

## المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني

ليس هناك تعريف موحد للعقد الإلكتروني نتيجة تعدد الجهات و المصادر التي أوردت هذه التعريفات من جهة و نوع الهيئة التي ستعمل في إلزامه من جهة أخرى .

### الفرع الأول: التعريف التشريعي

سنتطرق إلى التعريفات الواردة في المواثيق الدولية، القوانين المقارنة ثم موقف المشرع الجزائري.

### أولاً: التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

#### 1- القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية : ( uncitral او ) cnudci

إكتفي القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية CNUDCI أو UNCITRAL<sup>1</sup>، في المادة 2- ب بتعريف " بتبادل البيانات الإلكترونية "L'échange de données informatisées"، حيث نصت بأنه: " يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات". حيث رأت اللجنة المعدة لهذا القانون بأن هذا التعريف ينصرف إلى كل استعمالات المعلومات الإلكترونية، ويشمل بذلك إبرام العقود والأعمال التجارية المختلفة.

#### - التوجيه الأوروبي:

نصت المادة 2 من التوجيه رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 الصادر عن البرلمان الأوروبي والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين بأنه يقصد بالتعاقد عن بعد: " كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد ومستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للاتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه".

---

<sup>1</sup> وهو تعبير عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي 'uncitral' هيئة قانونية انشئت بمقتضى قرار الجمعية العامة 2205 المؤرخ في 17 ديسمبر 1966، حيث تضطلع بدور هام في تطوير ذلك الإطار عملاً بالولاية المسندة إليها في تعزيز مناسقة قانون التجارة الدولية وتحديثه تدريجياً: دليل الأونسيترال "حقائق أساسية عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي"، الأمم المتحدة، فيينا، ص1.

و عرفت تقنية الإتصال عن بعد في نفس النص بأنها: "كل وسيلة بدون وجود مادي ولحظي للمورد وللمستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين طرفيه". وبالتالي فهذا التوجيه عرف العقود عن بعد التي تشمل في مفهومها العقود الإلكترونية.

### موقف المشرع الجزائري: (قانون التجارة الإلكترونية الجزائري):

نص المشرع الجزائري في المادة 2/6 من قانون التجارة الإلكترونية 205/18<sup>2</sup>: "العقد الإلكتروني هو العقد بمفهوم القانون 02/04 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق لـ 23 يونيو 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الإتصال الإلكتروني".

أما إذا ما رجعنا للقانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية وبالذات للمادة 3/4: "عقد: كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر، بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه".

### الفرع الثاني: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

لقد أورد الفقه عدة تعريفات للعقد الإلكتروني بين مضيق و موسّع له منها على سبيل المثال:

"العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الإنترنت"

"كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للإتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وذلك بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"

الإتفاق الذي يتم انعقاده عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة كليا أو جزئيا، باستخدام وسائل الإتصال المرئية والمسموعة الإلكترونية."

### المطلب الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

مما سبق يتضح أن التعاقد الإلكتروني يختلف عن التعاقد التقليدي رغم أنهما يتفقان في النظرية العامة للعقد. فهو يتميز بمجموعة من الخصائص والسمات كان منبعها 3 خصائص رئيسية:

- العالمية
- التعاقد عن بعد

---

<sup>2</sup> قانون 05/18 المؤرخ في 10 ماي 2018، المتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج ر العدد 28، المؤرخة في 16 ماي 2018.

## - صفة الإلكترونية

هذه الخصائص تفرعت إلى سمات ومميزات اتضحت أكثر مع انتشار هذا النوع من العقود وهي: عقد مبرم بوسيلة الكترونية، يتم إبرامه دون التواجد المادي بين الأطراف، يغلب عليه الطابع الدولي، يغلب عليه الطابع التجاري والاستهلاكي، أحكامه (الوفاء الإلكتروني، الإثبات والتنفيذ).

### المبحث الثاني: مجلس العقد الإلكتروني

يتنوع مجلس العقد تبعاً لركنيه: المادي والمعنوي أي الزمان والمكان إلى نوعين: مجلس العقد الحقيقي (أولاً) ومجلس العقد الحكمي أو الافتراضي (ثانياً)

#### أولاً: مجلس العقد الحقيقي

يقصد بمجلس العقد الحقيقي ارتباط أطراف العلاقة العقدية ارتباطاً مباشراً وجهاً لوجه في الفترة التي ينشغل فيها المتعاقدان دون أن ينصرف اهتمامهما عن أمور التعاقد، وبشرط تحقق الرؤية والسمع معاً لكلا المتعاقدين.

وعليه وجب توفر مجموعة من الشروط حتى نكون أمام مجلس عقد حقيقي:

- حضور كلا المتعاقدين مجلس العقد حضوراً حقيقياً وجهاً لوجه، بحيث يراه ويسمعه.
  - أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في وقت واحد وهو وقت مجلس العقد.
  - أن يكون صدور الإيجاب والعلم به في مكان واحد.
- وهو ما تكلمت عليه نص المادة 64 من القانون المدني.

#### ثانياً: مجلس العقد الحكمي

يعرّف مجلس العقد الحكمي على أنه: "المجلس الذي يتصل فيه الإيجاب بعلم الموجب له سواء عن طريق الكتابة أو بواسطة الرسول، والذي يحق له أن يقبله فيه طالما بقي منصرفاً إلى موازنة أمور بشأنه دون أن يرفضه أو أن يكون الرجوع عنه قد صدر من جهة الموجب الغائب."

ومنه نكون بصدد مجلس عقد حكمي أو افتراضي في حالة عدم حضور أحد أطراف العقد المجلس الحقيقي بنفسه أو نائبه. أي اختلاف عنصر المكان.

## الفرع الثالث: طبيعة مجلس العقد الإلكتروني

اختلفت اتجاهات الفقه القانوني في تحديد طبيعة مجلس العقد الإلكتروني بين اعتباره مجلس عقد حقيقي بين حاضرين أو مجلس عقد حكومي بين غائبين ، أو مختلط. \* وجوب الرجوع لما تم شرحه بالتفصيل في المحاضرة الحضرية\*

### المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للتعاقد الإلكتروني

ينظر إلى الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني من جهتين: جهة اعتباره تعاقد بين حاضرين أو غائبين، وجهة اعتباره من عقود الإذعان أو الرضائية؟

### الفرع الأول: العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين أو غائبين؟

اختلف الفقهاء حول مدى اعتبار العقد الإلكتروني تعاقد بين حاضرين أو غائبين إلى آراء، فمعرفة طبيعة العقد الإلكتروني-إذن- تنحصر في معيار التمييز بين التعاقد بين غائبين أو حاضرين. وهو ما كان محل خلاف بين الفقهاء. يتلخص بين من يعتد بمعيار الزمن للتمييز بين غائبين، ومن يرى أن معيار الزمن ليس جامعا ولا مانعا، بل لا بد من توافر ثلاثة عناصر مجتمعة: عنصر الزمن، عنصر المكان وعنصر الإنشغال بشؤون العقد. وهو ماتم الحديث عنه سابقا في مجلس العقد.

وبالتالي نستنتج أن الفرق بين نوعي المجلس الحقيقي والحكمي هو السبب وراء الاختلاف حول مدى اعتبار التعاقد عبر الأنترنت تعاقدًا بين حاضرين أو بين غائبين.

### الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد رضائي أو عقد إذعان؟

اختلفت الآراء الفقهية كذلك حول التكييف القانوني للعقد الإلكتروني، بين اعتباره من عقود الإذعان أين تنعدم فيه حرية الأطراف للمشاركة في وضع بنود العقد أم اعتباره من العقود الرضائية القائمة على مبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف. كما ظهر اتجاه حديث ينادي بضرورة بين النوعين على أساس الوسيلة المستخدمة في التعاقد الإلكتروني أما المشروع الجزائري وباستحدثه للقانون 05/18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية فقد كان له موقف صريح من ذلك من خلال نص م 6 من القانون السابق الذكر والتي تم شرحها سابقا.