإيجاب صحيحا عليه أن يكون: باتا وجازما، ويتم تحديد عناصره الجوهرية وهوية الموجب، إضافة إلى حماية المعطيات الشخصية، وسنستعرض كل شرط على حدة:

1. العرض الجازم:

يعتبر هذا الشرط جوهريا، لأنه أساس التفريق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض[112]، حيث يجب أن يكون الإيجاب المعروض على الانترنت نهائيا وذلك عن طريق إرادة عازمة ومصممة على

---

[111] بوعيس يوسف، "التراضي في العقود الإلكترونية"، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، 2019، ص 156.

[112] شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012، ص 154.

إبرام العقد إذا تزامن مع قبول مماثل[113]، وليتحقق ذلك يجب ألا يكون الإيجاب معلقا على شرط أو تحفظ ما، وإلا كان مجرد دعوة للتعاقد ولو تضمن على كافة العناصر الجوهرية[114]، وهو ما جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 60 التي تنص على: "... كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه"[115]، ويفهم من هذا النص أن الإيجاب يجب أن يكون جازما، محددا وواضحا.

تجدر الإشارة أن معظم المعلنين على الانترنت يحاولون الالتفاف على التأكيد باللجوء إلى دعوة الطرف الآخر للتفاوض، خوفا من التقصير من جانبهم والمساءلة القانونية، ويتم هذا الالتفاف والتحايل بذكر بعض العبارات أثناء الإعلان وإرسال الطلب مثل عبارة "عرض لفترة محدودة دون التزام إذا لم يتم القبول"، أو إرسال رسالة تأكيد بعد القبول تؤكد اكتمال العقد.[116]

2 . تحديد العناصر الأساسية:

لا يكفي أن يكون الإيجاب نهائيا وجازما، بل يجب أن يتضمن التعبير على العناصر الأساسية في العقد، فإذا كان التعبير لا يشتمل عليها فهو مجرد دعوة لإبرام العقد و ليس إيجابا، ويعتبر كذلك مجرد رغبة غير كاملة في التعاقد وليست رغبة جازمة للتعاقد[117]، ويقصد بالمسائل الجوهرية تلك العناصر التي تشكل أساس العقد ومضمونه، والتي لا يمكن تصور اتجاه نية إبرام العقد دون التعرض لها، وهذه العناصر تختلف حسب طبيعة العقد.[118]

---

[113] مصطفى أحمد إبراهيم نصر، مرجع سابق، ص 143.

[114] خالد صبري الجنابي، مرجع سابق، ص 54.

[115] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[116] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص ص 141-142.

[117] محمد أمين الرومي، التعاقد الإليكتروني عبر الانترنت، دار المطبوعات الجامعية، إسكندرية، 2004، ص 97.

[118] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص ص 17-18.

يجب أن يحتوي الإيجاب على المسائل الأساسية لأنه لا يتم العقد بدونها، خاصة وأن أغلب العقود عبر الانترنت متعلقة بالبيع[119]، ومن المعلومات التي يجب توافرها نجد:

– وصف السلعة أو الخدمة محل التعامل، فيجب على الموجب أن يصفها وصفا دقيقا ليتحقق له علم المستهلك بالمحل علما كافيا نافيا للجهالة[120]، وهو ما نصت عليه المادة 17 من قانون حماية المستهلك وقمع الغش الجزائري على أنه: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يوضع لاستهلاك بواسطة الوسم و وضع العلامات أو بأي وسيلة أخرى مناسبة".[121]

إضافة إلى أن هناك معلومات أخرى يجب على الموجب بيانها لا تقل أهمية عن سابقتها والمتمثلة في: الموقع الإلكتروني، فترة سريان الإيجاب، طريقة الدفع ... وغيرها، التي يعتبرها الموجب أساسية.[122]

إذا تخلفت إحدى هذه الشروط فلا يبرم العقد، فالمشرع الجزائري استلزم توفر هذه العناصر في العقد المراد إبرامه حسب ما جاءت به المادة 65 من القانون المدني الجزائري.[123]

3. تحديد هوية الموجب:

في نطاق الثقة ومبدأ حسن النية، يجب على المحترف إبلاغ المستهلك بجميع بيانات هويته بشكل قاطع وقت الإيجاب الإلكتروني، ويشترط ذلك لكون العقد إلكترونيا وليس تقليديا[124]، لأنه

---

[119] ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية عبر شبكة الانترنت بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015، ص 206.

[120] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 13.

[121] قانون رقم 09-03 يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، مصدر سابق.

[122] لزهر بن سعيد، مرجع سابق، ص 80.

[123] انظر المادة 65 من القانون المدني الجزائري، مصدر سابق.

[124] بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 22.

يصعب على المستهلك من خلاله التحقق من هوية الموجب، مما يثير مخاوفه من الإيجاب المعروض.[125]

لذا يجب أن يتضمن الإيجاب بيانات كافية للتعرف على الشخص الموجب، محله ومؤسساته التجارية، المركز التجاري ومركز الإدارة الرئيسي ورقم هاتفه إذا كان شخصا طبيعيا[126]، أما إذا كان الشخص معنويا فيتعين عليه تحديد اسمه وعنوانه ومعلومات حول نشاطه التجاري، وهذه المعلومات لابد من توافرها لأن العقد الإلكتروني يبرم في فضاء افتراضي يجهل كل طرف هوية الآخر.[127]

من خلال استقرائنا لمضمون المادة 323 مكرر 1 من ق م ج التي تنص على ما يلي: "يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها"[128]، منه نجد أن المشرع الجزائري اشترط التأكد من هوية الموجب لصحة الكتابة الإلكترونية للإثبات وليس شرطا لإبرام العقد.

4 . حماية المعطيات الشخصية:

ألزم المشرع الجزائري المورد الإلكتروني بأن يشرح للمستهلك سياسته ومهارته في مسألة حماية بياناته الشخصية فيما يتعلق بالمعاملة المطلوبة[129]، حتى لا يتمكن أحد من الوصول إليه إلا الجهات المعنية المسموح لها بذلك، فطبيعة المعاملات التجارية تتطلب درجة من السرية والأمن، والتي تعد أكثر الأمور تعقيدا في العقود الإلكترونية لطبيعة الانترنت المفتوحة، مما يلزم

---

[125] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 143.

[126] عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الانترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016، ص ص 172-173.

[127] بومسلة عبد القادر، مرجع سابق، ص 330.

[128] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[129] تنص المادة رقم 11 البند 06، من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الجزائري على أنه: "الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي".

من المنتج أو مزود الخدمة توفير التقنيات اللازمة لحماية بيانات العملاء من أي تجسس أو اطلاع[130]، ومن هذه الوسائل الفنية نجد:

أ . الكتابة الكودية:

تتمثل هذه الطريقة في إعطاء الكتابة صورة لا يمكن قراءتها إلا باستخدام مفتاح خاص أم كلمة مرور، أي الكتابة بالتشفير، وكلمة "شيفرة" كلمة مشتقة من كلمة فرنسية (chiffrer) وهي تعني الكتابة بالأرقام، أي تحويل النص إلى أرقام أو نص رقمي، ويطلق على الإدارة التي تقوم بذلك (chiffreur) ويتجلى دور الكتابة الكودية في تحقيق ثلاث مهمات:

- عدم قدرة الغير الذي مرت المعلومات عبر قنواته من قراءة مضمونها.
- التأكد من أن المعلومات قد وصلت فعلا للمرسل إليه، دون تحريف أو تغيير.
- نظرا لأنه من المفترض أن الأطراف المتعاقدة فقط من تملك مفتاح ترجمة المعلومات، فإن الترميز يلعب دورا غير مباشر في تحديد المتعاقدين.[131]

ب . هيئات التصديق الإلكتروني:

إلى جانب تشفير المعلومات يتم اللجوء إلى هيئات التصديق الإلكتروني، حيث يعتبر إسناد حماية البيانات والمعلومات المتبادلة بين المتعاملين والتأكد من صحتها لجهات متخصصة ومعتمدة من أهم الآليات التي وضعها المشرع الجزائري بمقتضى القانون 15- 04[132]، والتي تسمى بجهات التصديق والتوثيق الإلكترونيين، التي تلعب دور الوسيط الموثوق به بين المتعاملين في المعاملات الإلكتروني، ويؤكد هوية الأطراف وسلامة محتوى البيانات المتبادلة وعدم قدرتها على التعديل بعد التحقق من دقتها واعتماد صحتها، وكذلك الحفاظ على سريتها بناء على

[130] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص ص 147-148.

[131] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ص 91-92.

[132] أمر رقم 15-04، متعلق بالقواعد العامة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مصدر سابق.

الإمكانيات التقنية التي تملكها، وبناء عليه يتم إصدار الشهادات الإلكترونية المعتمدة أو إلغاءها بعد إصدارها، مما يمنح الأمان والثقة للمتعاملين عبر الانترنت.[133]

ثانيا– الشروط الشكلية

إضافة للشروط الموضوعية السالفة الذكر، للإيجاب الإلكتروني شروط شكلية كنظيره التقليدي، وتتمثل فيما يلي:

1 . مدى اشتراط اللغة الوطنية للكتابة:

بما أن الإيجاب الإلكتروني دولي وعابر للحدود، فاللغة المستخدمة أهمية كبيرة في إطار العقود الإلكترونية[134]، لأنه في العقد التقليدي لا تنشأ هذه المشكلة كونهم يجتمعون في مجلس واحد وغالبا ما يتشاركون اللغة نفسها[135] ، لذا فإن مشكلة اللغة ظاهرة فقط في التعاقد الإلكتروني.[136]

هناك بعض القوانين التي تشترط اللغة الوطنية في الإيجاب، ومن بينها القانون الفرنسي رقم 94/345 الخاص باللغة الفرنسية والمسمى بقانون (توبون) الصادر بتاريخ 04 أوت 1994 والذي نص في مادته 02 على أنه من الضروري استخدام اللغة الفرنسية في عدة مجالات في "الوصف، الإيجاب والتقديم، طريقة التشغيل والاستعمال، وصف مجال الضمان قانوني[137]، ولكي لا تكون استخدام اللغة الوطنية عائقا أمام عالمية الانترنت، نظرا لكون التعاقدات المبرمة بواسطة الانترنت عقودا دولية، المشرع

---

[133] قرواش رضوان، "هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين (المفهوم والالتزامات)"، مجلة العلوم الاجتماعية، المجلد 14، العدد 24، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، سطيف، 2017، ص 422.

[134] بن خضرة زهيرة، "أحكام الإيجاب الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة يحيى فارس، المدية،2021، ص 761.

[135] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 22.

[136] BENSSOUSSAN Alain, Le Commerce électronique (aspects juridiques), Harms, Paris, 1998, P 31.

[137] إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 131.

الفرنسي كان السباق في تحرير التعاقد الإلكتروني من قيود استخدام اللغة الوطنية (الفرنسية)، حيث أصدرت رئاسة الوزراء الفرنسية منشورا في 1996/05/19، يجيز فيه أن تصاحب الكتابة الفرنسية في الكتابة على الشاشات ترجمة بالإنجليزية أو غيرها من اللغات الأجنبية الأخرى، وهذا المنشور الوزاري جاء تطبيقا للتوجيه الأوروبي بتاريخ 21 ماي 1992 الذي يسمح باستخدام لغة أجنبية إلى جانب اللغة الوطنية في دول الإتحاد الأوروبي.[138]

أما المشرع الجزائري فقد اشترط اللغة العربية كأساس فيما يتعلق بإعلام المستهلك، وذلك في القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، وتحديدا في المادة 18 منه[139]، فحذا بذلك في طريق المشرع الفرنسي في إمكانية استعمال لغات أخرى، شرط أن تكون مفهومة لدى المستهلك.

2. كتابة شروط التعاقد بشكل بارز:

يجب أن يحتوي الإيجاب عموما على عنصرين، أحدهما هو الطابع الجازم للإيجاب والآخر هو وضوح طبيعة العقد وعناصره الأساسية، حيث أن العقد لا يبرم إلا إذا تزامن القبول مع الإيجاب حول عناصره الجوهرية ولو أهمل طرفيه بعض تفاصيله، ولقد نص المشرع الجزائري صراحة على ذلك في المادة 65 من القانون المدني على أنه: "إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد مبرما، وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة".[140]

---

[138] عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص ص 163-164.

[139] تنص المادة 18 على أنه:" يجب أن تحرر البيانات الوسم وطريقة الاستخدام ودليل الاستعمال وشروط ضمان المنتوج كل معلومة أخرى منصوص عليها في التنظيم الساري المفعول باللغة العربية أساسا، وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الفهم من المستهلكين وبطريقة مرئية مقروءة ومتعذر محوها".

[140] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

يجب كذلك أن ينطوي العقد على جميع الشروط التي عرضها الموجب، أي أن يشتمل الإيجاب على جميع بنود العقد وأن يبرزها بوضوح، وذلك لحماية المستهلك في مواجهة المحترف، خاصة وقد يكون العقد الإلكتروني عقد إذعان[141]، كما يجب أن يتجسد الإيجاب بأسلوب مكتوب وبعبارات واضحة لا تدع أي غموض وبأسلوب إلكتروني.[142]

تجدر الإشارة إلى أن الإيجاب مادام يتم عن طريق التقنيات السمعية والمرئية، فإنه يمكن الاستعانة بمختلف الأشكال والرسوم التي تدل على المنتوج وصفاته وأشكاله.

الفرع الثاني: أحكام الإيجاب الإلكتروني

بما أن الإيجاب الركيزة الأساسية لإبرام العقد، فيجب أن يحاط بقواعد وأحكام، لذا لابد من التوقف عندها، وتتمثل هذه الأحكام في: القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني وأيضا أثر موت الموجب في العقد الإلكتروني.

أولا– القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني

الأصل أن الإيجاب ليس له أية قوة إلزامية، فيحق للموجب الرجوع عن إيجابه ما لم يقترن بقبول، ومن الأسباب التي تدفعه للعدول عن إيجابه حدوث نزاع بين الطرفين، وزيادة الأسعار وإدراك الموجب أن إيجابه لا يتناسب مع هذا السعر[143]، وللبحث عن مدى إلزامية بقاء الموجب على إيجابه يجب التمييز بين حالتين:

1 . حالة تحديد أجل للإيجاب:

يجب أن يكون الإيجاب مصحوبا بميعاد معين، سواء تم تحديده بمعرفة الملزم نفسه، أو بموجب القانون، أو لظروف الوضع أو طبيعة المعاملات، في هذه الحالة يصبح الإيجاب ملزما

---

[141] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 24.

[142] مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماجستير في القانون، تخصص: المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012، ص 113.

[143] يحيى يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007، ص 47.

ولا يمكن إلغاؤه خلال هذه الفترة[144]، قد نص المشرع الجزائري على هذه الحالة في المادة 63 من القانون المدني على أنه: "إذا عين أجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل. وقد يستخلص الأجل في ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة".[145]

الهدف من تطبيق هذه القواعد على الإيجاب الإلكتروني هو حماية المستهلك واستقرار المعاملات الإلكترونية وتوفير الثقة في التعامل، فإلزام الموجب بإيجابه ولو لمدة محددة يمكنه من ترتيب شؤونه في حالة الرد بالقبول أو الرفض.[146]

2 . حالة عدم تحديد أجل للإيجاب:

إذا لم يعين أجل للإيجاب، فإنه يظل قائما إلا أنه غير ملزم، ومنه يمكن للموجب العدول عنه طالما لم يقترن بقبول، ولقد عالجت هذه الحالة المادة 64 من ق م ج التي تنص على أنه: "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل للقبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا وكذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل. غير أن العقد يتم، و لو لم يصدر القبول فورا، إذا لم يوجد ما يدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه في الفترة ما بين الإيجاب والقبول، وكان القبول صدر قبل أن ينفض مجلس العقد".[147]

وعليه فإن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن هذه القاعدة، فللموجب العدول عن إيجابه مادام القبول غير محدد الأجل بسحب عرضه من الانترنت، شرط الإعلان عن رغبته في العدول وإعلام من وجه إليه الإيجاب بذلك.

---

[144] إيقديدن سليمة، حمداش وردة، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017، ص 60.

[145] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[146] مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 120.

[147] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

ثانيا: أثر موت الموجب في العقد الإلكتروني

المبدأ العام هو أن الإعلان عن الإرادة لا يتأثر بوفاة صاحبه، وهو ما نصت عليه المادة 62 ق م ج على أنه: "إذا مات من صدر عنه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن تنتج التعبير أثره، فإن ذلك لا يمنع من ترتيب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه، هذا ما لم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعبير".[148]

وينطبق هذا الحكم على الإيجاب الإلكتروني، إلا أنه يجب احترام خصوصيته، والمتمثلة في التعبير عنه عبر الانترنت، فالإيجاب الالكتروني غالبا يتصف بأنه عابر للحدود، ويجب الانتباه لهذه الصفة عند تطبيق القواعد الخاصة بأثر الموت على الإيجاب الإلكتروني، وإذا توفي الموجب بعد التعبير عن إرادته عبر شبكة الانترنت، فإن مصير هذا الإيجاب سيتحدد طبقا لقانون دولة الموجب.[149]

بما أن المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول و ذلك في نص المادتين 61 و 62 من القانون المدني[150]، وعليه فإن التعاقد لا يتم إلا من لحظة وصول القبول إلى علم من وجه إليه (الموجب) الذي مات، إذا أرسل الموجب إيجابه عبر الانترنت لشخص آخر ثم مات قبل وصول تعبيره لذلك الشخص، بالرغم أن وفاته لا تؤثر على الإيجاب بالحد ذاته وعليه يبقى منتجا لآثاره، غير أن التعاقد لن يتم، لأنه لم يتصل بعد بعلم من وجه إليه، وهكذا نكون بصدد إيجاب صحيح، ولكن هذا الإيجاب يظل عديم الأثر مادام لم يقترن به القبول.[151]

---

[148] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[149] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 28.

[150] انظر المادتين 61 و62 من أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[151] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 155.

الفصل الثاني

اقتران وتطابق الإيجاب بالقبول

يفترض التعاقد وجود إرادتين كونه ثنائي الجانب، ويجعل تكاملها أمرا ضروريا، ويعتبر الإيجاب الإرادة الأولى والقبول الإرادة الثانية في العقد، فلا وجود للعقد من دون قبول، كما لا يكفي أن يقدم الشخص الموجب إيجابه للطرف الآخر فقط حتى لو كانت النية قائمة لدى القابل، بل يجب على هذا الأخير التعبير عن موافقته وإخراجها إلى العالم الخارجي من خلال إصداره للقبول.

لا يختلف العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي، كونه لا يخرج عن ذلك، فهو بدوره بحاجة إلى قبول إلكتروني للإيجاب الإلكتروني، نظرا لطبيعته التي تحتم إتمامه بالوسائل الإلكترونية والتقنية عبر الإنترنت، ولكنه يخضع لنفس القواعد والأحكام العامة التي تحكم القبول التقليدي.

مثلما يتميز الإيجاب الإلكتروني بخصائصه التي تنبع من خصوصية التعاقد عبر الإنترنت فإن للقبول خصوصيته أيضا، فيجب أن يصدر قبولا مطابقا تماما للعناصر الجوهرية التي تضمنها الإيجاب، وذلك دون إدخال أية تعديل وإلا أعتبر إيجابا جديدا.

ولاشك أن تحديد زمان ومكان انعقاد العقد مسألة في غاية الأهمية، خاصة في العقود التي تتم عن بعد وباستعمال وسائل الاتصال الحديثة، حيث يكون الموجب والقابل بعدين عن بعضهما البعض في الزمان والمكان. كما أن العقد حتى يرتب جميع الآثار القانونية، يجب أن يكون التراضي صحيحا، وحتى يكون كذلك لابد من أن يكون صادرا من متعاقد تتوفر فيه الأهلية القانونية، وكما يجب أن تكون إرادته خالية من أي عيب قد تشوبها.

لبيان ذلك كله سوف نتناول هذا الفصل من خلال مبحثين هما: ماهية القبول الالكتروني (المبحث الأول)، ثم نتطرق لدراسة مسألة مجلس العقد وصحة التراضي في العقد الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول

ماهية القبول الالكتروني

ركن التراضي لا يمكن أن يتحقق في العقود بإرادة الموجب لوحده فقط، وإنما الأمر يستلزم إرادة ثانية ألا وهي القبول الذي هو الجانب الثاني للتعبير عن الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية، فهو تعبير عن إرادة الشخص الراغب في التعاقد عبر الإنترنت، حيث يتضمن التعبير عن القبول التوافق الكامل مع العناصر المدرجة في الإيجاب الإلكتروني، مما يؤدي للانعقاد الفعلي للعقد الإلكتروني.

لذا خصصنا هذا المبحث للحديث عن ماهية القبول الإلكتروني، حيث قسمناه إلى مطلبين: سنتطرق إلى مفهوم القبول الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم سنتعرض لضوابطه (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مفهوم القبول الالكتروني

القبول المبرم بالوسائل الإلكترونية له مفهوم خاص ينفرد به عن القبول في العقود التقليدية، فلقد سمحت شبكة الإنترنت التعبير عنه إلكترونيا، وهو الأمر الذي يمنح للقبول الالكتروني نوع من الخصوصية.

ولإبراز هذه الخصوصية التي يتمتع به القبول المبرم بالوسائل الإلكترونية، سنقوم بالحديث عن تعريف القبول الإلكتروني (الفرع الأول)، ثم التطرق لعرض صوره (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني

تتعدد تعاريف القبول بصفة عامة، والقبول الإلكتروني بصفة خاصة، باعتبار أن إتمامه يكون بوسائل الاتصال الحديثة، وهو ما سنعرض له فيما يلي:

أولا- التعريف الفقهي للقبول الإلكتروني

يعرف الفقه القبول بوجه عام على أنه: " هو التعبير الإرادي الصادر ممن وجه إليه الإيجاب المتضمن رضاه بالتعاقد وفقا لما ورد في الإيجاب من شروط أي التعبير عن إرادة المخاطب بالإيجاب في الموافقة على إبرام العقد على أساس ذلك الإيجاب".[152]

بينما هناك جانب آخر من الفقه الذي عرفه بأنه: "تعبير عن إرادة الطرف الآخر الذي تلقى الإيجاب الذي يطلقه نحو الموجب ليعلمه بموافقته على الإيجاب".[153]

وما يهمنا في هذه الدراسة هو القبول الإلكتروني، فقد عرفه الفقه على أنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن توافقا تاما مع كل العناصر المشترطة في الإيجاب والتي وضعها الموجب، بحيث يتم إبرام التعاقد بمجرد حصول هذا الاتصال من عند القابل".[154]

مما سبق، فإن القبول الإلكتروني لا يخرج في مضمونه عن القبول التقليدي، سوى في طريقة التعبير عنه، فالأول يتم فيه استعمال وسائط إلكترونية، أما الثاني يتم بالطرق التقليدية المعروفة.

ثانيا- التعريف القانوني للقبول الإلكتروني

نجد أن المشرع الجزائري أغفل عن وضع تعريف للقبول سواء التقليدي أم الإلكتروني، حيث اكتفى فقط بذكر الوسائل التي يتم من خلالها العبير عن الإرادة وذلك في نص المادة 60 من القانون المدني الجزائري السالف ذكرها.[155]

لا يشترط أن يصدر القبول الإلكتروني – ولا حتى الإيجاب الإلكتروني – في شكل خاص أو وضع معين، وعليه يمكن أن يتم التعبير عنه صرحتا كما يمكن أن يكون ضمنيا، بالكتابة عبر الوسائل التقليدية أو الحديثة، كالكتابة بواسطة البريد الإلكتروني أو عن طريق التفاعل الآني عبر المواقع التجارية وذلك بالضغط على أيقونة القبول، كما يمكن أن يكون باللفظ في مجلس عقد

---

[152] عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص ص 175-176.

[153] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 340.

[154] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 246.

[155] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

حقيقي أو عبر المحادثة بوسائل الاتصال الفورية، أو بأي طريقة تتماشى مع طبيعة الإيجاب الإلكتروني.[156]

عدم وجود إلزام تشريعي يستوجب صياغة القبول في شكل محدد، يعود أساسه لمبدأ سلطان الإرادة، الذي يرفض إجبار الطرف المتعاقد على التعبير عن إرادته بطريقة معينة.[157]

وعلى عكس المشرع الجزائري، هناك تشريعات وضعت نصوص قانونية للقبول الإلكتروني، ومن بين هذه التشريعات قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 في المادة 13 منه نصت على أنه: "تعتبر رسالة المعلومات وسيلة من وسائل العبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي".[158]

أما قانون المبادلات التجارية الإلكترونية التونسي فقد عرف القبول في عقد الإلكتروني على أنه: "التعبير عن الإرادة إزاء الموجب الذي وجه للقابل تعبيرا معينا عن إرادته في إحداث أثر قانوني معين، فإذا قبل من وجه إليه هذا التعبير توافر القبول".[159]

ثالثا- تعريف القبول الإلكتروني حسب الاتفاقيات الدولية

عرفت اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع القبول في مادته 18 الفقرة 1 على أنه: "يعتبر قبولا أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"[160]، ويفهم من هذه المادة أن القبول يمكن أن يكون التعبير عنه صرحتا كما قد يكون ضمنيا.

أما قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996 فقد جاء في المادة 11 من الفصل الثالث منه على ما يلي :"في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك،

---

[156] بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017، ص 155.

[157] عبد الباسط جاسم محمد، مرجع سابق، ص 176.

[158] قانون رقم 2001-85، يتضمن قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، مصدر سابق.

[159] قانون رقم 83 لسنة 2000، يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، مصدر سابق.

[160] اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، مرجع سابق.

يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لهذا الغرض"[161]، ففي هذه المادة أجاز التعبير عن الإيجاب والقبول بواسطة رسائل المعلومات، كما تجدر الإشارة إلى أن المادة 13 فقرة 1 من هذا القانون، تنسب إرادة القبول إلى المتعاقد، إذا كان هو الذي أرسلها عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، سواء بنفسه أو عن طريق نائب عنه.[162]

الفرع الثاني: صور القبول الإلكتروني

تتعدد صور التعبير عن القبول الإلكتروني، وذلك لتنوع وسائل الاتصال الإلكترونية، والتي نلخصها فيما يلي:

أولا– القبول الإلكتروني عن طريق البريد الالكتروني

البريد الإلكتروني هو الأكثر شيوعا، ويستخدمه المنتجون وعملائهم، فهو يوفر سرعة عالية وكفاءة ودقة أكبر في الاتصال عبر الإنترنت[163]،حيث تسمح للقابل تقديم قبوله عبر البريد الإلكتروني خاصة إذا تلقى العرض بنفس الطريقة، حتما تعتبر رسالته الإلكترونية قبولا صريحا للعرض الموجه إليه، سواء كان هذا العرض موجها إليه عبر البريد الإلكتروني أو تم تقديمه على مواقع الويب ويتم القبول عبر البريد الإلكتروني.[164]

ومن التشريعات ما لم تمنح الخيار السابق للقابل، حيث ألزمته بالقبول بنفس وسيلة وصول الإيجاب، فمنها القانون الموحد لمعاملات المعلومات الأمريكي، وذلك في المادة 206 فقرة 2 التي نصت على أنه: "التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب، وبالتالي فإن كان قد تلقى القابل للإيجاب عن طريق الموقع الإلكتروني وجب عليه في حال أن قبل التعاقد من

---

[161] قانون اليونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

[162] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 97.

[163] مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، 2009، ص 93.

[164] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 33.

التعبير عن ذلك عبر ذات الموقع، وإن كان قد تلقى الإيجاب عن طريق رسالة إلكترونية، فلا يكون التعبير في القبول إلا بذات الوسيلة، وهي البريد الإلكتروني".[165]

والقبول عن طريق البريد الإلكتروني يمكن اعتباره دليلا واضحا وقاطعا لاشك فيه، وهو بالفعل تعبير عن إرادة القابل في التعاقد، شريطة أن يكون موجها بطريقة تضمن سلامته، وعدم تعرضه للتعديل أو بما يعرض تكاملها.[166]

ثانيا– القبول الإلكتروني عبر صفحات الويب (Web)

يتم القبول في هذه الصورة بالضغط على الأيقونة المخصصة لإعلان الموافقة والقبول عبر المواقع الإلكترونية[167]، حيث نجد أيقونة تحمل عبارة أنا موافق، أما بالنسبة للمواقع الواب التي تستعمل اللغة الفرنسية فنجد مثلا أيقونة تحمل عبارة "j'accepte l'offre" أو"d'accord"، أما في مواقع الواب التي تستخدم اللغة الإنجليزية، فتستعمل عبارة" largree" أو"ok".[168]

يمكن أن يتم القبول عن طريق النقر مرتين على الأيقونة المخصصة للقبول من أجل التحقق من صحة إجراء القبول، وفي هذه الحالة، لا يؤثر النقر مرة واحدة على إبرام العقد، ويصبح القبول عديم الجدوى، وغالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القابل على التعاقد، وحتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ، فإن النقر المزدوج هو دليل على موافقة القابل على التعاقد.[169]

---

[165] نقلا عن محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، إثبات العقد الإلكتروني، حماية المستهلكين، وسائل الدفع الإلكترونية، المنازعات العقدية وغير العقدية، الحكومة الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان،2011، ص 88.

[166] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 33.

[167] بوحملة صلاح الدين، "خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، عدد 03، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2019، ص 314.

[168] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 342.

[169] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 158.

في بعض الحالات نجد أن الموجب يتخذ بعض الإجراءات التالية لإصدار القبول، مثل الإجابة على بعض الأسئلة الموجهة للقابل، كتحديد مكان الإقامة، أو كتابة بعض البيانات المتعلقة على سبيل المثال برقم بطاقة الائتمان، أو أي بيانات تؤكد القبول وتجعله أكثر فعالية ومنح فرصة للقابل للتفكير وتأكيد رغبته في القبول قبل انعقاد العقد.[170]

ثالثا– القبول الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية المؤتمة

المعاملات الإلكترونية المؤتمة هي تلك المعاملات التي لا تقبل التدخل البشري، بل تتم من خلال برامج إلكترونية معدة مسبقا للقيام بمهمة محددة، ويتم تزويد هذه البرامج بمعلومات محددة، بما هو مسند إليها بمجرد تلقي الأمر بذلك.[171]

ومن بين الأمثلة رغبة أحد الأشخاص في حجز تذكرة سفر من إحدى شركات الطيران، فما عليه سوى الولوج إلى موقع الشركة على الإنترنت والإطلاع على مواعيد الرحلات والأماكن الشاغرة، ثم يطلب حجز مقعد في رحلة يحددها هو، ويطلب منه سداد القيمة، وبمجرد تمام تحويل القيمة بواسطة عملية الدفع الإلكتروني تظهر له عبارة OK، وبمجرد الضغط عليها يستطيع الحصول على صورة من تذكرة السفر عن طريق الكمبيوتر الخاص بيه.[172]

ومن هنا يتضح الذكاء الاصطناعي الذي يقوم به الجهاز الإلكتروني في البحث عن السلعة بالشروط والمواصفات المحددة وبالسعر المناسب، في هذه الحالة لا تعتبر الإرادة البشرية حاضرة وتصدر الرسالة من الجهاز الإلكتروني دون تدخل بشري مباشر[173]، إلا أن التعبير عن الإرادة يثير إشكالا فهل ينسب إلى الآلة أو مستخدم الآلة ؟

يرى جانب من الفقه أن التعبير عن القبول عن طريق هذه المعاملة يرجع إلى أن الشخص الطبيعي أو المعنوي الواجب عليه الإيجاب هو من يمتلك النظام الإلكتروني الذي يتم عن طريقها

---

[170] بوحملة صلاح الدين، مرجع سابق، ص 314.

[171] مناني فراح، مرجع سابق، ص 94.

[172] بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص 56–57.

[173] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 35.

التعبير عن قبوله من جهة وأنه هو الذي قام ببرمجة هذا النظام بشكل جعله يرسل الرسائل المعبرة عن قبول ذلك الشخص بحسب إرادته.

إلا أن هناك جانب آخر من الفقه يرى بأن سريان هذا التصرف في حق الموجب يفترض أنه كان على علم بأن القبول صدر من خلال النظام الإلكتروني المؤتمت، أو كان من المفترض أنه يجب أن يعلم بأن العقد أو المعاملة سوف تبرم بهذه الوسيلة.[174]

المطلب الثاني: ضوابط القبول الإلكتروني

يعد القبول الإرادة الثانية والنهائية في التعاقد، وهذه الإرادة يشترط فيها استيفاء جملة من الشروط، حتى ينعقد العقد ويرتب كل أثاره القانونية، وهو الأمر المطلوب سواء تعلق بالعقد التقليدي أو الإلكتروني، ومن ثم يتطلب الوضع البحث في شروط القبول الإلكتروني (الفرع الأول)، إضافة إلى البحث عن جوازية التعبير عنه ضمنيا (الفرع الثاني)، وأيضا لابد التعرض لصلاحية الاعتداد بالسكوت للتعبير عنه (الفرع الثالث)، بالإضافة للتطرق للحق في العدول عن القبول الإلكتروني (الفرع الرابع).

الفرع الأول: شروط صحة القبول الإلكتروني

لا يكفي التعبير عن القبول من أجل إبرام العقد، فيجب أن يستجمع القبول بعض الشروط من أجل إحداث أثره، والتي تتجسد في أن يكون القبول صريحا وواضحا، بالإضافة لصدور القبول والإيجاب لا يزال قائما، وأخيرا موافقة القبول للإيجاب وتطابقه له ، وسنلخص هذه النقاط فيما يلي:

أولا– أن يكون القبول صريحا وواضحا

بالرجوع للقواعد العامة في القانون المدني نجد أن القبول قد يتم صراحة باللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، وباتخاذ موقف لا تدع شكا في دلالته على حقيقة المقصود.[175]

---

[174] مناني فراح، مرجع سابق، ص ص 95–96.

[175] راجع نص المادة 60 من أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

باعتبار أن القبول في المعاملات الإلكترونية يتم عبر أجهزة إلكترونية لا تفهم ولا تفكر، لا يمكنها استخلاص إرادة ونية المتعاقد، لأنها أداة صماء يعبر عنها صاحب الإرادة، بالإضافة إلى حقيقة أنه لا يمكن للمستهلك تضمين بياناته الشخصية إلا إذا كانت نابعة من إرادة مقصودة الالتزام بالعقد، وينتج عن ذلك عدم وجود فرصة للقبول إلا إذا كان صريحا.[176]

وهذا ما أكدته المادة 12 الفقرة الثانية من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية بنصها على أنه: "يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبر عنه صراحة"[177]، غير أن هذه المادة لم تبين لنا طرق التعبير الصريح، وعليه هناك من يعتبر أن النقر هو تعبير ضمني للقبول، في حين يعتبره البعض الآخر بأنه تعبير صريح.[178]

كما يجب أن يكون القبول واضحا على نية القابل واتجاه إرادته لمن صدرت منه، حيث إذا وصل إلى الموجب فهذا يدل على الموافقة من جانب القابل، أو الكتابة بإرسال القبول كتابيا عبر البريد الإلكتروني، فلا يشترط أن يكون القبول بلغة معينة، بل يصح بأية لغة من لغات العالم، ولا يختلف هذا الشرط لكون القبول قد تم بوسائل إلكترونية عبر رسالة بيانات نقلت عن طريق تبادل البيانات إلكترونيا، من خلال نظام معلومات عبر شبكة الإنترنت بين الموجب والقابل.[179]

---

[176] برادي أحمد، بن عمر توهامي، "التراضي الإلكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 10، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة تمنراست، تمنراست، 2021، ص 167.

[177] قانون رقم18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[178] برادي أحمد، بن عمر توهامي، مرجع سابق، ص 167.

[179] العربي شحط أمينة، مرجع سابق، ص ص 162-163.

ثانيا- أن يكون الإيجاب مازال قائما

فالقبول هو جواب على الإيجاب، فإذا لم يعد ذلك الإيجاب قائما كان القبول جوابا لمعدوم، ففي الإيجاب المقترن بمدة، يلتزم الموجب بالبقاء على إيجابه طوال هذه المدة، ثم يجب أن يصدر القبول قبل انقضاء المدة الصريحة أو الضمنية، سواء كان العقد بين حاضرين أو غائبين.[180]

وتطبيق ذلك على شبكة الإنترنت يكون بطرح الفرضية التالية: لو دخلنا على أي موقع عبر الإنترنت مثلا موقع سيارات، وقام صاحب الموقع بذكر ثمنها، ومن يرغب بالشراء عليه إبداء رغبته بذلك خلال خمسين يوما، فإذا لم يتلاقى القبول خلال هذه المدة المعينة وجاء متأخرا، فهنا لا يمكن القول بتوافر القبول عبر الإنترنت[181]، وعليه يجب أن يصدر القبول الإلكتروني في اللحظة التي يكون الإيجاب الإلكتروني مازال قائما فيه.

أما في حالة عرض الموجب إيجابه عن طريق البريد الإلكتروني أو غرف المحادثة فإن القبول يجب أن يصدر بصورة فورية أو أثناء المحادثة وقبل إنهائها، فإذا تمت المحادثة دون قبول الإيجاب ينتهي الإيجاب ولا قيمة للقبول الذي يصدر بعد ذلك[182]، وهذا ما أكده مشروع العقد النموذجي بشأن المعاملات الإلكترونية والذي أعدته لجنة اليونسترال، حيث جاء في البند (2-3-4) منه "يعتبر القبول مقبولا إذا تسلم مرسل هذا الإيجاب قبولا غير مشروط للإيجاب، خلال التوقيت المحدد".[183]

---

[180] إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، القاهرة، 2010، ص 170.

[181] العربي شحط أمينة، مرجع سابق، ص 163.

[182] خالد صبري الجنابي، مرجع سابق، ص 80.

[183] نقلا عن محمود عبد الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011، ص 149.

أما إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد ولم يتم تحديد أجله، فهنا يجب أن يصدر القبول قبل إنفضاض مجلس العقد، فإذا أتى بعد ذلك اعتبر إيجابا جديدا يمكن للموجب أن يرفضه أو يقبله، وهو ما نصت عليه المادة 64 من ق م ج.[184]

ثالثا– موافقة القبول للإيجاب وتطابقه له

لا يتمثل القبول في الرد الإيجابي فحسب، بل لابد أن يكون مطابقا تماما للإيجاب[185]، وهذا هو الشرط الأهم في القبول، لأن مطابقة القبول مع الإيجاب هو أساس إبرام العقد، بعبارة أخرى هي الرضا[186]، بحيث إذا اقترن القبول بأي زيادة عن الإيجاب أو يقيده أو يعدل فيه اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا[187]،وذلك استنادا للمادة 66 من ق م ج التي تنص على انه: "لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا".[188]

من أجل تنفيذ ذلك عبر الإنترنت من الضروري التمييز بين تحقيق المطابقة من خلال البريد الإلكتروني أولا، ثم تحقيقها من خلال مواقع الواب، في الفرضية الأولى يمكن زيادة الإيجاب أو إنقاصه عبر الإنترنت، عندما يوجه الموجب له للموجب رسالة من خلال البريد الإلكتروني تتضمن طلبا لخفض سعر البضاعة على سبيل المثال، نكون هنا أمام رفض يتطلب إيجابا جديدا طبقا للقواعد العامة فلا يتحقق شرط المطابقة، على العكس من ذلك، لا يمكن تصور التعديل في الإيجاب إذا تم من خلال موقع ما، لأن الموجب له عليه فقط قبول الإيجاب، بالضغط على أيقونة الموافقة أم لا.[189]

وقد يتم العقد بالاتفاق على المسائل الجوهرية والاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاحقا، بشرط أن لا يتفق الطرفان على خلاف ذلك، وهو ما نصت عليه المادة 65 من ق م ج: "إذا اتفق الطرفان

---

[184] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[185] بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 34.

[186] محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 150.

[187] بومسلة عبد القادر، مرجع سابق، ص 335.

[188] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[189] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 169.

على جميع المسائل الجوهرية في العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن لا أثر للعقد عند عدم الاتفاق عليها، اعتبر العقد منبرما وإذا قام خلاف على المسائل التي لم يتفق الاتفاق عليها، فإن المحكمة تقضي فيها طبقا لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون، والعرف والعدالة"[190]، يفهم من هذه المادة أنه يجب الاتفاق على المسائل الأساسية في العقد، أما فيما يخص المسائل التفصيلية فيجوز للأطراف الاتفاق عليها فيما بعد وذلك شريطة عدم وجود اتفاق بينهما يقضي على خلاف ذلك وبالتالي ينعقد العقد ، وفي حالة وجود نزاع بينهما حول المسائل غير متفق عليا، هنا المحكمة ستفصل في النزاع بناءا لطبيعة المعاملة وأحكام القانون بالإضافة للعرف والعدالة.

وتجدر الإشارة إلى أن أغلب العقود التي تبرم عبر الإنترنت لا تتم عبر رسائل الإنترنت، بل تتم عبر مواقع الويب الإلكترونية، وبين جمهور مستخدمي الشبكة عبر عقود نموذجية التي تقوم بطرحها هذه المواقع، حيث تتضمن بنودها جميع المسائل الأساسية والتفصيلية التي يراها صاحب الموقع مناسبة له، وليس للمتعاقد خيارا سوى النقر على خانة القبول في العقد النموذجي، معبرا عن قبوله بالتعاقد، وعليه سيكون قبوله مطابقا للإيجاب مطابقة تامة وفي كل المسائل الجوهرية أو التفصيلية.[191]

الفرع الثاني: مدى جوازية التعبير عن القبول ضمنيا

العقود التقليدية بصفة عامة يجوز التعبير عنها بصفة صريحة أو ضمنية، وهذا ما ذهبت إليه مختلف التشريعات ومنه المشرع الجزائري الذي نص في المادة 60 من القانون المدني على أنه: "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ، وبالكتابة، أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالته على مقصود صاحبه. ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا".[192]

---

[190] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[191] محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 155.

[192] أمر رقم75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

أما التعبير عن القبول في العقود الإلكترونية فهو محل جدل فقهي بين مؤيد ومعارض لجواز التعبير الضمني فيه، بالنسبة للرأي الأول الذي يرى أنه لا مانع من التعبير الضمني عن القبول الإلكتروني مادام أن القبول بالتنفيذ هو أمر ممكن حتى في الوسائط الإلكترونية، فعندما يتصفح الشخص بريده الإلكتروني وعثر على رسالة حول بيع سلعة بسعر محدد، فقيام هذا الشخص بإرسال الثمن إلى الموجب يعتبر قبولا ضمنيا للعرض، وبالتالي يتم إبرام العقد.[193]

وأيضا من التصرفات التي تدل على القبول الضمني للإيجاب في شبكة الإنترنت قيام الموجب له بفك الغلاف عن بعض البضائع، التي يقوم الموجب بإرسالها إليه مع الإيجاب، وغالبا ما يشتمل الإيجاب في هذه الحالة على تحذير من الموجب إلى الموجب له من أن قيامه بفك الغلاف أو الختم عن هذه السلعة يعتبر قبولا للعقد.[194]

أما الرأي الثاني فيرى أن التعبير عن القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحا، فالقبول الإلكتروني يتم بواسطة الأجهزة والبرامج الإلكترونية التي تعمل بشكل آلي فلا يمكن لهذه الأجهزة استخلاص إرادة الطرف المتعاقد[195]، وهو نفس توجه المشرع الجزائري وذلك من خلال المادة 12 الفقرة الثانية من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية حيث تنص على أنه: "يجب أن يكون الاختيار الذي يقوم به المستهلك الإلكتروني معبر عنه صراحة".[196]

وعليه لا مجال لإمكانية التعبير عن الإرادة عن طريق الإشارة المتداولة عرفا أو باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود منه.[197]

---

[193] مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 130.

[194] محمود عبر الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 145.

[195] بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص 143.

[196] قانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[197] مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 131.

الفرع الثالث: صلا حية الاعتداد بالسكوت لتعبير عن القبول الإلكتروني

يمكن تعريف السكوت بأنه حالة سلبية لا يرفقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة، قد يكون ساكتا في ظاهره وداخله، وظروفه لا تسمح له باستيفاء أي إرادة منه، ويدعى عند هذه الحالة بالسكوت المجرد، وقد يكون ساكتا في ظاهره منتجا لإحداث الأثر الشرعي في باطنه ويدعى بالسكوت الملابس.[198]

الأصل في القواعد العامة أن مجرد سكوت من وجه إليه الإيجاب لا يعتبر قبولا وذلك استنادا للقاعدة التي تقول: "لا ينسب لساكت قول"[199]، بمعنى أن الذي يلتزم الصمت لا ينسب له إرادة لا بالقبول ولا بالرفض[200]، لذلك من يتلقى رسالة إلكترونية عبر بريده الإلكتروني تتضمن إيجابا ونص فيها على أنه إذا لم يستجيب لهذا العرض خلال مدة محددة فهذا يعتبر قبولا، فيمكن لمتلقي هذه الرسالة تجاهله على أساس القاعدة السابقة.[201]

يعد السكوت قبولا وذلك استثنائيا في بعض الحالات التي يقترن فيها بظروف معينة[202]، حيث نصت المادة 68 من القانون المدني الجزائري على أنه: "إذا كانت طبيعة المعاملة، أو العرف التجاري، أو غير ذلك من الظروف، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت المناسب. ويعتبر السكوت في الرد قبولا، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين، أو إذا كان الإيجاب لملحة من وجه إليه"[203]، واستنادا لهذه المادة نستخلص الحالات التي اعتبرها المشرع الجزائري السكوت فيها بمثابة قبول والمتمثلة في العرف التجاري وإذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه وكذلك حالة وجود تعامل

---

[198] علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية(التراضي، التعبير عن الإرادة–دراسة مقارنة–)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 139.

[199] العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2017، ص 179.

[200] بوطالبي زينب، مرجع سابق، ص 60.

[201] العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 179.

[202] تيطوش غانية، مرجع سابق، ص 52.

[203] أمر رقم 75–58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

سابق بين الأطراف، فهي حالات يمكن تطبيقها في العقود التقليدية، بينما يصعب تطبيقها في مجال المعاملات الإلكترونية، وعليه:

بالنسبة للحالة الاستثنائية الأولى المتمثلة في العرف فإنه لا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا فعليا في مثل هذه العقود حتى الآن، وذلك لكون هذا الشكل من أشكال التعاقد حديث النشأة.[204]

أما الحالة الاستثنائية الثانية وهي تمحض الإيجاب لمصلحة من وجه إليه، نجد أن العقود التي تتم عبر الإنترنت عبارة عن عقود تجارية دائما ترتب التزاما على عاتق من وجه إليه الإيجاب.[205]

أما الحالة الاستثنائية الثالثة كون هناك تعامل سابق بين المتعاقدين فهي الحالة الأكثر شيوعا في مثل هذه العقود وعلى سبيل المثال اعتياد المتعاقد أو المستهلك على شراء بعض البضائع من متجر افتراضي، سواء عن طريق البريد الإلكتروني أو من خلال صفحات الويب وذلك بشكل منتظم ومستمر، وهنا يجوز القول بأن هذه الحالة تعد من الحالات النموذجية للتعامل السابق.[206]

الفرع الرابع: الحق في العدول عن القبول الإلكتروني

بالرجوع إلى القوة الملزمة للعقد، فإن كل متعاقد يلتزم بالتنفيذ الالتزامات التي يرتبها العقد في ذمته، فلا يمكن للمتعاقدين العدول عن العقد متى تم إبرامه صحيحا [207]، وقد تبنى المشرع الجزائري هذا المبدأ في المادة 106 من ق م التي تنص على أنه: "العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون"[208]، فقد جاء مبدأ "العقد شريعة المتعاقدين"، كنتيجة لمبدأ سلطان الإرادة الذي يقوم على أساسين، الأول هو الأساس

[204] العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 180.
[205] تيطوش غانية، مرجع سابق، ص 52.
[206] العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 180.
[207] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 169.
[208] أمر رقم75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

الأخلاقي المرتبط بالعهد الذي يقطعه الشخص ويجب احترامه، بينما الثاني هو أساس اقتصادي يقوم على ضرورة توفير الاستقرار في المعاملات بين الأفراد.[209]

وفي ضوء حقيقة أن عقود التجارة الإلكترونية تتم عن بعد عن طريق وسائل الاتصال التي لا تسمح للمستهلك الإلكتروني بالحكم على المنتج، بغض النظر عن مدى دقة وصدق البائع في وصفه، فإن الحق في العدول يهدف في الأصل إلى حماية رضا المستهلك، وذلك عن طريق منحه مهلة إضافية للتفكير في أمر العقد أبرمه تفاديا لأخطار التي قد تلحق به لتسرعه في التعاقد.[210]

ولذلك جاء حق العدول كاستثناء للقوة الملزمة للعقد، والذي يعرف بأنه: " سلطة القابل في الرجوع عن قبوله، والذي انعقد به العقد ولو كان العقد قد تم تنفيذه بشكل كامل" [211]، وفي ظل غياب أي نص يجيز فيه حق العدول في قانون اليونيسترال النموذجي، إلا أنه هناك من التشريعات من نظمت هذا الحق والتي نجد منها:

ما جاء في نص المادة L121-20 من تقنين الاستهلاك الفرنسي رقم 1993-449 المضافة بالمرسوم رقم 2001-741 المؤرخ في 2001/12/23 على أنه: " يكون للمستهلك خلال سبعة أيام عمل كاملة الحق في العدول عن العقد دون بيان الأسباب وبغير مقابل الرد"، وقد تم تعديل هذه المادة بموجب القانون 2014-344 المؤرخ في 2014/03/14 فيما يخص ميعاد العدول لتصبح 14 يوما بدلا من 7 أيام، وذلك وفقا لما جاء في المادة 6 من التوجيه الأوروبي.[212]

---

[209] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 170.

[210] بغدادي إيمان، "صدور القبول في العقد الإلكتروني وإمكانية العدول عنه"، مجلة المفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018، ص 156.

[211] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 170.

[212] نقلا عن لعمري صالحة، "حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 25، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص 136.

والملاحظ أن المشرع الفرنسي لم يلزم تقديم أسباب العدول، وبذلك يمكن الرجوع عن العقد الإلكتروني دون وجود مبررات، كما أن مدة العدول تختلف باختلاف محل العقد،إذا كانت سلعة فسريان الميعاد يبدأ من يوم التسليم، أما كانت خدمة فمن يوم إبرام العقد.

بالرجوع إلى التشريعات العربية نجد المشرع التونسي الذي نظم هو الأخر حق العدول، وذلك في قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية رقم 83 لسنة 2000 فنص في الفصل 30 على ما يلي: "مع مراعاة مقتضيات الفصل 25 من هذا القانون، يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في أجل عشرة أيام عمل، تحتسب:

- بالنسبة للبضائع بداية من تاريخ تسلمها من قبل المستهلك.
- بالنسبة إلى خدمات من تاريخ إبرام العقد".[213]

لقد نص المشرع الجزائري على حق المستهلك الإلكتروني في العدول من خلال المادة 11 من القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكتروني بأنه يجب على المورد الإلكتروني أن يحدد شروط وآجال العدول عند الاقتضاء، كما نصت المادة 23 من القانون نفسه على أنه: " يجب على المورد الإلكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا. يجب على المستهلك الإلكتروني إعادة إرسال السلعة في غلافها الأصلي، خلال مدة أربعة أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي للمنتوج مع الإشارة إلى سبب الرفض، وتكون تكاليف إعادة الإرسال على عاتق المورد الإلكتروني.

ويلزم المورد الإلكتروني بما يأتي:

- تسليم جديد موافق للطلبية، أو
- إصلاح المنتوج المعيب، أو
- استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو

[213] قانون رقم 83 لسنة 2000، يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، مصدر سابق.

- إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الإلكتروني بالتعويض في حالة وقع ضرر.

يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر يوما من تاريخ استلامه المنتوج".[214]

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع قد أقر بأحقية المستهلك في العدول، وذلك بقيام المستهلك بإرجاع المنتوج في غلافه الأصلي للمورد الإلكتروني، وبالتالي يجب عدم استعماله إذا كان غير مطابق للطلبية أو وجود عيب فيه، وذلك خلال مدة أقصها 4 أيام عمل يبدأ سريانها من يوم التسليم الفعلي مع إرفاق سبب الرفض، والملاحظ أن المدة التي حددها قصيرة نوعا ما مقارنة مع باقي التشريعات، أما عن تكاليف الإرجاع فهي على عاتق المورد الإلكتروني، كما حدد المشرع أجلا لإرجاع المبالغ المالية التي تسلمها المورد من طرف المستهلك خلال 15 يوم من تاريخ تسلمه للمنتوج الذي تم إرجاعه.

كما تجدر الإشارة إلى أنه تم تقييد الحق في العدول في بعض التشريعات حتى لا يتعسف القابل في استعماله، فهناك من قرر سقوط هذا الحق بمجرد قيام القابل بفك الأختام ونزع الغلاف إذا تم إرسال السلع عن طريق البريد العادي، أو في حالة دخول السلعة في ذاكرة الحاسوب الآلي الخاص بالقابل إذا كان التسليم على الخط مباشرة، مثلا تسليم برامج الحاسوب التي يدعي القابل أنها غير ملائمة للغرض، المبتغى منها كسبب لاستعمال حقه في العدول، بالتالي يقع عليه عبء إثبات ذلك حتى يقبل منه هذا الدفع.[215]

---

[214] قانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[215] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 172.

المبحث الثاني

مجلس العقد وصحة التراضي في العقد الإلكتروني

يعتبر العقد مبرما في الوقت الذي يقترن فيه القبول بالإيجاب، نظرا لأن اجتماع الإرادتين هو الذي ينشئ العقد، ومع ذلك لا يتم تبادل الإرادتين إلا في مجلس العقد، وهي مرحلة مهمة في العقد، حيث يتم إبرامه فقط من خلاله، فلا يمكن تصور وجود عقد دون المرور بمرحلة المجلس، لما له من أهمية في حماية الأطراف المتعاقدة، ففكرة مجلس العقد مبنية على عنصري الزمان والمكان، باعتبار أن تحديد وقت إبرام العقد ومكانه يؤثر على وجود العقد في حد ذاته.

كما لا يكفي لانعقاد عقود التجارة الإلكترونية اقتران الإيجاب بالقبول ووجود الأهلية للأطراف المتعاقدة، وإنما لابد أن تكون هذه العقود صحيحة، وذلك عندما لا تشوب إرادة المتعاقدين أي عيب من عيوب الرضا.

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى مجلس العقد وصحة التراضي في العقد الإلكتروني من خلال مطلبين: نعالج فيه مجلس العقد الإلكتروني (المطلب الأول)، ثم سنتعرض لصحة التراضي في العقود الإلكترونية (المطلب الثاني).

المطلب الأول: مجلس العقد الإلكتروني

قد يكون مجلس العقد مجلسا حقيقيا يجتمع فيه الطرفان المتعاقدان في مكان واحد يسمع أحدهما الآخر ويراه، وقد يكون مجلسا افتراضيا يتغيب فيه أحد المتعاقدين، وهو الغالب في التعاقد الإلكتروني، ويرجع ذلك إلى طبيعة التعاقد الإلكتروني الذي يتم عن بعد، مما يتعذر إمكانية اجتماع طرفي العقد في مكان واحد، ونتيجة لذلك فإن مجلس العقد بصفة عامة والإلكتروني بصفة خاصة يثير فيها العديد من المشكلات، ولعل أهمها إشكالية تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني فيما إذا كان تعاقدا بين حاضرين أو بين غائبين، أو بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، بالإضافة إلى إشكالية تحديد زمان ومكان العقد الإلكتروني.

وعليه بغية التفصيل في ذلك سنتطرق في هذا المطلب إلى تعريف مجلس العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية (الفرع الأول)، كما سنتطرق إلى تحديد زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية

سنبين في هذا الفرع تعريف مجلس العقد الإلكتروني، يلي ذلك الحديث عن طبيعة هذا المجلس على النحو الأتي:

أولا– تعريف مجلس العقد الإلكتروني

لقد تعددت المحاولات التي تناولت تعريف مجلس العقد، فيعرفه فريق من الفقه بأنه: "الحال التي يكون فيها المتعاقدون مقبلين على التفاوض في العقد، فيلغوا الإيجاب إذا انفض المجلس قبل القبول، ولا عبرة لوجود القبول بعد ذلك"[216]، وهناك جانب آخر من الفقه الذي يعرفه بأنه: "مكان وزمان التعاقد والذي يبدأ بالانشغال البات بالصيغة وينفض بانتهاء الانشغال بالتعاقد"[217]، إن هذا التعريف يمتاز بأنه جاء عام ومشتمل على عنصري مجلس العقد ألا وهما العنصرين المكاني والزماني.

كما يوضح هذا التعريف أن مجلس العقد يعتبر إحدى المراحل التي تسبق التعاقد، لذلك فإن أشخاص المجلس يطلق عليهم المتعاقدين لا العاقدين، كون أن العقد لا ينعقد إلا في نهاية مجلسه، كما يحدد هذا التعريف النطاق الزماني للمجلس من حيث بدايته التي تنطلق مع بدء الانشغال بصيغة العقد ونهايته التي ترتبط إما بإبرام العقد فعلا أو انتهاء الانشغال بأمور العقد.[218]

ومن الفقه من عرف مجلس العقد بأنه: "المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد يسمح لهما بالاتصال المباشر بينهما دون أن يشغلهما شاغل عن التعاقد، كأن ينصرفا عنه بالمغادرة أو بالانصراف عن أمره لأمر آخر، سواء تعاقد مع متعاقد آخر أو بشأن مختلف، ويكون

---

[216] علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص147.

[217] عجالي خالد، مرجع سابق، ص 192.

[218] بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص 159.

ذلك في العقد الإلكتروني بترك الجهاز أو إغلاقه أو بالانتقال إلى موقع آخر أو رسالة إلكترونية أخرى"[219]، وعلى هذا فإن مجلس العقد يتنوع إلى نوعين: مجلس عقد حقيقي وحكمي، فيقصد بمجلس العقد الحقيقي بأنه مجلس العقد الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد، فيكونان على اتصال مباشر، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة باعتبارهما منصرفين إلى التعاقد لا يشغلهما عنه شاغل، وهو يبدأ بتقديم الإيجاب وينتهي بالرد على الإيجاب قبولا أو رفضا، وإما بانفضاضه دون رد.[220]

أما المجلس الحكمي أو ما يسمى بالافتراضي أيضا فهو الذي يفتقد إلى كلا العنصرين أو أحدهما، وهو العنصر المكاني، حين يفصل بينهما تباعد المكان والزمان لبلوغ العلم بإرادة الطرف الآخر، أو على الأقل تباعد المكان، حين يقال أنه مجلس عقد بين غائبين.[221]

ثانيا– الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني

اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني، فهناك من يعتبره أنه تعاقد بين حاضرين وبالتالي تسري عليه الأحكام المتعلقة بمجلس العقد الحقيقي، في حين هناك اتجاه آخر من الفقه من يراه أنه تعاقد بين غائبين ومنه تسري عليه أحكام مجلس العقد الحكمي.

1. العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين:

يرى أصحاب هذا الاتجاه بأن التعاقد الإلكتروني هو تعاقد بين حاضرين، بما أن الأطراف المتعاقدة على اتصال مباشر مع بعضهما البعض، حتى إن تغيبت الأطراف المتعاقدة، فإنه لا يفصل في التعاقد ما بين صدور القبول والعلم به، لذلك تطبق أحكام التعاقد بين حاضرين وفق هذا الاتجاه.[222]

---

[219] نجاعي أمال، موساوي لامية، مرجع سابق، ص 43.

[220] علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 147.

[221] أحمد عبد التواب محمد بهجت، مرجع سابق، ص 176.

[222] علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص ص 148–149.

تفترض وجهة النظر هذه أن لمجلس العقد ركن واحد وهو الزمان، فينظر إلى مجلس العقد على أنه وحدة زمنية فقط، لكن مجلس العقد يقوم على ركنين هما المكان والزمان، فالركن المكاني هو بمثابة العنصر المادي للمجلس، أما الركن الزماني فهو يعتبر العنصر المعنوي ولكل منهما شروط وأحكام فإن قصر المجلس على أحدهما دون الآخر يترتب عليه خلل في ضبط الكثير من الأمور[223]، فرغم أن هذا الاتجاه وإن كان يساير مقتضيات العصر، إلا أنه يبقى غير ملائم لأحكام مجلس العقد المعروفة في الفقه الإسلامي، والتي تعتبر أن حالة عدم اجتماع طرفي العقد في مكان واحد تعاقد بين غائبين، بالإضافة إلى ذلك فتحديد العنصر المكاني يبرر العديد من الإشكالات والأحكام التي لابد من بيانها لتحديد القانون الواجب التطبيق على العقد.[224]

2. العقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين:

ويرى أصحاب هذا الرأي أن العقد الإلكتروني عقد بين غائبين في الزمان والمكان،شأنه في ذلك شأن التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بالهاتف، ولا يختلف عنهم إلا في الوسائل التي أصبحت إلكترونية، ويرى هذا الرأي أن التعاقد الإلكتروني يكون بين غائبين نظرا لعدم صدور الإيجاب والقبول في نفس اللحظة، وإنما هناك فاصل زمني بين علم الموجب بالقبول وصدوره[225]، كما أن هناك من يرجع اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين إلى استفادة المستهلك من حق الرجوع الذي منحة إياه المشرع نتيجة التعاقد عن بعد.[226]

ولم يسلم هذا الرأي أيضا من الانتقاد، كونه قد تجاهل حقيقة هامة، وهي أن التعاقد الإلكتروني قد يتم لحظيا، أي أن هنالك تعاصر بين الإيجاب والقبول، حيث يكون كل طرف من الأطراف المتعاقدة على اتصال مباشر مع الآخر سواء كتابيا أو صوتيا أو بالصورة، كما هو الحال في التعاقد عبر البريد الإلكتروني واستخدام ميكروفون وكاميرا وفيديو، ففي هذه الحالة

---

[223] بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص 170.

[224] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 191.

[225] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص ص 365-366.

[226] مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 162.

عنصر الزمان يتلاشى إذ لا يستغرق زمن وصول الرسالة الإلكترونية جزء من الثانية مما يصعب معه اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين غائبين.[227]

3. مجلس العقد الإلكتروني المختلط :

هذا الاتجاه يؤسس رأيه على أساس أن الأمر يتم بطرق سمعية وبصرية عبر الإنترنت كما هو الحال مع استخدام الشبكة الرقمية للخدمات المتكاملة، مما يسمح بالتفاعل بين طرفين يضمهما مجلس افتراضي واحد، ثم يعتبر العقد الإلكتروني تعاقدا بين حاضرين في الزمان، لاعتبار طرفي العقد الإلكتروني متواجدان في دول مختلفة ويتم تنفيذ الالتزامات إلكترونيا، كما هو الحال في الخدمات المصرفية والاستشارات القانونية، أو عن طريق التسليم المادي، فإن العقد الإلكتروني يكون بين طرفين غائبين من حيث المكان.[228]

كما يضيف البعض بأن التعاقد الإلكتروني شأنه شأن التعاقد بواسطة الهاتف من ناحية العلم الفوري لكل طرف بأن قبوله أو إيجابه قد وصل إلى الطرف الآخر، ففي الوقت الذي يرسل طرف رسالته يتم وصولها إلى الكمبيوتر الخاص بالطرف الآخر، وعلى هذا الأساس يأخذ حكم التعاقد بالهاتف أي التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان.[229]

فوفقا لهذا الرأي فإن التعاقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد أو عقود المسافات، فلذلك فإنه يتميز بطابع خاص وهو الطابع المكاني، فهو يتم خارج الأماكن المعتادة لاستقبال العملاء، ويرى أن تعبير المسافة يفهم على مسارين هما المكان والزمان، فمن ناحية المسافة المكانية يوجد فاصل بين أماكن تواجد المتعاقدين لأن كليهما بعيد عن الآخر، أما المسافة الزمنية فإن عنصر الزمن يتلاشى لأن المتعاقدين لا تفصل بينهما فترة زمنية.[230]

---

[227] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 366.

[228] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص 66.

[229] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 192.

[230] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، مرجع سابق، ص ص 66-67.

لم يسلم هذا الرأي من النقد فهناك من رفض فكرة اعتبار التعاقد الإلكتروني تعاقد بين الحاضرين من حيث الزمان، والغائبين من حيث المكان، وذلك على أساس أن تقسيم مجلس العقد أمر لا يمكن أخذه في الاعتبار، لأن مجلس العقد يتطلب وحدة المكان وأيضا استمرارية زمنية متصلة، وهذا الرأي يؤدي إلى تجزئة هذه الوحدة الزمنية والمكانية، بالإضافة إلى أن هذا القول يعمل على الخلط بين مجلس العقد الحقيقي ومجلس العقد الحكمي، كما تؤدي فكرة العقد المختلط إلى انقسام مجلس العقد من خلال تجزئة أركانه، حيث تسري أحكام العقد الحقيقي على الزمان، بينما تسري أحكام العقد الحكمي على مكان المجلس.[231]

بعد عرض كل هذه الآراء المتناقضة حول الطبيعة القانونية للعقد المبرم عبر وسائل الاتصال الحديثة فإنه يمكن استخلاص الوصف الأكثر ملائمة لهذا النوع من التعاقد من خلال تحديد الوسيلة المستعملة في التعاقد وبتحديد وسيلة القبول، فلاشك أن هناك فرقا جوهريا بين القبول الصادر عن طريق البريد الإلكتروني والقبول على شكل الضغط على زر الموافقة أو غرف المحادثة أو الوسائل المرئية، وفي جميع هذه الحالات يكون الاتصال بين مقدم العرض والمتلقي له اتصال آنيا، ولكنه استثناء لا يتحقق في حالة استخدام البريد الإلكتروني لعدم وصول القبول بسبب عائق ما مثلا غلق جهاز الكمبيوتر من طرف الموجب أو حدوث عطب في الشبكة[232]، وعليه ينبغي التفرقة بين حالتين في حالة الاتصال عن طريق البريد الإلكتروني:

-الحالة الأولى: إذا كان الاتصال فوريا أي لا يوجد فاصل زمني نكون أمام تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

-الحالة الثانية: إذا كان التعاقد غير لحظي، فإننا نكون بصدد تعاقد بين غائبين زمانا ومكانا.

يتبين بأن التعاقد الإلكتروني يكون بين حاضرين زمانا وغائبين مكانا، إلا في حالة التعاقد غير اللحظي حيث يكون بين غائبين زمانا ومكانا.[233]

---

[231] خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 369.

[232] بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص 173.

[233] مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 164.

الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني

لاشك أن تحديد وقت ومكان إبرام العقد الإلكتروني له آثار قانونية مهمة، والتي على الرغم من خصوصيته، تظل هي القواعد العامة المتعلقة بالعقد، فيما يتعلق بتحديد زمان ومكان إبرام العقد، وعليه فإن أهمية زمان إبرام العقد تظهر في معرفة وقت انعقاد العقد، ومنه تنتج آثار هذا العقد منذ ذلك الوقت، كما أن تحديد مكان إبرام العقد مسألة ضرورية من أجل تحديد القانون الواجب التطبيق عليه، والمحكمة المختصة في حالة وجود نزاع.

أولا- زمان إبرام العقد الإلكتروني

يثير وقت إبرام العقد الإلكتروني التساؤل حول اللحظة التي يمكن فيها القول بإبرام العقد، فهل هو الوقت الذي وصلت فيه الرسالة الإلكترونية أو رسالة البيانات إلى الموجب ودخلت نظامه الخاص بمعالجة المعطيات أو هو الوقت الذي يقوم فيه الموجب بالإطلاع عليها.

في بحث هذه المسألة، نجد أن الفقهاء قد اختلفوا وانقسموا إلى 5 نظريات.

1. نظرية إعلان القبول:

وفقا لأصحاب هذه النظرية تنعقد عقود التجارة الإلكترونية في اللحظة التي يعلن فيها القابل قبوله، وبتطبيق ذلك على شبكة الإنترنت، فإن لحظة انعقاد العقد تكون بنقر القابل على الأيقونة المخصصة لذلك (Accept-Ok)[234]، حيث تتوافق الإرادتان وبه يتحقق وجود العقد وذلك بغض النظر عن علم الموجب بالقبول، أو عدم علمه، ويمتنع على الموجب وقت إعلان القبول أن يعدل عن إيجابه.[235]

وبالرغم مما تحمله هذه النظرية من محاسن المتمثلة في استجابتها لمقتضيات العصر الحديث الذي يتسم بالسرعة وتلاحق الأحداث سريعا، من حيث أنه تعبر عن اللحظة الحقيقية التي يقترن فيها القبول بالإيجاب، غير أنه يؤخذ على تلك النظرية أنها تخالف منطق التوافق بين

[234] محمد إبراهيم أبو الهيجاء، مرجع سابق، ص 99.

[235] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 147.

الإرادتين الذي هو أساس إبرام العقد، لأن التعبير عن الإرادة لا يرتب أثره إلا إذا علم من وجه إليه به، وعليه فإن القبول لا ينتج أي آثار إلا من لحظة العلم به من قبل الموجب.[236]

أضف إلى ذلك أن هذه النظرية تجعل من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده، حيث يكون باستطاعة هذا الأخير الإعلان عن قبوله ولا يرسله، ويتم العدول عنه متى شاء دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك، وخاصة في بيئة إلكترونية كالإنترنت.[237]

2. نظرية تصدير القبول:

تفترض هذه النظرية أن العقد قد أبرم في اللحظة التي يكون فيها القبول نهائيا وغير قابل للرجوع عنه، كما لا يمكن للقابل استرداده، بمعنى آخر أن هذه النظرية تشترط حصول واقعة مادية وهي تصدير القبول زيادة على إعلانه حتى يكون نهائيا لا يمكن الرجوع عنه[238]، وعليه فإنه لانعقاد العقد لا يكفي أن يعلن القابل عن قبوله بل لابد أن يقوم بإرساله إلى الموجب فإخراج القبول من حيازة القابل دليل على صدور القبول، وفي هذا تلاف لعيوب نظرية الإعلان.[239]

غير أن هذه النظرية لم تسلم هي الأخرى من النقد، إذ قد يحدث أن لا يستلم الموجب الرسالة المتضمنة للقبول، وعليه لا يكون عالما بها، بالرغم من تصديرها من طرف القابل كخلل تقني تعرض له حاسوب القابل، وعليه تصبح تثير نفس مشكل النظرية الأولى وهو صعوبة إثبات القبول[240]، فهذه النظرية لا تضيف أي مفعول قانوني جديد للقبول، في عقود التجارة الإلكترونية طالما أن للقابل إمكانية استرداد رسالته التي تتضمن قبوله قبل أن تصل إلى الموجب.[241]

---

[236] مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012، ص ص 124-125.

[237] محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 165.

[238] مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 125.

[239] محمود عبد الرحيم الشريفات، مرجع سابق، ص 166.

[240] بوحملة صلاح الدين، مرجع سابق، ص 316.

[241] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 189.

3. نظرية تسليم القبول:

مفاد هذه النظرية أن لحظة انعقاد العقد هي اللحظة التي يتسلم فيها الموجب القبول ويطلق عليها بنظرية وصول القبول إلى طرف الموجب، ويرى أنصار هذه النظرية أن القبول يمكن استرداده لحظة إرساله وتصديره في حين أن هذا القبول يصبح نهائيا عندما يصل إلى من وجه إليه، ففي هذا الوقت ينعقد العقد سواء علم الموجب بالقبول أو لم يعلم[242]، والمقصود هنا بالوصول هو السيطرة الفعلية للموجب على الرسالة التي تتضمن فيها القبول بحيث تكون تحت تصرفه[243]، على سبيل المثال في لحظة دخول رسالة القابل في صندوق البريد الإلكتروني على جهاز الكمبيوتر الخاص بالموجب.[244]

ويرى أنصار هذه النظرية أن من محاسنها توزيع المخاطر بين الموجب والقابل بتعادل فيتحمل القابل مخاطر عدم انعقاد العقد بسبب تأخر وصول القبول للموجه إليهم، فهذه النظرية تستند إلى الخطر لا الخطأ.[245]

لم تسلم هذه النظرية من القصور، فوصول القبول شبيه بتصديره، فهو لا يعدو أن يكون واقعة مادية ليس لها دلالة قانونية، فتسلم الموجب للقبول هذا لا يعني علمه به، وكما قد لا تتضمن الرسالة قبولا وإنما إيجابا جديدا أو رفضا، فضلا عن الغش والتحايل الذي قد يرتكبه الموجب بقوله أنه تسلم الرسالة لكنه لم يعلم بمضمونها.[246]

وقد أخذ بهذه النظرية كل من التوجيه الأوروبي النموذجي للتبادل الإلكتروني للبيانات والقانون الأمريكي للمعاملات الإلكترونية (UETA)، من خلال المادة 15 منه، كما نجد القانون

---

[242] بن جبارة عباس، مرجع سابق، ص 320.

[243] خالد إبراهيم ممدوح، مرجع سابق، ص 377.

[244] بوحملة صلاح الدين، مرجع سابق، ص 316.

[245] مخلوفي عبد الوهاب، مرجع سابق، ص 126.

[246] عجالي خالد، مرجع سابق، ص 201.

الأردني للمعاملات الإلكترونية رقم 85 لسنة 2001 هو الآخر أخذ بنظرية استلام القبول في المادة 17 منه.[247]

4. نظرية العلم بالقبول:

وفقا لهذه النظرية فإن العقد لا ينعقد إلا في اللحظة التي يعلم فيها الموجب فعليا بالقبول، وعلى ذلك فإن العبرة لا تكون بلحظة استلام الرسالة الإلكترونية المتضمنة للقبول وإنما بلحظة العلم الفعلي والحقيقي بمضمونها من طرف الموجب، ويعتبر ذلك هو ما يميزها عن نظرية استلام القبول[248]، وتتخذ من وصل القبول قرينة على علم الموجب فهي قرينة قضائية يجوز الأخذ بها، كما يمكن عدم الأخذ بها، ويجوز للطرف الموجب إثبات العكس وذلك بإقامة دليل على عدم علمه بالقبول بالرغم من وصوله إليه.[249]

تم نقد هذه النظرية نظرا لصعوبة إثبات علم الموجب بالقبول الصادر عن القابل في العقد الإلكتروني[250]، إذ يكفي للموجب لدحض هذه القرينة أن يدفع بالإنكار أي يدعى أنه لا يعلم بالقبول، بسبب وجود أي ظرف خاص حال دون علمه بالقبول أصلا أو حال دون علمه به وقت وصوله، ولذلك فهي نظرية من الصعب الأخذ بها في مجال عقود التجارة الإلكترونية.[251]

أخذ المشرع الجزائري بنظرية العلم بالقبول فاعتد بزمان ومكان وصول القبول إلى علم الموجب كأساس لانعقاد العقد في التعاقد بين غائبين[252]، وذلك من خلال نصه في المادة 67 من القانون المدني على أنه: " يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه

---

247 بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 191.

248 بادي عبد الحميد، مرجع سابق، ص 53.

249 بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص 315.

250 علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 154.

251 بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 193.

252 العيشي عبد الرحمان، مرجع سابق، ص 224.

فيهما القبول"[253]، وبمقتضى هذا النص يعتبر التعاقد قد تم في الزمان والمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، وبما أن العلم بمثابة واقعة مادية فإنه يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات بما في ذلك شهادة الشهود والقرائن القضائية، وقد أقام المشرع قرينة قانونية فجعل وصول القبول إلى الموجب هو دليل على علمه، ليسهل إثبات العلم بالقبول، لأنه في الغالب عندما يصل لشخص خطابا أو برقية يعلم بما تتضمنه على أن هذه القرينة بسيطة يجوز إثبات العكس، مثلا أنه علم به في وقت لاحق لعدم وجوده في مسكنه وقت وصول القبول.[254]

5. نظرية تأكيد وصول القبول:

بالإضافة إلى النظريات الأربعة السالفة الذكر، هناك نظرية خامسة والتي ظهرت مع ظهور نظام التعاقد الإلكتروني، وهي نظرية تأكيد وصول القبول، فمقتضى هذه النظرية أن لحظة إبرام العقد الإلكتروني هي لحظة تأكيد القبول، من طرف من وجه إليه الإيجاب بعد تمكينه من مراجعة قبوله، وعرض الموجب وتصحيح الأخطاء المحتملة، وإذا كان القبول مجردا من تأكيد الواجب تصديره لصاحب العرض، فإنه لا ينتج عليه أثر بشأن انعقاد العقد.[255]

أخذ المشرع الفرنسي بهذه النظرية والتي نص عليها من خلال المادة 1369-5 فقرة الثالثة من القانون المدني، حيث يتضح أنه قد وضع شكلية خاصة لا ينعقد العقد إلا بها، وتتمثل في احترام المراحل التي يمر بها العقد أو هي المراجعة التي تسبق المرحلة النهائية، بالإضافة إلى تدوين العقد على دعامة إلكترونية ثابتة وتشمل النقرة الثانية على هذه الشكلية، عندها ينعقد العقد وينتج آثره القانوني بين المتعاقدين. وفيما يتعلق بزمان إبرام العقد الإلكتروني عبر النقر يكون في اللحظة التي يتم فيها استلام القبول، متبنيا نظرية الاستلام القبول المؤكد، عندما جاء في نص

[253] أمر رقم 75-58، يتضمن القانون المدني، مصدر سابق.

[254] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 205.

[255] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص ص 193-194.

المادة المذكورة، أنه بعد كل من الطلب والعرض والإشعار بالاستلام قد تم استلامهم (reçus)عندما يتمكن الأطراف من الإطلاع عليها إعمالا بنظرية استلام القبول المؤكد.

فهذه النظرية تعمل على حماية المستهلك من الآلية والتسرع من جهة، ومن جهة أخرى تفاديا لنقائص الموجودة في نظرية الاستلام التي يعاب عليها أنها تجعل العقد منعقدا بمجرد تسلم الموجب القبول حتى ولو لم يعلم به، فهي تعالج كيفية شكل القبول وإثباته دون الموضوع وهو علمه بالعقد، لأنه قد يكون هناك ما يحول الموجب دون استلامه للقبول فيمنع انعقاد العقد.[256]

بعد تطبيق هذه النظريات المختلفة على عقود التجارة الإلكترونية، وما قيل عنها من محاسن وعيوب، تجعل في الحقيقة من الصعوبة بمكان ترجيح نظرية على الأخرى، وهذا ما دفع ببعض الفقه إلى القول بأن المسألة تتعلق هنا بمشكلة يصعب إيجاد حل لها على المستوى النظري، وعليه فإن الحل لا يمكن أن يكون إلا عن طريق المشرع.[257]

ثانيا- مكان إبرام العقد الإلكتروني

لا تخفى أهمية تحديد مكان القبول كونه مكان انعقاد العقد وقيامه، كتحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة وغير ذلك، فباعتبار شبكة الإنترنت خارقة لحدود المكان الجغرافية، ولأنها قد تجمع بين متعاقدين متباعدين وبتالي يخضع كل واحد منهم لقانون دولة أخرى، تظهر الأهمية أكثر إلحاحا، وإنما البعض يعتبرها عصب التعامل عبر الإنترنت لتحديد قانون المكان الذي يضبط ويحكم المسائل المثارة عبرها.[258]

إن مسألة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني تثير العديد من الإشكالات القانونية التي تعود إلى صعوبة تحديد المكان الذي يرسل منه الرسائل الإلكترونية، وأيضا مكان استلامها فكلاهما يتم

---

[256] حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016، ص ص 108-109.

[257] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص ص 194-195.

[258] عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية(عقد البيع عبر الإنترنت -دراسة تحليلية-)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007، ص 167.

في فضاء خارجي صعب التحديد، ومن أجل احتواء هذه الصعوبات ظهرت نظريتان في تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني[259]، والتي نتعرض إليها فيما يلي:

1. نظرية محل إقامة الموجب:

يذهب أنصار هذا الاتجاه إلى أن مكان إبرام العقد الإلكتروني هو مكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ما لم يوجد اتفاق بين الطرفين على خلاف ذلك، ومنه تعتبر لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة إبرام العقد الإلكتروني، ومكان الموجب هو مكان إبرام العقد الإلكتروني[260].

لكنه يعاب على هذه النظرية أن العقود الإلكترونية التي تبرم بواسطة الإنترنت في غالب تتم بين طرفين أحدهما تاجر محترف يتخذ أغلب أشكال الشركات التجارية الكبرى، والثاني هو المستهلك طرف ضعيف بحاجة إلى الحماية، لذلك فإن اعتبار مكان إقامة الملتزم على أنه مكان إبرام العقد يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحصول على حقوقه، لأنه إذا أراد رفع دعوى على الموجب فيجب أن يرفعها في محل إقامته والذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم فيها.[261]

أخذت بهذه النظرية العديد من التشريعات فنجد المشرع الجزائري الذي وضع قاعدة عامة في نص المادة 67 ق م ج مفادها أن مكان إبرام العقد المبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول، إلا إذا وجد اتفاق بين الطرفين على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك.

2. نظرية محل إقامة القابل:

يرى أنصار هذه النظرية أن مكان الانعقاد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (أي مكان الموجب له)، عند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسيره، يجب

---

[259] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص ص 196-197.

[260] بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص ص 188-189.

[261] إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 149.

الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية وذلك، لأن الإيجاب الذي يصدر من شخص إلى أشخاص عدة يكون له المعنى نفسه وإن اختلف الأشخاص الموجه إليهم الإيجاب.[262]

تطبيقا على العقد الإلكتروني، فإن المكان الذي يعتبر فيه منعقدا هو المكان الذي صدر فيه القبول الإلكتروني، فإذا استعمل القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله، فيبرم العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المحتوية على القبول وهو مكان القابل.[263]

تم نقد هذه النظرية على أساس إخلالها بمبدأ المساواة بين المتعاقدين بمحاباة المستهلك على حساب المهني، وهذا الأمر يعرضه لمخاطر خضوعه لقانون غير قانون دولته، وبالتالي ملاحقته كمستهلك في دولة ومحكمة غير دولته ومحكمته الطبيعية.[264]

برغم من النقد الموجه لهذه النظرية إلا أنها تتفق مع مقتضيات المعاملات الإلكترونية، إذ أن أغلب العقود التي تتم من خلال الإنترنت يكون بين طرفين أحدهما تاجر أما الثاني فهو مستهلك الذي يكون ضعيف وبحاجة إلى الحماية، فميزة هذه النظرية أنها تمنح للمستهلك الحق في رفع دعوى أمام الدولة التي يقيم فيها، كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفره له قوانين دولة إقامته كونها القوانين الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني الذي يعد مكان إبرامه كان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية.[265]

المطلب الثاني: صحة التراضي في العقود الإلكترونية

بعد تطابق الإيجاب بالقبول، لابد من التأكد من مدى توفر الأهلية القانونية للتعاقد وصحتها وأن لا تشوبها عيب من عيوب الإرادة، ولكون العقد إلكترونيا، فإن التحقق من هذه الأهلية أمر في

---

[262] لما عبد الله صادق سلهب، مرجع سابق، ص ص 133-134.

[263] بن مهدي مبروكة، مرجع سابق، ص 190.

[264] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 199.

[265] عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012، ص ص 80-81.

غاية الصعوبة، إذ يبرم العقد عن بعد دون الحضور المادي للأطرف وهذا ما يثير مشاكل تحول عن إبرام العقد، وللتفصيل أكثر حول هذه المسائل سندرس في هذا المطلب الأهلية في العقد الإلكتروني (الفرع الأول)، وعيوب الإرادة (الفرع الثاني)، وكذلك المشاكل التي يثيرها التعبير عن الإرادة إلكترونيا (الفرع الثالث).

الفرع الأول: الأهلية في العقد الإلكتروني

يقصد بالأهلية صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات، وأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية المتعلقة بهذه الحقوق.[266]

فيشترط لصحة العقد أن تتوفر لدى طرفيه الأهلية القانونية المطلوبة لإبرامه ويعتبر التأكد من هذا أمر سهل في العقود التقليدية التي تتم بين حاضرين، بينما في العقود الإلكترونية التي تنعقد عن بعد فإنه قد يصعب على أحد طرفي التعاقد التحقق من أهلية الطرف الآخر قبل إبرام العقد[267]، لأنه قد يظهر القاصر بصفة البالغ ويتصرف على أساسه، لذا نجد أن الفقه أخذ بنظرية الوضع الظاهر لحماية المتعاقد حسن النية، ومنه يمكن للتاجر أو مقدم الخدمة أن يحتج بتوفر مظهر البلوغ للقاصر، فيتحمل هذا الأخير أو وليه المسؤولية القانونية عن هذا الضرر.[268]

والأهلية المطلوبة في عقود التجارة الإلكترونية هي نفسها في العقود التقليدية [269] وذلك ببلوغه (أطراف التعاقد) سن 19 سنة كاملة وذلك حسب ما حددها المشرع الجزائري في المادة 40 من القانون المدني.[270]

---

[266] CANIN Patrick, Droit civil: Les Obligations, 3eme éd, Hachette livre, 2002, p 47.

[267] بلقاسم حامدي، مرجع سابق، ص127.

[268] بوقرط أحمد، "إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية"، المجلة الجزائرية لأبحاث والدراسات، المجلد 02، العدد 06، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص 108.

[269] كوسام أمينة، "خصوصية الأهلية في التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة"، مجلة الباحث للدراسات الأكاديمية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص 348.

الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب في العقد الإلكتروني

عيوب الإرادة في العقد الإلكتروني هي نفسها المعروفة في العقد التقليدي، والمتمثلة في: الغلط والتدليس، الإكراه والاستغلال، وبما أن العقود الإلكترونية تتم في بيئة افتراضية فإنه يسهل الوقوع فيها، لذا سندرس كل عيب على حدة.

أولا- الغلط

يعرف الغلط بأنه: "حالة تقوم بالنفس على توهم غير الواقع، وغير الواقع إما أن يكون واقعة غير صحيحة يتوهم الإنسان صحتها، أو واقعة صحيحة يتوهم عدم صحتها".[271]

كثير ما يقع الغلط في العقد الإلكتروني خاصة في ظل تطور الإعلانات، والتي قد تكون مضللة في أغلب الأوقات، فقد تؤثر على قدرة المتعاقدين في الحكم على المبيع محل التعاقد الإلكتروني، ولذا نجد أن المشرع الجزائري قد ألزم المورد الإلكتروني ضرورة توضيح عرضه الإلكتروني وأيضا اشتراط بعض المعلومات الواجب توفرها في عرضه وهذا على سبيل المثال لا الحصر[272]، وذلك حسب المادة 11 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية كتحديد السلع والخدمات بشكل تفصيلي وكافة المعلومات الضرورية حتى لا يقع المستهلك الإلكتروني في الغلط[273]، ومثال للغلط في العقود المبرمة عبر الإنترنت، احتجاج المشتري عند تسلمه للمبيع أنه غير صالح للغرض الذي اشتراه من أجله، فيطالب بإبطال العقد استنادا لنظرية الغلط.[274]

---

[270] تنص المادة 40 من أمر رقم 75-58 المتضمن القانون المدني على أنه: " كل شخص بلغ سن الرشد متمتعا بقوه العقلية، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية".

[271] علاء محمد الفواعير، مرجع سابق، ص 193.

[272] داود منصور، "إشكالات صحة التراضي في العقود الإلكترونية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، جلفة، 2021، ص 217.

[273] أنظر المادة 11 من قانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[274] دريسي فاطمة ، حمو فرحات، "خصوصية عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، مستغانم، 2021، ص 613.

ثانيا– التدليس

التدليس هو" إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى التعاقد"، ويقترب التدليس من الغلط، فإذا كان الأخير تلقائي، فإن التدليس وهم بفعل شخص آخر، كما أن للتدليس عناصر والتي تتمثل في استخدام طرق احتيالية، وأن يكون التدليس هو الدافع إلى إبرام العقد، وضرورة اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر.[275]

فالتدليس ينتشر بصفة كبيرة في العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت، لعدم قدرة المستهلك من معاينة الشيء محل التعاقد، ومن أهم صور التدليس والغش في التعاقد الإلكتروني إنشاء مواقع وهمية عبر الإنترنت، فيمكن لبعض البنوك الإلكترونية التي لا وجود لها في الواقع بجذب بعض العملاء لإيداع أموالهم فيها، ومن ثم تقوم بالاستيلاء عليها والهرب دون إرجاعها لأصحابها.[276]

وقد أشار المشرع الجزائري لمسألة التدليس في المادة 30 من القانون رقم 18– 05 المتعلق بتجارة الإلكترونية، وذلك بتحديده لمضمون الإشهار الإلكتروني والشروط الواجب توفرها لانتفاء صفة التضليل، ولعدم وقوع المستهلك الإلكتروني ضحية لاحتيال.[277]

ثالثا– الإكراه

يعرف الإكراه بأنه: "ضغط غير مشروع يوجه إلى إرادة شخص فتتأثر به، فيندفع صاحبها إلى التعاقد بسبب الرهبة، في نفسه التي تحمله على التعاقد"، فالمكره لا يريد التعاقد فيما لو توفر له عنصر الحرية والاختيار ، ولكن الخوف الذي يولده الإكراه في نفسه، مما يؤدي إلى اضطراب إرادته الواعية، فتلجأ إلى التعاقد متأثرة بدوافع الرهبة والجزع، لتخلص من أي شر قد يلحقه، فيما لو رفض إبرام العقد، وهكذا تكون إرادته معيبة.[278]

---

[275] بوقرط أحمد، مرجع سابق، ص 112.

[276] دريسي فاطمة ، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 615.

[277] راجع المادة 30 من قانون رقم 18–05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[278] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 134.

وجود عيب الإكراه في العقد الإلكتروني أمر مستبعد نوعا ما وذلك لوجود الفاصل المكاني بينهما[279]، إلا أن المشرع الجزائري قام بإزالة كل ضغط يؤدي إلى توجيه إرادة المتعاقدين، حيث نص في المادة 12 الفقرة 3 من القانون المتعلق بالتجارة الإلكترونية على أنه: "يجب ألا تتضمن الخانات المعدة للملء من قبل المستهلك الإلكتروني، أية معطيات تهدف إلى توجيه اختياره".[280]

يعد من سبيل الإكراه، التعاقد الإلكتروني الذي يتم من خلال غرفة المحادثة المزودة بكاميرا بحيث يستطيع كل من المتعاقدين رؤية الآخر، ففي هذه العقود قد يستخدم المتعاقد بيانات ووثائق، يقوم بتحميلها وإرسالها عبر البريد الإلكتروني، مهددا إياه لإجباره على قبول التعاقد.[281]

رابعا- الاستغلال

يعرف الاستغلال على أنه: "الحالة التي يستغل فيها أحد المتعاقدين في الآخر حالة ضعف في أمر من الأمور بحيث يحجب عنه هذا الضعف ملكة الموازنة والتبصر، فينتهز المتعاقد معه هذه الفرصة ويجره إلى إبرام تصرف ينتج عنه إلحاق غبن به، ما كان ليقدم على إبرامه لولا هذا الاستغلال".

ففي الوقت الراهن الذي حتم اللجوء إلى التجارة الإلكترونية، خلق تنافسا بين الشركات الجادة والوهمية دون مراعاة للقانون[282]، مما أدى إلى ظهور مستخدمين ناقصي الخبرة في عالم الإنترنت الأمر الذي وسع من دائرة الاستغلال الإلكتروني[283]، وكمثال لهذا الأخير قيام المشتري بإبرام عقد نتيجة تأثير نفسي، طيش بين أو هوى جامح، بسبب أن الطرف الآخر في التعاقد مشهور وذو

---

[279] عقوني محمد، حسن عبد الرزاق، "عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص 683.

[280] قانون رقم 18-05، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، مصدر سابق.

[281] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 101.

[282] دريسي فاطمة، حمو فرحات، مرجع سابق، ص ص 618 -619.

[283] عبد الله عبد كريم عبد الله، "أثر التغيرات التكنو-قانونية في إبرام العقد (دراسة في القانون القطري وبعض العقود الإلكترونية النموذجية)"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03، كلية القانون، جامعة قطر، قطر، 2018، ص193.

مكانة بارزة، فإذا استغل الطرف الآخر ضعف المتعاقد نفسه قام العقد مختلا بتوازنه اختلال واضحا بين قيمة المبيع والثمن.[284]

الفرع الثالث: المشاكل التي يثيرها التعبير عن الإرادة إلكترونيا

نظرا للطبيعة الخاصة للعقد الإلكتروني مقارنة بنظيره التقليدي، بالإضافة إلى خصوصية عيوب الإرادة في التعاقد المبرم بالوسائل الإلكترونية، قد يواجه أحد المتعاقدين مشكلة لتحديد هوية المتعاقد معه، والذي قد يكون سببا في عدم إبرام العقد، لذا سنتطرق في هذا الجزء إلى الوسائل التي تساعد في تحديد الشخص المتعاقد، وثم سننتقل إلى الميزة والخصوصية التي تتمتع بها عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية.

أولا– تحديد هوية الشخص المتعاقد

هناك عدة وسائل تسمح بالتعرف على الشخص المتعاقد، من بينها:

1. البطاقات الإلكترونية:

هي بطاقات ذكية تتماثل مع بطاقات الائتمان في الشكل والحجم، والتي تسمح بتخزين الأموال الإلكترونية في وحدات يتم استعملها لسداد قيمة المعاملات التي يجريها العميل[285]، وتعتبر هذه البطاقات بمثابة الحاسوب المتنقل، الذي يحتوي على كامل المعلومات والبيانات الشخصية، كما تتمتع برقم سري، وأهم ما تتضمنه هذه البطاقة أنها مزودة بعدة عناصر التي تحمي صاحبها من عمليات التزوير وسوء الاستعمال من طرف الغير، في حالة ضياعها أو سرقتها، أو محاولة تقليدها.[286]

وهناك بعض المواقع المجهزة بأنظمة تقنية حديثة التي يمكنها التحقق من سن زوارها، وذلك عن طريق أجهزة وسيطة مثل Abutsign و Abutcheek التي تطلب من زوارها إدخال رقم بطاقة

---

[284] دريسي فاطمة، حمو فرحات، مرجع سابق، ص 119.

[285] كوسام أمينة، مرجع سابق، ص 355.

[286] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص 127.

الائتمان الشخصية للتحقق من أهليتهم فإذا فعل الزائر ذلك كان له بالمقابل أن يتلقى رقم أو كلمة المرور.[287]

على الرغم من كل وسائل الحماية المزودة بها هذه البطاقة، والاحتياطات التي يتخذها المتعاملون عبر الإنترنت، لتأمين المعلومات الخاصة ببطاقتهم الإلكترونية، فإنها لم تكن صعبة على أصحاب الدهاء الإلكتروني الذين يتفننون في ابتداع طرق غير مشروعة، لإختراق الاتصالات عبر تقنيات هذه البطاقة، واستحداث أساليب القرصنة الإلكترونية، والاستيلاء على بيانات المتعاملين وأموالهم عبر هذه التقنيات.[288]

2. شهادة التصديق الإلكتروني:

عرف المشرع الجزائري شهادة التصديق الإلكتروني في المادة 2 الفقرة 7 من القانون 15-04 على أنها: " وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع"[289]، حيث قسمها المشرع الجزائري إلى نوعين من الشهادات الأولى هي الشهادة البسيطة، والتي تربط بين بيانات خاصة بفحص التوقيع الإلكتروني والشخص لتأكيد هويته، أما الثانية فهي الشهادة الموصوفة وهي المؤهلة تستوفي الشروط والمتطلبات المنصوص عليها في المادة 15 من نفس القانون، المقدمة من طرف ثالث موثوق أو مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني.[290]

ونظرا لأهمية البالغة والدور المهم لهذه الشهادة، أولاها المشرع الجزائري شأنا بالغا من حيث تحديد بياناتها الأساسية بدقة وتفصيل وذلك من خلال المادة 15 الفقرة3 من القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.[291]

---

[287] كوسام أمينة، مرجع سابق، ص 356.

[288] إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ص 127-128.

[289] قانون رقم 15-04، المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مصدر سابق.

[290] قرواش رضوان، مرجع سابق، ص 415.

[291] أنظر المادة 15 فقرة 3 من قانون رقم 15-04، المتعلق بالقواعد العامة لتوقيع والتصديق الإلكترونيين، مصدر سابق.

وتعتبر شهادة التصديق الإلكتروني من أهم الوسائل للتأكد من أهلية والأطراف المتعاقدة في العقود الإلكترونية.[292]

3. الرسائل التحذيرية:

تتمثل هذه الوسيلة بقيام أصحاب المواقع الإلكترونية بوضع تحذيرات على مواقعهم تتضمن بعدم سماح الدخول إليها إلا من طرف شخص ذو أهلية قانونية، وذلك عن طريق الكشف عن هويته وعمره من خلال تعبئة نموذج معلومات الموجود في المواقع، ولا يسمح لمن يقل عمره عن السن القانوني الولوج إلى هذه المواقع وإبرام العقد التجاري الإلكتروني، كما هناك مواقع إلكترونية تقوم بإعداد نماذج عقود في مواقعهم تستلزم بنص صريح عدم إمكانية إبرام العقد مع شخص يقل عمره عن سن معين.[293]

غير أن هذه الرسائل التحذيرية تبقى مليئة بالخطر الذي يتمثل في الإدلاء ببيانات مخالفة للحقيقة فيما يتعلق بالأهلية، ومنه يستلزم البحث عن وسيلة أكثر نجاعة لحل هذه المشكلة.[294]

ثانيا– خصوصية عيوب الإرادة الإلكترونية

عيوب الإرادة هي نفسها سواء في العقود التقليدية أو الإلكترونية، إلا أن الأخيرة تتميز بخصوصية في بيئتها، ويعود ذلك لغياب الحضور المادي لأطراف العقد لأنه يتم في عالم افتراضي.

الالتزام في العقود الإلكترونية هو التزام بإنارة إرادة المتعاقد عديم الخبرة، والإخلال بهذا الالتزام يؤدي إلى مطالبة الطرف المتضرر بإبطال العقد، وهذا ما يعتبر مميزا لهذه العيوب في العقود المبرمة عن بعد مقارنة بالعيوب المعروفة في القواعد العامة، كما أن الالتزام بالإعلام في

---

[292] داود منصور، مرجع سابق، ص 216.

[293] المرجع نفسه، ص 216.

[294] كوسام أمينة، مرجع سابق، ص 360.

العقود المبرمة عبر شبكة الإنترنت يسهل كثيرا إبطالها على أساس وجود عيب الغلط، باعتبار أن الإخلال بهذا الالتزام قرينة لا تقبل إثبات العكس في ثبوت ارتباط الغلط بالمحترف.[295]

أما فيما يخص الكذب في الإعلانات والدعايات الإلكترونية للمنتجات أو الخدمات من أهم المشاكل التي تواجه عقود التجارة الإلكترونية، والتي تدخل في مجال التدليس طالما تجاوزت الحد المألوف، وكان مؤثر على إرادة المدلس عليه ودافعا إلى التعاقد، هذا يمنح للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لوجود عيب في إرادته والمتمثل في التدليس.[296]

أما بالنسبة للإكراه فإنه حتى وإن كان من الصعب تصور تعرض أحد طرفي العقد لإكراه مادي[297]، إلا أنه قد يكون بسبب الضعف الاقتصادي كاحتكار المنتج لسلعة معينة وعرضها للبيع بشروط مجحفة بحق المشتري فيضطر للتعاقد ولا يكون أمامه بديل آخر بسبب تهديد مصالحه.[298]

أما عن عيب الاستغلال فهو لا يتميز بأية خصوصية في العقود الإلكترونية، وإن كان متصور الوقوع، ولكن حدوثه في مجال الإلكتروني أقل احتمالا وأبعد تصورا.[299]

---

[295] مناني فراح، مرجع سابق، ص 152.

[296] لزعر وسيلة، مرجع سابق، ص 95.

[297] بهلولي فاتح، مرجع سابق، ص 183.

[298] العربي شحط أمينة، مرجع سابق، ص 171.

[299] مرزوق نور الهدى، مرجع سابق، ص 87.

خاتمة

تتم التوصل من خلال هذه الدراسة، إلى أن تقدم العالم وظهور تقنيات عصرية كشبكة الانترنت، الأمر الذي سهل للفرد من التسوق دون الحاجة إلى التنقل، مما أضحت هذه العملية تتم عن بعد، والتي مكنت المنتجين من الترويج لمنتجاتهم وخدماتهم دون عناء أو مشقة، وكذلك أصبح المستهلك يتجول عبر العالم لاقتناء حاجياته بسهولة وفي ظرف زمني وجيز.

تعتبر التجارة الإلكترونية صفقة العصر، إذ جعلت العقود التجارية الإلكترونية من الضروري تواجدها، ومثلها مثل العقود التجارية التقليدية لها أركان وشروط، والتراضي ركن مهم لا غنى عنه فيها.

على الرغم من مكانة وأهمية العقود الإلكترونية ومميزاتها إلا أن المشرع الجزائري أغفل بعض – إن لم نقل كلها – من الضروريات فيها، لذا وفي نهاية دراستنا لموضوع : "التراضي في التعاقد عن بعد على ضوء التجارة الإلكترونية الجزائري"، توصلنا إلى عدة نتائج واقتراحات لابد من المشرع الجزائري أخذها بعين الاعتبار في حالة تعديله لقانون التجارة الإلكترونية الجزائري.

– النتائج:

تبين لنا من خلال دراستنا لهذا الموضوع، أن العقود الإلكترونية لا تختلف عن تلك العادية إلا في كونها تبرم عن بعد، لذا اتضح لنا ما يلي من النتائج:

- العقود المبرمة عن بعد (الإلكترونية) عقود رضائية، منه تستوجب الإيجاب والقبول لإبرامها صحيحة.
- يعتبر التفاوض المرحلة الممهدة للإيجاب، والسابقة للتعاقد سواء التقليدي أو الإلكتروني، وهي مرحلة مهمة إذ أن الهدف منها الوصول إلى اتفاق لإبرام العقد، المطلوب فيتخذ الأطراف الإجراءات اللازمة لمناقشة المسائل والنقاط محل التفاوض، منه يكون المتعاقد على دراية بطبيعة العقد وحقيقته فيقدم على إبرامه والعكس صحيح.

- يترتب على مرحلة التفاوض في العقد الإلكتروني جملة من الالتزامات التي تقع على عاتق كلا الطرفين، منه وجب على كليهما الالتزام والتقيد بها، وأي إخلال بها ترتب عنها المسؤولية.
- عدم تنظيم المشرع الجزائري لمرحلة المفاوضات وترك المسألة للفقه للنظر فيها، رغم التعديلات التي جاء بها سنة 2005 والتي مست عدة مجالات، كما أن القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية لم يتطرق لهذه المرحلة ولم يعرفها.
- عدم تعرض المشرع الجزائري في نصوص قانون التجارة الإلكترونية إلى تعريف الإيجاب والقبول الإلكترونيين، وترك مهمة تقديم التعريفات للفقه كونها صاحبة الاختصاص.
- عدم معالجة المشرع الجزائري لمسألة اللغة المستعملة لطرح الإيجاب، واكتفى فقط باشتراط اللغة العربية لإعلام المستهلك، وهو عكس ما قام به المشرع الفرنسي الذي تعرض لهذه المسألة من خلال وجوب طرح الإيجاب باللغة الفرنسية مع جواز مصاحبتها بترجمة للغة أخرى.
- اشتراط المشرع الجزائري أن يكون التعبير عن القبول الإلكتروني صريحا، دون أخذه بعين الاعتبار القبول الضمني.
- الأصل أن السكوت لا يعتبر قبولا، إلا أن هناك حالات استثنائية محددة يمكن اعتبار السكوت فيها قبولا.
- يعد العدول عن القبول الإلكتروني من أهم الآليات القانونية لحماية المستهلك، والسبب في ذلك عدم إمكانية المستهلك من رؤية المنتوج محل التعاقد إلا عند استعمالها.
- يعتبر زمان ومكان تحديد القبول الإلكتروني من الإشكالات التي تواجه الفقه، كما يعتبران المعيار الفاصل في تحديد مجلس العقد إذا كان حقيقيا أو حكميا، فيكون حقيقيا إذا تم التعاقد بين حاضرين من حيث الزمان والمكان، ويكون حكميا إذا تم التعاقد بين طرفين غائبين.

- الأهلية في مجال التعاقد الإلكتروني تثير العديد من الإشكالات والصعوبات الناتجة عن الطبيعة الإلكترونية للوسائط التي يتم من خلالها إبرام العقد الإلكتروني أولا، ولكون هذا العقد يتم بين غائبين ثانيا.

- **الاقتراحات:**

رغم الجهود التي قام بها المشرع الجزائري لتنظيم التجارة الإلكترونية، وذلك من خلال إصداره لقانون خاص، والمتمثل في القانون رقم 18-05 إلا أننا لاحظنا فيه الكثير من القصور، لذا من خلال هذه الدراسة نقدم الاقتراحات التالية:

- على المشرع الجزائري تنظيم مرحلة التفاوض الإلكتروني في قانون التجارة الإلكتروني لمواكبة التطورات القانونية في المعاملات الإلكترونية، باعتبارها مرحلة جد مهمة في إبرام العقد.
- على المشرع وضع تنظيم للإيجاب والقبول الإلكترونيين، نظرا لعدم كفاية القواعد العامة لحل المشاكل التي يثيرهما، وكذلك عدم انسجامهما مع الخصوصية التي يتميز بها العقد الإلكتروني.
- حبذا لو أن المشرع الجزائري أخذ بالقبول الضمني في إبرام العقد الإلكتروني، دون اقتصاره على القبول الصريح حتى لا يتم تضييع حقوق المستهلك الإلكتروني، وذلك في حالة قيام مثلا بتحميل برنامج معين من شبكة الانترنت فهذا يعد بمثابة قبول ضمني.
- على المشرع إضافة أحكام قانونية لحق العدول، ليكون التنظيم أشمل وأكثر فعالية لتحقيق هذا الحق.
- على المشرع الجزائري إنشاء جهات التوثيق الإلكتروني، بالإضافة إلى ضرورة استحداث مراكز وظيفتها مراقبة عمل المواقع الإلكترونية وذلك للحد من عملية التحايل على المستهلك.
- مطالبة المشرع الجزائري بمراجعة القانون المتعلق بالقواعد العامة للتوقيع والتصديق الإلكترونيين.

- ضرورة القيام بندوات لنشر الوعي لدى المستهلكين حول كيفية وأهمية التعاقد عبر الانترنت حتى يكونوا على دراية بخطورة التعاقد الإلكتروني.

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

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولا –باللغة العربية :

I– الكتب:

1- إلياس ناصيف، العقود الدولية (العقد الإلكتروني في القانون المقارن)، توزيع منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2009.

2- أحمد عبد التواب محمد بهجت، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2009.

3- إيمان مأمون أحمد سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته (الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2008.

4- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت (وفقا لقانون المعاملات الإلكترونية وبالتأصيل مع النظرية العامة للعقد في القانون المدني)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.

5- حمودي محمد ناصر، العقد الدولي الإلكتروني المبرم عبر الإنترنت مع التركيز على عقد البيع الدولي للبضائع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2012.

6- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، دار بلقيس للنشر، الجزائر، 2016.

7- خالد صبري الجنابي، التراضي في عقود التجارة الإلكترونية، دار قنديل للنشر والتوزيع، عمان، 2013.

8- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية،2011.

9- عبد الباسط جاسم محمد، إبرام العقد عبر الإنترنت، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2016.

10- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية: التراضي، التعبير عن الإرادة (دراسة مقارنة)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.

11- عمر خالد زريقات، عقود التجارة الإلكترونية: عقد البيع عبر الإنترنت (دراسة تحليلية)، دار الحامد للنشر والتوزيع، عمان، 2007.

12- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.

13- لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، الطبعة الثانية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، .2014

14- ماجد محمد سليمان أبا الخيل، العقد الإلكتروني، مكتبة الرشد، المملكة العربية السعودية، 2009.

15- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية (العقد الإلكتروني، إثبات العقد الإلكتروني، حماية المستهلكين، وسائل الدفع الإلكترونية، المنازعات العقدية وغير العقدية، الحكومة الإلكترونية، القانون الواجب التطبيق)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

16- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2004.

17- محمود عبر الرحيم الشريفات، التراضي في تكوين العقد عبر الإنترنت (دراسة مقارنة)، الطبعة الثانية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2011.

18- محمد فواز محمد المطالقة، الوجيز في عقد التجارة الإلكترونية(أركانه، إثباته، القانون الواجب التطبيق، حمايته "التشفير"، التوقيع الإلكتروني –دراسة مقارنة–)، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.

19- مصطفى أحمد إبراهيم نصر، التراضي في العقود الإلكترونية (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، القاهرة، 2010.

20- مناني فراح، العقد الإلكتروني وسيلة حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى، الجزائر، 2009.

21- مندى عبد الله محمود حجازى، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني (دراسة مقارنة)، دار المناهج للنشر والتوزيع، عمان، 2010.

22- ميكائيل رشيد علي الزيباري، العقود الإلكترونية على شبكة الإنترنت بين الشريعة والقانون، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2015.

II- الأطروحات والمذكرات الجامعية:

أ- أطروحات الدكتوراه:

1- إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق، جامعة حلوان، مصر، 2010.

2- العيشي عبد الرحمان، ركن الرضا في العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في القانون، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2017.

3- بن جبارة عباس، تكوين العقد الإلكتروني في ظل نظرية العقد في القانون المدني الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة جيلالي اليابس، سيدي بلعباس، 2014.

4- بهلولي فاتح، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في ظل التشريع الجزائري، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم، تخصص: قانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

5- بوطالبة معمر، الإطار القانوني لعقد التفاوض في مفاوضات عقود التجارة الدولية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص: قانون عام، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.

6- حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في العلوم القانونية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015.

7- شبة سفيان، عقد البيع الدولي، رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه، تخصص: القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، 2012.

8- عجالي خالد، النظام القانوني للعقد الإلكتروني في التشريع الجزائري (دراسة مقارنة)، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، التخصص: القانون، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2014.

9- لزعر وسيلة، التراضي في العقود الإلكترونية، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه، تخصص: قانون خاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي، أم البواقي، 2019.

10- مخلوفي عبد الوهاب، التجارة الإلكترونية عبر الإنترنت، أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه في الحقوق، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2012.

ب- مذكرات الماجستير:

1- بادي عبد الحميد، الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2012.

2- بن مهدي مبروكة، الرضا في العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون الخاص، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2017.

3- بوطالبي زينب، الإيجاب والقبول في التعاقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، تخصص: عقود ومسؤولية، كلية الحقوق، جامعة أمحمد بوقرة، بومرداس، 2014.

4- بولمعالي زكية، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، تخصص: العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2013.

5- عتيق حنان، مبدأ سلطان الإرادة في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون التعاون الدولي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2012.

6- لما عبد الله سهلب، مجلس العقد الإلكتروني، مذكرة مقدمة للحصول على شهادة الماجستير في القانون، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2008.

7- مرزوق نور الهدى، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: المسؤولية المهنية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2012.

8- يحيي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماجستير في القانون، تخصص: قانون خاص، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2007.

ج- مذكرات الماستر:

1- إيقديدن سليمة، حمداش وردة، مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الإنترنت، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: قانون خاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2017.

2- تيطوش غانية، عقد البيع الإلكتروني، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2017.

3- ححيط حبيبة، جعودي مريم، النظام القانوني للعقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

4- حداد عبد السلام، حطاب منال، التفاوض الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في العلوم القانونية، تخصص: قانون الأعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945، قالمة، 2018.

5- دحداح سهيلة، رزقي ليلى، الإطار القانوني للفترة ما قبل التعاقد، مذكرة مقدمة لنيل شهادة الماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

6- نجاعي أمال، موساوي لامية، التراضي في العقود الإلكترونية، مذكرة مقدمة لنيل شهادة ماستر في القانون، تخصص: القانون الخاص الشامل، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة عبد الرحمان ميرة، بجاية، 2013.

III – المقالات:

1- أرجيلوس رحاب، "الإطار القانوني للتفاوض الإلكتروني"، مجلة معالم للدراسات القانونية والسياسية، العدد 03، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية، أدرار، 2018، ص ص 50-75.

2- العربي شحط أمينة، "التراضي في العقد الإلكتروني في ظل التغيرات المستجدة، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، المجلد 14، عدد 03، جامعة الجزائر 1، الجزائر، 2021، ص ص 155-176.

3- برادي أحمد، بن عمر توهامي، "التراضي الإلكتروني في التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد للدراسات القانونية والاقتصادية، المجلد 10، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة تمنراست، تمنراست، 2021، ص ص 160-170.

4- بغدادي إيمان، "صدور القبول في العقد الإلكتروني وإمكانية العدول عنه"، مجلة المفاهيم للدراسات الفلسفية والإنسانية المعمقة، العدد 03، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، الجلفة، 2018، ص ص 151-160.

5- بن خضرة زهيرة، "أحكام الإيجاب الإلكتروني"، مجلة الدراسات القانونية، المجلد 07، العدد 02، كلية الحقوق، جمعة يحيى فارس، المدية، 2021، ص ص 756-768.

6- بوحملة صلاح الدين، "خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني"، مجلة العلوم الإنسانية، المجلد 30، عدد 03، كلية الحقوق، جامعة الإخوة منتوري، قسنطينة، 2019، ص ص 305-323.

7- بوعيس يوسف، "التراضي في العقود الإلكترونية "، مجلة ضياء للدراسات القانونية، المجلد 01، العدد 01، المركز الجامعي نور البشير البيض، الجزائر، 2019، ص ص 151-162.

8- بوقرط أحمد، "إشكالية التراضي في العقود الإلكترونية"، المجلة الجزائرية لأبحاث والدراسات، المجلد 02، العدد 06، كلية الحقوق، جامعة عبد الحميد بن باديس، مستغانم، 2019، ص ص 99-120.

9- بومسلة عبد القادر، "خصوصية الإيجاب والقبول في المعاملات الإلكترونية"، مجلة الدراسات القانونية والسياسية، المجلد 04، العدد 02، جامعة سوسة، تونس، 2018، ص ص 324-339.

10- داود منصور، "إشكالات صحة التراضي في العقود الإلكترونية"، المجلة الأكاديمية للبحوث القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة زيان عاشور، جلفة، 2021، ص ص 211-222.

11- دريسي فاطمة، حمو فرحات، "خصوصية عيوب الإرادة في العقود الإلكترونية"، مجلة العلوم القانونية والسياسية، المجلد 12، العدد 02، كلية الحقوق، جامعة مستغانم، مستغانم، 2021، ص ص 610-621.

12- زوقاغ نادية، "مبدأ حسن النية في التفاوض في مجال عقود التجارة الدولية الإلكترونية"، مجلة دراسات في حقوق الإنسان، المجلد 04، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020، ص ص 08-27.

13- عبد الله عبد كريم عبد الله،"أثر التغيرات التكنوقانونية في إبرام العقد (دراسة في القانون القطري وبعض العقود الإلكترونية النموذجية)"، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد 03، كلية القانون، جامعة قطر، قطر، 2018، ص ص 163-200.

14- عقوني محمد، حسن عبد الرزاق، "عيوب الإرادة في عقود التجارة الإلكترونية على ضوء التشريع الجزائري"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص ص 631-642.

15- قرواش رضوان، "هيئات التصديق الإلكتروني في ظل القانون 15-04 المتعلق بالقواعد العامة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين (المفهوم والالتزامات)"، مجلة العلوم الاجتماعية، المجلد 14، العدد 24، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة سطيف 2، سطيف، 2017، ص ص 410-425.

16- كوسام أمينة، "خصوصية الأهلية في التعاقد الإلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة"، مجلة الباحث لدراسات الأكاديمية، العدد 06، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 2015، ص ص 341-365.

17- لعمري صالحة، "حق المستهلك الإلكتروني في العدول عن التعاقد في عقود التجارة الإلكترونية"، مجلة الاجتهاد القضائي، المجلد 13، العدد 25، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2021، ص ص 133-148.

18- معزوز دليلة، "التفاوض الإلكتروني كمرحلة سابقة للتعاقد (دراسة مقارنة)"، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، المجلد 05، العدد 01، كلية الحقوق، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج، البويرة، 2020، ص ص 08-27.

V- النصوص القانونية:

أ- النصوص التشريعية:

1- أمر رقم 75-58 مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975، معدل ومتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005، ج.ر.ج.ج، عدد 44، صادر في 26 جوان 2005.

2- أمر رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.ج، عدد 48، صادر في 2000.

3- قانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 يونيو 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج، عدد41، صادر بتاريخ 27 يونيو 2004.

4- قانون رقم 09-03 المؤرخ في 25 فيفري 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، عدد 15، صادر بتاريخ 8 مارس 2009.

5- قانون رقم 15-04 المؤرخ في 01 فيفري 2015، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ج.ر.ج.ج، عدد 06، صادر بتاريخ 10 فيفري 2015.

6- قانون رقم 18-05 المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، عدد 28، صادر بتاريخ 16 ماي 2018.

ب- النصوص التنظيمية:

1- مرسوم تنفيذي رقم 90-39 المؤرخ في 30 يناير 1990، المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، عدد 05، صادر 31 يناير 1990.

2- مرسوم تنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998، المتعلق بضبط شروط وكيفية إقامة خدمات "أنترنت" واستغلالها، ج.ر.ج.ج، عدد 63، صادر بتاريخ 26 أوت 1998.

3- مرسوم تنفيذي رقم 06-306 المؤرخ في 10 سبتمبر 2006، يتعلق بتحديد العناصر الأساسية للعقود المبرمة بين الأعوان الاقتصاديين والمستهلكين والبنود التي تعتبر أساسية، ج.ر.ج.ج، عدد 56، صادر بتاريخ 11 سبتمبر 2006.

IV- المراجع الإلكترونية:

1- اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع لسنة 1980، متاح على الموقع التالي:
http://www.uncitral.un.org.

2- دليل تشريع اليونيسترال النموذجي بشأن النجارة الإلكترونية الدولية مع دليل التشريع عام 1996 و مع المادة 50 مكرر الإضافية بصيغتها الجديدة المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة 99.v.4، الأمم المتحدة، نيويورك، 2000، متاح على الموقع:
http://www.uncitral.un.org

3- القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 المؤرخ في 9 أوت 2000، يتعلق بالمبادلات التجارية الإلكترونية التونسي، ج ر عدد 64، مؤرخ في 11 أوت 2000، متاح على الموقع التالي :
https://www.mtc.gov.tn .

4- قانون رقم 2001-85 المؤرخ في 31 ديسمبر 2001، يتعلق بقانون المعاملات الإلكترونية الأردني، ج ر رقم 4524، متاح على الموقع التالي: http://www.atwanlaw.com .

ثانيا– باللغة الفرنسية :

Ouvrages :

1- BENSSOUSSAN Alain, Le Commerce électronique « aspects juridiques », Harms, Paris, 1998.

2- CANIN Patrick, Droit civil(Les Obligations), 3eme éd, Hachette livre, 2002.

3- GHAZOUANI Chiheb, Le Contrat de Commerce électronique, Latrach édition, Tunis, 2011.

الفهرس

الفهرس

مقدمة 1

الفصل الأول التفاوض كطريق تمهيدي للإيجاب 6

المبحث الأول مرحلة ما قبل التعاقد الإلكتروني 8

المطلب الأول: مفهوم التفاوض الإلكتروني 8

الفرع الأول: تعريف التفاوض الإلكتروني 9

الفرع الثاني: خصائص التفاوض الإلكتروني..... 9

أولا– التفاوض الإلكتروني عقد تمهيدي 9

ثانيا– التفاوض يقوم على التبادل والأخذ والعطاء 10

ثالثا– التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية 10

رابعا– التفاوض عقد ذو تصرف إرادي..... 11

خامسا– التفاوض الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية 11

الفرع الثالث: أهمية التفاوض الإلكتروني 13

المطلب الثاني: أحكام التفاوض الإلكتروني 15

الفرع الأول: مراحل التفاوض الإلكتروني 15

أولا– تحديد الاحتياجات..... 15

ثانيا– وضع كراسة الشروط 16

ثالثا– اختيار مقدم الخدمة..... 16

الفرع الثاني: آثار التفاوض الإلكتروني 17

أولا– مبدأ الالتزام بحسن النية 17

ثانيا– الالتزام بالتعاون 18

ثالثا– الالتزام بالإعلام 19

رابعا- الالتزام بالنصح والإرشاد..... 20
خامسا- الالتزام بالاعتدال والجدية..... 21
سادسا- الالتزام بعدم إفشاء الأسرار..... 22
المبحث الثاني الإطار المفاهيمي للإيجاب الإلكتروني.....24
المطلب الأول: ماهية الإيجاب الإلكتروني 25
الفرع الأول: تعريف الإيجاب الإلكتروني 25
أولا- التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني 25
ثانيا- التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني 26
ثالثا- تعريف الإيجاب الإلكتروني حسب الاتفاقيات الدولية 28
الفرع الثاني: خصائص الإيجاب الإلكتروني 29
أولا- الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد 29
ثانيا- الإيجاب الإلكتروني يتم عبر وسيط إلكتروني 30
ثالثا- الإيجاب الإلكتروني يكون في الغالب إيجابا دوليا 31
الفرع الثالث: تمييز الإيجاب الإلكتروني عما يشابهه 31
أولا- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن الدعوة إلى التعاقد 32
ثانيا- تمييز الإيجاب الإلكتروني عن أعمال الدعاية والإعلان 33
الفرع الرابع: صور الإيجاب الإلكتروني..... 34
أولا- الإيجاب من خلال البريد الإلكتروني 34
ثانيا- الإيجاب من خلال صفحات الويب..... 35
ثالثا- الإيجاب عبر المحادثة والمشاهدة 36
المطلب الثاني: ضوابط وأحكام الإيجاب الإلكتروني 37

الفرع الأول: ضوابط الإيجاب الإلكتروني 37
أولا– الشروط الموضوعية 37
ثانيا– الشروط الشكلية 42
الفرع الثاني: أحكام الإيجاب الإلكتروني 44
أولا– القوة الملزمة للإيجاب الإلكتروني 44
ثانيا: أثر موت الموجب في العقد الإلكتروني..... 46
الفصل الثاني اقتران وتطابق الإيجاب بالقبول 47
المبحث الأول ماهية القبول الالكتروني.....49
المطلب الأول: مفهوم القبول الالكتروني 49
الفرع الأول: تعريف القبول الإلكتروني..... 49
أولا– التعريف الفقهي للقبول الإلكتروني..... 50
ثانيا– التعريف القانوني للقبول الإلكتروني..... 50
ثالثا– تعريف القبول الإلكتروني حسب الاتفاقيات الدولية 51
الفرع الثاني: صور القبول الإلكتروني 52
أولا– القبول الإلكتروني عن طريق البريد الالكتروني..... 52
ثانيا– القبول الإلكتروني عبر صفحات الويب (Web) 53
ثالثا– القبول الإلكتروني في المعاملات الإلكترونية المؤتمة 54
المطلب الثاني: ضوابط القبول الإلكتروني 55
الفرع الأول: شروط صحة القبول الإلكتروني 55
أولا– أن يكون القبول صريحا وواضحا..... 55
ثانيا– أن يكون الإيجاب مازال قائما 57

ثالثا– موافقة القبول للإيجاب وتطابقه له 58
الفرع الثاني: مدى جوازية التعبير عن القبول ضمنيا 59
الفرع الثالث: صلا حية الاعتداد بالسكوت لتعبير عن القبول الإلكتروني 61
الفرع الرابع: الحق في العدول عن القبول الإلكتروني 62
المبحث الثاني مجلس العقد وصحة التراضي في العقد الإلكتروني 66
المطلب الأول: مجلس العقد الإلكتروني..... 66
الفرع الأول: تعريف مجلس العقد الإلكتروني وطبيعته القانونية 67
أولا– تعريف مجلس العقد الإلكتروني 67
ثانيا– الطبيعة القانونية لمجلس العقد الإلكتروني 68
الفرع الثاني: زمان ومكان إبرام العقد الإلكتروني 72
أولا– زمان إبرام العقد الإلكتروني 72
ثانيا– مكان إبرام العقد الإلكتروني 77
المطلب الثاني: صحة التراضي في العقود الإلكترونية 79
الفرع الأول: الأهلية في العقد الإلكتروني 80
الفرع الثاني: سلامة الإرادة من العيوب في العقد الإلكتروني..... 81
أولا– الغلط..... 81
ثانيا– التدليس 82
ثالثا– الإكراه 82
رابعا– الاستغلال 83
الفرع الثالث: المشاكل التي يثيرها التعبير عن الإرادة إلكترونيا..... 84
أولا– تحديد هوية الشخص المتعاقد 84

ثانيا- خصوصية عيوب الإرادة الإلكترونية 86

خاتمة 88

قائمة المراجع 93

الفهرس 105

التراضي في التعاقد عن بعد على ضوء قانون التجارة الإلكترونية الجزائري

Le consentement dans les contrats à distance selon la loi de commerce électronique Algérien

ملخص باللغة العربية

يعتبر أغلبية الفقه أن الاتفاق بين المتعاقدين يشكل أهم ركن في تكوين العقد. في هذا السياق، يظهر جليا أنه يمكن اعتبار الشبكة المعلوماتية بمثابة وسيلة اتصال تساعد على تلاقي الإرادتين لإبرام العقود الإلكترونية، لكن تجدر الإشارة إلى أن عملية التعاقد تصبح وهمية. إلا +أن المشرع الجزائري حسم في الأمر وذلك بإصداره للقانون رقم 18-05 الخاص بالتجارة الإلكترونية.

إذا كان من الممكن التعبير عن الإرادة إلكترونيا، فإن الإشكال المطروح يكمن في مدى إمكانية التحقق من أن الإرادة الصادرة من طرف المتعاقد الإلكتروني تتعلق فعلا بالإرادة الحقيقية المراد التعبير عنها.

Résumé en langue française

La doctrine quasi-unanime considère que le consentement constitue l'élément fondamental de tout contrat. À cet égard, il parait certain que les réseaux numériques de l'internet peuvent constituer un vecteur de communication n'excluant pas une manifestation et une rencontre des consentements aboutissants à la formation de contrats électroniques. Toutefois, il convient de noter que le processus contractuel se trouve totalement dématérialisé. Le législateur algérien l'a bien compris en régison la loi 18-05 du relative au commerce électronique.

Si la volonté peut parfaitement s'exprimer selon un mode électronique, la difficulté particulière qui de pose est de vérifier que le consentement manifesté par l'internaute correspond bien à ce qu'il a réellement voulu.