وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة يحي فارس بالمدية

كلية الحقوق والعلوم السياسية

مذكرة نهاية الدراسة للحصول على شهادة ماستر
تخصص: قانون الأعمال

بعنوان:

أحكام العقد الإلكتروني على ضوء القانون 18-05

من تقديم الطالبتين:

- ربيع سهام
- شريف سعاد

تحت إشراف الأستاذة:

- جبار رقية

السنة الجامعية 2019/2018

الشكر :

الشكر الجزيل و الحمد لله الموفق و المعين ، ثم الشكر الموصول لأستاذتنا جبار رقية على ما لمسناه فيها من سمات الاستاذ الباحث و المعلم المتواضع ، ثم على قبولها الاشراف على هذا العمل و على ما أمدته لنا من نصائح و ارشادات

كما نتقدم بالشكر الجزيل لأعضاء لجنة المناقشة كل باسمه على تحملهم عناء قراءة و تصحيح

هذه المذكرة

كما نتقدم بالشكر الى جميع الأساتذة الذين علمونا أسس فنون الغوص في بحور العلم عامة و

القانون خاصة

الاهداء:

أهدي ثمرة جهدي المتواضع إلى:

من احمل اسمه بكل افتخار .....والدي العزيز

إلى معنى الحب و الحنان و من كان دعائها سر نجاحي.....أمي الحبيبة

إلى أحي و أخواتي كل باسمه حفظهم الله

إلى زوجي و رفيق دربي حفظه الله

‘لى كل من ساهم في هذا العمل .....

سعاد شريف

الاهداء:

أهدي هذا البحث إلى :

الوالدين الكريمين .....حفظهما الله و رعاهما

إلى اخوتي و أخواتي ...حفظهم الله

إلى من علمني و دعمني في إنجاز هذا العمل و خصوصا من الناحية المعنوية ،خاصة خالتي

و إلى كل طالب علم .....

سهام ربيع

الأصل في التعاقد حرية الأطراف في اختيار الوسيلة التي من خلالها يتم التعبيرعن الإرادة في إنشاء و تنفيذ التزام تعاقدي ، و هذا ما يتوافق مع مبدأ سلطان الإرادة و مبدأ الرضائية .

لهذا فإن نظام التعاقد كان دائم التأثر بالتطورات المتلاحقة على تقنيات الاتصال ، فمنذ الثورة الصناعية و الإنسان يستغل ما توصل إليه من اختراعات لإبرام العقود خصوصا في الميدان التجاري كالتلغراف ، الفاكس ، الهاتف و التلفزيون ، إلى حين ظهور شبكة الانترنت سنة 1969 بالولايات المتحدة الأمريكية و سرعان ما أصبحت الوسيلة المثلى للاتصالات و نقل و تبادل البيانات و يرجع ذلك إلى التقدم العلمي الهائل لشبكات الاتصال الرقمية التي أزالت الحدود الجغرافية فأصبح العالم مجرد قرية صغيرة فربطت بين الشعوب المتباعدة ، و على ذلك فقد غيرت الانترنت عالم التجارة و ما شملته من تعاقدات و لم يقتصر دوره على تبادل المعلومات و البيانات بل أصبح سوقا تجاريا كبيرا لتبادل جميع المنتجات و الخدمات المختلفة .

الجمع بين العقد من جهة و الانترنت كتكنولوجيا حديثة ووسيلة اتصال يؤدي بنا إلى مفهوم العقد الإلكتروني الذي يعتبر تطبيقا متطورا للتعاقد عن بعد ، ويستجيب حقيقة لمبدأ السرعة التي تقتضيها الحياة التجارية .

والعقد الإلكتروني يرتبط بمفهوم التجارة الإلكترونية التي اتخذت أنماطا عديدة ،كعرض البضائع و الخدمات ، و إبرام العقود و القيام بأنشطة التوزيع و غيرها ، و العقد الإلكتروني يدخل ضمن هاته الأنماط ،وعليه أصبح بإمكان المورد أن يعرض سلعته بالصوت و الصورة وعرضها على المستهلك لاختيار ما يريده من سلع و الخدمات المتاحة عبر الشبكة .

اهتمت الأمم المتحدة في لجنة القانون التجاري الدولي بضرورة بحث حول موضوع التجارة الإلكترونية ، ووضع الحدود الدنيا من الأمان القانوني الواجب توافرها لتخوض أي دولة في هذا المجال ، لهذا أصدرت الجمعية قرارا باعتماد القانون النموذجي المتعلق بالتجارة الإلكترونية سنة 1996[1]، كما اهتم المجلس الأوروبي بإصدار التوجيه رقم 31 لسنة 2000 المتعلق بالتجارة الإلكترونية[2] ،علما أنه قد سبق تنظيم هذا الموضوع و لو بطريقة غير مباشرة من خلال التوجيهات الأوروبية المتعلقة بالتعاقد عن بعد لاسيما التوجيه الأوروبي رقم 97-07[3].

(1) قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية مع دليل التشريع 1996.
(2) التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000 الصادر في 08 جوان 2000.
(3) قانون التوجيه الأوروبي رقم 97_07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد.

هذا السياق العالمي دفع بالعديد من الدول لإصدار تشريعات إلكترونية كالقانون الفرنسي المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي سنة 2004[1]،و كذا القانون المتعلق بتكنولوجيا المعلومات و التوقيع الإلكتروني الذي ورد فيه النص على بعض التعديلات على قانون الإثبات الفرنسي.

على مستوى الدول العربية فهناك من الدول من قطعت أشواطا هامة في المجال التشريعي الخاص كالأردن من خلال قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 المنشور في 6010 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 تاريخ 31-12-2001[2]،و تونس من خلال قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 المؤرخ في 9 أوت سنة 2000 [3]،وقانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية [4]، و كذلك مصر و غيرها من الدول العربية .

أما في الجزائر ،علما أنها قد سنت بعض القوانين و النصوص التطبيقية التي تمس بشكل أو بآخر أحد جوانب التجارة الإلكترونية ،فقد كان المرسوم التنفيذي رقم 98-257مؤرخ في 03 جمادى الأولى عام 1419 الموافق ل 25 غشت سنة 1998 ، يضبط ضروط و كيفيات إقامة خدمات أنترنات و استغلالها أول قانون جزائري تضمن التعامل الالكتروني بحيث عرف في المادة 02 منه خدمات انترنات[5] ،ثم صدور القانون رقم 03-15 المتضمن الموافقة على الأمر رقم 03-11 المتعلق بالنقد و القرض الذي تضمن التعامل الإلكتروني الحديث في القطاع المصرفي ، و يتضح ذلك من خلال المادة 69 منه ،ثم صدور الأمر رقم 05-06 المؤرخ بتاريخ 23 أوت 2005 المتعلق بمكافحة التهريب، استعمل في المادة الثالثة منه صراحة مصطلح "وسائل الدفع الإلكتروني".

كما أضاف المشرع بموجب القانون 05-02 المؤرخ في 06 فيفري 2005 في الباب الرابع من القانون التجاري [6]، المعنون بالسندات التجارية ، و يتضمن في الفصل الثالث منه " بطاقات السحب و الدفع "، و يتضح من ذلك أن المشرع الجزائر يقد استحدث نظام الدفع الإلكتروني في المعاملات التجارية .

---

(1) القانون الفرنسي رقم 575-2004 لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي .
(2) قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 المنشور في 6010 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 تاريخ 31-12-2001.
(3) قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي رقم 83 المؤرخ في 9 أوت سنة 2000.
(4) قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 بشأن المعاملات الإلكترونية.
(5) المرسوم التنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في 03 جمادى الأولى عام 1419 الموافق ل25 غشت 1998 ،يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات أنترنات و استغلالها ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 63.
(6) قانون رقم 05-02 المؤرخ في 26 فبراير 2005 ،يعدل ويتمم الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 و المتضمن القانون التجاري،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 11 .

كما قام أيضا المشرع الجزائري باعترافه بالكتابة الإلكترونية بصدور الأمر 05-10 المعدل و المتمم للقانون المدني الجزائري في المادة 323 مكرر منه ، و قصد إضفاء الحجية على المحررات الإلكترونية فإن المادة 323 مكرر 1 منه بينت دلك، ولا تعد الكتابة سواء الإلكترونية أو الورقية دليلا كاملا في الإثبات إلا أذا حملت توقيعا و هذا طبقا لنص المادة 327 من القانون المدني الجزائري ، و بذلك يكون المشرع اعترف صراحة بالتوقيع الإلكتروني .

من أجل تحقيق الثقة و الأمان في التوقيع الإلكتروني قام بتنظيم نشاط مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني ،و عرف التوقيع الإلكتروني في المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 الصادر في 30 ماي 2007، كما قام بإصدار القانون 15-04 المتعلق بالتوقيع و التصديق الإلكترونيين .

و لعل أكبر خطوة قـام بها المشرع الجزائري لتنظيم المعاملات الإلكترونية هو إصدار القانون 18-05 المؤرخ في 24 شعبان 1439 الموافق لـ 10 ماي 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية الذي يهدف إلى وضع إطار قانوني يسمح بخلق جو من الثقة و الأمان لتعميم و تطوير المعاملات الإلكترونية .

يتمثل موضوع مذكرتنا في " أحكام العقد الإلكتروني على ضوء القانون 18- 05"،ونظرا لكون العقد الإلكتروني من الموضوعات الهامة يفرضه الواقع و المستقبل ، له أهمية بالغة من الناحيتين العملية و العلمية .

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية هذا الموضوع من جانبين و هما:

1-الأهمية العملية :

- ارتباط العقد الإلكتروني بعقود تتنامى و تزداد يوما بعد يوم بصورة مطردة ، و هو ما أصبح واقعا ملموسا في حياة الفرد و الدول.

- التحول التدرجي من التعامل عبر العقود التقليدية إلى العقود الإلكترونية .

- معرفة أهم الضمانات التي يتمتع بها المستهلك فهي التي تدفعه إلى عملية التعاقد عن طريق الانترنت

2-الأهمية العلمية:

- توعية المتعاملين في هذا المجال ، و منحهم فكرة عن العقد الإلكتروني.

- تحديد الطرق التي يتم بها إبرام و تنفيذ العقد الإلكنروني .

- تسليط الضوء على الأحكام القانونية الجديدة التي تم تنظيمها في إطار القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية.

أسباب اختيار الموضوع :

من الأسباب الذاتية لاختيار الموضوع هي:

- الخصوصية التي يتمتع بها العقد الإلكتروني .

- نظرا لحداثته فهو من المواضيع الشيقة التي تدفعك للبحث عنها.

من الأسباب الموضوعية لاختيار الموضوع :

- موضوع العقود الإلكترونية مرتبط بصفة عامة بظهور التكنولوجيا الحديثة من جهة و أغلب المعاملات حاليا أصبحت بالشكل الإلكتروني من جهة أخرى .

- معرفة ما تثيره علاقة القانون مع تكنولوجيا المعاملات .

مناهج البحث:

يقتضي موضوع دراستنا الاستعانة بمنهجين :

1-المنهج الوصفي : تم الاعتماد عليه من خلال عرض النصوص التشريعية و الآراء الفقهية التي وردت في موضوع البحث ،بالإضافة إلى تحديد بعض المصطلحات التي تعتبر مفاهيم مفتاحية في البحث.

2-المنهج التحليلي: وتم الاعتماد عليه من خلال تحليل النصوص القانونية و بحث مدى ملاءمتها لمعالجة ما تثيره الخصوصية الإلكترونية للعقد.

إشكالية البحث:

تتمثل إشكالية بحثنا في:

كيف نظم المشرع الجزائري أحكام العقد الالكتروني وفق قانون التجارة الالكترونية 18- 05 ؟

و للإجابة على هذه الإشكالية قمنا بتقسيم بحثنا وفق خطة إلى فصلين على الأساس الآتي :

الفصل الأول :تكوين العقد الإلكتروني

المبحث الأول:ماهية العقد الإلكتروني

المبحث الثاني:شروط تكوين العقد الإلكتروني

الفصل الثاني:تنفيذ العقد الإلكتروني

المبحث الأول :تحديد إلتزامات طرفي العقد

المبحث الثاني :جزاء عدم تنفيذ العقد الإلكتروني

الفصل الأول

تكوين العقد الالكتروني

تكوين العقد الإلكتروني

العقد الإلكتروني كغيره من العقود التقليدية، حيث يتطلب لانعقاده ما يتطلبه أي عقد آخر من حيث توافر الإيجاب والقبول، المحل والسبب وجميع شروط تحديد المسؤولية المتعلقة بالمتعاقدين، فهو لا يختلف كثيرا عن العقود التقليدية إلا من حيث وسيلة مباشرتها، بحيث اكتسبت الطابع الإلكتروني من الطريقة التي تنعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامها من خلالها والتي هي في الغالب شبكة الانترنت.

فالعقد الإلكتروني يخضع في إبرامه وتنظيمه وكذا مضمونه للأحكام العامة الواردة في النظرية العامة للعقد، فهو عقد يبرم بعد الاتفاق والتراضي بين متعاقدين غائبين في المكان وحاضرين في زمان الواحد، إلا أنه يتميز بنوع من الخصوصية بكونه عقد يبرم بين غائبين باستعمال وسائط الاتصال الإلكترونية المختلفة، وبالتالي اهتم القانونيين بمثل هذه العقود الجديدة، وذلك بمحاولة ضبط نصوص قانونية تتلاءم معها وهذا بداية من إبرامها إلى غاية تنفيذها وما يترتب عليها من آثار.

ويهدف إلى الإلمام بالإطار القانوني للعقد الإلكتروني ارتأينا في هذا الفصل إلى تقسيمه لمبحثين على النحو الآتي:

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني.

المبحث الثاني: شروط تكوين العقد الإلكتروني

المبحث الأول: ماهية العقد الإلكتروني

تختلف العقود الإلكترونية عن العقود العادية من حيث وسيلة التعاقد وهذه الخاصية أدت إلى عدم ورود تعريف جامع وملم للعقد الإلكتروني في أغلب التشريعات كما نلاحظ في ما يلي ،التعريف الذي أتى به المشرع الجزائري وغيره من المصري بالإضافة إلى بعض التعريفات الأخرى، أما من ناحية أخرى فلا شك أن العقد الإلكتروني يتميز بخصائص عن غيره من العقود بالإضافة إلى تميزه عن بعض العقد المشابهة وهذا ينقلنا إلى الطبيعة القانونية له ولذلك ارتأينا إلى تبيان كل هذا بتقسيم المبحث على النحو الآتي:يتمثل المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني ، المطلب الثاني :تمييز العقد الإلكتروني عما يشابهه من العقود ، المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم العقد الإلكتروني

إنّ العقد الإلكتروني:"عقد التجارة الإلكترونية، العقد عبر الانترنت، عقد المسافة، أو العقد عن بعد...لا يختلف من حيث الطبيعة عن عقود التجارة التقليدية فيمكن إبرام أي عقد عبر الانترنت سواء بيعا كان أو إجارة أو رهنا أو تأمينا أم ووكالة أو غير ذلك من العقود، تماما كما هو الحال في البيئة المادية التقليدية، نظرا لعدم تميز العقد الإلكتروني من ناحية التكوين، إذ يبقى ارتباط الإيجاب بالقبول كافيا انعقاد العقد استنادا لمبدأ الرضائية في العقود، الذي وجد له تطبيقا حديثا في عصر ثورة المعلومات والاتصالات فبمجرد التقاء الإرادات يكفي إبرام العقد متى استوفى شروط صحته، من دون أن يمنع ذلك أن تكون وسيلة التعبير عن تلك الإرادات أو الوصول لالتقائها: إلكترونية حديثة، ويعرف العقد الإلكتروني بأنه:(اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل) "[1].

يرى البعض أن المقصود من العقد الإلكتروني هو ذلك الذي يتم إبرامه عبر شركة الانترنت فهو عقد عادي إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها، ينشأ العقد من تلاقي القبول بالإيجاب بفضل التواصل بين الأطراف بوسيلة مسموعة مرئية عبر شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وإن السمة الخاصة لذلك العقد تكمن في عملية ترويج وتبادل السلع والخدمات وإتمام صفقاتها باستخدام وسائل الاتصال وتكنولوجيا تبادل المعلومات

[1]عبد الباسط جاسم محمد، (إبرام العقد عبر الانترنت)،منشورات الحلبي الحقوقية،بيروت-لبنان،الطبعة الأولى، 2010، ص41،ص 43

الحديثة عن بعد لاسيما شبكة المعلومات الدولية الانترنت دون الحاجة لانتقال الأطراف والتقائهم في مكان معين[1].

ونظرا لتزايد الاهتمام الفقهي والتشريعي للعقد الإلكتروني والخصائص التي يتميز بها هذا العقد ارتأينا إلى تقسيم هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني، الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني.

الفرع الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني

نظرا للخصوصية التي يتمتع بها العقد الإلكتروني، برزت تعاريف فقهية وتشريعية للعقد الإلكتروني بحيث سنتطرق أولا: التعريف الفقهي ، ثانيا:التعريف القانوني .

أولا: التعريف الفقهي

ذهب بعض الفقهاء إلى تعريف التعاقد الإلكتروني على أنه: « هو التعامل الذي يشتمل على أنواع ثلاثة ومختلفة من الصفات وهي تقديم خدمات الانترنت والتسليم الإلكتروني للخدمات أي تسليم صفقات المنتجات الخدمية للمستهلك في شكل معلومات رقمية، واستخدام الانترنت كقناة لتوزيع الخدمات، وعن طريقها يتم شراء السلع عبر الشبكة، ولكن يتم تسليمها بعد ذلك للمستهلك في شكل إلكتروني »[2].

كما عرفه البعض بأنه: «تلك العملية التجارية التي تتم بين طرفين –بائع ومشتري- وتتمثل في عقد الصفقات وتسويق المنتجات عن طريق استخدام الحاسب الإلكتروني عبر شبكة الانترنت، وذلك دون حاجة لانتقال الطرفين أو لقاؤهما، بل يتم التوقيع إلكترونيا على العقد » [3].

وعرفه جانب من الفقه كذلك بأنه « عرض المشروع للسلع والخدمات على موقع الانترنت ليحصل على طلبات العملاء »[4].

---

[1] محمد أمين الرومي المحامي، (التعاقد الإلكتروني عبر الانترنت)، دار المطبوعات الجامعية،الإسكندرية-مصر، 2004، ص48.

[2]ماجد محمد سليمان أبا الخيل، (العقد الإلكتروني)، مكتبة الرشد ناشرون،الرياض-المملكة العربية السعودية، 2009، ص18-ص19.

[3]المرجع ذاته ،ص 18-ص19.

[4]المرجع ذاته و الصفحة.

ثانيا: التعريف القانوني

برز تعريف العقد الإلكتروني في بعض التشريعات الغربية والعربية وهذا ما نتطرق إليه:

1- تعريف التوجيه الأوروبي للعقد الإلكتروني:

عرف التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20 ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد، العقد الإلكتروني في الفقرة الأولى من المادة الثانية منه بأنه: « أي عقد محله بضاعة، أو خدمة، يتم إبرامه بين مورد ومستهلك في إطار نظام للبيع، أو تقديم خدمة عن بعد ينفذ بواسطة المورد الذي يستعمل وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد لكي يتوصل إلى إبرام العقد » ، هذا التعريف تبنى الأسلوب الموسع للعقد الإلكتروني، فلم يركز على وسيلة اتصال بعينها، بل ذكر عبارة "وسائل الاتصال" الذي يتم من خلالها إبرام العقد[1].

كذلك حث التوجيه الأوروبي تحت رقم 31 سنة 2000 الصادر في 2000/06/08 المتعلق بالتجارة الإلكترونية الدول الأعضاء في البرلمان الأوروبي على عدم عرقلة العقود بالطريقة الإلكترونية وذلك بتضمين أنظمتهم القانونية السماح بإبرام هاته العقود وتعديل تشريعاته حتى تستوعب التجارة الإلكترونية، ولا تحول دون تقدمها، فقد عرف الاتصال التجاري (communication commercial) بأنه كل شكل من أشكال الاتصال يستهدف تسويق بصورة مباشرة أو غير مباشرة بضائع أو خدمات أو صورة مشروع أو منظمة أو شخص يباشر نشاطا تجاريا أو صناعيا أو حرفيا أو يقوم بمهنة منظمة[2] .

2- تعريف التشريع الفرنسي للعقد الإلكتروني:

بصدور المرسوم رقم 2001-741من تقنين الاستهلاك الفرنسي أصبح هناك تحديدا تشريعيا لمفهوم التعاقد عن بعد فوفقا للمادة رقم 121-16 تقنين الاستهلاك، والتي أدخلت إليه بمقتضى المرسوم المشار إليه وفي معرض بيانها لنطاق تطبيق النصوص الواردة ضمن الفصل المخصص لبيع الأموال وأداء الخدمات عن بعد، تنطبق هذه التصرفات على: « كل بيع لمال أو أداء لخدمة

---

[1] عبد الرحمن العيشي، (ركن الرضا في العقد الإلكتروني)، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الجزائر1،2016-2017، ص14-ص15.

[2] الزهرة صولي، (النظام القانوني للعقد الإلكتروني)، رسالة الماجستير ،كلية الحقوق، جامعة محمد خيضر-بسكرة،2007-2008، ص10-ص11.

يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، واللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد »[1].

وفي ضوء مفهوم التعاقد بين الغائبين، وعلى نحو ما يتضح بجلاء من نص المادة 121-16 من تقنين الاستهلاك الفرنسي، يمكن القول أن السمة الأساسية لهذا النوع من التعاقد تتمثل في عدم الحضور المادي المعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضاء بينهم، فالعقد يبرم بين طرفين لا يتواجدان وجها لوجه في لحظة التقاء إرادتهما، الإبرام عن بعد هو إذن المميز الأساسي، والذي يسمح بإضفاء هذا الوصف على هذا النوع من التعامل، وذلك بصرف النظر عموما إذا كان تنفيذه يتم عن بعد كذلك أم لا[2].

3- تعريف المشرع الأردني والمصري للعقد الإلكتروني:

حدد القانون الأردني رقم 85 لسنة 2001 المسمى قانون المعاملات الإلكترونية المقصود بالعقد الإلكتروني بأنه: « الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كليا أو جزئيا » أما مشروع قانون التجارة الإلكترونية المصري لسنة 2001 حيث عرف العقد الإلكتروني بأنه « كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كليا أو جزئيا عبر وسيط إلكتروني » [3].

4- تعريف المشرع الجزائري للعقد الإلكتروني:

المشرع الجزائري حسب القانون رقم 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق لـ 10 مايو سنة 2018 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 06 الفقرة 01 تعريف التجارة الإلكترونية: « التجارة الإلكترونية النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني عن طريق الاتصالات الإلكترونية »، أما الفقرة 02 من المادة 06 تنص على تعريف العقد الإلكتروني: « العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة

---

[1] محمد حسن قاسم، (التعاقد عن بعدقراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع اشارة لقواعد القانون الاوروبي)، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية-مصر،بون طبعة، 2005، ص17-ص18.

[2] المرجع ذاته و الصفحة.

[3] صالح المنزلاوي، (القانون الواعي التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية)، دار الجامعة،الإسكندرية-مصر،بدون طبعة، 2006، ص13.

على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتنفيذ الاتصال الإلكتروني »[1].

الفرع الثاني: خصائص العقد الإلكتروني

يتميز العقد الإلكتروني عن العقود التقليدية كون العقد الإلكتروني ينعقد عن طريق وسائل إلكترونية، كما يتم عن بعد بدون الوجود المادي للأطراف، بالإضافة لكونه عقد ذو طابع تجاري واستهلاكي وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع

أولا: العقد الإلكتروني هو عقد مبرم بوسيلة إلكترونية

إن أهم خاصية يتميز بها العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هي أنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، فالوسيلة التي من خلالها يتم إبرام العقد هي التي تكسبه هذه الصفة، وتتمثل هذه الوسائل عادة في أنظمة الكمبيوتر المرتبطة بشبكات الاتصالات المختلفة السلكية واللاسلكية[2].

ويعد استخدام الوسائط الالكترونية سواء في إبرام العقد أو في تنفيذه من أهم مظاهر الخصوصية في العقد الالكتروني، بل هي أساس هذا العقد الذي لا يختلف من حيث موضوعه أو أطرافه عن غيره من العقود ولكنه يختلف عنها من حيث طريقة إبرامه ويشمل مصطلح الكتروني كل وسائل الاتصال التي تستخدم للتعبير عن الإرادة بالصوت أو الصورة أو الكتابة أو الإشارة الدالة على محتواها[3].

ثانيا: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد

يتم إبرام العقد الالكتروني بدون التواجد المادي لأطرافه، فالسمة الأساسية للتعاقد الالكتروني أنه يتم بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال

---

[1] المادة 06 من القانون 18-05 المؤرخ في24شعبان1439 الموافق لـ10مايو 2018 يتعلق بالتجارة الالكترونية،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية/العدد28

[2] محمد السعيد، بوخليفي قويدر، (النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية)، مذكر ماستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة محمد خيضر بسكرة، 2015-2016، ص11.

[3] بخالد عجالي، (النظام القانوني للعقد الالكتروني في التشريع الجزائري)، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو، 16 جوان 2014، ص50.

تكنولوجية، ولذلك فهو ينتمي إلى طائفة العقود عن بعد، بحيث يتم تبادل الإيجاب والقبول الالكتروني عبر الانترنت فيجمعهم بذلك مجلس عقد حكمي افتراضي[1].

أي أنها تنعقد في غياب الوجود المادي للأطراف إلا أنها تسمح بوجود افتراضي للأطراف وإجراء حوار شامل حول بنود العقد وتنفيذه في ذات الوقت[2].

ثالثا: العقد الالكتروني ذو طابع تجاري واستهلاكي

يتصف العقد الالكتروني غالبا بالطابع التجاري والاستهلاكي، لذلك يطلق عليه عقد التجارة الالكترونية وقد جاءت تلك الصفة مثل السمة الغالبة لذلك العقد حيث أن عقود البيع الالكترونية تستحوذ على الجانب الأعظم من مجمل العقود، ويترتب على ذلك أن العقد الالكتروني يتسم بطابع الاستهلاك لأنه غالبا ما يتم بين تاجر أو مهني أو مستهلك، ومن ثم فإنه يعتبر في الغالب، من قبيل عقود الاستهلاك[3].

المطلب الثاني: تمييز العقد الالكتروني عما يشابهه من العقود

إن العقود الالكترونية من العقود التي تبرم عن بعد، كما أن أهم خاصية يختص بها العقد الالكتروني هي طريقة إبرامه، بحيث تبرم بواسطة وسائل إلكترونية كما يختلف هذا النوع من العقود باختلاف وسائل الاتصال الحديثة.

لذا يتوجب علينا:

تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود حسب طريقة التعاقد وهذا سنتناوله في الفرع الأول، أما الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن العقود المبرمة في نفس البيئة الالكترونية

---

[1] خالد ممدوح إبراهيم، (إبرام العقد الالكتروني)، دار الفكر الجامعي،الإسكندرية،الطبعة الثانية،2011، الصفحة74-الصفحة75.

[2] صالح المنزلاوي، المرجع السابق، الصفحة13.

[3] ماجد محمد سليمان أبا الخيل، المرجع السابق، الصفحة37.

الفرع الأول: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود حسب طريقة التعاقد

إذا كان العقد الالكتروني يتفق مع العقود التقليدية من نواحي عديدة ولكنه يختلف عنها في وسيلة إبرامه، قد يتشابه مع سبل التعاقد الحديثة عن بعد إلا أنه يتميز بأنه يتم من خلال شبكة اتصال دولية[1].

أولا: التعاقد الالكتروني والتعاقد التقليدي

إذا كان التعاقد الالكتروني يتفق مع التعاقد التقليدي في أنهما ينعقدان بتوافق إرادتي المتعاقدين أي تطابق الإيجاب والقبول، إلا أن الثاني يقوم بين شخصين حاضرين من حيث الزمان والمكان حيث يتبادل الإيجاب والقبول في مجلس العقد في المواجهة وهو ما يقتضي التواجد المادي لكل من طرفي التعاقد في مكان واحد ولا يتحقق ذلك في التعاقد الالكتروني، فمن المفترض أساسا وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين بل قد يفصل بينهما مئات وآلاف الأميال ومن ثم فإن التعاقد التقليدي هو تعاقد بين حاضرين، بينما الانفصال المكاني في التعاقد الالكتروني يجعل منه تعاقد من طبيعة خاصة على نحو ما نرى فيما بعد[2].

ثانيا: التعاقد الالكتروني والتعاقد بالتلفون أو الهاتف:

يتشابه كلا العقدين في أن كل منهما تعاقد فوري ومباشر، حيث يتلاشى عنصر الزمن فيهما، كما أن كلاهما تعاقد بين غائبين من حيث المكان، إلا أن أكثر ما يميز بينهما هو: [3]

أن التعاقد بالتلفون هو تعاقد شفوي، قد يتطلب صدور تأكيد كتابي، وهذا ما نص عليه القانون الفرنسي الصادر في 1986/06/23، نظرا لصعوبة إثبات مثل هذا النوع من التعاقد، أما في التعاقد الالكتروني فلا يحتاج في إبرام العقد إلى إصدار تأكيد كتابي بل يعتبر العقد قد تم بمجرد قبول المتعاقد الآخر بواسطة الضغط على عبارة موافق عن طريق لوحة المفاتيح المتصلة بالكمبيوتر.

في التعاقد الالكتروني يمكن رؤية الرسالة المرسلة على جهاز الحاسب الآلي، وبالتالي طباعتها والحصول على نسخة منها، كما يمكن خزنها والاحتفاظ بها في الجهاز، وطباعتها والحصول على

---

(1) بلقاسم حامدي، (إبرام العقد الالكتروني)، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج لضر باتنة، 2014-2015، ص35.

(2) ابراهيم خالد ممدوح، المرجع السابق، ص92.

(3) سهيلة طمين، (الشكلية في عقود التجارة الالكترونية)، رسالة الماجستير،كلية الحقوق،جامعة مولود معمري تيزي وزو ، 2011/11/03، ص23.

نسخة منها، كما يمكن خزنها والاحتفاظ بها في الجهاز، بينما في التعاقد عن طريق الهاتف تكون الرسالة شفوية.

العرض الموجه عبر الانترنت موجه في العادة لعامة الناس، بينما في الهاتف هو عرض موجه لشخص محدد.

ولكن يثور التساؤل حول التعاقد عن طريق التلفون المزود بكاميرا، حيث ينقل صوت وصورة المتكلم، كما هو الحال في التعاقد من خلال جهاز كومبيوتر مزود بكاميرا إلكترونية، ولا يختلف الوضع حيث يكون التعاقد شفهيا أيضا، بينما في التعاقد الالكتروني يتم كتابة الاتفاق على مستند الكتروني.

ثالثا: تمييز العقد الالكتروني عن التعاقد عن طرق الفاكس والتلكس

يختلف التعاقد الالكتروني عن التعاقد عبر الفاكس والتلكس في التواجد المادي للورقة والمستند فالرسائل المتبادلة عن طريق الفاكس أو التلكس يتميز بالتواجد المادي للوثيقة الورقية، لهذا فإن هذا النوع من الرسائل لا يحتاج إلى معالجة بياناتها بلغة الكمبيوتر وكل ما يحتاجه الطرف المستقبل للرسالة هو طبعها فقط، في حين أن التعاقد الالكتروني يتصف بطبيعته غير المادية حيث أن مكونات الاتفاق لا تكون ثابتة على عامة ورقية مصحوبة بتوقيع الأطراف، بل تكون مثبتة على دعامة الكترونية، ومن جهة أخرى فإنه من السهل التأكد من أصل وصحة وسائل الفاكس عن الرسائل الالكترونية لأن الأصل ثابت على دعائم ورقية، كما يستطيع مكتب التعارف على الأقل من الناحية النظرية التعرف على هوية المرسل[1].

الفرع الثاني: تمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود المبرمة من نفس البيئة الالكترونية

يعد العقد الالكتروني أهم آليات التجارة الالكترونية ويكتسب الطابع الالكتروني من الطريقة التي ينعقد بها، إلا أن التطور المستمر في مجال نظم المعلومات والاتصالات أدى إلى ظهور العديد من العقود الوليدة والحديثة على الوسط القانوني والتي يصعب حصرها.

وهناك طائفة من العقود التجارية التي تبرم إلكترونيا، وعقود التجارة الالكترونية نوعان، منها ما يبرم وينفذ على شبكة الانترنت وذلك عندما يكون محلها غير مادي ومتاح على الخط أو على الشبكة نفسها مثل الحصول على معلومات أو برامج أخرى ومنها ما يتم تنفيذه خارج الشبكة والتي

[1] سليمة إبقديدن، وردة حماش، (مجلس العقد في إطار التعاقد عبر الانترنت)، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2017/09/17، ص25.

يكون محلها سلع أو خدمات، أغلب هذه العقود تتفق مع العقد الالكتروني في أنها غالبا ذات طابع دولي.

لتمييز العقد الالكتروني عن غيره من العقود المرتبطة به في البيئة الالكترونية، يطلق على هذه العقود عقود الخدمات الالكترونية وهي العقود الخاصة بتجهيز وتقديم خدمات الانترنت وكيفية الاستفادة منها، أي التي تبرم بين القائمتين على تقديم خدمات الشبكة والمستفيدين منها، سنتناول هذه الطائفة من العقود فيما يلي:[1]

أولا: تمييز العقد الالكتروني عن عقد إنشاء المتجر الافتراضي

عقد إنشاء المتجر الافتراضي هو عقد من عقود الخدمات الالكترونية ويطلق عليه البعض عقد مشاركة وفيه يلتزم مقدم الخدمة أو صاحب المركز بأن يسمح للمشارك فتح متجر أو بوتيك افتراضي في المركز التجاري الافتراضي، وذلك بأن يرخص له باستخدام برنامج خاص يتيح له ممارسة الأعمال التجارية على شبكة الانترنت نظير مقابل مالي يدفعه إلى صاحب المركز الافتراضي، فالمتجر الافتراضي يعد بمثابة محل تجاري داخل أحد المراكز التجارية مول المعروفة لدينا، ولكن هذا المحل أو المتجر متواجد على شبكة الانترنت وليس له وجود مادي كما هو الحال في المحلات المتواجدة داخل المراكز التجارية[2].

وهو خدمة الكترونية يتم الدخول إليها عبر شبكة الانترنت ومفتوحة لكل مستعمليها وتسمح للتجار بعرض بضائعهم أو خدماتهم على العملاء من خلالها وتنقسم هذه المراكز إلى قسمين[3] :

أولهما: يمكن الدخول إليه دون حاجة لإجراءات معينة، ولكنه يسمح لزائر الموقع بالاطلاع فقط بحيث يستطيع أن يتجول فيه من أجل التعرف على السلع والخدمات المعروضة بدون أن يتمكن من شرائها، ويتعين عليه لكي يتمكن من الشراء أن يدخل إلى القسم الثاني.

ثانيهما: لا يمكن الدخول إليه إلا بعد إتباع إجراءات معينة تستهدف التحقق من شخصية الزائر وتسجيله، تتلخص في أن يذكر رقم بطاقته الائتمانية من أجل تيسير الوفاء، كما يجب أن يتبين توقيعا رقميا ذو شفرة خاصة وذلك من أجل أن يعقد التصرفات التي يبرمها، وعن البيان مدى حساسية هذه البيانات ولذلك فإن نقلها عبر شبكة الانترنت المفتوحة على العالم سيكون محفوفا المخاطر إلا إذا

---

[1] بلقاسم حامدي، المرجع السابق، ص39.
[2] محمد امين الرومي المحامي، المرجع السابق، ص73.
[3] المرجع ذاته،ص72.

استعملت الشفرة في ذلك، فإذا أتمت هذه الإجراءات استطاع الزائر لموقع التجارة الالكترونية الدخول إلى صفحات البيع لمختلف المحلات التجارية التي يتكون منها المركز التجاري وأن يتعاقد على المنتجات أو الخدمات التي يرغب فيها.

ثانيا: تمييز العقد الالكتروني عن عقد الدخول إلى شبكة الانترنت

يعتبر عقد الدخول إلى شبكة الانترنت من أهم العقود الالكترونية المألوفة والشائعة على الانترنت، ويطلق عليه أيضا عقد الاشتراك في الانترنت، حيث يسمح للمستخدمين الولوج إلى شبكة الانترنت، ولا يوجد نموذج وحيد لعقد الدخول، وإنما توجد صور عديدة للعقود مثلما يوجد أنواع مختلفة من متعهدي الدخول.

وعقد الدخول إلى الشبكة هو العقد الذي يحقق الدخول إلى شبكة الانترنت من الناحية الفنية، وبمقتضى هذا العقد يتيح مقدم خدمة الدخول إلى الانترنت للعميل الوسائل التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة وأهمها برنامج الاتصال (Connexion) الذي يحقق الاتصال بين جهاز الكمبيوتر والشبكة، كل هذا من أجل إنشاء موقع، وذلك لقاء أجر يقدم إلى مقدم خدمة الدخول هذه، ويمكن لعقد الدخول إلى الشبكة أن يتضمن التزامات مكملة، ولا تكون إجبارية على جميع الموردين للدخول إلى الشبكة وإنما فقط على الموردين الذين تتضمنها عقودهم ونجد أن مختلف نماذج عقود الدخول إلى الشبكة، إما أن تكون لمدة غير محدودة، أو مدة محددة مع مواصلة دفع الاشتراك قبل تجديد العقد نظير مدة أولية، ويحق لمقدم الخدمة إنهاء العقد في حالة عدم سداد العميل للمقابل المادي، ويكون الإنهاء عادة بحرمان العميل من دخول الشبكة[1].

ثالثا: تمييز العقد الالكتروني عن عقد الإيواء

عقد الإيواء هو عقد من عقود تقديم الخدمات وبمقتضاه يضع متعهد الإيواء تحت تصرف المستخدم بعض من إمكانيات أجهزته الالكترونية كقيام مقدم خدمة الإيواء السماح للعميل بأن يكون له عنوان الكتروني وبذلك يخصص له ميزا من القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص به، والمتصل بشبكة الانترنت مما يتيح له حرية التصرف بالمعلومات الموجودة في الموقع وذلك بمقابل مادي

---

[1] عبد الوهاب مخلوفي، (التجارة الالكترونية عبر الانترنت)، أطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة الحاج لخضر باتنة، 2012/2011، ص70.

فضلا عن توفير موقعا للمتصفح Web لأحد الزبائن من خلال جهاز الحاسوب العائد له المتصل بالشبكة[1].

المطلب الثالث: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني

ظهرت العديد من وجهات النظر حول الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني، فالبعض يرى أن العقد الالكتروني من عقود الإذعان لا تكون لأحد طرفيها حرية الإرادة تمكنه من مناقشة شروط العقد والتفاوض بشأنها، أما البعض الآخر فيرى أن العقود الالكترونية من العقود الرضائية التي تخضع لمبدأ سلطان الإرادة والتراضي بين الأطراف .

ولتبيان الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني ارتأينا تقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع تتمثل في: الفرع الأول: العقود الالكترونية من عقود الإذعان، الفرع الثاني: العقود الالكترونية من عقود المساومة، الفرع الثالث: العقود الالكترونية ما بين عقود الإذعان وعقود المساومة.

الفرع الأول: العقود الالكترونية من عقود الإذعان

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقود الالكترونية من عقود الإذعان وقبل التطرق إلى مضمون ما جاء به أنصار هذا الاتجاه يجب تقسيم هذا الفرع الى:

أولا: تعريف عقد الإذعان ثم نتطرق ثانيا: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني من حيث مدى اعتباره عقد إذعان.

أولا: تعريف عقد الإذعان

عقد الإذعان هو ذلك العقد الذي يعد فيه الموجب ذو الاحتكار القانوني أو الفعلي شروطا محددة غير قابلة للتعديل أو المناقشة ويوجهها إلى الجمهور بصورة دائمة بقصد الانضمام إليه ويعرض بموجبها سلعة أو خدمة معين[2].

---

[1] عبد المهدي كاظم ناصر، حسين عبيد شعواط، (عقد الإيواء المعلوماتي)، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، العدد21، 2016، ص133.

[2] محفوظ بن عامر لعشب، (عقد الإذعان القانون المدني الجزائري والمقارن)، المؤسسة الوظيفية للكتاب،الجزائر،بدون طبعة، 1990، ص31.

واعترف المشرع الجزائري بعقد الإذعان بموجب المادة 70 من القانون المدني الجزائري التي نصت: «يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها »[1].

وأيضا على غير عادة المشرع الوطني، فقد جاء القانون 02/04 ليضع تعريفا على عقد الإذعان في الفقرة 04 من المادة 03 بأنه:«كل اتفاق أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة،حرر مسبقا من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن لهذا الأخير إحداث تغيير حقيقي فيه »[2].

ثانيا: الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني من حيث مدى اعتباره عقد إذعان

يتميز عقد الإذعان عن عقود المساومة بتلك الشروط التي يضعها الطرف القوي لا تقبل المناقشة والتفاوض بشأنها نظرا لمركزه الاقتصادي، فيقع على الطرف الضعيف قبول أو رفض تلك الشروط فقط، وهذا ما يؤثر على الطبيعة العقدية لهذه العلاقة من جهة ويؤثر على التوازن العقدي من جهة أخرى[3].

من الفقهاء من يتمسك بالمفهوم التقليدي لعقد الإذعان، فيرون العقود الالكترونية تكون عقود إذعان إذا توافرت فيها جميع شروط عقد الإذعان مجتمعة، وأنها منطبقة على العقد الالكتروني، فلا يملك المتعاقد مناقشة بنود العقد، أو حتى الوقوف على كافة جوانبه حيث يتم التعبير عن الرضا بصورة شبه آلية دون تروي أو تفكير بمجرد النقر على زر الجهاز يقبل المتعاقد بصورة تلقائية العقد المفتوح من قبل التاجر، إذ يذعن عن المستهلك للشروط العامة للموقع، وهذه الشروط يمكن أن تخلق عدم توازن كبير بين الحقوق والالتزامات للأطراف المتعاقدة على حساب الطرف المذعن[4].

ويذهب جانب من الفقه إلى اعتبار العقد الالكتروني عقد إذعان بمفهومه الواسع، قد رأى أنصار هذا الاتجاه أن العقود التي تبرم من خلال شبكة الانترنت تتم عادة من خلال عقود نموذجية،

---

(1) المادة 70 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة الرسمية ، العدد 78،المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007، الجريدة الرسمية رقم 31.

(2) المادة 03 من القانون 04-02 مؤرخ في 05جمادى الاولى عام 1425 الوافق ل23 يونيو2004يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد41.

(3) عبد العزيز زرداي، (الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني)، مجلة التواصل في الاقتصاد والإدارة والقانون، عنابة، العدد 38، جوان 2014، ص266.

(4)زهيرة بن خضرة، (الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني)، أطروحة دكتوراه،كلية الحقوق، جامعة الجزائر01،2016/2015، ص249،ص250.

تظهر في الموقع الالكتروني للبائع على شكل استمارة الكترونية تتضمن تفاصيل التعاقد، وتوجه بشروط متماثلة إلى الجمهور على وجه الدوام، ويكون الإيجاب ملزما لفترة طويلة ولا يقبل صاحبه مناقشة أو تعديل محتواه وهذا الاتجاه يرى أن الشرط الوحيد لاعتبار العقد الالكتروني من قبيل عقود الإذعان هو عجز أحد طرفيه عن مناقشة شروطه، فإن تحقق هذا الشرط أمكن تصنيف هذا العقد عبر الوسيط الالكتروني كعقد إذعان ولا شك عند هذا الجانب من الفقه أن الشرط المذكور متحقق في هذا النوع من التعاقد [1].

الفرع الثاني: العقود الالكترونية من عقود المساومة

يرى أنصار هذا الاتجاه أن العقود الالكترونية ليست عقود إذعان بصفة مطلقة وأن المستهلك لا يعتبر طرفا مذعنا في التعاقد، فهم يرون أن مبدأ الرضائية مازال يسود العقود الالكترونية على اختلاف أنواعها، وأن حرية الأطراف المتعاقدة لم تتواضع لتكون مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا، فيجوز لأحد الأطراف شراء السلعة من منتج أو مورد آخر، إذا لم تعجبه الشروط المعروضة، لأن هناك عددا كبيرا من البائعين والمشترين الذين يتعاملون في السلع[2].

ويرون أن العقد الالكتروني هو عقد من عقود المساومة وليس من عقود الإذعان وعقود المساومة هي تلك العقود التي يمكن التفاوض في شروطها ومناقشتها والتوقيع عليها بحرية الطرفين وإرادتهما، وهذا ما يمكن تحقيقه أي التفاوض في العقود الالكترونية، فللمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج ومورد، إذا لم تعجبه الشروط المعروضة على شاشة الانترنت ويستطيع التنقل من موقع لآخر واختيار ما يشاء ويترك ما يشاء، أي أن الرضائية تستوفي العقود الالكترونية[3].

الفرع الثالث: العقود الالكترونية ما بين عقود الإذعان وعقود المساومة

لبيان طبيعة العقد الالكتروني عما إذا كان عقد رضائي أم إذعان، يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في إبرام التعاقد الالكتروني .

فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني يكون عقد رضائي حيث يتبادل الطرفين الآراء ووجهات النظر عبر الرسائل الالكترونية، ويستطيع الموجه إليه الإيجاب التفاوض بحرية حول

---

[1] زهيرة بن خضرة، المرجع السابق ، ص249،ص250.
[2] المرجع ذاته و الصفحة .
[3] المرجع ذاته و الصفحة.

شروط التعاقد والمفاضلة بين العروض المطروحة عليه حتى يحصل على أفضل الشروط التي تناسبه[1].

ولذلك فالعقود التي تبرم عن طريق هذه الوسائل تعد من قبيل عقود المساومة أما إذا تم التعاقد عبر مواقع الويب والتي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكون شروطها معدة سلفا من قبل الموجب ولا يترك معها للموجب له وهو المستهلك في الغالب مجالا للمساومة والمناقشة في هذه الشروط، وبالتالي لا يكون المتعاقدون على قدم المساواة لعدم التكافؤ في القدرة التعاقدية فإن العقد الالكتروني يكون عقد إذعان[2].

المبحث الثاني: شروط تكوين العقد الالكتروني

لإنشاء أي عقد لابد من توافر العناصر المكونة له، ووفقا للقواعد العامة في نظرية العقد فإنه لقيام أي عقد يجب توافر التراضي، المحل والسبب، فضلا عما يتطلبه القانون في بعض العقود من شكلية معينة، ونظرا لأن العقد الالكتروني لا يخرج عن كونه عقدا فإنه يخضع بحسب الأصل لهذه القواعد فيما يتعلق بإبرامه .

لذلك نتولى في هذا المبحث دراسة: التراضي في العقد الالكتروني في المطلب الأول، المحل والسبب في العقد الالكتروني المطلب الثاني، الشكلية في العقد الالكتروني المطلب الثالث.

المطلب الأول: التراضي في العقد الالكتروني

حتى ينعقد أي عقد تقليدي كان أو الكتروني، لابد من توافر ركن التراضي وهو عموما تبادل إرادتين متطابقتين لإحداث أثر قانوني ، وهذا ما عبر عنها المشرع الجزائري في المادة 59 من القانون المدني الجزائري التي تنص: « يتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما المتطابقتين دون الإخلال بالنصوص القانونيـة » [3].

والعقود الالكترونية كسائر العقود إلا أن التعبير عن إرادة الطرفين يتم عن بعد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ووسائل الكترونية بحيث لا يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده أي يكون كل طرف في مكان مختلف عن مكان الآخر ويفصل بينهما بعد جغرافي وبالتالي يجمعهما مجلس عقد حكمي.

---

[1] ابراهيم خالد ممدوح،المرجع السابق، ص88، ص89.
[2] المرجع ذاته و الصفحة.
[3] المادة 59 من القانون المدني الجزائري.

ومما تقدم سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى ثلاثة فروع على النحو الآتي: الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني، الفرع الثاني: القبول الالكتروني، الفرع الثالث: مجلس العقد الالكتروني.

الفرع الأول: الإيجاب الالكتروني

لم تورد معظم التشريعات الوطنية الخاصة تعريفا محددا للإيجاب الالكتروني في عقود التجارة الالكترونية على الرغم من اعترافها بجواز التعبير عن الإيجاب بالرسائل الالكترونية إلا أن هنالك تعريفات من قبل الفقه، حيث يعرف الإيجاب بأنه التعبير البات عن إرادة شخص يتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد بأسس وشروط معينة[1].

وذهب البعض إلى تعريف الإيجاب الالكتروني بأنه: « كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويعتبر من هذا النطاق مجرد الإعلان »، بالنظر إلى هذا التعريف وجد أنه لم يعرف أو يحدد وسائل الاتصال عن بعد، كما لم يبرز أهم خصائص الإيجاب الالكتروني، وهي الصفة الالكترونية في هذا الإيجاب لكن يتضح منه اهتمامه بضرورة تضمين الموجب عناصر الاتجاه اللازمة حتى يتمكن القابل وهو المستهلك عادة من إصدار قبوله وهو على بينة[2].

و عليه نستنتج أن تعريف الإيجاب الالكتروني لا يخرج عن تعريف الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة، كما أن شروط الإيجاب الالكتروني من نفس شروط الإيجاب التقليدي وهي :أن يكون واضحا ومحددا، وأن يكون جازما وباتا لا رجعة فيه بمعنى أن تكون نية الموجب نهائية إلى إبرام العقد إذا ما اقترنت بقبول.

ويتحقق شرط وضوح الإيجاب في التعاقد الالكتروني بأن يتحدد جميع العناصر الأساسية للعقد بدقة، كتحديد المبيع والثمن إذا كان العقد عقد بيع بالإضافة غلى ذكر بعض البيانات التي من شأنها تحقيق العلم الكافي بمزايا وصفات المبيع، أما عن شرط أن يكون جازما وباتا لا رجعة فيه فيتحقق بأن يخلو الإيجاب الالكتروني من أي تحفظات مؤثرة في إلزامية العرض والتي تدل على عدم جدية صاحب العرض في إبرام العقد إذا ما اقترن بقبول[3].

---

[1] سلطان عبد الله محمود الجواري، (عقود التجارة الالكترونية والقانون الواجب التطبيق)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان،الطبعةالأولى،2010، ص58.

[2] ماجد محمد سليمان ابا الخيل، المرجع السابق ، ص40.

[3]حبيبة حجيط، مريم جعودي، (النطاق القانوني للعقد الكتروني)، مذكرة الماستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2013/06/18، ص32.

و أما خلوه من التحفظات التي يمكن أن تقترن بالإيجاب كأن يحتفظ مصدر الإيجاب بحقه في تعديل شروط العقد أو اختيار متعاقد معه، أو أن يحدد النطاق الجغرافي الذي يمتد إليه الإيجاب كان يحصر إيجابه أو عرضه في منطقة الشرق الأوسط، أو الاتحاد الأوروبي، أو أن يحدد الوسيلة التي تجب أن يتم بها القبول[1].

أولا: صور الإيجاب الالكتروني

يتميز الإيجاب الالكتروني عن الإيجاب التقليدي بكونه يكون عن طريق تقنيات الاتصال الحديثة ووسائل الكترونية بدلا من الوسائل التقليدية وتتمثل هذه الصور في:

1- الإيجاب عبر البريد الالكتروني

يحقق الإيجاب الذي يتم بواسطة البريد الالكتروني ميزة استهداف العرض لأشخاص معينين، وذلك في الحالة التي يرغب فيها التاجر أن يخص بالإيجاب الأشخاص الذين يرى أنهم قد يهتمون بمنتجه دون غيرهم من أفراد الجمهور، فيجوز أن نشبهه إذن بالسعي لإبرام العقود بواسطة البريد طالما أن التاجر يرسل رسالته الالكترونية إلى صناديق البريد الالكترونية الخاصة بهم أما المرسل إليه (المستهلك)فيعلم بهذا العرض عندما يفتح صندوق خطاباته الالكترونية، واعتبارا من هذه اللحظة فقد تبدأ فعالية الإيجاب بحيث يكون للمرسل له الحرية في قبول العرض برسالة الكترونية من جانبه[2].

2- الإيجاب عبر صفحات الويب Web

يتميز الإيجاب عبر صفحات الويب بأنه إيجاب مستمر على مدار الساعة والإيجاب الموجه عبر صفحات الويب يكون موجه إلى الجمهور في شتى بقاع الكرة الأرضية، وهذا الإيجاب يضمن غالبا بيع السلع والخدمات، وعادة لا يكون الإيجاب عبر صفحات الويب محدد بزمن معين ولكنه غالبا ما يكون معلق على شرط يتمثل في الأعم الأغلب بعدم نفاذ السلعة، وذلك يرجع لطبيعة الإيجاب الموجه عبر شبكة الانترنت، فهو إيجاب موجه لجميع سكان الكرة الأرضية وعلى الأخص الأفراد المتواجدين على شبكة الانترنت، لذلك فاحتمال نفاذ السلعة أور وارد وذلك لكثرة الأفراد الموجه إليهم الإيجاب بما يفوق قدرة المنتج أو البائع على توريد السلعة مهما كان مقدار مخزون السلعة لديه[3].

---

(1) حبيبة جحيط، مريم جعودي،المرجع السابق، ص32.
(2) محمد أمين الرومي المحامي، المرجع السابق ، ص91.
(3) المرجع ذاته، الصفحة92.

3- الإيجاب عبر المحادثة أو المشاهدة

يستطيع المتعامل عبر شبكة الانترنت أن يرى المتصل معه على الشبكة وأن يتحدث معه على الشبكة وأن يتحدث معه وذلك عن طريق كاميرا خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين وهنا يتحول الكمبيوتر إلى تلفون مرئي يرى كل من الطرفين الآخر، وفي هذه الحالة يتصور أن يصدر من أحد الأطراف إيجابا يصادفه قبولا من الطرف الآخر وينعقد العقد بناء على تلاقي الإيجاب بالقبول وهنا بصدد تعاقديين حاضرين حكما[1].

الفرع الثاني: القبول الالكتروني

القبول هو التعبير البات عن إرادة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب، القبول الالكتروني بتوافق مضمونه مع المعنى السابق، كل ما في الأمر أنه يتم من خلال وسيط الكتروني، ويصدر في الغالب الراجح من المستهلك، ويتم عن بعد، ويكون مطابقا للإيجاب.

ففي العقد الالكتروني عبر الخط (En ligne)يعرض المهني رغبته في التعاقد قاصدا الالتزام، أي يصدر منه إيجاب بات، ثم في أثناء المدة المعنية لصلاحيته، يكون المستهلك متدبرا أمره بروية، ليصدر قبوله الذي من شأنه مطابقته للإيجاب الى أن يتم العقد، بمراعاة الضوابط الخاصة التي تفرضها وجود التقنيات الرقمية كوسيط بين طرفين يتعاقدان عن بعد، أحدهما هو الجانب الضعيف في هذه الرابطة العقدية[2].

هناك شروط عامة يجب توافرها في القبول التقليدي فيجب أن يكون باتا ومتصرفا ومحددا ومنتج لآثار قانونية، وأن يصدر القبول في وقت يكون فيه الإيجاب قائما وأن يطابق القبول، فإذا كان القبول مطابقا للإيجاب ولا يتضمن أي تحفظات أبرم العقد، فالقبول إذن يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة، ولا يجوز أن يزيد فيه أو ينقص عنه وإلا اعتبر رفضا يتضمن إيجابا جديدا، ولا يشترط أن يصدر القبول الالكتروني في شكل خاص أو وضع معين، فيصح أن يصدر عبر وسائط الكترونية أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، وذلك ما لم يكن الموجب قد اشترط أن يصدر القبول في شكل معين[3].

---

[1] محمد امين الرومي المحامي،المرجع السابق. ص93.

[2] أسامة أحمد بدر، (حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني)، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،بدون طبعة، 2005، ص204.

[3]ماجد محمد سليمان ابا الخيل، المرجع السابق، ص50.

أولا: طرق التعبير عن القبول الالكتروني

يتم التعبير عن القبول الالكتروني بعدة طرق تتمثل في :

1- القبول الالكتروني عن طريق النقر:

قد تكون وسيلة إرسال القبول عبر الخط (En ligne)مباشرة بمجرد النقر(Clic) عبر الأيقونة الخاصة بذلك، ويكون التعبير عن القبول في هذا الصدد من طريق الإظهار الالكتروني (cliquage)الذي يظهر بوضوح شكل التعبير عن إرادة المستهلك وفي كل الأحوال، وحماية للمستهلك يجب عليه أن يقوم بتكرار النقر (double click) ليتم التصديق (réitération) على فعل المستهلك الذي يريد الشراء، ففلا يكون المستهلك طرفا في الرابطة العقدية إلا بإتمام هذا الإجراء، فبدون توقيع المستهلك من طريق النقر المزدوج لا يتم العقد بمعنى أن فعل المستهلك للمرة الواحدة لا يؤخذ بالحسبان ولا يرتب أثرا قانونيا إلا إذا تم التأكيد (confirmation) من جانبه على النحو السابق[1].

2- القبول الالكتروني عبر البريد الالكتروني:

يتم القبول عبر البريد الالكتروني بقيام المرسل إليه الذي وجه إليه الإيجاب من قبل الموجب بإرسال قبوله على شكل رسالة الكترونية تتضمن كافة العناصر اللازمة لإتمام التعاقد أي أن الإيجاب والقبول في هذه الصورة تتم برسالتين الكترونيتين رسالة الكترونية تتضمن الإيجاب ثم تليها رسالة ثانية تتضمن القبول، وينتج عن ذلك تلاقي هاتين الرسالتين انعقاد العقد[2].

3- القبول الالكتروني عن طريق المحادثة أو المشاهدة المباشرة:

تعني وسيلة المحادثة والمشاهدة المباشرة من بين وسائل الاتصال الحديثة، التي بها يتم التعبير عن الإرادة من أجل إحداث أثر قانوني معين، ولذلك فهي من أهم الوسائل التي تؤدي إلى تبادل كل من الموجب والقابل رغبتيهما في التعاقد نظرا لما توفره هذه الوسيلة من كاميرات المشاهدة وحوار مباشر ما ينتج مجلس عقد افتراضي حيث يستطيع المتعامل على الشبكة أن يرى المتصل معه مباشرة وأن يتحدث معه ويتم ذلك عن طريق كاميرات خاصة توصل بجهاز الكمبيوتر لدى الطرفين ويتم هذا التعاقد من خلال الانترنت[3].

---

(1) اسامة أحمد بدر، المرجع السابق ، ص207.

(2) حبيبة جحيط، مريم جعودي، المرجع السابق ، ص37.

(3) سليمة إبقديدن، المرجع السابق ، ص72.

ثانيا: مدى صلاحية السكوت للتعبير عن القبول الالكتروني

إذا كان السكوت وفقا للقواعد العامة لا يصلح تعبيرا عن إنشاء الإيجاب فإنه العكس من ذلك قد يصلح أن يكون قبولا، ويثور التساؤل عما إذا كان السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن إرادة أحد الأشخاص في التعاقد الالكتروني.

الأصل أن السكوت في حد ذاته مرد من أي ظرف ملابس له لا يصلح أن يكون تعبيرا عن الإرادة، فالإرادة عمل إيجابي والسكوت شيء سلبي، وليس إرادة ضمنيه لأن هذه الإرادة تستخلص من ظروف إيجابية تدل عليها[1].

قرر الفقه الإسلامي هذه القاعدة بقوله "لا ينسب لساكت قول" ولكن استثناء من هذا الأصل فإن السكوت يمكن أن يكون تعبيرا عن الإرادة، ويعتبر قولا بناءا على نص في القانون او اتفاق طرفي التعاقد إذا ما أحاطت به ظروف ملابسة من شأنها أن تفيد دلالته على الرضا[2].

كما يعد السكوت قبولا إذا اتفق أطراف التعاقد أثناء المفاوضات صراحة على اعتبار سكوت موجه إليه الإيجاب قبولا في ظروف معينة، غير أن هذه الحالات الاستثنائية لا يمكن قبولها على علتها بشأن القبول الالكتروني نظرا الحداثة التعاقد عبر شبكة الانترنت فلا يمكن القول بأن العرف يلعب دورا هاما وفعالا في هذا المجال لعدم وجود معاملات كثيرة ومستقرة تصل إلى مرحلة العرف... وكذلك فإنه من الصعوبة حسبما يرى الكاتب- ماجد محمد سليمان أبا الخيل - اعتبار السكوت الملابس تعبيرا عن القبول الالكتروني كما في حالة التعامل السابق بين المتعاقدين، والذي يحدث كثيرا عبر شبكة المعلومات الالكترونية فإن ذلك لا يكفي من الناحية العملية لاعتبار السكوت قبولا، إلا إذا كان هناك اتفاق صريح وضمني بين أطراف التعاقد على ذلك، وتطبيقا لذلك فإنه يجوز اعتبار السكوت قبولا أو رفضا في التعاقد الالكتروني بحسب الأحوال، وذلك إذا كانت طبيعة التعامل أو العرف التجاري تدل على ذلك، أو كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين أو اتفاق صريح بينهم، أو أن يقترن السكوت بظروف أخرى يرجح معها دلالة السكوت على القبول[3].

ومع ذلك لم أجد في أي من التشريعات –حسب الكاتب ماجد محمد سليمان أبا الخيل-[4] سواء العربية أو الأجنبية المتعلقة بالمعاملات الالكترونية أي نص يشير إلى اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها

---

[1] ماجد محمد سليمان ابا الخيل، المرجع السابق، الصفحة52

[2] المرجع ذاته و الصفحة.

[3] المرجع ذاته و الصفحة.

[4] المرجع ذاته و الصفحة.

للتعبير عن القبول واستخلاص القبول بعد مسألة موضوعية تدخل في نطاق السلطة التقديرية لقاضي الموضوع، ولا يخضع في ذلك الرقابة المحكمة الأعلى.

الفرع الثالث: مجلس العقد الالكتروني

يتميز العقد الالكتروني بغياب الحضور المادي للأطراف وقت إنشاء العقد، لذلك فإن تحديد زمان إنشاء العقد له انعكاسات عملية إذ تعد من أهم المسائل القانونية التي يثيرها التعاقد عبر شبكات الاتصال الحديثة لما لها من أثر في تحديد الاختصاص القضائي وإخضاع العقد لنظام قانوني معين وخاصة في مجال عقود التجارة الالكترونية لكون عقودها تدخل ضمن طائفة عقود المسافات التي تعقد بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد بالمفهوم التقليدي، المتعارف عليه[1].

يعرف الفقه مجلس العقد على أنه: "المجلس الذي يجمع المتعاقدين في مكان واحد ويسمح لهما بالاتصال المباشر بينهما دون أن يشغلهما شاغل عن التعاقد، كأن ينصرفا عنه بالمغادرة أو الانصراف عن أمره لأمر آخر، سواء تعاقد مع متعاقد آخر أو الانتقال من موقع آخر أو رسالة الكترونية أخرى"، وعلى هذا الأساس فإن لمجلس العقد عنصرين:

عنصر مادي: يتمثل في المفهوم المكاني للمجلس بوجود مكان مادي بين المتعاقدين.

عنصر معنوي : هو المفهوم الزمني وهذا لعدم وجود فاصل وقتي يعيق أو يؤخر وصول العلم بالإيجاب والقبول بين طرفي التعاقد[2] .

عليه يوجد نوعين من المجالس العقدية:

المجلس الحقيقي: هو الذي يستجمع كل من العنصرين المكاني والزماني معا، ويقال عليه "مجلس عقد بين حاضرين"،

المجلس الافتراضي:هو الذي يفقد إلى كلا من العنصرين أو أحدهما وهو العنصر المكاني حيث يفصل بينهما تباعد المكان والزمان لبلوغ العلم بإرادة الطرف الآخر، أو على الأقل تباعد مكاني، ويقال عنه "مجلس عقد بين غائبين"[3]

---

[1] سلطان عبد الله محمود الجواري، المرجع السابق، ص65.

[2] أمال نجاعي، لامية موساوي، (التراضي في العقد الالكتروني)، مذكرة الماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة، 2012-2013، ص43.

[3] المرجع ذاته و الصفحة.

أولا: زمان انعقاد العقد الالكتروني

حظيت مسألة تحديد زمان انعقاد العقد بشكل عام باهتمام كبير من الفقه والتشريع ونظرا لأهمية المسألة ظهرت أربع نظريات سنتناولها كالآتي:

1- نظرية إعلان القبول

ينعقد العقد طبقا لهذه النظرية في اللحظة التي يعلن فيها المخاطب بالإيجاب قبوله له فهي في التعاقد عبر الانترنت اللحظة التي يحرر فيها القابل رسالة الكترونية تتضمن القبول ، أو اللحظة التي يضغط فيها على أيقونة القبول أو زر الموافقة، وهذه النظرية لا يمكن التسليم بها في مجال التعاقد عبر الانترنت لما تحمله من مخاطر مرجعها أن القبول قد لا يكون له وجود إلى على جهاز الحاسوب الخاص بالقابل وبالتالي لا يستطيع الموجب – في حالة النزاع- إثبات وجود القبول من طرف القابل الذي لم يفعل سوى أنه حرر رسالة القبول الكترونيا على جهازه من دون أن يرسلها أو الضغط على زر الموافقة من دون أن يرسله للطرف الآخر[1].

2- نظرية تصدير القبول

لا تكتفي هذه النظرية بإعلان القبول بل تشترط أن يكون القبول نهائيا لا رجوع فيه وهو يكون كذلك بحسب هذه النظرية عندما يرسل إلى الموجب وهو في التعاقد عبر الانترنت اللحظة التي يضغط فيها القابل على زر إرسال قبوله إلى الموجب ويؤيد بعض الفقهاء هذه النظرية ويبعد لحظة انعقاد العقد عبر الانترنت هي اللحظة التي يتم فيها تصدير القبول بالضغط على الأيقونة أو الزر المخصص لهذا الغرض، لكن يرى البعض الآخر أن هذا الرأي ليس دقيقا، والأصح عدم إعمال هذه النظرية أساسا في مجال التعاقد عبر الانترنت[2].

3- نظرية تسليم القبول وصول القبول

لا يكفي طبقا لهذه النظرية إعلان القبول ولا تصديره فحسب، بل يجب وصول القبول إليه الموجب وفي هذا الوقت فقط يتم التعاقد بصرف النظر عن العلم الفعلي للموجب بالقبول ويكون ذلك في التعاقد عبر الانترنت لحظة دخول رسالة القبول في الصندوق وارد البريد الالكتروني في جهاز الحاسوب الخاص بالموجب، فينعقد العقد ولو لم يعلم به الموجب، وهذه النظرية لم تسلم من النقد من جهة كون وصول القبول مثل تصديره ما هو إلا واقعة مادية ليس لها أية دلالة قانونية، وهو ليس

[1] عبد الباسط جاسم محمد ، المرجع السابق، ص191، ص192.
[2] المرجع ذاته ، ص192، ص193.

بقاطع لمسألة علم الموجب بالقبول وبالتالي لا يضيف إلى مسألة إعلان القبول شيئا من الناحية القانونية[1].

4- نظرية العلم بالقبول

لا يتم التعاقد وفقا لهذه النظرية إلا بعلم الموجب فعلا بالقبول الصادر ممن وجب 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، وذلك في التعاقد والانترنت عندما يفتح الموجب صندوق وارد رسائله الالكترونية ويقرأ الرسالة التي تتضمن القبول[2].

أما عن موقف المشرع الجزائري من هذه النظريات فقد أخذ بنظرية العلوم بالقبول وهذا وفقا لنص المادة 67 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك. ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان الذين وصل إليه فيها القبول"[3].

ثانيا: مكان إبرام العقد الالكتروني

يمكن القول في هذا الشأن أنه وطبقا للقواعد العامة الواردة في المادة 67 من القانون المدني الجزائري فإن مكان إبرام العقد المبرم بين متعاقدين غائبين، يتحدد بالمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول أو يصل إليه القبول فيه، على أساس أن وصول القبول قرينة على العلم به.

فالقاعدة التقليدية المستقرة في هذا المجال هي أن تحديد مكان إبرام العقد يتبع تحديد زمان إبرامه، إلا أن تطبيق هذه القاعدة على العقود الالكترونية يكون غير ذي جدوى ففي العقود التقليدية يكون المكان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب هو المكان الذي يوجد فيه الموجب نفسه لأن القبول يرسل إليه في موطنه، وهذا يمكن بسهولة التحقق من مكان إبرام العقد لأنه مكان وجود الموجب، أما في العقد الذي يبرم الكترونيا فإن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الالكتروني ترجع إلى صعوبة تحديد مكان استقبال الرسالة لأنها تتم عبر فضاء الكتروني، ومن ثم يثار التساؤل حول الاعتداء بمحل إقامة

---

[1] عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق.ص194.
[2] المرجع ذاته، ص195.
[3] المادة 67 من القانون المدني الجزائري.

المتعاقد آو المكان الذي تم تسلم الرسالة أو القبول فيه، وهذه خصوصية أخرى تضاف إلى خصوصيات العقد الالكتروني[1].

المطلب الثاني: المحل والسبب في العقد الالكتروني

لينعقد العقد الالكتروني صحيحا، يجب أن يتوافر فيه هذان الركنان، المحل والسبب حيث يشترط فيهما أن يتفقا مع ما تقرره القواعد العامة للعقد من عدم مخالفة النظام العام، ومراعاة الآداب العامة، ومن خلال هذا المطلب سنتعرض إلى: المحل في العقد الالكتروني الفرع الأول، السبب في العقد الالكتروني الفرع الثاني.

الفرع الأول: المحل في العقد الالكتروني

المحل في العقود الالكترونية لا يختلف كثيرا عن المحل في العقود التقليدية، إلا في بعض أوجه الخصوصية، لاسيما وإن كلا من محل العقد الالكتروني ومحل العقد التقليدي ذو طبيعة مزدوجة فهو منظورا إليه من جهة المشتري هو الثمن ليس إلا لذا يصح التعريف الذي أورده بعض الفقهاء لمحل العقد الالكتروني: "العملية القانونية التي أراها طرفا العقد سواء بأداء شيء معين كبضاعة أو معدات أو برامج حاسوب، أو أداء عمل معين كتقديم الخدمات"[2].

أولا: شروط المحل في العقد الالكتروني

تتمثل شروط المحل في العقد الالكتروني في:

1- وجود العقد الالكتروني أو إمكانية وجوده:

يشترط في محل العقد الالكتروني المبرم عن بعد، عبر الانترنت، أو غيره من وسائل الاتصال الحديثة أن يكون موجودا لحظة التعاقد أو من الممكن وجوده في المستقبل استنادا للقواعد العامة طبقا لنص المادة 92 من القانون المدني الجزائري الفقرة 01: "يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا ومحققا"[3].

---

[1] عبد الرحمن العيشي، المرجع السابق ، ص239.

[2] عبد الباسط محمد جاسم ، المرجع السابق، ص245،ص246.

[3] المادة 92 من القانون المدني الجزائري.

هذا يعني أن إرادة المتعاقدين عبر الانترنت، إذا اتجهت إلى محل كان المتعاقدان يعتقدان أنه موجود وظهر عدمه، أو ظهر أنه كان موجودا فعلا، لكنه لحظة التعاقد كان قد هلك، عد العقد باطلا لتخلف ركن السبب بعكس ما لو هلك المحل بعد لحظة انعقاد العقد، لأن العقد سينعقد صحيحا من جهة توفر ركن المحل غير أن بإمكان المتعاقدين اللجوء إلى أحكام الفسخ، أو إلى التنفيذ بمقابل، كذلك الحال لو اتفق المتعاقدان عبر شبكة الانترنت على تسليم بضاعة أو أداء خدمة غير موجودة لحظة التعاقد لكنها توجد في المستقبل ، وتم تعيينها تعيينا كافيا نافيا للجهالة صح العقد من حيث ركن المحل وتوافر هذا الركن ،والمقصود بإمكانية الوجود أنه ليس من المستحيل صنع البضاعة أو إيجاد شيء، أو تقديم الخدمة، والاستحالة المقصودة هنا هي الاستحالة المطلقة لا النسبية[1].

2- أن يكون المحل معينا أو قابلا للتعيين:

اهتمت التشريعات المقارنة للمعاملات الالكترونية في غالب الدول على تعيين محل العقد المبرم عبر الوسائل الالكترونية، ولابد للمتعاقد الحرص على هذا الشرط وهو ما أكده العقد النموذجي الفرنسي للتجارة الالكترونية، حيث أشارت الفقرة الأولى من البند الرابع منه إلى ضرورة ذكر مسمى الأموال المعينة ومكوناتها وأبعادها وكمياتها وألوانها وسماتها الخاصة وغير ذلك من صفاتها الرئيسية .

وكذلك أثارت الفقرة الثانية من العقد نفسه على وجوب تحديد محل الخدمات المعروضة ومحتواها...ويتم وصف محل العقد المبرم عبر الانترنت عادة على الخط أي على الشبكة العنكبوتية، فإنه في الغالب يكون مصحوبا بصورة كما هو الحال في البيع بالكتالوج، كما يلاحظ أن المتعاقد المحتمل قد يتلقى بعض الرسائل الالكترونية عبر الشبكة والتي تتضمن تأكيدا لنوع وصفات محل المتعاقد عليه[2].

3- أن يكون المحل مشروعا:

يجب أن يكون المحل مشروعا، فلا يكون مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة أو لنص قانوني يمنع التعامل معه، ويؤيد ذلك نص المادة 93 من القانون المدني الجزائري والتي تنص على أنه "إذا

---

[1] عبد الباسط محمد جاسم، المرجع السابق، ص248.

[2] آمال حابت، (التجارة الالكترونية في الجزائر)، اطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو، 30 سبتمبر 2015، ص180.

كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته أو مخالف للنظام العام والآداب العامة كان باطلا بطلانا مطلقا"[1].

الأصل أنه يحوز التعامل في كافة السلع والخدمات وهو المبدأ المسمى بمبدأ حرية التجارة، ما لم يحظر القانون ذلك ويؤكد ذلك ما تنص عليه المادة 1598 من التقنين المدني الفرنسي من أنه: "يجوز أن يكون محلا للبيع كل ما يدخل في التعامل ما لم تحظر بعض القوانين الخاصة التصرف فيه". وهناك قوانين تفرض بعض القيود على مبدأ حرية التجارة بهدف الحفاظ على النظام العام وحماية المستهلك بالانتقال إلى التجارة الالكترونية فإن جميع ما سبق ينطبق عليها، بمعنى أن محل العقد الالكتروني يجب أن يكون مشروعا، كما أن القاعدة وفقا لمبدأ حرية التجارة هي حرية البيع والتعامل عبر الانترنت، لكن تقوم مشكلة تسبب فيها عالمية شبكة الانترنت فما يكون مشروعا في دولة قد لا يكون كذلك في دولة أخرى، وما يكون مباحا هناك قد لا يكون مباحا هنا، فالمشكلة تكمن في كيفية وضع نظام يؤدي إلى احترام قانون دولة المشتري[2].

بمقتضى القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية نصت المادة 3 منه: "تمارس التجارة الالكترونية في إطار التشريع والتنظيم المعمول بهما، غير أنه تمنع كل معاملة عن طريق الاتصالات الالكترونية تتعلق بما يلي:

- لعب القمار والرهان واليانصيب.
- المشروبات الكحولية والتبغ
- المنتجات الصيدلانية.
- المنتجات التي تمس بحقوق الملكية الفكرية أو الصناعية أو التجارية.
- كل سلعة أو خدمة محظورة بموجب التشريع المعمول به.
- كل سلعة أو خدمة تستوجب إعداد عقد رسمي.

تخضع كل المعاملات التي تتم عن طريق الاتصالات الالكترونية إلى الحقوق والرسوم الجمركية التي ينص عليها التشريع والتنظيم المعمول بهما"[3].

---

[1] المادة 93 قانون مدني جزائري.
[2] امال حابت، المرجع السابق ، الصفحة180.
[3] المادة 03 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

الفرع الثاني: السبب في العقد الالكتروني

السبب وفقا للقاعد العامة هو الغاية أو الباعث الدافع للتعاقد، ويقصد به عناية الملتزم من التزامه.

يشترط أغلب الفقه أن يكون السبب صحيحا بمعنى أنه لا يكون وهميا أو صوريا فإذا كان السبب وهمي أو صوري كان العقد باطلا، ويجب لصحة السبب أن يكون موجودا ،ويشترط أن يكون مشروعا وهو شرط أجمع عليه الفقه والقضاء[1].

نصت عليه المادة 97 من القانون المدني الجزائري بقولها: "إذا التزم المتعاقد لسبب غير مشروع أو لسبب مخالف للنظام العام والآداب كان العقد باطلا"[2].

ويشترط في السبب أن يكون موجودا وصحيحا كما يشترط أن يكون السبب مشروعا ومشروعية السبب تمثل أهم شروط محل العقد الالكتروني لذلك يجب أن يستند العقد الالكتروني على سبب غير مخالف للآداب أو النظام العام، ولكن مفهوم النظام العام والآداب يختلف مفهومه من دولة إلى أخرى، فقد تكون بعض الأنشطة المعروضة على الشبكات مسموحا بها في بعض الدول، في حين أن تلك الأنشطة قد تكون غير مشروعة في دول أخرى لمخالفتها للقوانين والآداب العامة بها[3].

المطلب الثالث: الشكلية في العقد الالكتروني

إذا كانت الإرادة في ذاتها مسألة نفسية داخلية، فإن تحقيقها لهدفها في إحداث آثار معينة يقتضي إعلانها في العالم الخارجي في شكل أو آخر من الأشكال المعبر عنها.

الأصل هو حرية أطراف التعاقد في اختيار شكل التعبير عن إرادتهم غير أن القانون يستلزم في أحيان كثيرة شكلية معينة يجب استيفاؤها للتعبير عن الإرادة، بجانب الشروط الموضوعية اللازمة لتكوين العقد وصحته، على نحو يكون معه التعبير عن الإرادة في غير الشكل المطلوب غير منتج للأثر القانوني المطلوب[4].

---

[1] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق، ص119.
[2] المادة 97 من القانون المدني الجزائري.
[3] عبد الوهاب مخلوفي، المرجع السابق ، ص120.
[4] محمد حسن قاسم، المرجع السابق، ص99.

ويشترط في العقد الالكتروني أن يكون العقد مكتوب بالإضافة إلى توقيع الأطراف المتعاقدة وبالتالي نتعرض في هذا المطلب إلى : الكتابة الالكترونية الفرع الأول، التوقيع الالكتروني الفرع الثاني.

الفرع الأول: الكتابة الالكترونية

في ظل التقدم التكنولوجي لوسائل الاتصال أدى إلى ظهور العقود الالكترونية التي تعتمد أساسا على دعائم الكترونية التي تشترط في تحررها الكتابة الالكترونية لتكون حجية على أطرافه في حالة نشوب نزاع، بما أن العقود الالكترونية من العقود الرضائية فالكتابة الالكترونية لها دور مهم فيتحقق شرط الشكلية وعليه سنتطرق أولا :لتعريف الكتابة الالكترونية،وثانيا :إلى تحديد شروطها.

أولا: تعريف الكتابة الالكترونية

لقد عرفت الكتابة الالكترونية عدة تعريفات من قبل بعض التشريعات ومن أهم هذه التشريعات نجد قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الالكترونية والذي عرف الكتابة الالكترونية في نص المادة 2الفقرة2بأنها:"المعلومات التي يتم إنشاؤها، أوإرسالها أواستلامها أوتخزينها بوسائل الكترونية، أو ضوئية أو بوسائل مشابهة، بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية أو البريد الالكتروني أو البوق، أو التلكس أو النسخ البرقي"[1].

ويقصد بالمعلومات تلك البيانات الالكترونية التي يمكن من خلالها الوصول إلى نتائج متعددة، فهي عبارة عن كلمات أو أرقام أو رموز أو حقائق أو إحصائيات منفصلة عن بعضها يمكن معالجتها آليا وتصل إلى إعطاء النتائج أو المعلومات التي تستفاد منها وهذه البيانات هي التي تشكل لنا الكتابة في لغة الكمبيوتر[2].

المشرع الجزائري قد عرف الكتابة الالكترونية بموجب تعديل القانون المدني الجزائري لسنة 2007 وذلك في نص المادة 323 مكرر والتي تنص "ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مصنف مهما كانت الوسيلة التي يتضمنها وكذا طرق إرساله[3].

---

[1] المادة الثانية من قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية مع دليل الإشتراع 2001.

[3] حنان دهير، يمينة قدوم، (الشكلية في العقود الالكترونية)، مذكرة لنيل شهادة الماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2016/2015، ص32، ص33.

[3] المادة 323 مكرر قانون مدني جزائري.

من خلال هذه المادة يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد أقر بكل كتابة تؤدي المعنى وبدون أن يحصرها في شكل معين وعليه فغنه يعتد بالكتابة الالكترونية كطرق للإثبات وهذا ما يفهم من قوله مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها ورقية أو الكترونية وكذا طرق إرسالها التي يعني بها تلك التي تكون منقولة عن طريق اليد، والتي تكون منقولة على شبكات الاتصال المختلفة[1].

ثانيا: شروط الكتابة الالكترونية

الكتابة الالكترونية يشترط فيها عدة شروط حتى تؤدي وظيفتها القانونية في الإثبات وتتمثل هذه الشروط في:

1- أن تكون الكتابة مقروءة:

يشترط في الكتابة حتى تصح دليل في الإثبات أن تكون مقروءة وأن تكون واضحة حتى يمكن فهمها وإدراك محتواها ويحتوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو الكترونية أو أن تكون قد تم تدوينها بحروف أو بيانات أو رموز[2].

2- استمرارية الكتابة ودوامها:

لكي تتحقق الكتابة وظيفتها في الإثبات فإنه يجب أن تدون على دعامة تحفظها لمدة طويلة من الزمن بحيث يمكن الرجوع إليها عند الحاجة وتحتوي في ذلك أن تكون على دعامة ورقية أو الكترونية مثل حفظها على ذاكرة الحاسوب أو الأقراص الممغنطة أو البريد الالكتروني[3].

3- عدم قابلية الكتابة للتعديل:

يشترط في الكتابة حتى تصبح كدليل إثبات أن تكون خالية من أي عيب يؤثر في صحتها كالشطب والمحو والتحشير، فإذا كانت هناك أي علامات تدل على التعديل في بيانات المحرر فإن هذا ينال من قوته في الإثبات وبالرغم من أن الكتابة الالكترونية تكون على وسيط غير مادي إلا أنه نظم المعلومات الحديثة بما يتيح من أساليب متطورة يمكن لها أن تكشف عن أي تعدل في البيانات الالكترونية وأنت تحدد بدقة البيانات المعدلة وتاريخ تعديلها، كما أن الاستعانة بجهات التصديق

---

(1) حنان دهير، يمينة قدوم، المرجع السابق، ص34.

(2) نوال تربر، (الشكلي في عقود التجارة الالكترونية)، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة خميس مليانة ، 2014/2013، ص28.

(3) المرجع ذاته و الصفحة.

الالكتروني يمكن أن يحل المشكلة عند إدعاء أي طرف من الأطراف المتعاقدة أن هناك عبئا في أو تعديلا في بيانات المحرر الالكتروني[1].

الفرع الثاني: التوقيع الالكتروني

تتباين التعريفات التي أعطيت للتوقيع الذي يتم في الشكل الالكتروني بحسب الزاوية التي ينظر منها إلى هذا التعريف، فهناك من يعرفه بالنظر إلى الوسائل التي يبرم بها، وهناك من يحدده بحسب الوظائف والأدوار التي يضطلع بها، أو بحسب تطبيقاته العملية.

فقد عرفته المادة الأولى من القانون المصري رقم 115 لسنة 2004 بتنظيم التوقيع الالكتروني، بأنه: "ما يوضع على محرر الكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد، يسمح بتحديد شخص صاحب التوقيع، ويميزه عن غيره"... أما القانون الفيدرالي الأمريكي بشأن التجارة الالكترونية الصادرة في 30 يونيو 2000، والمعمول به من أول أكتوبر من نفس العام، فيعرف التوقيع الالكتروني بأنه: "صوت أو إشارات أو رموز، أو أي إجراء آخر، يتصل منطقيا بنظام معالجة المعلومات الكترونيا ويقترن بتعاقد أو مستند أو محرر، ويستخدمه الشخص قاصدا التوقيع على المحرر المستند"... وبالنسبة للتوجيه الأوروبي رقم 1999/93 الصادر فعن المجلس في 13 ديسمبر 1999 فإن التوقيع الالكتروني هو عبارة عن "معلومات أو معطيات أفي شكل الكتروني، ترتبط أو تتصل منطقيا بمعطيات الكترونية أخرى رسالة أو مستند وتستخدم كوسيلة لإقرارها"[2].

أما المشرع الجزائري فقد عرف التوقيع الالكتروني بمقتضى قانون رقم 15-04 المتعلق بالتوقيع والتصديق الالكترونيين في المادة 02 من الفقرة 02: "التوقيع الالكتروني = بيانات في شكل الكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقيا ببيانات الكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق"[3].

---

[1] المرجع ذاته، الصفحة29.

[2] عبد الحميد ثروت، (التوقيع الالكتروني ماهية، مخاطرة، وكيفية مواجهتها مدى حجية الإثبات)، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية،بدون طبعة ،2007، ص47، ص48، ص49.

[3] المادة 02 من القانون 15-04 المؤرخ في 11ربيع الثاني1436.الموافق اول فبراير سنة 2005 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين

أولا: أنواع التوقيع الالكتروني:

تتمثل أنواع التوقيع الالكتروني في:

1- التوقيع باستخدام القياسات البيومترية: إن الإقبال على إبرام تعاملات بشكل عام وفي مجال

المعاملات بشكل خاص يتوقف على مدى ما توفره الجهات من وسائل أمان تكفل السرية، الثقة في التعامل، وتحقيقا لهذا الهدف توصلت البنوك العالمية الكبرى إلى الاعتماد على الخواص الذاتية للإنسان والتي لا يمكن أن تتشابه من الناحية الإكلينيكية بدلا من الانتقادات التي وجهت لنظام التعامل بالبطاقات الممغنطة المقترنة بالرقم السري، فالبديل الآن هو البصمة الصوتية للشخص أو بصمة إصبعه أو بصمات الشفاه، ووفقا لهذه الطريقة يتم تخزين بصمة الشخص داخل الدائرة الالكترونية للجهاز الذي يتم التعامل معه أو من خلاله بحيث لا يتم الدخول إلا عندما ينطق الشخص كلمات معينة ويضع بصمة الإصبع المتفق عليه أو بصمة شفتاه بحيث يتم التعامل عندما يتأكد الجهاز من عملية المطابقة الكاملة[1].

2- التوقيع الرقمي: يقوم التوقيع الرقمي على فكرة الرموز السرية والمفاتيح غير المتناسقة المفاتيح العامة، المفاتيح الخاصة، ويعتمد هذا التوقيع في الوصول إليه على فكرة اللوغاريتمات والمعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية كإحدى وسائل الأمان التي يبحث عنها المتعاقدون عند إبرامه صفقات الكترونية[2].

---

[1] سعيد السيد قنديل، (التوقيع الالكتروني)، دار الجامعة الجديدة للنشر،الإسكندرية،الطبعة الثانية، 2006، ص70.

[2] سعيد السيد قنديل.المرجع السابق، ص72.

الفصل الثاني

تنفيذ العقد الالكتروني

تنفيذ العقد الالكتروني:

العقود الالكترونية من العقود الملزمة لجانبين بحيث يترتب التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه، ويعتبر التزام كل من المورد الالكتروني بتسليم المبيع والمستهلك الالكتروني بالوفاء بالثمن من أهم الالتزامات التي تترتب على انعقاد العقد.

لا يختلف كثيرا تنفيذ العقود الالكترونية المبرمة على شبكة الانترنت عن تنفيذ العقود التقليدية حيث أن العقود المبرمة عن بعد تثير بعض الصعوبات نتيجة الخصوصية التي تتميز بها هذه العقود، كونها تتم عن بعد باستعمال الوسائل الحديثة للاتصال، وبالتالي فإن تنفيذها قد يتم عن بعد باستعمال نفس الوسائل.

والأصل أن يتم تنفيذ العقد حسب اتفاق طرفي العقد بصفة ودية، ولكن من الممكن ألا يتم هذا التنفيذ لأي سبب من الأسباب، وهنا يكون للطرف الآخر إعمال قواعد القوة الملزمة للعقد لإكراه الطرف المتعاقد على تنفيذ التزاماته.

ولتبيان كل هذا ارتأينا إلى تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين:

المبحث الأول: تحديد التزامات طرفي العقد

المبحث الثاني: جزاء عدم تنفيذ العقد الالكتروني

المبحث الأول: تحديد التزامات طرفي العقد

العقد الالكتروني كغيره من العقود التقليدية، يرتب على كلا طرفيه التزامات، أي المورد الالكتروني والمستهلك الالكتروني ،ونرى أن القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية في الفقرتين 04 و05 من المادة 06 قد حدد مفهوميهما بحيث نصت "يقصد في مفهوم هذا القانون بما يأتي: .... المستهلك الالكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني بعرض أو صفة مجانية سلعة أو خدمة عن طريق الاتصالات الالكترونية من المورد الالكتروني بغرض الاستخدام النهائي، المورد الالكتروني: كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو اقتراح أو توفير السلع أو الخدمات عن طريق الاتصالات الالكترونية"[1].

وعليه قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين:يتمثل المطلب الأول: التزامات المورد الالكتروني،و يتمثل المطلب الثاني: التزامات المستهلك الالكتروني.

المطلب الأول: التزامات المورد الالكتروني

العقد الالكتروني كان عقد ملزم لجانبين يترتب عليه التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدان، والمورد الالكتروني بدوره ملزم اتجاه المستهلك الالكتروني، بالالتزام بالإعلام، التسليم والضمان وهذا ما سنقوم بشرحه إلى فروع على التوالي.

الفرع الأول: الالتزام بالإعلام الالكتروني

يقصد بالالتزام بالإعلام إحاطة المتعاقد الآخر بالمعلومات المهمة والمؤثرة في إقدامه أو إحجامه على التعاقد فهو التزام يقع على عاتق التاجر الالكتروني[2].

إن الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني يجد أساسه في عدم التكافؤ بين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد وظروفه مما يلقي على الطرف المحترف بصفة خاصة الالتزام بالإدلاء للطرف الآخر بكافة المعلومات والبيانات المتعلقة بالعقد حتى يتصرف على دراية كاملة ولكي يتم التفاوض بالوضوح والشفافية وحسن النية[3].

---

[1] المادة 06 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[2] فارس عبد العالي، (حماية المستهلك في العقد الالكتروني)مذكرة الماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2013-2014، ص8.

[3] عقيل فاضل محمد الدهان، غني ريسان جادر الساعدي، (الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني)، مجلة أهل البيت عليهم السلام، العراق كربلاء، العدد الخامس، 5 ديسمبر 2007، ص207.

وعليه في هذا الفرع نحاول التطرق إلى التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام الالكتروني أولا، ثم إلى التعريف القانوني للالتزام بالإعلام الالكتروني ثانيا، وثالثا شروط الالتزام بالإعلام الالكتروني.

أولا: التعريف الفقهي للالتزام بالإعلام الالكتروني

البعض يطلق عليه الالتزام بالإفصاح ويعني به: "إعلام أو تحذير أحد المتعاقدين الذي يكون في مركز أقوى من المتعاقد الآخر بإخطار الطرف الآخر في العقد بكافة البيانات عند إبرامه للعقد والتي تساهم في تكوين الرضاء الحر المستنير والتي تمكن المتعاقد الضعيف من الإقدام على العقد عند إبرامه أو التحلل منه إذا شاء ثم إيجاد نوع من التعاون بين الطرفين لتنفيذ العقد".

بينما يطلق عليه البعض الالتزام بالثقافة وتعني أنه: "يجب أن يتاح للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية أن يحصل على المعلومات المتعلقة بالتعاقد بكل سهولة ويسر، وأن يتاح له ذلك من خلال الوسائل الالكترونية طوال مراحل التعاقد"[1].

والبعض يطلق عليه الالتزام بالتبصير وهو: "التزام سابق على التعاقد يتعلق بالتزام أحد المتعاقدين، بأن يقدم للمتعاقد الآخر عند تكوين العقد، البيانات اللازمة لإيجاد رضاءا سليما كاملا متنورا على علم بكافة تفعيلات هذا العقد، وذلك بسبب ظروف واعتبارات معينة قد ترجع إلى طبيعة هذا العقد أو صفة أحد طرفيه أو طبيعة محله أو أي اعتبار آخر يجعل من المستحيل على أحدهما أن يسلم بيانات معينة أو يحتم عليه منح ثقة مشروعة للطرف الآخر الذي يلتزم بناء على جميع الاعتبارات بالالتزام بالإدلاء بالبيانات"[2].

ثانيا: التعريف القانوني للالتزام بالإعلام الالكتروني

قد عرف لفظ الإعلام بصفة عامة بالمادة 03 من القانون العضوي رقم 12-05 المتعلق بالإعلام بأنه: "يقصد بأنشطة الإعلام في مفهوم هذا القانون العضوي كل نشر أو بث لواقع أحداث أو رسائل أو آراء أو أفكار أو معارف، عبر أي وسيلة مكتوبة أو مسموعة أو الكترونية، وتكون موجهة للجمهور أو لفئة منه"[3].

---

[1] أحلام شبيلي، (ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني)،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي، 2017-2018، ص 78.

[2] محمد مفلح الذيابات، (الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية)، رسالة الماجستير، كلية الحقوق،جامعة الشرق الأوسط ، 2013، ص 46.

[3] المادة 03 من القانون العضوي 12-05 المؤرخ في 18صفر 1433 الموافق 12يناير2012 يتعلق بالاعلام

المشرع الجزائري من خلال المادة 17 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش نص: "يجب على كل متدخل أن يعلم المستهلك بكل المعلومات المتعلقة بالمنتوج الذي يضعه للاستهلاك بواسطة الوسم أو وضع العلامات أو بأية وسيلة أخرى مناسبة"[1] .

وبإسقاط ذلك على عقد البيع الالكتروني نجد أن المشرع الجزائري قد على البائع الالكتروني بأن يقوم بإعلام المشتري بكافة المعلومات المتعلقة بالمنتوج سواء تعلق الأمر بكيفيات الاستخدام أو مواصفاته القانونية أو طبيعته أو منشئه أو مميزاته[2].

المشرع الجزائري طبقا للقانون المدني الجزائري، ضمن أحكام البيع، نص بضرورة التزام البائع الالكتروني بإعلام المشتري وهذا طبقا لنص المادة 352 فقرة 01 حيث تنص: "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصاف الأساسية حيث يمكن التعرف عليه"[3].

كما عرفه المشرع الجزائري من خلال نص المادة 03 فقرة 15 من المرسوم التنفيذي رقم 13- 378 المحرر للشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك على أنه: "الإعلام حول المنتجات هو كل معلومة متعلقة بالمنتوج موجهة للمستهلك على بطاقة أو وثيقة أخرى مرفقة به أو بواسطة أي وسيلة أخرى بما في ذلك الطرق التكنولوجية الحديثة أو من خلال الاتصال الشخصي"[4] .

كما نص عليه المشرع الجزائري ضمن القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ضمن المادة 08 منه بأنه: "يلتزم البائع قبل اختصام عملية البيع بإخبار المستهلك بأي طريقة كانت وحسب طبيعة المنتوج بالمعلومات النزيهة والصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة"[5].

فالالتزام بالإعلام الالكتروني حسب نص هذه المادة هو التزام قانوني يسبق اختمام عملية البيع يقوم بموجبه البائع الالكتروني بإخبار المشتري حسب طبيعة المنتوج أو الخدمة محل البيع

---

[1] المادة 17 من القانون رقم 09-03 مؤرخ في 29صفر1430الموافق 25فبراير2009المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد15

[2] أحلام شبيلي، المرجع السابق، ص 81 ،ص 82.

[3] المادة 352 من القانون المدني الجزائري .

[4] المادة 03 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المؤرخ في 5محرم1435 الموافق 9 نوفمبر2013 يحدد الشروط و الكيفيات المتعلقة باعلام المستهلك،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد58

[5] المادة 08 من القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23يونيو 2004 يحدد القاوعد المطبقة على الممارسات التجارية.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد41

بالمعلومات النزيهة أو الصادقة المتعلقة بمميزات هذا المنتوج أو الخدمة وشروط البيع الممارس، وكذا الحدود المتوقعة للمسؤولية التعاقدية لعملية البيع أو الخدمة[1].

كما نص المشرع الجزائري عليه طبقا لنص المادة 11 ضمن القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية،على: "يجب أن يقدم المورد الالكتروني العرض التجاري الالكتروني بطريقة مرئية ومقررة ومفهومة، ويجب أن يضمن على الأقل، ولكن ليس على سبيل الحصر، المعلومات الآتية:

- رقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والالكترونية، ورقم هاتف المورد الالكتروني،
- رقم السجيل التجاري أو رقم البطاقة المهنية للحرفي،
- طبيعة وخصائص وأسعار السلع أو الخدمات المقترحة باحتساب كل الرسوم،
- حالة توفر السلعة أو الخدمة،
- كيفيات ومصاريف وآجال التسليم،
- الشروط العامة للبيع، لاسيما البنود المتعلقة بحماية المعطيات ذات الطابع الشخصي،
- شروط الضمان التجاري، وخدمة ما بعد البيع،
- طريقة حساب السعر، عندما لا يمكن تحديده مسبقا،
- كيفيات وإجراءات الدفع،
- شروط فسخ العقد عند الاقتضاء،
- وصف كامل لمختلف مراحل تنفيذ المعاملة الالكترونية،
- مدة صلاحية العرض، عند الاقتضاء،
- شروط وآجال العدول، عند الاقتضاء،
- طريقة تأكيد الطلبية،
- موعد التسليم وسعر المنتوج موضوع الطلبية المسبقة وكيفيات إلغاء الطلبية المسبقة عند الاقتضاء،
- طريقة إرجاع المنتوج أو استبداله آو تعويضه،
- تكلفة استخدام وسائل الاتصالات الالكترونية عندما تحتسب على أساس آخر غر التعريفات المعمول بها"[2].

---

[1] احلام شبيلي، المرجع السابق، ص 82.

[2] المادة 11 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

ثالثا: شروط الالتزام بالإعلام الالكتروني

يجب أن تتوفر شروط معينة في المعلومات التي يقدمها البائع الالكتروني، بتوافر تلك الشروط يكون البائع قد أوفى بالتزامه بالإعلام الالكتروني وعليه من خلال هذا الجزء سنتناول هذه الشروط وهي كالآتي: أن يكون الإعلام واضحا ومكتوبا باللغة الوطنية، أن يكون الإعلام شاملا لكل البيانات الجوهرية المتعلقة بالتعاقد بالإضافة إلى استخدام البائع الوسائل الالكترونية في الإعلام.

1- أن يكون الإعلام واضحا ومكتوبا باللغة الوطنية :

يجب على المدين بالإعلام أن يستعمل عبارات بسيطة وواضحة أي عندما يقرأها المشتري لا يلتبس في ذهنه المقصود منها، فعليه تجنب الغموض عن طريق استخدام عبارات بسيطة وسهلة تعبر عما يريده البائع من خلال الإعلام فعليه أن يبتعد عن الألفاظ النفسية المعقدة التي يعجز غير المختص عن فهم دلالتها واستيعاب معانيها، كما يعتبر وجوب مراعاة اللغة الأم لكل مشتري من أشكال الحماية التي أضافتها المبادئ القانونية المعاصرة للمشتري ليتسنى له فهم مضمون العقد الذي يريد أن يقوم عليه، لذا أوجبت مبادئ القانونية الحديثة أن يكون العقد بلغة المشتري[1].

نصت المادة 7 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 المتعلق بتحديد شروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك على أنه : "يجب أن تحرر البيانات الإلزامية لإعلام المستهلك باللغة العربية أساسا وعلى سبيل الإضافة يمكن استعمال لغة أو عدة لغات أخرى سهلة الاستيعاب لدى المستهلك وتسجل في مكان ظاهر وبطريقة مرئية ومقروءة بوضوح ومتعذر محوها"[2].

2- أن يكون الإعلام شاملا لكل البيانات الجوهرية المتعلقة بالعقد:

يقصد بالبيانات الجوهرية: "البيانات التي يمكن أن يكون لها تأثير على إبرام العقد أو على تنفيذه أو

على استعمال السلعة أو الخدمة المعروضة فيجب تقديمها للمستهلك كلما كان من شأنها أن تؤدي إلى اتخاذ قرار القبول التعاقد عن إرادة حرة واعية"[3].

---

[1] احلام شبيلي، المرجع السابق، ص83.

[2] المادة 07 من المرسوم التنفيذي رقم 13-378 يحدد الشروط والكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك.الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد58

[3] أحلام شبيلي، المرجع السابق، ص84.

بالإضافة إلى ما نصت عليه المادة 11 من القانون 18-05 السابق ذكرها. نصت المادة 13 من القانون 18-05 على: "يجب أن يتضمن العقد الالكتروني على الخصوص المعلومات الآتية:

- ✓ الخصائص التفصيلية للسلع والخدمات،
- ✓ شروط وكيفيات التسليم،
- ✓ شروط الضمان وخدمات ما بعد البيع،
- ✓ شروط فسخ العقد الالكتروني،
- ✓ شروط وكيفيات إعادة المنتوج،
- ✓ كيفيات معالجة الشكاوى،
- ✓ شروط وكيفيات الطلبية المسبقة عند الاقتضاء،
- ✓ الشروط والكيفيات الخاصة المتعلقة بالبيع بالتجريب عند الاقتضاء،
- ✓ الجهة القضائية المختصة في حالة النزاع، طبقا لأحكام المادة 2 أعلاه،
- ✓ مدة العقد حسب الحالة"[1].

3- استخدام البائع الوسائل الالكترونية في الإعلام:

في عقود البيع الالكترونية يتم الإعلام من خلال الوسائل الحديثة، فمن خلال تلك الوسائل يتم عرض صور السلع والمنتجات التي يريد المشتري التعاقد بشأنها وفي الغالب تطابق تلك الصور الحقيقية، ويضع البائع بجانب بعض الصور البيانات حول مكوناتها وطرق استخدامها ومدة صلاحيتها وما إلى ذلك، ويضع أيضا بيانات حول شروط التعاقد وشروط التسليم وشروط الوفاء بالثمن، وخدمات ما بعد البيع، أي يضع كل البيانات المهمة على موقعه الالكتروني، والمشتري عندما يدخل إلى ذلك الموقع فإنه يستطيع رؤية السلعة وقراءة كل البيانات المتعلقة بها فإذا أبدى المشتري رغبته في التعاقد، وقبل أن يتم ذلك يرسل البائع الالكتروني من خلال البريد الالكتروني رسائل للمشتري تبين له البيانات ومعلومات التعاقد، حتى يأخذ قراره بعد ذلك بإتمام التعاقد أو الابتعاد عنه، فإن أقبل على التعاقد كان تعاقده نابعا عن إرادة حرة مستشيرة[2].

---

[1] المادة 13 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[2] احلام شبيلي، المرجع السابق، ص 86.

رابعا: جزاء الإخلال بالتزام الإعلام في العقد الالكتروني

عند إخلال المورد الالكتروني لالتزامه بالإعلام يترتب على هذا الإخلال، حق المستهلك الالكتروني في طلب إبطال العقد أو التعويض، بالرجوع إلى نص المادة 14 من القانون 18-05 بنصها : "في حالة عدم احترام أحكام المادة 10 أو أحكام المادة 13 أعلاه، من طرف المورد الالكتروني، يمكن المستهلك الالكتروني أن يطلب إبطال العقد والتعويض عن الضرر الذي لحق به"[1].

وعليه سنبين حق المستهلك الالكتروني في طلب الإبطال، وحق في التعويض.

1- حق المستهلك الالكتروني في طلب الإبطال:

يترتب على إبرام العقد دون أن يعلم المشتري بالبيانات المتعلقة بالخصائص الجوهرية للمبيع أو بتلك المتعلقة بطريقة الاستعمال إبطال العقد لمصلحة المشتري، ويتم ذلك وفقا للقواعد العامة نظرا لعدم وجود قواعد قانونية تقرر هذا البطلان.

ويحق للمشتري طلب الإبطال بدعوى عدم العلم الكافي بالمبيع، ويعتبر هذا الحق في الإبطال حق مقرر للمشتري فقط دون البائع، ذلك أن هذا الأخير لا يمكنه أن يطلب إبطال البيع بدعوى أن المشتري لم يكن يعلم بالمبيع علما كافيا، وقد نص المشرع الجزائري على ضرورة علم المشتري بالشيء المبيع علما كافيا وأقر جزاء التخلف هو إمكانية طلب بإبطال البيع[2].

نصت بموجبه المادة 352 من القانون المدني الجزائري على أن "يجب أن يكون المشتري عالما بالمبيع علما كافيا ويعتبر العلم كافيا إذا اشتمل العقد على بيان المبيع وأوصافه الأساسية بحيث يمكن التعرف عليه، وإذا ذكر في عقد البيع أن المشتري عالم المبيع سقط حق من الأخير في طلب إبطال البيع بدعوى عدم العلم به إلا إذا أثبت غش البائع"[3] .

ويتبين لنا من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري أقر بوجوب أن يكون المشتري عالما بالشيء المبيع علما كافيا ويتحقق هذا العلم الكافي من خلال بيان المبيع وأوصافه الأساسية في عقد البيع الالكتروني .

---

[1] المادة 14 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[2] بوزيان شايب، (ضمان حسن تنفيذ عقد البيع الالكتروني)، أطروحة الدكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان ، 2015-2016، ص293.

[3] المادة 352 من القانون المدني الجزائري.

وبعد رؤية المشتري للشيء المبيع على الموقع قبل التعاقد، أن يقوم بمعاينته بعد إتمام عملية التعاقد لأن ذلك لا يعد كافيا، وخلافا لذلك يثبت للمشتري الحق في طلب إبطال العقد.

من بين الحالات الإبطال في عقد البيع الالكتروني التي أقرها القضاء الفرنسي، حالة الخطأ في سعر السلعة المعروضة على الموقع الخاص بالمهني، أي في حالة احتواء العرض الخاص بالسلعة على الانترنت بيانات خاطئة (Laffile contient une mention fausse) فقد يحدث أن يضع المهني دون قصد سعرا لسلعة مغايرا للسعر الحقيقي لها[1].

فقد قضت محكمة ستراسبورغ بتاريخ 24 جويلية 2002 بإبطال عقد البيع الالكتروني، وذلك بعد أن تقدم المشتري بطلب التنفيذ الجبري للعقد، وقد أسست المحكمة حكمها على أن رضا البائع الالكتروني كان معيبا، وفي حالة ما ثبت أن المشتري لم يعلم بالمبيع علما كافيا تقرر حقه في طلب إبطال المبيع، غير أن هذا الحق يسقط لأسباب منها ما تقضي به القواعد العامة كالإجازة وسواء كانت هذه الإجازة صريحة أو ضمنية، وذلك بشرط أن تكون هذه الإجازة بعدم علم المشتري بالمبيع. كما يسقط حق المشتري في طلب الإبطال لعدم علمه بالمبيع إذا تعذر رد المبيع كما في حالة تصرف المشتري في المبيع قبل العلم به، أو في حالة هلاكه في يد المشتري، أو حصل به عيب وهو بيد المشتري، لأنه يفترض أنه قد حصل المشتري عليه سليما من البائع[2].

2- حق المستهلك الالكتروني في التعويض:

قد يلجأ المستهلك إلى دعوى البطلان، إذ أن هذا البطلان يخلص فقط للمستهلك من عقد البيع الذي أبرمه دون علم كاف بالمبيع ولكنه لا يعوضه عن الخسائر والمضار التي نجمت عن إقدامه على هذا المشروع التعاقدي الفاشل، كنفقات تحرير العقد أو فوات صفقة أخرى أمامه...الخ.

ومن ناحية أخرى، فقد يجد المستهلك أن مصلحته تقتضي عدم إبطال العقد، بل الإبقاء عليه وفي نفس الوقت الحصول على تعويض من البائع يغطي ما تحمله من نقص في المنفعة الاقتصادية التي كان يأملها من إبرام مثل هذا العقد لو كان على علم بهذه البيانات والمعلومات التي امتنع البائع عن تزويدها[3].

---

[1] بوزيان شايب، المرجع السابق، ص295

[2] المرجع ذاته و الصفحة.

[3] كريمة بركات، (حماية المستهلك في عقد البيع الالكتروني)، محاضرات لطلبة سنة أولى ماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أكلي محند بويرة، 2016-2017، ص48.

وبالرجوع إلى نص المادة 352 من القانون المدني الجزائري السابقة الذكر نستنتج أن الالتزام البائع بالإعلام هو التزام قانوني ينتج عن مخالفة قيام المسؤولية التقصيرية للبائع[1].

الفرع الثاني: الالتزام بالتسليم في العقد الالكتروني

يقصد بتسليم المبيع إلى المشتري تخلي البائع أو من ينوب عنه عن الشيء المبيع وملحقاته ووضعه تحت تصرف المشتري أو نائبه، وتمكينه من حيازته بدون أي عائق وهو على الحالة التي كان عليها عند إبرام العقد[2].

والالتزام بالتسليم من أهم الالتزامات الواقعة على عاتق المورد ، المنتج أو البائع في العقود المبرمة عن بعد، لا فرق في ذلك إن كانت تخص البيوع الالكترونية عبر الانترنت بنوعيها التي تبرم وتنفذ على الخط كالبرامج والمؤلفات أو التي تبرم على الخط وتنفذ خارجه كالبضائع والسلع .

و التسليم في العقود المبرمة عبر الانترنت يتم بوضع الشيء أو الخدمة محل العقد الالكتروني تحت تصرف المستهلك أو المشتري بصورة يتمكن معها عن حيازته والانتفاع به بلا حائل إذ تتم التخلية بين المبيع والمشتري على وجه يتمكن به المشتري من قبضه من دون حائل[3].

وتناول المشرع الجزائري التسليم من خلال المادة 367 فقرة 01 من القانون المدني بنصها: "يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع بدون عائق ولو لم يتسلمه تسلما ماديا مادام البائع قد أخبره بأنه مستعد لتسليمه وبذلك يحصل التسليم على النحو الذي يفق مع طبيعة الشيء المبيع[4].

ووفقا لأحكام هذه المادة يتم التسليم بوضع المبيع تحت تصرف المشتري حتى يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق أو مانع حتى ولو لم يتسلمه ماديا إذا كان البائع قد أعلمه بذلك بأي وسيلة من وسائل الإعلام ويحدث التسليم على النحو الذي يتفق مع طبيعة الشيء المبيع، فإذا كان

---

(1) كريمة بركات، اللمرجع السابق ،ص48.

(2) محمد محجوبي، (الوفير في العقود المسماة عقد البيع وعقد الكراء على ضوء قانون الالتزامات المغربي)، بابل للنشر،الرباط،الطبعة الأولى، 1997، ص54.

(3) عبد الباسط جاسم، المرجع السابق، ص212، ص213.

(4) المادة 367 من القانون المدني الجزائري.

منقولا أو عقارا يتم التسليم حسب نوعية المبيع فالنسبة للعقار يكون التسليم بالتخلي عنه أو بتسليم المفاتيح، أما إذا كان منقولا ونظرا لتنوع المنقول فإن القاعدة العامة هي التسليم الفعلي[1].

أولا: خصوصية التسليم الالكتروني

تكمن خصوصية التسليم الالكتروني عبر شبكات الانترنت، في أنه التزام يتنفذ عن بعد، هذه الخصوصية جعلته يتميز بميزات خاصة ميزته عن الالتزام بالتسليم التقليدي المادي، فهو ينفذ في بيئة لا مادية، عبر الاتصال المباشر بين طرفيه، لمختلف المبيعات القابلة للترقيم والإرسال.

وتبرز خصوصية التسليم الالكتروني من خلال التفاعل والتواصل بين المتعاقدين عبر الانترنت حيث يتمكن كلا الطرفين من الاتصال والتفاعل بينهما وذلك بالكلام والرؤية والتحدث والمناقشة والإعلام وفقا لما يهدف إليه ذلك التواصل وهو تسليم المبيع بفضل تحويل بعض المبيعات على أرقام تعالج كمعلومة رقمية يتم إرسالها بطرق الإرسال الالكترونية المعروفة في هذا المجال، ويمثل التسليم الالكتروني أحد جوانب نجاح شبكة الانترنت التي سهلت تجاوز الحدود المكانية والقيود الإدارية والجمركية المعروفة في التعامل التقليدي[2].

ثانيا: طرق التسليم الالكتروني

بالنسبة لعقد البيع الالكتروني يجب أن نفرق بين نوع المعقود عليه هل هو سلعة أم خدمة؟ وعلى حسب نوع الشيء المبيع فمحل الالتزام يحدد طريقة التسليم ، فإذا تعاقد المستهلك مع إحدى الشركات المتخصصة في إنتاج البرامج كشركة (Microsoft) مثلا على أحد شركاء البرامج الحديثة عالية التقنية فمن الممكن للشركة أن تنفذ التزامها بالتسليم عبر شبكة الانترنت ذاتها ويستطيع المشتري الحصول عليه مبشرة على الخط (On ligne) ثم نقله على القرص الصلب الخاص به دون أن تلجأ الشركة إلى إرسال ذلك البرنامج عن طريق البريد على شركة ممغنطة ،كما أنه إذا تعلق الأمر بتذاكر طيران مثلا تقوم شركة الطيران المعنية بإرسال التذاكر المبيعة على عنوان المشتري عن طريق البريد أو أي وسيلة أخرى[3].

---

[1] يمينة حوحو، (عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري)، دار بلقيس،دار البيضاء الجزائر،الطبعة الأولى، 2016، ص230.

[2] يمينة حوحو،المرجع السابق، ص232.

[3] محمد حسن رفاعي العطار،(البيع عبر شبكة الانترنت)،دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية،بدون طبعة،2007،ص110،ص111.

أما إذا تعلق الأمر بتسليم سلعة، فإن التاجر يلتزم في هذه الحالة بإرسال السلعة على العنوان الخاص بالمستهلك بواسطة البريد، أو باستخدام أي وسيلة نقل أخرى سواء أن ذلك داخل الدولة أو خارجها[1].

ثالثا: مكان وزمان التسليم

تعد مسألة تحديد زمان ومكان التسليم من المسائل الهامة في كل العقود، لاسيما في العقد الالكتروني، الذي يبرم عن بعد ومن طرف أشخاص لا يجمعهم مجلس واحد، وعليه يقوكم بتبيان مكان وزمان التسليم في العقد الالكتروني كالتالي:

1- مكان التسليم:

لابد في التعاقد عبر الانترنت، من التمييز بين ما إذا كان المعقود عليه سلعة أم خدمة لأن المتعاقد على خدمة قد يستطيع الحصول عليها مباشرة عبر شبكة الانترنت كما قلنا بواسطة نقلها إلى حاسوبه الخاص بصورة مباشرة.

أما تسليم السلع فيتم غالبا بالطرق الاعتيادية المألوفة، من خلال قيام الموزع أو البائع بإرسال السلة على عنوان المشتري الخاص داخل دولة البائع أو خارجها، وفي هذه الحالة الأخيرة التسليم خارج الدولة فإن البائع لا يتحمل أية نفقات تتعلق بالتسليم باستثناء نفقات التصدير المتعارف عليها مع ملاحظة ما تسببه الصعوبات البريدية من تأخير في التسليم بالشكل الذي لا يتجاوز المواعيد المألوفة والمتوقعة[2].

والأصل أن يتم التسليم في المكان الذي يتفق عليه المتعاقدان في العقد، فإذا لم يتفقا فإن اتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع نصت في المادة 31 منها على أنه إذا مكان عقد البيع يقتضي نقل السلعة وليس الخدمة وكان البائع هو الملزم بإبرام عقد النقل فإن التسليم يتم في المكان التي تتم فيه مناولة السعلة إلى الناقل الأول بقصد إرساله إلى المشتري[3].

---

(1) محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق ،ص110، ص111.
(2) عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق ،ص،216
(3) المرجع ذاته و الصفحة.

وبذلك يمكن القول إن الاتفاقية تضمنت تمييزا بين الأوضاع المختلفة التي يتم من خلالها نقل البضائع من دون أن تعمد إلى وضع قاعدة عامة بهذا الخصوص غير أن الغالب الذي يجرى عليه التعامل اليوم في العقود المبرمة عن بعدد أن يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم عندما يسلم المبيع للناقل[1].

الأصل وبالرجوع إلى القواعد العامة أن يتم التسليم في المكان للذي يتفق عليه المتعاقدان في العقد وهذا طبقا لنص المادة 368 من القانون المدني الذي يتفق عليه المتعاقدان في العقد وهذا طبقا لنص المادة 368 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا وجب تصدير المبيع غلى المشتري فلا يتم التسليم إلا إذا وصل إليه ما لم يوجد اتفاق يخالف ذلك"[2].

وخلاصة القول، أن يترك أمر تحديد مكان التسليم إلى اتفاق الطرفين، وفي حالة عدم الاتفاق فإن البائع يلزم بإرسالها إلى محل إقامة المشتري على أن يتحمل الأخير نفقات التسليم، وعندما تتوجب طبيعة المبيع بواسطة ناقل مختص فإن البائع يعد قد نفذ التزامه بمجرد تسليمه المعقود عليه إلى الناقل الأول[3].

2- زمان التسليم:

تنص المادة 281 من القانون المدني الجزائري على: "يجب أن يتم الوفاء فور ترتيب الالتزام نهائيا في ذمة المدين ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، غير أنه يجوز للقضاة نظرا لمركز المدين، ومراعاة للحالة الاقتصادية أن يمنحوا آجالا ملائمة للظروف دون أن تتجاوز هذه الآجال للمدة سنة وأن يوقفوا التنفيذ مع إبقاء جميع الأمور على حالها"[4].

وطبقا لنص المادة 1/114 من قانون الاستهلاك الفرنسي إذ تجاوز التاجر مدة 7 أيام من التاريخ المحدد لتسليم الشيء المبيع دون مبرر من قوة قاهرة فإن المستهلك يمكن أن يتخلى عن العقد في مدة 60 يوم من التاريخ المحدد لتسليم السلعة أو تقديم الخدمة،وعلى المستهلك في هذه الحالة أن يرسل للتاجر خطاب موصى عليه بعلم الوصول يطالبه فيه بتنفيذ التزامه بالتسليم، فإن لم ينفذ من خلال الفترة الواقعة بين إرسال الخطاب واستلامه فإن العقد يعتبر قد ألغى...، وتشترط المادة السابقة

---

(1) عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق ، ص216.
(2) المادة 368 من القانون المدني الجزائري.
(3) عبد الباسط جاسم محمد، المرجع السابق ، ص217.
(4) المادة 281 من القانون المدني الجزائري.

أن يتعلق الأمر بعقد تزويد قيمتي عنه 3000 فرنك فرنسي فلا يستفيد منها المستهلك إذا كان عقد الشراء أقل من هذه القيمة[1].

وفقا للمادة 3/33 من اتفاقية فيينا 1981 فإن التسليم يتم في الموعد المحدد في العقد فإن لم يوجد كان التسليم في الموعد الذي يحدده العرف فإن لم يوجد كان البائع ملزما بالتسليم في وقت معقول حسب ما تقتضي به ظروف التعاقد، وجاء في البند الحادي عشر من العقد النموذجي الفرنسي أن يتم التسليم خلال مدة ثلاثين يوما وإلا جاز إنهاء العقود ورد كافة المبالغ المدفوعة وهذا وقضت المادة 3 من الاتفاقية الأوروبية للبيع بالمراسلة عن بعد بأنه إذا استحال على البائع تصدير البضاعة المطلوبة في مدة 30 يوما من تاريخ التعاقد، فإنه سيلتزم بإعلان المستهلك[2].

ومن كل ما سبق نستخلص إلى أن المدة المعتبرة للتسليم أي المدة التي يلتزم خلالها البائع بتنفيذ التزامه بتسليم الشيء المبيع هي ثلاثين يوما من تاريخ العقد[3].

رابعا: الجزاء على الإخلال بالالتزام بالتسليم

إذا أخل البائع بتسليم المبيع بأي وجه من الوجوه، يجوز للمشتري أن يطلب فسخ البيع مع التعويض عن الضرر الذي لحق به جراء عدم التسليم أو التسليم الناقص أو التسليم في وقت متأخر عن الوقت المتفق عليه، كما يستطيع أن يطالب البائع بالتنفيذ العيني[4].

بالرجوع إلى قانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية، حيث نصت المادة 26 منه على "عندما يسلم المورد الالكتروني منتوجا أو خدمة لم يتم طلبها من طرف المستهلك الالكتروني، لا يمكنه المطالبة بدفع الثمن أو مصاريف التسليم"[5].

أي في حالة سلم المورد الالكتروني منتوج أو خدمة لم يقم المستهلك الالكتروني بطلبها فبدوره المورد الالكتروني لا يمكنه مطالبة المستهلك الالكتروني بدفع الثمن أو مصاريف التسليم.

أما في حالة عدم احترام المورد الالكتروني لآجال التسليم، نصت عليها المادة 22 من القانون 18-05 "في حالة عدم احترام المورد الالكتروني لآجال التسليم، يمكن للمستهلك الالكتروني إعادة إرسال المنتوج على حالته في أجل أقصاه أربعة 04 أيام عمل ابتداء من تاريخ التسليم الفعلي

(1) محمد حسن رفاعي العطار ،المرجع السابق،من ص113 إلى ص 115
(2) المرجع ذاته و الصفحة.
(3) المرجع ذاته و الصفحة.
(4) محمد أمين الرومي المحامي ، المرجع السابق ، ص124.
(5) المادة 21 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

للمنتوج، دون المساس بحقه في المطالبة بالتعويض عن الضرر، وفي هذه الحالة، يجب على المورد الالكتروني أن يرجع إلى المستهلك الالكتروني المبلغ المدفوع والنفقات المتعلقة بإعادة إرسال المنتوج خلال أجل خمسة عشر 15 يوما ابتداء من تاريخ استلامه المنتوج"[1].

الفرع الثالث: الالتزام بالضمان في العقد الالكتروني

عند تنفيذ البائع التزامه بالإعلام أو التسليم لا يعني أن دوره انتهى عند هذا الحد، بل يجب عليه أن يكفل المتعاقد الآخر وأن يضمن له الانتفاع الهادي بالمحل، فالالتزام بالضمان هو تمكين المشتري من الانتفاع الكامل للمبيع.

وعليه سنبين الالتزام بالضمان على النحو الآتي: أولا: ضمان التعرض والاستحقاق، ثانيا: ضمان العيوب الخفية، ثالثا: ضمان الصلاحية، رابعا: ضمان الأمان والسلامة

أولا: ضمان التعرض بالاستحقاق

المقصود بالتعرض هو ما يعكر على المشتري حيازته سواء كان يهدده بنزع الملكية منه أو يهدده بذلك[2].

وطبقا للقواعد العامة، وبالرجوع إلى نص المادة 371 من القانون المدني الجزائري بنصها: "يضمن البائع عدم التعرض للمشتري في الانتفاع بالمبيع كله أو بعضه سواء كان التعرض من فعله أو فعل الغير يكون له وقت البيع حق على المبيع يعارض به المشتري، ويكون البائع مطالبا بالضمان ولو كان حق ذلك الغير قد ثبت بعد البيع وقد آل إليه هذا الحق من البائع نفسه"[3].

أي أن البائع يضمن عدم التعرض للمشتري في المبيع كله أو بعضه، سواء كان هذا التعرض من فعله أو من فعل الغير.

وإذا كان ضمان التعرض يجد مجالا لتطبيقه في المعاملات الالكترونية الحديثة غير أن بعض الفقه يرى وبحق أنه من الصعب تصور التعرض الصادر من البائع نفسه في التعامل عبر شبكة الانترنت وذلك لأن التاجر يظل حريصا على سمعته وثقة العملاء فيه....

---

(1) المادة 22 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

(2) سليمان مرقس، (العقود المسماة عقد البيع)، عالم الكتب،القاهرة، الطبعة الرابعة، 1980، ص365.

(3) المادة 371 من القانون المدني الجزائري.

وبالرجوع إلى اتفاقية فيينا لسنة 1980 نجد أنها قد استبعدت التعرض الصادر من البائع وتحدثت عن التعرض الصادر من الغير، وللتعرض الصادر من البائع عبر الشبكة عدة صور منها[1]:

قيام مصمم برنامج الكمبيوتر المتعاقد على شرائه بإتلافه بعد تمام عملية البيع من خلال فيروس معين قام ذلك المصمم بزرعه داخل البرنامج المبيع ،أو كقيام المهني المتعهد بتوريد خدمات معينة كخدمة الاشتراك في النت على سبيل المثال لأحد العملاء بسعر معين ثم يقوم بالتعاقد مع عميل آخر منافس للأول على إمداده بنفس الشيء بسعر منخفض وبجودة أعلى مما يضر الأول، والتعرض الصادر من البائع يستوي أن يكون مبنيا على سبب قانوني أو أن يكون تعرضا ماديا، أما التعرض الصادر من الغير فيجب أن يكون تعرضا قانونيا حتى يضمنه للبائع، أما إذا كان الغير لا يدعي في تعرضه حقا على الشيء المبيع أي كان التعرض الصادر من الغير ماديا فلا دخل للبائع من هذا الشأن ولا يمكن مطالبته بالضمان.

ومن أمثلة التعرض الصادر من الغير الشخص الذي يدعي أنه وكيل إحدى الشركات المعروفة ويعلن عبر الشبكة استعداده لبيع منتجات بلك الشركة للعملاء ثم يتضح عدم أحقيته في ذلك، فالالتزام بضمان التعرض يتمثل في تحقيق نتيجة إيجابية وهي وجوب وقف التعرض أو دفعه، لذا يتعين إخطار الملتزم بالضمان لمجرد حدوث التعرض فإذا فشل في دفعه التزم بتعويض العميل عن كل ما أصابه من ضرر وما فاته من كسب[2].

ثانيا: ضمان العيوب الخفية

إن المستهلك لما يتعاقد قد لا يكتشف أو يستبين ما يوجد بالمبيع من عيوب إلا بعد فترة، نظرا لعدم خبرته من جهة أو لكون العيب خفي وغير ظاهر، وهذا سواء في العقود العادية أم العقود الالكترونية لذلك نجد أن المشرع قد أورد أحكاما خاصة كفيلة بضمان العيوب الخفية.

لقد كان القانون المدني الجزائري واضحا في هذه المسألة عندما نص على أن البائع ملزم بالضمان إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته ومن الانتفاع به حسب ما هو مرجو من السلعة

---

[1] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق ، من ص 125 إلى ص 127.
[2] المرجع ذاته و الصفحة.

المشترية، إلا إذا كان المشتري عالما بذلك العيب أو كان بإمكانه علم ذلك لو بذل عناية الرجل العادي ما لم يتعمد البائع إخفاء ذلك[1].

نص المشرع الجزائري على هذا الضمان من خلال المادة 379 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "يكون البائع ملزما بالضمان إذا لم يشتمل المبيع على الصفات التي تعهد بوجودها وقت التسليم إلى المشتري أو إذا كان بالمبيع عيب ينقص من قيمته أو من انتفاع به بحسب الغاية المقصودة منه حسبما هو مذكور بعقد البيع أو حسبما ظهر من طبيعته أو استعماله فيكون البائع ضامنا لهذه العيوب ولو لم يكن عالما بوجودها وأن البائع لا يكون ضامنا للعيوب التي كان المشتري على علم بها وقت البيع ، أو كان في استطاعته أن يطلع عليها لو أنه فحص المبيع بعناية الرجل العادي، إلا إذا أثبت المشتري أن البائع أكد له خلو المبيع أو أنه أخفاها عمدا عنه"[2].

بالإضافة إلى أن المورد الالكتروني في حالة تسليمه لغرض غير مطابق للطلبية أو كان المنتوج معيبا وجب عليه استعادة سلعته وهذا طبقا لنص المادة 23 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية التي تنص في فقرتها الأولى: "يجب على المورد الالكتروني استعادة سلعته، في حالة تسليم غرض غير مطابق للطلبية أو في حالة ما إذا كان المنتوج معيبا"[3].

ولا يترتب الضمان مهما كان العيب، بل لابد من توافر شروط معينة وهذه الشروط هي:

1- أن يكون العيب قديما:

أي أن يكون موجودا في المبيع وقت تسليمه للمشتري، فالبائع يضمن خلو المبيع من العيوب إلى حين تمام تسليمه للمشتري، أما ما يطرأ بعد ذلك من عيوب على المبيع في يد المشتري فلا ضمان فيه على البائع[4].

---

(1) إيناس بن غيدة، (الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية)، رسالة الماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أبو بكر بلقايد تلمسان، 2015/2014، ص 104.

(2) المادة 379 من القانون المدني الجزائري.

(3) المادة 23 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

(4) محمد حسنين، (عقد البيع في القانون المدني الجزائري)، ديوان المطبوعات الجامعية،الجزائر،بدون طبعة، 1982، ص153.

2- أن يكون العيب مؤثرا:

ويضمن البائع عيب المبيع إلا إذا كان هذا العيب يؤدي إلى نقص في قيمة المبيع أو في نفعه[1].

فقد يؤدي العيب إلى النقص في قيمة المبيع دون أن ينقص من منفعته حيث أن وجود العيب في الشيء المبيع لا يؤثر على صلاحيته للعمل.

ذهب بعض الفقه إلى وجوب أن يكون هذا النقص محسوما حماية لاستقرار المعاملات، كما للعيب أن ينقص من منفعة المبيع دون أن ينقص من قيمته حيث أن المنفعة تتحدد حسب الغرض المقصود من استعماله ويتم ذلك من خلال مضمون العقد، وكذلك في هذه الحالة إذا ما ادعى المستهلك أن العيب الذي يلحق المبيع مؤثرا فعليه يقع عبء إثبات ذلك ويمكنه استخدام جميع وسائل الإثبات[2].

3- أن يكون العيب خفي وغير معلوم لدى المشتري:

فعدم مشاهدة بوضوح العيب وعدم علم المشتري بتوافر هذا العيب وقت إبرام العقد ووقت التسليم يعد بذلك العيب خفي، أما في حالة علم المشتري بالعيب فإنه يكون من ضمن العيوب الظاهرة التي تم التنازل عنها ضمنا من خلال تسلم المبيع وهو عالم بالعيب .

اشترط المشرع لضمان العيب الخفي عدم المقدرة على تحديده من قبل الشخص الطبيعي ولأنه من الأمور الخفية التي لا تظهر بسهولة، وإنما يتم اكتشافه من قبل خبير مختص فمن متطلبات حسن النية في التعاقد، أن لا يعلم المشتري بعيب المبيع، فإذا كان يعلمه قبل شرائه أو قبل استلامه فلا يستطيع بعد ذلك الإدعاء بأنه عيب خفي، ويكون قد قبله بعيبه فيسقط حقه في الضمان، بهذا يتضح لنا أن لشرط عدم علم المشتري بالعيب الموجود بالمبيع وحتى لو قام بالفحص اللازم إلا أنه يبقى دائما في مركز أضعف مقارنة بمن يتعامل معهم[3].

وبتطبيق كل هذه الشروط، نجد أنها متوافرة أيضا في حالة عقد البيع عبر الانترنت ذلك عند قيام المستهلك بشراء منتج، فيتبين له عند استعماله، أنه معاب ولا يحقق الفائدة التي ابتاعه من أجلها، خاصة إذا ما تعلق الأمر ببرامج الكترونية، أو حال زرع فيروس في برنامج الحاسب الآلي المبتاع

(1) سليمان مرقس، المرجع السابق ، ص40.

(2) مريم خليفي، (الرهانات القانونية للتجارة الالكترونية)، اطروحة الدكتوراه، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان، 2012/2011، ص259، ص260.

(3) إيمان بوزيدي، (ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني)، رسالة الماجستير،كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري، 2016-2017، ص84.

من طرف المستهلك حيث أنه يعد من الصعب وإن يكن مستحيلا اكتشاف هذا العيب الذي شاب المنتج، لذلك فإنه بتوافر الشروط الواجب توافرها، لقيام التزام البائع بضمان العيب الخفي في المبيع في عقد البيع الالكتروني عبر الانترنت، فإنه يثبت للمستهلك الالكتروني ما يثبت للمستهلك العادي من الحق في مطالبة المزود أو البائع باستبدال المبيع أو إصلاحه، أما إن لم يتمكن هذا الأخير من ذلك فإن المستهلك مخير بين رد المبيع واسترجاع ثمنه[1].

طبقا لنص المادة 23 من الأمر 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية بنصها في الفقرتين الثالثة والرابعة على: "....ويلزم المورد الالكتروني بما يأتي: تسليم جديد موافق للطلبية، أو إصلاح المنتوج المعيب، أو استبدال المنتوج بآخر مماثل، أو إلغاء الطلبية وإرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الالكتروني بالتعويض في حالة وقوع ضرر، يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة دون الإخلال بإمكانية مطالبة المستهلك الالكتروني بالتعويض عن حالة وقوع الضرر، يجب أن يتم إرجاع المبالغ المدفوعة خلال أجل خمسة عشر 15 يوما من تاريخ استلامه المنتوج"[2].

ثالثا: ضمان الصلاحية

كون المتعاقد عبر الانترنت يقوم بالتعاقد استنادا على عرض أوصاف المبيع أو المنتج أو الخدمة كالشاشة، مما يمنعه من الكشف الحسي للمبيع خصوصا أنه غالبا ما يرد على نموذج مصور أو عرض الأوصاف محل العقد، وهو ما رتب للمشتري حق البائع بأن يسلمه شيئا مطابقا وصالحا للاستعمال[3].

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 ضمن البائع صلاحية المبيع للعميل في مدة معلومة ثم وقع خلل في المبيع يجب على المشتري إخطار البائع بالخلل خلال مدة شهر من ظهور الخلل، وأن يرفع الدعوى في مدة ستة أشهر من هذا الإخطار ولا يسقط حق المشتري في ضمان الصلاحية ما لم يتفق الطرفان على خلاف ذلك[4].

---

(1) انتصار بوزكري، (الحالة المدنية للمستهلك في عقد البيع الالكتروني)، رسالة الماجستير،كلية الحقوق، جامعة الباز 02 سطيف، 2013/2012، ص 55.

(2) المادة 23 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

(3)فيروز محضي، فريدة ميهوبي، (الطبيعة القانونية للوكيل الالكتروني في إبرام عقود التجارة الالكترونية)، مذكرة الماستر، كلية الحقوق والعلوم السياسية،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية، 2017/2016، ص91.

(4) المرجع ذاته و الصفحة.

فمتى ما ظهر الخلل يتوجب علي المشتري إخطار البائع في الآجال المحددة قانونا، إذا كان الضمان القانوني وهو ما نصت عليه المادة 13 من القانون 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش: "يستفيد كل مقتني لأي منتوج سواء كان جهاز أو أداة أو آلة أو عتادا أو مركبة أو أي مادة تجهيزية من الضمان بقوة القانون، ويمتد هذا الضمان أيضا إلى الخدمات، يجب على كل متدخل خلال فترة الضمان المحددة في حالة ظهور عيب بالمنتوج استبداله أو إرجاع ثمنه، أو تصليح المنتوج أو تعديل الخدمة على نفقته، يستفيد المستهلك من تنفيذ الضمان المنصوص عليه أعلاه دون أعباء إضافية..."[1].

أما الضمان الإتفاقي فنصت عليه المادة 14 من القانون 09-03: "كل ضمان آخر متقدم من المتدخل بالمقابل أو بالمجان لا يلغي الاستفادة من الضمان القانوني المنصوص عليه في المادة 13 أعلاه، يجب أن تبين بنود تنفيذ هذه الضمانات في وثيقة مرفقة للمنتوج"[2].

رابعا: ضمان الأمان والسلامة

لا شك أن المعاملات الالكترونية بما تحمله من أوجه تقنية معقدة تنطوي على الكثير من المخاطر المادية والمعنوية للإنسان، خاصة المستهلك البسيط الذي أصبح في حاجة ماسة لحمايته من الأضرار التي قد يتعرض لها بصدد التعامل مع التكنولوجيا المتقدمة في كافة أوجه الحياة،بحيث تقضي القواعد العامة بوجوب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضا ما هو من مستلزماته، وفقا للقانون والعرف والعمالة بحسب طبيعة الالتزام[3].

قد تنبه المجلس الأوروبي لذلك الأمر فجأة في التوصية الصادرة في 1993/4/5 بشأن الشروط التعسفية في العقود المبرمة مع المستهلكين النص على بطلان الشروط التي تعفي التاجر، أو تحدد مسؤوليته القانونية في حالة وفاة المستهلك، أو في حالة الإصابات الجسدية التي يتعرض لها والتي تكون ناتجة عن إهمال التاجر، أو أي أسباب أخرى تتعلق به وبمنتجاته وهكذا فإن الالتزام بالأمان أو بالسلامة يلتزم المتعاقد بعدم الإضرار بسلامة الطرف الآخر، فالبائع يلتزم بتسليم منتجات

---

[1] المادة 13 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
[2] المادة 14 من القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش.
[3] محمد حسن الرفاعي العطار، المرجع السابق ، ص128، ص129.

خالية من كل عيب أو نقص في الصناعة من شأنه أن يسبب خطرا للأشخاص أو للأموال بل يجب أن يكون المبيع بحالة تسمح باستعماله بشكل طبيعي بما لا يشكل خطرا أو يسبب ضررا[1]

المطلب الثاني: التزامات المستهلك الالكتروني

العقد الالكتروني كأي عقد ملزم الجانبين يترتب عليه التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدان، والمستهلك الالكتروني بدوره ملزم اتجاه المورد الالكتروني بتسليم المبيع، بالإضافة إلى دفع الثمن حيث نصت عليه المادة 16 من القانون 18-05 على أنه: "ما لم ينص العقد الالكتروني على خلاف ذلك، يلتزم المستهلك الالكتروني بدفع الثمن المتفق عليه في العقد الالكتروني بمجرد إبرامه"[2].

ووفقا لهذا المطلب سنتطرق: الالتزام بالوفاء الفرع الأول، التسليم في العقد الالكتروني الفرع الثاني.

الفرع الأول: الالتزام بالوفاء الالكتروني

يترتب على التزام المنتج أو المورد بتسليم السلعة أو بأداء الخدمة، التزام المشتري أو العميل بأداء ثمن السلعة أو مقابل الخدمة، ويتم الوفاء عبر شبكة الانترنت بطريق الكتروني، وقد عرف مشروع قانون المعاملات الالكترونية المصري ومشروع قانون تنظيم التوقيع الالكتروني المصري الوفاء الالكتروني بأنه: "وفاء بالتزام نقدي بوسيلة الكترونية مثل الشبكات الالكترونية والكمبيالات الالكترونية وبطاقات الدفع الممغنطة"[3].

ويلاحظ أن هناك عقود نموذجية تحدد كافة المسائل المتعلقة بالوفاء الالكتروني كالعقد النموذجي الفرنسي حيث يحدد العملة المستخدمة في الوفاء وهي في هذا العقد الفرنك الفرنسي، ومدى جواز الوفاء بعملة أجنبية كالدولار أو اليورو أو الجنيه الإسترليني، كذلك تحدد نفقات التسليم وغير ذلك من الأمور، كأن ينص العقد على أن السلعة المباعة تظل مملوكة للبائع لحين الوفاء بكامل ثمنها ومصروفات الشحن والجمارك والرسوم، ويلاحظ أن وجود نظام دفع الكتروني لتسوية المعاملات التي تتم عبر شبكة الانترنت يلتزم نظام مصرفي معد لإتمام عملية الدفع وتسهيلها، كذلك يشترط توافر بيئة تشريعية سواء في قانون المبادلات الالكترونية أو قانون التجارة أو قانون الصرف، تقرر وتنظم أحكام الدفع الالكتروني[4].

---

[1] محمد حسن الرفاعي العطار، المرجع السابق ، ص128، ص129.
[2] المادة 16 من الأمر 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.
[3] محمد أمين الرومي المحامي، المرجع السابق ، ص127.
[4] المرجع ذاته و الصفحة.

وإثر انتشار العقود الالكترونية التي تتم عن بعد عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، لذلك ظهر الدفع الالكتروني الذي يتم باستخدام أحد الوسائل المعلوماتية.

كما ورد في المادة 27 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة عن الدفع في المعاملات الالكترونية بنصها: "يتم الدفع في المعاملات التجارية الالكترونية إما عن بعد أو عند التسليم المنتوج، عن طريق وسائل الدفع المرخص بها وفقا للتشريع المعمول به عندما يكون الدفع الكترونيا فإنه يتم من خلال منصات دفع مخصصة لهذا الغرض، منشأة ومستقلة حصريا من طرف البنوك المعتمدة من قبل بنك الجزائر وبريد الجزائر وموصولة بأي نوع من أنواع محطات الدفع الالكتروني عبر شبكة التعامل العمومي للمواصلات السلكية واللاسلكية، ويتم في المعاملات التجارية العابرة للحدود حصريا عن بعد، عبر الاتصالات الالكترونية"[1].

أولا: وسائل الدفع الالكتروني

تطورت وسائل الدفع على مر التاريخ والعصور بأشكال مختلفة ونظرا للبيئة اللامادية التي يتميز بها العقد الالكتروني وفي إطار تنفيذ المستهلك الالكتروني لالتزامه بدفع الثمن، وجب أن يوفي دفع الثمن عن طريق وسائل الدفع الالكترونية.

وعلى الصعيد التشريعي فقد عرف المشرع الجزائري وسائل الدفع في المادة 69 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد والقرض على الشكل الآتي: "تعتبر وسائل دفع الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل الأموال مهما يكن السند أو الأسلوب التقني"[2].

تعددت وسائل الدفع الالكتروني التي لاقت تطبيقا علميا منها:

1- بطاقة الائتمان:

تعتبر بطاقة الائتمان وسيلة جديدة من وسائل الدفع ، ظهرت نتيجة استخدام الحسابات الآلية وانتشارها على نحو واسع في جميع مجالات الحياة، خاصة في مجال القطاع المصرفي وتتميز هذه الوسيلة المستحدثة بأنها أداة دفع الكترونية، تقوم بتسوية المعاملات التجارية والبنكية بين الأفراد

---

[1] المادة 27 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[2] المادة 69 من الأمر 03-11 المؤرخ في جمادى الثانية عام 1424الموافق 26غشت سنة 2003 المتعلق بالنقد والقرض ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد52

والبنوك طبقا لنظام التحويل الآلي للنقود ونظرا لما تؤديه هذه البطاقات من خدمات ومزايا لجميع المتعاملين بها[1].

انتشرت بطاقات الائتمان وأصبحت تحتل مساحة كبيرة في تعاملات الأفراد على حساب باقي وسائل الدفع الأخرى، وتقوم فكرة بطاقات الائتمان على قيام المؤسسة الائتمانية المصدرة للبطاقة بضمان سداد قيمة مشتريات حامل البطاقة لدى التجار والمؤسسات المالية والخدمية مقابل عمولة معينة يحددها المصدر، علاوة على إصدار تلك البطاقة، مع اختلاف الفترة الائتمانية طبقا لنوع البطاقة. وتتيح البطاقة الائتمانية لحاملها سحب مبالغ نقدية من أجهزة الحاسب الآلي(A.T.M) وشراء السلع والخدمات دون أن يضطر إلى الوفاء بثمنها فورا أو نقدا أو بشيكات، وإنما يكتفي بتقديم البطاقات للتاجر الذي يقوم بإدخالها ماكينة نقاط البيع، ويوقع على إشعار البيع، فيقوم التاجر بإرسال تلك الإشعارات إلى المؤسسة الائتمانية المتعاقد معها والتي تقوم بدورها بإرسالها إلى مؤسسة إصدار البطاقة للتحصيل [2].

2- البطاقات الذكية:

هي بطاقات بلاستيكية ذات ميكروسوفت مدمج يحتوي على بعض المعلومات والبيانات التي يمكن استرجاعها في أي وقت، ويلاحظ أن هذه البطاقة تتميز بمواصفات أمان عالية يصعب استغلالها من قبل الآخرين، حيث لا يوجد رقم مطبوع، ولا توقيع ظاهر يمكن استغلاله في عمليات الاحتيال، وقد استبدل عن كل ذلك بشريحة الكترونية صغيرة على يسار البطاقة تحتوي كافة المعلومات المالية والشخصية عن حاملها، والتي لا يمكن الاطلاع عليها إل بواسطة البنك المصدر لها، كما تحتوي الشريحة على توقيع الكتروني للحامل بطريقة التقنية الرقمية مما يستحل معه تزوير التوقيع، كما أنها تحتوي على رقم البطاقة الذي لا يمكن الاطلاع عليه إلا بواسطة البنك المصدر مما يصعب استخدام البطاقة[3].

3- الشيك الالكتروني:

الشيك الالكتروني أو الشيك الرقمي هو دفتر يحتوي على بيانات رقمية تماثل البيانات الموجودة في الشيك الورقي، لكنه محرر على دعامة الكترونية يصدره البنك، ويكون على شكل رسالة الكترونية موثقة ومؤمنة يرسلها مصدر الشيك إلى مستلم الشيك أي حامله ليعتمده ويقدمه للبنك

---

[1] عصام عبد الفتاح مطر، (التحكيم الالكتروني)، دار الجامعة الجديدة،الإسكندرية، بدون طبعة ، 2009، ص356.
[2] المرجع ذاته و الصفحة.
[3] المرجع ذاته ، ص361.

الذي يعمل عبر شبكة الانترنت، ثم بعد ذلك يقوم البنك بتحويل قيمة الشيك فعلا، ويمكن لمستلم الشيك أن يتأكد عبر الشبكة من أته قد تم بالفعل تحويل المبلغ[1].

وفي الجزائر يعمل بنظام المعالجة الالكترونية للشيك التي تتم عبر استنساخ الشيك الورقي لتتم عملية المقاصة الالكترونية للشيكات من خلال الشبة الالكترونية المملوكة للبنك، أما الشيك الرقمي غير معمول به عندنا لأنه كما ذكرنا يعد ملفا رقميا من أصله ويعالج الكترونيا في كل المراحل عبر شبكة الانترنت، والشيك الالكتروني أو الرقمي أقل استعمالا في المعاملات المالية عبر الشبكة مقارنة بالبطاقة البنكية، إلا أنه يستعمل بشكل واسع لدى بعض البنوك كسيتي بنك (Citibank) أو بواسطة بنك (Bostonbank) [2].

4- النقود الالكترونية:

تعد النقود الالكترونية واحدة من الابتكارات التي أفرزها التقدم التكنولوجي، وقد شهدت الحياة المصرفية تطورا كبيرا، وكان من أحد شواهد هذا التطور السماح لعملاء المصارف إجراء عمليات الشراء والبيع من خلال شبكة الاتصالات وذلك باستخدام وسائل الدفع الالكترونية التي تتسلمها هذه البنوك، ولم يقف هذا التطور عن هذا الحد، وإنما ظهر على الساحة أيضا ما يعرف بالنقود الالكترونية أو النقود الرقمية، والنقود الرقمية أو الالكترونية هي عبارة عن بطاقات الكترونية تحتوي على مخزون نقدي تصلح كوسيلة للدفع وأداة للإجراء، ووسيطا للتبادل[3].

5- السفتجة الالكترونية:

لا يختلف تعريف السفتجة الالكترونية عن التقليدية كثيرا إذ يمكننا أن نعرف السفتجة الالكترونية بأنها محرر شكلي ثلاثي الأطراف معالج الكترونيا بصورة كلية أو جزئية يتضمن الأمر الصادر من شخص يسمى الساحب إلى شخص آخر يسمى المسحوب عليه بأن يدفع مبلغا من النقود لشخص ثالث يسمى المستفيد لدى الإطلاع أو في تاريخ معين، وبالمطابقة بين التعريفين نلاحظ فقط إضافة جملة معالج الكترونيا ببساطة أنها سفتجة تقليدية بنفس البيانات الواردة في القانون التجاري

---

[1] يمينة حوحو،المرجع السابق ، ص253.

[2] المرجع ذاته و الصفحة.

[3] عبد الفتاح مطر، المرجع السابق ، ص364.

الجزائري ونفس الخصائص أدخلت عليها معالجة الكترونية أو اتخذت شكلا الكترونيا لتسهيل التعامل في المجال المعلوماتي، وتقيسها استجابة للمعايير العالمية[1].

الفرع الثاني: الالتزام بالتسلم في العقد الالكتروني

التسلم في أغلب صوره هو العملية المتممة للتسليم، فقد بينا أن البائع يلتزم بتسليم المبيع وذلك بأن يضعه تحت تصرف المشتري بحيث يكون هذا متمكنا من حيازته يستطيع معها أن ينتفع به الانتفاع المقصود من غير أن يحول حائل دون ذلك[2].

وبالرجوع إلى القواعد العامة وطبقا لنص المادة 394 من القانون المدني الجزائري التي تنص: "إذا لم يعين الاتفاق أو العرف مكانا أو زمانا لتسلم المبيع وجب على المشتري أن يتسلمه في المكان الذي يوجد فيه المبيع وقت البيع وأن يتسلمه دون تأخير باستثناء الوقت الذي تتطلبه عملية التسليم"[3].

والأصل أن التسلم يعني القبول ومطابقة الشيء للمواصفات، ويتأكد ذلك في حالة القبول الصريح بعد الفحص وإجراء التجارب السابقة، أما إذا كان المشتري غير متخصص بصدد المسألة الفنية موضوع التسلم حيث يحتاج الأمر إلى خبرة لا تتوافر لديه، هنا يجوز الرجوع عند اكتشاف عدم المطابقة بعد التسلم و على المورد بالتعويض اللازم وإلزامه بالإصلاح على النحو الذي يجعل الشيء مطابقا للشروط المتفق عليها[4].

غير أن الاستلام لا يحتاج إلى إجراءات شكلية معينة، ما لم يتفق المتعاقدان على غير ذلك، ونظرا لأهمية عملية التسلم والقبول في المعاملات الالكترونية ولما يثيره من مشاكل خاصة، فإنه غالبا ما يتضمن لعقد شرطا يوضح كيفية التسلم كالتوقيع على مستند يفيد القبول ما لم يقترن بتحفظات معينة، فقد يكون التسلم من خلال الشبكة أو البريد الالكتروني أو الأقراص المرنة[5].

---

(1) نزيهة غزالي، (السفتجة الالكترونية وقواعد قانون الصرف في التشريع الجزائري)، مجلة العلوم الاجتماعية سطيف، العدد 25، ديسمبر 2017، ص163.

(2) عبد الرزاق السنهوري، (الوسيط في شرح القانون المدني)، أحياء التراث العربي، بيروت-لبنان ،الجزء الرابع ، بدون طبعة، بدون سنة نشر،ص374.

(3) المادة 394 من القانون المدني الجزائري.

(4) بلقاسم حامدي ،المرجع السابق ، ص176

(5) المرجع ذاته و الصفحة.

حيث نصت المادة 17 من القانون 18-05 بقولها: "يجب على المورد الالكتروني أن يطلب من المستهلك الالكتروني توقيع وصل استلام عند التسليم الفعلي للمنتوج أو تأدية الخدمة موضوع العقد الالكتروني، لا يمكن المستهلك الالكتروني أن يرفض توقيع وصل الاستلام، تسلم نسخة من وصل الاستلام وجوبا للمستهلك الالكتروني"[1].

ثانيا: كيفية التسلم

يقوم المشتري بتسلم السلعة أو المنتوج الذي قام بشرائه عبر شبكة الانترنت من خلال وسيط مكلف بالقيام بعمليات وتوزيع وتسليم البضائع المشتراة عبر الانترنت من خلال البريد أو مكاتب وفروع البائع أو المنتج أو وكلاته في مكان المشتري، وهذا فيما يتعلق بالسلع المادية[2].

أما السلع غير المادية مثل برامج الحاسوب أو القطع الموسيقية أو الكتب عبر الخط فيتم تسلمها من خلال تنزيل أو تحميل البرامج (Downland) أو نسخ (Copy) من الموقع المتاح إلى الجزء الصلب من جهاز العميل مثلا أو بأي شكل تقني آخر يتيح للمشتري الانتفاع به كمنحه الصلاحية بالدخول إلى موقع معين أو استعراض المادة المحملة أو المخزنة محل التعاقد، كما يمكن تحميل بعض الأموال [3].

غير المادية الأخرى على أسطوانات أو دعامات مادية كالأقراص (CD) الليزرية أو الضوئية أو الممغنطة ويتم التسليم فيها ماديا وخارج الشبكة[4].

ثالثا: زمان ومكان التسلم

في البيع عبر الانترنت ونظرا لطبيعته الخاصة التي سبق إليها باعتباره بيع دولي عابر للحدود، جاء النص في اتفاقية فيينا للبيع الدولي عام 1980 على أن:التسليم والتسلم ما هما إلا وجهان لعملة واحدة، وكذا جاء النص في الاتفاقية السابقة على أنه في حالة عدم وجود اتفاق يبين المكان الذي يتم فيه التسليم للناقل فإن انتقال تبعية الهلاك للمشتري وكذلك فإنه بمجرد أن يقوم الناقل باستلام المبيع من التاجر لتسليمه بعد ذلك للمشتري تنتقل من هذه اللحظة تبعية الهلاك، وقد يتفق على أن يتحمل المشتري مخاطر النقل، وفي هذه الحالة يلتزم بتعويض العميل، أما إذا تم الاتفاق على أن

---

[1] المادة 17 من القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الالكترونية.

[2]مختار سيد هواري لعباني، (آليات تنفيذ التزامات العقد الالكتروني)، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة مولاي الطاهرسعيدة ، 2018/2017، ص127.

[3]المرجع ذاته و الصفحة.

[4]المرجع ذاته و الصفحة.

يتحمل المشتري مخاطر النقل فعلى البائع أن يرسل اعتراضا مسبب للناقل خلال مدة ثلاثة أيام محسوبة من وقت التسليم وهذا يعني أن المشتري لا يستطيع الرجوع في هذه الحالة الأخيرة على الناقل.[1]

المبحث الثاني: جزاء عدم تنفيذ العقد الإلكتروني

إذا إنعقد العقد وتحدد مضمونه، فإنه يصبح واجب التنفيذ فالقوة الملزمة للعقد تقتضي قيام كل طرف فيه بتنفيذ ما يقع على عاتقه من التزامات بطريقة تتفق مع يوجبه حسن النية وهذا ما نصت عليه المادتين 106 من القانون المدني الجزائري وهذا وفقا للقواعد العامة بنصها«العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا بإتفاق الطرفين أو لأسباب التي يقررها القانون»[2]، وتضيف المادة 107 منه«يجب تنفيذ العقد طبقا لما اشتمل عليه لحسن نية»[3].

ففي حالة إخلال أحد المتعاقدين لالتزامها يترتب على أحدهما قاعدة عامة تخويل الطرف الآخر في العقد وفقا لشروط معينة، أحد الخيارات التالية، المطالبة بإجباره على التنفيذ العيني إذا كان ممكنا أو التنفيذ بطريق التعويض ، الدفع بعدم التنفيذ ،أو طلب فسخ العقد.

يقصد بالتنفيذ في اصطلاح القانون الخاص معنيين أحدهم موضوعي والأخر إجرائي ، المعنى 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 بطريق التعويض[4].

كما يمكن أن توجد بعض العقبات التي تمنع تنفيذ العقد قد تكون تابعة من إرادة المتعاقد كأن تمنع عن تنفيذ التزامه، أو أن تحدث ظروف خارجة عن إرادة المتعاقد فتحول دون تنفيذ الالتزام، والمهم في هذا الأمر هو امتناع المتعاقد عن تنفيذ التزامه الناتج عن إرادته في عدم تنفيذ الالتزام المترتب عن عاتقه وهذا ما يجيز للطرف الآخر أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه هو أيضا ،كما أن القانون

---

[1] محمد حسن رفاعي العطار، المرجع السابق ، ص135.

[2] المادة 106 من القانون المدني الجزائري.

[3] المادة 107 من القانون المدني الجزائري

[4]فتيحة كريم،(النظام القانوني في تكوين وتنفيذ العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري)، مذكرة الماستر، كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة الدكتور مولاي الطاهر سعيدة،2015/2014، ص 130.

أجاز لطرفي العقد التحلل منه وذلك عند الإخلال بالالتزامات فيلجأ إلى فسخ العقد للتحرر من هذه العلاقة العقدية [1]،كما يمكن للمستهلك الالكتروني أن يطالب بحق العدول .

نظرا لخصوصية العقد الإلكتروني يلاحظ إستحالة تطبيق كل من التنفيذ العيني والدفع بعدم التنفيذ لأن التعاقد عن بعد يكون فيه صعوبة كبيرة حيث المرود الإلكتروني والمستهلك الإلكتروني غالبا ما تفصل بينهما مسافات بعيدة لذلك كل من التنفيذ العيني والدفع بعدم التنفيذ غير متصور في هذه الصورة من صور التعاقد.

وعليه سنتطرق في هذا المبحث إلى ثلاث مطالب : المطلب الأول: الفسخ في العقد الإلكتروني المطلب الثاني التنفيذ بطريقة التعويض، المطلب الثالث :الحق في العدول .

المطلب الأول: الفسخ في العقد الإلكتروني

ينشئ العقد الملزم لجانبين التزامات متقابلة على عاتق كل من المتعاقدين فيصبح كل منهما دائنا ومدينا في وقت واحد وينشئ في الوقت نفسه ارتباطا بين هذه الإلتزامات ،وفي حالة ما لم يقم احد المتعاقدين بتنفيذ التزامه يستطيع المتعاقد الآخر أن يطلب الفسخ وحل الرابطة العقدية، وإعفائه من تنفيذ التزامه.

وعليه في هذا المطلب سندرس ما يلي: الفرع الأول تعريف الفسخ، الفرع الثاني: أنواع الفسخ الفرع الثالث شروط الفسخ

الفرع الأول: تعريف الفسخ

الفسخ هو حل الرابطة العقدية بسبب إخلال أحد الطرفين لإلتزامهما، وهذا طبقا لنص المادة 119 من القانون المدني الجزائري بنصها: "في العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو فسخه، مع التعويض في الحالتين إذا إقتضى الحال ذلك، ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلا حسب الظروف، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى كامل الإلتزامات "[2]، ويفهم من نص هذه المادة أنه إذا لم يف المتعاقد بإلتزامه جاز للمتعاقد الآخر أن يطلب حل الرابطة العقدية في حالة إخلال أحد المتعاقدين بالتزاماته .

---

[1] فتيحة كريم ،المرجع السابق ، ص137

[2] المادة 119 من القانون المدني الجزائري

وقد نص على حق في الفسخ كل من المشرعين التونسيين وذلك في الفصل 25 من قانون التجارة الإلكترونية التونسية حيث أنه أوجب على البائع أن يبين للمتعاقد معه شروط الفسخ العقد ويتم ذلك بطريقة واضحة ومفهومة، كذا المشرع المصري الذي أقر هو أيضا وأجاز فسخ العقد المبرم إلكترونيا وذلك من خلال 15يوما التالية لتاريخ التعاقد أو تسليمه السلعة إلا أنه حتى يتمكن المتعاقد من اللجوء للفسخ لا بد من توافر جملة من الشروط وفيما يلي بيانها[1].

بالإضافة إلى أن المشرع الجزائري في القانون 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في المادة 11 حيث أنه أوجب على المورد الإلكتروني أن يبين للمستهلك الإلكتروني شروط فسخ العقد عند الإقتضاء.

الفرع الثاني: شروط الفسخ

يعتبر الفسخ جزاء يترتب على امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ ما التزم به،و التمسك بحق الفسخ يخضع لشروط منها ما يتعلق بالعقد المراد فسخه، ومنها ما يتعلق بالطرفين وتتمثل هذه الشروط فيما يلي[2]:

1. يجب أن يكون العقد المطلوب فسخه من العقود الملزمة للجانبين، إذ في مثل هذه العقود يقوم الإرتباط بين الإلتزامات المتقابلة مما يبرر لأحد الطرفين أن يطلب الفسخ حتى يتحلل من إلتزامه إذا كان الطرف الآخر لم يقم بتنفيذ إلتزامه.
2. ويجب أن يكون أحد المتعاقدين قد أخل بإلتزامه، أما إذا كان عدم تنفيذ هذا الإلتزام يرجع إلى سبب أجنبي لا يد للمدين فيه، فإن الإلتزام ينقضي من تلقاء نفسه، وينقضي الإلتزام المقابل وينفسخ العقد بقوة القانون.
3. ويشترط ثالثا أن يكون طالب الفسخ قد قام بتنفيذ إلتزامه أو هو على إستعداد للقيام بذلك إذ لا يتصور أن ينعى أحد المتعاقدين إخلال الآخر بإلتزامه إذا كان هو نفسه في نفس الدرجة من الإخلال.
4. ويشترط كذلك أن يكون طالب الفسخ قادرا على إعادة الوضع إلى ما كان عليه من ناحيته هو لأن الفسخ يترتب عليه اعتبار العقد كأن لم يكن وبالتالي إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد.

---

[1] وسيلة لزعر،(تنفيذ العقد الإلكتروني)، رسالة الماجستير في القانون،كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2011/2010، ص 152.

[2] سمير عبد السيد تناغو،(مصادر الإلتزام)، مكتبة الوفاء القانونية،2009الإسكندرية،الطبعة الأولى،ص 290.

وبالنسبة للعقد الإلكتروني ومن خلال خصائصه بأنه عقد ملزم للجانبين فإنه يتصور فيه إخلال المتعاقدين بإلتزامه، مما يجيز للطرف الآخر الحق في طلب الفسخ سواء استند فيه الطرف المضرور إلى القواعد العامة نظرا لنقص وغموض القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية أو إلى اتفاقية فيينا لاتسامه بالطابع الدولي وهو ما يجعل تطبيق أحكام الاتفاقية جائز فيها[1].

من أمثلة الإخلال بالالتزام الإلكتروني أن يقوم المعلن بإمداد العميل ببرامج حاسب آلي أوى أجهزة لا تتفق مع احتياجاته أو ليست هي الأحدث، وكذا الحال بالنسبة لعقود المعلومات فكثيرا ما يتضح عدم عمق أو شمول أو دقة أو مناسبة ما يتم تزويد المشترك منها، وسوء الخدمة بالنسبة لعقود الاشتراك في شبكة الانترنت والفضائيات والمحمول، وغيرها من الأمثلة الكثيرة فمتى أخل المتعاقد بتنفيذ التزامه أصبح من حق الطرف الآخر فسخ العقد المبرم عبر شبكة الانترنت ، وإعادة الحال إلى ما كان عليه، باعتباره من آثار الفسخ[2].

الفرع الثالث: أنواع الفسخ

قد يكون الفسخ قضائيا كما قد يكون إتفاقيا وهي على النحو الآتي:

1. الفسخ القضائي[3]:

تتجه نية المتعاقدين إلى فسخ العقد عند إخلال المدين بالتزامه، فالفسخ يكون الجزاء المباشر للإخلال بالإلتزام، إلا أن هذا الجزاء لا 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 تُسَبِبَ حكمها، حيث ينبغي عليها التعرض بوضوح لواقعة عدم تنفيذ الالتزام مناط الحكم بالفسخ .

ويجوز للقاضي في حالة الفسخ القضائي أن يمنح المدين أجل الوفاء بالتزامه وذلك متى اقتضت الظروف ذلك ، كما لو كان المدين حسن النية ويرجع تخلفه عن التنفيذ لظروف استثنائية عابرة تستوجب بعض الوقت للإنجاز الالتزام، كما لو أن يرفض الحكم بالفسخ إذا قام المدين في غضون المهلة الممنوحة له بالوفاء بالتزامه.

---

[1] وسيلة لزعر ،المرجع السابق ، الصفحة 153

[2] المرجع ذاته و الصفحة.

[3] فتيحة كريم ،المرجع السابق ، الصفحة 144

وللقاضي أيضا أن يرفض الحكم بالفسخ أصلا، وهذا في الحالة التي يكون فيها المدين لم يف بجزء قليل الأهمية للالتزام في جملته، وفي هذه الحالة ستكون بصدد تنفيذ جزئين 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 عند الضرر الذي أصاب الدائن من جراء الفسخ الراجع إلى تقصيره المدين في تنفيذ إلتزامه[1].

2. الفسخ الإتفاقي:

يجوز الإتفاق بين طرفي العقد على أن يتعبر العقد مفسوخا من تلقاء نفسه، ودون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه وهذا الإتفاق لا يعني المتعاقدان من الإعذار إلا إذا إتفق المتعاقدان على الإعفاء منه، ولا يؤدي هذا الشرط إلى إستبعاد 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 الشروط إعماله أي التأكد من واقعة الإخلال بالإلتزام مناط إعمال الشرط[2].

حيث نصت عليه المادة 120 من القانون المدني : «يجوز الإتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخا بحكم القانون عند عدم الوفاء بالإلتزامات الناشئة عنه بمجرد تحقيق الشروط المتفق عليها وبدون حاجة إلى حكم قضائي وهذا الشرط لا يعفي من الأعذار، الذي يحدد حسب العرف عند عدم تحديده من طرف المتعاقدين»[3] .

ومما يمكن ملاحظته في العقود الإلكترونية 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 الطرفين العقد المبرم إلكترونيا الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا من أخل أحدهما بالتزاماته،

---

(1) فتيحة كريم ،المرجع السابق، ص144.
(2) وسيلة لزعر، المرجع السابق، ص153.
(3) المادة 120 من القانون المدني الجزائري.

كما يمكن لهما اللجوء للقضاء وذلك الإقرار فسخ العقد من طرف القاضي الذي يعود له الاختصاص في الفصل في نزاعاتهم الناشئة عن العقد الذي أبرموه إلكترونيا [1] .

المطلب الثاني: التنفيذ بطريق التعويض

يقصد بطريق التعويض إعطاء الدائن عند عدم إجراء التنفيذ العيني الكامل للالتزام ما يقابل الفائدة التي كانت تعود عليه من هذا التنفيذ لو أنه تم وما يجنبه الخسارة التي نجمت له بسبب عدم حصوله وبعبارة أخرى ويقصد بالتنفيذ الذي نحن بصدده تعويض الدائن عن الضرر الذي لحقه من جراء عدم حصول التنفيذ العيني الكامل لالتزاماته[2].

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 عن الوفاء به، ويعتبر الضرر كذلك نتيجة طبيعية له إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوفاه ببذل جهد معقول [3].

تنفيذ الالتزام عن طريق التعويض يسوغ في الحالات التالية [4]:

1. إذا أصبح التنفيذ العيني غير ممكن بفعل المدين مع ملاحظة أنه من بين الحالات التي يتعبر فيها التنفيذ العيني هكذا، تلك التي لا يكون فيها إجراؤه متيسرا أو ملائما للدائن إلا بتدخل المدين ولا يقوم هذا به
2. إذا كان التنفيذ العيني، برغم كونه ممكنا في ذاته ، مرهقا للمدين، وكان من الممكن الإستعاضة عنه بالتعويض بغير إلحاق ضرر جسيم بالدائن
3. إذا إتفق الدائن والمدين كلاهما على الاقتصار على التعويض مكان التنفيذ العيني، وسواء أن يقع هذا الإتفاق صراحة أو ضمنا ويعتبر الاتفاق في هذا الصدد قد قم تم ضمنا، إذا طالب الدائن بالتعويض ولم يعوض المدين التنفيذ العيني بدلا منه .

---

[1] وسيلة لزعر، المرجع السابق، ص 154.
[2] عبد الفتاح عبد الباقي،(أحكام الإلتزام) ، مطبعة نهضة مصر،القاهرة،بدون طبعة ،1969، ص 63.
[3] فتيحة كريم ، المرجع السابق، الصفحة 135.
[4] عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق، ص 64وص 65.

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 عند التأخر في التنفيذ فإنه يجتمع مع التنفيذ إذا نفذ المدين التزامه متأخرا[1].

وبما أنه يترتب على الالتزام أثر هام يتمثل في تنفيذه ،إن الأصل في هذا التنفيذ أن يكون اختياريا من جانب المدين بمعنى أن يبادر هذا الأخير إلى تنفيذ التزاماته طوعا فإن هو خالف ذلك كان لزاما اللجوء إلى التنفيذ جبرا على المدين، بمعنى إجباره على التنفيذ القهري، هذا ما أقرته القواعد العامة في مجال مختلف التصرفات، بما فيها العقود الإلكترونية نظرا للنقص والغموض الذي يعتريها، فلا بد 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 سواء دون الإضرار بأحد دون الآخر[2].

المطلب الثالث :الحق في العدول

لقد تضمنت بعض القوانين نصوصا مكرسة لحماية المستهلك، فأدرجت ضمن حقوقه حق المستهلك في العدول أو الرجوع،و بالرجوع للمشرع الجزائري فقد نص على حق المستهلك في الرجوع و هذا طبقا لقانون رقم18-09 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش في نص المادة 19 فقرة 2و فقرة 3 ب: « العدول هو حق المستهلك في التراجع عن اقتناء منتوج ما دون وجه سبب .للمستهلك الحق في العدول عن اقتناء منتوج ما ضمن احترام شروط التعاقد، ودون دفعه مصاريف إضافية .تحدد شروط وكيفيات ممارسة حق العدول وكذا آجال وقائمة المنتوجات المعنية، عن طريق التنظيم»[3].

أما المشرع الفرنسي في المادة L.121-20 من قانون حماية المستهلك الفرنسي على حق الرجوع ،وكذلك المشرع التونسي في الفصل 30 من قانون التجارة الالكترونية على كيفية ممارسة حق الرجوع ،إذ حدد الحالات التي يمكن للمستهلك التمسك به و كذا الأجل الذي ينبغي عليه استعماله

---

[1]فتيحة كريم ،المرجع السابق ،ص 135، ص 136

[2]المرجع ذاته و الصفحة.

[3]المادة 19 من قانون رقم 18_09 مؤرخ في 25 رمضان 1439 الموافق 10 يونيو 2018 ،يعدل و يتمم القانون رقم 09_03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009 و المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد35.

حيث يستطيع المستهلك ممارسته في كل عقود البيع الالكترونية ،باستثناء البعض منها و المنصوص عليها قانونا ، كما يتعين على المستهلك ممارسة حقه في أجل محدد[1].

و بالرجوع الى نص المشرع التونسي في الفصل 30 فقرة 4 ،نجد أنه يتم الإعلام بالعدول بواسطة جميع الوسائل المنصوص عليها مسبقا في العقد .و من البديهي أن يستعمل هذا الحق بأي طريقة تناسب المستهلك ،فله إعلام المحترف برجوعه عن عقده كتابيا سواء كانت الكتابة على الورق أو كتابة إلكترونية أو بواسطة الهاتف أو بأي وسيلة من وسائل الاتصال الاخرى ،ما دام هناك حرية في استعمال وسائل الاتصال.لكن يتعين على المستهلك أن يبدي رغبته قي الرجوع عن العقد بطريقة صريحة لا تدع أي مجال للشك ، و يستطيع المستهلك ممارسة حق الرجوع في الحالات كلها باستثناء الحالات المنصوص عليها قانونا ، كما عليه أن يمارس حقه في أجل محدد قانونا[2].

حدد المشرع الفرنسي في نص المادة L.121-20 الأجل الذي يمارس فيه حق الرجوع ب 7 أيام في حين حددها المشرع التونسي في الفصل 30 ب 10 أيام ،فللمستهلك مهلة سبعة أيام كاملة بمعنى لا تحسب أيام العطل ونهاية الأسبوع ،و على المستهلك التمسك بهذا الحق طيلة المدة دون أن يكون مطالبا بتسبيب قراره أو بدفع أي مبلغ ،حتى ولو لم تسلم البضاعة باستثناء مصاريف إرجاع السلعة، و يبدأ احتساب أجل الرجوع في القانونيين ، من يوم التسليم بالنسبة للسلعة ومن يوم إبرام العقد بالنسبة للخدمة [3].

يمكن تمديد هذا الأجل باتفاق الطرفين إذا كان المستهلك بحاجة إلى مدة أطول خصوصا في العقود التي تكون بحاجة إلى رأي خبير،كما يمدد الأجل إلى ثلاثة أشهر في حالة إخلال المحترف لالتزامه بإعلام ما بعد العقد ،فإذا قام بعد ذلك بتنفيذ التزامه ففي هذه الحالة يبدأ احتساب الأجل من يوم بدء المحترف تنفيذ التزامه بالإعلام ، و في حالة عدم استعمال المستهلك حق الرجوع خلال المدة الممنوحة له سقط حقه و أصبح ملزما بالعقد و أوجب عليه تنفيذه ، أي دفع الثمن و المصاريف الأخرى إن كانت ، و إلا اعتبر مخلا بالتزامه .أما إذا تمسك المستهلك بحقه في الرجوع أثناء الأجل الممنوح له زال العقد و يعاد المتعاقدان إلى ما كان عليه قبل التعاقد[4].

---

[1] يمينة حوحو ، المرجع السابق ،ص 153، ص154

[2] يمينة حوحو ، المرجع السابق ،ص154

[3] المرجع ذاته ،ص 155

[4] المرجع ذاته ،ص 156.

من مجمل ما تعرضنا له في هذه الدراسة تبين لنا أن ظهور العقود الالكترونية لم يكن وليد الصدفة بل ظهرت نتيجة التحولات الكبرى الحاصلة في مجال تكنولوجيا الإتصالات و المعلومات ، التي كان لها تأثيرها على مختلف الميادين دون استثناء و بخاصة في مجال التصرفات القانونية ، التي بعد أن كانت تتم بين طرفين لا يفصل بينهما حدود ، أصبحت تتم بين متعاقدين يفصل بينهما الالاف من الاميال و الفضل يعود إلى شبكة الانترنت التي تعتبر فضاء غير ملموس مفتوح على العالم بأسره ، يسمح لمن يريد التعامل من خلالها بابرام عقود على اختلاف أنواعها .

ومن خلال تعرضنا لمفهوم العقد الالكتروني فقهيا و قانونيا تبين لنا أن العقود الالكترونية تعتبر كغيرها من العقود إلا أن خصوصيتها تكمن في الوسيلة التي تبرم بها بالإضافة لكونها تتم عن بعد .

و ينشأ العقد مثل أي عقد ، يتبادل الطرفين المتعاقدين التعبير عن إرادتين متطابقتين تكون من خلال تلاقي الإيجاب و القبول ،و انعقاده يكون بتوافقهما ،إلا أن التعبير عن إرادتهما تتم عبر تقنيات الاتصال الحديثة و وسائل الكترونية ، بحيث لا يكون لطرفيه حضور مادي بمجلس العقد وقت انعقاده أي يجمعهما مجلس عقد حكمي .

فالإيجاب يصدر عن إرادة منفردة من أجل ابرام عقد معين ، و حتى يكون له أثر قانوني لابد من توفر جميع شروطه ، و على اعتبار ان العقد الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد يصبح الإيجاب الكترونيا لكنه لا يخرج عن تعريف الإيجاب التقليدي إلا في الوسيلة .

و بالنسبة للقبول في العقد الالكتروني ، فتوصلنا أنه يتوافق مع مضمون القبول الالكتروني غير أنه يتم عبر وسيط الكتروني و يتم عن بعد .

كما يجب أن يطابق الايجاب القبول مطابقة تامة ،و يجب التأكيد الموجه اليه الايجاب القبول و ذلك عن طريق النقر على أيقونة القبول مرتين ، ذلك لتفادي الشك في التعبير عن إرادة الموجه الايجاب .

أما مسالة الحالة الاستثنائية التي يعد فيها السكوت قبولا ،لاحظنا أنه لحد الان لا توجد أي تشريعات عربية أو اجنبية متعلقة بالمعاملات الالكترونية نصت على اعتبار السكوت وسيلة يعتد بها .

لتحديد زمان و مكان انعقاد العقد الالكتروني ، لاحظنا أنه في حال عدم وجود اتفاق بين الطرفين فإن مسألة تحديد زمن توافق الارادتين بقي محل تجاذب بين النظريات الفقهية ، (نظرية تصدير القبول ،وصول القبول ، العلم بالقبول)، و اتجهت أغلب التشريعات و من بينهم المشرع الجزائري أخذ نظرية العلم بالقبول و مفادها أنه لا ينتج التعبير عن الارادي أثره القانوني الا في الوقت الذي يعلم فيه الموجب بهذا التعبير .

من حيث صحة العقد نجد أن هذا الاخير يقوم على ذات الاركان العامة للعقد التقليدي من التراضي ، المحل و السبب بالضافة الى ركن الشكلية و المحل و السبب لا يختلفان عن المخل و السبب في العقود التقليدية كما يجب أن يتفقا مع ما تقرره القواعد العامة للعقد من عدم مخالفة النظام العام

و بالنسبة للشكلية فيشترط في العقد الالكتروني أن يكون مكتوب و هنا الكتابة الالكترونية ، بالاضافة لتوقيع الاطراف و هنا التوقيع الالكتروني نظرا لكون العقود الالكترونية تعتمد أساسا على دعائم الكترونية.

لبيان طبيعة العقد الالكتروني عما إذا كان عقد رضائي أم إذعان ، لاحظنا أنه يجب التمييز بين الوسيلة المستخدمة في ابرام التعاقد الالكتروني ،فإذا تم التعاقد بواسطة البريد الالكتروني يكون عقد رضائي بحيث يتبادل الطرفين الآراء و وجهات النظر عبر الرسائل الالكترونية ،أما اذا تم التعاقد عبر مواقع الويب و التي تستخدم غالبا عقود نموذجية تكزن شروطها معدة سلفا من قبل الموجب و لا يترك معها للموجب له و هو المستهلك في الغالب مجالا للمساومة و المناقشة في هذه الشروط

إن وصف العقد بالاكتروني لا يغير من ذاته أي أركانه و انواعه و انما يرتب جملة من الخصائص من بينها :أنه عقد مبرم بويسلة الكترونية،عقد مبرم عن بعد ، و غلبة الطابع التجاري و الاستهلاكي عليه بالاضافة الى اعتماده على الدعائم الالكترونية

هذا فيما يتعلق بتكوين العقد الالكتروني ،اما فيما يتعلق بمرحلة التنفيذ و التي تعد مرحلة هامة ،إذ تمثل المبتغى الذي يسعى المتعاقدان الوصول اليه ، و في هذا الشأن لم تتضمن القوانين المنظمة للمعاملات الالكترونية كيفية تنفيذ هذا العقد بل راينا أنه يجب الرجوع للقواعد العامة لتفصيل ذلك، وبالرغم من صدور القانون 18-05 إلا أن أحكامه تبقى ناقصة

بإعتبار العقد الالكتروني من العقود الملزمة لجانبين ، فإنه كغيره من العقود يرتب التزامات متقابلة في ذمة الطرفين(المورد الالكتروني و المستهلك الالكتروني حسب ما جاء به القانون 18-05)،بحيث يجب على كل منهما تنفيذ ما إلتزما به

وفي ذلك يلتزم المورد الالكتروني بالتزامين أساسيين يتمثلان :الالتزام بالتسليم و الضمان ،على أن التسليم في العقد الالكتروني يتم بطريقتين ،فإذا كان محل العقد سلعة او بضاعة يلزم فيها المناولة اليدوية مثل باقي العقود ، أما إذا تعلق الامر بتقديم خدمة فإن الامر يختلف إذ يتم أداؤها عبر شبكة الانترنت ذاتها

و فيما عدا ذلك فالأمر ذاته في كل العقود و بما فيها الضمان الذي يقع على هذا الاخير سواء كان ضمان العيوب الخفية،ضمان التعرض ،ضمان الضلاحية ،او ضمان الأمان والسلامة إذ الحكمة منه خو حماية المتعاقد أو بالأحرى المستهلك

بالاضافة إلى هذين الالتزامين يوجد التزام آخر لا يقل أهمية عنهما يتمثل في الالتزام بالاعلام في العقد الالكتروني ، يجد أساسه في عدم التكافؤبين طرفي العقد المتفاوض عليه من حيث العلم بعناصر العقد و ظروفه مما يلقيعلى الطرف المحترف (المورد الالكتروني)بصفة خاصة الالتزام بالادلاء للطرف الاخر (المستهلك الاكتروني) بكافة المعلومات و البيانات المتعلقة بالعقد حتى بتصرف على دراية كاملة و لكي يتم التفاوض بالشفافية وحسن النية، ويترتب على إخلال المورد الالكتروني لهذا الالتزام أحقية المستهلك الالكتروني في طلب إبطال العقدأو التعويض و هذا بالرجوع لأحكام القانون 18-05

أما المستهلك الاكتروني فهو الاخر ملزم بدفع ثمن مقتنياته من السلع و ذلك عن طريق وسائل الدفع الالكترونية التي تنوعت و اختلفت مما يجعل للمتعاقد حرية اختيار الوسيلة التي يفي بها الثمن

أما فيما يتعلق بالتزامه المتمثل بالتسلم ،إذا كانت السلع غير مادية مثل برامج الحاسوب و غيرها فيتم تسلمها من خلال التنزيل أو تحميل البرامج ، أو النسخ من الموقع الى الجزء الصلب أو بأي شكل تقني يسمح له الانتفاع به ،أما السلع أو المنتوج المادي الذي قام بشرائه عبر شبكة الانترنت فيتم تسلمه من خلال وسيط مكلف بالقيام بعمليات توزيع و تسليم البضائع المشتراة عبر الانترنت

في حالة إخلال أحد المتعاقدين لالتزامهما يرتب على أحدهما كقاعدة عامة تخويل الطرف الاخر في العقد وفق شروط معينة أحد الخيارات التالية :المطالبة بإجباره على التنفيذ العيني إذا كان ممكنا أو التنفيذ بطريق التعويض ،الدفع بعم التنفيذ أو طلب فسخ العقد

نظرا لخصوصية العقد الالكتروني يلاحظ استحالة تطبيق كل من التنفيذ العيني و الدفع بعدم التنفيذ لأن التعاقد عن بعد يكون فيه صعوبة كبيرة ،لان كل من المورد الالكتروني و المستهلك الالكتروني غالبا ما يفصل بينهما مسافات بعيدة لذلك لا يتصور تطبيق هاتين الصورتين على العقد الالكتروني

و عليه يجوز للمتعاقد المتضرر أن يقوم بفسخ العقد أو مطالبة المدين بالتنفيذ العيني ، وفي كل هذا يجب الرجوع للقواعد العامة لنظرية العقد و ذلك لعدم ورود أحكام في التنظيمات المتعلقة بالمعاملات الالكترونية،و هو ما يبين أهمية نظرية العقد بالنسبة لكل التصرفات إذ يبقى دائما الاصل و الأساس

و خلاصة القول في كل هذا أنه على الرغم من سن المشرع الجزائري لقانون 18-05 النتعلق بالتجارة الالكترونية ،إلا أن به نقصا و غموض ، يستلزم تعديله أو استحداث قانون جديد لمواكبة التطور و يتفادى فيه النقص و الغموض

قائمة المراجع :

أولا : الكتب

1-عبد الفتاح عبد الباقي ، (أحكام الالتزام)،مطبعة نهضة مصر ،القاهرة ،بدون طبعة ،1969.

2-سليمان مرقس ، (العقود المسماة عقد البيع à، عالم الكتب ، القاهرة ، الطبعة الرابعة ، 1980.

3-محمد حسنين ، (عقد البيع في القانون المدني الجزائري) ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ، بدون طبعة ،1982.

4-محفوظ بن حامد لشعب ، (عقد الاذعان في القانون المدني الجزائري و المقارن)، المؤسسة الوطنية للكتاب ، بدون طبعة ، 1990.

5-محمد محجوبي ، (الوجيز في العقود المسماة عقد البيع و عقد الكراء على ضوء قانون الالتزامات المغربي)، بابل للنشر ، الرباط ، الطبعة الأولى ،1997.

6-محمد أمين الرومي ، (التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت)، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ، بدون طبعة ، 2005.

7-أحمد أسامة بدر ، (حماية المستهلك في التعاقد الالكتروني)، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ،بدون طبعة ،2005.

8-أنورسلطان ، (النظرية العامة للالتزام) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، بدون طبعة ، 2005.

9-محمد حسن قاسم ، (التعاقد عن بعد قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي)، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية ،بدون طبعة ، 2005.

10-صالح المنزلاوي ، (القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية) ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، بدون طبعة ، 2006.

11-سعيد السيد قنديل ، (التوقيع الالكتروني) ،دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2006

12-عبد الحميد ثروت ،(التوقيع الالكتروني ماهيته –مخاطره وكيفية مواجهتها- مدى حجيته في الاثبات)، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، بدون طبعة ،2007

13-ماجد محمد سليمان أبا الخيل ، (العقد الالكتروني)، مكتبة الرشد –ناشرون ، المملكة العربية السعودية – الرياض ، الطبعة الاولى ،2009

14-سمير السيد تناغو ،(مصادر الالتزام)، مكتبة الوفاء الكترونية ، الاسكندرية ، الطبعة الاولى ،2009

15-عبد الفتاح عصام مطر،(التحكيم الالكتروني)، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، بدون طبعة ، 2009

16-سلطان عبد الله محمود الجواري ، (عقود التجارة الالكترونية و القانون الواجب التطبيق) ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت –لبنان ، الطبعة الاولى ،2010

17-محمد عبد الباسط جاسم ، (ابرام العقد عبر الانترنت)، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت،لبنان ، الطبعة الاولى ،2010

18- ابراهيم خالد ممدوح ، (ابرام العقد الالكتروني) ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، الطبعة الثانية ، 2011

19-يمينة حوحو ، (عقد البيع الالكتروني في القانون الجزائري)، دار بلقيس ،دار البيضاء-الجزائر ، الطبعة الاولى ،2016

20-عبد الرزاق السنهوري ، (الوسيط في شرح القانون المدني)،أحياء التراث العربي ،بيروت –لبنان ،الجزء الرابع ،بدون طبعة ،بدون سنة نشر

ثانيا:الرسائل و المذكرات :

-الرسائل :

1-عبد الوهاب مخلوفي ،(التجارة الالكترونية)،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الحاج لخضر باتنة ،2011-2012

2-مريم خليفي ،(الرهانات القانونية التجارية)،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان ،2011-2012

3-بلقلسم حامدي،(ابرام العقد الالكتروني)،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة الحاج لخضر باتنة ،2014-2015

4-آمال حابت ،(التجارة الالكترونية في الجزائر)،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو،30سبتمبر2015

5- زهيرة بن خضرة ،(الطبيعة القانونية للعقد الالكتروني) ،رسالة دكتوراه،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر 2015-2016

6-بوزيان شايب،(ضمانات حسن التنفيذ عقد البيع الالكتروني)،رسالة دكتوراه ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،201(-2016

7-وسيلة لزعر ،(تنفيذ العقد الالكتروني)،رسالة ماجيستر،كلية الحقوق ،جامعة الجزائر،،2010-2011

8-سهيلة طمين ،(الشكلية في عقود التجارة الالكترونية)،رسالة ماجيستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو ،03-11-2011

9-انتصار بوزكري،(الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الالكتروني)،رسالة ماجيستر،كلية الحقوق ،جامعة الباز سطيف ،2012-2013

10-محمد مفلح الذيابات ،(الالتزام بالتبصير في العقود الالكترونية)،رسالة ماجيستر،كلية الحقوق ، جامعة الشرق الاوسط ،2013

11-إيناس بن غيدة ،(الحماية المدنية للمستهلك في العقود الالكترونية)،رسالة ماجيستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة أبي بكر بالقايد تلمسان،2014-2015

12-إيمان بوزيدي،(ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني)،رسالة ماجيستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة مولود معمري تيزي وزو ،2016-2017

-مذكرات الماستر:

1-الزخرة صولي،(النظام القانوني للعقد الالكتروني)،مذكرة ماسنر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة محمد خيضر بسكرة،2007-2008

2-أمال نجاعي ،لامية ميساوي،(التراضي في العقد الالكتروني)،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،2012-2013

3-حبيبة حجيط،مريم جعودي،(النظام القانوني للعقد الالكتروني)،مذكرة ماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،18-06-2013

4-عبد العالي فارس ،(حماية المستهلك في العقد الالكتروني)،مذكرة الماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة عبد العربي بن مهيدي أم البواقي،2013-2014

5-نوال ترير ،(الشكلية في عقود التجارة الالكترونية)،مذكرة ماستر،كلية الحقوق ،جامعة خميس مليانة،2013-2014

6-فتيحة كريم ،(النظام القانوني في تكوين وتنفيذ العقد الالكتروني في التشريع الجزائري)،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق ،جامعة مولاي طاهر سعيدة،2014-2015

7-محمد السعيد ،بوخليفي قويدر،(النظام القانوني لعقود التجارة الالكترونية)،مذكرة ماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة محمد خيضر بسكرة،201(-201-

8-دهير حنان ،قدوم يمينة،(الشكلية في العقود الالكترونية)،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،2015-2016

9-فيروز محفي ،فريدة ميهوبي ،(الطبيعة القانونية للوكيل الالكتروني في ابرام عقود التجارة الالكترونية)،مذكرة ماستر ،كلية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،2016-2017

10-سهيلة إبقديدن ،وردة حماش ،(مجلس العقد في اطار التعاقد عبر الانترنت)،مذكرة ماستر،كلية الحقوق و العلوم السياسية،جامعة عبد الرحمن ميرة بجاية،17-09-2017

11-أخلام شبيلي ،(ضمانات المشتري في عقد البيع الالكتروني)،مذكرة ماستر ،ملية الحقوق و العلوم السياسية ،جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي ،2017-2018

12-مختار سي الهواري لعباني ،(آليات تنفيذ التزامات العقد الالكتروني)،مذكرة ماستر،كلية الحقوق والعلوم السياسية ،جامعة مولاي الطاهر سعيدة،2017-2018

ثالثا :المقالات

1-حمد الدهان عقيل فاضل ،جاد الساعدي غني ريسان ،(الالتزام بالإعلام في العقد الالكتروني)،مجلة أهل البيت عليهم السلامنالعراق كربلاء ،العدد الخامس ،5ديسمبر 2007

2-عبد العزيز زرداي ،(الطبيعة القانونبة للعقد الالكتروني)،مجلة التواصل في الاقتصاد و الإدارة و القانون ،عنابة ،العدد38،جوان 2014

3-نزيهة غزالي ،(السفتجة الالكترونية و قواعد قانون الصرف في التشريع الجزائري)،مجلة العلوم الاجتماعية،سطيف ،العدد 25،ديسمبر 2017

رابعا:المحاضرات المكتوبة

1-كريمة بركات ،(حماية المستهلك في عقد البيع الالكتروني)،محاضرات لطلبة سنة أولى ماستر،تخصص عقود و مسؤولية،كلية الخقوق و العلوم السياسية ،جامعة أكلي محند بويرة،2016-2017

خامسا:النصوص التشريعية و التنظيمية

1-القوانين :

1-قانون الأونيسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية مع دليل التشريع 1996

2-قانون التوجيه الأوروبي رقم 97-07 الصادر في 20ماي 1997 المتعلق بحماية المستهلكين في مجال التعاقد عن بعد

3-التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة2000 الصادر في 8 جوان 2000

4-قانون المبادلات و التجارة الالكترونية التونسي رقم 83 المؤرخ في 9 أوت 2000

5-قانون المعاملات الأردنية رقم 85 سنة 2001 المنشور في 6010 من عدد الجريدة الرسمية رقم 4524 تاريخ 31-12-2001

6-قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التوقيعات الالكترونية مع دليل الإشتراع 2001

7-قانون إمارة دبي رقم 2 لسنة 2002 بشأن التجارة الالكترونية

8-القانون الفرنسي رقم 575-2004 لسنة 2004 المتعلق بالثقة في الاقتصاد الرقمي

9-قانون رقم 04-02 مؤرخ في 5 جمادى الأولى عام 1425 الموافق 23 يونيو 2004 يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 41

10-قانون رقم 09-03 مؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009 المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 15

11- القانون العضوي رقم 12-05 مؤرخ في 18 صفر 1433 الموافق 12 يناير 2012 يتعلق بالإعلام

12-قانون رقم 15-04 مؤرخ في 11 ربيع الثاني 1436 الموافق أول فبراير سنة 2015 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع و التصديق الالكترونيين ،الدريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 06

13-قانون 18-05 مؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق 10 مايو 2018يتعلق بالتجارة الالكترونية ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ، العدد 28

14-قانون 18-09 مؤرخ في 25 رمضان 1439الموافق 10 يونيو 2018 ، يعدل و يتمم القانون 09-03 المؤرخ في 29 صفر 1430 الموافق 25 فبراير 2009 و المتعلق بحماية المستهلك و قمع الغش ،الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 35

2-الأوامر:

1- الامر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني ، الجريدة

الرسمية ، العدد78،المعدل و المتمم بالقانون رقم 07-05 المؤرخ في 13 ماي 2007 ، الجريدة الرسمية رقم 31

2-الأمر رقم 10-04 المؤرخ في 16 رمضان 1431 الموافق 26 غشت 2010 ، يعدل و يتمم الأمر رقم 03-11 المؤرخ في جمادى الثانية 1424 الموافق 26 غشت 2003، المتعلق بالنقد و القرض

3-المراسيم:

1-المرسوم التنفيذي رقم 98-257 مؤرخ في3 جمادى الأولى عام 1419 الموافق 25 غشت سنة 1998،يضبط شروط و كيفيات إقامة خدمات أنترنات و استغلالها ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية العدد 63

2- المرسوم التنفيذي رقم 13-378 يحدد شروط و الكيفيات المتعلقة بإعلام المستهلك ، المؤرخ في 05 محرم 1435 الموافق 9 نوفمبر 2013 ، الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية ،العدد 58

فهــرس المحتويات

العنــوان : **الصفحـة**

الشكـــر

الإهـــــداء

مقــدمــة **05**

الفصل الأول : تكوين العقد الالكتروني **11**

المبحث الأول: مـاهيـة العقـد الإلكتروني.....12

المطلب الأول : مفهـوم العقد الإلكتروني.....12

الفـرع الأول : التعريف بالعقد الإلكتروني.....13

الفرع الثاني :خصـائص العقد الإلكتروني.....16

المطلب الثاني : تمييز العقد الإلكتروني عما يشابهه من العقود.....17

الفرع الأول : تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود حسب طريقة التعاقد.....18

الفرع الثاني : تمييز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود المبرمة من نفس البيئة الإلكترونية..19

المطلب الثالث : الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني 22

الفرع الأول : العقود الإلكترونية من عقـود الإذعــان.....22

الفـرع الثاني : العقود الإلكترونية من عقـود المساومة.....24

الفرع الثالث : العقود الإلكترونية مـا بين عقـود الإذعـان وعقـود المساومة.....25

المبحث الثاني :شــروط تكـوين العقـد الإلكتروني 25

المطلب الأول : التراضي في العقد الإلكتروني.....25

الفرع الأول : الإيجاب الإلكتروني 26

الفرع الثاني : القبول الإلكتروني.....28

الفرع الثالث : مجلس العقد الإلكتروني.....32

المطلب الثاني : المحل و السبب في العقد الإلكتروني.....34

الفرع الأول: المحل في العقد الإلكتروني.....35
الفرع الثاني : السبب في العقد الإلكتروني.....37
المطلب الثالث : الشكلية في العقد الإلكتروني.....37
الفرع الأول : الكتابة الإلكترونية.....38
الفرع الثاني : التوقيع الإلكتروني.....40
الفصل الثاني : تنفيذ العقد الإلكتروني.....43
المبحث الأول : تحديد التزامات طرفي العقد.....44
المطلب الأول : التزامات المورد الإلكتروني.....44
الفرع الأول : الالتزام بالإعلام الإلكتروني.....44
الفرع الثاني : الالتزام بالتسليم في العقد الإلكتروني 52
الفرع الثالث : الالتزام بالضمان في العقد الإلكتروني.....57
المطلب الثاني :التزامات المستهلك الإلكتروني 63
الفرع الأول : الالتزام بالوفاء الالكتروني.....63
الفرع الثاني : الالتزام بالتسلم الالكتروني.....67
المبحث الثاني : جزاء عدم تنفيذ العقد الإلكتروني.....69
المطلب الأول : الفسخ في العقد الإلكتروني.....70
الفرع الأول : تعريف الفسخ.....71
الفرع الثاني : شروط الفسخ 71
الفرع الثالث : أنواع الفسخ.....72
المطلب الثاني : التنفيذ بطريق التعويض.....74
المطلب الثالث:الحق في العدول 75
الخـاتمـة 78
قـائمـة المـراجع 81