الجمهوريـــــة الجزائريـــة الديمقراطية الشعبيـــة

وزارة التـعـــليـم العـالـــي و البحـــث العـلمـــي

جامعـــة الدكتـــــــور مـولاي الطـاهـر - سعـيدة –

كليـــة الحقـــوق والعلـــوم السيـــاسيـــة

قســـــم الحقـــــوق

النظام القانوني في التكوين وتنفيذ العقد الالكتروني في التشـــريع الجـزائـــري

مذكرة لـنـيـل شـهـادة ماستر

تـخـصـص : القانون الاقتصادي

إعداد الطالبة :

- كريم فتيحة

الأستاذ المشرف :

د - بن أحمد الحاج

لجنة المناقشة :

- ✓ الدكتور عثماني عبد الرحمان..... أستاذ محاضر (ب).....رئيسا
- ✓ الدكتور بن احمد الحاج .....أستاذ محاضر (أ)..... مشرفاً ومقرراً
- ✓ الأستاذ بن عفان خالد ..... أستاذ مساعد (أ)..... عضواً مناقشاً
- ✓ الأستاذة عبو تركية ..... أستاذ مساعد ..... عضواً مناقشاً

السنة الجامعية : 2015/2014

بسم الله الرحمن الرحيم

شکر و عرفان

بعد شكر المولى عز وجل على فضله و نعمه التي من بها علينا

أتقدم بخالص الشكر إلى من علمنا المضي إلى الأمام إلى من رعانا و حافظ علينا ،

الدكتور بن أحمد الحاج الذي تفضل بإشراف على هذا البحث فجزاه الله عنا كل

خير ، فله مني كل التقدير و الاحترام .

أتوجه بتقديري و امتناني إلى كل أساتذة كلية الحقوق و عمال الإدارة .

الشكر الجزيل إلى من جمعت بين سعادتي و حزني إلى رمز الحب و بلسم الشفاء

أختي في الله نعار سعاد التي قامت بكتابة هذا البحث .

أشكر كل من ساهم في مساعدتي و إعداد هذا الموضوع و أسأل

الله أن يجعل كل ما قدمتموه لي في ميزان حسناتكم حفظكم الله و رعاكم .

""من لا يشكر الناس لا يشكر الله""

إهداء

أهدي عصارة جهدي و اجتهادي

إلى من كلله الله بالهبة و الوقار إلى من أحمل اسمه بكل افتخار

والدي العزيز

إلى معنى الحب و الحنان إلى من كان دعائها سر نجاحي

أمي الحبيبة

إلى من يلهج بذكراهم فؤادي ، إخواني و أخواتي كل باسمه

إلى من أرى التفاؤل بعينه و السعادة في ضحكته صاحب القلب الطيب

زوجي و رفيق دربي

إلى الشمعتين اللتان أنارتا حياتي ، أبنائي إسلام و إسراء و إلى صديقاتي و قريباتي

إلى من سأفتقدهم و أتمنى أن يفتقدوني، إلى من أحببتهم في الله، و جمعني بهم

مشوار الدراسة قسم الحقوق و خاصة طلاب قسم الاقتصاد .

"""إلى كل من نسيه قلمي"""

مقدمة

يشهد العالم وبشكل كبير تطورا هائلا في عالم التكنولوجيا حتى أصبحت و سائل الاتصالات الحديثة و على رأسها الانترنت و سائل لا يمكننا الاستغناء عنها، فبعد أن كانت الاتصالات تعتمد على التلفونات ، التلكس و الفاكس ظهرت الانترنت و أصبحت الوسيلة المثلى في الاتصال و نقل المعلومات و تقديمها .

و بفضل هذه الشبكات الرقمية زالت الحدود الجغرافية ، و تغير الزمان باتجاه الاختصار و الاقتراب بدرجة كبيرة أصبح العالم مجرد قرية صغيرة يمكن لأي شخص أن يحاور و يبرم تصرفا مع آخر في أي مكان في العالم في لحظات من خلال الحاسب الآلي .

و في خضم هذه الثورة الرقمية و الصحوة المعلوماتية التي يعرفها العالم اليوم والتي أضحت تكنولوجيا المعلومات بمثابة الجهاز العصبي له،تأثرت العمليات التعاقدية حيث شهدت هي الأخرى مجموعة من التغيرات مست نظامها و بنيتها القانونية فأصبح إبرام العقود يتم عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وهو ما أثار اهتمام رجل القانون و القاضي على السواء و بالتالي لا مناص من اعتبار العقد الالكتروني بمثابة القلب النابض للتجارة الالكترونية ، حيث أنه يمثل ترجمة قانونية لتلاقي الإرادات بين البائع ومقدم الخدمة من ناحية و المشتري أو المستهلك من ناحية أخرى، و يقوم هذا العقد مثل العقد التقليدي على الثقة و يتطلب وسطا قانونيا قويا تحيطه العديد من الضمانات التي تعمل على تدارك المخاطر التي قد تصيب المعاملات المبرمة عن بعد .

و هذه الخصائص تثير الكثير من التساؤلات حول مدى إمكانية استيعاب القواعد الكلاسيكية المنظمة للعقد في القانون المدني لهذه الأنماط الجديدة في التعاقد ، خاصة ما تعلق منها بالإبرام و التنفيذ ؟ كون هذه الآليات لا تسمح في الوقت الراهن من توثق كل طرف في العقد ، بمعنى التوثق من وجود و سلامة صفة المتعاقد الآخر ، كما يثور تساؤل حول مدى انطباق وسائل التعبير عن الإرادة فيه مع الوسائل التقليدية للتعبير عنها ،و تثور أيضا مسألة تحديد مكان و زمان انعقاده، أما فيما يخص تنفيذ المتعاقدين لالتزاماتهما، فان هذا يثير مشكلات التخلف عن التسليم أو تأخر أو تسليم محل تتخلف فيه المواصفات المتفق عليها و هي مشكلات متشابهة لتلك الحاصلة في ميدان العقود التقليدية ، أما دفع البدل أو الثمن فانه يثير إشكالية و سائل التقنية.

و تتمثل أهمية البحث في الموضوع انعقاد العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت الدولية في ناحيتين هما العلمية و العملية .

فالأهمية العملية فإنها تتمثل فيما يلي لموضوع الدراسة:

ارتباطه بعقود تتنامى و تزداد بصورة مطردة يوما بعد آخر إذ أصبح ازدياد أعداد هذه العقود واقعا ملموسا على الصعيد الدولي .

ارتباطه بعقود تتميز بقيمتها المادية الضخمة التي أصبحت في السنوات الأخيرة تتجاوز المليارات بكثير وما يتبع ذلك من تأثير في الحياة الاقتصادية للدولة و الشركات – بل و حتى الأفراد – ذات العلاقة بهذا النوع من العقود .

إن الاهتمام الوطني و الدولي بهذا النوع من العقود أصبح متزايدا نظرا لأهميتها الكبيرة في حياة الأفراد و الدول ، و من الهيئات التي تصب اهتمامها على هذه العقود لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري و الدولي ، و منظمة التجارة العالمية .

أما الأهمية العلمية فتتمثل فيما يلي :

إنها تساعد المتعاملين في هذا المجال بتوعيتهم بالآثار القانونية للتعامل عبر هذه الوسيلة الحديثة مساعدة الدول في جهودها الساعية إلى استيعاب العمليات الالكترونية التي تتم بواسطة الانترنت عبر دراسة ما يتعلق بانعقاد العقد الالكتروني.

التركيز على الأمور العلمية التي تشكل عقبة في طريق توسعه استخدام شبكة الانترنت في التعاقد و طرح الحلول المناسبة لها .

تقديم الأطر القانونية الملائمة لتنظيم معاملات التجارة الالكترونية بالشكل الذي يحقق الأمان القانوني للطرفين المتعاقدين عبر الانترنت [1].

يتميز هذا العقد الالكتروني بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية ، كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات الاتصالات العالمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول ، كما أنه غالبا ما يكون محررا على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية.

و لكل هذا الذي ذكرناه فان معالجة هذه المسائل أصبح واجبا و لابد من البحث عن معالجة قانونية له محاولين في هذه الدراسة إجراء مقاربة بين هذه المشاكل و النظرية العامة للعقد ، كما هي منظمة اليوم في القانون المدني و ما مدى ملائمة هذه النصوص للعقد لالكتروني .

[1]- أنظر : د / عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الانترنت ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010،ص 17

و خلال البحث اعترضتني بعض الصعوبات و التي تعود بالأساس إلى خصوصية هذا العقد و ما يتسم به من صيغ فنية ، إذ ينبغي للباحث أن يكون ملما بالجوانب الفنية لتقنيات الاتصال لاسيما الانترنت ، لأنه يهدف إلى إيجاب بعض الحلول للمشكلات القانونية التي يثيرها هذا العقد ، و صعوبة هذا البحث أيضا إلى قلة المراجع القانونية الجزائرية .

و محاولة مني للإجابة على هذه التساؤلات اعتمدت الخطة التالية .

- المبحث التمهيدي : ماهية العقد الالكتروني

- ✓ الفصل الأول : مرحلة تكوين العقد الالكتروني
- المبحث الأول : مرحلة ما قبل التعاقد في العقد الالكتروني
- المبحث الثاني : مرحلة التعاقد في العقد الالكتروني

- ✓ الفصل الثاني : تنفيذ العقد الالكتروني
- المبحث الأول : تنفيذ التزامات البائع (المعلن)
- المبحث الثاني : ضمانات و جزاء عدم تنفيذ العقد الالكتروني

المبحث التمهيدي
ماهية العقد
الإلكتروني

المبحث التمهيدي : ماهية العقد الالكتروني

يمثل العقد الالكتروني أداة أساسية للتجارة الالكترونية كما انه أداة فعالة لتحسينها وإضفاء الأمان و الثقة عليها ،ويرتبط العقد الالكتروني ارتباط وثيقا بالتجارة الالكترونية، بحيث يستحيل عمليا فصلها عن بعضها. و العقد الالكتروني لا يختلف كثيرا في أساسياته عن العقد التقليدي [1].

من حيث ضرورة توافر أركان انعقاد وشروط صحته. غاية ما في الأمر أن العقد الالكتروني يتم من حيث المكان بين غائبين، و من ثم كان لزاما على المشرع إن يتدخل لوضع الضوابط و الضمانات التي تكفل انعقاده في جو من الثقة و الأمان ، و توفير الحماية القانونية اللازمة لأطرافه.

المطلب الأول : تعريف العقد الالكتروني .

[1]- أنظر : د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، الطبعة الأولى دار النهضة العربية،القاهرة،مصر2006 ص56

ليس هناك تعريف موحد للعقد الالكتروني ، سيما لو أخدنا بعين الاعتبار تعدد الجهات و المحافل التي أوردت هذه التعاريف من جهة ، و نوع التقنية التي تستعمل في إبرامه من جهة أخرى ، وعليه سيتم عرض أهم التعاريف الواردة بشأنه في الاتفاقيات الدولية ، وتلك التي جاءت بها القوانين المقارنة ، و أيضا نشير إلى بعض التعاريف التي جاء بها الفقه [1] .

الفرع الأول : التعريف التشريعي

تطرقت القوانين إلى تعريف العقد الالكتروني ، سواء على مستوى الاتفاقيات الدولية، أو القوانين الوطنية، مدركة بذلك أهمية هذا النوع من العقود ، و الذي بات أمرا واقعي و مفروض لا يمكن إنكاره .

أولا : التعريف المنصوص عليه في الاتفاقيات الدولية :

عرفه قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية لسنة 1996،من خلال تعريفه لرسالة البيانا بقوله "المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها و استلامها أو تخزينها بوسائل الكترونية ...."[2] يستشف من هذا التعريف الخاص برسالة البيانات أنه ينصرف أيضا و بطريقة غير مباشرة ليشمل العقد الالكتروني من حيث إبرامه لأنه ورد في نص المادة مصطلح " البيانات الالكترونية " و لمعرفة دلالتها ينبغي الرجوع إلى المادة 2 فقرة ب من نفس المادة ، و التي نصت على أنه يراد بمصطلح البيانات الالكترونية ، نقل المعلومات الكترونيا من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات "[3].

يلاحظ على هذه الأخيرة ، أنها نصت على تكوين المعلومات و نقلها عن طريق الحاسوب الذي يعد الوسيلة الأكثر استخداما في إبرام العقود الالكترونية .

أخد قانون الاونسترال الموحد النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لسنة 2000 بذات التعريف الوارد النص عليه في المادة 2 الفقرة أ منه وذلك حرفيا .

عرف التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد لسنة 1996 ، العقد الالكتروني على أنه " عقد متعلق بالسلع و الخدمات التي ينظمها المورد يتم بين مورد و مستهلك من خلال

---

[1]- انظر : / القاضي برني ندير ،العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء،قالمة ،الدفعة الرابعة عشر للفترة التكوينية 2006/2003 ، ص 7 .

[2]- أنظر : د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، الطبعة الأولى دار النهضة العربية،القاهرة،مصر2006 ص56.

[3]- أنظر : المادة 2 من التوجيه الأوربي المتعلق بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد سنة 1996 .

الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات و الذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية .

ثانيا : التعريف الوارد في القوانين الوطنية:

بادرت القوانين العربية إلى تبيان المقصود بالعقد الالكتروني فعرفه قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي على أنه " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية "[1] . قام قانون المعاملات الالكترونية الأردني بتعريف العقد الالكتروني أنه"الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا" [2].

يتبين من هذه المادة أنها عرفت العقد الالكتروني بصفة عامة و مطلقة ، بغية احتواء التطورات الحاصلة في وسائل الاتصال الحديثة التي قد يتم تجديدها من فترة إلى أخرى .

نصت المادة 94 من القانون المدني المصري على أنه " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد دون تعيين ميعاد القبول فان الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا و كذلك الحال إذا صدر الإيجاب عن شخص آخر بطريق التلفون أو أي طريق مماثل ":

يتضح من هذه المادة أنها اشتملت على تعريف أدق و أعم ، بحيث استعملت مصطلح " أي طريق مماثل " بمعنى أي وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة ، و هذا فيه مواكبة لتطور وسائل الاتصال المستخدمة في إبرام العقود الالكترونية ، فقد تظهر وسائل أخرى أكثر تقدما و نجاعة .

أغفل المشرع الجزائري مسألة تعريف العقد الالكتروني في تعريفه الالكتروني في تعديله للقانون المدني في انتظار صدور قانون خاص بالمعلومات الالكترونية ، و التوقيع الالكتروني ، ليتم استدراك هذا النقص

الفرع الثاني : التعريف الفقهي

[1]- انظر : الفصل الثاني فقرة 2 من قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي.
[2]- أنظر : المادة 2 من قانون المعاملات الالكترونية الأردني .

أورد الفقه عدة تعارف، فهناك من عرفه بالاعتماد على وسيلة إبرامه معتبرا أن العقد الالكتروني "عقد مبرم عبر الانترنت "[1] يأخذ على هذا التعريف أنه حصر وسيلة إبرام العقد الالكتروني في شبكة الانترنت، فضيق نطاق العقد الالكتروني متجاهلا بذلك ما قد يستجد من تطورات في وسائل الاتصال الحديثة ،كما أنه لم يذكر وسائل اتصال سبقت في وجودها شبكة الانترنت، كالتلكس، الفاكس و "المنيتل"[2] .

عرفه جانب آخر على أنه كل اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصالات عن بعد[3] .

يلاحظ على هذا التعريف، انه وسع من نطاق العقد الالكتروني من خلال إبرامه على شبكة دولية مفتوحة، إلا أنه اشترط أن تتم تلك العملية (بوسائل مسموعة أو مرئية، و في هذا تضييق لنطاقه متجاهلا المستجدات الحاصلة في مجال الاتصال و التي قد يطرأ عليها تغيير بين الفئة و الأخرى ، فقد يتم إبرام العقد الالكتروني مثلا عن طريق البريد الالكتروني و مع ذلك يعد عقد الكترونيا، لأن التعبير عن الإرادة يتم كتابة عبر هذا البريد .

نعته البعض على انه " التفاوض الذي انتهى بالاتفاق التام بين إرادتين صحيحتين باستخدام وسيلة اتصال حديثة "[4] .

يلاحظ أن التعريف انه لم يشترط في الوسيلة أن تكون مسموعة ومرئية، ولم يحدد نوعها، فيعد الأقرب إلى الصواب ، لأنه استوعب الأساليب الالكترونية الأخرى التي ينعقد العقد من خلالها، تاركا المجال مفتوحا أمام أية مستجدات قد تطرأ مستقبلا .

المطلب الثاني : تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود

[1]- أنظر : أ / مناني فراح العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري دار الهدى للنشر و الطباعة و التوزيع ،الجزائر ، 2009، ص 22.

[2]- المينيتل عبارة عن جهاز ظهر في منتصف الثمانينات بفرنسا فهو يشبه جهاز الحاسوب ولكنه صغير الحجم ،و يتكون من شاشة ولوحة مفاتيح و هو وسيلة اتصال مرئية.

[3]- ITEANU (O) Internet est le droit, aspect juridique du commerce électronique .Eyrolles1996, page 27 .

[4]- أنظر : أ / لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر ، 2012 ص 42 .

تميز العقد الالكتروني عن باقي العقود أن الوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الالكتروني تمثل أهم وجهة لخصوصية كما يتضح أنه ينتمي طائفة العقود التي تبرم عن بعد العلم أنه لا يشكل نوعا جديدا من العقود تضاف إلى العقود التقليدية المتداولة قانونا كما لا يخرج بالكامل عن القواعد القانونية المنظمة لأحكام العقد عموما و الواردة في القوانين المدنية ، و مع ذلك فان التعاقد الالكتروني يعد مميزا عن الصورة التقليدية للتعاقد و بالتالي يمكن إيجاز أهم الخصائص التي يتميز بها وذلك على النحو التالي:

الفرع الأول : تميز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي :

إذا كان العقد الالكتروني يتفق مع العقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الإيجاب و القبول ،إلا أن الثاني يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان و المكان حيث يتم تبادل الإيجاب و القبول في مجلس العقد في المواجهة ، و هو ما يقتضي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد ، ولا يتحقق دلك في التعاقد الالكتروني ، فمن المفترض أساس وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين بل قد يفصل بينهما مئات أو آلاف الأميال و من ثم فان التعاقد التقليدي و تعاقد بين حاضرين بينهما الانفصال المكاني في التعاقد الالكتروني يجعل من طبيعة خاصة [1] .

أما من حيث الوفاء حيث حلت وسائل الدفع الالكترونية في التعاقد الالكتروني محل النقود العادية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا و ازدياد التعامل بأسلوب التجارة الالكترونية كأسلوب مبتكر لسداد المدفوعات في مثل هذه ا لمعاملات.

و تتضمن وسائل الدفع الالكتروني المستخدمة في التجارة الالكترونية عدة وسائل منها البطاقات البنكية ، والأوراق التجارية الالكترونية ، و النقود الالكترونية ، و التي تتمثل في نوعين هنا النقود الرقمية و المحفظة الالكترونية .

بالإضافة إلى الوسائط الالكترونية الجديدة التي ظهرت حديثا مثل الذهب الالكتروني،و الشيك الالكتروني،و تتم عملية تحويل الأموال الكترونيا بين أطراف العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت بواسطة جمعية الاتصالات المالية العالمية بين البنوك أو عن طريق شبكة الاتصال بين البنوك و التي تسمى مشروع بوليرو Bolero Projet

[1]- أنظر د / خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2006 ، ص 67 .

و نتيجة ظهور طرق الدفع الالكترونية ، ظهرت مجموعة من الخدمات البنكية الالكترونية مثل خدمات التوكيل الالكتروني ، و خدمة الصراع الآلي ، وخدمة نقاط البيع ، وخدمة الحصول على الأعمال البنكية من المنزل أو المكتب .و التي يمكن الحصول عليها عن طريق الهاتف الذكي المزود بشاشة ، و خدمات المقاصة الالكتروني [1].

الفرع الثاني : تميز العقد الالكتروني عن العقود المبرمة عن بعد

يتميز العقد الالكتروني عن بقية العقود الأخرى أيضا بأنه عقد ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد ، و يقصد بالعقود المبرمة عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن مساعدة ،و هذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد ، و التي تتمثل في:

أولا : التعاقد الالكتروني و التعاقد عن طريق الهاتف.

إن التعبير عن الإرادة بواسطة الهاتف الاعتيادي يدخل ضمن التعبير عن الإرادة باللفظ حيث يعبر كل من الموجب و القابل عن إرادتهما بالكلام دون أن يكون بينهما وسيط يبلغ الكلام لطرف الآخر ، و إن التعاقد عن طريق الهاتف هو دائما تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان ما لم تفصل مدة الزمن بين صدور القبول و علم الموجب به ، لان كلا من الطرفين المتعاقدين يسمع كلام الآخر في نفس اللحظة التي يصدر فيها الكلام أي يتحقق التزامن و التعاصر في تبادل التعابير الإرادية بين الأطراف المتعاقدة ، و من هذه الناحية يشبه التعاقد عن طريق الهاتف مع التعاقد عبر خدمات شبكة الانترنت و خصوصا خدمة التخاطب في فضاء الانترنت حيث يتم تبادل التعابير الإرادية في الزمن الحقيقي و هي خدمة يتحقق من خلالها التواصل و التزامن في تبادل التعابير الإرادية .

و يختلف التعاقد الالكتروني عن التعاقد بواسطة الهاتف في كون شبكة الانترنت لا تقتصر خدماتها على نقل الصوت فقط و إنما توفر في نفس الوقت الصورة و الحركة و الكتابة أيضا بشكل آني و تفاعلي ، بل يمكن من خلالها إرسال ملفات النصوص و الصور، ومن ناحية أخرى الهاتف يعد وسيلة للاتصال و التفاهم بين طرفين أو ثلاثة أطراف فقط في حين التعاقد الالكتروني قد يكون متاحا لعدد غير محدود و ليشترط فيه التزامن في وجود الأشخاص على طرفي الاتصال [2] .

ثانيا : التعاقد الالكتروني و التعاقد عن طريق التلفاز .

[1]- أنظر د / خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع نفسه ، ص 55 .
[2]- أنظر : أ / أمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت ، دار وائل للنشر ، 2006 ، ص 76 -77 .

إذا كان التعاقد الالكتروني و التعاقد عن طريق التلفزيون يتشابهان في أن الرسالة المنقولة هي نفسها بالنسبة لكافة العملاء إذ تتم بالصوت و الصورة، إلا أن الإعلام في التعاقد عن طريق التلفزيون يكون عن طريق الإذاعة المرئية المسموعة، الجوهري في هذا الإعلام أنه وقتي يزول سريعا للحصول على مزيد من التفاصيل يكون من خلال الاتصال مع الشركة عن طريق الهاتف أو المينتبل أما الإعلام في التعاقد الالكتروني فيظل قائما خلال أربعة و عشرين ساعة و يكون الاستعلام عن التفاصيل من خلال تصفح صفحات الموقع على الانترنت.

كما أنه في التعاقد عن طريق التلفزيون يتم إبلاغ القبول عبر الاتصال بالتلفزيون أو المينتبل ، أما العقد الالكتروني فان التعبير عن القبول يتم عبر التبادل الالكتروني للبيانات أو عن طريق البريد الالكتروني أو بالضبط على عبارة الموافقة عن طريق لوحة مفتاح الكمبيوتر الخاص بالعميل أو بأية وسيلة أخرى من وسائل التعبير الالكتروني عن القبول .

إلا أن الفارق الجوهري يكمن في أن البث يتم من جانب واحد في حالة التعاقد عن طريق التلفزيون فلا توجد إمكانية للتجاوب أو لأية مبادرة من جانب العميل و ذلك على عكس العقد الالكتروني الذي يتصف بصفة التفاعلية من جانب العميل أي يكون هناك نوع من التبادل بين الطرفين و صفة التفاعلية هذه تسمح بحضور افتراضي متعاصر بين أطراف التعاقد، كما تسمح بتسليم بعض الأشياء تسليما معنويا أو أداء بعض الخدمات فورا على الشبكة، و تسمح كذلك بالوفاء الالكتروني عن طريق وسائل الدفع الالكتروني [1] .

ثالثا : التعاقد عن طريق الفاكس و التلكس

أوضحت الفقرة 1 من المادة 2 من قانون الاونسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية أن الفاكس يعتبر أحد الوسائل التي يمكن استخدامها لإنشاء أو إرسال أو استلام أو تخزين رسالة بيانات ويعتبر الفاكس من الوسائل التي يمكن استخدامها في إبرام العقود عن بعد و هو جهاز نقل المستندات و الصور و يطلق عليه الاستنساخ عن بعد و يمكن أن ينعقد العقد عبر هـ ، فعلى المتعاقد أن يدون رغبته في التعاقد في رسالة مكتوبة ثم يرسلها بالفاكس فتصل هذه الرسالة مستنسخة طبقا لأصلها إلى المتعاقد

[1]- أنظر : د / خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 68-69 .

الآخر الذي يملك بدوره هو الآخر جهاز فاكس [1] ، مما يعني أن التعاقد بالفاكس يكون التعبير فيه عن إرادة التعاقد كتابة [2] .

أما التلكس فهو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها و إرسالها مباشرة فلا يوجد فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات و استقبالها إلا إذا لم يكن هناك من يرد على المعلومات لحظة إرسالها [3] .

كما أن الإيجاب عن طريق الفاكس و التلكس يكون موجها لشخص بعينه أو لجهة معينة مما يجعله إيجابا خاصا و بهذا يختلف التعاقد من خلال الفاكس و التلكس عن التعاقد عبر شبكة الانترنت من خلال الخدمات المتغيرة و المتطورة بتطور الشبكة نفسها و التي تمكن مستخدميها من تصفح ما بها من أجل الوصول إلى معلومات معينة و إبرام ما يشاءون من عقود من المواقع التي تعرض منتجاتها على الشبكة مما يجعل الإيجاب في بعض الحالات على شبكة الانترنت عاما [4] .

[1]- أنظر د / العطار محمد حسن ، البيع عبر شبكة الانترنت ، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 28 .

[2]- أنظر / لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الالكتروني ، – رسالة مجستير في القانون لكلية دار الدراسات العليا ، جامعة نابلس ، فلسطين ، 2008 ، ص : 32.

[3]- أنظر : د / محمد أمين الرومي ـ التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ـ الطبعة الأولى دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 ،ص : 15.

[4]- مح أنظر / لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق .

الفصل الأول

مرحلة تكوين العقد الإلكتروني

الفصل الأول : مرحلة تكوين العقد الالكتروني

تتزايد أهمية التفاوض في مجال المعلوماتية ، و غالبا ما يسبق إبرام العقد الالكتروني ، و لا سيما العقود المهمة ، و التي قد تنصب على معاملات ذات طبيعة تقنية أو اقتصادية كبيرة ، و يعتبر التفاوض مقدمة للإيجاب ، بحيث يمكن القول بأنه إذا كان الإيجاب يمثل خطوة إلى العقد ، فإن التفاوض يمثل خطوة إلى الإيجاب، و ينعقد العقد الالكتروني عن بعد دون حضور مادي للمتعاقدين ، و يتم التعبير عن الإرادة عبر تقنيات الاتصال عن بعد ، و لكي ينعقد العقد الالكتروني فلا بد من تلاقي الإرادتين بأن يصدر الإيجاب أولا ، تم يعقبه القبول[1]

وسوف نقسم هذا الفصل إلى مبحثين : نتناول في الأول مرحلة ما قبل التعاقد في العقد الالكتروني و نبين في الثاني مرحلة التعاقد في العقد الالكتروني .

المبحث الأول : مرحلة ما قبل التعاقد في العقد الالكتروني

عادة ما يمر أي عقد قبل انعقاده بفترة أولية تسمى " الفترة قبل العقدية " يكون خلالها في طور التكوين، و تبدأ هذه الفترة عادة منذ اللحظة التي يعلن فيها أحد الطريفين عن رغبته في التعاقد إلى الطرف الآخر و تنتهي في اللحظة التي ينعقد فيها العقد تماما و يدخل في الطور التنفيذ و يختلف مضمون الفترة قبل العقدية باختلاف نوع العقد الذي يتم إبرامه ، فإذا كان العقد يتم دون تفاوض فانه يمر بمرحلة واحدة هي مرحلة إبرام العقد ، أما إذا كان يسبقه تفاوض فانه يمر بمرحلتين مرحلة التفاوض على العقد ، ثم مرحلة إبرام العقد مع العلم بإمكانية انعقاد العقد دون المرور بالتفاوض[2]

[1]- أنظر : د / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 94.

[2] - أنظر / محمود عبد العزيز المرسي : الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ، ذو الطابع التعاقدي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، دون مكان نشر،2005 ص7.

المطلب الأول : مفهوم التفاوض في العقد الالكتروني

إذا كان موضوع دراستنا يتحدد ، بمرحلة المفاوضات ما قبل العقدية في العقود الالكترونية ، فمن المعروف أن هذه المرحلة هي بصفة عامة مرحلة الإعداد و التحضير للعقد المرتقب، فهي المرحلة التي تسبق إبرام العقد و تمهد له .

و نظرا لحداثة موضوع المفاوضات في العقود الالكترونية ، و نظرا لعدم وجود نصوص قانونية خاصة ، تنظم مرحلة المفاوضات ، فانه لا يوجد في الفقه تعريف شامل مانع للمفاوضات ، و لكن توجد عدة تعاريف متعددة و متنوعة بتنوع موضوع المفاوضات ، و حتى نستطيع تعريف المفاوضات يجدر بنا أن نبدأ أولا ، بيان المعني اللغوي للمفاوضات ، ثم نقف على معناه في الاصطلاح القانوني ، و لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، أولا نعرف التفاوض ، ثانيا عناصره .

الفرع الأول : تعريف التفاوض في العقد الالكتروني

جرت العادة على أن يتخذ التفاوض بعدا سياسيا باعتباره مصطلحا متداولا بكثرة في الوسط السياسي، لكن هذا لا يمنع من أن التفاوض يفرض نفسه في جميع المجالات ، إذا وقبل التطرق لمعنى التفاوض في الاصطلاح القانوني يستحسن بنا بيان المعنى اللغوي للتفاوض.

إن معنى المفاوضة في اللغة العربية : هي المساواة و المشاركة، فاوضه في أمره أي جاراه ، وتفاوضوا الحديث أخذوا فيه و تفاوض القوم في الأمر أي فاوض فيه بعضهم بعض، و في حديث معاوية قال لدغفل بن حنظله : بم ضبطت ما أرى؟ قال : بمفاوضة العلماء ؟ قال : و ما مفاوضة العلماء ؟ كنت إذا لقيت عالما أخذت ما عنده و أعطيته ما عندي [1].

[1]- أنظر : قندوسي سعاد ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ، كلية الحقوق ، 2014-2015 ، ص 8 .

أمـــا أصـــل كلمـــة التفـــاوض في اللغـــة اللاتينيـــة (Négociation) و يـــراد فهـــا في اللغـــة الفرنسية كلمـة (Négociation) و هـي تتضـمن سلسـلة مـن المحـادثات و تبـادل وجهـات النظـر بـين الطـرفين بهـدف الوصـول إلى اتفـاق ، و قـد أصـبح التفـاوض علمـا قائمـا بذاتـه لـه أصـوله و قواعـده و مناهجـه باعتبـاره مـن العلـوم الاجتماعيـة مـرتبط مـع غـيره مـن العلـوم الإنسـانية و قـد صـدرت بشـأنه عـدة مؤلفات [1] .

أما بالنسبة لمفهوم التفاوض ، في الاصطلاح القانوني ، فتم عدة محاولات من جانب الفقه لضـبط تعريـف التفـاوض فالعميـد Carbonier : يعـرف التفـاوض بأنـه " تلـك المرحلـة التمهيديـة الـتي يـتم فيهـا دراسـة و مناقشـة شـروط العقـد و في هـذه المرحلـة لا يكـون العقـد قـد تم بـل لـيس هنـاك إيجـاب بالعقد تم قبوله و إنما هناك فحسب عروض و عروض مضادة [2] .

وعرفه Cedras بأنه إجراء محادثات من أجل التوصل إلى اتفاق[3] .

أمـا الاسـتاد Le tourneau اعتـبر أن التفـاوض يتضـمن اقتراحـات و اقتراحـات مضـادة ،فيهـا يكـون الانفتـاح و الانسـحاب و فـترات ترتفـع الهمـة و أخـرى تفـتر فيهـا لـذا فإنـه اعتـبر التفـاوض يمثـل اللعبة بامتياز « Jeu par excellence » .

أمـا بالنسـبة للفقـه العـربي فقـد عـرف الـدكتور إبـراهيم دسـوقي التفـاوض بأنـه "يسـفر عـن وضـع ملامح محددة للعقد الذي يرمي المتعاقدان إلى توقيعه " [4] .

---

[1]- أنظر : قندوسي سعاد ، المرجع السابق ، ص 8 .

[2]- أنظر : قندوسي سعاد ، المرجع نفسه ، ص 8 .

[3]- أنظر :. *J.CEDRAS , l'Obligation de négocier , RTD . Com , 1998 , Page4* -

[4]- أنظر :محمد إبراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض ، دون سنة نشر ، ص 30.

أما الدكتور محمد على جود فقد اعتبر أن المفاوضات هي " حوار يجري بين متعاقدين احتماليين من اجل البحث عن إمكانية إيجاد توافق الإرادات تجاه الحقوق و الالتزامات التي تمثل محل العقد " [1] .

كما عرفه الدكتور حسام الدين كامل الاهوانى بأنه " تبادل الاقتراحات والمساومات و المكاتبات و التقارير و الدراسات الفنية بل و الاستشارات القانونية التي يتبادلها أطراف التفاوض ليكون كل منهما على بينه من أفضل الأشكال القانونية التي تحقق مصلحة الأطراف " [2] .

و يمكن من خلال هذه المفاهيم أن نقترح تعريفا للتفاوض فهو وسيلة يلتجئ إليها كل من يرغب في التعاقد ويتم بالتقاء بين شخصين أو أكثر بطريق مباشر أو غير مباشر بغرض تبادل الاقتراحات و العروض و بذل المساعي المشتركة بهدف التوصل إلى تصور مشترك حول عقد معين تمهيدا لإبرامه في المستقبل ، إذ يمكن من خلال هذا التعريف أن نبرز أهم خصائص التفاوض :

فالتفاوض على العقد ثنائي الجانب على الأقل فهو لا يتحقق إلا بحدوث نوع من الاتصال بين شخصين أو أكثر ، فالتفاوض يقوم على التفاعل و التعاون و المشاركة ، فإذا كان من الممكن تصور حدوث تعاقد مع النفس (contrat avec soi-même) أي أن يقوم شخص بإبرام العقد عن طريق تبادل الإيجاب و القبول مع نفسه نيابة عن الطرفين أو أصيلا عن نفسه و نيابة عن أحد الطرفين [3] . فانه لا يمكن تصور حدوث تفاوض مع النفس (négociation avec soi-même) فالتفاوض يقوم على أساس التقريب بين وجهات النظر المختلفة و التوفيق بين المصالح المتعارضة للأطراف .

التفاوض على العقد تصرف إرادي لا مجال فيه للإجبار أو الإكراه فالتفاوض لا يحدث إلا عندما تتجه إرادة الطرفين إلى الدخول في التفاوض بهدف إبرام عقد معين .

كما أن التفاوض يتم باتفاق الطرفين سواء كان هذا الاتفاق صريحا أو ضمنيا ، مكتوب أو شفويا، فالحقيقة التي ليس فيها التفاوض لا يتم بالصدفة ، فهو يختلف عن الأعمال التي تقوم فجأة

---

[1]- أنظر : محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها ، إبرامها ، تنفيذها) ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، 1997 ، ص 45 .

[2]- أنظر : حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزام ، (المصادر الإرادية للالتزام) ، المجلد الأول ط 3 (دون مكان و سنة نشر) ، القاهرة ، ص 97 .

[3]- أنظر : محمد صبري سعدي ، شرح القانون المدني ، الجزائري ، ج 1 (مصادر الالتزام ، التصرف القانوني للعقد و الإرادة المنفردة) الطبعة الأولى ، دار الهدى ، عين مليلة ، 1992-1993 ، ص153 .

مثال ذلك حوادث الطريق ،كشخص الذي يصدم بسيارته أحد المارة لم تكن بينه و بين المصاب أية علاقة من قبل و دون أن تكون لإرادتهما أي دخل فيما حدث .

الخاصية الأخرى للتفاوض أن مرحلة التفاوض يهيمن عليها مبدأ حرية التعاقد ، فالتفاوض إما أن يكلل بالنجاح و يبرم العقد أو أن ينتهي بالفشل و عدم إبرام العقد ، و لذا فانا أصل كلمة "يفاوض" في اللاتينية أي (Négotitume) و هي تتكون من مقطعين ، المقطع الأول هو (Neg) معناه (عدم) و مقطع (Otitum) معناه (الراحة) أي أن المتفاوض يكون على غير راحة حتى يصل إلى اتفاق ، وهذا ما يفسر لجوء المتفاوضين إلى إفراغ اتفاقيات أثناء مرحلة التفاوض في محرر مكتوب .

أما الخاصية الأساسية التي تميز التفاوض على العقد ، إن التفاوض يعتبر مرحلة تمهد لإبرام العقد ، و يجوز القول أن التفاوض يمثل المرحلة الجنينية للعقد (La période embryonnaire du contrat) و الجدير بالذكر أن التفاوض لا يتعلق بجميع أنواع العقود ، فهناك عقود لا تستوجب مرحلة تفاوض سابقة لإبرامها ، حيث يتم من خلالها التلاقي الحيني بين الإيجاب و القبول ، فهي على حد تعبير أحد الفقهاء من فئة العقود التي تبرم من أول نظرة [1] ، و أشهرها تلك العقود المتداولة في الحياة اليومية [2] ومن أمثلتها كشراء الخبز أو الجريدة .

كما أن هناك عقود لا تسمح بطبيعتها بالتفاوض ، أي أن التفاوض بشأنها مستبعد تماما ، لأن تحديد شروط العقد فيها خاضع إلى مطلق إرادة أحد الطرفين و لا يسع للمتعاقد الآخر إلا الادعان لبنود العقد و قد اصطلح الفقه على تسميتها " بعقود الاذعان "[3] .

فحسب رأي الدكتور محمد حسين عبد العال " إن عدم التفاوض في هذه العقود يكمن في الحظر الذي يفرضه أحد المتعاقدين على الآخر ، ذلك الحظر الذي يؤدي إلى ادعان

[1]- أنظر: J.M.Mousseron ,la durée dans la formation du contrat ,Mélanges Jauffret , L.G.D. J Paris , 1974 , page 509.

[2]- أنظر: F.TERRE , Ph .SIMLER et y. LEQUETTE , Droit Civil , les obligations , 8éd, Dalloz , Paris , 2002 , Page 81.

[3]- أنظر : C.LARROUMET , Droit Civil , les Obligations , le Contrat , T 3 , Economie, 3éme édit, Paris , 1996 , Page 44.

المتعاقد، ولذا فان مراعاة الدقة تقتضي القول بأن الإدعان ليس دائما وليد لانعدام المفاوضات و إنما هو كنتيجة لحظرها"[1] .

الفرع الثاني : عناصر التفاوض في العقد الالكتروني

يتبادل أطراف التفاوض إراداتهم خلال مرحلة المفاوضات من خلال رسائل البيانات التي تبادلها عبر الانترنت التي تسمى بمسميان لا حصر لها ، مثل مذكرة تفاهم خطابات النوايا خطاب الراحة، المراسلات التمهيدية ، و غيرها من المصطلحات ، هذه الرسائل المتبادلة تأخذ عدة أشكال فإما أن تكون موقعا عليها ، أو إتفاقا مبدئيا موقعا عليه من الطرفين ، لابد لهذه الرسائل أن تتوافر فيها الخصائص الثلاث الرئيسية التالية [2] :

1- **بيان الاحتياجات الأساسية** : من قبل العميل إلى المدين بوضوح و دقة تامة ليتمكن المدين منالوصول إلى الهدف الأساسي . و الغاية التي يسعى لها العميل ، ذلك كله بأن يكون ضمن الأمور الاعتبارية و المؤلفة، أما في حالة خروج ذلك عن القواعد العامة ، فيتوجب على العميل بيان هذه الأمور ليتم التفاوض بناءا عليها، لأنها ضرورة من ضروريات العقد . تبرز هذه الحالة بالنسبة للعقود المبرمة على الحقوق المعنوية ، لأن المدين يكون على علم و دراية أكثر من العميل الذي يريد تحقيق مراده من هذا التصرف دون إعطاء أية أهمية للأسباب و الوسائل المستخدمة .

2- **التفاوض من خلال صفحة البيانات** : التي تكون ظاهرة على شاشة الحاسب و المتضمنة للشروط التي يرغب كل طرف من الأطراف توافرها في محل التزامه ، لتحديد رغبات وأهدافه بدقة وتحديد السبل المقترحة لتحقيق الغاية الأساسية من محل الالتزام .

و بخلاف ذلك فان المدين "المورد" يتحمل المسؤولية المترقبة على عدم توضيح البيانات وأنه كان سيء النية من قبل ، إلا أن العميل لا يكون خارج نطاق المسؤولية بل بتوجب عليه التقارب وبذل الجهد في الوصول لتحقيق غايته بتقديمه كافة البيانات الأساسية و الضرورية التي تساعد المدين من تقديم محل العقد و الوصول إلى عقد صحيح منتج لكافة أثاره القانونية .

[1]- أنظر : سعاد قندوسي ، المرجع السابق ، ص 21 .
[2]- أنظر : د / هاني صلاح سري الذين : المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 ص 12 ، 13.

3- إرسال رسائل البيانات : المتضمنة عروض التفاوض التي يتم من خلالها التعاقد أو التفاوض إلى حين الانتهاء من إبرام العقد ، و تظهر أهمية هذه الرسائل أو العروض في التعاقدات التي يكون محلها كبيرا و المقترنة بتقديم تسهيلات بالنسبة لطرفي العقد ، من خلال تقديم أسلوب طرح سهل للجمهور و تلقى عروض مختلفة يشأن العرض المطروح .

فا لدعوة الخاصة للتفاوض يجب أن تتضمن بيانات واضحة مفهومة للكافة لايكتنفها أي غموض قد يؤدي للبس في المستقبل ، سواء من حيث تعيين موعد التقدم بالعرض و العناصر والمواصفات والشروط الأساسية ليقوم التفاوض على أسس صحيحة و واضحة بعيدة عن الغموض[1].

[1]- نظر د / محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة و النشر و التوزيع ، عمان ، 2006 ، ص 49.

المطلب الثاني : أهمية التفاوض في العقد الالكتروني

إن التفاوض الالكتروني من شأنه أن يدلل الصعوبات التي تتمثل في التعقيدات القانونية و الفنية التي قد يتعرض لها طرفي العقد ، حيث أنها تحد من المخاطر الجسيمة التي من الممكن أن تواجه العقد في إتمامه و انعقاده على اعتباره أن العقد الالكتروني ينعقد دون الحضور المادي للأطراف فان اللجوء إلى التفاوض من شأنه الحد من الإشكالات القانونية التي من الممكن أن تظهر مستقبلا [1] . و للدور الفعال للمفاوضات في عملية إبرام العقود الدولية فهو يكتسي أهمية موضوعية كبيرة .

مما استوجب علينا دراسة أهمية التفاوض القانونية في الفرع الأول و الأهمية الاقتصادية في الفرع الثاني[2].

الفرع الأول : الأهمية القانونية للمفاوضات

إن التفاوض له أهمية عامة كونه نظام سلوكي يومي و تختلف أهميته باختلاف المجال والمصلحة، لارتباط التفاوض بعقود التجارة الدولية جعل له أهمية أكثر من تلك المفاوضات الواردة بالعقود المحلية أو الوطنية و قد يجهل البعض أهمية المفاوضات على إبرام عقود التجارة الدولية ، إذا تعكس مدى حسن النية عند الأطراف، و تعميمهم على إنهاء الصفقة أو القضية المزعم التفاوض عليها، كما تجد هذه الأهمية في اتفاق الطرفين المتعاقدين أو ما يسعى بإرادتهما بشأن جزئيات العقد الدولي ذو طابع تجاري كتحديد نوع الآلة أو الجهاز المراد بيعه أو شراؤه و كيفية استعماله ، أو تركيب المادة أو طريقة التعليب و التبريد و مزج السوائل، وغير ذلك من الأسرار الصناعية قبل إبرام العقد التجاري، كما يتوقف عليها نجاح العقد أو فشله، و لذلك تتطلب بأن يسبق افتتاح هذه العملية معرفة فن المفاوضات، و معرفة أسس نجاحها، و بدون ذلك لن يتحقق التوازن العقدي و حسن صياغة العقد .

فانتشار العقود النموذجية جعل التفاوض أمرا يرجع به إلى الماضي، و لكن الحقيقة أن تبادل النماذج العقدية بين الطرفين يعتبر تفاوضا بينهما بطريقة الكتابة و أن مبدأ حرية التعاقد قد يتبع مبدأ حرية التفاوض إن العقود التي تسبقها المفاوضات لا يتوقف قيام العقد على مشيئة أحد المتعاقدين بل

[1]- أنظر / فارس فتيحة ، غوني ابتسام ، كروش ليندة ، عقود التجارة الالكترونية أمام قضاء التحكيم الدولي ، مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس جامعة سعيدة ،كلية العلوم القانونية و الإدارية ، 2008-2009 ،ص 25 .

[2]- أنظر قندوسي سعاد ، مرجع سابق ، ص 12.

على مشيئتهما معا و إدارة عملية المفاوضات لها دور في الحد من المنازعات في المستقبل، كما تتجلى أهمية التفاوض في تفسير العقد و الوقوف على مقاصد الأطراف عند غموض عبارات العقد فالقاضي يلجأ في تفسيره للعقد لعوامل داخلية كالعقد نفسه و في حالة تخلف هذا الأخير يمكنه الرجوع إلى مرحلة المفاوضات، حيث توجد اتفاقات تمهيدية يبرهما المتفاوضون يحددون من خلالها أهداف التفاوض، وهذا ما ذهبت إليه اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع المؤرخة في 11 أفريل1980 في المادة 3/8 إلى إمكانية الاستناد إلى المباحثات عند تحديد مقاصد الأطراف[1] ، و المتفاوض يدخل أيضا في إبطال العقد لعدم احترام المتعاقدين لواجب حسن النية المفروض عليهم إتباعه خلال هذه المرحلة و عليه اعتبار مرحلة التفاوض هي مرحلة التي فيها يوضع الأساس الذي يقوم عليه بناء العقد فيما بعد و من ثم فأي خلل فيها قد يؤدي إلى انهيار العقد بينما يؤدي خلو هذا الأساس من أسباب البطلان الضمان إلى قيام عقد سليم لا يثير مشكلات في التنفيذ ، إذا أن العقود التي تستوجب التفاوض هي عقود يعتبر فيها عامل المدة عنصرا فعالا و مؤثرا على تكوين العقد ، حيث يساعد على إنجاحها لما يوفره من فرصة التمعن و التفكير لدى الأطراف المتفاوضة حتى يمكنهم من الإعداد لإبرام عقد يتلاءم مع مصالحهم ،فالتفاوض يلعب دورا وقائيا بالنسبة لمرحلة إبرام العقد إذ يحمي الأطراف من عيوب الرضي لأنه يتيح لهم دراسة تفاصيل العقد و التفطن إلى عيوب الرضا لما يوفره من فرص الاطلاع على المعلومات الضرورية لنشأة إرادة سليمة و تحتل المفاوضات في التجارة الدولية دورا هاما نظرا للطبيعة لعقود لدى الدول حيث تحكمها مجموعة من الأعراف و العادات الدولية التي ألزم التجار أنفسهم بها « L'exmercatoria و تقوم على تبني كامل لفكرة الحرية التعاقدية و هي كل أمر قابل للتفاوض و عمليا تبرز أهمية التفاوض في مجال التجارة الدولية في مجموعة العقود المركبة التي ظهرت نتيجة للتطور الاقتصادي العالمي و مقتضيات السوق فهذه العقود تحتاج إلى تفاوض بشأنها قبل إبرامها و من بينها عقود التعاون بين الشركات، و تكتمل أهمية التفاوض من جهة أخرى في الوقاية من أسباب النزاع حيث يرى البعض من الفقهاء أن مفاوضات ما قبل التعاقد تلعب دورا وقائيا سواء أسفرت على إبرام العقد أو عدم إبرامه، فالمفاوضات الجيدة تكون خير ضمان لقيام عقد لا تثور

[1]- أنظر : د / رجب كريم عبد الله ، التفاوض على العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000 ، بند 71 ، ص 53-54

منازعات بصدد تنفيذه و فشل المفاوضات بعد تبيين كل طرف لحقيقة الوضع يقي من إبرام عقد يفتح باب النزاع [1] .

الفرع الثاني : الأهمية الاقتصادية للمفاوضات في العقد الالكتروني

و بالعودة إلى أهميته الاقتصادية فالتفاوض يعد وسيلة فعالة لإعادة التوازن العقدي عند ظروف غير متوقعة تؤدي إلى اختلال الاداءات الاقتصادية التي نصت على التفاوض، في حالة تغيير الظروف « Hard Chip »،وهذا ما جاءت به المبادئ المتعلقة بعقود التجارة الدولية التي أقرها معهد In Droit 1993 وقد جاء في الفقرة 2 من هذا المبدأ (أنه في حالة شرط الصعوبة " تغير الظروف " يكون للطرف المتضرر طلب إعادة فتح باب المفاوضات و يجب أن يقدم الطلب دون تأخير و أن يكون مسببا) فالتفاوض يلعب عدة أدوار في التجارة الدولية فهو لم يعد ينحصر فقط في الحصول على المواد المنتجة أو البحث عن أسواق لتصريف المنتجات، و إنما هو أوسع و أشمل حيث يمتد ليشمل الجوانب المالية و التقنية و العلمية، و بعد تحديد معالم وجوانب الأهداف و نقاطها عنصر مهم في إعطاء قيمة أو تحديد مدى أهمية هذه المفاوضات حيث يجب الاعتماد في تحديد الأهداف العملية للتفاوض على تحديد معايير الأهداف من عملية التفاوض و مراعاة أهداف الطرف الآخر في التفاوض و تعيين أهداف و ترتيبها ومراجعتها و جعلها قابلة للقياس المحافظة على سريتها و لتفاوض هدفين رئيسيين هو الوصول للاتفاق يرضي عنه طرفي النزاع و تحسين التعاون و تحسين فعالية الاعتماد بين المتفاوضين، و عدم الإضرار بالحد الأدنى من ذلك التعاون ، و بلوغ المفاوضات الجيد و يجب التركيز على ثلاثة أهداف رئيسية في العقد و هي وضع في صياغة قانونية خاصة ، تحقيق نوع من الموازنة بين الحقوق و الالتزامات المتبادلة و التهرب من طرف تسوية النزاعات بشكل غير فاعل و غير عادل [2] ، إن المفاوضات التجارية لا تنحصر فقط على الحصول على المواد المنتجة أو البحث عن الأسواق لتصريف المنتجات، و إنما هي أوسع و أشمل من ذلك حيث تمتد لتشمل الجوانب المالية و التقنية و العلمية، و نعني بذلك أن المؤسسة في حالة حاجتها إلى مصادر لتمويل، فإنها تدخل في مفاوضات مع المصارف أو البنوك أو المؤسسات المالية من أجل الحصول على الأموال اللازمة لغرض تسديد التزامات تستحق الدفع

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 56.
[2]. - أنظر : أ.د / محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ، ص 65

في وقت، أو لغرض مواجهة العمليات الاستثمارية التي تنوي القيام بها و التي تتطلب أموال كبيرة تتجاوز طاقة المؤسسة في الوقت الحاضر، إن كل هذه المفاوضات سواء كانت ذات طابع صناعي أو تجاري أو مالي أو عملي، فإنها تحتاج إلى دراسات عميقة و دقيقة إذ أن لنتائج هذه المفاوضات أثار كبيرة تحدد و تؤثر على مستقبل هذه المؤسسة أو تلك ، ولهذا فانه من الضروري تحديد الأهداف التي تسعى لها أي مؤسسة كانت عند دخولها في المفاوضات تجارية مهما كانت حجمها أو طبيعة نشاطها أو موقعها في المفاوضات و ذلك لتفادي المشاكل التي يمكن أن تظهر في المستقبل.

المطلب الثالث : طبيعة المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات

إذا قام أحد أطراف التفاوض بسلوك معين، و اخل بمبدأ حسن النية أو اخل بأحد الالتزامات المتفرعة عن هذا المبدأ فأنه يكون سلوكه هذا مخطئ و مسؤولا كما سببه من ضرر للطرف الآخر، و إذا كان لابد من أن يعاقب المتفاوض مدنيا عن خطأه، فان السؤال الذي يطرح نفسه هو ما طبيعة المسؤولية التي تقع على عائق المتفاوض ؟ هل هي مسؤولية تقصيريه أم مسؤولية عقدية ؟

للإجابة على هذا التساؤل سوف نتطرق إلى الاتجاهات الفقهية في طبيعة المسؤولية السابقة على التعاقد.

الفرع الأول : نظرية المسؤولية العقدية عن الخطأ قبل التعاقدي .

ثار خلاف كبير بين الفقهاء حول هذه المسألة .

إذ يرى انصار هذا الاتجاه أنها مسؤولية عقدية و أهم أنصاره الفقيه (أهرنج) و قد يرى أسس فكرته على نظرية " الخطأ عند تكوين العقد" [1] ، إذ يرى أن الخطأ في الفترة السابقة على التعاقد و سواء ترتب عليه عدم انعقاد العقد أم أدى إلى بطلان هذا العقد هو خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية على عاتق مرتكبه بتعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر و يستخلص اهرنج في ضوء ذلك أن العقد بالرغم من بطلانه ينشئ التزاما بالتعويض كعقد لا كواقعة مادية و بذلك فان دعوى التعويض تستند إلى دعوى العقد ذاتها و ينحصر الخطأ العقدي في نظر أهرنج في إقدام المتعاقد الذي أتى سبب البطلان من جهته على التعاقد و كان واجبا عليه أن يعلم بذلك، و حتى لو فرض أنه كان لا يعلم بسبب البطلان، فمن العدل أن يتحمل الضرر الذي أصاب المتعاقد الآخر حسن النية، بمعنى أن الخطأ عند أهرنج هو وجود سبب البطلان في جانب أحد المتعاقدين مما يتعين معه تعويض المتعاقد الأخر.

و أما عن تكييف أهرنج لهذا الخطأ بأنه عقدي على الرغم من عدم إبرام العقد أو بطلانه فانه يستند إلى افتراض وجود عقد ضمني مقترن بكل تعاقد، بمقتضاه يتعهد كل شخص مقدم على التعاقد للطرف الآخر بصحة التصرف و بأن لا يقوم من جانبه سبب يوجب بطلان العقد و بذلك يكون رضاء المتعاقد الآخر في الوقت نفسه أيضا قبولا ضمنيا لهذا التعهد فيتم عقد الضمان بإيجاب و قبول ضمنيين [2] .

[1]- أنظر : د / حلمي بهجت بدوي ، أثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون و الاقتصاد ، صادرة عن جامعة القاهرة ، السنة الثالثة ، رقم 11 ، ص 386 .

[2]- أنظر : د / جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981 ص 361

و قال أهرنج إن التصرف القانوني (العقد) الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات هو عبارة عن عقد ضمني بين المتفاوضين يلتزم بمقتضاه كل واحد من المتفاوضين تجاه الآخر بأن يجعله في وضع يسمح له بإبرام العقد محل التفاوض، كما يلتزم في الوقت ذاته بالامتناع عن أي عمل من شأنه إعاقة عملية إبرام العقد فإذا قطع المفاوضات دون عذر مشروع يكون قد أخل بالالتزام الذي يفرضه عليه العقد الضمني و بالتالي يسأل مسؤولية عقدية عن تعويض الضرر الذي لحق الطرف الآخر [1] .

و أما الكيفية التي نشأ بها العقد الضمني حسب رأي أهرنج فهي :

أن الإيجاب الصادر من أحد المتفاوضين يتحلل إلى ايجابين الأول موضوعه العقد الذي يجري التفاوض بشأنه، أما الإيجاب الثاني فموضوعه عدم إعاقة إبرام هذا العقد، و لما كان هذا الإيجاب الأخير يتمخض لمصلحة الموجب له فان مجرد سكوته يعد قبولا يقوم به العقد الضمني [2] .

إلا أن هذا الرأي منتقد، فهو يقوم على مجرد الافتراض، و ذلك لان أي عقد لكي ينشأ لابد أن تنصرف إليه الإرادة بشكل صريح و بات هذا من جهة و من جهة أخرى فان المتعاقد عندما يعلن عن إرادته فهو يستهدف إبرام العقد الذي يجري التفاوض بشأنه و لا يخطر في باله إبرام عقد آخر (العقد الضمني الذي يفرض عليه التزام بعدم إعاقة إبرام العقد) ثم أن العقد الضمني يرتب الالتزام بعدم إعاقة إبرام العقد منذ لحظة الإيجاب و من باب مفهوم المخالفة فان المتفاوض حر في قطع المفاوضات قبل توجيه الإيجاب .

و قد ظهر إلى جانب رأي اهرنج رأي آخر في تفسير نشوء التصرف القانوني الذي يضفي الطبيعة العقدية على المفاوضات، و حسب هذا الرأي فان المفاوضات تتشابك ابتداء بناء على دعوى يتم قبولها، وهذا الاتفاق الأول هو المصدر المباشر للضمان المتبادل في مرحلة المفاوضات، ذلك أنه ينطوي على شرط ضمني بمقتضاه يتعهد كل متفاوض قبل الآخر بأن يستمر في المفاوضات و أن لا يقوم بقطعها تعسفا حتى يتحقق الغرض النهائي منها و الالتزام بتعويض المتفاوض الآخر عن فوات هذا الغرض[3] ، و هذا الرأي انتقد أيضا لأنه يغفل حقيقة العقد و هي أن هذا الأخير لا يبرم إلا

[1]- أنظر : د / سعد حسين الحلبوسي ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام ، الضرورات العلمية، الطبعة الأولى بدون دار و سنة نشر ، بغداد ، ص 37 .
[2]- أنظر : د / سعد حسين الحلبوسي ، المرجع نفسه ، ص 38.
[3]- أنظر : د / سعد حسين الحلبوسي ، المرجع نفسه ، ص 39

بتلاقي إرادة الأطراف بشكل بات لا لبس فيه فلا يجوز افتراض العقد أو فرضه، كما أن قبول الدعوة إلى التفاوض لا ينشأ اتفاق يكون مصدرا للالتزام بالضمان لان الإرادة لم تنصرف إلى أحداث مثل هذا الأثر القانوني (الالتزام بالضمان) [1] . و من الجدير بالإشارة إلى أن هناك نظريات أخرى طرحها الفقه في بيان أساس المسؤولية العقدية الناتجة عن الخطأ قبل التعاقدي و من أهمها نظرية الوكالة التي نادي بها الفقيه (شورل) الذي ذهب إلى أن كل عقد يقترن بمجرد الدعوة إلى إبرامه بتوكيل ضمني للطرف الآخر باتخاذ الإجراءات اللازمة لإبرام هذا العقد و من ثم يلتزم الموجب إذا لم يتم العقد بتعويض الطرف الآخر عن المصروفات التي أنفقها على أساس أحكام الوكالة و من ثم فان مسؤوليته في هذا الصدد مسؤولية عقدية.

و كذلك تقترب من هذه النظرية أيضا نظرية الفضالة التي قال بها الفقيه (تون) الذي نادي بتأسيس أن من يوجه الدعوة إلى التعاقد دون أن يكون مالكا للشيء أو صاحب الحق، موضوع العقد و لا واثقا من الحصول عليه دون أن يخطر بذلك الطرف الآخر يعد فضوليا و من ثم يجب تعويض المتضرر على أساس استرداد ما اتفق بدعوى الفضالة [2] ، في الحقيقة و إن كانت النظرية التي أسسها (أهرنج) ما هي إلا نتيجة الظروف السائدة آنذاك إلا أنه يمكن الاعتراف و بكل صراحة أنه قد نجح في سد ثغرة من ثغرات القانون الروماني الذي كان ساريا في ألمانيا أنداك[3] ، إلا أنه لا يوجد مبرر للأخذ بها في الوقت الحاضر .

الفرع الثاني : نظرية المسؤولية التقصيرية عن الخطأ قبل التعاقدي

ذهب الكثير من الفقهاء إلى أن فكرة المسؤولية التقصيرية هي التي تحكم مرحلة التفاوض و تعد هي أسهل الوسائل و أيسرها تطبيقا على هده المرحلة لحجة مفادها أن أحكام هده المسؤولية هي وحدها التي تطبق عند عدم وجود عقد ، و حاول أنصار هدا الاتجاه تأسيس هذه النظرية على أساس فكرة التعسف ، ولكن يبدو أن التمسك بالتعسف أساس لهذه المسؤولية سيستوجب وجود حق يتعسف المتفاوض في استعماله وليس ثمة مثل هذا الحق ، هذا و إن هذه النظرية ظهرت عندما لم

[1]- أنظر : د / تزيه محمد صادق المهدي ، مرجع السابق ، ص 304 .
[2]- أنظر : د / محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الطبعة الأولى ، بدون مكان نشر ، القاهرة ، 1978 ، ص 132 .
[3]- أنظر : د / محمود جمال الدين زكي ، مرجع سابق ، ص 153 ، 154 .

يكتب لنظرية (الخطأ عند تكوين العقد) النجاح في الفقه المعاصر و كان تكييفها للخطأ السابق على التعاقد بأنه خطأ عقدي يثير المسؤولية العقدية لمرتكبه محل اعتراضات فمن ناحية أولى فإن هذه النظرية تجعل قيام سبب البطلان في جانب المتعاقد خطأ حتما رغم أن هذا

المتعاقد قد يكون جاهلا كل الجهل قيام سبب البطلان في جانبه فالخطأ هنا أقرب إلى فكرة تحمل التبعة، إلا يجب إثباته طبقا لقواعد الخطأ التقصيري و في الحالتين لن يكون خطأ عقديا، و من ناحية ثانية أن هذه النظرية تجعل الالتزام بالتعويض موضوع تعهد ثانوي يقترن بالتصرف الباطل و يبقى رغم بطلان هذا التصرف ليكون أساسا إراديا لتعويض الغير عن الضرر الناشئ عن البطلان و هي تفترض بذلك قيام تعهد بالصحة في جميع العقود دون أن يقوم دليل على ذلك : و من ناحية ثالثة حتى لو سلمنا بافتراض وجود هذا التعهد الثانوي بضمان صحة التصرف الأصلي، فلا شك أن بطلان التصرف الأصلي سيؤدي إلى بطلان هذا التعهد الثانوي أيضا فينعدم بذلك سند تكييف المسؤولية بأنها عقدية و إلا فان تجزئة البطلان في هذا الصدد والقول بأنه ينصرف إلى التعهد الأصلي فقط دون الثانوي هي تجزئة تحكمية غير مقبولة [1].

و أخيرا فانه حتى في الحالات التي يتضمن فيها القانون نصا خاصا يقرر المسؤولية القانونية بالتعويض عن بطلان العقد فان المسؤولية ستكون قائمة بحكم القانون لا على أساس التصرف الباطل[2] و في ضوء هذه الانتقادات نخلص إلى أن المسؤولية قبل التعاقدية الناشئة من الخطأ قبل التعاقدي هي مسؤولية تقصيرية تستوجب التعويض و من ثم يجب أن تستكمل دعوى التعويض هنا إثبات عناصر المسؤولية التقصيرية كافة من خطأ و ضرر و علاقة سببية ، و على هذا استقر الرأي السائد في الفقه الحديث لدى الشراح المصريين و على هذا الأساس فان المسؤولية التقصيرية للعقد في كل مرة يثبت فيها اقتران العدول عن التعاقد أو مصاحبة بطلان العقد الخطأ ارتكبه أحد الأطراف المتفاوضة و ألحق ضررا بالآخر ، و عليه فان الأعمال التحضيرية للعقد أو (مشروع العقد) التي تشمل مرحلة المفاوضة و مرحلة إبرامه لا تعدو أن تكون عملا ماديا ليس له أي أثر قانوني ، ادن أن هذه النظرية قد عدت مرحلة المفاوضات مجرد أعمال مادية ليست لها أي أثر قانوني أي لا ترتب أي التزام على طرفي

[1]- وهو ما ذهب إليه الفقه المصري من أن التفرقة بين العناصر الجوهرية للعقد و العناصر الثانوية و ربط كل عنصر بما يترتب عليه من أثر يكاد يكون مستحيلا، إذ ليس لتلك العناصر كم محدد فالعقد إما أن يكون صحيحا تترتب عليه كل أثاره و إما يكون باطلا فلا يترتب عليه أثره .
[2]- أنظر : د / جميل الشرقاوي ، مرجع سابق ، ص 262 .

التفاوض، فهي لا تلزمهم بضرورة التواصل إلى إبرام العقد محل التفاوض ، إلا إذا قام أحد الأطراف بارتكاب خطأ و نتج عنه ضرر لحق بالطرق الآخر فانه هنا تقوم المسؤولية التقصيرية عليه .

و هذه النظرية منتقدة أيضا لأنها تجاهلت بأن ثمة التزامات يمكن أن تنشأ في هذه المرحلة نابجة عن مبدأ حسن النية الذي يسيطر على هذه المرحلة [1] ، أو نابجة عن العديد من العقود التي قد تبرم بين أطراف التفاوض و يكون الغرض منها تنظيم عملية التفاوض و إسباغ الصفة العقدية على مجرياتها و أبعد من ذلك قد يتم توقيع عقد الاتفاق على التفاوض بحيث تصبح عملية التفاوض ذات صفة عقدية بحته .

و يري الفقه و القضاء الفرنسي أن هناك صورتين من التفاوض ، فإذا كان التفاوض مصحوبا باتفاق تفاوض فان المسؤولية عقدية و إذا لم يكن مصحوبا باتفاق تفاوض فان المسؤولية تقصيرية و قد حددت محكمة النقض الفرنسية الخطأ الذي يمثل العدول عن المفاوضات أو قطعها أو الانسحاب منها بالخطأ القائم على إرادة الإضرار أو الخطأ الذي يصاحبه سوء النية و ليس مجرد خطأ عادي .

إن الرأي الأرجح هو الرأي الثاني الذي اعتبر المفاوضات أعمالا مادية غير ملزمة و لا يترتب عنها أي أثر قانوني و منه فان العدول عنها لا يرتب أي مسؤولية إلا إذا كان مصحوبا بتعسف أو سوء النية و يكون عبء إثباته على المتضرر ، في حين تكمن الصعوبة في الأخذ بالرأي جاء به الألماني " أهرنج" ، و الذي رتب على الإخلال بأي التزام في المرحلة التفاوضية مسؤولية عقدية ، كون عقد الضمان عقد افتراضي غير ملموسا و عليه لا يمكن الاعتماد عليه لتحديد طبيعة المسؤولية و أما ما ذهب إليه الفقه و القضاء الفرنسي من تميز بين صورتين من صور التفاوض ، فلا تبني على التفاوض المصحوب باتفاق على التفاوض مسؤولية و ذلك لان مرحلة التفاوض قد تؤدي إلى اتفاق أولا و عليه لا يعتبر التفاوض المصحوب باتفاق تفاوض عقدا يترتب عنه مسؤولية لان الاتفاق لا يكون عقد إلا إذا كان منشأ للالتزام أو ناقلا عنه أما إذا لم يكن التفاوض مصحوبا باتفاق تفاوض فتعتبر المسؤولية تقصيرية و ليست عقدية في حال الخطأ بقصد الإضرار أو سوء النية .

و عليه فان توافرت عناصر المسؤولية التقصيرية وفق القواعد العامة و التي تمثل في الخطأ الثابت و المتمثل في التقصير في تنفيذ الالتزام فان المتضرر يستحق التعويض و الذي يكون ماليا عن نفقات التفاوض و ضياع الجهد و الوقت .

[1]- أنظر : د / نزيه محمد الصادق ، المرجع السابق 301.

و تجدر الإشارة إلى أن القانون الجزائري لم ينظم المرحلة السابقة للتعاقد بنصوص قانونية خاصة مكتفيا باهتمامه بمرحلة إبرام العقد بنصه على تنفيذ كل طرف في العقد لالتزاماته ، و كذا المسؤولية المدنية المترتبة جراء الإخلال بهده الالتزامات أو بعضها من خلال تنظيم عناصر المسؤولية العقدية من خطأ و ضرر وعلاقة سببية و رغم تعديلات القانون رقم 05 / 10 المؤرخ في 2005/06/20 و القانون رقم 07 / 05 المؤرخ في 2005/05/13 [1] التي مست القانون المدني في كثير من مواده ، إلا أنه لم يهتم بمرحلة التفاوض فقد أغفل تنظيم الالتزام قبل التعاقدي (L'obligation Précontractuelle) ،كما أنه سكت على حماية المتعاقد في هذه المرحلة تاركا الأمر بيد القضاء الذي مازال يعتبر مرحلة التفاوض (Négociation Contractuelle) مجرد عمل مادي غير ملزم لا يترتب عليه أي أثر قانوني و لا ينشئ على عاتق الطرفين أي التزام و ليس أمام المتفاوض المتضرر من جراء هذه العملية سوى اللجوء إلى طريق المسؤولية التقصيرية و التي نصت عليها المادة 124 من القانون المدني المعدلة بالقانون رقم 10/05 .

[1]- الجريدة الرسمية ، العدد 31 بتاريخ 2007/05/13

المبحث الثاني : مرحلة التعاقد في العقد الالكتروني

لقد اتضح لنا من الفصل التمهيدي أن العقد الالكتروني يمكن أن يكون أداة لإبرام العديد من العقود المعروفة في العالم الواقعي خارج الشبكة الرقمية ، الدراسة قد تطور في حال ما تحدثنا إذ لا غرابة أن تجد التعاقد عبر الانترنت لا يثير إشكال في خضوع أغلب جوانبه للقواعد العامة و لذلك ما ينبغي أن نتناوله هو بعض أوجه الخصوصية للتعبير عن الإرادة ما لم تؤدي خصوصية هذا النوع من التصرفات القانونية إلى الحاجة لبعض القواعد الخاصة بها ، و لا يبدو عندها أن الفقه قد ركز في ذلك الخصوصية على ركن السبب أو محله أو غير ذلك ... بالقدر الذي ركز فيه على الإشكالات التي تطرحها البيئة الالكترونية سيما منها وجود الإرادة وشكل التعبير عنها و التي تؤدي فعلا إلى إحداث أثر قانوني معين أي يجب أن يكون هناك إيجابا ورد في شكل قبول فمتى استجمعنا هدين العنصرين انعقد العقد.

المطلب الأول : التراضي في العقد الالكتروني

التراضي هو أساس العقد و قوامه فهو تطابق الإيجاب و القبول كتعبير عن إرادتي طرفي العقد و هذا ما نصت عليه المادة 59 من القانون المدني الجزائري ، بإتجاه إحداث الأثر القانوني و الارتباط بعلاقة مقصودة و عن إدراك ، فإرادة الشخص هي التي توجهه إلى أحداث الأثر القانوني كما أن التعبير عنها هو الذي يظهرها للعالم الخارجي بعدما كانت عبارة عن حالة نفسية ، حيث وجب أن توجه إلى شخص معين و يمكن التعبير عنها بالصورة التي يمكن التعرف عليها وقت صدورها فكل إيجاب يقابله قبول يتم به العقد متى توصل إلى علم من صدر منه القبول.

الفرع الأول : وجود الإرادة

وجود الإرادة سواء أكانت إيجابا أو قبولا ، هو صدورها من شخص لديه ذاتية يعقدها القانون بنية إحداث اثر قانون معين ، فإذا كان الشخص قادرا على أن يرضى جري البحث عن آخر و هو توافر النية لدى هذا الشخص في ترتيب أثر قانوني ، إذ قد يكون هازلا أو مجاملا، و في كلتا الحالتين لا يكون ملتزما .

و قد تنعدم الإرادة لدى الشخص فعلا كمن فقد سكر أو مرض أو غيبة عقلية ، كما أنه قد تتحقق الإرادة الذاتية لذي الشخص فعلا ، ولكنها لا تكون منتجة أثرها القانوني عدم اعتداد القانون بها ، ذلك أن القانون لا يعقد إلا بإرادة الشخص المميز، فلا ينعقد العقد مع فاقد التميز كالطفل غير المميز و المجنون، و كذا في حالات انعدام الإرادة أو عدم جديتها و قاضي الموضوع هو الذي يقرر توفر هذه النية أو عدم توفرها [1] .

أولا : التعبير عن الإرادة في العقود الالكترونية

إن الإرادة في ذاتها عمل نفسي لا يعلم ب هالا صاحبه ، و هي لا تتخذ مظهرها الاجتماعي و بالتالي لا يعتد بها القانون إلا بالتعبير عنها [2]، ، و المبدأ العام في انعقاد العقد هو الرضائية فلا يشترط القانون الجزائري مظهر خاص أو طريقة خاصة يتعبن أن يتم بها تعبير الشخص عن إرادته ، و هذا ما نصت عليه المادة 60 مدني جزائري على أنه: " التعبير عن الإرادة يكون بالفظ و بالكتابة أو با لإشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتحاد موقف لا يدع مجالا للشك في دلالته في مقصود صاحبه و يجوز أن يكون التعبير عن الإرادة صريحا أو ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا" .

فالتعبير الصريح يكون باتخاذ مظهر مباشر عن الإرادة بالكتابة أو الإشارة ، أو موقف لا يدع أي شك في دلالته على حقيقة مقصود صاحبه [3].

أما التعبير الضمني فيكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا قام الشخص يتصرف لا يدل بذاته على إرادته و لكنه مع ذلك لا يمكن تفسيره إلا بافتراض وجود هذه الإرادة ، كالذي لم قبل الوكالة صراحة و باشرها يعد قبولا ضمنيا ، أو كالذي يعيد بيع منقول ثم عرضه عليه .

و قد وضعت المادة 68 من القانون المدني الجزائري استثناء على هذه القاعدة بنصها على أنه :

---

[1]- أنظر : بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر 2001 ، ص 47،58

[2]- أنظر : عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الانترنت ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 ، ص 111.

[3]- أنظر : القانون المدني الجزائري (القانون رقم 05 – 10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 ، ص 16 .

" إذا كانت طبيعة المعاملة ، أو العرف التجاري ، أو غير ذلك من الظروف ، تدل على أن الموجب لم يكن لينتظر تصريحا بالقبول فان العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب ، و يعتبر السكوت في الرد قبولا ، إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاملين ، أو إذا كان الإيجار لمصلحة من وجه إليه " .

و تعد هذه الحالة استثنائية بخصوص التعبير عن الإرادة فا لأصل هو أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا ، و لا يعتبر الساكت معبرا عن إرادته إلا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاقدين ، أو كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه ، كما لو عرض الكفيل على الدائن أن يكفل له دين مدينة ، حيث يعتبر الإيجاب هنا قد تقرر لمصلحة الدائن الموجب له ، فيعتبر عدم رد الدائن على هذا الإيجاب قبولا له[1].

- **الاستثناء في إبرام العقود الالكترونية :**

الأصل في إبرام العقود الالكترونية هو حرية الأطراف في التعاقد ، و في اختيار شكل التعبير عن إرادتهما، و هو الذي جاءت به المادة 59 من القانون المدني ، فتكون بذلك العقود المبرمة الكترونيا كغيرها من العقود التي تبرم بالطرق غير الالكترونية التي لا تخضع لأي قيود ، إذ يخول لإطرافها إبرام مختلف العقود الرضائية المسماة منها و غير المسماة بالوسائل الالكترونية ، طالما أنها ليست خارجة عن التعامل بطبيعتها أو بحكم القانون .

غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استقاؤها في انعقاد العقد ، بجانب الشروط الموضوعة في تكوين العقد و صحته ، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في الشكل المطلوب غير منتج لأثرة القانوني المتوخى إلا إذا توفرت هذه الشكلية ، و هي ما يعبر عنها بالشكلية المباشرة و أهم صورها هي :

[1]- أنظر : أ / على فيلالي ، الالتزام ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 1997 ص 56 .

1- اشتراط القانون قيام المتعاقد بفعل ما :

و مثالها العقود العينية التي يشترط لانعقادها زيارة على ركن التراضي و المحل و السبب تسليم الشيء المادي محل العقد ، فلا يمكن إبرام هذه العقود بالوسائل الالكترونية ، كون تسليم الشيء المادي عبر هذه الوسائل لا يمكن تصوره [1].

2- اشتراط القانون الكتابة لانعقاد العقد :

فإذا كانت الكتابة متطلبة كركن في العقد (سواء عرفية أو رسمية) فان التساؤل يثور في هذا الصدد ، حول ما إذا كان من الممكن استيفاء هذه الشكلية في العقود الالكترونية أي مكتوبة على دعامات الكترونية، حدا المشرع الجزائري حدو المشرع الفرنسي بين المادة 323 مكرر 1 ق.م المقابلة للمادة 1316 ق.م فرنسي ، فأصبح تعريف الكتابة يشمل إلى جانب الكتابة على الورق الكتابة في الشكل الالكتروني إذ تنص المادة 323 مكرر 1 ، " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الالكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها و أن تكون معدة و محفوظة في ظروف تضمن سلامتها " .

يلاحظ أن هذا النص يتحدث عن الإثبات بالكتابة الالكترونية فقط إضافة إلى كون المشرع الجزائري يشترط لإبرام العقود التي تخضع للكتابة أن يشهد إبرامها الضابط العمومي و أن يوقعها و يختمها ، و هذا أمر لا يمكن للكتابة الالكترونية أن تضمنه ، لذا يمكن القول بعدم صلاحية هذا النص لاعتماده في إبرام العقود التي يشترط فيها الكتابة كركن لانعقادها ، أما العقود التي تتطلب الكتابة العرفية فهيا تكاد تكون منعدمة في القانون الجزائري [2] .

إلا أن البعض يرى أن تلك الاستثناءات لا مبرر لها لان الكتابة الالكترونية مسألة أقرتها غالبية التشريعات الحديثة بشأن المعاملات الالكترونية ، و من ثم فإن إبرام العقود الالكترونية لا يقتصر على نوع معين من العقود ، بل يجوز إبرام كافة أنواع العقود الالكترونية و لو كانت عقودا شكلية ، لاسيما مع ظهور مهنة جديدة هي مهنة " الموثق الالكتروني " « Notaire – Electronique

[1]- أنظر – أنظر : أ / مناني فراح ، مرجع سابق ، ص 69 .

[2]- أنظر : أ / على فيلالي ، الالتزام ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 1997 ص 56 .

» و قد يكون هذا الوسيط شخصا طبيعيا أو اعتباريا و تتركز الوظائف الأساسية للموثق الالكترونية في إثبات مضمون المستندات و العقود الالكترونية و توثيقها[1] .

ثانيا : مشروعية الوسائل الالكترونية الحديثة في التعبير عن الإرادة

إن استغلال وسائل تقنية المعلومات المذكورة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود مختلفة التصرفات القانونية بين شخصين غائبين مكانا ، تثير العديد من التساؤلات حول مدى اعتراف القانون المدني بهذه الوسائل الجديدة للتعبير عن الإيجاب و القبول و بناء عناصر التعاقد [2] ، الشيء الذي جعل الفقه ينقسم في الدول التي مازالت تعتمد نفس النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة إلى رأيين أو لهما يقر بمشروعية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة ، و الثاني يرفض ذلك ، و سيتم التعرض إلى هذين الرأيين فيما يلي :

الرأي الأول : القائلون بمشروعية الوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة

يعتقد أصحاب هذا الرأي أنه رغم أن القانون المدني لا يتضمن نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية الحديثة ، فان مشروعية التعاقد هذه يمكن استخلاصها من القواعد العامة الواردة في القانون المدني و منها :

1- الأصل في التعاقد حرية التراضي وفقا لما يقتضيه مبدأ سلطان الإرادة الذي كرسته المادة 60 من القانون المدني الجزائري التي تعطي المتعاقدين الحرية الكاملة في اختيار الكيفية التي يعبران بها عن إرادتها ولا مانع من امتداد هذه الحرية للتعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية .

2- بما أنه أصبح للكتابة في الشكل الالكتروني و التوقيع الالكتروني مكانا ضمن قواعد الإثبات في القانون المدني ، من خلال نصي المادتين 323 مكرر 1 و 327 مكرر 2 ، فالأولى أن تجد لها موقعا في انعقاد العقد .

---

[1]- اعتمد التوجيه الأوروبي رقم93 "مقدم خدمة التوثيق"سنة 1999 و هو شخص الذي يقوم باعتماد التوقيع الالكتروني و يؤكد مدى ارتباطه بالمستندات التي ترد عليه ، أنظر :ذ / خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، مرجع سابق ، ص 156 .

[2]- أنظر : المحامي / يونس عرب ، حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية في القضايا المصرفية ، الجزء 1 ، مسائل و تحديات الإثبات الالكترونية في المسائل المدنية و التجارية و المصرفية مقال منشور على موقع. www .ar rab law . org.

3- نص المادة 64 من القانون المدني الجزائري التي تقضي بأنه : " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر الإيجاب فورا ، و كذلك إذا صدر الإيجاب من شخص إلى أخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل " ، فاستنادا إلى هذه المادة فعبارة " بأي طريق مماثل "تشير إلى أية وسيلة تقترب فنيا من الهاتف ،و لذا فإن النص يمتد ليشمل التعاقد بالوسائل الالكترونية خاصة منها الانترنت كون الاتصال على هذه الشبكة يمكن أن يتحول إلى هاتف عادي عبر المحادثة الشفهية ، و إن الطرق الالكترونية الأخرى للتعبير عن الإرادة كالبريد الالكتروني أو الفاكس تشبه أيضا الطرق التقليدية للتعاقد مثل المراسلة .

4- إضافة إلى ما سبق ، فإن الفقرة الأخيرة من المادة 60 التي تنص بأنه يجوز : " أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنيا إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحا " .

تفتح هذه الفقرة المجال لأساليب التعاقد الالكتروني ، حيث أن قيام أي فرد بعرض موقع دائم و ثابت له على شبكة الانترنت يعني أن يقصد اتخاذ مسلك و طريق يشير و يعلن فيه إلى الناس عن نية التعاقد عن طريق موقعه، و شبكة الانترنت تعرض على مدار الساعة عن الإعلانات ووسائل البيع و الشراء و التقديم للوظائف و الخدمات ، و ذلك إشارة صريحة باتخاذ مسلك مباشرا لبس فيه على التعاقد .

الرأي الثاني : الرافضون لمشروعية الوسائل الالكترونية كأداة للتعبير عن الإرادة

خلافا للرأي السابق المؤيد لمشروعية الوسائل الالكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة ، فإن هذا الاتجاه يرفض الاعتراف بمشروعية هذه الوسائل للتعبير عن الإرادة و تبريرا لموقفه يقدم الحجج التالية :

- إن القانون المدني الجزائري بأحكامه الحالية لا ينص صراحة على استعمال الوسائل الالكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة و لا يجب تفسير نصوصه ، خاصة منها المادة 64 فقرة 2 المتعلقة بالتعاقد عبر الهاتف أو أية وسيلة متشابهة تفسيرا واسعا يشمل الصور الالكترونية الحديثة للتعبير عن الإرادة ، فلو أراد المشرع اعتمادها لنص عليها صراحة .
- إن استعمال الوسائل الالكترونية للتعبير عن الإرادة لا يخلو من المخاطر ، كون هذه الوسائل لاتسم من توثق كل طرف من أطراف العلاقة العقدية من وجود وصفة الطرف الآخر بمعنى عدم توثق

كل طرف من أن يخاطبه الشخص الذي مضى التعاقد معه فعلا ، و هذا ناجم عن طبيعة هذه الوسائل التي تميز التعاقد من خلالها بالافتراضية و اللامادية Vertuel et Dematerialisé ، فلا أحد يضمن لمستخدم شبكة الانترنت بأن ما وصله من معلومات إنما جاءت من هذا الموقع ، ولا أحد يضمن له أيضا حقيقة الموقع ووجوده على الشبكة ، خاصة إذا أخدنا بعين الاعتبار تنامي عمليات اختراق المواقع و إساءة استعمال أسماء الغير في الأنشطة الجرمية [1].

- اعتداد القانون المدني الجزائري في مادته 323 مكرر 1 بالكتابة في الشكل الالكتروني في الإثبات لا يعني أنه يقربها كوسيلة للتعبير عن إرادة المتعاقدين ، فهي خاصة فقط بالإثبات لا غير ، فكتابة بنود عقد على دعامة الكترونية و حفظ نسخة منه لا يعني بالضرورة أن المشرع قد أعطى الشرعية لهذه الوسائل للتعبير عن الإرادة .

- رغم قوة حجج الرأي الأول الذي يؤيد قبول القانون المدني الجزائري بصيغة الحالية للوسائل الالكترونية كأدوات للتعبير عن الإرادة استنادا للقواعد العامة لإبرام العقود خاصة منها مبدأ الرضائية ، إلا أنه يبقى عدم الاعتراف الصريح لهذا القانون لشرعية هذا النمط للتعبير عن الإرادة من ناحية ، وعدم تنظيمه بالشكل الكافي من ناحية أخرى ، يتسبب في عدم حماية المتعاقدين حماية كافية من مخاطر التعاقد بهذه الوسائل، إضافة إلى إعاقة التجارة الالكترونية في بلادنا .

ولتفادي ذلك حث القانون النموذجي للتجارة الالكترونية « CNUDCI » الدول الأعضاء للاعتراف الصريح في قوانينها على قبول الوسائل الالكترونية " رسائل البيانات " في التعبير عن الإرادة و تنظيمها، إذ نصت المادة 11 منه على أنه : " في سياق تكوين العقود ، و ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك ، يجوز استخدام رسائل البيانات عن العرض و قبول العرض .

و عند استخدام رسالة بيانات في تكوين عقد ، لا يفقد ذلك العقد صحة أو قابليته للتنفيد لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض " ، و أضافت المادة 12 على أنه : " في العلاقة بين منشأ رسالة البيانات و المرسل إليه لا يفقد التعبير عن الإرادة أو غيره من أوجه التعبير مفعوله أو صحة أو

[1]- رغم أن هذه المشاكل ثم إيجاد حلول تقنية و قانونية لها تتعلق خاصة يضمان تأكيد الاتصال و إثبات صحة صدور المعلومات من النظام التقني الصادر عنه ، و هذا ما أدى إلى اللجوء إلى الوسيط في العلاقة العقدية الذي يؤكد وجود أطراف العلاقة .

قابلية للتنفيذ لمجرد أنه على شكل رسالة بيانات "، و تطبيقا لذلك فقد اعترفت التشريعات المتطورة صراحة بقبول رسالة البيانات للتعبير عن الإرادة و نظمها لتضاف للصور التقليدية المعروفة[1].

الفرع الثاني : تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني

تتميز شبكة الانترنت بكثرة العروض التي تقدم عبر خدماتها المختلفة ، و قد تطرح عبرها بعض العروض الموجهة إلى جمهور مستخدمي الشبكة مما يجعل الشخص الذي ينوي إبرام عقد ما حائرا أمام هذه العروض فيما إذا كانت تشكل إيجابا أم أنها مجرد إعلان أو دعوة إلى التعاقد . و بغية تمييز الإيجاب الالكتروني عن ما يشتبه به ارتأينا التطرق لتعريفه و تبيان خصائصه في نقطة أولى ، لنبين في الثانية طرق التعبير عنه عبر شبكة الانترنت ، لنصل في الأخير إلى تحديد شروطه و نطاقه المكاني .

أولا : مفهوم الإيجاب الالكتروني

يعتبر الإيجاب الخطوة الأولى في إبرام كافة العقود سواء كانت تقليدية أو الكترونية ، الإرادة الأولى التي تظهر في العقد و هو المنطلق الذي يؤسس عليه ، فحتى ينعقد العقد بصفة عامة يجب أن يصدر إيجاب من أحد المتعاقدين ، ليعقبه قبول من الطرف الأخر يقترن و يتطابق معه ، و قد يحدث ذلك في مجلس واحد بين طرفين حاضرين ، أو بين غائبين غير أنه في مجال العقد موضوع دراستنا اتسم الإيجاب بالصفة الالكترونية التي ميزته عن الإيجاب التقليدي و لتبيان وجه الخصوصية فيه سنحاول تعريفه في نقطة أولى لتصل إلى تحديد خصائصه في نقطة ثانية.

1. تعريف الإيجاب الالكتروني :

مثلما لم تتعرض القوانين المدنية لتعريف الإيجاب التقليدي ، فإننا نجد أيضا معظم القوانين الحديثة المهتمة بموضوع التجارة و العقود الالكترونية لم تتضمن تعريفا محددا للإيجاب الالكتروني ، ماعدا القلة القليلة منها، و أمام هذا الفراغ التشريعي نجد الفقه لم يدخر جهدا في ذلك ، لذا سنحاول التطرق إلى بعض التعاريف القانونية للإيجاب الإلكتروني في نقطة ، لنتناول بعض التعاريف الفقهية له في نقطة ثانية .

[1]- و من بينها القانون التونسي المتعلق بالمبادلات بالتجارة الالكترونية في المادة 5 منه التي تنص : " تطبق أحكام هذا القانون على المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذ معاملاتهم بوسائل الكترونية ما لم يرد فيه نص صريح يقضي بغير ذلك "لمقاصد هذه المادة لا يعتبر اتفاق بين أطراف معينة على إجراء معاملات محددة بوسائل الكترونية ملزما لإجراء معاملات أخرى بهذه الوسائل .

1.1 التعريف القانوني للإيجاب الإلكتروني :

أورد التوجيه الأوربي 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، و يستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان "[1]. و قريبا من ذلك تضمن التوجه الأوربي لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية تعريف الإيجاب الإلكتروني الموجه عن بعد مركزا على حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني عن بعد .

كما أجاز قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونسترال الصادر بتاريخ 16ديسمبر 1996 استخدام رسائل البيانات لإبداء الإيجاب ، حيث تنص المادة 11 منه على أن :" في سياق تكوين العقود ، و ما لم يتفق الطرفان على ذلك ، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير العرض و قبول العرض ، و عند استخدام رسالة بيانات في تكوين العقد ، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابلية ، لمجرد استخدم رسالة بيانات لذلك الغرض .

كما تضمن البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية ، و الملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي ما يأتي :

" تمثل الرسالة إيجاب إدا تضمنت إيجابا لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ماداموا معرفين على نحو كاف ، و كانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول ، و لا يعتبر إيجابا الرسالة المتاحة إلكترونيا بوجه عام ما لم يشر إلى ذلك "[2] .

أما بالنسبة للتشريعات العربية المنظمة للتجارة الإلكترونية ، فنجدها لم تتضمن تعريفا للإيجاب للإلكتروني على الرغم من تأكيدها على جواز تعبير عنه بالوسائل الإلكترونية فنجد المادة الأولى من القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 و المتعلق بالمبادلات و التجارة الإلكترونية تنص على أنه :

" يجري على العقود الإلكترونية نظام العقود الكتابة من حيث التعبير عن الإرادة و مفهومها القانوني ، وضحتها ، و قابليتها للتنفيذ في مالا يتعارض و أحكام هذا القانون " [3] .

---

[1]- أنظر : -*Voir* : Directive 97/7 ce du parlement Européen et du conseil du 20 Mai 1997 , op – cit .

[2]- قانون الاونيسيترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل تشريعية 1996 ، و مع المادة الإضافية 5 مكررا بصيغتها المعتمدة في عام 1998 .

[3]- أنظر : القانون التونسي على الموقع : – http : /www .F – Law .net / Law / archive index . phr ? 39286 . html .

كما أجاز قانون المعاملات الإلكترونية الأردني استخدام رسائل المعلومات في إبداء الإيجاب ، حيث ورد في نص المادة 13 منه :

" تعتبر رسالة المعلومات وسيلة التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزام تعاقدي " .

2.1 التعريف الفقهي للإيجاب الإلكتروني :

يعرف بعض الفقه الإيجاب في العقد الإلكتروني بأنه :

" عرض كامل و جازم للتعاقد وفق شروط معينة يصدر من أحد المتعاقدين لشخص أو أشخاص آخرين"[1] .

في حين عرفه البعض الآخر بأنه :

" تعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد ، حيث يتم من خلال شبكة دولية للاتصالات بوسيلة مسموعة مرئية ، و يتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد ، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة "[2].

أنتقد هذا التعريف لكونه قصر مفهوم الإيجاب الإلكتروني على التعبير عن الإرادة عبر شبكة الانترنت ، و هذا يتعارض مع مفهوم تقنيات الاتصال الحديثة ، و من الخطأ أن نربط مفهوم الإيجاب الإلكتروني بوسيلة اتصال معينة ، لاسيما أن رسائل الاتصال الحديثة عن بعد تعتمد على تقنيات إلكترونية تفوق في تطورها الدراسات القانونية التي تلاحقها ، كما أن المشرع يهدف عند وضعه للقانون إلى تحقيق صلاحية هذا القانون .

يعتبر الانترنت آخر ما توصل إليه العلم الحديث من تقدم تكنولوجي في مجال الإعلام و الاتصال ، إلا أنه سيصبح في بضع سنوات وسيلة قديمة مقارنة بالوسيلة الجديدة التي ستظهر تحت

[1]- أنظر : د / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، مرجع سابق ، ص 102.
[2]- أنظر : / نفس المرجع ، ص 105

اسم القضاء المصطنع[1] من خلال هذه الانتقادات الموجهة لمختلف التعاريف المذكورة سالفا ، يمكن إعطاء تعريف شامل و أقرب إلى الصواب للإيجاب الالكتروني .

الإيجاب الإلكتروني تعبير جازم عن الإرادة ، يتم عن بعد عبر تقنيات الإيصال سواء مسموعة أو مرئية أو كليهما ،ويتضمن كافة الشروط و العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه ، بحيث ينعقد به العقد إذا تلاقى مع القبول [2] ، و من خلال هذا التعريف نستخلص الخصائص التالية :

1.2.1 الإيجاب الالكتروني يتم عن بعد

يكون العقد الالكتروني ينتمي إلى طائفة العقود المبرمة عن بعد فالإيجاب الالكتروني ينتمي إلى تلك الطائفة ، و على هذا الأساس فهو يخضع للقواعد الخاصة بحماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد[3] ، و التي من شأنها أن تفرض على التاجر أو المتعاقد العديد من الالتزامات و الواجبات اتجاه المستهلك و منها تحديد هوية البائع و عنوانه و تحديد المبيع أو الخدمة المقدمة و أوصافها و السعر المقابل لها وطريقة الدفع أو السداد ، و خيار المستهلك في الرجوع عن التعاقد خلال المدة المحددة قانونا ، و إعادة أخطار المستهلك بالمعلومات السابقة خلال مدة لا تتجاوز ميعاد التسليم و مدة الضمان و خدمة ما بعد البيع و هذه الالتزامات جاءبها التوجيه الأوربي رقم 66 لسنة 1997 بشأن حماية المستهلك في العقود المبرمة عن بعد و الصادرة في 20 مايو 1997[4].

2.2.1 الإيجاب الالكتروني يتم عبر وسيط الالكتروني

و هذا الوسيط هو مقدم خدمة الانترنت ، بحيث يقوم بعرض الإيجاب من خلال نيابة عن الموجب وبالتالي لا يكون الإيجاب فعالا بمجرد صدوره من الموجب و إنما في الوقت الذي يتم إطلاق الإيجاب من خلال الانترنت و عرضه على الموقع فعندها يتحقق الوجود المادي للإيجاب خلال هذه الفترة و يترتب على عرضه كافة الآثار القانونية المترتبة على الإيجاب و في حالة ثم سحب الإيجاب من شبكة الانترنت فهذا التصرف بعد إنهاء له واعتباره كأن لم يكن بالرغم من بقاء الإيجاب لدى الموجب

---

[1]- في الفضاء لمصطنع سوف تستبدل شاشة الحاسوب بنظارات حساسية للحركة تدور في كل الاتجاهات و تستبدل فأرة الحاسوب بكرة صغيرة متحركة بما يتيح للمستعمل التحرك بسهولة في فضاء حقيقي أو خيالي دون استعمال أوامر أو رموز أو نصوص ، راجع في ذلك : محمد سعيدي رشدي ، الانترنت و الجوانب القانونية لنظم المعلوماتية مؤسسة دار الكتب للطباعة و النشر و التوزيع ، الكويت ، 1997 ، ص 19.

[2]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، مرجع سابق ، ص 67.

[3]- أنظر : د / إبراهيم خالد ممدوح ، مرجع سابق ، ص 252 .

[4]- انظر : د / أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى، دار النفائس ، عمان ، 2008 ، ص 91.

، لان الوسيط لم يتيح إمكانية الاطلاع عليه للمتعاقدين من خلال العرض و بالتالي لا يمكن معرفة مداخل النفس البشرية من أفكار[1] .

أما في حالة اختفاء الإيجاب لأسباب ناتجة عن خلل فني في الشبكة أو جهاز حاسب المستخدم ،فهذه الأسباب لا علاقة للموجب بها و لا تمنع دون بقاء الإيجاب قائما ، لان الخلل في وسائل معالجة البيانات الذي يتم من خلالها إرسال الإيجاب ليس إنهاء للإيجاب ، و بالتالي لا ينعدم الأثر القانوني للإيجاب طيلة فترة سحبه أو اختفائه من الموقع في هذه الحالة[2] .

3.2.1 الإيجاب الالكتروني إيجابا دوليا :

على اعتبار أن العقد الالكتروني يتسم بالغالب بالطابع الدولي ، حيث يتم باستخدام وسائط الكترونية باستخدام شبكة المعلومات الدولية "الانترنت" مما يجعل الالكتروني ذا طابع دولي تبعا لذلك ، و بالتالي الإيجاب الالكتروني لا يتقيد بالحدود السياسية و الجغرافية ، و مع ذلك لا يوجد ما يمنع من قصر الإيجاب الالكتروني على منطقة جغرافية محددة مما يجعل له نطاق جغرافي و مكاني معين و مثال ذلك ما تقرره الولايات المتحدة الأمريكية من خطر توجيه الإيجاب للدول الموقع عليها عقوبات اقتصادية مثل كوريا الشمالية و كوبا و السودان ، مما يعني أن الإيجاب يمكن أن يكون دوليا أو إقليميا ، وبهذا يلتزم الموجب بإبرام العقود أو تسليم المنتجات في النطاق الجغرافي الإقليمي أو الدولي المحدد ، وقد أشار البند الرابع من العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية في فقرتيه الثالثة و الرابعة إلى تحديد المنطقة الجغرافية التي يغطيها الإيجاب و كذلك المنطقة الجغرافية التي يغطيها التسليم .

[1]- د / محمد فواز المطالقة ، مرجع سابق ، ص 63 .
[2]- أنظر: المطالقة ، محمد فواز ، المرجع نفسه ، ص 64 .

2. صور الإيجاب الالكتروني

إذا نظرنا إلى صور الإيجاب عبر شبكة الانترنت نجد أنه إما أن يكون إيجابا عبر البريد الالكتروني و إما و إيجابا على صفحات الويب ، و إما إيجابا عن طريق المحادثة و المشاهدة .

1.2 الإيجاب عبر البريد الالكتروني E – Mail :

الإيجاب عبر البريد الالكتروني في حالة وجود فترة زمنية فاصلة بينه و بين القبول : و يكون في هذه الحالة موجها غالبا من شخص إلى أخر تحديدا فتكون أمام حالة تنطبق مع حالة الإيجاب الصادر عبر الفاكس أو البريد العادي ، فيكون الموجه بحاجة لفترة زمنية فاصلة لاستلام الإجابة ، و بذلك يكون الإيجاب قائما غير ملزما إلا إذا تضمن إلزاما للموجب بالبقاء على إيجابه لفترة محددة و يمكن استخلاص هذه الفترة من الطبيعة هذا الإيجاب و العرف ، و هذا ما نصت عليه المادة 63 من القانون المدني الجزائري [1]، فإذا كان إيجابا غير ملزم فانه يمكن أن يتم به العقد متى كان باتا و جازم ، كما يمكن أن يسقط في حالة رفضه عبر البريد الالكتروني أو التعديل فيه أو تكراره ، أو انقضاء المدة في حالة ما إذا كان ملزما ، كما يمكن الرجوع عنه بنفس الوسيلة أو عبر اتصال هاتفي مثلا .

- الإيجاب عبر البريد في حالة الاتصال بالكتابة مباشرة :

في هذه الحالة يقترب الإيجاب كثيرا بالإيجاب عبر التلكس ، الذي يوفر الاتصال المباشر في إيجابه و قبوله ، حيث يمكن أن يرد القبول فور صدور الإيجاب و هنا تكون أقرب إلى مجلس العقد ، و لا نخرج من القاعدة الواردة في المادة 64 من القانون المدني التي تقضي بأن : " إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص حاضر دون تحديد أجل القبول فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فورا ..." ، ويكون تحلل الموجب من إيجابه في هذه الحالة بأي فعل أو قول يدل على الاعتراض الذي يبطل الإيجاب ، و يمكن أن نتصور هنا أنه أثناء تبادل الإيجاب عبر البريد الالكتروني يقوم الموجب له بإغلاق جهاز الكمبيوتر أو بإعطاء إشارة إلى أنه انتقل إلى موقع غير موقع الموجب فيكون الموجب له قد قام بفعل قد دل على الاعتراض فأبطل الإيجاب[2].

---

[1]- تنص المادة 63 من القانون المدني الجزائري على أنه : " إذا عين أجل للقبول التزام الموجب بالبقاء على إيجابه إلى انقضاء هذا الأجل.
و قد يستخلص الأجل من ظروف الحال ، أو من طبيعة المعاملة .

[2]- أنظر : أ / أحمد خالد العجلولي ، التعاقد عن طريق الانترنت ، دراسة مقارنة ،المكتبة القانونية ، عمان الأردن ، 2002 ، ص 72 .

2.2 الإيجاب عبر شبكة المواقع web :

تقترب مواقع الانترنت في تقديم عروضها على واجهات الكترونية ، إلى حد كبير من واجهات المحلات التجارية العادية ، ويتيسر لها بإقامة خاصة تسمى البروتوكول[1]. تتيح التعامل من الكمبيوتر الشخصي و الموقع المطلوب كموقع البيوع ، التأجير ، الوظائف ، الدفع الالكتروني ...، ما يميز الإيجاب من خلال هذه البوابة أنه يكون موجها للجمهور فلا يكون مقصورا على أشخاص محددين ، فإذا لم يكن مانعا مقصورا بأشخاص معنية نجده يتحدد أكثر في بعض الحالات بنفاذ الكمية أو معلق على أجل معقول يصدر القبول خلاله ، هذا الوضع أفرز مشكلتين أساسيتين تتعلقان بمدى يسار الشخص القابل أو المستهلك ، فما مدى استجابة الإيجاب إذا قبله الجمهور ؟ ظهرت في البيئة الالكترونية ، سائل دفع جديدة تؤثر إيجابا وسلبا على انعقاد العقد ، تمكن مسبقا من المعرفة المسبقة للمركز المالي للمشتري ، وفي نفس الوقت تقوم كأداة لإثبات الالتزام بدفع الثمن ، كما أن أغلبية العارضين يلجئون للاحتفاظ بحقهم في العدول عن الإيجاب متى نفد المخزون أو الإشارة أن العرض عبارة عن دعوة للتعاقد معبرين عن ذلك بأن " المخزون محدود أو الاستجابة في حدوده " أو " أن الإيجاب بلا التزام " و في هذا الفرض يصدر الإيجاب إما صريحا أو ضمنيا أو يفهم من الإرادة المفترضة للموجب من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال [2].

إذا فاستجابة مرتاد الانترنت Internaute لإيجاب معلق على شرط يصبح هو الشخص الموجب ، و الرسالة الالكترونية التي يوجهها تعد عبارة قبول ، ما قيل هنا ، يقال إذا عدل القابل في عرض صاحب الموقع الالكترونية إذ يحقق معها مضمون المادة 66 مدني جزائري .

التي تنص على أنه " لا يعتبر القبول الذي يغير الإيجاب إلا إيجابا جديدا ".

3.2 الإيجاب عبر المحادثة الالكترونية و المشاهدة عبر الانترنت :

يستطيع المتعامل على شبكة الانترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة و أن يتحدث معه و ذلك عن طريق كمرة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين فيتحول الكمبيوتر إلى هاتف تقليدي أو

[1]- من بين تلك الأنظمة التي تضمن الإبحار و الدخول إلى المواقع الالكترونية : HTTP .Hyper Text Transfer Protocol : TCP : Transmission Control Protocol ; Internet Protocol.

[2]- أنظر : أ / مناني فراح ، العقد الالكتروني المرجع السابق ، ص 87.

هاتف مرئي فتكون في هذه الحالة أمام حضور افتراضي لطرفي العقد في مجلس عقد واحدا أو ما يسمى بمجلس عقد افتراضي يقترب من مجلس عقد حقيقي [1]، و هو ما يجعل من القواعد العامة للتعاقد بين حاضرين النصوص عليها في المادة من القانون الجزائري فيكون الإيجاب غير ملزم ما لم يحصل القبول فورا و للموجب حينئذ الحق في العدول ، فإذا عدل الموجب عن إيجابه يسقط الإيجاب و لا يتم العقد إطلاقا ، و إذا صدر القبول بعد ذلك فلا يعتد به و عندها يعتبر إيجابا جديدا .

أما إذا لم يعدل الموجب عن إيجابه فان الإيجاب لا يسقط ، لكنه يصبح غير ملزم و هو يسمى بالإيجاب القائم و غير ملزم ، و في هذه الحالة فإن صدور قبول انفضاض مجلس العقد يؤدي إلى انعقاد العقد[2]

3. شروط الإيجاب الالكتروني :

و للإيجاب شروطا هي :

1.3 يجب أن يكون الإيجاب واضحا و موجها لشخص معين :

يصدر الإيجاب بطرق التعبير المعتادة الصريحة ، أو الضمنية ، و لا يصح في ذلك السكوت فهو الكلام الأول ، و الصمت و السكوت كالعدم ، و العدم لا يرتب أي أثر ، و يشترط في عقد البيع أن يكون الإيجاب متضمنا للمقدار ، و النوع ، و الثمن أما إذا كان العقد إيجارا فالإيجار فيه تحديد الشيء الموجود ، و مدة عقد الإيجار و بداية تنفيذه ، و لما كان القصد من الإيجاب هو توجيه البحث عن الطرف القابل ، فيشترط تحديده و تعيينه حتى يحصل التطابق ، و الراجح فقها و قانونا ، أن توجيه الإيجاب إلى الجمهور دون تحديد الشخص عد إيجابا ، أما إذا تعلق الأمر بالنشر ، و الإعلان ، فالأمر لا يخلو أن يكون دعوة للتفاوض ، و العلة في ذلك غياب الشك في الملابسات فالمقصود هو الإيجاب[3].

[1]- أنظر : د / حمودي محمد ناصر ، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، الأردن 2012 ، ص 181.

[2]- أنظر : د / أحمد خالد العجلوني ، المرجع السابق ، ص 74.

[3]- أنظر : أ / مناني فراح ، المرجع السابق ، ص 79 .

2.3 يجب أن يكون الإيجاب باتا :

إذا تجاوز الإيجاب مرحلة المفاوضة أصبح باتا و نهائيا ، مما يفترض وجود إرادة عازمة مصممة على التعاقد ، و يبقى للقاضي تقرير ما إذا وصل الإيجاب إلى مرحلته النهائية ، فهو مسألة قانونية ، ويبت فيه بدراسة كل قضية على حدي ، و لا يخرج عن نطاق هذه الدائرة الإيجاب المعلق ، فلا ينفذ إلا إذا تحقق الشرط الذي علق عليه ، كالذي يحتفظ بحقه بتعديل الثمن لظروف السوق .

4. النطاق المكاني للإيجاب الالكتروني :

ترتب عن انتشار الانترنت أنها قلصت من مبدأ الدولة القطرية و أزاحت مبدأ الإقليمية السائد في القانون الكلاسيكي ، إن الاتصال عبر هذا المكان الاجتماعي [1] يتم من أية نقطة في المعمورة في الحين و اللحظة اللتان يرغب فيهما المتعاقدين ، فكيف يتحدد نطاق السريان المكاني للإيجاب الالكتروني الذي ينادي به الفقهاء ؟ .

يتصل بفائدة النطاق المحلي الذي يكون الإيجاب صالحا فيه إشكالا لاحقا يتعلق بتنفيذ كما لو كان الأمر يتعلق بتسليم البضاعة فقد يحول هذا الشرط المكاني دون قبول العرض ، إن شرط تحديد المكان: "يقيد صلاحية الإيجاب بنطاق جغرافي معين ، فان العقد لن ينعقد أصلا إذا قبل الإيجاب شخص يقع موطنه خارج هذا النطاق الجغرافي إذ لن يصادق القبول إيجابا صالحا ... فزغم أنه يضيف بالتأكيد من نطاق عمل التاجر من الناحية الاقتصادية إلا أنه يحقق له من الناحية القانونية نوعا من الأمان إذ لن يلتزم بابرام عقود في نطاق جغرافي و مكاني لا يسيطر عليه [2].

و تعتبر اتفاقية الأمم المتحدة المتعلقة باستخدام الخطابات الالكترونية في عقود التجارة الدولية إن مكان الإيجاب يرتبط بموطن مقر عمل الشخص الموجب و أن مكان تلقي هذا الإيجاب هو مكان عمل المرسل إليه ، و لتفصيل هذا المكان فقد أوردت المادة 10 ف 03 استثناء يتعلق بتحديد مكان الإيجاب و ذلك بتطبيق المادة 06 من نفس الاتفاقية التي تنص على ما يلي :[3] .

---

[1]- أنظر : - Axel leferbure et etiene montero « infomatique et droit vers une subvention de l'ordre juridique ? " , In droit des technologies de l'information : regard et perpectifs , cahier du C.R.I.D, n° 16 , Bruylant , Buxelles , 1999 . , Page 11.

[2]- أنظر : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، التعاقد عبر الانترنت ، دار الكتب القانونية ، مصر 2002 ، ص 76 .

[3]- أنظر : أ / منافي فراح ، المرجع السابق ، ص 82 – 83 .

- لأغراض هذه الاتفاقية يفترض أن يكون مقر عمل الطرف هو المكان الذي يعينه ذلك الطرف ما لم يثبت طرف آخر أن الطرف الذي عين ذلك المكان ليس له مقر عمل فيه .
- إذا لم يعين الطرف مقر عمل واحد ، كان مقر العمل ، لأغراض هذه الاتفاقية هو مقر الأوثق صلة بالعقد المعني ، مع ايلاء اعتبار للظروف التي كانت الأطراف على علم بها أو توقعها في أي وقت قبل إبرام العقد أو عند إبرامه .
- إذا لم يكن للشخص الطبيعي مقر عمل ، أخذ بمحل إقامته المعتاد .
- لا يكون المكان مقر عمل لمجرد أنه :
- توجد فيه المعدات و التكنولوجيا الداعمة لنظام المعلومات الذي يستخدمه الطرف في سياق تكوين العقد .
- يمكن فيه الأطراف أخرى أن تصل إلى نظام المعلومات المعني .
- إن مجرد استخدام الطرف اسم نطاق أو عنوان بريد الكتروني ذو صلة ببلد معين لا ينشئ قرينة

على أن مقر عمله يوجد في ذلك البلد ، و يمكن للشخص الموجب أن يستعين بالعديد من الأنظمة و الأساليب لإثبات إرساله للإيجاب ووصوله إلى الشخص الثاني كاستعمال إشعار العلم بالوصول الالكتروني Accusé de réception électronique ، و هو عبارة عن نظام يسمح للمرسل التأكد من استلام رسالته من طرف المرسل إليه ، و عندئذ يطرح إشكال بحدة حول مصير إيجاب اقترن بخطأ ؟ كالبائع الذي يعرض مبيعا بقيمة معينة و يخطأ في كتابة الثمن .

يصعب في هذه الحالة أو الحالات المشابهة إثبات الخطأ اذ يبدو شاقا جدا ما إذا تحقق العكس و تطابق الإيجاب مع القبول فلا يمكن التراجع عنه ، احتراما لقاعدة Principe d'ittevocabilité des conventions عدم التراجع عن العقد المبرم[1].

[1]- أنظر : أ / مناني فراح ، المرجع نفسه ، ص83

.

ثانيا : القبول في العقد الالكتروني

الإيجاب عبر شبكة الانترنت ليس كافيا لوحده لينعقد به العقد ، ما لم يصدر قبول مطابق له من المتعاقد الآخر .

1. تعريف القبول :

القبول هو تعبير عن إرادة من وجه إليه الإيجاب ، و بناءا على هذا التعبير يمكن أن ينعقد العقد فبالقبول تتوافق الإرادات أو تتلاقى الإرادتان من أجل إحداث أثر قانوني معين ، و القبول يجب أن يكون مطابقا للإيجاب ، فلا يزيد فيه و لا ينقص منه ، و إلا يعد إيجابا جديدا[1].

و كما للإيجاب شروط لابد من قيامها فالقبول يتسم بعدة شروط و هي :

- أن يصدر القبول و الإيجاب لازال قائما .
- مطابقة القبول للإيجاب .
- و لا بد أيضا للقبول أن يتم عند التعبير عنه في أن الاتفاق يكون على المسائل الجوهرية [2] .

مدى صلاحية السكوت الملابس كوسيلة للتعبير عن القبول في العقد الالكتروني .

- تنص 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 و فإن العقد يعتبر قد تم إذا لم يرفض الإيجاب في وقت مناسب و يعتبر السكون في الرد قبولا إذا اتصل الإيجاب بتعامل سابق بين المتعاملين ، أو إذا كان الإيجاب لمصلحة من وجه إليه " .

و تعد هذه الحالة استثنائية بخصوص التعبير عن الإرادة ، فالأصل هو أن يكون التعبير صريحا أو ضمنيا و لا يعتبر الساكت معبرا عن إرادته لقاعدة لا ينسب إلى ساكت قول و لكن السكوت في معرض الحاجة بيان و يعتبر قبولا إذا اتصل بتعامل سابق بين المتعاقدين أو كان الإيجاب في مصلحة من وجه إليه ، كما أشارت إلى ذلك المادة المذكورة أعلاه .

[1]- أنظر : شحاتة غريب محمد شلقامي ، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية ، (دراسة مقارنة) ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008 ، ص 95 .

[2]- أحمد خالد العجلوني ، المرجع السابق ، ص 77 .

إن التعاقد عن طريق الانترنت يعتبر حديثا ، فلا مجال للقول أن العرف يلعب دورا هاما في هذا النوع من التعاقد ، فالعرف يحتاج إلى ركن مادي ، و آخر معنوي حتى يتحقق و يكون له دور في مجال التعاقد عبر الانترنت ، أما فيما يتعلق بحالة ما إذا كان الإيجاب تمخض لمنفعة من وجه إليه كما لو كان هناك تبرع ، و بالتالي لا يوجد أي التزام على عاتق من وجه إليه الإيجاب فهذا الأمر غير معتاد و غير مألوف على شبكة الانترنت [1].

أما التعامل السابق بين المتعاقدين فهي الحالة التي تصادفنا كثيرا في التعاقد عبر الانترنت و مثالها اعتياد الزبون على شراء السلع من أحد المتاجر الافتراضية ، سواء بالبريد الالكتروني أو عن طريق صفحات الويب.

إلا أنه لا ينبغي إغفال حقيقة مهمة و هي ، أنه لا يجوز استنتاج القبول من مجرد سكوت العميل في حالة التعامل السابق بين الطرفين ، بل لابد و أن يقترن ذلك بظرف أخر يرجع دلالة السكوت على القبول العميل ،كما لو وجد اتفاق سابق على ذلك ، و سواء كان هذا الاتفاق صريحا أم ضمنيا[2].

2. الطرق الخاصة بالقبول في العقد الالكتروني :

تكون الطرق التي تبرم بالوسائل الالكترونية بنفس طرق الإيجاب ، بحيث تكون صور القبول في العقود التي تبرم بواسطة التيلكس أو الفاكس أو بواسطة البريد الالكتروني بالكتابة و هي كتابة تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في وسيلتها .

و تكون صورة التعبير عن القبول في العقود التي تبرم بواسطة المشاهدة و المحادثة عبر الانترنت باللفظ وبالإشارة المتداولة عرفا .

و لا يمنع أن يتم بطريق الالكتروني غير الطريق الذي صدر الإيجاب بواسطته غير أن اللجوء إلى وسيلة مغايرة ، قد يشكك في انعقاد العقد إذا ظهر نزاع بشأن إثباتها و انعقاد العقد ، و تفاديا لمثل هذه الشكوك فإن الموجب قد يشترط تلقي القبول عبر ذات وسيلة تقديم الإيجاب ،كما أن

[1]- أنظر : د / شحاتة غريب محمد الشرقامي ، مرجع سابق ، ص 110.

[2] - أنظر : / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 125.

القانون النموذجي للتجارة الالكترونية الاونسترال يشترط في القبول لأعمال أثره إرساله عبر ذات وسيلة تلقي الإيجاب[1].

لكن هناك طرق حديثة و مبتكرة للتعبير عن القبول في العقود الالكترونية استحدثتها تقنيات التجارة الالكترونية منها :

التعبير عن القبول من خلال قيام القابل بإرسال معلومات بطاقة الائتمان الخاصة به إلى الموجب أو أن يقوم بتنزيل أو تحميل المنتجات الالكترونية عبر الشبكة بعد أداء مقابلها كما في عقود شراء أقراص أو برنامج الحاسوب الآلي ... ، و يتم ذلك عادة بتحميل ما تحتويه هذه المنتجات و نقله من صدره إلى الحاسوب الشخصي للمشتري .

و من الطرق الحديثة للتعبير عن القبول أيضا النقر بواسطة فارة التأشير على شاشة الحاسوب أو مفاتيح لوحة الحاسوب الآلي أو ملامسة أيقونة "نعم" و تعد هذه الطرق من أكثر الطرق التي أثيرت بشأنها مناقشات حول مدى صلاحيتها لاعتبارها طريقة معترف بها قانونا للتعبير عن القبول و بالتالي مدى صحة العقود الالكترونية التي تبرم من خلالها[2].

في الحقيقة انقسم الفقه حول هذه المسألة ، فهناك من أتجه إلى القول بكفاية الضغط لمرة واحدة على الأيقونة ، وهناك من اتجه إلى القول بالضغط مرتين حتى يتأكد القبول .

و بغرض التأكد من صحة إجراء القبول يشترط أن يتم عن طريق النقر مرتين على الإيقونة المخصصة للقبول و الموجودة على الشاشة ، في هذه الحالة فإن النقر مرة واحدة قرينة على انعقاد العقد و لكن لا يرتب أثرا بشأنه و يصبح القبول عديم الأثر .

و غالبا ما يلجأ الموجب إلى هذه الطريقة للتأكد من موافقة القاضي على التعاقد حتى لا يتذرع القابل بأن النقرة الأولى كانت عن طريق السهو أو الخطأ لأنها قرينة قابلة لإثبات العكس فيعتبر عدم صدور التأكيد منه دليلا على أنه لم يقصد قبول التعاقد[3].

---

[1]- أنظر : د / خالد حمدي عبد الرحمان – التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2005 ، ص 63 .

[2]- أنظر : د / أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 160 ، 161.

[3]- 1- أنظر : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع سابق ، ص 86 .

3. القبول و إجراء التأكيد :

سبق أن تحدثنا إلى أن التثبت من هوية الأطراف تتم بالتوقيع الالكتروني كدليل كتابي ، و يدق الإشكال عند غياب هذا الدليل ، فهل الضغط على أيقونة القبول « Icône d'Acceptation » مرة واحدة كاف عنه ؟

من الناحية العملية يصعب إقناع القاضي بهذا الغرض ما لم يكن القبول الالكتروني حاسما كما لو تم اللجوء إلى رسالة القبول النهائي أو الاستعانة بإجراءين متتاليين ، فيكون الضغط الأول بما يفيد القبول و الثاني بما يفيد التأكيد من الفقه من أعادنا إلى المبادئ العامة التي تحكم قانون الإثبات ـ مبدأ الإثبات الحر و المقيد ـ

و القول فيما إذا كان الضغط على الايقونة (اللمسة) عبارة عن تصرف قانوني أو واقعة مادية و عندها نميز بين اللمسة العفوية أو اللمسة الجدية[1].

إن اشتراط تأكيد لاحق للقبول يثير مسألة قانونية هامة تتعلق بقيمة التأكيد القانونية ، فهل صدر القبول قبل التأكيد ؟ أم القبول لا ينتج أثره إلا بواسطته ؟ للإجابة عن هذا السؤال نجد الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد قد وضع ثلاثة فروض بقوله : " و في رأينا أن الإجابة عن هذا السؤال يجب أن نستخلص من البرنامج المعلوماتي الذي يتم من خلاله التعاقد ، و لن يخرج هذا البرنامج عن فروض ثلاثة : الأول : إذا كان البرنامج لا يسمح بانعقاد العقد إلا إذا تم التأكيد بحيث لن يترتب على صدور القبول مجردا عن التأكيد أي اثر و في هذه الحالة نستطيع الجزم بأن القبول لا يتم إلا بصدور التأكيد . و الثاني : فيه يسمح البرنامج بانعقاد العقد دون أن يرد فيه التأكيد على الإطلاق و هنا لا مفر من القول بان القبول قد صدر بمجرد لمسة أيقونة القبول . و الثالث : و هو فرض وسط بينهما و هو أن يتضمن البرنامج ضرورة و لكنه لا يمنع من انعقاد العقد بدونه ، و هنا يمكن القول بأن اللمسة هي قرينة على الانعقاد و لكنها قرينة قابلة لإثبات العكس ، بمعنى أنه يجوز للعميل أن يثبت أن هذه اللمسة قد صدرت منه عفوا على سبيل المثال ..." [2] .

[1]- أنظر : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع نفسه ، ص 86 .

[2]- أنظر : : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع نفسه ، ص 87.

الفرع الثالث : زمان و مكان انعقاد العقد الالكتروني .

إن مسألة تحديد زمان و مكان انعقاد العقد لا تثير أية إشكالية في التعاقد بين حاضرين ، إذا يقترن القبول بالإيجاب في لحظة و مكان تواجدهما ، و لكن تظهر الصعوبة أكثر في التعاقد بين غائبين ، و ذلك لوجود فاصل زمني بين صدور القبول و علم الموجب به .

و بما أن العقود الالكترونية تتم عادة بين أطراف لا يجمعهم مكان واحد ، لذلك فهي تدخل في وصف التعاقد بين غائبين من حيث المكان دائما ، و لكن بفضل الخدمات المتنوعة و المتعددة التي تتيحها الانترنت قد يتوفر للطرفين المتعاقدين عبر الشبكة إمكانية إبرام العقد بشكل آني دون أن تفصل فترة زمنية بين صدور القبول الالكتروني و علم الموجب به ، لذلك يمكن أن يوصف التعاقد عبر شبكة الانترنت بأنه تعاقد بين حاضرين من حيث الزمان و في حالات أخرى قد لا يتحقق هذا التزامن ، مما يوصف التعاقد بأنه بين غائبين .

أولا : زمان انعقاد العقد الالكتروني :

إن دراسة زمان انعقاد العقد الالكتروني تقودنا أولا إلى إبراز أهمية تحديد هذا العنصر بصفة عامة ، ثم إلى تحديد لحظة انعقاد العقد الالكتروني وفقا للقواعد الواردة في القانون المدني الجزائري[1].

1- أهمية تحديد زمان انعقاد العقد :

تبدو أهمية تحديد زمان انعقاد العقد فيما يلي :

- إن القول بانعقاده في لحظة معينة يمنع على أي من طرفيه نقضه أو التحلل منه .
- حق الموجب في العدول عن إيجابه بعد انقضاء الأجل المحدد للقبول .
- سريان المواعيد من وقت إتمام العقد ، حسب ما تقضي به المادة 90 فقرة 2 من القانون المدني التي تقضي بأنه : " يجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد و إلا كانت غير مقبولة ".

[1]- أنظر : القاضي برني ندير ، المرجع السابق ، ص 30-35

- سقوط الإيجاب في بعض الحالات بالوفاة أو فقدان الأهلية ، فإذا توفى الموجب أو فقد أهليته قبل انعقاد العقد يسقط الإيجاب ، أما إذا تم العقد قبل ذلك يكون صحيحا .
- استحقاق المشتري الانتفاع بالشيء و إيراده و كذلك تحمل تكاليفه من يوم تطابق الإرادتين أي انعقاد العقد طبقا للمادة 383 من القانون المدني .
- و تظهر أهميته أيضا بالنظر إلى ما يشترط في ممارسة بعض الدعاوى كا لدعوى البوليصية ، التي يشترط فيها أن يكون تاريخ العقد الذي يطعن فيه الدائن قد صدر من مدينه لاحقا على الحق الثابت له في ذمة المدين[1].

2. تحديد زمان انعقاد العقد الالكتروني :

حظيت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد بشكل عام باهتمام كبير من الفقه و التشريع ، و ذلك لأهمية النتائج التي تترتب على تحديد هذه المسألة ، أهمها معرفة أهلية المتعاقدين لحظة انعقاد العقد ، و تحديد نقطة بداية أثار العقد ، و من خلالها أيضا يتحدد القانون الواجب التطبيق و هو القانون الساري وقت انعقاد العقد [2] ، و نظرا للأهمية التي حظيت بها مسألة زمان انعقاد العقد نجد أن الحلول المقترحة لمعالجتها قد تعددت ، فالفقه اقترح أربع نظريات لحل هذه المسألة .

1.2 نظرية إعلان القبول :

رأى أنصار هذه النظرية أن العقد يتم بمجرد إعلان القبول و قبل أن يصل إلى علم الموجب، فيكفي حتى ينعقد العقد أن يقرأ المتعاقد رسالة بريد الكتروني تتضمن إيجابا [3]، و يقول قبلت الإيجاب دون أن يقوم بأي تصرف كإرسال رسالة إلى الموجب ليعلمه بالقبول و يستوي أيضا في هذه النظرية أن يقرأ الشخص رسالة نصية في غرف المحادثة تتضمن إيجابا و يعلن قبوله لهذا الإيجاب دون أن يرسل ردا للطرف الآخر[4].

---

[1]- أنظر : أ / مناني فراح ، المرجع السابق ، ص 99.

[2]- أنظر : نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005 ، ص 58 .

[3]- أنظر : د / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 136 و د / رضا متولي و هدان ، النظام القانوني للعقد الالكتروني ، " دراسة مقارنة " مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، جامعة المنصورة العدد 2، 2007 ، ص 89 .

[4]- أنظر : د / نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، موسوعة دار الفكر ، العدد الثالث ، دار الهلال للخدمات الإعلامية ،بدون مكان نشر، ص 136.

يؤخذ على هذه النظرية أنها تجاهلت إرادة الموجب ، فمن حق هذا الأخير أن يعدل عن إيجابه إذا لم يكن محدد المدة ، و لم يرتبط به القبول فعدم وصول القبول إلى الموجب يجعل من حقه أن يرجع عنه ، حتى لو كان المتعاقد الآخر قد أعلن قبوله ، و ذلك لان القبول إرادة ، و الإرادة لا تنتج أثرها إلا من وقت علم من وجهت إليه بها [1] . أضف إلى ذلك أن هذه النظرية تجعل من انعقاد العقد مسألة في يد القابل وحده ، حيث يكون بإمكانه أن يعلن قبوله و لا يرسله ، و يتراجع عنه متى شاء دون أن يستطيع أحد إثبات ذلك ، سيما في بيئة إلكترونية افتراضية لا ترتكز على أية مرتكزات مادية كالانترنت .

2.2 النظرية الثانية : نظرية تصدير القبول .

لا تكتفي هذه النظرية بإعلان القبول ، بل تشترط أن يكون القبول نهائيا لا رجوع فيه ، و هو يكون كذلك – بحسب هذه النظرية – عندما يرسل إلى الموجب [2] ، و هو في التعاقد عبر الانترنت اللحظة التي يضغط فيها القابل على زر إرسال قبوله إلى الموجب .

و يؤيد بعض الفقهاء [3] هذه النظرية و يعد لحظة انعقاد العقد عبر الانترنت هي اللحظة يتم فيها تصدير القبول بالضغط على الأيقونة أو الزر المخصص لهذا الغرض ، لكن يرى البعض الآخر أن هذا الرأي ليس دقيقا ، و الأصح عدم إعمال هذه النظرية أساسا في مجال التعاقد عبر الانترنت[4].

و الذي يعزز من عدم أعمال هذه النظرية أساسا في مجال التعاقد عبر الانترنت ما يراه الفقهاء الفرنسيين من أن : (كل ما يقال في هذا الشأن في القانون التقليدي عن وجود فاصل زمني بين التصدير و الوصول هو على وشك الاندثار لأنه لا يوجد على الانترنت هذا التفاوت في الزمن بين الإيجاب و القبول ، فالتصرفات الالكترونية هي التصرفات عن بعد و لكنها فورية و متعاصرة) [5].

---

[1]- أنظر : أ / يونس عرب ، التجارة الالكترونية ، مرجع سابق .

[2]- أنظر : د / عباس زبون العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الاثبات المدني ، (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، 1997 ، ص 141 – 143 .

[3]- أنظر : د / محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2004 ، ص 65 .

[4]- أنظر : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص 92 – 93 .

[5]- أنظر : عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق ، ص 194.

3.2 نظرية تسلم القبول (وصول القبول) :

لا يكفي– طبقا لهذه النظرية – إعلان القبول و لا تصديره فحسب ، بل يجب وصول القبول إلى الموجب ، و في هذا الوقت فقط يتم التعاقد بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول و يكون ذلك في التعاقد عبر الانترنت- لحظة دخول رسالة القبول في صندوق وارد البريد الالكتروني في جهاز الحاسوب الخاص بالموجب ، فينعقد العقد و لو لم يعلم به الموجب و هذه النظرية لم تسلم من النقد من جهة كون وصول القبول مثل تصديره ما هو إلا واقعة مادية ليس لها أية دلالة قانونية ، و هو ليس بقاطع لمسألة علم الموجب بالقبول و بالتالي لا يضيف إلى مسألة إعلان القبول شيئا من الناحية القانونية[1].

4.2 نظرية العلم بالقبول :

لا يتم التعاقد وفقا لهذه النظرية إلا بعلم الموجب فعلا بالقبول الصادر ممن وجه إليه الإيجاب لأن الأسس العامة التي يقوم عليها التعاقد تستلزم أن لا ينتج التعبير الإرادي أثره القانوني إلا في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بهذا التعبير ، و ذلك – في التعاقد عبر الانترنت – عندما يفتح الموجب صندوق وارد رسائله الالكترونية و يقرأ الرسالة التي تتضمن القبول ، لقد تبنت معظم التشريعات الوطنية نظرية العلم بالقبول ، لأنها أكثر واقعية و تعبير عن انعقاد العقد عبر البريد الالكتروني و هذا الرأي فيه من الصواب ما حذا بلجنة CNUNDC للذهاب إليه من خلال المادة 02 فقرة 03 من اتفاقية الأمم المتحدة للتجارة الالكترونية و نفس التي تبنته اتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الالكترونية في العقود الدولية و التي دخلت حيز النفاد بداية 2006.01.16 [2].

المشرع الجزائري أخذ بنظرية العلم بالقبول في تحديد لحظة انعقاد العقد المادة 67 من القانون المدني التي تنص على أنه " يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم في المكان و الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، و في الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول " ، و هذا يقتضي أن يطلع الموجب

[1]– أنظر : د / قاسم النعيمي ، التجارة الالكترونية بين الواقع و الحقيقة الكلية الاقتصادية ، جامعة دمشق ، سوريا ، ص 600.

[2]– أنظر : أ / مناني فراح ، المرجع السابق ، ص 102 .

على الرسالة المتضمنة للقبول ، و يعتمد أصحاب هذه النظرية على تطابق أو توافق الإرادتين الذي يقتضي حتما أن يكون كل متعاقد على علم بإرادة المتعاقد الآخر فا الأخذ بهذه النظرية يؤجل الآثار المترتبة على القبول مما يوفر فرصا إضافية للموجب له للتراجع عن قبوله ، و يعاب على هذه النظرية صعوبة إثبات العلم بالقبول ، خاصة بالنسبة للتعاقدات التي تتم بالوسائل الالكترونية .

و تطبيقا لهذه النظرية بشأن العقود المبرمة بالبريد الالكتروني أو الفاكس ، يمكن القول بأن العقد ينعقد في هذه الحالة في اللحظة التي يعلم فيها الموجب بالقبول أي بقيامه بفتح صندوق بريده الالكتروني ، و الاطلاع على رسالة القابل ، أي تحققه من قبول الأخير بالإيجاب المعروض عليه أو في حالة وصول الرسالة إلى جهاز الفاكس المرسل إليه و الاطلاع عليها من قبل الموجب في حالة التعاقد عبر الفاكس [1] .

إن تكريس نظرية العلم بالقبول من طرف المشرع جعل البعض من الفقه يعتقد أن اعتبار التعاقد الالكتروني تعاقد بين حاضرين حكما أو بين غائبين ليس له أي تأثير من الناحية العملية على مكان وزمان انعقاد العقد ، طالما أن المشرع اعتمد مذهب العلم بالقبول .

أننقذ هذا الرأي كون القاعدة التي جاءت بها المادة 67 من القانون المدني قرينة بسيطة يمكن للموجب أن يثبت أنه لم يعلم بالقبول إلا في وقت لاحق ، كما أن لهذه القاعدة صبغة تكميلية الأمر الذي يسمح للمتعاقدين أن يتفقا على مخالفتها ، كأن يتفقا على أن يتم العقد وقت صدور القبول مثلا [2].

ثانيا : مكان انعقاد العقد الالكتروني .

التعاقد الالكتروني تعاقد بين غائبين من حيث المكان غالبا و قد تناولت معظم القوانين المنظمة للمعاملات و التجارة الالكترونية قواعد و أحكام خاصة بتحديد مكان إرسال و تسلم رسائل البيانات باعتبارها وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة المقبولة قانونا لإبداء الإيجاب أو القبول بقصد إنشاء التزامن تعاقدي و ذلك لأهمية تحديد مكان انعقاد العقد الالكتروني .

[1]- أنظر : أ / متاني فراح ، المرجع النفس ، ص 104 .

[2]- أنظر : د/ علي فيلالي ، المرجع السابق ، ص 106 – 107 .

و من خلال طرح الحلول القانونية الواردة بهذا الصدد فإن النظريات الأربع سابقة الذكر قدمت حلا واحدا للمسألتين (الزمان و المكان) بعكس النظريات الثنائية الحديثة التي لا ترى تلازما حتميا بين مسألة زمان انعقاد العقد و مكان انعقاده و هذا ما سيوضح من خلال عرض النظريتين الحديثتين و موقف المشرع الجزائري من مسألة مكان انعقاد العقد الالكتروني على النحو التالي :

1. نظرية محل إقامة الموجب :

يذهب أنصار نظرية العلم بالقبول إلى أن مكان انعقاد العقد الالكتروني هو مكان علم الموجب بالقبول و تجسيد ذلك على العقد الالكتروني ، هل هو كان مكان تسجيل موقع الويب ، أم مكان تواجد مقدم خدمة الانترنت ، أم مكان إقامة الموجب ؟

يذهب أصحاب هذا الاتجاه إلى أن مكان إبرام العقد الالكتروني هو المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه ، ما لم يتفق طرفا التعاقد الالكتروني على خلاف ذلك [1] ، و بذلك تعد لحظة علم الموجب بالقبول هي لحظة إبرام العقد الالكتروني ، و مكان إقامة الموجب هو مكان إبرام العقد الالكتروني .

يعيب على هذه النظرية ، أن العقود الالكترونية التي تبرم عن طريق الانترنت غالبا ما تتم بين طرفين ، أحدهما تاجر مهني يتخذ في أغلب صور شركات تجارية كبرى و الثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية [2] ، لذلك فإن اعتبار مكان إقامة الموجب هو مكان انعقاد العقد يؤدي إلى حرمان المستهلك من الحصول على حقوقه ، لأنه إذا أراد رفع دعوى على الموجب فيجب أن يرفعها في محل إقامته الذي قد يكون في دولة بعيدة عن الدولة التي يقيم فيها [3] .

كما يصعب على القابل (المستهلك) أن يتعرف في بعض الأحيان على محل إقامة الموجب الحقيقية، إذ أن مجرد استخدام الموجب اسم النطاق أو عنوان بريد الالكتروني يرتبط ببلد معين ،لا ينشئ قرينة على تواجد مكان علمه في ذلك البلد ، و لا يمكن اعتباره هو النظير الوظيفي للمكان

[1]- أنظر : بشار طلال أحمد المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق ، جامعة المنصورة ، مصر ، 2003 ، ص 77.

[2]- أنظر : بشار طلال أحمد المومني ، نفس المرجع ، ص 78.

[3]- أنظر : د / كاظم طارق عجيل ، مجلس العقد الالكتروني ، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية – الحكومة الالكترونية) ، مركز الإماراتي للدراسات و البحوث ، بتاريخ 20 مايو 2001 ، ص 298-360.

المادي لمقر عمل الموجب [1]، فقد نجد أن بعض الشركات الدولية المتعددة الجنسيات تعرض بعض المنتجات و الخدمات من خلال مواقع إقليمية مختلفة على الشبكة تحمل أسماء نطاق ترتبط ببلد لا يوجد فيها مقر عمل بالمعنى المعروف ،كما أنه يمكن عرض سلع لتوزيعها في مناطق معينة يمكن أن تكون واقعة في دولة غير الدول المرتبطة بأسماء النطاق [2] .

2. نظرية محل إقامة القابل .

يعتبر الأستاذ (شيفاليه) بأن مكان انعقاد العقد هو المكان الذي أرسل إليه الإيجاب (أي المكان الذي يصدر فيه القبول) ، و عند سكوت الطرفين عن القواعد التي تطبق على صحة التعاقد أو تفسير ، يجب الرجوع إلى مكان الإرسال الذي انطلقت منه المبادرة التعاقدية .

تطبيقا لذلك ينعقد العقد الالكتروني عبر شبكة الانترنت في المكان الذي يصدر فيه القبول الالكتروني ، فإذا استخدم القابل رسالة البيانات للتعبير عن قبوله ، فهنا ينعقد العقد في المكان الذي أرسلت منه الرسالة المتضمنة للقبول و هو مكان القابل [3] .

إن هذه النظرية تتفق مع متطلبات التجارة الالكترونية ، إذ أن أغلب العقود التي تبرم عن طريق الانترنت تتم بين طرفين أحدهما تاجر و الثاني مستهلك ضعيف يحتاج إلى الحماية ، فميزة هذه النظرية أنها تسمح للمستهلك أن يرفع الدعوى أمام محاكم الدولة التي يقيم فيها ،كما أنها لا تحرم المستهلك من الحماية الاستثنائية التي توفرها له قوانين الدولة التي يقيم فيها باعتبارها القوانين الواجبة التطبيق على العقد الالكتروني الذي يعد مكان إبرامه مكان إقامة القابل الذي يخضع لهذه القوانين من الناحية الإقليمية .

على الرغم من أن النظريات الثنائية التي تفصل بين مسألتي زمان انعقاد العقد و مكانه ، و التي لا ترى تلازما حتميا بينهما ، هي أقرب إلى معالجة المشكلة و أكثر ملائمة و انسجاما مع الطبيعة الخاصة بالعقود الالكترونية المبرمة عبر شبكة ، إلا أن ضرورة أعمال مبدأ سلطان الإرادة يبقى الحل الأمثل لهذا الإشكال .

---

[1]- أنظر : / إيمان مأمون أحمد سليمان ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية رسالة دكتوراه في الحقوق ،كلية الحقوق جامعة المنصورة ، مصر ، 2006 ، ص 149 .

[2]- أنظر : / محمد أحمد على المحا سنة ، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعد الموضوعية الموحدة ، مذكرة شهادة ماجيستر في القانون ،كلية الدراسات العليا ، الجامعة الأردنية، 2006 ، ص 19 .

[3]- أنظر : / أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص 202.

3. موقف المشرع الجزائري من مسألة مكان إبرام العقد الإلكتروني :

تنص المادة 67 من القانون المدني على أنه : " يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان و في الزمان الذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك ، و يفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان ، و في الزمان الذين وصل فيهما إليه القبول " .

إن هذا النص وضع قاعدة عامة تفيد بأن مكان إبرام العقد الذي يبرم بين غائبين هو المكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول ، إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك أو نص القانون على غير ذلك .

إن تطبيق هذه النظرية بالنسبة للعقود التقليدية التي تتم بين غائبين بواسطة تبادل الوثائق و الخطابات المكتوبة يبدوا سهلا نظرا للطبيعة المادية لوسيلة تبادل التراضي بين المتعاقدين ، في حين أن تطبيقها على العقود الالكترونية يثير الكثير من التساؤلات ، كون محاولة تركيز هذا العقد في دولة معينة أمرا صعب التحقيق ، نظرا للطبيعة الدولية لشبكة الانترنت بوصفها متصلة بجميع الدول في آن واحد ، من جهة ، و عن الطبيعة غير المادية لهذه الوسيلة في التعاقد ، لاحتوائها على عدد هائل من المواقع الافتراضية من جهة أخرى .

بالإضافة إلى عدم اتفاق هذه النظرية مع جميع صور القبول ، فقد رأينا أن القبول قد لا يتم صراحة و إنما يستنتج من سلوكيات الموجه إليه الإيجاب ، و ذلك في حالة السكوت الملابس الذي يمكن أن يعتبر قبولا في العقود الالكتروني ، كما لو قام الموجه إليه الإيجاب بالأعمال التي تنفذ العقد مباشرة دون إعلان لإرادته في هذا الشأن ، و من هنا لا يتحقق اتصال القبول بإرادة الموجب فقد يصدر الإيجاب من محل إقامة الموجب أو من حيث توجد مشروعاته التي بها نظامه ألمعلوماتي الذي من خلاله يقيم اتصالاته و تعاقداته ، كما يمكن أن تصدر من أي مكان توجد به وسيلة الاتصال .

المطلب الثاني : محل والسبب في العقد الالكتروني

اشترطت القوانين ثلاث أركان لقيام العقد يجب أن تستوفي الشروط المتعلقة بها هذه الأركان هي رضا محل و سبب ، فالرضا هو إرادة المتعاقدين في إنشاء العقد و الالتزام بآثارها و الإرادة هي ركن العقد و المحل هو ما ثبت عليه ، أما السبب ظهر الغرض المباشر المقصود من العقد و لا نرى أي فرق من حيث توافر هذه الأركان بالنسبة للعقد المبرم عبر الانترنت عن العقد المبرم بالصورة التقليدية بالطبع مع مراعاة الصغة الالكترونية له كلما كان ذلك ضروريا .

الفرع الأول : المحل في العقد الالكتروني .

إن محل العقد الالكتروني أو ما يسمي بالتجارة الالكترونية يتعلق بتبادل السلع و الخدمات عبر حدود الدول دون التقيد بإقليم معين أو بجنسية معينة ، بل إن هذا المفهوم تم التوسع فيه من خلال التوجه الصادر من المجلس الأوربي ليشمل كافة الخدمات عن بعد باستخدام وسائل الكترونية بتقديم الخدمات المهنية مثل: المحاماة ، الاستشارات القانونية ، الوساطة و السمسرة [1] .

و الغاية من العقد هو إنشاء الالتزام ، فإن لم يقم بالالتزام لسبب يمس محله ، فان العقد كله باطلا بدوره فمحل الالتزام ذو تأثير في كيان العقد ، و إذا كان محل الالتزام يعتبر في نفس الوقت محلا للعقد الذي ينشئه ، ترتب على ذلك أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التي تصدر عنه فالبيع يولد التزامين أساسيين :

أحدهما على البائع و يتعلق با لمبيع و يقوم على وجوب تسليمه و العمل على نقل ملكيته .

ثانيهما على المشتري و يتعلق بالثمن و يقوم على وجوب دفعه ، و من هنا درج القول على أن محل عقد البيع هو المبيع و الثمن ، لذا يجب أن يتوافر في المحل الشروط التالية [2].

أولا : أن يكون محل العقد المبرم عبر الانترنت موجودا أو ممكنا .

يعني هذا أن الشرط يكون محل الالتزام موجودا وقت نشوء الالتزام أو ممكن الوجود بعد ذلك في المستقبل ، و قد نصت المادة 92 قانون مدني جزائري فلكي ينشأ الالتزام و يقوم العقد الذي أنشأه لابد أن يكون محله ممكن غير مستحيل ، و هذا شرط تقضيه طبيعة الأمور لأنه لاتكليف بمستحيل و يقصد بالاستحالة التي تحول دون نشأة الالتزام و تستتبع بطلان العقد الاستحالة الموضوعية ، أي استحالة المحل في ذاته المادة 93 قانون مدني جزائري.

و بتعبير آخر نقول أنه يتوجب أن تكون الاستحالة مطلقة حتى يبطل العقد و ذلك بأن يستحيل على كافة الناس القيام بالأمر الذي التزم به المدين ، و ليس الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف هذا المدين بالذات فهذه لا تمنع من انعقاد العقد ، و الاستحالة المبطلة للعقد على نوعين

[1]- أنظر : د/ خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 147.

[2]-أنظر : د/ سمير عبد السميع الأودن ، العقد الالكتروني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 73 – 72 .

أثنين : فإما أن تكون طبيعة ، أو أنها قانونية ، و المهم في كلا النوعين أن تكون قائمة و قت إبرام العقد .

و إذا كان من الضروري أن تكون الاستحالة المطلقة و التي تبطل العقد قائمة وقت إبرامه ، فإن ذلك يطرح علينا تساؤلا مهما متعلق بمدى جواز التعامل في الشيء المستقبل ، الأصل العام هو جواز التعامل في الشيء المستقبل طالما اتجهت إليه نية المتعاقدين ابتداء و لم يكن مبنيا على غرر كما نصت عليه المادة 1/92 من القانون المدني الجزائري و تجنبا للغرر الذي قد يلحق بالمعاملات فقد اشتط المشرع الجزائري زيادة التشريعات الاخرى أن يكون وجود الشئ في المستقبل باعتباره محلا للعقد أمرا محققا و لكن إذا كان المشرع يعتد بالشئ المستقبل محلا للالتزام و لو كان وجوده محتملا ، فلا يكون إذن العقد باطلا إذا لم يوجد الشيء بل ينقضي الالتزام لاستحالة تنفيذه .

و الغرر هو القدرة على تسليم الشيء ، و مع ذلك فقد تدخل المشرع و أورد استثناء في المادة 2/92 من القانون المدني الجزائري بمنع التعامل في تركة إنسان على قيد لحياة فهذا يعد باطلا ولو برضاه ، إلا في الأحوال المنصوص عليها في القانون مثل الوصية ، و على أية حال و مما يتعلق بشرط الوجود أو الإمكان بالنسبة لمحل العقد المبرم عبر الانترنت نقول أنه لا يبدو لنا تميز هذا الشرط بأية خصوصية [1] .

ثانيا : أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين .

حرصت العقود المتداولة على النص على الشرط ، و قد أكد العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية على وجوب تحديد الصفات الرئيسية للسلع و الخدمات المعروضة المادة 94 من القانون المدني الجزائري و يتم وصف المنتجات محل التعاقد عادة على الخط أي على الشبكة نفسها ، و غالبا ما يكون الوصف مصحوبا بالصورة كما هو الحال في الكتالوج الورقي التقليدي ، كما يلاحظ أن المشتري المحتمل يتلقى بعض الرسائل التي تتضمن تأكيدا لجودة المنتجات المعروضة عليه ، و يبدو أن هذه المسألة تتسم بطابع إعلاني أكثر من اعتبارها التزاما قانونا يقع على عاتق البائع ، ولكنها قد تتمتع بقيمة قانونية إذا نظر إليها باعتبارها التزاما من التاجر بالجودة .

[1]- أنظر : بشار محمود دودين ، الايطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، طبعة أولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006 ، ص 161 – 162 .

و على الرغم من ذلك يلاحظ بصفة عامة أن العقود المتداولة تحرض على تأكيد على أنه من الممكن أن يحدث اختلاف بين وصف المنتج و بين ما هو عليه في الواقع ، و ذلك كمحاولة منه للتخلص من المسؤولية التي قد تنجم عن الاختلاف بين وصف المنتج و بين الواقع ، و لكن يجب أن نؤكد هنا أنه إذا كان بوسع البائع دائما أن يضع هذا الشرط الذي يعفيه من المسؤولية في هذه الحالة فان هذا الشرط لا يسري إذا ارتكب البائع غش أو خطأ جسيما بين الوصف أو الصورة و بين الواقع يتمتع العميل بضمان المطابقة بين المنتج و الصورة و التي تعتبر بمثابة عينة تعتبر عن وصف المبيع .

ثالثا : مشروعية المحل .

إضافة إلى شرط الوجود و التعيين يجب أن يكون المحل مطابق للنظام العام و حسن الآداب و يترتب على هذا الشرط الذي تضمنته المادة 96 من القانون المدني الجزائري بطلان العقد و تتمثل مشروعية المحل في قابليته للتعامل و في عدم مخالفته للنظام العام و الآداب [1] ، و شرط المشروعية يمثل أهم شروط محل العقد الالكتروني ، و ذلك نظرا لكثرة المواقع التي تستغل في ممارسة التجارة الغير مشروعة كالمخدرات و انتحال صفة الغير و اقتحام مواقع الآخرين و هذه التصرفات تكون باطلة بقوة القانون لكونها مناقضة للآداب و النظام العام[2] .

و ينبغي في محل العقد الالكتروني أن يكون متفقا مع القوانين القائمة ، و لا سيما تلك القوانين المنظمة للمنافسة في مجال التجارة الالكترونية ، و كذا قوانين الاستهلاك و القوانين المنظمة للعقود المبرمة عن بعد[3] و بالتالي فانه يحضر الاتجار في الأسلحة و الذخائر ، و كذا الاتجار في الأدوية من غير المتخصصين و الحاصلين على ترخيص بمباشرة مثل هذه الأنشطة ،كما يحضر الاتجار بجسم الإنسان و التعامل في تركة إنسان على قي الحياة .

و لكن يلاحظ أنه نظرا للطابع الدولي للعقود الالكترونية و نظرا لما أدت إليه من تقنيات الاتصال من إلغاء الحدود بين الدول فإن هذه العقود "و إن اختلفت أطرافها و أماكن إبرامها " إلا أنها تتضمن أحكام معينة متماثلة تلقى على عاتق المتعاقدين التزاما مشتركا بالحفاظ على ضوابط معينة

---

[1]- أنظر : د / على فيلالي ، المرجع السابق ، ص 183 .

[2]- أنظر : د / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص 178 .

[3]- Michelle Jean – Baptiste : Créer et Exploiter un Commerce Electronique , Litec , Paris , 1998.

حيث هذه العقود جميعها مشتركة في وظيفة واحدة و هي الحفاظ على الشرعية ، أو ما يمكن تسميته بالوظيفة التنظيمية ، كما أن هذه العقود تفرض على المتعاقدين الالتزام بحماية المعلومات الشخصية .

بيد أن هذا ليس هو الالتزام الوحيد بل هناك العديد من الالتزامات منها ، احترام القوانين و الالتزام بآداب السلوك بصورة عامة و الأدب السلوك بخصوص مسائل معينة ، إلا أنه قد توجد قوانين في بعض الدول تحضر ممارسة بعض التصرفات ، بينما تبيحها قوانين بعض الدول الأخرى [1] ، و هو الأمر الذي يؤدي إلى التعاقد التحايل على القوانين لعدم فعالية مثل هذه القيود ذات الطابع الوطني في ظل الطابع العالمي للشبكة التي لا تخضع لأي نوع من الرقابة و الدليل على ذلك هو حدوث عدد لا يستهان به من التجاوزات التي قد تزيد بطبيعة الحال في المستقبل ، و هذا يتطلب ضرورة تضافر الجهود للتنسيق و التعاون بين الدول سواء على المستوى الإقليمي ، أو الدولي بوضع الحلول القانونية التي تكلف عدم التحايل القوانين الوطنية [2] .

الفرع الثاني : السبب في العقد الالكتروني

لا يتمتع ركن السبب في العقد المبرم عبر الانترنت في أي جانب من جوانبه بأية خصوصية عن ركن السبب في العقد المبرم بالصورة التقليدية ، و على ذلك تستوجب الإشارة إلى أن ما سنذكره عن ركن السبب وفقا لما قررته المبادئ العامة للقانون المدني ينسحب على ركن السبب في العقد المبرم عبر الانترنت ، و على أي حال تعتبر نظرية السبب من أكثر النظريات التي ثار بشأنها الجدل الفقهي : فقد رآها بعض الفقهاء الذين عرفوا باللاسببين نظرية لا فائدة منها ، أما البعض الآخر من الفقهاء فقد تمسكوا بها و اعتبروا السبب ركنا لازما لقيام العقد [3] ، أما موقف المشرع الجزائري يتحدد من خلال الشروط التي يخدع لها السبب بمقتضى أحكام المادتين 97 ، 98 من القانون المدني الجزائري ، فقد أخذ بإزدواجية السبب ، إد لم يتخلى عن النظرية التقليدية باشتراطه وجود السبب ،و أخذ بالنظرية الحديثة إد يطالب بمشروعية السبب ، و قد أشار في المادتين 97-98 إلى سبب التزام و ليس

[1]- أنظر : د / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، المرجع السابق ، ص ، 179 – 180 .
[2]- أنظر : د / أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص ، 123.
[3]- أنظر : د / بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص ، 170 – 172.

سبب العقد ، و هذا ما يجعلنا نعتقد أن المشرع أخد بالنظرية التقليدية فمن خلال ما تقدم يمكن القول أن المشرع الجزائري كان متأثرا بالقضاء الفرنسي و الذي اعتبر السبب ركن من أركان العقد .

أولا : مضمون السبب وفقا لما جاء به المشرع الجزائري .

المقصود بالسبب في مفهوم النظرية التقليدية هو السبب القصدي ، أي الغاية المباشرة ، و السبب هو النتيجة الأولى التي يتحصل عليه المتعاقد عند تنفيذ التزامه ، بالنسبة لهذه النظرية هو سبب الالتزام و ليس سبب العقد[1].

ثانيا : شروط السبب .

نصت عليها المادتين 97 ، 98 من القانون المدني الجزائري و فيما يلي توضيح موجز لهذه الشروط بحسب الآتي :

- **وجود السبب**

فإذا كان سبب الالتزام يتمثل بالغرض المباشر الذي يسعى المتعاقد لتحقيقه ، فإنه يعد وفقا لذلك عنصرا موضوعيا و داخلا في العقد فهو ركن في العقد ، يترتب على تخلفه انعدام العقد فاذا التزم البائع بنقل ملكية المبيع و لم يلتزم المشتري بدفع الثمن فلا ينعقد البيع لتخلف سبب التزام البائع و هو محل التزام المشتري .

- **مشروعية السبب :**

فوجود السبب و إن كان لازما لقيام العقد إلا أنه لا يكفي بذاته ، فلا يصلح أي سبب لكي يكون دعامة للعقد ، و عليه يلزم أن يكون السبب مشروعا ، فان قام رضا المتعاقد على سبب غير مشروع بطل العقد ، و يعتبر السبب مشروعا وفقا لما قضى به القانون المدني الجزائري هو مطابقة المعاملات للنظام العام أو الآداب العامة المادة 97 ، و تظهر أهمية أن يكون السبب مشروعا من حيث أن الباعث الدافع للتعاقد يعتبر عنصرا يدخل في تكوينه فيلاحظ أنه في أغلب الحالات التي لا

[1]-. أنظر : د / على فيلالي ، المرجع السابق ، ص ، 201 – 202 .

يعتبر فيها السبب مشروعا يكون ذلك راجعا إلى عدم مشروعية أو مخالفة الباعث أو الدافع للنظام العام أو الآداب العامة .

- **صحة السبب :**

و يكون السبب صحيحا عندما لا يكون مغلوطا أو صوريا ، و السبب المغلوط أو الموهوم غير موجود أصلا الأمر الذي يؤدي إلى بطلان العقد على هذا الأساس ، أما الصورية فإنها لا تصلح لوحدها لان تكون سببا لبطلان العقد ، و بالتالي لا تكون سببا للبطلان إلا إذا أخفت أمرا غير مشروع ، و في هذه الحالة نكون أمام عدم مشروعية السبب و ليس صورتيه[1].

[1]- أنظر : د / علي فيلالي، المرجع نفسه، ص 203.

المطلب الثالث : شروط صحة العقد الالكتروني .

إن الركن هو الجزء الذي يتركب منه ماهية الشيء ، فهو داخل حقيقته ، إذ لا يتحقق وجود الشيء إلا به و بصحته و من ثمة فإن العقد لا يقوم إلا بهذا الركن و صحته [1]، و على اعتبار أن العقد الالكتروني ينعقد بين متباعدين مكانا ، الأمر الذي يخلق صعوبات عديدة في كيفية التأكد من تحقيق أركانه كا التأكد من شخصية المتعاقد و التحقق من أهليته و كذا التأكد من مشروعية المحل والسبب لكون العقد لا يكون صحيحا إلا بصحتهم و هذا ما سنحاول توضيحه على النحو التالي :

الفرع الأول : وجود أهلية المتعاقد

يشترط لصحة العقد الالكتروني أن تتوفر لدى طرفيه الأهلية القانونية لإبرامه ، إذ يعتبر التحقق من هذا الأمر يسيرا في العقود التقليدية ، التي تتم بين حاضرين أما بالنسبة للعقود الالكترونية و التي تم بين غائبين فالمشكلة تزداد صعوبة و عند رجوعنا إلى القانون المدني الجزائري وجدنا أن المشرع قد سكت عنه بالمرة و لم ينظم هذا النوع من العقود بقواعد خاصة ، رغم أهميتها ، فقد أحالنا إلى القواعد العامة التي تحكم العقود التقليدية ، لذا وجب علينا استظهار هذه القواعد .

أولا : مفهوم الأهلية :

الأهلية بوجه عام تعني قدرة الشخص على الالتزام و على مباشرته شخصيا للتصرفات بما يترتب عليها

من حقوق و التزامات و يميز الفقهاء بين أهليته الأداء و أهلية الوجوب .

1. **أهلية الوجوب** : يقصد بها صلاحية الإنسان للتمتع بالحقوق و تحمل الواجبات التي يقررها

القانون مما يجعلها تتصل بالشخصية القانونية لا بالإرادة و بالتالي تثبت أهلية الوجوب حتى و لو لم تتوافر الإرادة فهي تثبت للصبي الغير مميز و للمجنون .

2. **أهلية الأداء** : تعني صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني عنه و على وجه يعتد به شرعا .

[1]- أنظر : د / على فيلالي ، المرجع السابق ، ص ، 201 – 202 .

و هناك تلازم بوجود أهلية الوجوب مع أهلية الأداء و التي هي من صلاحية الشخص لاستعمال الحقوق التي يتمتع بها إذ يمكن للشخص أن يتمتع بحق و لكنه لا يستطيع استعماله بنفسه كالصغير الذي يتمتع بحق الملكية لكنه لا يستطيع استعمال هذا الحق بنفسه إلا في حدود معينة فهو ناقص لأهلية الأداء لكنه كامل أهلية الوجوب و من هنا :

يتضح إمكانية فصل أهلية الوجوب عن أهلية الأداء فصلا تاما [1] حيث تكون هذه الأهلية كاملة أو ناقصة أو معدومة لأنها تختلف باختلاف أدوار الحياة من جهة و اختلاف سلامة العقل و قدرته على التمييز و الإدراك من جهة أخرى و على اعتبار أنه سيتميز تركيز على الضوء صحة العقد الالكتروني فان ما يهمنا في هذا السياق أهلية الأداء ، فا الأصل في الشخص توافر الأهلية و عكس ذلك يقرر بمقتضى القانون ، فهناك قرينة قانونية على وجود الأهلية و يكون عبء إثبات ذلك على من يدعي عدم الأهلية [2] ، و هذا ما نصت عليه المادة 78 من القانون المدني الجزائري بقولها : " لكل شخص أهل للتعاقد ما لم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون " و تنص المادة 45 من القانون المدني الجزائري على : " ليس لأحد التنازل على أهليته و لا لتغيير أحكامها " وقد نصت المادة 40 من القانون المدني الجزائري ، "كل شخص بلغ سن الشد متمتعا بقواه العقلية و لم يحجر عليه ، يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية وسن الرشد تسعة عشرة 19 سنة كاملة "و لقد ربط القانون قدرة الإنسان على التصرف بمرحلة سنة ، الذي يمر حسب القانون بثلاثة مراحل .

- **مرحلة انعدام الأهلية :**

تكون تصرفات الإنسان في هذه المرحلة باطلة و غير معتبرة ، و كذلك تعتبر عباراته لاغيه وهذا يكون في الصبي غير مميز و تبدأ هذه المرحلة من العام الأول للولادة حتى اكتمال سن الثالثة عشر حيث نصه المادة 42 من القانون المدني الجزائري على : " لا يكون أهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التميز لصغر السن ... يعتبر غير مميز من لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة " و في هذه المرحلة فان تصرفات الشخص الذي لم يبلغ ثلاثة عشرة سنة تعتبر باطلة بطلان مطلقا لأنه عديم الأهلية حسب نص المادة 42[3].

[1]- أنظر : د / سمير حامد عبد العزيز الجمال ، مرجع سابق ، ص 184 .

[2]- أنظر : د / خليل أحمد حسن قداده ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994 ، ص 46 .

- **مرحلة نقصان الأهلية :**

تثبت في هذه المرحلة أهلية الأداء للشخص ، فتجوز تصرفات ناقص الأهلية في حدود ما ثبت له منها و تمتد المرحلة من اكتمال السن ثلاثة عشرة حتى اليوم قبل الأخير من السنة التاسعة عشرة حيث نصت المادة 43 من القانون المدني الجزائري على : "كل من بلغ سن التمييز و لم يبلغ سن الرشد يكون ناقصا للأهلية وفقا ما يقدره القانون " .

و نجد أن الفقهاء قد فرقوا أعمال ناقصي الأهلية إلى أعمال أو تصرفات نافعة نفعا ، تعتبر تصرفات صحيحة ، لأنها لا تؤثر سلبا على ذمته المالية أو مركزه القانوني بالعكس يمكنها أن تزيد من ذمته المالية كأن يقبل [1] هبة من أحد الأشخاص و التي تزيد من الجانب الإيجاب لذمته .

- تصرفات أو أعمال ضارة و هي تصرفات باطلة بطلانا مطلقا ذلك أن هذه الأخيرة يمكن أن تؤثر سلبا على ذمته المالية ،كأن يهب ناقص الأهلية شيئا من ماله لشخص بدون مقابل حيث نجد أن هذه التصرفات الضارة تفسر لصالحه و هي باطلة بطلانا مطلقا و يقضي بها القاضي من تلقاء نفسه .

- تصرفات أو أعمال دائرة بين النفع و الضرر و هي تعتبر قابلة للإبطال فيستطيع الولي أو الوصي أن يطالب بإبطالها إذا كانت في غير مصلحة ناقص الأهلية كعقد البيع و عقد الإيجار .

1- مرحلة كمال الأهلية :

تكتمل أهلية الشخص ببلوغه سن الرشد أي تسعة عشرة سنة كاملة إلى غابة و فاته و تصبح تصرفات الإنسان صحيحة ، الضارة منها و النافعة كما نصت عليه المادة 40 من القانون المدني الجزائري غير أن نفس المادة و ضعت استثناء و هي أن يكون بالغا متمتعا بكامل قواه العقلية غير محجور عليه أو مصاب بعارض من عوارض الأهلية وهي : الجنون ، السفه ، العتة و الغفلة .

1- [1]- أنظر : نفس المرجع ، ص 48 .

ثانيا : وسائل التحقق من الأهلية في العقود الالكترونية :

لانعقاد العقد الالكتروني صحيحا يتوجب على أطراف المعاملة التدقيق في مسألة الأهلية بأية وسيلة متاحة لاحتمال ورود بيانات غير صحيحة من طرف أحد المتعاقدين ، الشيء الذي يؤثر بالتأكيد على صحة التعاقد ، سيما إذا تبين فيما بعد عدم توفر الأهلية لذي أحد المتعاقدين أو كلاهما .

لقد ألزم مشروع العقد النموذجي " اليونسترال " في فصله الأول تحت عنوان " اتفاقية " البند الأول منه الموجب بإدخال بياناته الكاملة و هي اسم الشركة و عنوانها ، رقم سجلها التجاري ، سجلها المهني و رقم الهاتف الفاكس و عنوان البريد الالكتروني ، كما ألزم القابل بإدخال نفس البيانات للتعريف بهويته أما التوجيه الأوربي رقم 31-2000 الصادر في 2000.01.08 بشأن التجارة فقد تطلب ضرورة تحديد كافة عناصر تحديد الهوية بما في ذلك الأهلية القانونية ، لكن قد يتحايل أحد الطرفين و يعطي معلومات خاطئة ، فما هي وسائل التحقق من صحة هذه المعلومات ؟

أمام تطور التقنيات المستعملة في التعاقد الالكتروني ، فان مسألة التحقق من أهلية المتعاقد بمثل هذه التقنيات هي مسألة فنية دقيقة ، تستدعي تكاثف جهود علماء متخصصين وفقهاء القانون الدارسين لهذا المجال ، بغية البحث عن وسيلة تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين [1] .

حتى الآن عجز العلماء و التقنيين من إيجاد وسيلة تقنية تضمن التحقق من أهلية المتعاقدين في المجال الالكتروني ، إلا أنه توجد وسائل احتياطية و أخرى تحذيرية يمكن استخدامها للتقليل من الوقوع في فخ العقود المبرمة من طرف ناقضي الأهلية أو عديمها و هي البطاقة الالكترونية ، التوقيع الالكتروني ، جهات التوثيق الالكتروني .

1- البطاقة الالكترونية :

[1]- أنظر : د / محمد سعد خليفة ، المرجع السابق ، ص 70.

تتمثل البطاقات الالكترونية في رقائق الكترونية تحتوي على وحدات و شرائح فائقة القدرة على تخزين جميع البيانات الخاصة بحاملها مثل الاسم و السن ، محل الإقامة و المصرف المتعامل معه ، فهي حاسوب متنقل لاحتوائها على مجمل البيانات الشخصية لحاملها و الرقم السري له .

كانت هذه البطاقة أحسن وسيلة لتخزين المعلومات الخاصة بصاحبها لتزويدها بعدة عناصر للحماية من عمليات التزوير و منع الغير من استعمالها في حالة سرقتها ، و تستعمل بكثرة في أوربا و الولايات المتحدة الأمريكية و اليابان [1] ، إلا أن القرصنة الالكترونية بلغت ذروتها من خلال استعمال المتقنين لها لأحدث الطرق و الأساليب الالكترونية للولوج في البيانات السرية للغير ، للاستيلاء على أموالهم و استعمال بياناتهم في أعمال غير مشروعة ، لذا لم تعد هذه الوسيلة تضمن التحقق من أهلية الطرف الأخر ، لذا ظهر ما يسمى بالتوقيع الالكتروني.

2- التوقيع الالكتروني :

لم تعد الوسيلة التقليدية في إثبات توثيق العقود و هي التوقيع الخطي مناسبة للمعاملات و المبادلات الالكترونية ، لذا يرى البعض أنه من الأنسب اللجوء إلى تقنية التوقيع الالكتروني لتحديد هوية الشخص المتعاقد .

لكي يحقق التوقيع الالكتروني وظيفته بتحديد هوية الشخص الموقع ، فان التشريعات المعاصرة تبنت و سائل التكنولوجيا المتطورة ، و التي تضفي التوقيع الالكتروني مواصفات و مقتضيات تضمن تحديد هوية الموقع و التزامه بمضمون السند الذي وقع عليه ، و في هذا الصدد يشير جانب من الفقه إلى أن التوقيع الالكتروني يحقق هذه الوظيفة بفضل السرية التي يتسم بها ، إذ تجعله أكثر أمانا و دقة من التوقيع التقليدي الذي يتم بخط اليد ، حيث يعد استخدام الرقم السري قرينة على صدور التوقيع من المدين ، لأنه الشخص الوحيد الذي يعلم هذا الرقم و يمنع عليه إفشاؤه[2].

و قد تباينت التعريفات التي أعطيت للتوقيع الالكتروني إذا اهتم البعض ببيان الوسائل التي يتم بها ، بينما اهتم البعض الآخر بالوظائف و الأدوار التي يضطلع بها .

---

[1]- أنظر : د / سمير حامد عبد العزيز ، المرجع السابق ، ص299.

[2]- أنظر : أمير فرح يوسف ، عالمية التجارة الالكترونية و عقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري الالكتروني ، المكتب الجامعي الحديث ، الإسكندرية ، 2009 ، ص 300.

و أول هذه التعريفات التعريف الوارد في القانون الفيدرالي الأمريكي المتعلق بالتجارة الالكترونية الصادرة في 2000.06.20 و الذي ذهب إلى أن : " التوقيع الالكتروني عبارة عن : أصوات أو إشارات أو رموز أو أي إجراء يتصل منطقيا بنظام معالجة المعلومات الكترونية ، و يقترن بمتعاقد أو مستند أو محرر ، و يستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر " [1] .

و قد عرف القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية لعام 2001 [2]التوقيع الالكتروني بأنه: " بيانات في شكل الاكتروني مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا ، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الوقع بالنسبة إلى رسالة البيانات ، و لبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات ".

فالتوقيع الالكتروني يعرف عامة بكونه " طريقة إيصال مشفرة تعمل على توثيق المعاملات التي تتم عبر الانترنت "[3].

على هذا الأساس فان التوقيع الالكتروني عبارة عن إشارات أو رموز أو حروف مرخص بها من الجهة المختصة باعتماد التوقيع ، و مرتبطة ارتباطا وثيقا بالتصرف القانوني بحيث تسمح بتمييز شخص صاحبها تحديد هويته ، و تكشف دون غموض عن رضائه بهذا التصرف القانوني[4] .

خلال هذا التعريف يمكن التواصل لأهم الخصائص التي يتميز بها التوقيع الالكتروني و هي :

1.2 أن التوقيع الالكتروني لا يقتصر على الإمضاء أو بصمة أصابع بل يشمل عدة صور غير مصورة كالصور،الحروف،الأرقام،الرموز،الإشارات و حتى الأصوات،شرط أن تكون ذات طابع شخصي[5].

و قد اهتدى رجال الصناعة إلى أهمية و خطر التوقيع الالكتروني و اكتشفوا عدة أساليب تعتمد على الخصائص الفيزيائية و السلوكية للأفراد منها :

---

[1]- أنظر : محمد بودالي ، التوقيع الالكتروني ، المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 26 ، 2003 ، ص 49 – 64 .

[2]- صدر القانون النموذجي الخاص بالتوقيعات الالكترونية لعام 2001 عن لجنة الامم المتحدة للقانون التجاري اليونسترال في أعمال دورتها الرابعة والثلاثين المنعقدة في فيينا سنة 2001 ،يمكن الاطلاع على هذا النص بالعتين العربية و الفرنسية ،على الموقع www.Unicitral . org. Stalle / ml – elecsiç – a paf .

[3]- أنظر : محمد خالد جمال رستم ، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الالكتروني في العالم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006 ، ص 39 .

[4]- أنظر : د / حسن عبد الباسط جمعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم غبرامها عن طريق الانترنت ، دار النهضة العربية ، مصر ،دون سنة نشر ، ص 34 .

[5]- أنظر : د / علاء محمد عبد نصيرات ، حجية التوقيع الالكتروني ، دار الثقافة ، عمان 2005 ، ص 31 .

- البصمة الشخصية – L'empreinte Digitale

- التوقيع الشخصي – La Signature Dynamique

– طريقة مسح العين البشرية –La Reconnaissance

التعرف على الصورة الضلية par l'Ires – La Connaissance par la Silhouette[1)]

2.2 إن التوقيع الالكتروني يتم عبر وسيط الكتروني من خلال أجهزة الحاسب الآلي .

3.2 وجوب تدخل طرف ثالث أو " الغير الثقة " Tiers de Confiance ، و الذي يقوم بدور الوسيط بين أطراف التصرف القانوني ، لضمان سلامة المحرر الالكتروني من العبث و التحريف ، و هذا الطرف

الثالث يضمن توثيق التوقيع و يعمل على تحديد هوية صاحبه ، و قد عهدت هذه المهمة في الدول التي نضمت التوقيع الالكتروني لجهات تسمى بمقدمي التصديق أو الترسيم :Les service « Prestataires de certification ou les services de certification et d'authentification » و هي عبارة عن أشخاص طبيعية أو اعتبارية ترخص لها السلطات المختصة باعتماد التوقيع الالكتروني[1].

3. جهات التصديق الالكتروني :

قد يلجأ المتعاقدين عبر وسائل الاتصال الحديثة إلى الاستعانة بوسيط الكتروني ، يتمثل في طرف ثالث محايدا [2]يسمى جهات التصديق أو سلطات الإشهار ، تتولى مهمة تنظيم العلاقة بين أطراف العقد الالكتروني ، و ذلك بالتأكيد من هوية الطرفين و أهليتهم القانونية ن ثم إصدار شهادة مصادق عليها تتضمن

[1]– أنظر : منير محمد الجنيهي و ممدوح محمد الجنيهي ، تبادل الالكتروني للبيانات ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 ، ص 26– 27

[2]– أنظر : محمد بودالي ، مرجع سابق ، ص 58 .

كافة المعلومات حول أطراف العقد الالكتروني[1] .

في الواقع يقتضي التصديق الالكتروني وجود جهتين ، الجهة الأولى هي سلطة إصدار شهادات التوقيع الالكتروني ، و التي تحتفظ سلطاتها في مراقبة المفتاح الخاص بصاحب التوقيع ، و جهة ثانية هي السلطة التي تودع لديها مفاتيح الشفرات ، و التي على أساسها يمكن إعادة وضع المفتاح الخاص لحائزه بناء على طلبه في حالة فقدانه أو تلفه .

و قد تم تنظيم هذه الخدمة في العديد من القوانين الصادرة بشأن التجارة الالكترونية ، منها التوجيه الأوربي رقم 1999/93 للتوقيعات الالكترونية [2] و الذي عرف مصدر خدمات التصديق ب : الشخص الطبيعي أو الكيان القانوني الذي يصدر الشهادات أو يوفر الخدمات الأخرى المتعلقة بالتوقيعات الالكترونية " ، و كذا القانون التونسي رقم 83 لسنة 2000 الذي أنشأ " الوكالة الوطنية للمصادقة الالكترونية " ، كما عرف إجراءات التوثيق كل من القانون الأردني رقم 15 لسنة 2001 المتعلقة بالمعاملات الالكترونية و كذا القانون الإماراتي رقم 2 لسنة 2002 .

وقد نظم قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية لعام 2001 الجهة التي تقوم بتحديد التوقيع الالكتروني و الوجبات التي يتحملها الموقع و ما يبدله من عناية حيال توقيعه ، و قد سايرت العديد من الدول هذا القانون ، و اقتبست من أحكامه ، فقد عدل المشرع الفرنسي القانوني المدني لسنة 2000، و أعطى للمستندات الالكترونية قوة المستندات العادية ، كما أصدر قانونا ينظم إجراءات و قواعد التوقيع الالكتروني عام 2001 .

الفرع الثاني : عيوب الإرادة في العقد الالكتروني .

من المقرر وفقا للقواعد العامة و ما وردت به نصوص القانون المدني الجزائري أنه يجب لتمام الإبرام العقد وجود إرادتين متطابقتين ، أي إيجاب و قبول مطابق له عن تراضي صحيح ، و يتحقق صحة التراضي إذا كانت إرادة كل من الطرفين صادرة من ذي أهلية و خالية من العيوب إلا أصبح العقد قابلا للإبطال .

[1]- أنظر : رحيمة الصغير ساعد نمديلي ، العقد الإداري الالكتروني ، (دراسة تحليلية و مقارنة) دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 ، ص 79

[2]- أنظر : Sophie Bruffin –Bricca ,Laurance caroline henry,anna droit , LMD,2008.OP.Cit -1

إن الأخذ بعيوب جاء لحماية حرية التعاقد و ضمان استقرار التعامل و إضعاف القوة الملزمة للعقد ، بحيث يكون أطراف العقد في الغالب في وضع غير متوازن من حيث الخبرة الفنية في التعامل ، لهذا تتاح للمتعهد الفرص المتعددة في خداع المستفيد وجره إلى قبول العقد ، و عليه فان تطبيق أحكام عيوب الإرادة تعمل على إعادة التوازن بين أطراف العقد [1]. لذلك سوف تقتصر في هدا الموضوع على عيوب الإرادة و المتمثلة في عيب التدليس و الغلط الاستغلال و الإكراه في نطاق العقد الالكتروني من خلال أثر البيئة الالكترونية التي تعيب إرادة المتعاقدين في مجال إبرام العقد الالكتروني .

أولا- عيب الغلط

عيب الغلط و يقصد به وهم يقوم في ذهب الشخص يجعله يتصور الواقع على خلاف حقيقته هو يؤدي إلى بطلان العقد إذا نصت على ماهيته أو شرط من شرط الانعقاد ، أو على محل العقد [2] .

و عيب الغلط في التعاقد الالكتروني أمر متصور الحدوث فمثلا قد يتوهم أحد المتعاقدين إن الطرف الآخر معروف ليه واليد بتقييم منتجات تصنع بطريقة بدوية مثلا و أنه يرغب في التعاقد معه لمهارته و خبرته ، لم يتضح أن المتعامل معه شخص غير معروف لتشابه الأسماء أو لتشابه موقع الويب الذي يعرض نفس السلعة ، فهنا يكون قد وقع في غلط و مثال على ذلك أيضا أن يطلب شخص استئجار السيارة من أحد الشركات العالمية عبر موقع الويب المحدد لها على الانترنت فتقوم الشركة بإرسال السيارة المطلوبة و معها عقد الملكية على أساس أنه عقد بيع يعد العقد باطلا باختلاف طبيعة العقدين .

و يخرج عن نطاق الغلط الذي يعيب الإرادة الغلط المانع و الغلط المادي ، أما الغلط الذي نقصده في التعاقد الالكتروني فهو الغلط الذي لايؤثر في وجود الإرادة و إنما يعيب تكوينها فقط ، و هنا يطرح التساؤل بشأن حالة الغلط في إبلاغ الرسالة الالكترونية و في الإعلان عبر شبكة الانترنت ، و مثال ذلك أن يعرض تاجرا في إعلانه عن بيع سيارات من نوع معين بمبلغ مثلا للسيارة الواحدة و لكن يقع تحريف في الرسالة الالكترونية فيظهر على موقع الانترنت مغاير تماما .

[1]- أنظر : د / فوزي حمد خاطر ، عقود المعلوماتية ، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني " ، (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية ، و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2001 ، ص 19 .

[2]- أنظر : د / خالد ممدوح ، المرجع السابق ، ص 145 .

ثانيا – عيب التدليس :

التدليس هو : " إيهام الشخص بأمر مخالف للحقيقة ، عن طريق استعمال احتيالية ، بقصد دفعه إلى إبرام العقد " ، هذا ما نصت عليه المادة 86 من القانون المدني الجزائري ، و يكفي لقيامه مجرد كتمان واقعة أو ملابسته ، اذ تبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة وهذه الملابسة نوعان الأول ايجابي يتمثل في القيام بوسائل احتيالية بغرض إيقاع المتعاقد في غلط يدفعه إلى المتعاقد ، و الثاني سلبي و هو سكوت أحد المتعاقدين عن ذكر بيانات معينة إذا كان من شأن العلم بها المتعاقد الآخر عن إبرام العقد [1] .

و من شروط الإبطال للتدليس دافعا إلى التعاقد ، و صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به أو إمكان العلم به ، و قد تطورن نظرية التدليس ، بفضل الفقه و القضاء الفرنسي واتسع مداها ليستوعب الكذب و الكتمان ، و لذلك يثور التساؤل هل تعتبر الإعلانات الالكترونية الكاذبة أو المضللة تدليس ؟

خاصة أن الإعلانات التجارية عبر شبكة الانترنت أصبحت أحد أهم المعالم البارزة لعصر ثورة الاتصالات و المعلومات ، و بحكم انتشارها و تنوع أساليبها تؤثر في سلوك المستهلك بل قد تحرضه على التعاقد للحصول على منتج أو خدمة لا يحتاج إليه حقيقة .

و عليه نرى أن الكذب في الإعلانات و الدعاية الالكترونية للمنتجات أو الخدمات يدخل في مجال التدليس طالما تجاوز الحد المألوف و كان مؤثرا في إرادة المدلس عليه و دافعا إلى التعاقد ، و يعطي للمدلس عليه الحق في طلب إبطال العقد لتعيب إرادته .

و طرق الغش و التدليس في التعاقد الالكتروني كثيرة و متنوعة و من أهمها استعمال العلامة التجارية لشخص آخر ، و تعمد نشر بيانات و معلومات غير صحيحة على الموقع عن سلع أو خدمات بقصد ترويجها ، أو استخدام بطاقة غير مملوك له .

و من أشهر طرق الغش و التدليس المستخدمة عبر الانترنت إنشاء موقع وهمي على الانترنت لاوجود له على الإطلاق ، و هو أمر متصور الوقوع في المعاملات الالكترونية .

في التعاقد الالكتروني يعتبر السكوت تدليسا كقاعدة عامة و لا يقتصر الأمر على حالات العقود بين المهنيين و المستهلكين ، بل تنطبق القاعدة حتى في علاقات المهنيين ، بحيث يمكن الحد من

[1]– أنظر : د / خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 139 .

ظاهرة الغش و التدليس في التعاقد الالكتروني عن طريق تنشيط دور جهات التوثيق الالكتروني أو مقدم خدمة التوثيق فدورها ليس قاصرا على مجرد التأكد من صحة و نسبة صدور الإرادة التعاقدية الالكترونية إلى منشئها ، بل التأكد من جدية الإدارة و بعدها عن وسائل الغش و التدليس ، و يكون ذلك عن طريق قيام هده الجهات بتعقب المواقع التجارية على الانترنت للتحري عنها و عن جديتها ، و مصداقيتها في التعامل فإذا تبين لها عدم توافر الثقة و الأمان في المواقع فإنها تقوم بتوجيه رسائل تحذيرية للمتعاملين عبر الشبكة توضح فيها عدم مصداقية الموقع و أنه وهمي لا وجود له .

و في هذا المجال نجد بعض مشرعي الدول عند إصدارهم قوانين تنظيم العقود و المعاملات الالكترونية نصوا على أحقية المستهلك في إرجاع المنتج خلال المدة المحددة قانونا ، وهذا ما قرره بالفعل ، قانون الاستهلاك الفرنسي و القانون الأمريكي و التونسي للمعاملات الالكترونية .

إن حق العدول في التعاقد لا يختلف مع نظرية عيوب الإرادة فلكل منهما مجاله و شروطه الخاصة فا لأول أي حق العدول يهدف إلى جعل رضا المتعاقد رضا متمهلا غير متسرع فيه .

أما عيوب الإرادة فتحمي رضا المتعاقد من حيث كونه رضا حرا صحيحا ، و لذلك إذا وقع المستهلك ضحية أعمال غش و تدليس مع البائع مثلا بقصد التأثير في رضائه ، ففي هذه الحالة قد يثبت للمتعاقد حق العدول في تعاقده من خلال المهلة المحددة ، إذا توافرت الشروط المطلوبة ، كما يكون له أيضا المطالبة بإ بطال العقد استنادا إلى نظرية عيوب الإرادة إذا توافرت سائر شروطها .

ثالثا : عيب الإكراه .

يعرف الإكراه بأنه : " ضغط مادي أو أدبي يقع على الشخص فيولد لديه رهبة أو خوف يحمله على التعاقد "[1]. و الإكراه مستبعد في التعاقد الالكتروني أو على الأقل غير متصور لان التعاقد الالكتروني يتم بين الطرفين يفصل بينهما مكان و يجمعهما مجلس عقد حكمي و ليس حقيقيا . و إن كان من الممكن حدوثه أحيانا بسب بالتبعية الاقتصادية ، حيث يضطر المتعاقد إلى إبرام العقد تحت ضغط العوز الاقتصادي و يمكن تصور ذلك بصدد توريد المنتج و احتكار إنتاجه ثم بيع قطع غيار بشروط مجحفة و يضطر العميل إلى قبولها بحيث لا بديل أمامه سوى قبول ذلك [2] .

[1]- أنظر : د / رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 126 .

[2]- أنظر : د / خالد ممدوح ابراهيم ، المرجع السابق ، ص 148 .

إن هذا الغلط و إن كان يبدو أنه مجرد غلط مادي ، فلا يكون له بالتالي أي دور في تكوين الإرادة حيث طرأ في تكوينها و من ثم لايؤثر في تكوين العقد الالكتروني ، و إنما يلزم تصحيح هذا الغلط المادي فقط المادة 84 من القانون المدني الجزائري ، لكن في حقيقة الأمر إن هذا الغلط المادي قد رتب غلط آخر و هو وجود تحريف في نقل الإرادة ، فهنا لا نكون بصدد غلط طرأ بعد تكوين الإرادة ، و إنما غلط في نقلها على غير مقصدها .

و في هذه الحالة فان العقد الالكتروني لا ينعقد لعدم تطابق الإرادتين .

رابعا : عيب الغبـــن .

الغبن هو : " عدم التعادل بين التزامات كل من المتعاقدين في العقد الملزم للجانبين " و الغبن إما أن يكون يسيرا و إما أن يكون فاحشا [1] و يشترط في الغبن أن تتوافر فيه شرائط الاستغلال المنصوص عليه في المادة 90 من القانون المدني الجزائري ، و منها العنصر النفسي و هو استغلال الطيش البين أو الهوى الجامع و الحكمة من ذلك أن المشرع أراد أن يحيط العقود بالأمن و الاستقرار .

[1]- أنظر : د / فوزي حمد خاطر ، المرجع السابق، ص 25 .

الفصل الثاني
تنفيذ العقد
الإلكتروني

إذ قام العقد الالكتروني صحيحا ، فانه كغيره من العقود الأخرى يدخل حيز النفاذ و يرتب أثاره القانون في ذمة طرفيه باعتبار أن العقد يمر بمرحلتين ، هما ولادته بتوافر أركانه و شروط صحته و هو ماكان موضوع بحثنا في الفصل الأول ، و مرحلة أثار العقد التي لا تقل أهمية عن المرحلة الأولى باعتبارها مرحلة يتم فيها تجسيد القوة الملزمة للعقد ، و التي تشمل تنفيذ التزامات كل طرف من طرفيه و طرق ذلك[1].

فاخترت عقد البيع كنموذج للدراسة من بين العقود الالكترونية و ذلك لأهميته باعتباره من الأكثر العقود استخداما في مجال المعاملات الالكترونية كونه الوسيلة المفضلة لتنمية اقتصاديات الدول النامية في عالم تتباين و تختلف فيه النظم القانونية مند زمن بعيد .

و من أجل ذلك قسمنا هذا الفصل إلى مبحثين ، نتناول في المبحث الأول دراسة التزامات البائع لنتعرض إلى التزامات المشتري مع التركيز على خصوصية العقد الالكتروني و في المبحث الثاني ضمانات وجزاء الإخلال بالعقد الالكتروني .

[1]- أنظر : د / حمودي محمد ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي ، المبرم عبر الانترنت ، رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم ، التخصص القانوني ، كلية الحقوق تيزي وزو ، ، جامعة مولود معمري ، 1009، ص 375.

المبحث الأول: تحديد التزامات طرفي العقد الالكتروني

تنقسم العقود الالكترونية من حيث كيفية تنفيذها إلى نوعين منها ما يبرم عبر الانترنيت وينفذ خارجها حيث يشمل هذا النوع العقود التي يكون محلها الأشياء المادية التي يقتضي تسليمها في بيئة مادية ، والنوع الأخر من هذه العقود ما يبرم وينفذ عبر شبكات الاتصال ذاتها ، حيث يشمل العقود التي يكون محلها الأشياء غير المادية وتقديم الخدمات ، ومنها عقود الاشتراك ي الانترنيت وعقود في بنوك المعلومات وعقود الإعلانات وغيرها.

وغالبا ما يتم دفع مقابل السلعة أو الخدمة عبر هذه الشبكات ، لذلك سأتناول هذا المبحث في ثلاث مطالب ، المطلب الأول التزامات البائع في تسليم محل العقد بشكل يسمح للمتعاقد معه تحقيق غرضه منه ، كما يلتزم أيضا بالضمان بأن يسلم محل عقد تسليم بمكن المتعاقد من الانتفاع به على الوجه المقصود في مطلب ثاني و في المقابل نجد أن المشتري ملزم بدفع ثمن السلعة أو مقابل الخدمة ، و يتم ذلك بطريقة الكترونية تتفق مع حداثة هذه العقود ، كما يلتزم بتسليم السلعة أو الخدمة المتعاقد بشأنها في المطلب الثالث .

المطلب الأول: تنفيذ التزامات المعلن [البائع]

قد يكون محل التزام المتعاقد على شبكة الانترنيت تسليم سلعة ما وقد يلتزم بأداء خدمة ، وسوف نتناول كلا الالتزامين في الفرعين التاليين:

الفرع الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة

تنص المادة 167 من القانون المدني على أن:"الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم" ويصدق هذا النص على كل العقود الناقلة لحق عيني ،كعقد البيع مثلا [1] ونظرا لآن الالتزام بالتسليم يتفرع عن الالتزام بنقل الملكية فإن تبعة الهلاك مرتبطة بالتسليم وليس بانتقال الملكية، فالبائع في عقد البيع هو يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث قبل التسليم ولو كانت الملكية قد انتقلت فعلا إلى المشتري ، والمشتري هو الذي يتحمل تبعة الهلاك الذي يحدث بعد التسليم و لو لم تكن الملكية قد انتقلت إليه فعلا من

[1]- ولا ينطبق هذا الحكم على نقل الحقوق العينية العقارية التي يتشرط القانون فيها الشكل الرسمي لانعقاد العقد ، و هذا ما لما يمكن تحقيقه في العقود المبرمة بالوسائل الالكترونية .

البائع ، و مرد ذلك هو أن الالتزام بالتسليم هو التزام بتحقيق نتيجة و ليس فقط الالتزام ببذل عناية ، فما لم يتم التسليم فعلا لا يكون قد نفذ التزامه[1].

في موضوع التسليمّ ، تنص المادّ 364 من القانون المدني على أنه:"يلتزم البائع بتسليم الشيء المبيع للمشتري في الحالة التي كان عليها وقت البيع"وحسب هذه المادة فان موضوع التسليم هو الشيء المبيع ، و الذي قد يكون سلعة ذات كيان مادي محسوس كالمعدات و الأجهزة الكهربائية ، و قد تكون أشياء ذات كيانات معنوية أو اعتبارية ليس لها وجود مادي ملموس ، مثل برامج الكمبيوتر وقواعد البيانات أو القطع الموسيقية و غيرها، فيمكن في هذه الحالة أن يكون التسليم بالوسائل الالكترونية ، بحيث يمكن نقل هذه البيانات أو المعلومات الالكترونية إلى المتعاقد بدون اللجوء إلى الطرق التقليدية في التسليم [2] .

و فيما يتعلق بحال المبيع ،ينبغي أن يتم تسليم المبيع على الحالة التي كان عليها وقت البيع ، فإذا كانت السلعة ذات كيان مادي و كان المبيع شيئا معنيا بالذات ينبغي أن يتم تسليمه بذاته ، أما إذا كان المبيع معينا بنوعه فيرجع لاتفاق متعاقدين على درجة جودة الشيء ، فإن لم يتفقا و لم يكن من الممكن استخلاص ذلك من العرف أو من ظرف أخر التزم البائع بتسليم صنف متوسط الجودة.

أما إذا كانت السلعة ذات كيان معنوي كالمعلومات مثلا ، فيشترط فيها أن تكون حديثة وشاملة بحيث يحرص المتعاقد على إضافة كل جديد من المعلومات التي تتعلق بالمجال الذي يهتم به المتعاقد من اجله أقدم على إبرام العقد ، من جهة كما عليه أن يغطي تماما مجال محل العقد .

فالعقد الذي يكون محله تقديم معلومات خاصة بتطورات قيمة الأسهم في البورصة ، يلتزم بموجبه المورد بأن يقدم كل المعلومات المتعلقة بهذا المجال وفق آخر التطورات المسجلة .

أما فيما يتعلق بمقدار البيع ، فقد عالج المشرع حالة نقص البيع أو الزيادة فيه في المادة 365 من القانون المدني التي تنص على أنه :"إذا عين في عقد البيع مقدار المبيع كان البائع مسئولا عما نقص منه بحسب

---

[1]- أنظر : د / محمد أمين الرومي ، مرجع سابق ، ص 118 .

[2]- تكون معظم هذه الأشياء خاضعة لحماية خاصة في القوانين المتعلقة بالملكية الفكرية والصناعية والأدبية وتجدر الإشارة في هذا الصدد إلى أن مسألة الملكية الفكرية هي واحدة من التحديات التجارة الالكترونية و تظهر هذه المشاكل خاصة في العقود الالكترونية الخاصة برخص المنتجات المباعة و المخزنة داخل النظم التقنية كجزء من المبيع وتثور أيضا مشكلة رخص الملكية الفكرية المغلفة مع المبيع وكذلك حقوق الفكرية الملكية في ميدان النشر الالكتروني خاصة مع تزايد الاستيلاء على تصاميم التي يستخدمها موقع ما وحقوق الملكية الفكرية على أسماء المواقع وعلى ملكية مواقع نفسها وحقوق الملكية الفكرية بالنسبة للعلامات التجارية للسلع و الأسماء التجارية و كذلك حقوق المؤلفين على محتوى البرمجيات التقنية التي تنزل على الخط أو تسوق عبر مواقع التجارة الالكترونية إن كل هذه المشاكل استلزمت مراجعة شاملة للقواعد القانونية الخاصة بالملكية الفكرية وربطها بالأنشطة التجارية الدولية في ميدان البضائع و الخدمات ، لمزيد من التفصيل انظر المحامي يونس عرب تجارة الكترونية ، مرجع سابق ، www.arablaw.org.

ما يقضي به العرف غير انه لا يجوز للمشتري أن يطلب فسخ العقد لنقص في البيع إلا إذا أثبت أن النقص يبلغ من الأهمية درجة لو كان يعلمها المشتري لما أتم البيع.

و بالعكس إذا تبين أن قدر الشيء المبيع يزيد على ما ذكر بالعقد ، و كان الثمن مقدرا بحسب الوحدة وجب على المشتري إذا كان المبيع غير قابل للتقسيم أن يدفع ثمنا زائد إلا إذا كانت الزيادة فاحشة ، و في هذه الحالة يجوز له أن يطلب فسخ العقد ، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يخالفه".

أما عن كيفية التسليم في العقود الإلكترونية فيتم بوضع المبيع تحت تصرف المتعاقد بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عاتق و لو لم يستلمه ماديا ، ما دام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه ، و غالبا ما يتم ذالك عبر البريد ، و من المتصور هنا أن تحدث بعض الصعوبات التي قد تتسبب في تأخر التسليم .

الملاحظ بالنسبة للعقود المبرمة عن طريق الانترنيت أن تسليم الأشياء ذات الطابع المعنوي يتم بقيام البائع بتمكين المشتري من تحميل برامج الكمبيوتر محل العقد مثلا على القرص الصلب الخاص به أو القيامة بعرض الفيلم الذي يريد المتعاقد مشاهدته على شبكة الانترنيت ، بحيث يتمكن هذا الأخير من مشاهدته [1] .

أما زمان التسليم ، فقد ترك القانون الحرية للمتعاقدين في تحديد زمان التسليم فقد يكون ذلك فور إبرام العقد أو بعد إبرامه في اجل معين أو في آجال متتالية ، فإذا لم يوجد اتفاق على زمان التسليم ، فيجب أن يتم التسليم فور الانتهاء من إبرام العقد ، ويمكن أن يتأخر التسليم بعض الوقت بحسب ما يقضي به العرف و طبيعة المبيع .

و بخصوص مكان التسليم فقد نصت المادة 368 من القانون المدني على أنه : " إذا وجب تصدير المبيع إلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك ، " فطبقا لهذا النص فان التسليم يتم حيث يوجد موطن البائع طبقا للقواعد العامة ، و يترتب على ذلك أن تبعة الهلاك أثناء الطريق تكون على البائع و ليس على المشتري لأن التسليم لم يتم بعد ، و يمكن أن يتم التسليم بالنسبة للعقود التي يكون محلها شيئا معنويا في صندوق البريد الإلكتروني ، كمن يشتري كتابا أو مقالا أو قطعة موسيقية و يتم الاتفاق على أن التسليم يكون عن طريق تحميلها أو إرسالها في شكل إلكتروني[2].

و تكون نفقات تسليم المبيع على البائع في الأصل إلا إذا اتفق الطرفان على خلاف ذلك .

---

[1]- أنظر : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع السابق ، ص 103.

[2]- أنظر : د / أسامة الحسن مجاهد ، المرجع نفسه ، ص 105 .

فإن أخل البائع بالتزامه بتسليم المبيع وفقا لما تفق عليه يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحقه جراء ذلك ، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني ، والذي يثير بدوره صعوبات كبيرة كون المتعاقدين عادة ما تفصل بينهما مسافات بعيدة.

الفرع الثاني : التزام المتعاقد بتقديم الخدمة .

هناك العديد من الخدمات التي تقدم على شبكة الانترنت و من ذلك على وسيلة المثال تقديم الاستشارات القانونية من قيل المحامين ، أو الاشتراك في بنوك المعلومات ، و يلاحظ أن الالتزام غالبا ما يكون مستمرا لفترة من الزمن ، فعقد الاشتراك مثلا في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت لا يمكن تنفيذه في لحظة واحدة بل يكون تنفيذه متتابع على فترات زمنية مستمرة ، و تتطلب مثل هذه العقود تعاون الزبون و الموارد قصد الاستعلام لتلقي النصائح الفنية التي تمكنه من الحصول على أفضل خدمة يحتاج إليها ، و مثال ذلك أن ينصح المتعاقد الزبون بشراء المعدات اللازمة لإجراء عملية البحث في بنك المعلومات التي تسهل حدوث الاتصال و التفاعل بينه و بين بنك المعلومات ، و من الأمثلة أيضا إعداد الزبون فنيا عن طريق بث دورات تعليمية من خلال شبكة الانترنت [1].

و كقاعدة عامة فان التزام المورد بأداء خدمة هو التزام بتحقيق نتيجة ما لم يتضح من نصوص العقد و طبيعة الالتزام أن الأمر يتعلق ببذل عناية ، لذا لا يستطيع المورد التخلص من المسؤولية إلا بإثبات السبب الأجنبي المتمثل في القوة القاهرة ، أو خطأ الغير أو خطأ المضرور .

و يجب كما سبق القول أن يلتزم مورد الخدمة بتوريد معلومات صحيحة شاملة مع إلتزامه بالحفاظ على سرية مطالب الزبون بشأن الخدمات الموردة له [2].

---

[1]- أنظر : المرجع نفسه ، ص 107-108

[2]- أنظر : د / محمد أمين الرومي ، مرجع سابق ، ص 125

المطلب الثاني: الالتزام بالضمان في العقد الالكتروني

إن الالتزام بالضمان يعطي الفعالية النهائية للالتزامات التعاقدية للأطراف،فهو يعتبر من الناحية القانونية جزء مهم في بناء العقد ،لاسيما عندما يبرم هذا العقد بين طرفين متفاوتين من الناحية التقنية ، فكلما تقارب مستوى طرفي العقد كلما حقق العقد من عدم وجود هذا الالتزام[1] .

والحق في الضمان حق يثبت للمشتري حتى يتمكن من الاستفادة والانتفاع من محل العقد بطريقة هادئة وكاملة ، وينشأ هذا الالتزام بالضمان عن كل العقود الناقلة للحق ، ولكن أهميته تبدو عظيمة في العقود المبرمة عبر الانترنت ، فهو التزام إذن يترتب في ذمة البائع بحكم القانون ، إلا أن هذا لا يمنع من أن يكون إتفاقيا شرط ألا يتعارض مع الضمان الثابت بنص القانون.

ويعد الالتزام بالضمان ضرورة من ضرورات العقود الالكترونية كونها تبرم عن بعد هذا من جهة، وكذلك عدم إمكانية معاينة محل العقد قبل أو أثناء العقد ، إضافة إلى إمكانية تعاقد الشخص على محل عقد جديد لا يكون على دراية كافية به إلا إذا أستخدمه لمرات عدة ، وهو ما يؤدي إلى عدم تحقيق الانتفاع الكامل والهادئ بحمل العقد ، إذا الأساس في العقد التسليم محل عقد سليم خال من العيوب ، مطابق وصالح للاستعمال مما يحقق الانتفاع بالمبيع بحسب الغرض المقصود ، هذا وينقسم الالتزام بالضمان إلى ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض الاستحقاق وكذا ضمان السلامة والأمان وضمان الصلاحية، ولآجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول ضمان العيوب الخفية وضمان التعريض والاستحقاق لنتعرض إلى ضمان الصلاحية وضمان الأمان والسلامة في الفرع الثاني .

---

[1]- أنظر : نويوة الحاج عيسى ، التزامات الأطراف في عقود نقل التكنولوجيا ، مذكرة ماجستير ، فرع الملكية الفكرية ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق بن عكنون، 2006-2007 ، ص 27 .

الفرع الأول: ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق في العقد الالكتروني

لما كان الالتزام بالضمان هو تمكين المشتري(العميل أو الزبون) من الانتفاع الكامل بمحل العقد ، فإنه يتحقق من خلال التزام البائع(المعلن أو المورد) بعدم تعرضه شخصيا للمشتري ، وأن يدفع عنه أي تعرض صادر من الغير ، إذا لم يستطع دفع هذا التعرض و أستحق محل العقد كله أو بعضه للغير كان على البائع تعويض المشتري عما أصابه من ضرر، وإلى جانب ذلك يلتزم البائع أيضا بخلو المبيع من العيوب الخفية التي تجعل محل العقد غير صالح للاستعمال وتنقص من الانتفاع الذي من أجله سعى المتعاقد إلى إبرام العقد ، و هو ما سنتناوله.

أولا : ضمان العيوب الخفية في العقد الإلكتروني

ترتب العقود الناقلة للحق بعوض التزاما في ذمة البائع بالضمان ، وذلك بنقل حيازة محل العقد الهادئة والنافعة للمشتري (العميل) على نحو يمكنه من الانتفاع من انتفاعا كاملا ، ويقتضي ذلك خلو محل العقد من العيوب الخفية التي تنقص من قيمته أو نفعه بحسب الغاية المرجوة منه ، هذا بالإضافة إلى توافر الصفات التي كفل المعلن (البائع) توافرها في محل العقد[1].

و يعتبر العقد الإلكتروني هو الأخر من العقود الناقلة للحق بعوض لذلك نجد أن المعلن فيه ملزم بضمان العيوب الخفية حتى يتمكن العميل من الانتفاع بمحل العقد وعليه سندرس ضمان العيوب الخفية ضمن نقطتين تتعلق الأولى بتحديد نطاقه وتتعلق الثانية بأحكامه.

1. نطاق ضمان العيوب الخفية :

أصبحت العيوب الخفية تحتل مكانة بارزة في العصر الحاضر خاصة مع التقدم التكنولوجي و التطور الحاصل في مختلف الميادين و هو ما أدى إلى زيادة الإقبال على شراء الأدوات و الأجهزة المتطورة و المعقدة ، كما أن تفاوت مستوى التأهيل لدى المتعاقدين زاد من إثارة العيوب الخفية من ناحية ، وزيادة الاهتمام بمصالح المستهلك نظرا لضعف مركزه مقارنة مع المتعاقد المحترف من ناحية أخرى [2] ، و بتصفح التنظيمات الخاصة بالمعاملات الإلكترونية لا نجد ما ينص على ضمان العيوب الخفية،مما يدفعنا إلى الرجوع للعقود، العامة لنظرية العقد .

---

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2003 ، ص 314.

[2]- أنظر : د / نبيل إبراهيم عوض ، عقد البيع ، الطبعة الثانية ، 2004 ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، ص 287 .

2. مفهوم العيب الخفي :

اختلفت و تباينت تعارف العيب الخفي بين القضاء والفقه فقد عرفته محكمة النقض المصرية بأنه:"الآفة الطارئة التي تخلو منها الفطرة السليمة للجميع"،في حين عرف البعض من الفقه بأنه:"**المنتج الذي لا يقدم الأمان من خلال الصفة الخطرة التي تتوافر فيه**"،**بينما عرفه فريق ثالث بأنه:"حالة تظهر في المبيع لا تتوافر في مثله وتؤدي إلى تدني قيمة الشيء أو المنفعة المرجوة منه**" [1] .

ومن خلال هذه التعارف يتبين أنها ذات معنى واحدة من حيث المضمون ، ومتشابه من حيث الشكل فهذا العيب هو أمر خارج عن إدارة الأطراف ولا علاقة لهم به ، إنما هو خارج عن المعتاد ، وقد توافر بعد إتمام المحل وتسليمه للعميل(المشتري) مما حال دون الانتفاع بالمحل انتفاعا هادئا ، إلا أنه من الممكن أن يؤدي في بعض الحالات إلى هلاك المحل وعدم القدرة على الانتفاع به المعتاد ، لإحداثه خلل به أدى إلى عدم تحقيق الغاية المرجوة منه [2] .

وعلى ذلك فمن حق كل متعاقد أن يستلم مبيعا خاليا من العيوب ، فإن تسلمه وبه شيء منها قامت مسؤولية البائع(المعلن) بضمانه لهذا العيوب ، ولكي يستفيد المشتري(العميل) من الالتزام بضمان العيوب الخفية وجب توافر عدة شروط وفيما يلي تفصيلها .

3. شروط العيب الخفي لاعتباره منشئا للضمان :

حدد المشرع المدني الشروط الواجب توافرها لاعتبار العيب خفيا منشئا للضمان [3] ، و أول هذه الشروط أن يكون العيب قديما أما الشروط الأخر فهو أن يكون العيب مؤثر، وأن يكون خفيا وغير معلوم للمشتري .

- **أن يكون العيب قديما :**

يضمن البائع العيب الموجود في المبيع وقت التسليم ، أي أن مجرد وجود العيب يوجب الضمان ولو لم يكن موجود وقت العقد، وعلى ذلك فلو اشترى شخص ما جهاز هاتف نقال من خلال الإعلانات والعروض المتوفرة عبر الانترنت ، وبعد استعماله فترة من الوقت ظهر به عيب كفقدان الذاكرة مثلا ، كعيب

---

[1]- أنظر: د/ محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص111.

[2]- نفس المرجع،ص111.

[3]- نص على شروط العيب الخفي في المادة (379) من القانون المدني الجزائري

لا يستطيع الرجل العادي وفق الألوف الكشف عنه بالفحص المعتاد ، فعندئذ يحق للمشتري الرجوع بالضمان على البائع ، بشرط أن يكون قد اخطر به البائع بمجرد ظهوره، ، ويقع عبء إثبات العيب على المشتري (الزبون) ، و يستقل قاضي الموضوع بتقدير ذلك وغالبا ما يتم إثبات العيب عن طريق اللجوء للخبرة [1] .

- **أن يكون العيب مؤثرا :**

يتوافر التأثير بإحداث نقص في المنفعة الواجب تحققها من المحل و هناك عدة معايير تحدد مدى تأثير العيب الخفي على محل العقد وبيان الضرر الذي بسببه حصل الخلل في المواصفات التي تم الاتفاق عليها ولا يعتبر العيب مؤثرا إذا جرى العرف على التسامح في هذا العيب أو لم يحدث نقص في المنفعة أو كان النقص عيد الأهمية فالعيب يجب أن يكون على قدر من الأهمية بحيث لو علم العميل بمدى تأثيره قبل التعاقد لأمتنع عن التعاقد و بحث عن المحل المحقق لغايته وبذلك فإن أمر تقدير تأثير العيب يعود لشخص المشتري فهو وحده الذي يقدر مدى ملائمة المبيع لمنفعته أو مدى صلاحيته للغرض الذي أعد له فالبائع يضمن المبيع ولو كانت المنافع المقصودة أو التي اشترطها المشتري ليست المنافع المألوفة والتي يعرفها الناس[2] .

- **أن يكون العيب خفي وغير معلوم لدى المشتري:**

إن عدم مشاهدة العيب و وضوحه قبل التسليم ضرورة لابد من توافرها للاعتداد بالعيب الخفي و حمايته فحالة المحل عند التسليم وعدم علم المشتري بتوافر هذا العيب وقت إبرام العقد والتسليم يعد إخفاء للعيب، أما في حال العلم بالعيب فإنه يكون من ضمن العيوب الظاهرة التي تم التنازل عنها ضمنا من خلال تسلم المحل وهو عالم بالعيب ، المشرع اشترط لضمان العيب الخفي عدم المقدرة على تحديده من قبل الشخص الطبيعي (الرجل المعتاد) ، ولأنه من الأمور الخفية التي لا تظهر بسهولة مما لا يحق له التمسك بضمان العيب الخفي ، لأن صفة الخفاء قد زالت من جراء كشفه من قبل الشخص الطبيعي [3] ، وإنما يتم اكتشافه من قبل خبير مختص لأن اكتشافه من قبله يوجب الضمان ويرتب المسؤولية على الملتزم ، وكذلك أنه من متطلبات حسن النية في

---

[1]- محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك،المرجع السابق ، ص318.
[2]- /أنظر:د/محمد فواز المطالقة، المرجع السابق ص 113 وكذا د / خالد عمر زريقات، المرجع السابق ص 326 .
[3]- أنظر : د / عبد الرزاق السنهوري ، مرجع سابق ، ص 732 .

التعاقد أن لا يعلم المشتري بعيب حتى يستطيع الرجوع على البائع به ، فإذا كان يعلمه قبل شرائه أو قبل استلامه فلا يستطيع بعد ذلك الادعاء بانه عيب خفي ، ويكون قد قبله بعيبه فيسقط حقه في الضمان[1] .

وعلى العموم هذه هي الشروط التي وضعها المشروع المدني لاعتبار العيب الخفي موجبا للضمان إلا أنه وبالرجوع إلى القواعد الخاصة بالعيوب الخفية نجد أنه لابد من توافر شرطين في العيب هما :

✓ **الشرط الأول** : تهديد سلامة المحل بما لا يمكن العميل من الانتفاع بالمحل حسب الغاية المعتادة جراء تأثير العيب ومن الممكن أن تكون أقل من الوضع الطبيعي فإذا توافر ذلك في الملتزم يكون مسؤولا عن هذا التأثير.

✓ **الشرط الثاني** : مفاده عدم القدرة على اكتشاف العيب الخفي إلا من قبل خبير فني فإذا تم اكتشافه من قبل شخص عادي فإن هذا العيب لا يعد خفيا ولا يتم إدراجه ضمن العيوب الخفية لأنه من العيوب الظاهرة التي لا توجب الضمان ولأن العميل علم بها ومع ذلك تسلم المحل فيكون هنا قد تنازل عن حقه في طلب ضمان هذا العيب وأعتبر ذلك قبولا منه للمحل بوصفه الظاهر .

ومنه فسبب الضمان يتحقق هذين الشرطين لأن التزام العميل يتمثل في تسليم محل العقد خاليا من أي عيب سواء كان ظاهرا أو خفيا و يكون الملتزم مسؤولا عن هذا العيب الخفي الذي يظهر في المستقبل ولو كان مطابقا للمواد التي تم تقديمها من قبل الملتزم لإعداد المحل أو قبول الملتزم المواد التي قدمها العميل وهو يعلم بأنها معيبة وتؤدي لإحداث عيب في محل العقد لأن سكوته يدل على توافر سوء نيته وهو على علم ويقين بعدم جودتها ومقدرتها على العمل بأفضل حال [2] .

4. أحكام ضمان العيوب الخفية :

لا يكفي بيان مفهوم العيب الخفي و الشروط الواجب توافرها فيه ليعد عيبا خفيا بل من الضروري أيضا بيان من هو ضامن العيب الخفي في العقود الإلكترونية المبرمة عبر شبكة الانترنت ، لأنه من العقود التي تبرم عن بعد وتؤدي لإحداث بعض الاختلافات في تحديد المسؤول عن ضمان العيب الخفي و كذا كيفية ضمان هذا

---

[1]- و هو ما تأكده القواعد العامة لأحكام الضمان فقد نصت المادة 379/2 من القانون المدني الجزائري على أنه : " غير أن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت المبيع ... " .

[2]- أنظر : د / محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص 116-117.

العيب و وصول العميل الى ضمان حقه من جراء ظهور العيوب الخفية في محل العقد الذي سعى في الحصول عليه وفيما يلي بيان ذلك .

1.4 أطراف الضمان :

بما أن العقد الالكتروني عقد ملزم للجانين ، فإن الالتزام بالضمان يقع على عاتق طرف فيه و هو البائع (المعلن) ، و يكون المستفيد منه الطرف الآخر و هو المشتري (العميل) .

1.1.4 . المدين أو الملتزم بالضمان :

لقيام الضمان نتيجة العيوب الخفية وتحديد الملتزم به لا بد من توافر تصرف قانوني أو عقد تم تنفيذه أم تسليمه أو أستخدم لتحقيق الغاية منه ، أما إذا تم تسليمه وهو معيب وعلم به العميل فإنه يعد تنازلا عن الضمان العيب الخفي كونه قبل المحل بما فيه من عيوب .

وبالرجوع للقواعد العامة نجد أن البائع هو المدين في ضمان العيوب الخفية ، حيث ينشأ هذا الالتزام على عاتقه بقوة القانون ، فيستطيع المشتري أن يرجع على البائع إذا توافرت شروط الضمان ، ويبقي الالتزام بالضمان دينا في تركة البائع ولا ينتقل إلى الورثة [1]، وقد ساوى المشع بين الملتزم بالضمان سواء كان محترفا أو غير محترف ، لكون ضمان العيب الخفي ينشأ عن تنفيذ الالتزامات العقدية المتمثلة في إعداد محل العقد والحفاظ عليه ، وهو ما استجوب ضمان العيب الذي ينشأ عن هذا التعاقد ،كي لا يؤدي إلى المساس بالغاية الأساسية التي يسعى إليها العميل من التعاقد ، ومنه فالملتزم يكون مسؤولا عن العيوب التي تظهر في المواد التي قام بتقديمها مع المحل ، كونه محل المالك الأول لهذه المواد والوسائل التي تم شراؤها من أجل إعداد محل العقد ،أما إذا تم تقديم المواد من قبل العميل فلا يكون الملتزم بتصميم محل العقد ملزما بضمان العيب إذا توافر خلل بالمواد،ويشترط هنا أن يخبر العميل بعدم جودة المواد وعن الضرر المتوقع من جراء استعمالها [2] ، ولا يشترط أن يكون الملتزم حاصلا على مؤهل علمي ليضمن العيب الحفي،لآن تقرير هذا الضمان ما هو إلا حماية لحق العميل الانتفاع بمحل العقد ، فقط يشترط في ذلك توافر علاقة عقدية بينهما توجب على الملتزم ضمان العيوب الناشئة عن المحل ، ليتمكن العميل من الانتفاع به بأفضل وجه ممكن ودون عائق .

---

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق ، 322.

[2]- أنظر : د / محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص 114-115.

2.1.4 الدائن بضمان العيوب الخفية :

إن المشتري أو العميل هو الدائن بالضمان كونه طالب محل العقد الذي صممه الملتزم أو البائع وفقا لتعليمته ، و ينتقل الضمان مع انتقال الملكية سواء كان الوارث خلفا عاما أو خلفا خاصا أي المشتري اللاحق، إذا يستطيع الرجوع على من باع له ، كما يمكنه الرجوع بدعوى الضمان التي كانت للمشتري الأول ضد البائع أو المنتج ، ويشترط في ذلك وجود العيب بالمبيع قبل تسليمه للمشتري الأول ، وعدم وجود اتفاق مخالف ، كما يمكن لأطراف الضمان قصر الاستفادة على المتعاقد دون خلفه [1] .

2.4 كيفية التمسك بضمان العيوب الخفية :

إذا تسلم المشتري محل العقد وجب عليه التحقق من حالته بمجرد أن يتمكن من ذلك ، وفقا للمألوف في التعامل ، فإذا كشف عيبا يضمنه البائع وجب عليه أن يخطره به خلال مدة معقولة ، فإن لم يفعل أعتبر قابلا للمبيع ، أما إذا كان العيب مما لا يمكن الكشف عنه بالفحص المعتاد ثم كشفه المشتري ، با لمثل وجب عليه أن يخطر البائع به بمجرد اكتشافه حتى لا يعتبر قابلا للمبيع بما فيه من عيوب[2] .

وإذا أخطر البائع المشتري بالعيب في الوقت الملائم كان له أن يرجع عليه بالضمان ، ويتمثل ذلك في رد المبيع في حالة العيب الجسيم أو الاحتفاظ به مع التعويض عن كل ما فاته من كسب وما لحقه من خسارة [3].

هذا وتبقى دعوى الضمان ولو هلك المبيع بأي سبب كان ، إلا أنها تسقط بالتقادم إذا انقضت سنة من وقت تسليم محل العقد وهو ما نص عليه المشرع الجزائري ، غير أنه لا يجوز للبائع أن يتمسك بسنة التقادم إذا ثبت تعمد إخفاء العيب غشا منه [4]، كما يجوز للمتعاقدين بإتفاق خاص أن يزيدا في الضمان منه أو أن يسقطا هذا الضمان ، على أن كل الشروط يسقط الضمان أو ينقصه يقع باطلا إذا كان البائع قد تعتمد إخفاء العيب في المبيع غشا منه ، كما أنه تجدر الإشارة إلى أنه لا ضمان في البيوع القضائية ولا الإدارية إذا كانت با المزيد ، والملاحظ أن هذه القواعد نطبق على المعاملات الإلكترونية إلا أن وجه الخصوصية يبدو من خلا الملاحظات الآتية

- إن ضمان العيوب الخفية يعد بمجاله الطبيعي العقود التقليدية سواء تعلق الأمر بعمل

---

[1]- أنظر :د / د محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، 115 .
[2]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، 106.
[3]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 324 .
[4]- أنظر : المادة 383 من القانون المدني الجزائري .

مادي أو ذهني مثل تصميم برامج الحساب الآلي ، ويؤدي ذلك إلى اتساع مجال هذا الضمان في المعاملات الإلكترونية التي ترد غالبا على توريد سلعة أو منتج أو خدمة تتسم بالطابع الفني أو التقني ، ومع ذلك فإن فرصة اللجوء إلى هذا الضمان تتضاءل نسبيا في هذه المعاملات بسبب صعوبة إثبات شروط الضمان من جهة ، و وجود البائل الحديثة من جهة أخرى مثل الالتزام بالأمان والسلامة وضمان الصلاحية .

– وأنه يشترط للتمسك بالضمان أن نكون بصدد عيب خفي ، يمثل قدرا من الجسامة ، وموجودا وقت التسليم ، كما أن تقدير خفاء العيب يتوقف على مدى تخصص وخبرة العميل التي تمكنه من اكتشاف العيب بفحص عادي أو دقيق ، إذا تثور الصعوبة الفنية أحيانا بالنسبة لتحديد سبق وجود العيب على التسليم أي بداية وجوده ، وهل يتعلق بخلل طارئ نتيجة الاستعمال أم بأمور ترتبط بالتركيب الداخلي للمنتج ، فإن إعمال تلك الشروط يبدو يسيرا في الأشياء التقليدية محل التعاقد ، إلا أن الأمر يزداد صعوبة ودقة بصدد المنتجات والخدمات الفنية الحديثة المعقدة التي يغلب التعامل عليها إلكترونيا مثل برامج الحاسب الآلي و المعلوماتية [1] .

ومن خلال ما سبق يتبين أن ضمان العيوب الخفية الذي قررته القواعد العامة يجد تطبيقه أيضا في المعلومات الإلكترونية ، إلا أن ذلك لا يخلو من بعض الصعوبات التي ترجع بطبيعة الحال إلى خصوصية العقد الإلكتروني من جهة ، وظهور البدائل الحديثة من جهة أخرى ، و كل ذلك في سبيل حماية المتعاقد المستهلك الذي يعتبر في الغالب غير محترف ولا يملك الدارية الكافية لفحص محل العقد ، ومتى توافرت شروط الضمان فإنه من حق العميل طلب الفسخ أو إصلاح العيب أو استبدال المنتوج أو المطالبة باسترداد جزء من الثمن ، هذا بالإضافة إلى أحقية التعويض عن الأضرار الحاصلة ، كما يجوز الاتفاق على زيادة أو إنقاص الضمان أو إسقاطه ما لم يتعمد البائع إخفاء العيب غشا منه ، وهذا حماية للمستهلك نظرا لضعف مركزه .

ثانيا : ضمان التعرض و الاستحقاق

و فيه يضمن البائع (المعلن) عدم التعرض للمشتري في الانتفاع با لمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو من فعل غيره حتى ولو كان له وقت العقد حق على محل العقد أو أن هذا الحق ثبت له بعد العقد أي آل محل العقد إلى المشتري [2] ، ولا يقتصر هذا الضمان على العقود التقليدية فحسب كعقد البيع و

---

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 107 .

[2]- أنظر : د / بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص 195 . " و قد نص على ذلك المادة (371) من القانون المدني الجزائري .

الإيجار....،بل يمكن أن يجد مجاله في المعاملات الالكترونية التقليدية و الحديثة ، و يشمل الضمان كل صور التعرض الصادر من الغير ، و هو ما سنتناوله فيما يلي:

1. ضمان التعرض الشخصي :

يلتزم البائع (المعلن) فيه بعدم التعرض للمشتري(العميل) في ملكيته أو حيازته لمحل العقد أو انتفاعه به، بمعنى أن يلتزم بالامتناع عن أي عمل من شانه أي يعوق إفادة المشتري من المبيع على النحو الذي اعد له ، و يشمل ضمان البائع كل صور التعرض الصادر منه شخصيا المادي و القانوني ، الكلي و الجزئي ، المباشر وغير المباشر ، ولعل المثال للتعرض الشخصي في المجال الإلكتروني هو تصميم برامج معلومات لشخص معين ثم يقوم بإتلافه من خلال فيروس معين أو بإعادة التصرف فيه لشخص أخر منافس ، وكمن يتعهد بتوريد أجهزة وخدمات معينة (الاشتراك في نات) لأحد التجار بسعر معين ثم يقوم بالتعاقد مع تاجر آخر من نفس المنطقة على إمداده بنفس الشيء بسعر منخفض وبجودة أعلى مما يضر بالتاجر الأول [1] .

هذا ويتمثل التعرض المادي في قيامه بأعمال مادية لا تستند إلى سبب قانوني ، ويكون من شأنه أن يحول دون الانتفاع بمحل العقد ، أما التعرض القانوني فيكون في حالة استناد البائع إلى حق على المبيع في مواجهة المشتري كحق الملكية مثلا كما يمتنع على البائع التعرض للمشتري في كل المبيع أو في جزء منه [2] .

2. ضمان التعرض الصادر من الغير :

لا يقتصر التزام البائع بضمان التعرض على تصرفاته الشخصية فحسب ، بل يتعداه إلى ضمان التعرض الصادر من الغير الذي من شأنه أن يؤدي إلى إعاقة الانتفاع بمحل العقد على النحو الذي أعد له ويرضيه المشتري ، وحتى يضمن البائع تعرض الغير يجب أن تتوفر في عدة شروط: يجب أن يكون التعرض قانونيا ، أن يكون سبب التعرض سابق على العقد ، أما الشرط الثالث فيجب أن يكون التعرض حالا أي من اللحظة التي ينازعه الغير فعلا في انتفاعه بالمبيع وحيازته له ، ولا يكفي مجرد احتمال .

---

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 111 .

[2]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع السابق ، ص 267 و ما بعدها .

ومن خلال ما سبق يتبين لنا أنه لا توجد خصوصية تستدعي بحث أحكام التعرض و الاستحقاق في حالة العقود المبرمة عبر الانترنيت وهو ما يحيلنا بذلك للقواعد العامة في القانون المدني وذلك للحفاظ على حماية المستهلك نظرا لعالمية شبكة الإنترنيت وتصور ورود العقود الإلكترونية بين متعاقدين ينتميان إلى أنظمة قانونية مختلفة في حكمها لهذا النوع من الضمان وهو السبب الذي دفع البعض إلى القول بعدم صحة جواز إنقاص أو إسقاط الضمان حتى ولو لم يخفي البائع هذا الحق بل ولو كان المشتري عالما أيضا به فيظل حقه فيا استرداد الثمن على الأقل محفوظا [1] .

الفرع الثاني : الالتزام بضمان الصلاحية وضمان الأمان والسلامة في العقد الالكتروني

لا شك أن المعاملات الالكترونية بما تحمله من أوجه فنية وتقنية معقدة تنطوي على الكثير من الخاطر المادية والمعنوية للإنسان ، خاصة المتعاقد البسيط الذي لا يملك من الدراية والعلم الكافيين للإحاطة بكافة جوانب محل العقد ، وهو ما يجعله في أمس الحاجة إلى الحماية من الأضرار التي قد يتعرض لها من جراء استخدام محل العقد ، هو ما يجعله في أمس الحاجة إلى الحامية من الأضرار التي يتعرض لها من جراء استخدام محل العقد ، وتجدر الإشارة إلى أن التطور التكنولوجي في كافة نواحي الحياة هو من أجبر الأشخاص في كثير من الأحيان إلى التعاقد بغية الحصول على أجهزة وسلع وخدمات يجهل التعامل معها ، مما يتسبب في حدوث أضرار كما أن ظهور شبكة الانترنت التي أفرزتها ثورة الاتصالات والمعلومات أتاحت لجميع الأفراد الدخول والتجول في موقعها بكل حرية ، مما جعل العالم قرية صغيرة لا يفصل بين أرجائها أي حاجز ، وهو بدوره ما زاد من سعي الأشخاص

---

[1]- أنظر : د / خالد عمر زريقات ، عقود التجارة الالكترونية ، عقد البيع عبر الانترنت ، دار الراية للنشر و التوزيع ، عمان ، بدون سنة نشر ، ص 334 .

إلى التعاقد عبر هذه الشبكة ، وتطلعهم إلى الحصول على أحدث المنتجات وأرقى الخدمات ، وهذا ما زاد في حصول المخاطر والأضرار خاصة وأن المتعاقد لا يمكنه بأي حال من الأحوال معاينة محل العقد قبل إبرام العقد ، وهو ما يجعله في أمس الحاجة للحماية .

وبتصفح التشريعات نجد أن القواعد العامة فرضت الحماية للمتعاقد نظرا لضعف مركزه وذلك من خلال الضمان ،الذي لا يقتصر على ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق فحسب ،وإنما يتعداه إلى ضمان صلاحية المبيع للعمل لمدة معلومة تحقق فائدة المتعاقد من المحل الذي أقدم على شرائه وسعى للحصول عليه ، كما يلتزم أيضا مقدم الخدمة بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر ، وذلك بأن يسلمه محل عقد خال من أي عيب يضر بصحة المتعاقد .

وبعدما تعرضنا سابقا لضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق ، سوف نتعرض هنا لضمان الصلاحية و ضمان الأمان والسلامة في هذا الفرع .

أولا : الالتزام بضمان الصلاحية في العقد الالكتروني

نظرا لأن المتعاقد عبر الانترنت يقوم بالتعاقد استنادا إلى عرض أوصاف المبيع أو المنتج أو الخدمة على الشاشة ، مما لا يمكنه من الكشف الحسي عن المبيع خصوصا وأن العرض غالبا ما لا يتناول ذات المبيع ، بل يرد على نموذج مصور أو عرض لأوصاف محل العقد ، وهو ما يرتب للمشتري حق على البائع(المعلن) بأن يسلمه شيئا مطابقا وصالح للاستعمال [1] ، وبذلك يقع على عاتق البائع التزام بأن يكون محل العقد صالحا للاستعمال وفقا لما تقتضيه طبيعته في مدة معلومة تتحدد عرفا أو باتفاق طرفي العقد ، فإذا ظهر فيه خلال هذه المدة خلل فما على المشتري هنا سوى أن يخطر البائع خلال مدة ضمانه لصلاحية المبيع وإلا سقط حقه في الضمان [2] .

ويلاحظ أن القانون قد حدد مدة الإخطار بشهر من ظهور الخلل ، أما عن الدعوى فترفع في مدة ستة أشهر من الإخطار ما لم يتفق الطرفان على غيره [3] ، وهذا الضمان يتمتع بطبيعة اتفاقية محضة سواء في نشأته أم في مضمونه ،و قد جاء التطور التقني الحديث وما صاحبه من تغيير في نظام الإنتاج والتوزيع ليبرز أهمية هذا الضمان ، حيث احتل مكانة هامة في عمليات بيع وتوزيع الأجهزة والخدمات الحديثة التي غالبا ما يجد الإنسان

---

[1]- أنظر : د / عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 348 .
[2]- أنظر : د / بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص 195.
[3]- نص على ذلك المادة (386) من القانون المدني الجزائري.

نفسه عاجزا عن فهم مكنونها وقلقا إزاء تعطلها ، وإمكانية صلاحيتها للعمل خاصة إذا ما كان المشتري مستهلكا عاديا [1].

ولا شك أن هذا الضمان يتميز عن القواعد العامة في ضمان العيوب الخفية التي لم تعد تسعف في تقرير حماية فعالية لمستهلك الأجهزة والخدمات الحديثة المعقدة ، حيث يصعب إعمال هذه القواعد من خلال إثبات شروط العيب الخفي ، فغالبا ما يتعذر على العميل أمام الطبيعة المعقدة للمنتجات والخدمات إثبات طبيعة الخلل ومعروفة أسبابه وهو ما يجعل لضمان الصلاحية أهمية بالغة في مجال العقود الالكترونية ، كونه يقيم قرينة بسيطة لصالح المشتري على أن الخلل راجع إلى وجود عيب في السلعة أو الخدمة ، ومن ثم يقع على البائع عبء إصلاحه [2].

إلا أن هذا لا يجعلنا نعطي الأولوية لضمان الصلاحية ونسدي الستار على ضمان العيوب الخفية ،ذلك أن كل منهما يقوم جنبا إلى جنب ، وفيما يلي سنعرض الشروط الواجب توافرها حتى يقوم الالتزام بضمان الصلاحية في حق البائع (المعلن).

1. شروط الالتزام بضمان الصلاحية :

إن ضمان صلاحية محل العقد للعمل لمدة معلومات يعد التزام إتفاقيا بالضمان يحدد نطاقه ومعالمه التصرف القانون المنشئ له فهو إذن ضمان اتفاقي لا ينشأ إلا بالنص عليه صراحة مما يعد تشديدا للضمان القانوني هذا ويسهل إثبات هذا الالتزام بالضمان إذا كان مدرجا في نصوص العقد أو كان لدى المتعاقد قسيمة الضمان ويشترط لإعمال ضمان صلاحية محل العقد لمدة معلومة ما يلي:

1.1 النص على الضمان في العقد :

على اعتبار أن ضمان صلاحية المبيع لمدة معلومة هو ضمان اتفاقي فإنه لا يقوم إلا بالنص عليه صراحة بمعنى أن نطاقه حدد بالاتفاق المنشئ له ، ويرد الالتزام بضمان الصلاحية في العقد ذاته أو في اتفاق لاحق ، ولهذا نجد البائعون اعتادوا على إعطاء المتعاملين معهم قسيمة الضمان يتحدد فيها الضمان وتتضمن هذه القسيمة شروط مطبوعة معدة سلفا ويقع عبء إثبات الخلل على من يتمسك به.

---

[1]- أنظر : د / محمد محسن رفاعي العطار ، عقد البيع عبر شبكة الانترنت ، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 سنة 2004 ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، الإسكندرية ،2007 ص 122-123.

[2]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 110.

2.1 الشيء محل الضمان :

غالبا ما ينصب الالتزام بضمان الصلاحية على المنقولات التي تعمل أي التي تحتوي على قدر من الحركة الذاتية هذا وتتبين الحكمة من إدخال هذا النص هو مواجهة التطور التقني الحديث بما يحمله من آلات و أجهزة معقدة و باعتباره ضمان اتفاقي فيمكن الاتفاق على ضمان سلع أخرى لا تحتوي على أي تعقيد كالمواد الغذائية مثلا.

يتحقق الضمان الإتفاقي بمجرد حدوث أي خلل في المبيع يؤثر في صلاحيته للعمل أثناء فترة الضمان كزراعة فيروس الحاسب الآلي في البرامج التي يزود بها العميل مما يؤثر في عمل الحاسب الآلي الذي سعى العميل في الحصول عليه هذا ويغطي الضمان كل أنواع الخلل الذي يصيب محل العقد مهما كانت يسيرة طالما أنها تؤثر في صلاحيته للعمل إذ تعتبر الصلاحية هي المعيار الذي يمكن به الحكم على وجود الخلل من عدمه كما أن الخلل الذي يصيب المبيع ويؤثر في صلاحيته قد يكشف عن وجود عيب فيه وفي هذه الحالة يرتبط كل من الضمان الاتفاقي و القانوني مما يكون معه للمشتري الخيار فإذا توافرت شروط العيب الخفي كان للمشتري خيار الرجوع على البائع بضمان الصلاحية فيطالبه بإصلاحه أو يطالبه بضمان العيب الخفي فيرد إليه المبيع أو يطالبه بتعويض الضرر إذا كان العيب غير جسيم و يضمن البائع صلاحية المبيع سواء علم المشتري بالخلل أو كان ظاهرا [1] .

3.1 حدوث الخلل أثناء فترة الضمان :

يضمن البائع صلاحية المبيع للعمل خلال فترة زمنية محددة ، وتختلف تلك الفترة حسب طبيعة الجهاز والمنتج له ، وهي تتراوح عادة بين ستة أشهر إلى عامين أو أكثر، يضمن البائع خلالها كل عطل أو خلل ويقع بالمبيع ، ويتحدد مدة الضمان بعدة عوامل منها ما يرجع إلى طبيعة الشيء ، كعمره الافتراضي أو فترات استخدامه ، ومنها ما يتعلق بإرادة المشتري كتجربته للتأكد من مدى صلاحية المبيع ، كما يمكنه الاستفادة من فترة ضمان أطول ، ويبدأ سريان هذه المدة بوقت العقد ، أما إذا تأخر التسليم فإن فترة الضمان تسري من تاريخ التسليم ، ولا يعفى البائع من الضمان إلا بإثبات خطأ المشتري بعدم إتباع التعليمات .

1.1 ارتباط الخلل بصناعة المبيع :

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، المرجع نفسه ، ص 334 و ما بعدها .

يتضح من شهادات الضمان التي تصدرها الشركات المنتجة أن مسؤولية الشركة تنحصر في إصلاح وتغيير قطع الغيار في حالة وجود عيب في التصنيع ، وتسمى أيضا العيوب المصنعة أو عيوب الصناعة ، فتعبر هذه الصيغ المختلفة عن نفس المعنى وهو ضمان الخلل الراجع إلى المبيع نفسه ، أما إذا كان سبب الخلل خارجيا فإن الضمان لا يغطيه ، لذا فإن شهادات الضمان تستبعد صراحة كل ما ينجم عن سوء الاستخدام أو الإهمال أو مخالفة التعليمات أو القوة القاهرة ، لذلك فإن الضمان صلاحية المبيع للعمل يضمن فقط خطأ المنتج في صناعة الشيء .

وباعتبار ضمان الصلاحية ضمان اتفاق، فإنه يخضع لقاعدة تشبه أثر العقد من حيث الأشخاص ، إي لا يلتزم به سوى الطرف المدين به في الاتفاق ، ومن ثم فإن البائع الذي يضمن صلاحية مبيعة يلتزم بذلك ، وبذلك فالمدين الأساسي في ضمان الإتفاقي من الناحية الفعلية هو الصانع أو المنتج ، أما البائع فهو مجرد موزع للسلعة ، وغالبا ما يقوم بدور الوسيط الذي يعمل على تنفيذ هذا الضمان ، إذ غالبا ما يتيح الضمان للمشتري الرجوع على الموزع الذي باع له جهاز أو قدم له الخدمة ، ليتكفل بعملية الإصلاح إلى جانب التزامه بالضمان القانوني فيما يلي سنتعرض لأحكام هذا الضمان .

2. أحكام ضمان صلاحية :

متى ظهر الخلل يتوجب على المشتري إخطار البائع بظهور الخلل في الأجل المحدد قانونيا أو إتفاقا ، وهو ما يورد ا اختلافا فيما يخص الضمان إذا كان قانونيا أو اتفاقا وهذا لاختلاف طبيعتها .

إذا كان الضمان القانوني يستطيع المشتري رد المبيع والمطالبة بالتعويضات الكاملة أو الاحتفاظ بالمبيع وطلب التعويض عن العيب وإنقاص الثمن بقدر ما أصابه من ضرر بسبب العيب ، هذا في حالة العيب الجسيم، أما إذا كان العيب غير جسيم فإن المشتري يحتفظ بالمبيع و يحصل على التعويض عما أصابه من ضرر بسبب العيب.

أما عن الضمان الاتفاقي فيتبلور في صلاحية المبيع للعمل ، ومن ثم إعماله يتمثل في إصلاح الخلل واستبدال الأجزاء المعيبة بأجزاء جديدة .

وقد استقر الرأي على اعتبار الالتزام بضمان الصلاحية يعد التزاما بتحقيق نتيجة، وهو ما يتفق مع جوهر الضمان والحكمة منه، فنجد البائع يكفل للمشتري صلاحية الجهاز واستمرار سلامته مدة زمنية معينة، ويتعهد بإصلاح الخلل الذي يطرأ عليه .

ومتى ظهر الخلل في المنتوج يلتزم البائع بضمانه أما في حالة إخلاله وعدم تنفيذه لالتزامه بأن يصلح الخلل أو يستبدل الجهاز فإنه يحق للمشتري طلب الفسخ والتعويض طبقا للقواعد العامة عن كل الأضرار المادية و الجسمانية التي يتسبب فيها الخلل ويستطيع المشتري الحصول على ذلك من خلال اللجوء للقضاء ورفع دعواه خلال مدة سنة من تاريخ الإخطار و إلا سقط حقه بالتقادم [1] .

و مما يمكن استخلاصه في هذا الصدد أن ضمان صلاحيته المبيع لا يخرج عن كونه تطبيق للقواعد العامة ومن ثم فإنه لا يقدم ميزة إضافية للمشتري إلا فيما يتعلق بعبء الإثبات فمجرد حدوث خلل خلال فترة الضمان يعد سببا كافيا لالتزام البائع بإصلاح المبيع بحيث لا يستطيع هذا الأخير التخلص منه إلا بإثبات السبب الأجنبي ولا يتوقف التزام البائع (المعلن) عند ضمان الصلاحية بل زيادة على ذلك يقع عليه التزام بضمان أمان المتعاقد معه وسلامته وفيما يلي تفضيل ذلك.

ثانيا : الالتزام بضمان الأمان والسلامة في العقد الإلكتروني .

إن اعتبار المتعاقد في العقد الالكتروني مستهلكا يفرض حمايته نظرا لضعف مركزه مقارنة بمن يتعامل معهم عبر شبكة الإنترنيت هذا من جهة و تعقد وحداثة المنتجات و الخدمات التي يتعاقد من أجل الحصول عليها من جهة أخرى لاسيما وأنه يتعاقد على منتجات لا يمكنه تجربتها إذ يقتصر في التعاقد بشأنها على مشاهدتها عن طريق شاشة الحاسوب ومن أهم الحقوق واجبة الحماية حقه في الأمان و ضمان سلامته ويشمل ذلك حقه في أن تكون السلعة أو الخدمة التي يستخدمها مطابقة لمواصفات الجودة ولا يترتب على استخدامها أضرار بدنية أو نفسية [2] و بخصوص هذا الضمان في العقد الالكتروني يمكن القول أنها تحتوي على الكثير من المخاطر نظرا لما تحمله من أوجه تقنية معقدة و هذا خصوصا بالنسبة للمتعاقد البسيط مما يجعله في أمس الحاجة للحماية من الأخطار [3] إذا لا تقف حمايته عند حد المنتج المعيب الذي يسبب الأضرار فقط بل يمتد إلى الحماية من مخاطر التقدم العلمي أيضا [4].

---

[1]- لمزيد من التفصيل أنظر : د / محمد حسين منصور ، المرجع نفسه ، ص 346 و ما بعدها .
[2]- أنظر : د / خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 351 .
[3]- أنظر : د / بشار محمود دودين ، المرجع السابق ، ص 196 .
[4]- أنظر : د / خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 351 .

هذا ويعرف الالتزام بضمان الأمان و السلامة بأنه الالتزام الذي يحرص فيه المدين على تنفيذ العقد دون أن يلحق ضررا بشخص الدائن إذ أنه وانطلاقا من القواعد العامة التي تقضي بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما أشتمل عليه العقد و بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية و منه فإن المتعاقد يلتزم بعدم الإضرار بسلامة الطرف الأخر و بذلك يلتزم البائع بتسليم منتجات خالية من كل عيب أو نقص في الصناعة من شأنه أن يستحدث خطرا للأشخاص أو الأموال بمعنى أن يكون المبيع بحالة تسمح باستعماله بشكل طبيعي لا يشكل خطرا عليه [1]

أما عن مضمون هذا الالتزام فيندرج ضمنه المنتجات المعيبة و مخاطر التقدم باعتبار أن السلعة أو الخدمة لم يكن بها عيب لحظة تداولها ولكن العيب لم يكشف عنه إلا بسبب التقدم العلمي و الفني و بهذا يقصد بمخاطر التقدم أن هناك عيب بالسلعة كان موجودا لحظة طرحها للتداول و لكنه لم يكن معروفا ولا قابل لأن يعرف بواسطة المنتج ولكن التقدم العلمي اللاحق هو الذي كشف عن وجود العيب [2] ، و ترجع جذور هذا الالتزام إلى المشرع الفرنسي الذي نص عليه في المادة (1/221) من قانون الاستهلاك فأشار إلى ضرورة توافر الأمان المنتظر من السلعة وإلا تحمل اعتداء على صحة الأشخاص مادامت تستخدم في ظل الظروف العادية وكذلك نص عليه في تعديل 19 ماي 1998 حينما قرر في المادة(1386) من القانون المدني [3] ، بوضع مسؤولية موضوعية على عاتق المنتج ولم يستلزم إثبات الخطأ من جانبه ليستطيع كل من أصابه ضرر ، أن يستفيد منها سواء كان متعاقد أو غير متعاقد مع المنتج ، و هنا يكتفي بإثبات علاقة السببية بين العيب و الضرر [4] ، إلا أن السؤال الذي يمكن طرحه في هذا الصدد يدور حول الأساس القانوني لرجوع المستهلك على المنتج على الرغم من أنه لا تربطه أي علاقة به ، وكما هو معلوم أن المتعاقد أو المستهلك في التعاقد الإلكتروني يتجول عبر

---

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 113 .

[2]- أنظر : د / خالد ممدوح إبراهيم ، المرجع السابق ، ص 351.

[3]- و في هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري مسؤولية المنتج و ذلك في تعديل القانون رقم (10/05) المؤرخ في : 2005.06.20 و ذلك بنص المادة 140 مكرر و قد جاء النص كالآتي : " يكون المنتج مسؤولا عن الضرر الناتج عن عيب في منتوجه ، حتى و لو لم تربطه بالمتضرر علاقة تعاقدية يعتبر منتوجا ، كل مال منقول و لو كان متصلا بعقار ، لاسيما المنتوج الزراعي و المنتوج الصناعي و تربية الحيوانات و الصناعة الغذائية و الصيد البري و البحري و الطاقة الكهربائية " .

[4]- أنظر : د / خالد عمر زريقات ، المرجع السابق ، ص 344 .

صفحات الويب من خلال شبكة الانترنيت بغية التسوق و الشراء ، وحينما يستقر على المنتج معين أو خدمة معينة فإنه يقدم على إبرام تعاقد إلكتروني بشأنها ، و في الغالب الأعم فإن التاجر أو المورد هو الذي يقوم بالتعاقد مع المستهلك و تسليمه السلعة ، و بالتالي لا تربطه أية علاقة مع المنتج ، و مع ذلك يستطيع المتعاقد باعتباره

مستهلكا الرجوع على المنتج على أساس المسؤولية التقصيرية ، ذلك أن مسؤولية صانع المنتج تقوم على أساس إخلاله بالالتزام بالسلامة و الأمان ، و قرينة هذا الإخلال لا تقبل إثبات العكس ، فلا يكفي أن يثبت المنتج عدم إخلاله بالسلامة و إنما يتعين عليه إثبات وقوع الضرر بسبب أجنبي [1] .

و يمتد هذا الالتزام ليشمل كافة العقود بمختلف أنواعها و هذا متى توافرت شروطه و هي كما يلي :

- و جود خطر يهدد سلامة أحد المتعاقدين .
- أن يكون المدين بالالتزام بضمان الأمان و السلامة مهنيا .
- أن يكون أمر الحفاظ على سلامة أحد المتعاقدين موكلا للطرف الآخر ، و يراد من ذلك

الخضوع الاقتصادي الذي يفرضه وقوع المشتري (العميل) تحت الهيمنة الاقتصادية للبائع (المعلن) الذي أصبح في مركز يستطيع فيه أن يملي شروطه على المستهلكين ، و هذا الخضوع يأتي لعدم قدرة المستهلك على الاستغناء عن المنتجات أو الخدمات [2] .

و منه فمتى توافرت هذه الشروط و حصل الضرر ، فإن المضرور يستطيع رفع دعواه بطلب التعويض خلال ثلاث سنوات من تداول المنتوج ، إلا أنه يمكن للمنتج التخلص من المسؤولية و ذلك بإثبات أن المنتج المعيب غير مخصص للتداول ، أو أن العيب قد أصاب المنتج أثناء الشحن أو التفريغ أو التخزين ، أو بإثبات أن المعرفة العلمية القائمة وقت الإنتاج لم تسمح باكتشاف العيب ، و يمكن الإعفاء كذلك بإثبات أن العيب قد نشأ

---

[1]- أنظر : د / خالد ممدوح إبراهيم ن المرجع السابق ن ص 352.

[2]- أنظر : د / خالد عمر زريقات ، المرجع السابق ، ص 345.

عن مطابقة المنتج للقواعد التشريعية الآمرة ، كما يمكن الإعفاء طبقا للقواعد العامة بإثبات السبب الأجنبي كقوة قاهرة أو خطأ المضرور كما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من هذه المسؤولية [1].

المطلب الثالث : التزامات المشتري في العقد الالكتروني .

يترتب عن التزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بتقديم الخدمة ، التزام المشتري أو الزبون بأداء ثمن مقابل السلعة أو مقابل الخدمة ، و تكون وسائل الدفع التي يعتمد عليها هذا الأخير سائلة كالنقود الورقية أو المعدنية أو التي تحل محلها من وسائل أخرى كالشيكات ، غير أن الطابع المادي لهذه الوسائل لا يصلح لتسهيل التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الالكترونية التي تتم في شبكة الانترنت أين تزول المعاملات الورقية ، و من هنا كان لابد من البحث من وسيلة سداد تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية التي تتم عبر الانترنت ، حيث ظهر ما يسمى بأنظمة الدفع والسداد الالكتروني .

و يعتبر القانون 03-15 [2] المتضمن الموافقة في الأمر 03-11 [3] المتعلق بالنقد و القرض أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني الحديث في القطاع المصرفي ، و يتضح ذلك من خلال المادة 69 التي تضمن نصها " **تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل** " .

---

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 114-115 .
[2]- الجريدة الرسمية ، العدد 52 .
[3]- الجريدة الرسمية ، العدد 64 .

و يتبين من خلال هذا النص نية المشرع الجزائري الانتقال من وسائل الدفع الكلاسيكية إلى وسائل دفع حديثة إلكترونية .

الفرع الأول : التزام المشتري بالوفاء الكترونيا

يعتبر الثمن ركن أساسي في العقد من جهة و مناط الوفاء بالالتزام المقابل من جهة أخرى و له أهمية كبيرة سواء كان في العقود التقليدية وبخاصة في العقود التي تبرم عبر شبكة الانترنت ، نظرا لما تتميز به هذه الأخيرة كونها تبرم بوسائل الكترونية حديثة و بسرعة فائقة ، مما يستوجب تنفيذها بذات السرعة ، و هو ما نجده في وسائل الدفع الالكتروني التي يتم خلالها دفع الثمن ، وخاصة أن الوسائل التقليدية لدفع الثمن لم تعد تصلح لتنفيذ التعامل الذي يتم في بيئة غير مادية كالعقود الالكترونية التي تبرم عبر شبكة الانترنت .

و هو ما أدى إلى ابتكار أسلوب الدفع الالكتروني كطريقة يتم من خلالها الوفاء بالثمن و تتفق مع طبيعة التجارة الالكترونية ، و هو ما دفعني لبيان مفهوم الدفع الالكتروني و ذلك من خلال تعريفه و بيان خصائصه و أنواعه .

أولا : مفهوم الدفع الالكتروني :

يقصد بالدفع الالكتروني نظام الدفع الآلي عبر شبكة العالمية للمعلوماتية ، و هو نتيجة إلزامية للتطور التكنولوجي على إثر الاتساع الانفجاري لشبكة الانترنت ، و في إطار الوفاء بمبلغ من النقود فإن للوفاء الالكتروني معنيان : واسع و ضيق ، ويقصد بالوفاء الالكتروني بمعناه الواسع : " **كل عملية التحويل الأموال هي في الأساس ثمن سلعة أو خدمة بطريقة رقمية أي باستخدام أجهزة الكمبيوتر و إرسال البيانات عبر تيليفوني أو شبكة ما أو أي طريقة لإرسال البيانات** "، أما الوفاء الالكتروني بالمعنى الضيق ، فينحصر فقط في عمليات الوفاء التي تتم دون وجود اتصال مباشر بين الأشخاص الطبيعيين[1] .

ثانيا : خصائص الدفع الالكتروني :

يتميز الدفع الالكتروني بعدة خصائص من حيث طبيعته ، و من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني ، و من حيث وسائل الأمان الفنية ، و سيتم التطرق إلى هذه الخصائص عبر الفقرات التالية :

---

[1]- أنظر : د / محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية ، المرجع السابق ، ص 120 .

1. من حيث طبيعته :

يتميز الدفع الالكتروني بأنه من بين وسائل الوفاء التي تتم عن بعد و يكون ذلك بإعطاء أمر الدفع عبر شبكة الانترنت وفقا لمعطيات الكترونية تسمح بالاتصال المباشر بين طرفي العقد ، و بهذه الصفة يعتبر الدفع الالكتروني وسيلة فعالة لتنفيذ الالتزام بالوفاء في العقود الالكترونية التي تقتضي تباعد أطراف العقد ، أين يغيب التقائهم المادي على مائدة مفاوضات واحدة .

2. من حيث الجهة التي تقوم على خدمة الدفع الالكتروني :

إن وجود نظام دفع الالكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت يستلزم توافر شروط قانونية و فنية تتمثل فيما يلي :

- توفير بيئة تشريعية ملائمة تقر و تنظم أحكام الدفع الالكتروني [في القانون التجاري و المصرفي] .
- توفير نظام مصرفي لإتمام عمليات الدفع و تسهيلها ، و يتوقف ذلك على توفير الأجهزة التي تقوم بإدارة مثل هذه العمليات .
- توفير الإمكانيات الفنية و التقنية لتسهيل هذه العمليات[1].

و بتوافر هذه الشروط يصبح بإمكان المتعاقد أن يوفي بالتزاماته عن بعد من دون اللجوء إلى الوسائل المادية ، و قد كانت أنظمة الدفع الالكتروني في بدايتها تعتمد على اتصال المتعاقد بحسابه لدى البنك ، عن طريق موقعه على شبكة الانترنت إذ يمكنه الدخول إليه و إجراء ما تتيحه له الخدمة ، إلا أن هذا النمط تطور مع شيوع الانترنت إذ أمكن للزبون الدخول من خلال الاشتراك العام عبر الانترنت ، عن طريق فكرة الخدمة المالية عن بعد أو ما يسمى بالبنوك الالكترونية [2] و يلاحظ أن الشبكة التي يتم من خلالها الدفع الالكتروني يمكن أن يكون الاتصال بها مقتصرا على أطراف العقد Mono-fournisseur غير أن هذه الطريقة تستلزم عدم قصر إدارة الدفع الالكتروني عن طريق البنوك ، بل كذلك عن طريق المؤسسات الخاصة الأخرى التي يتم إنشائها لهذا الغرض أو من خلال شبكة عامة حيث يتم التعامل بين أشخاص لا تربطهم رابطة من قبل Multi-fournisseur و تتم هذه الشبكة سواء كانت الجهة التي تقوم بإدارة الدفع الالكتروني خاصة أو عامة [3] .

---

[1]- 1- أنظر : د / محمد فاروق الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت ، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002 ، ص 100.

[2]- تلك الأنظمة التي تتيح للزبون الوصول إلى حسابه أو أية معلومات يريدها ، و الحصول على متلف الخدمات و المنتجات المصرفية من خلال شبكة المعلومات تربط بها جهات الحاسوب الخاص به أو أية وسيلة أخرى

[3]- أنظر : د / محمد فاروق الأباصيري ، المرجع السابق ، ص 101.

3. من حيث وسائل الأمان الفنية :

بما أن الدفع الالكتروني يتم من خلال فضاء معلوماتي مفتوح ، فإن فرصة السطو على رقم البطاقة أثناء الدفع الالكتروني تكون قائمة ، و هذا الخطر متواجد عند الدفع الالكتروني بغير الانترنت و أكثر حدوثا على شبكة الانترنت باعتبارها فضاء مفتوح لكل الأشخاص من كل البلدان ، و يكون ذلك باختراق البيانات المتواجدة في الشبكة و استخدامها إضرارا بصاحب البطاقة ، و من أجل تفادي هذا الخطر ، فإن الدفع الالكتروني يكون مصحوبا بوسائل أمان فنية من شأنها أن تحدد المدين الذي يقوم بالدفع و الدائن الذي يستفيد منه ، فيتم بطريقة مشفرة باستعمال برنامج معد لهذا الغرض بحيث لا يظهر الرقم البنكي على شبكة الويب Web ، كما يتم عمل أرشيف لمبالغ التي يتم السحب عليها ، مما يسهل الرجوع إليه ، و لتفادي تداول البيانات على الشبكة تم ابتكار نظام للوفاء يقوم على فكرة الأجهزة الوسيطة بإدارة عمليات الدفع لحساب المتعاقدين ، و ذلك بتسوية الديون والحقوق الناشئة عن التصرفات المختلفة التي تبرم بينهما و هذا من شأنه توفير الثقة بين أطراف التعامل و يضمن فعاليتها الأكيدة كوسيلة من وسائل الدفع التي تيسر التجارة الالكترونية [1] .

ثالثا : أنواع الدفع الالكتروني :

يمكن للمتعاقد من خلال شبكة الانترنت أن يقوم بالوفاء بمقابل ما قد تلقاه من المورد مستخدما إما الطرق التقليدية للوفاء في العقود التي تتم بين غائبين ، أو طرق الوفاء المباشرة و ذلك من خلال شبكة اتصال لاسلكية متحدة عبر الكمبيوتر Télématique ، و هذا ما يعرف بالدفع الالكتروني ، و لهذا الأخير عدة طرق أهمها:

1. **الدفع عن طريق التحويل الالكتروني :**

هذه الطريقة تتم بتحويل مبلغ معين من حساب المدين إلى حساب الدائن Télé-virement ، دون اللجوء إلى استعمال بطاقات الدفع فالعلمية تتم بطريقة مباشرة عبر الشبكة الالكترونية ، حيث أن أمر الدفع تملكه الجهة التي تقوم على إدارة عملية الدفع الالكتروني ، و من أمثلتها استعمال الوسائط الالكترونية المصرفية ، التي يستطيع بموجبها الزبون أن يطلب من البنك تحويل مبلغ من المال إلى رصيد البائع مقابل الخدمة أو السلعة التي اشتراها عبر الانترنت ، حيث يتم الاتصال بالبنك بواسطة الهاتف المصرفي [2] .

---

[1]- أنظر : نفس المرجع ، ص 102 .

[2]- أنظر : د / محمد فاروق الأباصيري ، المرجع نفسه ، ص 102.

2. الدفع بالبطاقات المصرفية Télépaiement par Carte :

تعرف البطاقة المصرفية بأنها " عبارة عن بطاقة بلاستيكية (Plastic Money) ممغنطة تصدرها البنوك لصالح زبائنها بدلا من حمل النقود ، و يستطيع حاملها أن يحصل على ما يحتاجه من سلع و خدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا نقدا أو بشيكات " ، فبإمكانه إرسال رقم البطاقة البنكية عن طريق البريد الالكتروني أو من خلال فاكس أو إرسال البيانات المتعلقة بحسابه البنكي مما يمكن المورد من اقتطاع الثمن من حساب العميل .

غير أن هذه الوسائل لا تخلوا من المخاطر تتمثل خاصة في تسليم رقم البطاقة دون تشفير أو اتخاذ الاحتياطات التي تضمن سرية ، و أهم هذه البطاقات ما يلي :

1.2 بطاقات الوفاء Carte de Payment :

تخول هذه البطاقة لحاملها سداد مقابل مشترياته من سلع و خدمات ، حيث يتم تحويل ذلك المقابل من من حسابه إلى حساب التاجر ، و لا تعد هذه البطاقات ائتمانية إنما تحمل تعهدا من البنك مصدر البطاقة بتسوية الدين بين حامل البطاقة و التاجر ، و إن كان هناك رصيد دائن لحامل البطاقة .

2.2 بطاقة الائتمان Carte de Credit :

تخول هذه البطاقة لحاملها الحق في الحصول على تسهيل ائتمان من مصدر هذه البطاقة لحاملها ، حيث يقدمها للتاجر و يحصل بموجبها على السلع و الخدمات ، تسدد قيمتها من الجهة مصدرة البطاقة ، و يجب على حاملها سداد القيمة للجهة المصدرة خلال الأجل المتفق عليه ، و بذلك تمنح حاملها أجل حقيقيا و هو ذلك الأجل الذي اتفق على السداد خلاله مع الجهة مصدرة البطاقة .

و الجهات المصدرة لهذه البطاقة تحصل على الفوائد مقابل توفير اعتماد لحاملها ، و لذلك هذه البطاقات أداة ائتمان حقيقية ، فضلا عن كونها أداة للوفاء .

غير أن البنوك لا تمنح هذه البطاقة إلا بعد التأكد من ملائمة الزبون أو الحصول منه على ضمانات عينية أو شخصية كافية [1].

3.2 بطاقة الشيكات Chèque Garante Card :

تصدر البنوك هذا النوع من البطاقات لزبائنها من حاملي الشيكات و يضمن البنك بمقتضى هذه البطاقات الوفاء في حدود معينة بقيمة الشيك الذي يصدره حاملها ، و عليه يتعين على حامل البطاقة عند سحب الشيك لأحد التجار من إبراز البطاقة و تدوين رقمها على ظهر الشيك و على التاجر أن يتحقق من طبيعة و البيانات المدونة على البطاقة مع البيانات المدونة على الشيك [2] .

3. الدفع بالنقود الالكترونية Monnaie Electronique :

يصطلح على تسميتها أيضا بالنقود الرقمية أو الرمزية أو النقود القيمية (Cybermonnaire E-Mony) و تعرف بأنها " سلسلة الأرقام التي تعبر عن قيم معينة تصدرها البنوك التقليدية أو البنوك الافتراضية لمودعيها و يحصل هؤلاء عليها في صورة نبضات Bits كهروا مغناطيسية على بطاقة ذكية أو على الهاردرايف و يستخدمها هؤلاء لتسوية معاملاتهم التي تتم عن طريقه " ، و لقد تم ابتكار هذه الطريقة في الوفاء نتيجة للعيوب التي ظهرت على طريقة الدفع بواسطة البطاقات المصرفية ، و ترتكز هذه التقنية على تجميع وحدات قيمية في أداة مستقلة عن الحسابات المصرفية ، و تتمثل في فكرتي حافظة النقود الالكترونية Porte Monnaie Electronique(PME) و حافظة النقود الافتراضية Porte Monnaie Virtuel (PMV) ، إذ يتم شحنهما مسبقا بوحدات لها قيمة مالية عن طريق البنك ، و يتم تسجيل هذا الرصيد المالي في بطاقة خاصة في حالة حافظة النقود الالكترونية أو على القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص بمستعمل الشبكة في حالة النقود الافتراضية [3] و بهذه الطريقة يستطيع الزبون أن يشتري أية سلعة أو خدمة على شبكة الانترنت عن طريق إصدار أمر إلى الكمبيوتر الخاص به بدفع قيمة مشترياته بالنقود الالكترونية المسجلة على القرص الصلب للكمبيوتر الخاص به ، و ذلك دون أن يعلم البائع أو البنك شخصية الزبون ، و بمجرد إصدار

---

[1]- أنظر : د / عبد الفتاح بيومي حجازي ، النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ، دار الفكر الجامعي ، 2002 ، ص 114.
[2]- أنظر : د / فاروق محمد أحمد الاباصيري ، المرجع سابق ، ص 105 .
[3]- أنظر : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع سابق ، ص 100-101 .

الأمر للكمبيوتر بدفع ثمن المشتريات بالنقود الالكترونية للبائع يتم نقل العملات الالكترونية من خلال البنك المصدر لها و يقوم بتحميلها على الكمبيوتر الخاص بالبائع ، و يستطيع البائع بعد ذلك أن يحول النقود الالكترونية التي أضيفت إلى حسابه إلى نقود حقيقية عن طريق البنك ، و بذلك نجد أن دفع الثمن في العقد الالكتروني يختلف تماما عما هو في المعاملات التقليدية ، إذ يتم بطريقة إلكترونية تستند إلى أنظمة دفع معدة مسبقا[1].

و مهما يكن فان الوسائل الالكترونية للدفع هي الوسائل الأكثر ملائمة من غيرها في تنفيذ العميل لالتزامه بدفع ثمن مشترياته فيما يتعلق بتصرفاته التي يبرمها عبر شبكة الانترنت ، و مما يمكن قوله هو أن الثمن في العقد الالكتروني لا يختلف عما عرفته القواعد العامة من ناحية وجوب تحديده و الاتفاق عليه ، و أن يكون مقدرا أو قابلا للتقدير ، إلا أن الخصوصية تتجلى على الخصوص في طريقة الوفاء التي تتم عبر شبكة الانترنت التي تبرم من خلالها العقود ، و لا تتوقف التزامات العميل عند حد الوفاء بالثمن ، بل زيادة على ذلك نجده ملزما بتسلم محل العقد الذي تعاقد بشأنه ، و فيما يلي نتعرض لهذا الالتزام .

الفرع الثاني : التزام المشتري بالتسلّم في العقد الالكتروني .

و بعد الانتهاء من تسليم محل العقد في أي عقد من قبل الملتزم ، فانه يتوجب على العميل أن يلتزم بتسلم هذا الأخير تنفيذا للالتزام العقدي الذي يترتب عليه ، و العقد الالكتروني كغيره من العقود يحتوى على هذا الالتزام بحيث يجب تنفيذه ، و يكون لهذا الالتزام عدة صور ، فقد يتم من خلال وضع المحل تحت يد العميل من خلال إرساله عبر شبكة الانترنت إذا كان من الممكن إتمام ذلك عبرها ، أو أن يرسل له خطابا يعلمه بان المحل جاهز للتسليم و عليه القيام بتسلمه ، و في حال عدم قيام العميل بتنفيذ التزامه يحق للملتزم اللجوء للقضاء لإجباره على التسلم ، ليتم بيان مطابقة محل العقد للمواصفات و المقاييس التي تم الاتفاق عليها ليتم قبوله ، و من اجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، نتعرض إلى مضمون الالتزام بالتسلم في الفرع الأول ، لنتعرض لزمانه و مكانه في الفرع الثاني .

---

[1]- أنظر : د / أسامة أبو الحسن مجاهد ، المرجع نفسه ، ص 103 .

الفرع الأول : مضمون الالتزام بالتسليم .

بالرجوع للقوانين و التنظيمات الخاصة بالمعاملات الالكترونية و من خلال تصفحها تبين عدم تطرقها لالتزام العميل (المشتري) بالتسلم ، و هو ما يحيلنا للقواعد العامة لنظرية العقد ، إذ تظل بذلك الحاجة لهذه النظرية قائمة لا محالة و لا يمكن الاستغناء عنها ، إذ بها يمكن معرفة الجوانب الهامة لهذا الالتزام و الوصول إلى كيفية تنفيذه .

و ذلك تقضي القواعد العامة بأن يلتزم المشتري بتنفيذ التزامه بحسن نية ، و من ذلك الا يمتنع عن تسلم محل العقد ، على اعتبار انه التزام مقابل للالتزام بالتسليم ، فينفذ هذا الأخير التزامه بالتسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري ، بحيث يتمكن من حيازته و الانتفاع به دون عائق و لو لم يستولي عليه استيلاء ماديا مادام البائع قد اعلمه بذلك ، أما التزام المشتري بتسلم المبيع فيتم بان يستولي على المبيع استيلاء فعليا .

هذا و يشمل الالتزام بالتسلم قيام المشتري بالأعمال التي تقع على عاتقه ليتمكن البائع من تنفيذ التزامه بالتسلم ، فهو إن لم يقم بتلك الأعمال فانه يحول دون قيام البائع بتنفيذ التزامه بالتسليم و قد يكون من المستحيل بالتالي ، و منه فالتسليم لا بد أن يسبق التسلم ، لأن الحيلولة دون مقدمات التسلم تحول دونه بطبيعة الحال [1] .

ففي حال عرض محل العقد على العميل ، فانه يلتزم بتسلمه بعد عرضه عليه من قبل الملتزم في الوقت المتفق عليه فيما بينهما أو حسب ما تقتضيه طبيعة المحل ، و يكون التسلم في العقود الالكترونية مشابها للتسلم في العقود التقليدية ، كونه ينصب على محل لم يكن متوافرا وقت أبرام العقد ، بل تتم معاينة هذا المحل من خلال الشروط المتوافرة على شبكة الانترنت أثناء إبرام العقد ، و تشمل المواصفات و المقاييس التي تم الاتفاق عليها[2].

و قد يكون التسلم من خلال شبكة الانترنت أو البريد الالكتروني أو من خلال الأقراص المرنة ، إلا أنه من الممكن أن يؤدي إلى عدم العميل من القيام بالاستخدام السليم خوفا من أي عيب يمكن حدوثه سواء كان في التشغيل ، أو في التحميل ، و بالتالي و حسب رأي البعض فإنهم يرون أفضل طريقة للتسلم هي تسليم المحل للعميل بشكل مباشر ، و بيان آلية عمله أمام العميل بناء على التعليمات المعدة له

---

[1]- أنظر : د / محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية بالتجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، طبعة 2005، ص 390 .

[2]- أنظر : د / محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص 105 .

خصيصا ، ثم تتم عملية المطابقة التي ترتب آثار قانونية للطرفين على المحل ، و في حال عدم تحديد كيفية التسلم فيتم الرجوع للقواعد العامة و لطبيعة المحل و العرف ، و إتباع أفضل الطرق للقيام بهذا الالتزام [1].

الفرع الثاني : زمان و مكان التسلم .

الظاهر على واقعة تسليم أو تسلم السلعة أو الخدمة المتعاقد عليها أنها تخضع لاتفاق الطرفين أولا ثم لأحكام التعامل ثانيا ، و ذلك استنادا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، إذ أصبح من المتعارف عليه اليوم بان يكون التسليم في مكان المشتري لا سيما في حالات التعاقد عن بعد ، و التي منها مثلا الشراء عبر الانترنت ، إذ لا يعقل أن يشتري شخص ما إحدى السلع المعلن عنها عبر شبكة الانترنت ، و يذهب بعد ذلك بنفسه لتسلمها من مكان تواجدها ، و إن كان ممكنا فهو ليس بالغالب الأعم [2] .

و منه فالالتزام بالتسلم يعتبر كما سبق القول انه التزام مقابل للالتزام بالتسليم الذي يمكن العميل من استيلاء على محل العقد ، و عليه يتم تسليم المحل في نفس المكان و الزمان اللذين يتوجب إتمام عملية التسلم فيهما ،لكون هذا الالتزام مساوي من حيث كيفية التسلم و التسليم و مكانه و زمانه ، و هو ما يجعل هذا الالتزام واحد ، مما يوجب على الملتزم بعد الانتهاء من الإعداد الوفاء به ليتمكن الطرفان من إبراء ذمتهما تجاه الآخر .

و كما تم الإشارة أن زمان و مكان التسليم يخضع لإرادة الطرفين ، فإن تحديدهما لا يثير إشكالا ، إلا أنه قد يحدث و ألا يتم تحديد وقت التسلم في العقد أو مكانه ، ففي هذه الحالة يتم الرجوع إلى طبيعة محل التعاقد و البحث في الظروف المرافقة لإبرام العقد ، و التوصل من خلالها إلى تحديد الوقت المناسب ، أو العمل بما اقره العرف في القيام بمثل هذا التصرف ، و اعتباره موعد التسلم و ذلك من خلال تحديد المدة التي استقر عليها العرف في إعداد مثل هذا المحل [3]

أما في حالة الانتهاء من إعداد المحل في وقت سابق لما أقره العرف فإنه يتوجب عليه إعلام العميل بذلك للسعي إلى تمكين العميل من استلامه ، و تهيئة الظروف الملائمة للبدء بعملية المطابقة ، و منه يتبين الاختلاف بين الالتزام بالتسليم و الالتزام بالتسلم في مراحل تنفيذهما ، ففي الأول نجد أن الملتزم متى أعد المحل

---

[1]- أنظر : د / محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص 106 .
[2]- أنظر : د / عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 318-319.
[3]- أنظر : د / محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، ص 107 .

فإنه يتوجب عليه تسليمه على خلاف تسلم العميل للمحل فيكون على مرحلتين ، مرحلة التسلم و التأكد من المواصفات ، و مرحلة الاستخدام لبيان مقدرته العملية لإبرام ذمة الملتزم .

و في العقود الالكترونية لا يقتصر التزام العميل على تسلم المحل وحده ، و إنما يمتد إلى قبول المحل من خلال التأكد من مطابقة المواصفات و المقاييس التي تم تحديدها بين الطرفين ، نظرا لكون المحل لم يكن متوفرا وقت إبرام العقد ، و تعطي هذه المرحلة الحق للعميل المراقبة الكلية للمحل الذي تم إعداده، و التأكد من مدى احتوائه على كافة المواصفات التي تم الاتفاق عليها بعد القيام بفحص المحل ، للتأكد أيضا من مقدرته على معالجة الأمور .

و مدى مواجهة بعض المشاكل ، التي من الممكن أن تواجهه في المستقبل ، و لذلك فإنه من الضروري الالتزام بالتعليمات الأساسية التي حددها الملتزم ليتم ضمان حسن عمل المحل ، و عدم إحداث أي خلل جراء عدم مراعاة تعليمات التشغيل و المعالجة التي حددها الملتزم (البائع)[1].

كما أنه من الممكن أن تكون عملية التسلم ضمنية من خلال إتخاد العميل موقفا معينا يكون دالا دلالة صريحة على قبول المحل و تسلمه ، أو من خلال استخلاص وقائع يفترض معها بالضرورة موافقة العميل على المحل و قبوله مثل القيام باستخدامه استخداما حائزا ، أو قيامه بتسوية الحسابات مع الملتزم و القيام بالوفاء بالالتزامات المتبقية ، أو فحص المحل و عدم إبداء أي تحفظ و من ثم استخدامه ، فكل هذه الطرق تدل على التسلم و القبول الضمنيين للبرامج و السلع سواء كان القبول ضمنيا أم صريحا ، ففي كل الحالات يرتب هذا التصرف آثارا على طرفي العقد .

أما عن نفقات التسلم و تطبيقا للقواعد العامة فان نفقات تنفيذ الالتزام يتحملها المدين بهذا الالتزام ، و باعتبار المشتري (العميل) هو المدين به فعليه تحمل نفقاته التي تشمل المصاريف اللازمة لنقل المبيع من مكان تسليمه إلى مكان تسلمه ، إلا أن هذه القاعدة ليست من النظام العام مما يجوز الاتفاق على ما يخالفها ، كأن يتفق الطرفان على تحمل البائع نفقات التسلم كلها أو بعضها ، أو أن يتقاسمها مع المشتري [2]، و هذا ما نصت عليه المادة 395 قانون مدني بقولها : " إن نفقات تسلم المبيع تكون على المشتري ما لم يوجد عرف أو اتفاق يقضي بغير ذلك " .

---

[1]- نفس المرجع ، ص 108.

[2]- أنظر : د / محمد حسن قاسم ، المرجع السابق ، ص 392-393 .

مثال ذلك لو تعاقد شخص على شراء سلعة معينة بمبلغ 500 دينار عبر شبكة الانترنت ، و لم يتفق المتعاقدان على نفقات إرسالها ، فان المشتري سيتحمل هذه النفقات بما فيها تكاليف النقل و رسوم الاستلام[1].

و كخلاصة لما سبق يتبين لنا أن العقد الالكتروني مهما كان نوعه يرتب التزامات في ذمة طرفيه و هذا متى كان ملزما للجانبين ، لذلك نجد البائع (المعلن) ملزما بتسليم محل العقد الذي قد يكون سلعة أو بضاعة تستلزمان المناولة اليدوية ، كما قد يكون تقديم خدمة يتم تسليمها عبر شبكة الانترنت ذاتها ، و ذلك حتى يتمكن المشتري من تحقيق غرضه الذي قصده من إبرام العقد .

المبحث الثاني : ضمانات و جزاء عدم تنفيذ العقد الالكتروني .

إن التقدم الهائل في عالم المعلوماتية و الاتصالات اللاسلكية و التي على رأسها الانترنت ، أصبح يشكل و سيله إغراء و جدب للمتعاقد المستهلك لفتح الطريق أمامه نحو إبرام العقود عبر شبكة الانترنت ، التي شهدت انتشارا واسعا حتى تواكب هذه التطورات ، سواء في تقنية التعاقد ، حجم رؤوس الأموال و زيادة جمهور المتعاملين على شبكة الانترنت ، أو تنوع المجال بين الخدمات و السلع و كذا تباين صور المعاملات عبر هذه الشبكة المتطورة .

و نظرا لاستقبال طبيعة المعاملات الالكترونية التي تتم عن بعد في كيفية إبرامها و كذا كيفية التسليم و الدفع ، و أيضا أن هذه المعاملات تتم عبر شبكة دولية لا تعرف حدودا جعلت العالم قرية صغيرة ، و بذلك سمحت للأشخاص التعامل دون أن يقيدهم في ذلك زمان و لا مكان ، إلا أن الإشكال يثور هنا في أن يدخل في العملية التعاقدية طرفان أحدهما محترف و متخصص و الثاني ضعيف و غير محترف تنقصه الدراية المعرفة و الخبرة ، و هذا ما أدى بالتشريعات الحديثة إلى الاتجاه نحو خلق توازن في العلاقة العقدية المبرمة عبر شبكة الانترنت ، و ذلك لأن الشخص الذي يقدم على هذه التصرفات يجد نفسه أمام دعايات و إعلانات متطورة ، و سلع و خدمات لا يستطيع ملامستها و لا الحكم على مدى صلاحيتها و جودتها إلا من خلال هذه الشبكة، و

[1]- أنظر : د / عمر خالد زريقات ، المرجع السابق ، ص 320

بالتالي و هو الغالب على العلاقات التعاقدية المبرمة إلكترونيا كونها تتم بين طرفين غير متعادلين من حيث الخبرة ، فيوجد الباعة والمنتجون و يعتبر كل منهما محترف ، كما يوجد المشترون أو المستهلكون الذين ينقصهم الاحتراف.

و لهذا السبب فإن حماية المتعاقد في هذه العقود بات أمرا لابد منه ، حتى يتمكن من تحقيق الغاية المقصودة من إبرام هذه التصرفات دون إصابته بأضرار سواء تمس أمواله أو جسده ، و هو ما أدى بدوره إلى فرض ضمانات لتنفيذ العقد بحسب ما تم الاتفاق عليه فيما بين المتعاقدين ، سواء كان منصوصا عليه في القواعد العامة أو في القواعد الخاصة ، و هذا فضلا عن توقيع الجزاء العام المقرر في القواعد العامة ، بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل العقد و المقصود بهذا فسخ العقد في حال عدم تنفيذ الالتزامات التي رتبها العقد المبرم بينهما ، و من اجل ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين نتناول ضمانات تنفيذ العقد الالكتروني في المطلب الأول و نتناول جزاء عدم تنفيذ العقد الالكتروني في مطلب ثاني .

المطلب الأول : ضمانات تنفيذ العقد الالكتروني .

إن المتعاقد في نطاق المعاملات الالكترونية هو ذاته المتعاقد في عملية التعاقد التقليدي ، و في كلاهما يعد مستهلكا يتعامل من خلال وسائط إلكترونية في الأولى ، وباعتباره غير محترف و لا يملك الدراية الكافية للعلم و الإحاطة بمحل العقد ، لا سيما و أنه يتعاقد عبر شبكة الانترنت و يقتصر على رؤية محل العقد عبرها ، و لا يمكنه ملامسته إلا بعد استلامه ، و لهذا السبب احتاج للحماية التي تعتبر من المسائل الهامة التي اهتمت بها القوانين الخاصة ، و ذلك من أجل توفير حماية قانونية للمتعاقد المستهلك في مجال هذه المعاملات ، و يعرف المستهلك في القانون على أنه : " **الشخص الذي يطلب و يستعمل منتوجات و خدمات بهدف إشباع حاجات شخصية أو عائلية** "و اختلفوا حول دخول مفهوم المهني في هذا التعريف ، لذا وجدت تعريفان أحدهما يستبعد من وصف المستهلك كل من يقوم باقتناء منتجات أو خدمات لأغراضه المهنية ، و آخر يوسع و يعرف المستهلك بأنه كل من يطلب منتوجا أو خدمة سواء اتجهت نيته إلى استخدامه في مجال شخصي أو مجال مهني [1] ، و في هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري قد أخذ بالمفهوم الضيق في تعريف المستهلك [2] .

---

[1]- انظر.د/ بودالي محمد ، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات ، دراسة مقارنة ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، الجزائر2005 ، ص 59 و ما بعدها .

[2]- انظر / نص المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 90/39 المؤرخ في 30 .01. 1990 المتعلق بالجودة و قمع الغش للمستهلك على أنه : " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيطي أو النهائي لسد حاجاته الشخصية أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به " و يتضح من هذا التعريف أن القانون لم يفرض شكلا معينا لقيام العلاقة الاستهلاكية بل تنشأ لمجرد اقتناء المنتوج أو الخدمة المعروضة للاستهلاك من طرف المستهلك . _الجريدة الرسمية رقم 05/90 ، ص 205 .

أمام هيمنة العروض التجارية على شبكات الانترنت ، و لجوء القائمين على أشغال المواقع التجارية إلى إخفاء حقيقة المنتوج المعروض و تضليل المستهلك في ظل افتقاره للخبرة الفنية و التقنية باعتباره الطرف الضعيف، هذا كله أدى إلى ولادة فرض التعاقد غير الواعي ، و بذلك خلق هذا التطور في أساليب الإنتاج و التوزيع تهديدا خطيرا على المستهلك [1] .

فأصبح هذا الأخير يصدر رضاه تلقائيا غير متوازن بين البائع و المستهلك في ذلك الفضاء الافتراضي ، فما كان للدول في هذا الصدد سوى أن تجد هيكلة تحمي بها المستهلك ، و قد سبق للاتحاد الأوربي بتاريخ 20 ماي 1997 أن وضع جملة من القوانين لحماية المتعاقد المستهلك في مجال عقود المسافة أمام حدة عقود الاذعان الالكترونية ، و أصدر كذلك إرشاد في 8 جوان 2000 حول بعض الجوانب القانونية للتجارة الالكترونية ، كما اقر في 23 جويلية 1999 مشروع إرشاد في تسويق الخدمات المالية عن بعد بين المستهلكين إضافة إلى قوانين التجارة الإلكترونية ، و ذلك ما أقرته الجمعية العامة للأمم المتحدة بقرارها رقم 284/39 الصادر في 09 أفريل 1985 إذ جعلت حقوق المستهلك كجزء من حقوقه كإنسان .

و هذا كله خلق على المستوى الدولي مدرستان ، الأولى أمريكية تقول بأن السوق الأمريكية لا تحتاج إلى قوانين لحماية المستهلك ، لأنها تعد عائقا لنمو التجارة الالكترونية بل السوق هي التي توفر آليات الحماية ، أما المدرسة الأوروبية و خاصة الفرنسية تريد أن توجد قوانين عالمية هدفها حماية مستعمل الانترنت [2]، إضافة إلى القواعد العامة التي تقرر حماية يتمتع بها المتعاقد في جميع العقود بما فيها العقد الالكتروني ، و من بين ما أقرته القوانين الخاصة بحماية المستهلك و كذا التنظيمات المتعلقة بالمبادلات الالكترونية ، نجد الحق في الإعلام و الحق في الرجوع أو التراجع عن العقد الذي تم إبرامه ، و من أجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين ، نتناول في الفرع الأول الحق في الإعلام لنتناول الحق في الرجوع عن العقد في الفرع الثاني .

---

[1]- أنظر : د / جمال النكاس ، حماية المستهلك و أثرها على النظرية العامة للعقد في القانون المدني الكويتي ، مجلة الحقوق ، جوان 1998 ، العدد 2 ، ص 45 .

[2]- أنظر : / المنصف قرطاس ، التجارة الالكترونية و الإشكاليات التطبيقية المطروحة ، مجلة القضاء و التشريع ، العدد 7 ، جويلية 1999 ، ص 43.

الفرع الأول : الحق في الإعلام

يعتبر الالتزام بالإعلام أحد أبرز الآليات القانونية في مجال حماية المتعاقد على اعتبار أنه مستهلك ، و مما يبدو على هذا الالتزام أنه أكثر إلحاحا في مجال التعاقد عن بعد ، خاصة و أن التعاقد عن بعد يتم من خلال استخدام وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد ، دون التقاء حقيقي بين أطرافه ، كما أن استخدام مثل هذه الوسائل يجب ألا يحول دون تزويد المتعاقد عبرها بالمعلومات الضرورية و اللازمة لتقرير رضائه، نظرا لكون الالتزام بالإعلام يجد أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد،من حيث العلم بعناصر و ظروفه،و عدم معرفته بمحل العقد الذي يقتصر على رؤيته من خلال شاشة الحاسوب،و هو ما يبرر إلقاء هذا الالتزام على الطرف المحترف في العلاقة التعاقدية،لذلك نجد المشرع و هو بصدد تنظيم التعاقد عن بعد حرص على تأكيد هذا الالتزام [1]، و فيما يلي سنبين مفهومة كذا مضمونه و جزاء الإخلال به .

أولا : مفهوم الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني .

إن دراسة لالتزام بالإعلام الالكتروني يوفر حماية فعالة لمن بتعامل عبر شبكات الاتصال الالكترونية من المخاطر التي قد يتعرض لها ، و بذلك يعتبر من أهم الضمانات القانونية لتحقيق المساواة في العلم بين طرفي العقد لسلامة إرادتيهما و كل ذلك من أجل حماية حقوقهما ، و الوصول لتنفيذ العقد دون أن يتضرر أحد منهما.

1. تعريف الالتزام بالإعلام الإلكتروني :

يعرف الحق في الإعلام بأنه" :التزام المنتج أو المهني بوضع المستهلك في مأمن ضد مخاطر المنتوج المسلم له سواء كانت سلعة أو خدمة، وهو ما يتطلب أن يبين المنتج أو المهني للمستهلك كل المخاطر التي تكون مرتبطة بالملكية العادية للشيء المسلم له[2]".

كما يعرف أيضا بأنه" :التزام قانوني يلتزم بموجبه أحد الطرفين الذي يملك معلومات جوهرية فيما يخص العقد المزعم إبرامه بتقديمها بوسائط إلكترونية في الوقت المناسب وبكل شفافية وأمانة الطرف الآخر الذي لا يمكنه العلم بها بوسائله الخاصة."

وقد فرض هذا الالتزام على المنتج أو البائع حرصا على سلامة العقود في ظل عدم المساواة بين المستهلك من جهة، وبين المنتج الذي يمتلك تفوقا على الطرف الآخر، الناشئ عن عدم توافر الخبرة والعلم اللازمين لذا يتوجب على البائع المهني إعطاء المشتري وكل من يتعامل معه المعلومات الضرورية لاستعمال المبيع وتحقيق الغرض

---

[1]- أنظر : د / محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، المرجع السابق ، ص 32 .

[2]- أنظر د/ عبد الفتاح بيومي حجازي ، المرجع السابق ، ص 219

من شرائه [1]، وبذلك يقع هذا الالتزام على عاتق المحترف نظرا لعدم التساوي في المعرفة بالمعلومات بين المتعاقدين بشأن محل التعاقد والشروط المتعلقة به، مما يؤدي إلى اختلاف المراكز القانونية، فيتعرض الطرف الضعيف لاستغلال الطرف الأقوى صاحب الخبرة الذي يملك دراية لا يملكها الطرف المقابل، وهو ما يقتضي إعلام هذا الأخير وإمداده بالمعلومات المتعلقة بوضع السلعة أو الخدمة، وكل ما يلزم من معلومات لاستخدام محل العقد والانتفاع به.

ويتمثل الهدف من الالتزام بالإعلام الالكتروني في تحقيق المساواة بين طرفي العقد من حيث المعرفة، مما يحقق معه وجود توازن فيما بين أطرافه، وهو ما جعله ضرورة عملية تقتضيها الحياة المعاصرة ، والتي شهدت تطورا هائلا في وسائل الاتصال الحديثة وانتشارها في كافة مناحي الحياة، وبذلك يمثل الالتزام بالإعلام الالكتروني أفضل الطرق لإعادة المساواة في العلم بين المتعاقدين، وإعادة التوازن إلى العقد وفيما يلي بيان ذلك:

إن عدم المساواة في العلم بين المنتج أو المهني أو التاجر من ناحية وبين المشتري أو المستهلك أي المتعاقد من ناحية أخرى، يعتبر الأساس الجوهري الذي أدى إلى وجود وبلورة إلى الالتزام بالإعلام الالكتروني، وقد تولد هذا التفاوت من التقدم العلمي والصناعي والتكنولوجي، الذي نتج عنه انتشار وسائل الاتصال الحديثة التي ظهرت معها أنواع كثيرة من السلع والخدمات، مما أدى هذا بدوره على عدم العلم والمعرفة الفنية لدى المتعاقدين، وهو ما جعل الفقه والقضاء وعلى الخصوص في فرنسا إلى إحلال معيار رجل الحرفة والخبرة محل الرجل المعتاد أو رب الأسرة في تقدير التزام المهنيين والحرفيين في مواجهة من هم أقل منهم حرفية ، ذلك أن اختلال ميزان المعرفة والدراية لصالح الحرفي والمهن ، ينتج عنه أن يتقدم المتعاقد عديم الخبرة إلى إبرام العقد وهو يفتقر إلى البيانات والمعلومات الأساسية التي ترشده إلى تحديد أوصاف محل العقد من سلع أو خدمات.

لذلك يؤكد الفقه والتشريعات كالقانون الفرنسي والاتحاد الأوروبي وكذا التنظيمات المتعلقة بالمبادلات الالكترونية على أن رضا المتعاقد لا يكون مستنيرا بصورة كافية إلا عندما تتحقق لديه المعرفة الكاملة بجميع العناصر المتعلقة بموضوع العقد ، و كل ذلك يهدف إلى إعادة و تحقيق المساواة بين المتعاقدين في تحقيق رضا سليم واعي ومستنير [2] .

أما فيما يخص إعادة التوازن العقدي فمن أهم ما يميز العقود الالكترونية هو أنه يتم تبادل الإرادتين عبر شبكة الانترنت مع الغياب المادي للمتعاقدين ، وبالتالي فهما حاضرين من حيث الزمان إلا أنهما غائبين من حيث المكان ، وهو ما لا يسمح للمتعاقد من التحقق من أهلية وصفه من يتعاقد معه ، وهو ما يفرد العقود المبرمة عن بعد بأحكام خاصة ،لكون المستهلك لن يكون بوسعه الحكم الدقيق على المنتج أو الخدمة التي يتعاقد

---

[1]- د/ نضال إسماعيل برهم، المرجع السابق، ص 134

[2]- أنظر : د / عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سابق ، ص 219 .

عليها ، لذلك يترتب الالتزام بالإعلام حتى يتم وضع المتعاقد الآخر في نطاق العلم أو إمكانية العلم بالعقد المزمع إبرامه ، و وفقا للقواعد العامة في القانون المدني نجد أن العقود التي تتم عبر شبكة الانترنت تتسم في الغالب بالاذعان، التي يكون فيها القبول مقتصرا على مجرد التسليم بما ورد فيها من شروط ، وهو ما جعل المشرع يتصدى لها حيث فرض على الطرف القوي من حيث الدراية والعلم التزاما بإعلام الطرف الضعيف بكل .المعلومات الجوهرية .بما يحقق توازن بين طرفي العلاقة التعاقدية من حيث العلم بكافة جوانب العقد [1].

ويجب التذكير أن الالتزام بالإعلام يبدأ منذ المرحلة السابقة على التعاقد ويمتد إلى غاية مرحلة تنفيذ العقد ، فمن يتعاقد على بيع سلعة أو خدمة ما يلزم مسبقا قبل التعاقد إعلام المتعاقد على الخصائص المميزة والأساسية لمحل العقد ، وكذلك يبلغه بشروط التعاقد ، كما يجب على المهني توجيه المتعاقد حول الاحتياطات الواجب اتخاذها ، وإذا لم يقم بذلك عد مسئولا عن الأضرار التي تلحق من تعاقد معه نتيجة جهل هذا الأخير للشيء [2] .

ويرى الفقه أن الالتزام بالإعلام في جميع مراحل المعاملة يتطلب توافر شرطين:

– أن يكون أحد المتعاقدين مهنيا متخصصا على نحو يسمح له بالعلم بالبيانات والمعلومات اللازمة، وأن يكون الطرف الآخر جاهلا لسبب أو لآخر بهذه المعلومات.

– أن تكون هذه البيانات أو المعلومات مؤثرة في رضا الطرف المدين بهذا الالتزام[3] .

وبتوافر هذين الشرطين يثبت هذا الالتزام في ذمة البائع وما عليه سوى التقيد به.

2. مضمون الالتزام بالإعلام :

لا يقتصر الالتزام بالإعلام على التعاقدات التي تجري على السلع فحسب بل يمتد أيضا إلى تلك التي تجري على الخدمات ، لذلك ينبغي على البائع أن يعطي المتعاقد معه كافة المعلومات الضرورية المفيدة عن الاستعمال وكذا يحذره من أوجه الخطر التي يحتويها محل العقد ، وبذلك عليه أن يزوده بكل ما يهمه ويساعده لتحقيق الانتفاع به ، هذا ويتضمن الالتزام بالإعلام شقين أولهما سلبي والثاني إيجابي.

ويتمثل الشق السلبي بضرورة الامتناع عن كتمان المعلومات المتصلة بالعقد ، وعلى العكس منه فإن الشق الايجابي يتمثل في الإدلاء بهذه المعلومات .

ولهذا السبب حملت التشريعات الحديثة الخاصة بحماية المستهلك كل من المنتج والمهني المسؤولية عن تزويد المستهلك بالمعلومات الضرورية عن محل العقد الذي يتعاقد عليه ، حتى يكون رضاءه واعيا لمحتوى العقد رغم

---

[1]- أنظر .د / نضال إسماعيل برهم ، المرجع السابق ، ص 134.

[2]- أنظر : جرعود الياقوت ، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2001 /2002 ،ص 51.

[3]- أنظر : د / نبيل محمد أحمد صبيح ،حماية المستهلك التعاملات الالكترونية ، دراسة مقارنة ،مجلة الحقوق ،العدد2 ،جوان 2008،الكويت ، ص 207

طبيعة التعامل الالكتروني ، هذا وقد جاء الاتحاد الأوروبي عدة توصيات أرست دعائم الالتزام بالإعلام من أجل حماية المستهلك وجاء في المادة الرابعة من الإرشاد الصادر في 20 جانفي 1997 ما يلي:

- تحديد هوية المورد وعنوانه.
- -تحديد الخصائص والمواصفات الرئيسية للأموال والخدمات موضوع التعاقد.
- -تحديد ثمن المنتوج والرسوم والضرائب المترتبة عليه.
- تحديد رخصة العدول الممنوحة للمشتري عن طريق القواعد المعتمدة في ممارسة هذه الرخصة.
- تكلفة وسيلة الاتصال المستخدمة في عمليات التسليم.
- المدة المقررة لصلاحية العرض أو المدة الدنيا لإبرام العقد.

وقد استثنى التوجيه من الإعلام المواد الغذائية والكحول وغيرها من المواد المستوردة ذات الاستخدام المنزلي ، كما تضمن هذا التوجيه إلزام الباعة بتقديم تأكيدات خطية للمتعاقدين ، يثبتون فيها البيانات الإعلامية المصرح بها ، وهذا التأكيد يجب أن يتوجه به البائع إلى المستهلك قبل إبرام العق د ، أو كمدة قصوى عند موعد التسليم بالنسبة للبضائع غير المعدة للتصرف فيها للغير، وبالإضافة إلى هذه التأكيدات فقد يفرض البائع أيضا توجيه بيانات وملحقات إعلامية يبين فيها بشكل مفصل المعلومات التي تفيد المشتري ، والتي تتعلق بالكافلات والضمانات التجارية التي يقدمها البائع ، وكذلك الشروط المطلوبة لحل العقود غير محددة المدة أو تزيد مدتها عن سنة من تاريخ إبرام العقد[1] .

كما تضمن الإرشاد الأوروبي الثاني حول التجارة الالكترونية الصادر في 08 جانفي 2000 النص على وجوب أن توفر المواقع الموردة للخدمات والسلع ضمن نطاق مجتمع المعلومات كافة المعلومات الأساسية حولها ، كالاسم الكامل والعنوان وعنوان البريد الالكتروني، ورقم تسجيلها في السجل التجاري ورقمها الضريبي، كما تضمنت المادة (10) منه أحكاما توجب على المواقع الموردة عبر الانترنت أن تقدم للمستهلكين وقبل التعاقد معهم سلسلة من المعلومات التوضيحية ، وأبرزها حول المراحل التقنية الواجب إتباعها من أجل إبرام العقد، وحول المسائل وآلية تدارك الأخطاء في تزويد البيانات وتصحيحها ، وحول لغة التعاقد وأية قواعد سلوكية واجبة الإتباع لضمان حسن سير العلاقة التعاقدية [2] .

ومن خلال ما سبق يتبين أن الالتزام بالإعلام يقوم على عنصرين أساسيين وهما:

1. معرفة وتحديد شخصية المتعامل الالكتروني :

[1]- أنظر : نضال إسماعيل برهم ، المرجع السابق ، ص 136
[2]- أنظر :د/ عمر خالد زريقات، المرجع السايق، ص 342

وذلك لان تحديد شخصية هذا الأخير .يوفر عنصر الأمان للمتعاقد المستهلك خاصة في مجال التعاقد الالكتروني[1].

2. معرفة وبيان السمات الأساسية للسلعة أو الخدمة والشروط العامة للعقد :

يتطلب الالتزام بالإعلام الالكتروني قيام المنتج أو المهني بالإدلاء عبر شبكة الانترنت بكل المعلومات المتعلقة بالسلعة أو الخدمة محل العقد ، لان الهدف من إعطاء المعلومات يكمن في إتاحة الفرصة أمام المستعمل للمحل العقد أن يكون استعماله له متوافقا مع مقصده .

ثانيا : جزاء الإخلال بالالتزام بالإعلام الالكتروني

من بين ما قررته القواعد العامة المتعلقة بالمعاملات الالكترونية هو حق المستهلك في العدول عن العقد مدة خلال محددة ، وفي حالة الإخلال بهذا الالتزام فإن الجزاء الذي قررته هذه القواعد هو امتداد الأجل الذي يمكن للمستهلك أن يمارس خلاله الحق في العدول عن العقد ، ويعتبر في الواقع هو الجزاء المدني الخاص الذي تضمنه التنظيم الخاص بالتعاقد عن بعد ، فإذا لم يقم المهني بتنفيذ التزامه بإعلام المستهلك بعد إبرام العقد ، فإن الأجل الذي يمكن للمستهلك المتعاقد عن بعد أن يمارس خلاله حقه في العدول يمتد من سبعة أيام عمل وهي المدة الأصلية ليصبح ثلاثة أشهر، ولكن ما يلاحظ في هذا الخصوص أنه إذا تدارك المهني الأمر، وقام بالإدلاء بالبيانات الواجبة خلال مدة الثلاثة أشهر محسوبة من تاريخ تسليم السلعة أو قبول العرض ، فإن ذلك يؤدي إلى بدء مدة السبعة أيام الأصلية [2] ومن خلال ما سبق يتبين أن الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني يوفر حماية فعالة لمن يتعامل عبر شبكات الاتصال الالكترونية من المخاطر التي قد يتعرض لها، كما أنه يعد من أهم الضمانات لتحقيق المساواة بين طرفي العلاقة ولسلامة إرادتهما ، لان هذا التعاقد يتم بين متعاقد مهني ومتعاقد مستهلك يحتاجان إلى حماية القانون ، ويشمل بذلك كل أنواع العقود التي تبرم عبر الانترنت ، فيعد الهدف الأساسي من هذا الالتزام هو تنوير وتبصير المتلقي من خلال الإدلاء بكافة المعلومات التي تهمه ، وهذا ما جعله ضرورة هامة تتطلبها الحياة المعاصرة ، نظرا للتطور الذي شاهدته في مجال الاتصال ، لذلك يجب على المتعاقد الملتزم به أن ينفذه حتى يتمكن الطرف الآخر من استغلال والانتفاع بمحل العقد ، وهذا بدوره ما دفع المشرع إلى بسط حمايته من خلال فرض هذا الالتزام من ناحية ، وإقرار جزاء متى ثبتت مخالفته سواء تعلق الأمر بما قررته القواعد العامة أو التنظيمات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية.

وإلى جانب ضمانة الحق في الإعلام توجد ضمانة أخرى وهي الحق في الرجوع عن العقد التي سنتعرض لها فيما يلي.

---

[1]- أنظر : د/ خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص 347 .

[2]- أنظر : د / محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، المرجع السابق ، ص53.

الفرع الثاني : الحق في الرجوع عن العقد

يعتبر الحق في الرجوع عن العقد الذي سبق إبرامه أحد الآليات القانونية الحديثة التي لجأ إليها المشرع بقصد توفير حماية فعالة للمستهلك ، ويمثل هذا الحق في الواقع خروجا على مبدأ القوة الملزمة للعقد ، وهذا الخروج يجد ما مبرره الأساسي في ضرورات حماية المتعاقد باعتباره الطرف الضعيف في مواجهة المهني أو المحترف [1] ، كما أن المستهلك في عقود المسافة لا يمكنه الحكم الدقيق على السلعة أو الخدمة محل العقد مهما بلغ وصف البائع لها ، وهو ما جعل المشرع يعطيه رخصة الرجوع عن العقد خلال مدة معينة يحددها القانون ، وهذا يعني تخويل المستهلك حق نقض العقد بعد انعقاده بالإرادة المنفردة ، وهو ما يعد مخالفا لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين ، إذ لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون ، وهذا الحق قد أقرته العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي والأمريكي والانجليزي ، وكذا قانون التوجيه الأوروبي وبعض القوانين المنظمة للمعاملات الالكترونية ، أحقية المستهلك في العدول بشأن العقود الالكترونية خلال فترة محددة ، وتختلف هذه المدة من قانون لآخر يمكنه فيها إرجاع محل العقد ، ويمكن دراسة الحق في العدول عن العقد من زاويتين نخصص الأولى لبيان مفهومه ، والثانية نخصصها لأحكامه.

أولا : مفهوم الحق في الرجوع عن العقد

لا تقتصر حماية المستهلك عبر الانترنت على المرحلة السابقة لإبرام العقد ،وإنما تمتد إلى ما بعد إبرامه ، إذ يكون له في هذه المرحلة حق أو رخصة الرجوع عن العقد ، وفيما يلي نتعرض لتعريف هذا الحق ثم نبين نطاقه.

1. تعريف الحق في الرجوع عن العقد

قبل أن نعرف هذا الحق ينبغي أن نبين الخلاف بين الحق في الرجوع عن التعاقد droit de rétractation .وبين الحق في العدول عن العقدdroit de renonciation إن الحق في الرجوع عن التعاقد قد يتماس في مفهومه مع مفهوم العدول عن العقد ، إلا أن الفقهاء اختلفوا في ذلك ، فيرى الفقه الفرنسي أن الحق في الرجوع عن التعاقد يبدو في مرحلة تنفيذ العقد ، أما الحق في العدول عن العقد فيبدو في المرحلة السابقة على التعاقد ، ويؤيد ذلك بعض الفقه المصري حيث يرى أن لكل منهما طبيعته المستقلة ونطاقه من حيث آثاره ، ويعكس الحق في الرجوع عن العقد قدرة المتعاقد بعد إبرام العقد على المفاضلة أو الاختيار بين إمضاء العقد أو الرجوع فيه.

هذا ويعرف الحق في الرجوع عن التعاقد بأنه سلطة أحد المتعاقدين بالانفراد بنقض العقد والتحلل منه دون أن تتوقف على إرادة الطرف الآخر، فهو يتقرر استثناءا في حالات محددة ، ومن ذلك ما نص عليه المشرع

---

[1]- انظر د/ محمد حسن قاسم ، المرجع نفسه ،، ص 55.

الفرنسي في التشريع الصادر في 22 ديسمبر 1972 في شأن البيع في غير أماكن التاجر أو البائع ، الذي يتم لدى المشتري في موطنه أو منزله la vente à domicile وبذلك أجاز للمشتري ، الرجوع في البيع خلال 7 أيام من تاريخ إبرام العقد ، ومن ثمة فهذا الحق يتوقف على إرادة المتعاقد المستهلك دون أن يتوقف على إرادة البائع أو المهني [1]، وبالتالي فإن هذا الحق يمثل في الواقع أداة تشريعية تلعب دورا أساسيا في حماية هؤلاء الذين يتعاقدون في الغالب دون إمكانية حقيقية لمناقشة تعاقداتهم ، ويخضعون لتأثير الإعلان وما يحمله من ضغط وحث على التعاقد ، وكذا يتم التعاقد عن بعد دون إمكانية .رؤية ما يتم التعاقد عليه أو التحقق منه [2].

لذلك حرص التوجيه الأوروبي الصادر سنة 1997 المتعلق بالتعاقد عن بعد على تقرير حق المستهلك في إعمال الرجوع عن العقد ، وذلك في المادة (06) منه حيث نص على أنه":**يجوز للمشتري في كل عمليات البيع إرجاع المنتج إلى البائع من أجل استبداله أو استرداد ثمنه في سبعة أيام كاملة من تاريخ تسليم البضاعة ، ولا يترتب على ذلك أي جزاءات باستثناء نفقات الإحالة.**"

2. نطاق الحق في الرجوع عن العقد.

أن حق المستهلك في الرجوع عن العقد ليس مطلقا باستثناء حالات العيوب الظاهرة أو الخفية فإنه لا يمكن للمستهلك العدول عن الشراء في الحالات التالية:

-عندما يطلب المتعاقد توفير الخدمة قبل انتهاء أجل العدول عن الشراء ويوفر البائع ذلك.

-إذا تم تزويده بمنتجات ذات خصوصية معينة أو لا يمكن إعادة إرسالها أو قابلة للتلف أو الفساد لانتهاء مدة صلاحيتها ، وتلك التي يتم تصنيعها وفقا لخصوصيات المستهلك.

-عند قيام المستهلك بنزع الأختام عن التسجيلات السمعية أو البصرية أو البرمجيات والمعطيات .الإعلانية المسلمة أو المنقولة آليا [3].

-عندما يتم تزويد المستهلك بصحف ودوريات ومجلات فإنها تخرج من نطاق الحق في الرجوع عن العقد والسبب في ذلك حماية الملكية الفكرية.

-عقود وخدمات وأوراق اليانصيب المصرح بها ، ذلك أن جوهر هذه العقود يتنافى والحق في العدول المقرر لحماية المستهلك ، لان المتعاقد في هذه العقود يقدم عليها انطلاقا من روح المجازفة والمغامرة على نحو يتناقض مع أن يقرر له الحق في الرجوع عنها بعد إبرامها ، وإلا كان ذلك مناقضا لجوهر العقد ذاته .

ثانيا : كيفية ممارسة الحق في الرجوع عن العقد وآثاره

---

[1]- أنظر : د/ نبيل محمد أحد صبيح، المرجع السابق، ص 216-217

[2]- أنظر: د/ محمد حسن قاسم، ، المرجع السابق، ص 57

[3]- أنظر : د/ نضال إسماعيل إ برهم ، المرجع السابق، ص 141.

يعتبر المتعاقد المستهلك هو صاحب الحق في الرجوع عن العقد ، كونه يتعاقد من أجل إشباع حاجاته ورغباته ، إذ أعطاه المشرع الحق في إعادة المنتوج أو استبداله بآخر أو رده واسترداد ثمنه ، وذلك في المهلة المقررة قانونا[1] ، وفيما يلي سنبين كيفية ممارسة الحق في العدول عن العقد ، ثم نبين آثار المترتبة عليه.

1. كيفية ممارسة الحق في الرجوع عن العقد :

بناءا على ما ورد في المواد السابق ذكرها والتي نص عليها التوجيه الأوروبي وقانون المستهلك الفرنسي وكذا قانون المعاملات الالكترونية التونسي ، فإن للمستهلك رد الشيء المبيع واسترداد الثمن أو طلب تغييره بآخر ، وهذان هما وجها ممارسة هذا الحق ، وتحدد ذلك في ضوء مصلحة المتعاقد المستهلك ،فقد يرى مصلحته في استبدال المبيع دون رده ، كما لو تكلف الكثير من الجهد والنفقات في سبيل إبرام العقد ، خاصة إذا اختار الرد فسوف يلتزم بمصاريف إعادة المنتج إلى البائع ، ويمارس هذا الحق بالإرادة المنفردة للمستهلك ودون الرجوع للقضاء ، وبغض النظر عن موقف الطرف الآخر ودون حاجة إلى تقديم أسباب أو مسوغات تبرر ذلك[2] ، إلا أن السؤال الذي يطرح هو هل يقع على عاتق المستهلك التزام بإتباع إجراء معين عند ممارسة حقه في الرجوع عن العقد ؟

وإجابة على هذا السؤال لم يحدد المشرع شكلا خاصا لتعبير المستهلك عن عدوله عن العقد الذي سبق وأن أبرمه إلا أنه من الناحية العملية فإنه يجب على المتعاقد المستهلك إخطار المهني (البائع أو مقدم الخدمة) وأن يرد إلى هذا الأخير المنتج أو البضاعة أو الخدمة التي تسلمها بمقتضى العقد ، ويجوز أن يكون الأخطار بفاكس أو بالبريد الالكتروني أو بغيره من الوسائل[3]

2. آثار ممارسة الحق في الرجوع عن العقد :

يترتب على ممارسة المستهلك لحقه في العدول عن العقد مجموعة آثار سواء من ناحيته أو من ناحية التعاقد معه.

1.2 آثاره بالنسبة للمتعاقد المهني :

تتمثل هذه الآثار بصفة أساسية في إلزام المهني برد ما دفعه المستهلك عند ممارسة هذا الأخير لحقه في العدول عن العقد ، ويجب ردها دون انتظار بل بحسب المدة المحددة قانونا ، فقد حددها التوجيه الأوروبي بمهلة ثلاثين يوما أما المشرع التونسي فقد حددها بعشرة أيام من تاريخ إرجاع المنتوج ، إلا أن تجاوز الميعاد الذي حدده

---

[1]- المهلة المحددة لسريان الحق في الرجوع عن العقد هي محل خلاف حيث حددها التوجيه الأوربي قانون رقم 7/97 بسبعة أيام على الأقل

[2]- حددها المشرع الفرنسي في المادة 121 – 20 بسبعة أيام كاملة ، حددها القانون التونسي 2000/83 بأجل عشرة أيام لمزيد من المعلومات أنظر : لزعر وسيلة ، تنفيذ العقد الالكتروني ،مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة الجزائر، كلية الحقوق بن عكنون ، 2011/2010،ص135

[3]- د/ نبيل محمد أحمد صبيح ، المرجع السابق ، ص 226/225

المشرع لرد ما دفعه المستهلك من ثمن يؤدي إلى جعل المبلغ المدفوع من قبله منتجا للفوائد ، والتي تحسب في هذه الحالة على أساس المعدل القانوني المعمول به ، كما يكون له حق إرجاع المبيع لاستبداله بغيره .

2.2 آثاره بالنسبة للمتعاقد المستهلك :

أن ممارسة المستهلك لحق الرجوع عن العقد المقرر له يستتبعه نقض العقد الذي سبق إبرامه ، ويترتب عليه رد السلعة أو المنتج إلى المهني أو التنازل عن الخدمة ، ويجب في ذلك على المستهلك الذي يمارس هذا الحق ، أن يمارسه خلال المهلة المقررة ، ولا يتحمل في مقابل ذلك أية جزاءات أو مصروفات ، فيما عدا المصروفات المحتملة لإرجاع المنتج أو السلعة ، وبالتالي لا يتحمل أي جزاءات في أي شكل كانت نتيجة عدوله عن العقد ، وإلا أدى ذلك وفي حالات كثيرة إلى امتناعه عن استعمال هذا الحق تفاديا لما قد يلحق به من جزاء، وإذا كان المستهلك لا يتحمل مقابل ممارسة حقه في العدول أية مصروفات ، فإن الأمر يختلف بالنسبة للمصروفات التي تبدو نتيجة مباشرة لاستعمال هذا الحق ، ويقصد بهذه المصروفات تلك التي تكون لإرجاع المبيع إلى المهني ، فتلك تعتبر أمرا متوقعا من قبل المستهلك بالنظر إلى خصوصية التعاقد عن بعد.

المطلب الثاني : جزاء عدم تنفيذ العقد الالكتروني

إذا انعقد العقد صحيحا وتحدد مضمونه بأن عرف كل طرف فيه ما يترتب عليه من التزامات، فإنه يصبح واجب التنفيذ ، لان القوة الملزمة للعقد تقضي بقيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية ، لذلك فإن تقصير أحد المتعاقدين في تنفيذ التزاماته يترتب عليه كقاعدة عامة ، تخويل الطرف الآخر في العقد وفقا لشروط معينة ، أحد الخيارات الأربعة: المطالبة بإجباره على التنفيذ العيني إذا كان ممكنا ، أو التنفيذ بمقابل (عن طريق التعويض) ، أو الدفع بعدم التنفيذ أو طلب فسخ العقد ، وكل هذا جزاء لعدم تنفيذ العقد مهما كان نوعه عقدا تقليديا أو عقدا إلكترونيا ، ومن أجل ذلك قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول التنفيذ العيني ونتعرض للتنفيذ بطريق التعويض في الفرع الثاني.

الفرع الأول : التنفيذ العيني

يقصد بالتنفيذ في اصطلاح القانون الخاص معنيين ، أحدهما موضوعي والآخر إجرائي ، والمعنى الموضوعي هو الوفاء بالالتزام ، والوفاء عند فقهاء القانون المدني إما اختياري أو جبري ، فإذا لم يقم المدين بالتنفيذ الاختياري أمكن جبره على التنفيذ إن كان ممكنا ، وهذا هو التنفيذ العيني الجبري ، وإذا لم يتم التنفيذ ، كان للدائن حق المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ ، وهذا هو التنفيذ بقابل أو التنفيذ بطريق التعويض وهو ما سنتناوله.

أولا : تعريف التنفيذ العيني

نصت عليه المادة 164 من القانون المدن الجزائري [1]، وإستادا لهذا النص نجد أن المدين يجبر بعد إعذاره على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا متى كان ذلك ممكنا ، وبناءا على ذلك يمكن تعريف التنفيذ العيني بأنه حصول الدائن على عين ما التزام به المدين ، وهذا هو الأصل إلا إذا استحال التنفيذ كهلاك محل الالتزام ، وبالتالي يستحيل التنفيذ العيني بسبب وجود مانع مادي، وفي هذه الحالة لا يكون أمام طالب التنفيذ غير استصدار حكم جديد بالتعويض، ويقوم تنفيذه بطريق الحجز على أموال المدين وبيعها، جبرا واستيفاء حقه من ثمنها وهو ما يطلق اصطلاح التنفيذ غير المباشر إلا إذا كان محل الحجز مبلغا من النقود، فيكون التنفيذ مباشرا .

ومنه فالتنفيذ العيني إذن هو إجبار المدين على تنفيذ التزامه بالكيفية التي ينص عليها العقد، فيكون مثلا بإجبار البائع على تسليم البضاعة أو أداء الخدمة، ويكون بالنسبة للمشتري بإلزامه بتسديد الثمن بالشروط المتفق عليها.

---

[1]- أنظر : تنص المادة 164 قانون مدني جزائري على أنه: "يجبر المدين بعد إعذاره طبقا للمادتين 180 و 181 على تنفيذ التزامه تنفيذا عينيا، متى كان ذلك ممكنا".

وبحسب ما تنص عليه القواعد العامة لنظرية العقد، وهو الأصل العام أن يتولى المدين تنفيذ التزامه حرا مختارا بمجرد أن يطلبه الدائن طالما أن التنفيذ العيني ممكنا، أما إن أبى المدين تنفيذ التزامه طوعا فما .على الدائن في هذه الحالة إلا جبره على التنفيذ العيني ولكن بعد إعذاره [1] .

ثانيا : شروط اللجوء للتنفيذ العيني

تتلخص شروط اللجوء للتنفيذ العيني فيما يلي:

1. أن يكون التنفيذ العيني ممكنا

إذا أصبح التنفيذ العين مستحيل سواء رجعت الاستحالة إلى سبب أجنبي أو خطأ المدين لم تعد هناك جدوى من المطالبة بالتنفيذ العيني، كما يعتبر التنفيذ العيني غير ممكن إذا كان إجراؤه يقتضي تدخل المدين ليقوم بتنفيذ التزامه ، وإذا لم يلجأ القاضي إلى طريق التهديد المالي أو ليلجا إليه ولم يفلح ، لم يبقى إلا اعتبار التنفيذ العيني غير ممكن

ولا يبقى إلا اللجوء إلى طريق التعويض، ومنه فإمكان التنفيذ العيني يرجع .إلى طبيعة الالتزام ومداه والوسائل اللازمة لهذا التنفيذ .

2. ألا يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين.

التنفيذ العيني المرهق هو تنفيذ ممكن في حد ذاته، ولكنه يلحق ضررا بالمدين جسيما، وكان الأصل ألا يعتد بهذا الإرهاق إعمالا للمبادئ العامة التقليدية للدائن بالتزام مدني الحق في جبر مدينه على الوفاء به، لكن اعتبارات العدالة التي تقف وراء الكثير من للاستثناءات الواردة على مبدأ القوة الملزمة للعقد و هو ما حذا بالمشرع

[1]- أنظر : دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ،دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ،2004 ، ص 8.

إلى أن يجيز للمدين أن يستبدل التنفيذ العيني في هذه الحالة بدفع تعويض للدائن ، مادام هذا الاستبدال لن يلحق بهذا الأخير ضررا جسيما [1]، و يشترط لذلك توافر شرطين :

- أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين، من شأنه أن يلحق خسارة جسيمة ويترك ذلك لتقدير القاضي.
- ألا يلحق الدائن من جراء العدول عن التنفيذ العيني إلى التعويض ضرر جسيم.

ومنه لا يكفي أن يكون في التنفيذ العيني إرهاق للمدين بل يجب أيضا ألا يصاب الدائن بضرر جسيم من جراء التنفيذ العيني والاقتصار على التعويض.

3. أن يطلب الدائن التنفيذ العيني أو يتقدم به المدين :

إذا طلب الدائن التنفيذ العيني فليس للمدين أن يمتنع عن ذلك مقتصرا عن تقديم التعويض ، بل يجبر على التنفيذ العيني أي على أداء عين ما التزم به، كذلك إذا تقدم به المدين فليس للدائن أن يرفضه ويطلب التعويض مكانه، وعليه مهما يكن طالب التنفيذ العيني فليس للطرف الآخر أن يمتنع عنه، مفضل التعويض النقدي ، لان التنفيذ العيني هو الأصل، أما إذا لم يطلبه كلاهما مفضلان التعويض ولو كان التنفيذ العيني ممكنا، فإن اتفاقهما الضمني هذا هو الذي يسري.

4.الإعذار

يقصد بالإعذار إشعار المدين بوجوب تنفيذ التزامه متى حل أجل الوفاء أو التنفيذ، وهذا حتى لا يفهم المدين من عدم المطالبة بعد حلول الأجل أن الدائن يتسامح في التأخر في تنفيذ الالتزام، ومتى تم الأعذار وجب على المدين تنفيذ التزامه على الفور وإلا عد مقصرا [2] ، ومنه فأعذار المدين واجب في التنفيذ العيني، إذا كان

---

[1]- أنظر : د/ محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة في للالتزام ، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985 ، ص 18

[2]- أنظر : دربال عبد الرزاق، ، الرجع السابق، ص 09.

المقصود أن يكون التنفيذ قهريا بطريق الإجبار، أما إذا كان التنفيذ العيني يتحقق بقوة القانون أو قام به المدين مختارا غير مجبر، فالظاهر أنه لا حاجة للأعذار.

وإذا لم يقم الدائن بأعذار مدينه قبل مطالبته قضائيا بالتنفيذ العيني، جاز للمدين حتى بعد المطالبة القضائية، أن يتقدم للدائن بالتنفيذ العيني، فيخسر الدائن مصروفات التقاضي، وفي هذه الحالة يمتنع على الدائن طلب التعويض عن التأخر في التنفيذ، ويتم الإعذار عن طريق الإنذار الذي يتوله الضر القضائي، أو ما يقوم مقام الإنذار وذلك كالتنبيه بالوفاء أو التكليف بالحضور، ومع ما ذكر فإن الطرق السابقة ليست من النظام العام، مما يجوز معه الاتفاق على ما يخالفها ، وهذا كاعتبار المدين معذرا بمجرد حلول الأجل ودون أي إجراء آخر [1] ، ويترتب على الاعذار نتيجتان هامتان، الأولى تتمثل في استحقاق الدائن تعويضا عن الإضرار التي تلحقه من جراء تأخر المدين في التنفيذ بعد إعداره ، والثانية تتمثل في نقل تبعة الهلاك إلى عاتق المدين ولو كانت قبل الاعذار على عاتق الدائن ، وأساس ذلك أن المدين بعد اعذره يعتب مقصرا الأمر الذي يستوجب إلقاء تبعة الهلاك عليه [2].

ومما يمكن استنتاجه هو أنه وبالرجوع إل التشريعات المنظمة للمعاملات الالكترونية التي تتم عبر شبكة الانترنت ، نجد أنها كباقي العقود الأخرى ترتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيها ، وتوجب على كل طرف تنفيذ التزامه بحسن نية ، إلا انه قد يحدث وألا ينفذ أحد الأطراف ما يقع عليه من التزام أو يتأخر فيه ، وهو ما يدفع بأحد الطرفين إلى مطالبة الطرف المخل بالتزامه أن ينفذ التزامه تنفيذا عينيا ، وهذا متى كان ذلك ممكنا ومستوفيا لباقي الشروط الأخرى، ومهما كان نوع الالتزام سواء التزام بالتسليم ، التزام بالضمان، التزام بدفع الثمن أو التزام بالتسلم ، وكل ذلك استنادا لما قررته القواعد العامة لنظرية العقد إذ تعد دائما الأصل ، ويلجأ إليها لدى أي

[1]- أنظر : نفيس المرجع ، ص 10.
[2]- أنظر : د/ محمد شكري سرور، المرجع السابق، ص 44.

مخالفة لما نص عليه العقد المبرم بين الأطراف ، خاصة وأن التنظيمات الخاصة بمثل هذا النوع من العاملات لم تنظم مثل هذا الجزاء ، فهذا لا يمنع من اللجوء للقواعد العامة لضمان حقوق طرفي العقد الالكتروني في حالة تعذر الوصول إل التنفيذ العيني فإنه لا مناص من التنفيذ بطريق التعويض.

الفرع الثاني : التنفيذ بطريق التعويض

إن الإخلال بالالتزامات الناشئة عند العقد من طرف أحد المتعاقدين ، يرتب جزاء في ذمة الطرف المخل بالتزامه ، فيجب عليه تنفيذ عين ما التزم به، إلا أنه وفي بعض الأحيان يعتذر، التنفيذ العين للالتزام وهو ما يثبت للطرف المضرور من عدم التنفيذ الحق في التعويض باعتباره حلا بديلا عن التنفيذ العيني ، فيأتي التعويض لتغطية الضرر الذي قد يصيب أحد الطرفين .

ويعتب الالتزام أيا كان مصدره قابل للتنفيذ عن طريق التعويض، فالالتزام العقدي سواء كان التزاما بنقل الملكية أو التزاما بالقيام بعمل أو التزام بإمتاع عن عمل يكون تنفيذه بطريق التعويض كلما أصبح التنفيذ العيني مستحيلا ، إذ يصبح التنفيذ العيني مستحيل في التزام بنقل ملكية شيء معين إذا هلك هذا الشيء أو انتقلت ملكيته إلى الغير [1] ، وفي الالتزام بالقيام بعمل إذا انعدمت الوسائل للقيام بهذا العمل، أو كان ينبغي

لان يتم القيام به في مدة معينة وانقضت هذه المدة دون ذلك ، أما في الالتزام بالامتناع عن العمل فتكون الاستحالة إذا أتى المدين الأمر الممنوع ، وفي الالتزامات التي لا يكون مصدرها العقد فالغالب فيها أن يكون تنفيذها بطريق التعويض، لأنها ليس إل نتيجة للإخلال بالتزام قانوني هو عدم الأضرار بالغير ، وجزاء الإخلال هو التعويض.

و في المجال الالكتروني نجد أن الالتزامات غالبا ما يكون مصدرها العقد الذي تم إبرامه فيما بين

[1]- عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص 824

طرفيه عبر شبكة الانترنت ، فيرتب بذلك التزامات في ذمة طرفيه يجب على كل منهما تنفيذ عين ما التزم به ، إلا أنه وفي حال الإخلاء بالالتزام العقدي الذي يثبت الحق في التعويض للطرف المضرور من جراء عدم التنفيذ أو التنفيذ المعيب أو المتأخر .

و انطلاقا من هذا نسلط الضوء على كيفية تقدير التعويض .

أولا : تقدير التعويض

نتناول في هذه المسألة كيفية تقدير التعويض وذلك بمعرفة الأسس التي يتم من خلالها تقديره ، ثم نتناول كيفية تحصيل التعويض المقدر جراء الإخلال بتنفيذ الالتزام العقدي.

1. **عناصر التعويض**

إذا لم يكن التعويض مقدرا في العقد فإن القاضي هو الذي يقدره ، ويشمل بذلك التعويض ما لحق الدائن من خسارة وما فاته من كسب ، بشرط أن يكون هذا نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو التأخر في الوفاء به، ويعتبر الضرر كذلك نتيجة طبيعية له إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ، ويتضح من هذا أن التعويض نوعان وأن القاضي وحده من يقدره وفقا لعناصر معينة.

ومن الأمثلة على ذلك الإخلال بالالتزام بالتسليم، وباعتباره التزام بتحقيق نتيجة نجد أن الإخلال به يتحقق بمجرد عدم إتمامه أو التأخر فيه أو إتمامه بطريقة معيبة ، ومما يلاحظ أنه لا يخلو أي عقد من هذا لالتزام ، و لا يمكن القول بالتزام بتنفيذ الالتزامات في جميع الحالات ، إذ أنه قد يحدث وأن يخل أحد المتعاقدين بالتزامه ، مما يجيز الطرف الآخر بعد إعذار المدين بهذا الالتزام أن يطلب التنفيذ العيني ، وعند استحالته يقوم له الحق في طلب التعويض [1] ، الذي يقدره القاضي مراعيا في ذلك الكسب الذي فات المتضرر و الخسارة التي لحقته ، والتعويض المقدر عادة ما يكون مبلغا من النقود ، إلا أنه لا يستحق في حالة إذا لم يصب الدائن بأي ضرر ، وهكذا فإن استحقاق التعويض لا يكون إلا إذا توافرت شروط المسؤولية العقدية المتمثلة في الخطأ ، الضرر و العلاقة السببية بينهما .

2. **وسائل تنفيذ التعويض**

يشمل التعويض الواجب على المدين إذا لم يقم بتنفيذ التزامه ، التعويض عن عدم التنفيذ والتعويض عن التأخر فيه، فيحل النوع الأول من التنفيذ العيني ولا يجتمع معه ، أما التعويض عن التأخر في التنفيذ فإنه يجتمع مع التنفيذ إذا نفذ المدين التزامه متأخرا.

وبما أنه يترتب على لالتزام أثر هام يتمثل في تنفيذه ، فإن الأصل في هذا التنفيذ أن يكون اختياريا

[1]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص 104

من جانب المدين ، بمعنى أن يبادر هذا الأخير إلى تنفيذ التزاماته طوعا فإن هو خالف ذلك كان لزاما .اللجوء إل التنفيذ جبرا على المدين ، بمعنى إجباره على التنفيذ القهري [1].

هذا ما أقرته القواعد العامة في مجال مختلف التصرفات ، بما فيها العقود الإلكترونية نظرا للنقص والغموض الذي يعتريها ، فلابد من الرجوع إلى نظرية العقد بمختلف أحكامها وتطبيقها بما يتفق وطبيعة هذا النوع من المعاملات ، وكل هذا من أجل ضمان حقوق طرف العقد على حد السواء دون الإضرار بأحدها دون الآخر

المطلب الثالث : الدفع بعدم التنفيذ و الفسخ في العقد الالكتروني

تقضي القواعد العامة لنظرية العقد أن العقود الملزمة للجانبين ، متى رتبت التزامات متقابلة في ذمة طرفي العقد بوجوب تنفيذ كل منهما لما على عاتقه من التزامات ، وفي حالة عدم تنفيذ أحد الطرفين لالتزامه جاز للطرف الآخر أن يمتنع عن التنفيذ أو يطلب فسخ العقد المبرم بينهما مع الحق في التعويض إن كان له مقتضى ، وبذلك فالقانون قد أعطى للمتعاقد حق الخيار في توقيع الجزاء الذي يراه مناسبا لوضعه ولرفع الضرر الذي لحقه .

[1]- أنظر : دربال عبد الرزاق، ، الرجع السابق، ص 4.

ومن أجل ذلك فقد قسمنا هذا الطلب إل فرعين ، نتناول في الفرع الأول الدفع بعدم التنفيذ ، لنتناول الفسخ في الفرع الثاني .

الفرع الأول : الدفع بعدم التنفيذ في العقد الالكتروني

يمكن أن توجد بعض العقبات التي تمنع تنفيذ العقد ، قد تكون نابعة من إرادة المتعاقد كأن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، أو أن تحدث ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد فتحول دون تنفيذ الالتزام، وما يهمنا في هذا الأمر هو امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه الناتج عن إرادته في عدم تنفيذ الالتزام المترتب على عاتقه ، وهذا ما يجيز للطرف الآخر أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه هو أيضا، وفيما يلي سنبين مفهوم الدفع بعدم التنفيذ وكذا آثاره.

أولا : مفهوم الدفع بعدم التنفيذ

نتناول مفهوم الدفع بعدم التنفيذ من خلال تعريفه وبيان الشروط الواجب توافرها حتى يتمكن المتعاقد من الاستفادة منه.

1. **تعريفه .**

يعرف الدفع بعدم التنفيذ بأنه امتناع مشروع عن الوفاء، ففي العقد الملزم للجانبين يجوز لكل متعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه حتى يقوم الطرف الآخر بتنفيذ ما ألتزم به، فهو وقف تنفيذ العقد من جانب أحد المتعاقدين حتى يقوم الطرف الآخر بالتنفيذ [1] ، لذلك إذا تعاقد مشتر مع بائع على سلعة ما و لم

[1]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الرجع السابق، ص 387.

يقم البائع مثلا بتسليم السلعة في محل التعاقد ، فإن لم يكن المشتري قد دفع الثمن، فيمكن له أن يدفع بعدم التنفيذ للالتزام المتوجب عليه ، وبالتالي لا يوفي بالثمن [1] .

المتعاقد الذي يمتنع عن التنفيذ استنادا إل هذا الدفع لا يعد مقصرا في عدم الوفاء، ومن ثم لايترتب عليه أية مسؤولية عن عدم التنفيذ أو عن التأخر فيه، فهو لا يكون مسئولا عما يلحق الطرف الآخر من ضرر جراء عدم تنفيذه للالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه [2] ، ويقوم هذا الدفع على عدة أسس :

1.1 يجد أساسه في فكرة السبب التي تقيم الارتباط بين الالتزامات في العقد الملزم للجانبي ، فإذا كان كل من الالتزامين المتقابلين مستحق الأداء ، كان مقتضى فكرة الارتباط بينهما أن يتعاصر تنفيذها ، فلا يمكن مطالبة المتعاقد بتنفيذ التزامه مادام المتعاقد الآخر لم ينفذ التزامه.

2.1 كما يجد أساسه أيضا في الدفاع الشرعي، لان الدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية أو ضمانة يقررها القانون للمتعاقد لدفع مطالبته بتنفيذ التزامه حتى يفي المتعاقد الآخر بالتزامه ، فالمتعاقد يمتنع عن التنفيذ مادام لم يحصل على حقه المقابل ، ويشكل هذا الدفع وسيلة لتهديد المدين لتنفيذ التزامه، ويقدم للممتنع حماية من خطر إعسار مدينه، فهو في نفس الوقت فهو دائن ومدين للطرف الآخر.

3.1 كما يقضي مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود إلا بطلب المتعاقد من الطرف الآخر تنفيذ التزامه إلا إذا كان هو بدوره قد قام بتنفيذ التزامه المقابل [3] .

ومما تقدم يتبين لنا أن الدفع بعدم التنفيذ يحمل وجهين يتمثل الأول في اعتباره جزاء الإخلال بالالتزام ويتمثل الثاني في كونه وسيلة للضغط على المتعاقد لتنفيذ التزامه ، وهو الأسلوب الجاري إتباعه في المعاملات الإلكترونية، إذ نجد الشركات المتعاقدة عبر شبكة الانترنت عند إخلال العميل بالتزامه، بدل من اللجوء للتنفيذ العيني أو الفسخ ، الذي بكبدها مشقة اللجوء للقضاء وخسران العميل ، تقوم بتوقيف توريد السلعة أو

[1]- أنظر : د/ نضال إسماعيل برهم، الرجع السابق، ص 81.
[2]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الرجع السابق، ص 92.
[3]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الرجع السابق، ص 388.

المنتج أو الخدمة في حال عدم السداد مثلا ، إلي غاية قيام العميل بسداد ما عليه من التزامات، كما هو الحال بالنسبة لخدمات الانترنت أو بنك المعلومات و غيرها [1] .

2. شروط الدفع بعدم التنفيذ

يشترط للتمسك بالدفع بعدم التنفيذ أربعة شروط تتمثل في وجود عقد ملزم للجانبين يرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، وأن تكون التزامات مستحقة الأداء إضافة إلى عدم تنفيذ الالتزام المقابل ، كما يشترط وجوب مراعاة حسن النية في الممتنع ، وفيما يلي بيان ذلك.

1.2 وجود عقد ملزم للجانبين :

يقتصر الدفع بعدم التنفيذ على العقود الملزمة للجانبين ، حيث تتضمن التزامات متقابلة أو تبادلية، ويكون هناك طرفان كل منهما دائن للآخر ومدين له، ويرتبط التزام كل منهما بالآخر ويترتب عليه ، فالبائع دائن بالثمن ومدين بالتسليم، والمشتري دائن بالتسلم ومدين بدفع الثمن ، لذلك يجوز للبائع الامتناع عن التسليم إذا لم يفي المشتري بالثمن المستحق، ويتضح من هذا أنه لا يجوز التمسك بالدفع بعدم التنفيذ خارج نطاق العقود الملزمة للجانبين .

2.2 أن تكون الالتزامات مستحقة الأداء :

يجب أن تكون الالتزامات المتقابلة مستحقة الأداء ، لأنها لو لم تكن كذلك لما كان هناك أي إخلال بالتزام عقدي ، وينطبق ذلك على كل من التزام من يطالب بالتنفيذ ، والالتزام المطالب بتنفيذه ، فلا يجوز الدفع بعدم التنفيذ إذا كان الالتزام المقابل غير مستحق الأداء أي مقترن بأجل ، إذ يشترط لاستعمال الدفع بعدم التنفيذ أن يكون الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه مستحق الوفاء أي واجب التنفيذ حالا ، فإذا كان التزام المشتري بدفع الثمن مؤجلا ، فل يجوز للبائع الامتناع عن تنفيذ التزامه بالتسليم وإذا كان العقد يوجب التنفيذ على أحد المتعاقدين البدء في تنفيذ التزامه قبل الطرف الآخر، فلا يجوز للمتعاقد المكلف بالتنفيذ التمسك بهذا الدفع، بل يجب عليه الوفاء بما ألتزم به دون أن ينتظر التنفيذ من المتعاقد الآخر، ولتحديد من يبدأ أولا بالتنفيذ فإنه يتعين الرجوع إلي شروط العقد وإلى طبيعة الالتزام وما جرت عليه المعاملات والعرف.

ويشترط في الالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه أن يكون التزاما جديا حقيقيا وواجب التنفيذ، إذ لا يجوز التمسك بهذا الدفع بصدد التزام طبيعي [2] ، لأنه لا جبر في تنفيذه ، فإذا سقط مثلا الالتزام بدفع الثمن بالتقادم فإنه يصبح التزاما طبيعيا ، ولا يجوز للبائع في هذه الحالة الامتناع عن تنفيذ التزامه بالضمان لعدم

---

[1]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الرجع السابق، ص 92

[2]- التزام الطبيعي هو التزام سقط عنه عنصر المسؤولية، إلا أنه يبقى قائما في ذمة المدين وله آثار قانونية والتي منها أن من وفاه باختياره إمتنع عليه الاسترداد، كما أن التعهد بالوفاء به منشئا لالتزام مدني.

تنفيذ المشتري لالتزامه بدفع الثمن.

2.1 عدم تنفيذ الالتزام القابل

إن الدفع بعدم التنفيذ هو رد فعل لإخلال المتعاقد الآخر بالتزامه ، ومن ثم جيب أن يكون هناك إخلال بتنفيذ الالتزام المقابل للالتزام الذي يدفع بعدم تنفيذه ، ويجوز للمتعاقد التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، وعلى المتعاقد الآخر عبء إثبات الوفاء بالتزامه[1] .

1.2 مراعاة حسن النية في الممتنع :

يجب على من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ الالتزام بمبدأين : الأول يتمثل في عدم التعسف في استعمال الحق، والثاني يتمثل في حسن النية في التنفيذ، فل يجوز التعسف في استعمال هذا الدفع ولا يجوز التمسك به على نحو يتعارض مع ما ينبغي أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية، وبذلك لا يجوز التمسك بهذا الدفع إذا كان المتعاقد قد نفذ الجزء الأكبر و الأهم من التزامه ، ولم يبق سوى جزء يسير منه، هنا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ جزء من التزامه، إن كان قابل للتجزئة، يقابل الجزء الذي لم ينفذ كوسيلة لحمل المتعاقد الآخر على إكمال الوفاء بالالتزام.

ويقتضى حسن النية أن يكون التمسك بالدفع مستعدا لأداء التزاماته ، فإذا جمد أحد المتعاقدين تعهده وأعرب عن نيته في عدم الوفاء بما التزام به، فل يقبل منه أن يتمسك بالدفع لعدم تنفيذ المتعاقد معه للالتزام مقابل لالتزامه [2] .

ومن المهم التنبيه إلى أن عدم إمكانية استمرار الامتناع عن التنفيذ، إنما هو إجراء مؤقت إذا لم يعطي آثاره فللقاضي أن يقرر الفسخ أو التنفيذ العين الجبري، أو أن ينتفي الدفع بتقديم المدين ضمانا يكفل تنفيذ الالتزام.

ثانيا : آثار الدفع بعدم التنفيذ

يترتب على الدفع بعدم التنفيذ عدة آثار نذكرها:

1- يؤدي الدفع بعدم التنفيذ التزام المتمسك به طوال الفترة التي لا يتم فيها تنفيذ الالتزام المقابل،

---

[1]- 1- أنظر : د/ محمد حسين منصور، مصادر لالتزام، المرجع السابق، ص 389 وما بعدها.

[2]- نفس الرجع ، ص 395

كأن يمتنع العميل (المشتري) عن دفع الثمن حتى يتم الوفاء بالالتزام بالتسليم ، فهنا يقف تنفيذ العقد حتى يتم الوصول إلى البدء فيه من أحد الطرفي، أو منهما معا في نفس الوقت، أو من خلال العرض و الإيداع .

2- الدفع لا يؤثر على وجود العقد، ولا يؤدي إلى زواله، بل يبقى كما هو دون نقص في مقداره، فإذا ما عاد المدين إلي تنفيذه كان عليه أن ينفذه بكامله، وإذا أصر على عدم التنفيذ فعلى المتعاقد الآخر إما أن يلجأ إلى التنفيذ العين الجبري إن كان مكنا، وإما المطالبة بالتعويض على أساس المسؤولية العقدية، وإما المطالبة بفسخ العقد.

3- يقتصر تأثير الدفع بعدم التنفيذ على العقود الزمنية، حيث يؤدي إلي نقص في مقدار الأداء الواجب بقدر الزمن الذي وقف التنفيذ من خلاله، فإذا كنا بصدد عقد إيجار مثلا مدته سنة، وامتنع المؤجر عن تسليم العين مدة أربعة أشهر لعدم دفع الأجرة فإن مدة الوقف هنا تنتقص من العقد.

4- يقدم الدفع بعدم التنفيذ تأمينا أو ضمانا هاما لن يتمسك به، فإذا لم تمثل التزامه في تسليم شيء، حيث يترتب عليه التمسك بالدفع حبس الشيء، وهنا يختلط الدفع بعدم التنفيذ بالحق في الحبس، كما إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع حتى يستوف الثمن مما يوجب عليه المحافظة على الشيء.

الفرع الثاني : الفسخ في العقد الإلكترون

يعتبر العقد الإلكترون من العقود الملزمة للجانبين، ويكون فيه للمتعاقد الذي لم يحصل على حقوقه حق فسخ العقد، وهذا بالنظر إلى الترابط الذي يحكم العلاقة التعاقدية بعد نشوئها صحيحة، وبما أن لالتزامات في العقود الملزمة للجانبين مترابطة ومتقابلة وهو ما يستوجب بقاء هذه الالتزامات، بحيث لا يجوز نقضه أو تعديله بغير إرادتهما، إلا أن القانون أجاز لطرفي العقد التحلل منه، وذلك عند الإخلال بالالتزامات، فيلجأ إلى فسخ العقد للتحرر من العلاقة العقدية، وبالرجوع إل التشريعات المنظمة للمعاملات الإلكترونية نجد أنها تضمنت حق فسخ العقد المبرم بين طرفي العقد ، وفقا لما قررته القواعد العامة التي تضمنت جوانب هذا الحق باعتباره جزاءا للإخلال بتنفيذ العقد.

وانطلاقا من هذا فمتى أخل أحد طرفي العقد أو كلاهما بتنفيذ التزاماته، فإنه يجوز لهما التحلل مما رتبه هذا العقد من التزامات على عاتقهما، وذلك عن طريق الفسخ، وفيما يلي بيان مفهوم الفسخ وكذا بيان آثاره على المتعاقدين.

أولا :مفهوم الفسخ كجزاء لعدم تنفيذ العقد الإلكترون

لم يظهر الفسخ في شكل نظرية عامة في أحكامها إلا بعد مراحل متعددة، نتعرض لها في تعريف الفسخ، ثم نتعرض لأهم الشروط الواجب توافرها، حتى يعطى للدائن الحق في المطالبة بالفسخ، ثم نتعرض لأنواعه.

1. **تعريف الفسخ**

يعرف الفسخ بأنه حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد طرفي العقد الملزم للجانبين بالتزام ناشئ عنه [1]، ويفهم منه أنه إذا لم يف المتعاقد بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب حل الرابطة العقدية، كي يتحرر نهائيا من الالتزامات التي يفرضها العقد عليه، وهكذا فإن الفسخ يعتبر بمثابة جزاء على إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته [2].

ولم يرق الفسخ كجزاء عن الإخلال بالالتزامات الناشئة عن عقد صحيح، لان يكون نظاما مسلما به، ونظرية معمول بها في أغلب القوانين الحديثة، إلا بعد تطور شمل عدة مراحل، والتي من بينها القانون الروماني الذي لم يضع قاعدة عامة لحل الرابطة التعاقدية في عقد البيع، حين لا يقوم أحد الطرفين بتنفيذ التزاماته ، بل وضع حلول جزئية وليست قواعد عامة يمكن الاعتماد عليها في جميع الحالات ، ومن بين القواعد التي تم وضعها قاعدة حيازة المبيع حيازة مؤقتة دون نقل الملكية، وهذا لحماية البائع من ضياع المبيع، إذا لم يقم المشتري بتنفيذ التزامه، مما يكون معه للبائع الحق في رفع دعوى استرداد بعد حلول الأجل، وكذلك وسيلة الشرط الفاسخ الصريح ، وذلك بأن يضمن الطرفان العقد شرط أن يكون للبائع بمقتضاه استرجاع المبيع إذا لم يقم المشتري بالدفع [3].

فقد وضع المشرع الجزائري للفسخ قواعد وأحكام تكون في مجموعها نظرية عامة للفسخ وفي المعاملات الالكترونية فرغم حداثتها إلا أن المورد فيها يحرص دائما على تضمين العقد شرطا يخول له الحق في إنهاء العقد بالإرادة المنفردة عند إخلال العميل بالتزامه، بل وبمجرد الرغبة في تغيير شروط التعاقد، كرفع مقابل سلعة أو خدمة مثلا [4].

2. **شروط اللجوء للفسخ :**

يعتبر الفسخ جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما ألتزم به، وهو كذلك حق

---

[1]- المادة (119) قانون مدني جزائري

[2]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام ، المرجع السابق، ص 306

[3]- أنظر : بلعيور عبد الكريم ، نظرية الفسخ في القانون المدني الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للفنون الطبعة الجزائر 2001، ص 19 وما بعدها.

[4]- أنظر : د/محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الرجع السابق، ص 93

المتعاقد في حل الرابطة العقدية، إذا لم يوف المتعاقد الآخر التزامه، حتى يتحرر هو بدوره من الالتزام الذي تحمله بموجب العقد محل الفسخ، والتمسك بحق الفسخ يخضع لشروط منها ما يتعلق بالعقد المراد فسخه، ومنها ما يتعلق بالطرفين ، وتتمثل هذه الشروط فيما يلي:

1.2 أن يكون العقد المراد فسخه من العقود الملزمة للجانبين :

إن قاعدة الفسخ لعدم تنفيذ العقد لا تطبق إلا في العقود الملزمة للجانبين ، فهي وحدها التي تتحقق فيها حكمة هذه القاعدة، ويتوافر فيها الأساس القانوني الذي بنيت عليه، وقاعدة الفسخ مبنية على، العدالة، فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بالتزاماته كان للآخر أن يتحلل من التزامه عن طريق فسخ العقد والحكمة من هذا الشرط أن العقود الملزمة للجانبين هي وحدها التي تنشأ عنها التزامات متقابلة، وقد يحدث بعد إنشائها ان يكون أحد الطرفين قد بدأ في تنفيذ التزاماته أو نفذها دون المتعاقد الآخر، فيقضي المنطق القانوني بأن للأول الحق في طلب الفسخ واسترداد ما كان قد قدمه دون أن يحصل على مقابل.

2.2 أن يكون هناك عدم التنفيذ من طرف أحد التعاقدين

لم يكفي لطلب الفسخ أن يكون العقد ملزما للجانبين ، بل لابد أن يكون هناك إخلال من جانب أحد المتعاقدين بالتزاماته الناشئة عن ذات العقد المراد فسخه [1] ، وعدم التنفيذ الذي يعتد به في مجال الفسخ القضائي هو عدم التنفيذ الذي يتسبب فيه أحد المتعاقدين نتيجة خطئه أو إهماله لما رتبه العقد من التزامات، ويستوي بعد ذلك أن يكون التنفيذ كليا أو جزئيا، أو مجرد التأخر فيه، لان هذا الأخير وإن كان أقل جسامة من عدم التنفيذ الكلي أو الجزئي فإنه قد يتسبب في ضياع المصلحة المرجوة من العقد، ويستوي كذلك أن يكون عدم التنفيذ قد انصب على الالتزامات الأساسية أو التبعية .

3.2 أن يكون طالب التنفيذ مستعدا لتنفيذ التزاماته وقادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه

لا يكفي المطالبة بالفسخ ألا يقوم المدين بالتزامه، بل يجب أن يكون الدائن طالب الفسخ مستعد للقيام بالتزامه الذي نشأ عن العقد، فليس من العدل أن يكون الدائن نفسه مقصرا ثم يطلب الفسخ لتقصير المدين من ناحية، ومن ناحية أخرى يجب أن يكون الدائن قادرا على إعادة الحال إلى ما كان عليه قبل التعاقد [2] ، وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الجزائري لم يتعرض إلى مثل هذا الشرط بل يستخلص من الآثار القانونية التي يرتبها فسخ العقد.

---

[1]- أنظر : إذا كان عدم التنفيذ راجع الى سبب أجنبي لا دخل للمدين فيه، فإن الحكم هنا يكون فسخ العقد بحكم القانون أو ما يسميه الفقه بانفساخ.

[2]- أنظر : د/عبد الرزاق السنهوري، الرجع السابق، ص 687

3. أنـواع الـفـسـخ :

قد يكون الفسخ قضائيا كما قد يكون إتفاقيا.

1.3 الفسخ القضائي :

تتجه نية المتعاقدين إل فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، فالفسخ يكون الجزاء المباشر للإخلال بالالتزام ، إلا أن هذا الجزاء ل يمكن إعماله إلا بعد إعذار المدين من جهة، وصدور حكم قضائي من جهة أخرى، فحكم المحكمة هو الذي ينشئ الفسخ، ويتمتع فيه القاضي بسلطة تقديرية واسعة في إجابة طلب الدائن في الحكم بالفسخ من عدمه ، ويجب على المحكمة في الحالتين أن تسبب حكمها، حيث ينبغي عليها التعرض بوضوح لواقعة عدم تنفيذ الالتزام مناط الكم بالفسخ [1] .

.

ويجوز للقاضي في حالة الفسخ القضائي أن يمنح المدين أجل للوفاء بالتزامه، وذلك متى اقتضت الظروف ذلك ، كما لو كان المدين حسن النية ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب بعض الوقت لانجاز الالتزام ، كما له أن يرفض الحكم بالفسخ إذا قام المدين في غضون المهلة المنوحة له بالوفاء بالتزامه.

وليس هذا فحسب فللقاضي أيضا أن يرفض الحكم بالفسخ أصلا ، وهذا في الحالة التي يكون فيها المدين لم يف بجزء قليل الأهمية للالتزام في جملته ، وفي هذه الحالة نكون بصدد تنفيذ جزئي للالتزام أي تقصير المدين ليس على درجة من الجسامة التي تستوجب الحكم بالفسخ، ويكتفي القاضي بالحكم بالتعويض للدائن عن الضرر الذي أصابه بسبب عدم تنفيذ جزء من الالتزام.

كما يمكن له أن يحكم بالفسخ إذا تبين له أن الظروف تبرره ، كما لو تبين له عدم جدوى الإبقاء على العقد، أو سوء نية المدين وتعمده عدم التنفيذ أو إهماله الجسيم على الرغم من إعذاره ، كما يجوز له بجانب الحكم بفسخ العقد ورد ما حصل عليه المدين ، الحكم بالتعويض عن الضرر الذي أصاب الدائن من جراء الفسخ الراجع إلى تقصير المدين في تنفيذ التزامه [2] .

2 الـفـسـخ الإتـفـاقـي :

---

[1]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، أحكام البيع التقليدية والالكترونية والدولية وحماية المستهلك، المرجع السابق، ص 317

[2]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 410-411.

يجوز الاتفاق بين طرفي العقد على أن يعتبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه، وهذا الاتفاق لا يعفي المتعاقدان من الاعذار إلا إذا اتفق المتعاقدان على الإعفاء منه، ولا يؤدي هذا الشرط إلى استبعاد دور القاضي كلية، بل إلى تغيير طبيعة هذا الدور وتوقيته، ويجب عليه للإجابة إلى طلب المتعاقد في فسخ العقد أن يتحقق من قيام الشرط ويتعرف على طبيعته ومضمونه، كما يجب عليه التأكد من توافر شروط إعماله أي التأكد من واقعة الإخلال بالالتزام مناط إعمال الشرط[1] .

ومما أمكن ملاحظته في العقود الالكترونية هو أنها لا تختلف عن العقود العادية في مسألة فسخ العقد من عدمه، كون الأصل فيها هو التنفيذ، إلا أنه قد يوجد ما يحول دون ذلك، بأن يخل أحد الأطراف بالتزاماته مما يقتضي فسخ العقد المبرم بينهما تحقيقا للعدالة ومنع حصول الضرر، لذلك يمكن لطرفي العقد المبرم إلكترونيا الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا متى أخل أحدهما بالتزاماته، كما يمكن لهما اللجوء للقضاء وذلك لإقرار فسخ العقد من طرف القاضي الذي يعود له الاختصاص في الفصل في نزاعاتهم الناشئة عن العقد الذي أبرموه إلكترونيا.

ثانيا : الآثـار المترتبـة على الـفسـخ

بعد تقرير الفسخ يصبح العقد منعدما كأن لم يكن، وبالتالي يجب إزالة ومحو كل الآثار التي رتبها من يوم انعقاده، وهو ما قررته القواعد العامة لنظرية العقد، حيث أنه بفسخ العقد يصبح الطرفان في حل من الالتزامات التي رتبها العقد، مع عدم الإخلال بالحق في التعويض المستحق عن الأضرار، وكذلك استرداد كل طرف من طرفي العقد ما أداه إل الطرف الآخر.

1. **انهيار الـعـقــد :**

بتقرير الفسخ ينهار العقد ويبرأ الطرفان ما رتبه العقد من التزامات، والملاحظ أن الفسخ لا يؤثر على أي شرط من شروط العقد المتعلقة بالتعويض، حيث لا يؤثر في الاستناد إل العقد الذي فسخ للمطالبة بالتعويض المستحق بسبب الفسخ.

[1]- لمزيد من التفصيل أنظر: د/ ممد حسي منصور، مصادر الالتزام، المرجع السابق، ص 421 وما بعدها.

كما أنه لا يؤثر الفسخ في شروط العقد المتعلقة بتسوية المنازعات، وذلك بالنظر إلى أن أغلب البيوع الدولية وبما فيها العقود الالكترونية التي تتسم بالطابع الدولي ، لا تخلو عادة من مثل هذه الشروط،كالاتفاق على إحالة النزاع على التحكيم أو على اختصاص قضاء دولة معينة، ولا يؤثر كذلك الفسخ على شروط العقد المتعلقة بتنظيم حقوق الطرفين والتزاماتهما في حالة الفسخ، كشرط الإعفاء من المسؤولية وشرط لجزاء مثلا .

وعلى هذا الأساس يتبين لنا أن انهيار العقد لا يدمر آثار العقد كلية، بل تظل الشروط السابقة الذكر قائمة، ولكن فاعلية هذه الشروط لا تبدو إل بعد وقوع الفسخ، لذا لا يؤثر فيها انهيار العقد، بل تظل حية حتى بعد فسخه محدثة لأثارها،فإذا قام نزاع بين طرفين وجب تسوية النزاع بالكيفية المتفق عليها في العقد الذي فسخ[1]

2. استرداد كل طرف لما أداه بموجب العقد :

يقضي الفسخ أن يرد كل متعاقد ما تلقى من التعاقد الآخر طبقا للقواعد العامة في الفسخ، وبذلك فإنه يجوز لكل طرف قام بتنفيذ كل العقد أو جزء منه متى فسخ العقد أن يسترد ما أداه للطرف الآخر، ففي عقد البيع مثلا يترتب على الفسخ عودة العين المبيعة إلى البائع واسترداد المشتري ما دفعه من ثمن ويكون بذات العملة المسددة [2] وهو الحال بالنسبة للعقود المبرمة عبر شبكة الانترنت فمتى تقرر فسخ العقد بين طرفيه، فإنه يتوجب على كل طرف أن يرد ما تسلمه من الطرف الآخر أي إعادة الحال إل ما كان عليه قبل العقد، وهذا تطبيقا للقواعد العامة للفسخ.

ومن خلال ما سبق يتبين أن العقود الالكترونية تضع لذات الجزاءات المقررة بصدد العقود العادية، والتي وردت أحكامها في النظرية العامة للعقد.

وكخلاصة لهذا الفصل يتبين لنا أن المتعاقد في العقد الالكتروني كغيره من المتعاقدين يمكن أن يكون تحت تأثير الإعلانات الالكترونية وهو ما يدفعه إلى التعاقد دون أن يكون له علم بنتائج تصرفاته، وهو يجعله في حاجة ماسة للحماية، وفي ذلك ما قررته القواعد العامة والقوانين الخاصة، وكما رأينا أن كل الضمانات التي تطرقنا إليها تهدف لحماية المتعاقد المستهلك باعتباره غير محترف مقارنة بالمهنيين ، وفي حال عدم تنفيذ الالتزامات فإن الطرف الذي يتقاعس أو من يرفض التنفيذ لا يسلم من الجزاء، وفي ذلك يمكن المطالبة بالتنفيذ العيني للالتزام متى توافرت شروطه التي بيناها، وإلا كان له المطالبة بالتنفيذ عن طريق التعويض وذلك في حال ما إذا كان التنفيذ العيني غير ممكن، كما له أن يدفع بعدم التنفيذ باعتباره وقف مؤقت للعقد إلى أن يبادر الطرف المتعنت

---

[1]- أنظر : لزعر وسيلة ، تنفيذ العقد الالكتروني فرع العقود و المسؤولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة الجزائر ، كلية الحقوق ، بن عكنون ، 2011/2010 ، ص 185 .

[2]- أنظر : د/ محمد حسين منصور، مصادر الالتزام، الرجع السابق، ص 420.

إل تنفيذ التزامه، إلا أنه قد يحدث وأن يرفض المتعاقد التنفيذ رفضا باتا وقصد رفع الضرر أجاز المشرع فسخ العقد، حتى يزيل الضرر مع الحق في التعويض إن كان له مقتضى.

الخاتمة

و بذالك أكون قد حاولت في هذه المذكرة المقاربة بين قواعد النظرية العامة للعقد ، و بينما يثيره العقد الالكتروني من خصوصيات من حيث إبرامه و تنفيذه ، قد تناولت من خلال هذه النظرة للعقود الالكترونية في البداية تحديد مفهوم هذا العقد بتعريفه أولا ، استنادا لما جاء في النصوص القانونية الدولية و الوطنية المقارنة و الفقه مع تحديد الخصوصية فيه و تبيان مميزاته ثم دراسة كيفية انعقاده و تنفيذه ، و توصلت إلى النتائج التالية :

فيما يخص الانعقاد فرغم غياب النصوص الصريحة ضمن قواعد القانون المدني تتعلق بمدى مشروعية التعاقد بالوسائل الالكترونية ، غير أن مبدأ الرضائية في التعاقد ، يعطي للطرفين الحرية الكاملة لاختيار الطريقة التي يعبران فيها عن إرادتيهما و بالتالي لا يوجد ما يحول دون إمكانية استعمال الوسائل المقررة في النظرية العامة للعقد من أجل التعاقد الكترونيا ، إلا أن عدم تنظيم المشرع للوسائل الالكترونية في التعبير عن الإرادة يثر الكثير من الصعاب ، بالنظر إلى المخاطر المتعلقة بالثقة التي توفر للمتعاقدين خاصة تلك التي قد يتعرض إليها المستهلك الذي أولاه المشرع بحماية خاصة .

و إذا أتينا إلى طرق التعبير عن الإرادة بالوسائل الالكترونية، فإنها لا تخرج عن احتمالات ثلاثة فإما أن يكون هذا التعبير بالكتابة، و إما أن يكون بالإشارة، و إما أن يكون بالكلام، بالنظر إلى الوسيلة المستعملة للتعاقد.

بالنسبة للقبول في العقد الالكتروني، فإني توصلت إلى أنه يجب تأكيد الموجه إليه الإيجاب لقبوله و ذلك عن طريق الضغط أيقونة القبول مرتين أو إرساله وثيقة الأمر با الشراء إلى الموجب و ذلك لتفادي الشك في التعبير عن إرادة الموجه إليه الإيجاب و أخطاء اليد ، أما مسألة الحالة الاستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولا ، لاحظت أنه لا يمكن التمسك لا بالعرف و لا بالمصلحة المحضة لمن وجها إليه الإيجاب لتأسيس السكوت الملابس ، بينما يمكن ذلك إذا تعلق الأمر بوجود المعاملة السابقة .

لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد الالكتروني قمة بتطبيق نظرية العلم بالقبول المكرسة من طرف المشرع و استنتجت أنه توجد حالات تخدع لأحكام التعاقد بين الحاضرين حكما ، و حالات أخرى لا يمكن تكييف العقد إلا باعتباره بين غائبين ، و بالتالي تطبيق القواعد المنظمة لكل حالة و يمكن القول في هذا الصدد أن العقد الالكتروني وضع نموذج جديدا لمجلس العقد و الذي يمكن أن يكون افتراضيا ، إذا تم التعاقد بتكنولوجية المحادثة و المشاهدة المباشرة عبر الانترنت .

من حيث صحة العقد نجد أن هذا الأخير يقوم على ذات الأركان العامة للعقد التقليدي من المحل السبب ، الرضا و الأهلية غير أنه تثار مسألة صعوبة التأكد من أهلية الأطراف المتعاقدة خاصة في التعاقد عبر الانترنت لعدم وجود التقاء فعلي حقيقي ، و تعتبر نظرية الوضع الظاهر الحل الأفضل لهذه المشكلة ، كما قد تساهم مرحلة التفاوض في الحل .

هذا فيما يتعلق بمرحلة تكوين العقد الالكتروني أما فيما يتعلق بمرحلة تنفيذ والتي تعد مرحلة هامة في حياة العديد إذ تمثل المبتغى الذي يسعى المتعاقدان للوصول إليه، وفي هذا الشأن لم تتضمن القوانين المنظمة للمعاملات الالكترونية كيفية تنفيذ العقود الالكترونية بل دائما وأبدا نرجع للقواعد العامة لتفصيل ذلك، وهو ما يبين غموض ونقص هذه الأحكام ، وباعتبار العقد الالكتروني ملزم للجانبي فإنه كغيره من العقود يرتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه ، يجب على كل منهما تنفيذ عين ما التزام به، وفي ذلك يلتزم البائع بالتزامين أساسيين يتمثلان في الالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان ، على أن الخصوص تظهر جلية فيما يتعلق بالتسليم الذي يتم بطريقتين ، فإذا كان محل العقد سلعة أو بضاعة يلزم فيه المناولة اليدوية مثل باقي العقود ، أما إن تعلق الأمر بتقديم خدمة فإن الأمر يختلف إذ يتم أداؤها عبر شبكة الانترنت ذاتها التي تم من خلالها إبرام العقد ، وفيما عدا ذلك فالأمر ذاته في كل العقود بما فيها الضمان الذي يقع على هذا الأخير سواء كان ضمان للعيوب الخفية أو ضمان تعرض أو ضمان صلاحية المبيع أو ضمان الأمان والسلامة، إذ الحكمة من الضمان هو حماية المتعاقد في ماله، جسده وصحته.

أما الطرف الثاني في العقد الالكتروني هو الآخر ملزم بدفع ثمن مقتنياته من السلع والخدمات، إذ تغير الأمر هنا وحلت وسائل الدفع الالكترونية محل الوسائل التقليدية في الوفاء بهذا الالتزام نظرا لما لها من مزايا، فتنوعت هذه الوسائل واختلفت ما يجعل المتعاقد بصددها ملزم باختيار الوسيلة التي يريد دفع الثمن من خلالها وذلك استنادا لمبدأ سلطان الإرادة ، أما فيما يتعلق بالتزامه بالتسلم فيجب عليه تسلم محل العقد و ا لا عد مقصرا في ذلك مما يثير مسؤوليته عن عدم تنفيذ التزامه.

ومن خلال تعرضنا لضمانات تنفيذ العقد الالكتروني تبين لنا سعي المشرع لإضفاء الحماية بالدرجة الأولى للمتعاقد باعتباره مستهلكا يتعامل في بيئة لم يعرفها من قبله هذا من ناحية كما أنه تنقصه الدراية والعلم الكافيين مقارنة بغيره من المهنيين ، وهو السبب في إلزام المهني بالعلم وذلك بتزويد المتعاقد المستهلك بكل البيانات المتعلقة بالعقد ، كما أجاز له الرجوع عن العقد وذلك بالإرادة المنفردة ، ويعتبر في هذه الحالة خروجا عن القاعدة العامة، بالإضافة لما قررته القواعد العامة، وفي كل هذا يعد عدم تنفيذ الالتزامات إخلال بالعقد مما يثير مسؤولية التعاقد المتخلف عن تنفيذ التزامه ، وهو ما يجيز للمتعاقد أن يطالب المدين بتنفيذ عين ما التزم به متى كان ذلك ممكنا ، وفي حال عدم الإمكان له المطالبة بالتنفيذ بمقابل أي طلب التعويض عن عدم التنفيذ أو التأخر فيه ، وليس هذا فحسب فله أن يمتنع عن التنفيذ حتى يقوم المدين بتنفيذ التزامه ، وفي هذه الحالة يوقف تنفيذ العقد إلى أن يقوم المدين بالتنفيذ ، وزيادة على ذلك يمكن فسخ العقد إذا لم يتم التنفيذ وذلك بإعادة الحال إلى ما كان عليه قبل إبرام العقد ، وفي كل هذا يتم الرجوع للقواعد العامة لنظرية العقد ، إذ السبب في ذلك عدم ورود هذه الأحكام في التنظيمات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية، وهو ما يبرز أهمية نظرية العقد بالنسبة لكل التصرفات، إذ تبقى دائما الأصل والأساس.

في نهاية هذه المذكرة فإننا نخلص إلى هذه التوصيـــــات:

يمكن القول أن العقد الالكتروني بكل ملابساته القانونية التي تطرقنا إليها في هذه المذكرة قد كشف بالفعل عن قصور القواعد القانونية الكلاسيكية الحالية في نظرية العقد على حلها ، و هذا ما لا يكاد يختلف عليه الباحثون في مجال قانون التجارة الالكترونية ، وذلك ما يستدعي إلى:

سن إما قانون مستقل ينظم المعاملات الالكترونية أو تعديل القانون المدني كي لا تتصادم مع التقنية الحديثة.

محاولة استخلاص قواعد عرفية خاصة بالعقود المبرمة عبر الانترنت على غرار القواعد العرفية في العالم المادي ، لما تساهم به في سد النقص التشريعي في بعض الحالات .

وضع بناء قانوني لإدارة البنوك في الجزائر يتيح لها التعامل مع تحديات الدفع الالكتروني الذي يتطلب جاهزية تتفق مع مخاطره التقنية و القانونية.

إيراد تعريف محدد للعقد الالكتروني في القانون المدني الجزائري.

قائمة
المصادر
والمراجع

– قائمة المصادر :

1. الاتفاقيات الدولية :

- اتفاقية فيينا المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع ، المؤرخة في 11 أبريل 1980 .
- قانون الاونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية ، الصادر في 16 جوان 1996 .
- التوجيه الاوروبي رقم 7/97 المتعلق بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد ، الصادر في 1996/12/16 .
- التوجيه الأوروبي رقم 93 / 99 المتعلق بالتوقيعات الالكترونية ، الصادر في 13 ديسمبر 1999
- قانون الاونيسترال الموحد بشأن التوقيعات الالكترونية ، الصادر في 12 ديسمبر 2001 .

2. النصوص القانونية :

- أمر رقم 75 –59 المؤرخ 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون التجاري ، المعدل و المتمم بالقانون رقم 05–02 المؤرخ في 6 فيفري 2005 الصادر في الجريدة الرسمية رقم 11 المؤرخة 30 ذي الحجة عام 1425 الموافق ل 9 فيفري 2005
- أمر رقم 75–58 المؤرخ في 20 رمضان عام 1395 الموافق ل 26 سبتمبر 1975 يتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05 /10 المؤرخ في 20 جوان 2005 ، جريدة رسمية عدد 44، بتاريخ 26 جوان 2005.
- الأمر رقم 58/75 المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بموجب القانون رقم 05/07 المؤرخ في 13 مايو 2007 جريدة عدد 31 الصادرة في 13 مايو 2007.
- قانون المبادلات والتجارة الالكترونية التونسي ، الصادر في 09 أوت 2000 و المنشور في الرائد الرسمي للجمهورية التونسية بتاريخ 11 أوت 2000 .
- قانون المعاملات الأردني ، رقم 85 لسنة 2001 المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ 31 ديسمبر 2001 .

3. المراسيم التنفيذية :

- المرسوم التنفيذي رقم 39 / 90 المؤرخ في 1990/01/30 ، المتعلق بالجودة قمع الغش للمستهلك .

➢ **قائمــة المــراجــع :**

أولا : المراجع باللغة العربية

1- الكتب العامة :

- بلحاج العربي ، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون ، الجزائر 2001 .
- بلعيور عبد الكريم ، نظرية الفسخ في القانون المدنى الجزائري المقارن، المؤسسة الوطنية للفنون المطبعية، الجزائر،2001 .
- د / جميل الشرقاوي ، النظرية العامة للالتزام ، الكتاب الأول ، مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1981.
- حسام الدين كامل الأهواني ، النظرية العامة للالتزام ، (المصادر الإرادية للالتزام) ، المجلد الأول ط 3 القاهرة .
- د / خليل أحمد حسن قداده ، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري ، الجزء الأول ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994.
- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام في القانون المدني الجزائري ،دار العلوم للنشر والتوزيع ، عنابة ،2004 .
- د / رجب كريم عبد الله ، التفاوض على العقد ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2000.
- د / رمضان أبو السعود ، مصادر الالتزام – دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2003.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، مصادر الالتزام ، ج1 ، دار أحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان 1952.
- أ / على فيلالي ، الالتزام ، النظرية العامة للعقد ، مطبعة الكاهنة ، الجزائر ، 1997.
- محمد إبراهيم دسوقي ، الجوانب القانونية في إدارة المفاوضات و إبرام العقود ، مكتبة الملك فهد الوطنية ، الرياض .

- د/محمد شكري سرور، موجز الأحكام العامة في للالتزام، الطبعة الأولى ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، 1985
- محمد صبري سعدي ، شرح القانون المدني ، الجزائري ، ج 1 (مصادر الالتزام ، التصرف القانوني للعقد و الإرادة المنفردة) الطبعة الأولى ، دار الهدى ، عين مليلة ، 1992-1993 .
- محمد علي جواد ، العقود الدولية (مفاوضاتها ، إبرامها ، تنفيذها)،مكتبة دار الثقافة،عمان،1997
- د / محمود جمال الدين زكي ، مشكلات المسؤولية المدنية ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، 1978.
- محمود عبد العزيز المرسي : الجوانب القانونية لمرحلة التفاوض ، ذو الطابع التعاقدي (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ،2005 .
- د/ نبيل إبراهيم عوض ، عقد البيع ، الطبعة الثانية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية
- د / نزيه محمد الصادق المهدي ، الالتزام قبل التعاقدي بالأداء بالبيانات العقدية ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية ، 1982
- د / هاني صلاح سري الذين : المفاوضات في العقود التجارية الدولية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1998 .

2- الكتب المتخصصة :

أ- رسائل علمية و مذكرات :

✓ **الرسائل العلمية :**

- إيمان مأمون أحمد سليمان ، الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكترونية رسالة دكتوراه في الحقوق ،كلية الحقوق جامعة المنصورة ، مصر ، 2006 .
- د / حمودي محمد ناصر ، النظام القانوني لعقد البيع الدولي ، المبرم عبر الانترنت ،رسالة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم التخصص القانوني ،كلية الحقوق ، تيزي وزو ، جامعة مولود معمري ، 1009 .
- لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الالكتروني ، - رسالة ماجستر في القانون لكلية دار الدراسات العليا ، جامعة نابلس ، فلسطين ، 2008 .

✓ **المـذكــرات :**

- القاضي برني نذير، العقود الالكترونية على ضوء القانون المدني الجزائري ،مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ،الدفعة الرابعة عشر للفترة التكوينية ،قالمة ، 2006/2003 .
- بشار طلال أحمد المومني ، مشكلات التعاقد عبر الانترنت ، (دراسة مقارنة) رسالة دكتوراه ، جامعة المنصورة ، مصر ،كلية الحقوق ، 2003 .
- نويوة الحاج عيسى ، التزامات الأطراف في عقود نقل التكنولوجيا ، مذكرة ماجستير،فرع الملكية الفكرية ،كلية الحقوق بن عكنون ، جامعة الجزائر ، 2006-2007 .
- جرعود الياقوت ، عقد البيع وحماية المستهلك في التشريع الجزائري، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق بن عكنون، سنة 2001 /2002 .
- فارس فتيحة ، غوني ابتسام ، كروش ليندة ، عقود التجارة الالكترونية أمام قضاء التحكيم الدولي ، مذكرة التخرج لنيل شهادة ليسانس ، جامعة مولاي الطاهر ، سعيدة ، كلية العلوم القانونية و الإدارية ، 2008-2009 .
- قندوسي سعاد ، المفاوضات في عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة ،كلية الحقوق ، 2014-2015.

- لزعر وسيلة ، تنفيذ العقد الالكتروني فرع العقود و المسؤولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون ، جامعة الجزائر بن عكنون ، الجزائر ، كلية الحقوق ، 2011/2010 .
- محمد أحمد على المحاسنة ، تنازع القوانين في العقود الالكترونية نحو إيجاد منظومة للقواعدا الموضوعية الموحدة ، مذكرة شهادة ماجيستر في القانون ،الجامعة الاردنية الدراسات العليا ، 2006 .

ب- مؤلفات خاصة :

- د / أبو الليل إبراهيم الدسوقي ، التجارة الالكترونية و أحكامها في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى، عمان ، دار النفائس ، 2008 .
- د/ أحمد خالد العجلولي ، التعاقد عن طريق الانترنت ، دراسة مقارنة ،المكتبة القانونية ، عمان الأردن ، 2002 .
- د / العطار محمد حسن ، البيع عبر شبكة الانترنت ، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني ، الالكتروني ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2005 .
- أ / أمانج رحيم أحمد ، التراضي في العقود الالكترونية عبر شبكة الانترنت، دار وائل للنشر،2006.
- أمير فرح يوسف،عالمية التجارة الالكترونية و عقودها وأساليب مكافحة الغش التجاري الالكتروني ، المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، 1994.
- د/ بودالي محمد ، الالتزام بالنصيحة في نطاق عقود الخدمات ، دراسة مقارنة ، دار الفجر للنشر و التوزيع ، الجزائر2005 .
- بشار محمود دودين ، الايطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، الطبعة الاولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2006 .
- د / حسن عبد الباسط جمعي ، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت ، دار النهضة العربية ، مصر .
- د / حمودي محمد ناصر ، العقد الدولي الالكتروني المبرم عبر الانترنت الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، الأردن 2012
- د / خالد حمدي عبد الرحمان – التعبير عن الإرادة في العقد الالكتروني ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2005.

- **د** / محمد حسن قاسم ، التعاقد عن بعد ، قراءة تحليلية بالتجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2005.
- د / محمد فاروق الاباصيري ، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الانترنت ، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الالكترونية الدولية ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، 2002.
- د / خالد عمر زريقات ، عقود التجارة الالكترونية ، عقد البيع عبر الانترنت ، دار الراية للنشر و التوزيع، عمان ، بدون سنة نشر .
- د / خالد ممدوح إبراهيم ، إبرام العقد الالكتروني ، (دراسة مقارنة) الطبعة الأولى دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، 2006 .
- رحيمة الصغير ساعد نمديلي ، العقد الإداري الالكتروني ، (دراسة تحليلية و مقارنة) دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2007 .
- د / سعد حسين الحلبوسي ، التفاوض في العقود عبر شبكة الانترنت بين القواعد العامة في نظرية الالتزام ، الضرورات العلمية، الطبعة الأولى ، بغداد .
- د/ سمير حامد عبد العزيز الجمال،التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، الطبعة الأولى ، دار النهضة العربية،القاهرة،مصر2006 .
- د / سمير عبد السميع الأودن ، العقد الالكتروني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 .
- د/ شحاتة غريب محمد الشرقامي ، التعاقد الالكتروني في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ،دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2008.
- د / عبد الباسط جاسم محمد ، إبرام العقد عبر الانترنت ، الطبعة الأولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2010 .
- د /عبد الفتاح بيومي حجازي،،النظام القانوني لحماية التجارة الالكترونية ،دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2002.
- د / عباس زبون العبودي ، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الاثبات المدني، (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ،عمان ، 1997.
- د / علاء محمد عبد نصيرات ، حجية التوقيع الالكتروني ، دار الثقافة ، عمان 2005 .
- د / فوزي حمد خاطر ، عقود المعلوماتية ، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني ، (دراسة مقارنة)، الطبعة الأولى ، الدار العلمية الدولية ، و دار الثقافة للنشر و التوزيع ، 2001 .

- أ / لزهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية ، دار هومة للنشر و التوزيع، الجزائر ، 2012 .
- د / محمد أمين الرومي . التعاقد الالكتروني عبر الانترنت . الطبعة الأولى دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، 2004 .
- د/ محمد حسين منصور، المسؤولية الالكترونية ، دار الجامعة الجديدة ، الإسكندرية ، 2002.
- د/ محمد حسين منصور ، أحكام البيع التقليدية و الالكترونية و الدولية و حماية المستهلك ، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية .
- محمد خالد جمال رستم ، التنظيم القانوني للتجارة و الإثبات الالكتروني في العالم ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، 2006.
- د / محمد سعد خليفة ، مشكلات البيع عبر الانترنت ، دار النهضة العربية ، القاهرة 2004
- د / محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الالكترونية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة و النشر و التوزيع ، عمان ، 2006 .
- **د** / محمد محسن رفاعي العطار ، عقد البيع عبر شبكة الانترنت ، دراسة مقارنة في ضوء قانون التوقيع الالكتروني رقم 15 سنة 2004 ، الطبعة الأولى ، دار الجامعة الجديدة ، مصر ، الإسكندرية2007.
- د/ مجاهد أسامة أبو الحسن ، التعاقد عبر الانترنت دار الكتب القانونية ، مصر 2002 .
- أ / مناني فراح العقد الالكتروني وسيلة إثبات حديثة في القانون المدني الجزائري، دار الهدى للنشر و الطباعة و التوزيع، الجزائر ، 2009 .
- منير محمد الجنبيهي و ممدوح محمد الجنبيهي ، تبادل الالكتروني للبيانات ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، 2004 .
- نضال إسماعيل برهم ، أحكام عقود التجارة الالكترونية ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، عمان ، 2005.

✓ **مـقــالات**

- د / حلمي بهجت بدوي ، أثار التصرفات الباطلة ، مجلة القانون و الاقتصاد، صادرة عن جامعة القاهرة، السنة الثالثة ، رقم 11 .
- د / سمير حامد عبد العزيز الجمال و د/ رضا متولي و هدان ، النظام القانوني للعقد الالكتروني ، " دراسة مقارنة " مجلة البحوث القانونية و الاقتصادية ، جامعة المنصورة العدد 2، 2007 .
- د / قاسم النعيمي ، التجارة الالكترونية بين الواقع و الحقيقة الكلية الاقتصادية ، جامعة دمشق ، سوريا .
- د / كاظم طارق عجيل ، مجلس العقد الالكتروني ، بحث مقدم إلى مؤتمر المعاملات الالكترونية (التجارة الالكترونية – الحكومة الالكترونية) ، مركز الإماراتي للدراسات و البحوث ،بتاريخ 20 مايو 2001 .
- د / نصر الدين مروك ، الحماية الجنائية للتجارة الالكترونية، موسوعة دار الفكر ،، دار الهلال للخدمات الإعلامية ، العدد الثالث.
- محمد بودالي ، التوقيع الالكتروني ، المدرسة الوطنية للإدارة ، العدد 26 ، 2003 .
- نبيل محمد أحمد صبيح ،حماية المستهلك التعاملات الالكترونية دراسة مقارنة،مجلة الحقوق،العدد2 جوان 2008،الكويت.
- محامي/ يونس عرب، حجية الإثبات بالمستخرجات الالكترونية في القضايا المصرفية ، الجزء 1، مسائل و تحديات الإثبات الالكترونية في المسائل المدنية و التجارية و المصرفية مقال منشور على موقع –www .ar rab l aw . org.

ثانيا : المراجع باللغة الأجنبية :

- ITEANU (O) Internet est. le droit, aspect juridique du commerce électronique .Eyrolles1996.
- Larousse ,1986 .
- Et B .MISSRAND la négociation ,le guide de gestionnaire, ed,Chihab ,Alger, 1995 ,et J.ROJOT ,la gestion de la négociation ,RTD.Com , 1998 .
- J.CEDRAS , l'Obligation de négocier , RTD . Com , 1998 .
- J.M.Mousseron ,la duréedans la formation du contrat ,Mélanges Jauffret, L.G.D. J Paris , 1974 .
- F.TERRE , Ph .SIMLER et y. LEQUETTE , Droit Civil , les obligations , 8éd, Dalloz , Paris , 2002 .
- C.LARROUMET , Droit Civil , les Obligations , le Contrat , T 3 , Economie, 3éme édit, Paris , 1996 .
- Voir : Directive 97/7 ce du parlement Européen et du conseil du 20 Mai 1997 , op – cit
- Axel leferbure et etienemontero « infomatique et droitversune subvention el'ordrejuridique ?" , In droit des technologies de l'information : regard et perpectifs , cahier du C.R.I.D, n° 16 , Bruylant , Buxelles , 1999 .
- Michelle Jean – Baptiste : Créer et Exploiter un Commerce Eléctronique ,Litec , Paris , 1998 .
- Sophie Bruffin –Bricca ,Laurance caroline henry,anna droit , LMD,2008.OP.Cit

الفهرس

الفهرس

الفهرس	الصفحة
المقدمة	أ
المبحث التمهيدي	01
المطلب الأول : تعريف العقد الالكتروني	01
الفرع الأول : التعريف التشريعي	01
الفرع الثاني : التعريف الفقهي	04
المطلب الثاني : تمييز العقد الالكتروني عن باقي العقود	05
الفرع الأول : تمييز العقد الالكتروني عن العقد التقليدي	05
الفرع الثاني : تمييز العقد الالكتروني عن العقود المبرمة عن بعد	06
الفصل الأول : مرحلة تكوين العقد الالكتروني	09
المبحث الأول :مرحلة ما قبل التعاقد في العقد الالكتروني	09
المطلب الأول : مفهوم التفاوض في العقد الالكتروني	10
الفرع الأول : تعريف التفاوض في العقد الالكتروني	10
الفرع الثاني : عناصر التفاوض في العقد الالكتروني	14
المطلب الثاني : اهمية التفاوض في العقد الالكتروني	16
الفرع الأول : الاهمية القانونية للمفاوضات	16
الفرع الثاني : الاهمية الاقتصادية للمفاوضات في العقد الالكتروني	18
المطلب الثالث: طبيعة المسؤولية الناجمة عن قطع المفاوضات	20
الفرع الأول : نظرية المسؤولية العقدية عن الخطأ قبل التعاقدي	20
الفرع الثاني : نظرية المسؤولية التقصيرية عن الخطأ قبل التعاقدي	22
المبحث الثاني : مرحلة التعاقد في العقد الالكتروني	25
المطلب الأول : التراضي في العقد الالكتروني	26
الفرع الأول : وجود الإرادة	26
الفرع الثاني : تطابق الإرادتين في العقد الالكتروني	32
الفرع الثالث : زمان و مكان انعقاد العقد الالكتروني	47
المطلب الثاني : محل والسبب في العقد الالكتروني	55
الفرع الأول : المحل في العقد الالكتروني	55
الفرع الثاني : السبب في العقد الالكتروني	58

المطلب الثالث : شروط صحة العقد الالكتروني	61
الفرع الأول : وجود أهلية المتعاقد	61
الفرع الثاني : عيوب الإرادة في العقد الالكتروني	69
المبحث الأول: تحديد التزامات طرفي العقد الالكتروني	75
المطلب الأول: تنفيذ التزامات المعلن [البائع]	75
الفرع الأول: التزام المتعاقد بتسليم السلعة	75
الفرع الثاني : التزام المتعاقد بتقديم الخدمة	78
المطلب الثاني: الالتزام بالضمان في العقد الالكتروني	79
الفرع الأول: ضمان العيوب الخفية وضمان التعرض والاستحقاق في العقد الالكتروني	79
الفرع الثاني : الالتزام بضمان الصلاحية وضمان الأمان والسلامة في العقد الالكتروني	88
المطلب الثالث : التزامات المشتري في العقد الالكتروني	96
الفرع الأول : التزام المشتري بالوفاء الكترونيا	97
الفرع الثاني : التزام المشتري بالتسلم في العقد الالكتروني	103
الفرع الأول : مضمون الالتزام بالتسليم	103
الفرع الثاني : زمان و مكان التسلم	104
المبحث الثاني : ضمانات و جزاء عدم تنفيذ العقد الالكتروني	107
المطلب الأول : ضمانات تنفيذ العقد الالكتروني	108
الفرع الأول : الحق في الإعلام	109
الفرع الثاني : الحق في الرجوع عن العقد	115
المطلب الثاني : جزاء عدم تنفيذ العقد الالكتروني	120
الفرع الأول : التنفيذ العيني	120
الفرع الثاني : التنفيذ بطريق التعويض	123
المطلب الثالث : الدفع بعدم التنفيذ و الفسخ في العقد الالكتروني	126
الفرع الأول : الدفع بعدم التنفيذ في العقد الالكتروني	126
الفرع الثاني : الفسخ في العقد الإلكترون	130
الخاتمة	137